



VERLAG DER  
ÖSTERREICHISCHEN  
AKADEMIE DER  
WISSENSCHAFTEN

# Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der  
Österreichischen Akademie der Wissenschaften

11. Jahrgang  
Heft 2 / 2021

Christoph SCHMETTERER, Thomas OLECHOWSKI,  
Martin P. SCHENNACH, Ewald WIEDERIN (Hgg.)

## Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in Geschichte und Gegenwart

Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte  
des österreichischen Föderalismus. Zugleich ein Beitrag zum  
100. Geburtstag des Bundes-Verfassungsgesetzes

Redaktion:  
Forschungsstelle für  
Rechtsquellenerschließung  
der Universität Wien



VERLAG DER  
ÖSTERREICHISCHEN  
AKADEMIE DER  
WISSENSCHAFTEN

# Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der  
Österreichischen Akademie der Wissenschaften

**11. Jahrgang**  
**Heft 2 / 2021**

Christoph SCHMETTERER, Thomas OLECHOWSKI,  
Martin P. SCHENNACH, Ewald WIEDERIN (Hgg.)

## **Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in Geschichte und Gegenwart**

**Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte  
des österreichischen Föderalismus.  
Zugleich ein Beitrag zum 100. Geburtstag  
des Bundes-Verfassungsgesetzes**

Redaktion:  
Forschungsstelle für  
Rechtsquellenerschließung  
der Universität Wien

# Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs  
der Österreichischen Akademie der Wissenschaften

*Herausgegeben von*  
Thomas OLECHOWSKI, Wien

*gemeinsam mit*  
Gerhard AMMERER, Salzburg  
Elisabeth GREIF, Linz  
Gabriele HAUG-MORITZ, Graz  
Herbert KALB, Linz  
Gerald KOHL, Wien  
Christian NESCHWARA, Wien  
Eva ORTLIEB, Graz  
Ilse REITER-ZATLOUKAL, Wien  
Martin P. SCHENNACH, Innsbruck  
Arno STROHMEYER, Salzburg  
Gunter WESENER, Graz  
Ewald WIEDERIN, Wien  
Thomas WINKELBAUER, Wien  
Anita ZIEGERHOFER, Graz

*Internationaler wissenschaftlicher Beirat*  
Karolina ADAMOVIČ, Prag – Kinga BELIZNA BÓDI, Budapest – Uta BINDREITER, Lund  
Gary B. COHEN, Minneapolis – Heinz DUCHHARDT, Mainz – Thomas DUVE, Frankfurt a.M.  
Andrzej DZIADZIO, Krakau – Tomáš GABRIŠ, Tyrnau – Michael GEHLER, Hildesheim  
Andreas GOTTMANN, Rom – Andrzej GULCZYŃSKI, Posen – Karl HÄRTER, Frankfurt a.M.  
Eszter HERGER CSABÁNE, Pécs – Borut HOLCMAN, Marburg a.d.D. – Janez KRANJC, Laibach  
Klaus LUIG, Köln – Barna MEZEY, Budapest – Janwillem OOSTERHUIS, Maastricht  
Jana OSTERKAMP, München – Frank SCHÄFER, Freiburg i.Br. – Clausdieter SCHOTT, Zürich  
Dieter SCHWAB, Regensburg – Wolfgang SELLERT, Göttingen – Istvan SZABO, Budapest  
Juraj ŠEDIVÝ, Pressburg – Katja Škrubej, Laibach – Jaromir TAUCHEN, Brünn  
Christopher THORNHILL, Manchester – Robert Christian VAN OUYEN, Lübeck/Berlin  
Stephan WAGNER, Halle a.d.S. – Alain WIJFFELS, Leiden/Louvain-la-Neuve

*Redaktion*  
Christoph SCHMETTERER (Chefredakteur), Valerie ZATLOUKAL  
Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung der Universität Wien,  
Vordere Zollamtsstraße 3, 1030 Wien

*Lektorat*  
Miriam GASSNER, Ramon PILS

<http://www.rechtsgeschichte.at/beitraege>

Die verwendete Papiersorte in dieser Publikation ist DIN EN ISO 9706 zertifiziert und erfüllt die Voraussetzung für eine dauerhafte Archivierung von schriftlichem Kulturgut.

*Als internationale wissenschaftliche Zeitschrift mit peer-review von der ÖAW gefördert*

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 978-3-7001-9027-1

ISSN 2221-8890

Copyright © Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien 2021

Druck und Bindung: Prime Rate, Budapest

<https://epub.oeaw.ac.at/8516-1>

<https://verlag.oeaw.ac.at>

# Inhaltsverzeichnis

Geleitwort der Bundesministerin für EU und Verfassung .....	155
Geleitwort der Bundesministerin für Justiz .....	157
Vorwort .....	159
 Matthias JESTAEDT, Freiburg Theorie der Kompetenzverteilung .....	 163
 Roland LHOTTA, Hamburg Die Diskussion um Kompetenzen in den Federalist Papers .....	 182
 Thomas SIMON, Wien Die Kompetenzverteilung 1860 – 1861 – 1867 .....	 195
 Christoph SCHMETTERER, Halle a.d. Saale Reichsgesetz und Landesgesetz Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der altösterreichischen Kompetenzverteilung .....	   212
 Jörg-Detlef KÜHNE, Hannover Die Kompetenzverteilung in der deutschen Reichsverfassung 1871 .....	 225
 Benjamin SCHINDLER, St. Gallen Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht .....	  238
 Christian NESCHWARA, Wien Die Kompetenzverteilung im Übergang von der österreichischen Monarchie zur Republik Österreich .....	  256
 Thomas OLECHOWSKI, Wien Die Diskussion um die Kompetenzverteilung bei der Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes .....	  271
 Christoph GUSY, Bielefeld Die Kompetenzverteilung in der Weimarer Reichsverfassung.....	 284
 Stephan G. HINGHOFER-SZALKAY, Graz Die Entwicklung der Kompetenzverteilung 1920 bis 1929 in Gesetzgebung und Wissenschaft .....	  300

Gerald KOHL, Wien Von der Doppelgleisigkeit der Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung – ein Überblick .....	315
Ilse REITER-ZATLOUKAL, Wien Die Kompetenzverteilung in der österreichischen Verfassung von 1934 .....	330
Anna GAMPER, Innsbruck Die Kompetenzverteilung in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs .....	344
Peter BUßJÄGER, Innsbruck Die Wiener Schule und die Kompetenzverteilung .....	358
Ewald WIEDERIN, Wien Die Innsbrucker Schule und die Kompetenzverteilung.....	369
Clemens JABLONER, Wien Kompetenzrechtliche Restposten Rechtssätze, Paktierungen, Deckungsklauseln und Bund-Länder-Vereinbarungen.....	379
Michael POTACS, Wien Die Kompetenzverteilung und die EU .....	391
Sebastian SCHMID, Salzburg Reformpläne und -versuche seit dem Österreich-Konvent .....	399

*Siehe auch:*

Martin P. SCHENNACH, Innsbruck  
„Kompetenzverteilung“ avant la lettre?  
Methodisch-theoretische und wissenschaftshistorische Reflexionen  
zur Zuständigkeitsverteilung in vormodernen Mehrebenensystemen  
*in: BRGÖ 1 / 2021, 61–99*

Kamila STAUDIGL-CIECHOWICZ, Wien  
Die Lex Starzyński  
*Publikation in einer künftigen Ausgabe der BRGÖ vorgesehen*

# Geleitwort der Bundesministerin für EU und Verfassung

*Das 100. Jubiläum unserer Verfassung am 1. Oktober 2020 diente den Herausgebern des vorliegenden Tagungsbandes als willkommener Anlass zur Auseinandersetzung mit dem Bundesstaat. Dieses Jubiläum fiel in ein Jahr, das uns mit vielen unerwarteten Herausforderungen konfrontiert hat, sodass es schwer war, innezuhalten, um es entsprechend zu feiern. Die Umstände haben uns aber auch erinnert, nicht nur zurück zu schauen, sondern unsere Verfassung dafür zu würdigen, dass sie – wie vor 100 Jahren – den Rahmen unseres staatlichen Handelns bildet. Gerade Krisen zeigen die Wichtigkeit unserer Institutionen und der Rechtsordnung auf, um Stabilität und Orientierung zu geben. So gab es nur wenige Festakte, dafür aber zahlreiche öffentliche Diskussionen, die das Bewusstsein über die Garantien unserer Verfassung gestärkt haben. Auch mit einem Jahr Abstand bin ich froh, dass die Maßnahmen zur Bewältigung der Corona-Pandemie in Österreich stets auf Grundlage parlamentarischer Entscheidungen getroffen wurden. Damals wie heute trachten wir danach, dass die Freiheitsbeschränkungen so gering und kurz wie möglich gehalten werden, um das Ziel zu erreichen, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems aufrecht zu erhalten.*

*Die Kompetenzverteilung ist ein wesentlicher Eckpfeiler unserer Verfassung. Sie ist Teil der österreichischen Verfassungsidentität. Gesetzgebung und Vollziehung sind zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Insbesondere durch den österreichischen Beitritt zur Europäischen Union wurden viele Zuständigkeiten auf Unionsebene gehoben. Trotz dieser und weiterer Änderungen hält sich das System der Aufteilung von Macht und Verantwortung in weiten Teilen seit 100 Jahren stabil und hat sich dem Grunde nach bewährt. An die Kompetenzverteilung, wie wir sie kennen, haben wir uns gewöhnt. Gerade deshalb sind die Beiträge, die Sie in diesem Band erwarten, so wichtig: Sie zeigen nicht nur die Entwicklung des jetzigen Systems auf, sondern auch, welche Formen sich in anderen Rechtsordnungen gebildet haben und welche Alternativen es aus historischer Sicht gab. Ein solcher Blick über den zeitlichen und örtlichen Tellerrand lohnt immer, gerade auch aus der heutigen Perspektive als Teil der Europäischen Union. Die Ergebnisse erinnern uns auch daran, dass Dinge nicht immer so bleiben müssen, wie sie sind.*

*Den Herausgebern, Autorinnen und Autoren dieses Bandes möchte ich zum vorliegenden Tagungsband gratulieren. Zudem danke ich ihnen dafür, dass sie aus Anlass des 100-jährigen Jubiläums unserer Verfassung auch die Kompetenzverteilung, den Kern des bundesstaatlichen Prinzips, in dieser Tiefe würdigen. Den hoffentlich zahlreichen Leserinnen und Lesern wünsche ich eine interessante und inspirierende Lektüre!*

Wien, 31. August 2021

Mag. Karoline EDTSTADLER

# Geleitwort der Bundesministerin für Justiz

*2020 war in jedem Sinne ein besonderes Jahr. Wir feierten 100 Jahre österreichische Bundesverfassung und 25 Jahre Österreich in der EU. Beide Ereignisse boten geeignete Anlässe, um sich den Themen der Kompetenzverteilung und des Föderalismus genauer zu widmen. Leider war das Jahr 2020 auch von einem weniger freudigen Ereignis geprägt: der Corona-Pandemie, die der Grund für die Verschiebung der dieser Publikation vorausgehenden Tagung war. Sie stellte auch die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern vor besondere Herausforderungen, denn gerade in Krisensituationen ist es wichtig, klare Entscheidungskompetenzen definiert zu haben und genau zu wissen, von wem welche Entscheidungen getroffen werden dürfen und müssen.*

*Aber die Kompetenzverteilung und der Föderalismus sind auch unter gewöhnlichen Umständen Themen, welche die Rechtswissenschaft – insbesondere im Staatsrecht – ständig begleiten. In der Bundesregierung beschäftigen uns entsprechende Reformvorschläge, da aufgrund der geographischen Größe und Einwohnerstärke Österreichs, die Effizienz und Notwendigkeit der österreichischen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern oftmals einiger Kritik ausgesetzt ist. Gerade deswegen ist es für das Verständnis und auch zukünftige Reformvorhaben notwendig, die historische Entwicklung genauer zu beleuchten, uns diese zu vergegenwärtigen und daraus Schlüsse zu ziehen.*

*Mangels eindeutiger Verfassungsnormen über die Interpretation der Kompetenztatbestände der Verfassung scheinen drei Blicke zu diesem Zweck besonders lohnend: in die Vergangenheit, in die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes sowie über die österreichische Grenze zu unseren Nachbarn. Dieses Unterfangen wurde mit dem vorliegenden Tagungsband von ausgewiesenen Kennerinnen und Kennern der Materie eingehend unternommen.*

*Die Lektüre der einzelnen Beiträge verspricht aufschlussreiche Einsichten in die historische Kompetenzverteilung der Habsburgermonarchie, der Ersten Republik des autoritären Ständestaates (Autofaschismus) und der Zweiten Republik. Weitere Beiträge ermöglichen Vergleiche zu der Verteilung der Kompetenzen in den Bundesstaaten der USA, Deutschlands und der Schweiz. Die Doppelgleichheit in der mittelbaren Bundesverwaltung sowie die Eigenart der Bundes-Länder-Vereinbarungen werden beleuchtet und die Unterschiede in der Interpretationsweise des VfGH, der Wiener und der Innsbrucker Schule sichtbar gemacht.*



*Ich gratuliere den Herausgeberinnen und Herausgebern sowie den Autorinnen und Autoren zu diesem gelungenen Tagungsband und bedanke mich bei ihnen für die wichtigen Beiträge zur Rechtswissenschaft trotz der widrigen Umstände und der außerordentlichen Bemühungen, die allseits notwendig waren, um die Tagung stattfinden zu lassen.*

Wien, 27. Mai 2021

Dr. Alma ZADIĆ, LL.M.

## Vorwort

*Das B-VG, das Kernstück der österreichischen Bundesverfassung, trägt heute den schlichten Titel „Bundes-Verfassungsgesetz“. Als es im Herbst 1920 von der Konstituierenden Nationalversammlung beschlossen wurde, war der Titel allerdings etwas länger und lautete: „Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz).“ Dieser Titel macht deutlich, was die eigentliche Neuerung war: Mit dem B-VG wurde Österreich zu einem Bundesstaat.*

*Zur demokratischen Republik war (Deutsch-)Österreich schon im Herbst 1918 geworden, und Gewaltenteilung und Rechtsstaat hatte es schon in der Monarchie gegeben. Ein Bundesstaat war die österreichische Reichshälfte der Monarchie aber nach Auffassung ihrer Zeitgenossen nicht gewesen, und so wurde auch die Erste Republik in den ersten beiden Jahren ihres Bestehens (zumindest aus Wiener Perspektive) als dezentralisierter Einheitsstaat verstanden.*

*Ob überhaupt eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Bundesstaat und dezentralisiertem Einheitsstaat möglich ist, ist freilich eine andere Frage. Immerhin hatte es schon in der Monarchie und auch am Beginn der Republik eine Trennung von Reichs- bzw. Staatsgesetzen einerseits und Landesgesetzen andererseits gegeben sowie eine Trennung von (zentraler) staatlicher Verwaltung und (autonomer) Landesverwaltung.*

*Daher war es für die österreichische Verfassungsentwicklung nichts grundlegend Neues, dass es eine Kompetenzverteilung zwischen Zentralstaat und Ländern gab. In gewisser Hinsicht war 1920 sogar nicht einmal das Wie der Kompetenzverteilung neu, denn das B-VG enthielt zwar umfassende Regelungen dazu, doch traten sie nicht schon 1920, sondern erst 1925 in Kraft.*

*Trotzdem war das Jahr 1920 eine entscheidende Zäsur nicht nur in der allgemeinen österreichischen Verfassungsentwicklung, sondern auch speziell für das Verhältnis von Zentralstaat und Ländern. Das zeigt sich schon an Terminologie: Seit 1920 stehen sich nicht mehr Staat und Länder, sondern Bund und Bundesländer gegenüber. Die 1920 beschlossene Kompetenzverteilung trat zwar erst 1925 in Kraft, gilt dafür aber bis heute – wenn auch mit zahllosen Änderungen.*

*Grund genug also, sich im Jubiläumsjahr des B-VG speziell der Kompetenzverteilung als dem Kern einer bundesstaatlichen Verfassung zu widmen. Wie so viele andere Jubiläumsveranstaltungen sollte die Konferenz, deren Ergebnisse in dieser Ausgabe der BRGÖ veröffentlicht werden, im Herbst 2020 stattfinden. Wie die meisten dieser*

*Veranstaltungen musste auch unsere Konferenz Corona-bedingt verschoben werden und konnte dann auch zum Ersatztermin im Mai 2021 nur online stattfinden.*

*Unabhängig von diesen äußeren Umständen gelang es, ein umfassendes Bild zu zeichnen, in dem das Thema Kompetenzverteilung aus theoretischer, historischer und vergleichender Perspektive behandelt wurde.*

*Matthias Jestaedt legt mit seinen Überlegungen zur Theorie der Kompetenzverteilung eine Grundlage für die weitere Auseinandersetzung mit dem Thema; Martin P. Schennach untersucht die Aufteilung von Zuständigkeiten in der Vormoderne,<sup>1</sup> und Roland Lhotta beschäftigt sich mit der ersten umfassenden Diskussion über die moderne bundesstaatliche Verteilung von Kompetenzen in den *Federalist Papers*.*

*Thomas Simon gibt einen Überblick über die Kompetenzverteilung der österreichischen Reichshälfte der Habsburgermonarchie, und Kamila Staudigl-Ciechowicz<sup>2</sup> sowie Christoph Schmetterer widmen sich besonderen Aspekten der altösterreichischen Kompetenzverteilung: einerseits deren einziger Änderung nach 1867 durch die *lex Starzyński* und andererseits der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Thema.*

*Mit der Entwicklung in jenen Nachbarländern Österreichs, die im 19. Jahrhundert zu Bundesstaaten wurden, der Schweiz und dem Deutschen Reich, beschäftigen sich Jörg-Detlef Kühne und Benjamin Schindler.*

*Christian Neschwara behandelt die (deutsch-)österreichische Kompetenzverteilung in der Übergangsphase von 1918 bis 1920, Thomas Olechowski die Entstehung der einschlägigen Regelungen in der Stammfassung des B-VG von 1920, und Christoph Gusy die Kompetenzverteilung in dessen deutschem Pendant, der Weimarer Reichsverfassung von 1919.*

*Der weiteren Entwicklung in der Ersten Republik widmet sich Stephan G. Hinghofer-Szalkay. Gerald Kohl behandelt das Zusammenspiel von Kompetenzverteilung und Verwaltungsstruktur, in dem er den Weg von der doppelgleisigen Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung nachvollzieht. Ilse Reiter-Zatloukal schließlich behandelt jenen Staat, der „Bundesstaat“ zwar von 1934 bis 1938 zur offiziellen Staatsbezeichnung machte, dabei aber das bundesstaatliche Element zugunsten des autoritären weitgehend aushöhlte.*

*Anna Gamper analysiert die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zu Kompetenzfragen, und Peter Bußjäger sowie Ewald Wiederin widmen sich der wissenschaftlichen Beschäftigung mit der Kompetenzverteilung: einerseits durch die die Wiener und andererseits durch die Innsbrucker Schule.*

*Clemens Jabloner behandelt kompetenzrechtliche „Restposten“, konkret Rechtssätze des VfGH, paktierte Gesetze, Kompetenzdeckungsklauseln und Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG. Michael Potacs analysiert das Zusammenspiel von EU und Kompetenzverteilung, und Sebastian Schmid widmet sich den Reformüberlegungen zur österreichischen Kompetenzverteilung.*

---

<sup>1</sup> Der umfassende Aufsatz von Martin P. Schennach erschien bereits in den BRGÖ 1/2021, 61–99.

<sup>2</sup> Der schriftliche Beitrag von Kamila Staudigl-Ciechowicz konnte in diesen Band nicht mehr aufgenommen werden, es ist geplant, ihn zu einem späteren Zeitpunkt in den BRGÖ zu publizieren.

*Die Zusage für einen Beitrag zur Kompetenzverteilung im deutschen Grundgesetz wurde aus uns unbekanntem Gründen weder mündlich noch schriftlich eingehalten. Wir danken allen Autorinnen und Autoren für ihre Beiträge, der Bundesministerin für EU und Verfassung und der Bundesministerin für Justiz für ihre Geleitworte, Martin Sonntag für die Anregung zu dieser Konferenz, Stefan Wedrac für die wesentliche Unterstützung bei deren Vorbereitung und Organisation, ihm, Carmen Kleinszig, Mia Krieghofer, Martin Krall und Milena Lepir für die technische Betreuung des online-Formats.*

*Wien, im Oktober 2021*

Christoph SCHMETTERER  
Thomas OLECHOWSKI  
Martin P. SCHENNACH  
Ewald WIEDERIN



Matthias JESTAEDT, Freiburg

## Theorie der Kompetenzverteilung

### *A Theory of the Distribution of Competences*

*The dogmatics of the distribution of competences benefits from a theory of the distribution of competences, because the latter reminds the former of the complexity and plurality as well as of the relativity and contingency of competence relations. In this way, the theory encourages dogmatics to develop concepts and arguments that are more viable and suitable, but less systematic-smooth and less universal. In particular, a critical theory of the distribution of competences sustainably shakes the self-evidence with which the essence of competence or the nature of the federal state is invoked to solve concrete problems – and thereby directs the view to positive law in its contingency.*

**Keywords:** *competency allocation – competence distribution techniques – distribution of competence and exercise of competence – relationality*

### **I. Was ist und was leistet eine Theorie der Kompetenzverteilung?**

Unter einer Theorie der Kompetenzverteilung lassen sich grosso modo zwei – zwar nicht genäufige, aber doch deutlich zu unterscheidende – kompetenzielle Gesamtkonzeptionen mit divergierenden Eigenschaften und Funktionen verstehen:

Als Theorie der Kompetenzverteilung kann zum einen die Gesamtheit der systemeigentümlichen und zu Strukturaussagen in kompetenziellen Fragen aggregierten Elemente einer bestehenden positivrechtlichen Ordnung – etwa des österreichischen Verfassungsrechts (im Ganzen oder des B-VG im Speziellen) – bezeichnet werden. Als solche besteht sie aus induktiv generalisierten, prinzipiellen Aussagen über die Kompetenzverteilung des betreffenden geltenden Rechts und markiert den Allgemeinen Teil der

Kompetenzdogmatik.<sup>1</sup> Sie orientiert den Rechtsteilnehmer nach Maßgabe des Rechtmäßigkeitsparadigmas in der Anwendungssituation und ist folgeweise in Herleitung wie Reichweite strikt auf das konkret anzuwendende geltende Recht begrenzt. Als allgemeine Kompetenzlehre darf sie, der eine bedeutende Orientierungsfunktion zukommt, in ihrer Fähigkeit zur Lösung konkreter Problemstellungen indes weder überschätzt noch in ihrer Neigung zur dogmatischen Übergeneralisierung unterschätzt werden. In beide Richtungen droht der für Dogmatik konstitutive geltendrechtliche Bezug verloren zu gehen, werden doch die kontingenten, bisweilen reichlich unsystematischen Kompetenzbestimmungen des positiven Rechts, die ihre Entstehung nicht selten weniger einem kodifikatorischen Gesamtkonzept aus einem systematischen Guss verdanken, sondern vielfach das Ergebnis mehr oder weniger bezugsloser politischer Kompromiss- und/oder Ad-hoc-Entscheidungen

---

<sup>1</sup> Zum hier zugrunde gelegten Verständnis von (Verfassungs-)Dogmatik und (Verfassungs-)Theorie: JESTAEDT, Verfassungstheorie § 1.

sind, durch ein deduktiv-essentialistisches Prinzipien-Räsonnement überspielt.

Eine zweite Lesart löst den konstitutiven Bezug zu einer konkreten Rechtsordnung respektive zur Teilnehmerperspektive und fragt in einem zuvörderst komparativen, also mehrere Rechtsordnungen vergleichend in den Blick nehmenden Zugriff nach notwendigen oder typischen Bauelementen und Funktionsgesetzmäßigkeiten von Kompetenzverteilungsmodellen, nach deren Regularitäten, Typizitäten und Varietäten. Diese Variante der Allgemeinen Kompetenzlehre hat ihre disziplinäre Heimat nicht in der (Verfassungs-)Dogmatik, sondern in der (Rechts- und) *Verfassungstheorie*. Ihre Aussagen besitzen in Bezug auf Rechtsdogmatik<sup>2</sup> in erster Linie heuristisch-mäeutische Funktionen. Indem solcherart die Bandbreite positivrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt und klar zwischen *rechtswesentlichen* und bloß *rechtsinhaltlichen* Gestaltungen getrennt wird, konturiert eine derartige Theorie der Kompetenzzuweisung die Begründungs- und Nachweisobliegenheiten der Dogmatik. Darüber hinaus spannt sie einen gemeinsamen Reflexionsrahmen für eine vergleichende Betrachtung von Kompetenzverteilungsmodellen unterschiedlicher positivrechtlicher Provenienz.

Sosehr die (verfassungs)dogmatische Theorie der Kompetenzverteilung mit ihrem (rechts- und verfassungs)theoretischen alter ego in erkenntniserhellende Wechselbezüge gesetzt werden kann, so wenig dürfen doch die Teilnehmer- und die Beobachterperspektive zu einer übergreifenden Allgemeinen Kompetenzlehre amalgamiert werden; die Allgemeinen Grundrechtslehren, die unentschieden zwischen Grund-

rechtstheorie und Grundrechtsdogmatik oszillieren, sollten hier gerade nicht Vorbild sein.<sup>3</sup>

Die nachfolgenden Überlegungen sehen sich der zweiten, verfassungs- bzw. rechtstheoretischen Lesart verpflichtet. Um mehr als erste Grundlegungen einer Theorie der Kompetenzverteilung kann es im gegebenen Rahmen freilich nicht gehen.

## II. Kompetenzverteilung und Bundesstaatslehre

Nicht selten – und so ja auch im gegebenen Rahmen – werden Kompetenz- und Bundesstaatslehre aufs Engste miteinander assoziiert. Das ist sowohl nachvollziehbar als auch naheliegend. Denn einerseits bildet die Kompetenzverteilung in Bundesstaaten gleichsam das Skelett,<sup>4</sup> also die Stützstruktur des föderativen Gemeinwesens; bundesstaatliche Verfassungen bestehen dementsprechend zu hohen Anteilen aus Kompetenz(verteilungs)bestimmungen.<sup>5</sup> Und andererseits erlangen Kompetenzverteilungsmodelle in nicht nur horizontal, sondern auch noch vertikal gewaltengegliederten Gemeinwesen ihre ausgefeilteste und komplexeste Gestalt. Aus beiden Gründen findet eine Allgemeine Kompetenzlehre im Bundesstaat ihren nachgerade idealen Gegenstand.

Und doch darf ein doppeltes Caveat nicht fehlen: Denn die einseitige Fixierung auf die bundesstaatliche Kompetenzverteilung darf erstens nicht überdecken, dass eine Verteilung von Kompetenzen Ausdruck und Folge *jeder* arbeitsteilig ausgerichteten, binnendifferenzierten Organisationseinheit ist und folglich einen Grundbaustein rationaler Organisation schlechthin bil-

<sup>2</sup> Es versteht sich von selbst, dass eine verfassungs- bzw. rechtstheoretisch fundierte Allgemeine Kompetenzlehre sich nicht in ihren Zuträgerdiensten für die Dogmatik erschöpft. Im gegebenen Rahmen stehen diese indes – ebenso wie die Abgrenzung der beiden Lesarten – im Mittelpunkt der Überlegungen.

<sup>3</sup> Anders jedoch ISENSEE, Kompetenz Rz. 8 und 17.

<sup>4</sup> Zur Metapher: FEHLING, Mechanismen 31.

<sup>5</sup> Nach wie vor grundlegend zu den „Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung“: WIEDERIN, Bundesrecht; s. ergänzend ISENSEE, in: DERS., KIRCHHOF § 126, Rz. 196–197 und 198–223.

det; insoweit ist sie bundesstaatsunspezifisch. Und zweitens gehen mit einer Kurzschließung von Bundesstaats- und Kompetenzlehre Gefahren der Pfadabhängigkeit einher, sodass bundesstaatliche Besonderheiten überbewertet und nicht in den bundesstaatlichen Fokus tretende Phänomene unterbelichtet oder ausgeblendet werden. Beispielsweise gilt der Vorbehalt der (genauer: Bundes-)Verfassung nicht grundsätzlich für Kompetenzzuweisungen, sondern reflektiert den bundesstaatsspezifischen Umstand, dass Zentralstaat und Gliedstaaten (erst) in der durch die Bundesverfassung markierten gesamtstaatlichen Ordnung zusammenfinden.

### III. Kompetenz und Kompetenzordnung

#### 1. Arbeitsteilige Ganzheit – notwendiger Ganzheitsbezug

Von Kompetenz wird in vielfältigem Sinne und auf einer Vielzahl von Feldern gesprochen.<sup>6</sup> Im hier interessierenden Bereich handelt es sich um eine Schlüsselkategorie arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung durch Hoheitsträger. Kompetenz – oder synonym: Zuständigkeit – stellt ein „Junktum zwischen Aufgabe und Organisation“<sup>7</sup> her. Sie weist eine bestimmte Aufgabe, deren Erledigung zunächst und ohne weitere Differenzierung einen Hoheitsträger, etwa einen Staat oder eine sonstige Körperschaft, als solchen trifft, einem bestimmten, trägereigenen Organisationssubjekt zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zu.<sup>8</sup>

Kompetenz ist als Mittel arbeitsteiliger Aufgabenwahrnehmung Bauelement eines größeren Ganzen. Sie tritt daher grundsätzlich nicht als

einzig ihrer Art, also im Singular auf, sondern bildet mit anderen, gleichartigen Kompetenzen eine *Kompetenzordnung*, die eine arbeitsteilige Ganzheit konzipiert.<sup>9</sup> Zuschnitt und Zuweisung, Art und Ausübung einer Kompetenz fußen auf einer Mehrzahl von Auswahlentscheidungen aus einem jeweils größeren Ganzen und haben daher einen sie in ihrer Eigentümlichkeit überhaupt erst konstituierenden Ganzheits- oder auch Einheitsbezug. In allgemeinsten, noch nicht weiter ausdifferenzierter Form lassen sich die in einer Kompetenzverteilung gebündelten Auswahlentscheidungen etwa wie folgt in einer einzigen Frage zusammenfassen: Welcher Aufgabenbereich soll in welcher Modalität an welchen Prätendenten zur Erledigung in rechtsverbindlicher Weise zugewiesen werden? Um die konkrete Kompetenz in ihrer Tragweite, Dimension und Ambiance verstehen zu können, muss folglich ein Blick geworfen werden auf die Gesamtheit der von Rechts wegen zu verteilenden Aufgaben, auf die Gesamtheit derer, die von Rechts wegen zur Aufgabenerledigung bereitstehen, und auf die Gesamtheit der von Rechts wegen zur Verfügung stehenden Erledigungsmodalitäten.

Die notwendige Ordnungsreferenz der einzelnen Kompetenz bedeutet selbstredend nicht, dass es nur *eine* (Universal-)Kompetenzordnung gibt. Ganz im Gegenteil ist das Neben- und Miteinander, das Über- und Untereinander von Kompetenzregimen im positiven Recht fest verankert.<sup>10</sup> Von der darin zum Ausdruck kommenden Relativität der Kompetenzordnungen wird noch die Rede sein.<sup>11</sup>

#### 2. Bauelemente einer Kompetenzordnung

Eine Kompetenzordnung oder ein Kompetenzregime ist zunächst lediglich eine analytische

<sup>6</sup> Beispiele bei ISENSEE, Kompetenz Rz. 14.

<sup>7</sup> SCHMIDT-ARMANN, Ordnungsidee 5. Kap., Rz. 17.

<sup>8</sup> Wie hier der Sache nach bereits ISENSEE, in: DERS., KIRCHHOF § 133, Rz. 18–19.

<sup>9</sup> Ähnlich ebd., Rz. 113–114.

<sup>10</sup> Dazu sogleich 2.

<sup>11</sup> Vgl. nachfolgend 4.



Kategorie und meint die Gesamtheit kompetenzieller Normgehalte, die sich auf die identische Kompetenz-Kompetenz (Kompetenzhoheit), also die positivierte Rechtsmacht zur Schaffung und Änderung der betreffenden Kompetenzverteilung, zurückführen lassen. Dementsprechend lassen sich so viele Kompetenzordnungen identifizieren wie Träger von Kompetenz-Kompetenzen. Mit Rücksicht darauf, dass sogenannte Kompetenzbestimmungen auch nicht-kompetenzielle respektive kompetenzüberschießende Normgehalte aufweisen können, spricht: Normgehalte, die nicht der Zuweisung einer Aufgabe zur Erledigung an eine Organisationseinheit, sondern anderen Zwecken dienen,<sup>12</sup> können Kompetenzregime legislativ mit nicht-kompetenziellen Regimen gekoppelt sein.<sup>13</sup>

Eine Kompetenzordnung weist eine Reihe notwendiger oder doch wenigstens typischer Bauelemente auf, die das Kompetenzverhältnis sowohl umschreiben als auch regulieren:

– Zunächst bedarf es der Bestimmung der *Kompetenzobjekte* oder auch *Kompetenzmaterien*: Welche konkreten Aufgaben sind Gegenstand einer arbeitsteiligen Wahrnehmung? Die Aufgaben müssen spätestens mit der Zuweisung feststehen. Im Falle von Staatsaufgaben wird es nicht selten so sein, dass es keinen festen Kanon potentieller Staatsaufgaben gibt und sich die aktuellen danach bestimmen, ob für den Staat Zugriffsverbote (etwa in Gestalt von Abwehrrechten) oder Zugriffspflichten (wie namentlich in Gestalt von Schutzpflichten) bestehen.<sup>14</sup>

– Sodann muss es eine Zahl von *Kompetenzsubjekten* geben, die größer als eins ist; werden sämtliche Aufgaben auf einen einzigen Akteur „verteilt“, liegt keine *Arbeitsteilung* vor und ist

die Kompetenz in ihrer spezifischen Funktionalität gegenstandslos. Mit den Kompetenzsubjekten ist der Pool derer umschrieben, die aus Sicht des Inhabers der Kompetenz-Kompetenz als Adressaten in Betracht kommen. Dabei besteht Anlass, darauf hinzuweisen, dass Kompetenz Organisation voraussetzt, aber nicht selbst schafft; das Bestehen adressierungsfähiger Organisationseinheiten ist vielmehr notwendige Bedingung jeglicher Kompetenzordnung.<sup>15</sup> Adressat – und damit Teil der Kompetenzrelation<sup>16</sup> – kann eine Organisationseinheit im positiven wie im negativen Sinne sein: Ersteres ist der Fall, wenn ihr die Aufgabe zur (nicht notwendigerweise exklusiven) Erledigung zugewiesen wird, letzteres, wenn sie durch die Zuweisung an einen Kompetenzkonkurrenten von deren Erledigung ausgeschlossen und zur Beachtung der Kompetenz des anderen angehalten ist.<sup>17</sup> Im ersten Fall zeigt sich der Ermächtigungs-, im zweiten der Sperrgehalt der Kompetenz.<sup>18</sup> Die im bundesstaatlichen Zwei-Ebenen-Verhältnis von Zentral- und Gliedstaat(en) hervorgehobene organisatorisch-institutionelle Gleichartigkeit der Kompetenzpräsidenten ist häufig anzutreffen, aber nicht rechtswesentliche Voraussetzung für die Zusammensetzung des Kreises der Kompetenzsubjekte.

– Die eigentliche Kompetenzverteilung als die Zuordnung von Subjekt und Objekt der Kompetenz lässt sich in – wenigstens – zwei Aspekte aufteilen, nämlich den *Verteilungsausschnitt* einer- und die *Verteilungstechnik* andererseits.<sup>19</sup> Erstere betrifft die Frage, welche

<sup>12</sup> Stellvertretend JESTAEDT, Zuständigkeitsüberschießende Gehalte 315–343.

<sup>13</sup> Siehe ergänzend unten V.5.

<sup>14</sup> Richtungweisend ISENSEE, Staatsaufgaben Rz. 37–54 und 55–78.

<sup>15</sup> Zum Zusammenhang von Organisation und Kompetenz ausführlich STETTNER, Kompetenzlehre 222ff.

<sup>16</sup> Dazu sogleich 3.

<sup>17</sup> Vom Begriffspaar der Adressaten im positiven und negativen Sinne ist jenes der Adressaten im aktiven und passiven Sinne zu unterscheiden, dazu sogleich 3.

<sup>18</sup> Dazu HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz. 73 und 106–107; vgl. ergänzend DERS., Beidseitigkeit 689–693.

<sup>19</sup> Siehe dazu unten V.1.

organisatorischen oder funktionellen Aspekte die Verteilung der Kompetenzen dirigieren sollen, und damit den konkreten *Kompetenzausschnitt*. Geht es um die Kompetenzen eines Verbandes oder um die Kompetenz eines (Verbands-)Organes? Sind Gegenstand der Verteilung Legislativ-, Exekutiv- oder Judikativaufgaben? Oder soll die wahrzunehmende Aufgabe, das Kompetenzobjekt, nach sachlichen, örtlichen und instanziellen Auspizien verteilt werden? Während der Verteilungsausschnitt also das Was der Verteilung betrifft – und damit, wenn man so will, das Kompetenzobjekt spezifiziert –, zielt die Verteilungstechnik (oder auch Kompetenzverteilung im engeren Sinne) auf das Wie der Zuordnung von Kompetenzobjekt und Kompetenzsubjekt, bestimmt demnach darüber, nach welchen Parametern – etwa Katalogen taxativ aufgezählter Kompetenztitel und/oder Regel-Ausnahme-Verhältnissen<sup>20</sup> – die auf das Kompetenzobjekt bezogene Handlungsmacht dem jeweiligen Kompetenzträger zugewiesen wird.

- Je nach Konzeption stellen die Regeln der *Kompetenzausübung*, die die Bedingungen der Wahrnehmung einer zugewiesenen Kompetenz festsetzen, einen Teil bzw. Annex der Kompetenzverteilung oder aber das Gegenüber zur Kompetenzverteilung im Sinne der Zuweisung der Kompetenz dar.<sup>21</sup> Mutatis mutandis gilt Entsprechendes für die Regeln zur Bewältigung von *Kompetenzkonflikten* im Allgemeinen und zum *Kompetenzfehlerkalkül* im Besonderen sowie für jene zu *Kompetenzdurchsetzung* und *Kompetenzschutz*.
- Die Rechtsmacht zu Schaffung, Änderung und Abschaffung einer Kompetenzordnung kann man als *Kompetenz-Kompetenz* oder auch *Kompetenzhoheit* bezeichnen; sie ist nicht Bauelement einer Kompetenzordnung, sondern liegt

ihr als Ermächtigungsgrundlage zugrunde. Die Kompetenz-Kompetenz ist mit Rücksicht auf die Relativität von Kompetenz(ordnung)en<sup>22</sup> nicht notwendigerweise mit der Souveränität als der unabgeleiteten Rechts(erzeugungs-)macht gleichzusetzen, kann aber je nach Kompetenzrelation auch deren Ausdruck sein.

- Die Regeln der *Kompetenzauslegung* sind zwar von zentraler Bedeutung für das Verständnis und den Umgang mit der Kompetenzordnung.<sup>23</sup> Sie haben diese indes zu ihrem Gegenstand und sind schon deshalb nicht deren Teil.

### 3. Kompetenz als Relation

Die Kompetenz besitzt wie jede andere (Rechts-) Norm<sup>24</sup> eine relationale Struktur, anders gewendet: Sie besteht aus einer bzw. beschreibt eine normkonstituierte/n Beziehung. Bei diesem Rechtsverhältnis geht es weniger um die die Kompetenz-Definition aufnehmende sachliche Inbezugsetzung in Gestalt der Verknüpfung von Aufgabe und Organisationseinheit. Vielmehr ist damit die in jeder Kompetenz zum Ausdruck gelangende *personelle* (Kommunikations-)Beziehung angesprochen. Nicht die Frage „Was wird wem zur Erledigung zugewiesen?“ steht insofern im Mittelpunkt, sondern die spezifizierende, perspektivische Frage „*Im Verhältnis zu wem wird was jemandem zur Erledigung zugewiesen?*“. Diese Frage lässt sich in zwei Unteraspekte aufgliedern: Zum einen geht es um die Dichotomie von Adressaten der Kompetenzzuweisung im positiven und negativen Sinne, zum anderen um jene von Adressaten im aktiven und im passiven Sinne. Die erste Konstellation thematisiert die bereits angesprochene<sup>25</sup> Auswahlentscheidung zwischen den potentiellen Kompetenzträgern, d.h. wem die konkrete Aufgabenerledigungszuständigkeit zugewiesen und wem

<sup>22</sup> Dazu nachfolgend 3. und 4.

<sup>23</sup> Nachfolgend IV. 4.

<sup>24</sup> Dazu KELSEN, Reine Rechtslehre 298–306 (167–172).

<sup>25</sup> Siehe vorstehend 2.

<sup>20</sup> Vgl. näher unten V.3.

<sup>21</sup> Dazu unten V.2.

sie vorenthalten wird. Bei der zweiten Konstellation steht demgegenüber die Frage im Vordergrund, wer im Falle des Gebrauchmachens von der Kompetenz der Handelnde, also der aktive Part, und wer der Handlungsadressat, also der passive Part, ist.

Die Einsicht in die relationale Struktur der Kompetenz, d.h. die Gebundenheit aller Aussagen an das betreffende Rechtsverhältnis, hilft insbesondere dabei, den mit der Kompetenzzuweisung stets einhergehenden Ermächtigungsgehalt,<sup>26</sup> der regelmäßig, wenn auch nicht notwendigerweise eine Rechtserzeugungsermächtigung einschließt, genauer zu bestimmen. Die insbesondere bei administrativer Aufgabenerledigung nicht unübliche absorptive Ineinssetzung von Ermächtigungsgrundlage und Befugnis zum rechtsverbindlichen Tätigwerden gegenüber Adressaten von Verwaltungsentscheidungen verdeckt nur allzu leicht, dass die Zuweisung von Rechts(erzeugungs)macht in *jeder* Relation, also nicht nur in dem vom Vorbehalt des Gesetzes regierten Staat-Bürger-Verhältnis, ermächtigenden Gehalt besitzt.<sup>27</sup> So transportiert die Zuweisung der Gesetzgebungskompetenz, dass der Adressat die zur Wahrnehmung zugewiesene Aufgabe in der Rechtsatzform des Gesetzes (im formellen Sinne) erledigen darf. Die Unterscheidung von Art und Ausmaß des in der Kompetenzzuweisung liegenden Ermächtigungsgehalts je nach Personenbeziehung befördert zudem die Differenzierung von Handlungsermächtigungen je nach angesprochenem Rechtsverhältnis und korrespondiert Maß und Art der sich durch die Normadressierung bestimmenden (relativen) Rechtsfähigkeit.<sup>28</sup> – Wenn etwa das positive (Bundesverfassungs-) Recht auf der Ebene der föderativen Verbands-

kompetenzen eine strikt binäre Zuteilung vorsieht, so sind exklusiv die Bundes- und die Landesebene adressiert; sonstige Relationen wie namentlich jene von Europäischer Union und Mitgliedsstaat(en) oder von Staat und Bürger sind davon nicht tangiert. Das positive Recht ist des Weiteren präzisierend daraufhin zu befragen, wie die Dichotomie von Bund und Ländern zu verstehen ist: ob die Kompetenzrelation das Gegenüber von Bund einer- und Ländergesamtheit andererseits, von Bund einer- und (je einzelner) Land andererseits und schließlich von Ländern untereinander erfasst.<sup>29</sup>

#### 4. Relationalität und Relativität von Kompetenzordnungen

Die Relationalität der einzelnen Kompetenz findet ihr Pendant in der Relationalität oder auch Relativität der Kompetenzordnung als solcher, die als wesentliche Erklärungshilfe in Bezug auf die Koexistenz respektive das allfällige Zusammenwirken oder Ineingreifen unterschiedlicher Kompetenzordnungen fungiert.

Die Relationalität jeder Kompetenzordnung ist Ausdruck und Folge des Umstandes, dass jeweils Aufgaben nur in begrenzter<sup>30</sup> Zahl und Art auf eine begrenzte Zahl und Art von Kompetenzträgern in einer begrenzten Art und Weise verteilt werden. Die Europäische Union kann nur Aufgaben verteilen, die ihr kraft unionalen Primärrechts zur Erledigung zugewiesen worden sind; das B-VG adressiert als Träger der Gesetzgebungs- und Gesetzesvollziehungskompetenzen nur entweder die Bundes- oder die Landesebene der Republik Österreich; die Zuweisung der instanzialen Kompetenz ersetzt oder beinhaltet nicht den Nachweis auch der sachlichen und örtlichen Kompetenz. Kompetenzord-

<sup>26</sup> Richtungweisend ISENSEE, in: DERS., KIRCHHOF § 133, Rz. 41–46; HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz. 100.

<sup>27</sup> Dazu näher unten IV.1.

<sup>28</sup> Dazu grundlegend KELSEN, Reine Rechtslehre 236–268 (130–149) und 288–298 (162–167).

<sup>29</sup> Näher dazu – am Beispiel des GG – ISENSEE, Kompetenz Rz. 41–46; HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz. 61–64.

<sup>30</sup> Was nicht unbedingt bedeutet: vorab bestimmter.

nungen bestehen infolgedessen in großer Vielzahl und Vielfalt.

Daraus ergeben sich weitere Konsequenzen, die – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – stichpunktartig wie folgt charakterisiert werden können:

- Die Gesamtheiten oder auch Entitäten, von denen bereits die Rede war und die die Identität der Kompetenzordnung ausmachen, sind jeweils spezifizierte, also begrenzte Entitäten, neben denen weitere Entitäten ihren Platz haben.
- Kompetenzordnungen stehen nur dann *de iure* untereinander in einer Relation (etwa der Koordination, Subordination oder Delegation), wenn sie derselben Rechtsordnung als dem identischen Validationssystem angehören und sich auf eine gemeinsame oberste Kompetenz-Kompetenz zurückführen lassen. Andernfalls stehen sie nicht nur rechtlich bezugslos nebeneinander; sie sind, strenggenommen, auch füreinander nicht Recht.
- Der Selbststand von Kompetenzordnungen ist grundsätzlich nur ein relativer – und dementsprechend die Qualifikation als selbständige Kompetenzordnung grundsätzlich eine bloß relative.
- Darüber hinaus ist es eine Frage des kontingenten positiven Rechts, inwieweit Kompetenz(verteilungs-)perspektiven je eigenständigen Kompetenzverteilungsregimen folgen oder aber in einem komplexen Kompetenzverteilungsregime kombiniert werden.<sup>31</sup>
- Die Relationalität bringt es mit sich, dass, was kennzeichnend für *eine* Kompetenzordnung ist, es nicht für *andere* sein muss. Sosehr etwa der Ausschluss einer dritten Ebene durch strikt binäre Kompetenzaufteilung im Verhältnis von Bund und Ländern oder in der Relation von Europäischer Union und Mitgliedstaaten diese beiden Kompetenzregime charakterisiert, so wenig ist die binäre (gar strikt binär-

alternative) Verteilung von Kompetenzen ein notwendiges Erkennungszeichen jeglicher Kompetenzordnung.<sup>32</sup>

- Der Ermächtigungsgehalt einzelner Kompetenzen reicht in materieller und personeller Hinsicht nicht weiter als der Regelungszugriff der Kompetenzordnung – und ist dementsprechend auch nur ein relativer, d.h. ein exklusiv aus der konkreten Kompetenzrelation heraus zu bestimmender.<sup>33</sup> Dies ist zu berücksichtigen, wenn in Bezug auf privatwirtschaftliches oder fiskalisches (Staats-) Handeln die Frage nach sogenannten Kompetenzfreien Zonen aufgeworfen wird.<sup>34</sup>
- Schließlich besteht auch kein allgemeingültiges Kompetenz-Fehlerkalkül, welches durchgängig und einheitlich bestimmte, welche Folgen Kompetenzverstöße zeitigen.<sup>35</sup>

#### IV. Specifica der Kompetenz

Kompetenz(norm)en werden von sonstigen Norm-Arten unterschieden, und es werden ihnen besondere normative Qualitäten attribuiert.

<sup>32</sup> Siehe auch unten IV.3.

<sup>33</sup> Dazu bereits vorstehend 3.

<sup>34</sup> Dazu aus deutscher Sicht ISENSEE, Kompetenz Rz. 106–112; aus österreichischer Sicht WIEDERIN, Aufgaben 21–44.

<sup>35</sup> Regelmäßig wird ausschließlich verwaltungsintern relevanten Kompetenzzuweisungen (etwa durch behördeninternen Organisationsakt, der Aufgaben bestimmten Ämtern oder Organwaltern zuweist) in Rechtslehre und Rechtsprechung wenig Aufmerksamkeit geschenkt, weil und insofern deren Nichtbeachtung zwar zu einer „Binnenrechtswidrigkeit“ führt, die aber keine im Verhältnis zwischen Staat und Bürger oder Behörden unterschiedlicher Verwaltungsträger relevante „Außenrechtswidrigkeit“, die gegebenenfalls gerichtliche Rechtsbehelfe auf den Plan ruft, nach sich zieht.

<sup>31</sup> Dazu unten V.5.

## 1. Abgrenzung I: Aufgabe und Befugnis

Der freiheitliche Verfassungsstaat ist durch eine Staffelung und durch ein Ineinandergreifen mehrerer Systeme von checks and balances staatlicher Machtausübung gekennzeichnet. Kompetenzverteilung spielt dabei eine zentrale, aber eben nicht die einzige Rolle. Sie ist besonders dadurch gekennzeichnet, dass sie einerseits auf eine effektive und die Problemlösungskompetenz der Arbeitsteilung nutzende sowie andererseits auf eine rational-kalkulierbare und kontrolliert-temperierte Ausübung hoheitlicher Macht zielt. In dieser Hinsicht ist die Kompetenz als Verbindung von Aufgabe und Organisation(seinheit) von zwei weiteren Kategorien zu unterscheiden und zu ihnen in Bezug zu setzen: Es handelt sich auf der einen Seite um die (Staats- oder Hoheits-)Aufgabe und auf der anderen Seite um die Befugnis (oder, im herkömmlichen Sprachgebrauch, die Ermächtigungsgrundlage).

(Staatliche oder hoheitliche) *Aufgaben* stellen gegenständlich umrissene Tätigkeitsausschnitte oder Betätigungsfelder dar, deren sich der Staat bzw. der Hoheitsträger nach Maßgabe seiner verfassungsrechtlichen Bindungen annimmt.<sup>36</sup> „Adressat“ der Aufgabe ist der Staat bzw. Hoheitsträger als solcher, d.i. die Gesamtheit der verfassungsrechtlich konstituierten und limitierten Staats- bzw. Hoheitsgewalt.<sup>37</sup> Wahrnehmbar wird die Aufgabe aber erst, wenn und soweit sie einem rechtlich näher qualifizierten Organisationssubjekt zugewiesen – anders gewendet: erst, wenn und soweit sie in Gestalt einer Kompetenz einer bestimmten Organisation oder einem bestimmten Organ zur Erledigung übertragen – wird. Die Kompetenz setzt also das Bestehen einer Aufgabe – ebenso wie das Vorhandensein

einer staatlichen bzw. hoheitlichen Organisation – voraus. Die Aufgabenzuweisung als solche schließt indes – bereits nach der Teleologie des Verfassungsstaates<sup>38</sup> – nicht die Mittel ein, die zur Erledigung der Aufgabe eingesetzt werden dürfen (oder sogar müssen). Diese sind vielmehr Gegenstand einer eigens und zwar regelmäßig<sup>39</sup> durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zu statuierenden *Befugnis* oder auch (Handlungs-) Ermächtigung gegenüber den Adressaten des Mitteleinsatzes.

Sind Aufgabe, Aufgabenzuweisung (Kompetenz/Zuständigkeit) und Aufgabenwahrnehmungsmittel (Befugnis) auch bereits deswegen zu trennen, weil für sie ein je eigenes Rechtsregime mit spezifischer Eigenrationalität gilt, so stehen sie doch nicht unverbunden nebeneinander. Da eine Befugnis rechtmäßigerweise grundsätzlich nur von einer zuständigen Organisationseinheit wahrgenommen werden darf und da die Zuweisung einer Staats- bzw. Hoheitsaufgabe voraussetzt, dass der Staat bzw. Hoheitsträger auf diese von Verfassungs wegen überhaupt zugreifen darf, kann prinzipiell von einer bestehenden Befugnis auf die Kompetenz und von dieser auf die (Staats- bzw. Hoheits-)Aufgabe rückgeschlossen werden. In umgekehrter Richtung hingegen sperrt sich das geltende (Verfassungs-)Recht jedoch gegen jeglichen Versuch, einen normativ wirkenden Herleitungszusammenhang zu konstruieren: Dass der Staat bzw. Hoheitsträger als Ganzer sich einer Aufgabe annehmen darf, ja vielleicht sogar von Verfassungs wegen – weil etwa eine entsprechende grundrechtliche Schutzpflicht besteht – annehmen muss, sagt grundsätzlich nichts darüber aus, welcher Organisation, welchem Verband oder gar welchem Organ diese Aufgabe zur Erledigung zuzuweisen oder gar bereits zugewiesen

<sup>36</sup> Dazu und zum Folgenden grundlegend ISENSEE, in: DERS., § 73, bes. Rz. 13–16 sowie 19f. und 21f.

<sup>37</sup> Dazu ISENSEE, in: DERS., KIRCHHOF § 133, Rz. 38–40.

<sup>38</sup> Zum rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip: SCHMITT, Verfassungslehre 126.

<sup>39</sup> Nämlich im Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes.

ist, und schon gar nichts darüber, welche Mittel der wahrnehmungsberufenen Organisationseinheit dabei zur Verfügung stehen oder zu stellen sind. Am Beispiel der grundrechtlichen Schutzpflicht: sie begründet zwar, indem sie die staatliche Gewalt adressiert, eine Staatsaufgabe, ist aber kompetenz- und befugnisneutral.

## 2. Abgrenzung II: Subjektives Recht

Herkömmlich wird der Kompetenz das subjektive Recht gegenübergestellt. Während jene dem Staat zugeordnet wird, sei dieses Ausdruck der Gesellschaft als die Gesamtheit der Grundrechtsberechtigten; während in jener die auf das Gemeinwohl bezogene Objektivität aufscheine, sei dieses als Verkörperung des legitimen Eigeninteresses der Platzhalter individueller Subjektivität.<sup>40</sup> Als Konsequenz dieser Polarität schließt die Qualifikation einer Rechtsposition als Kompetenz jene als subjektives Recht aus und umgekehrt. Unbeschadet des Umstandes, dass es einerseits keinen rechtstheoretisch zwingenden Grund gibt, nicht auch das subjektive Recht als Kompetenz zu charakterisieren,<sup>41</sup> und andererseits die Konzeption des subjektiven Rechts nicht nur eine ideologische Schlagseite besitzt, sondern darüber hinaus schon deswegen als unausgegoren gelten muss, weil für sein Pendant, die subjektive Pflicht, kein konzeptioneller Rahmen bereitsteht,<sup>42</sup> kann der Gegenüberstellung von Kompetenz und subjektivem Recht, soweit nicht auf deren wesensmäßigen Gegensatz abgestellt wird, auf der Grundlage des geltenden Rechts eine relative Bedeutung nicht abgesprochen werden. Soweit als Kompetenzen ausschließlich Handlungsräume der (supra)staatlichen Gewalt bezeichnet und als Träger von subjektiven (Freiheits-)Rechten nur nicht-staatliche

Träger akzeptiert werden, deckt sich die Juxtaposition von Kompetenz und subjektivem Recht im Wesentlichen mit der rechtsinhaltlichen Unterscheidung von Grundrechtsverpflichtung und Grundrechtsberechtigung. Zentral bleibt aber, welche konkreten Folgen das positive Recht an das Vorliegen sei es einer Kompetenz, sei es eines subjektiven Rechts, knüpft. Einen Probestein für die nur relative Bedeutung des Unterschiedes von Kompetenz und subjektivem Recht gibt die verfassungsrechtlich abgesicherte kommunale Selbstverwaltung ab: Wiewohl unzweifelhaft Kompetenz, kann das Recht auf kommunale Selbstverwaltung Gegenstand einer der Grundrechtsbeschwerde nahezu vollständig nachempfundenen (Kommunal-)Verfassungsbeschwerde (etwa nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG) sein.

## 3. Qualitäten von Kompetenznormen

Kompetenznormen wird gleich eine ganze Reihe spezifischer, sie besonders heraushebender „normativer Eigenschaften“<sup>43</sup> zugeschrieben. So wird ihnen „rechtliche Stringenz und politische Resistenz“ bescheinigt. Aus ihrem *ius strictum*-Charakter folge einerseits ein Analogie-Verbot sowie andererseits ein Gebot strikter Auslegung. Des Weiteren seien Kompetenznormen durch ihre „Unverfügbarkeit und Unverrückbarkeit“ charakterisiert, wonach eine Disposition über Umfang und Ausübung ihren Adressaten – vorbehaltlich ausdrücklicher Delegationsermächtigungen – nicht zustehe. Ihr „hypothetischer Charakter“ führe dazu, dass sie ermächtigende Dürfens-Regelungen und nicht verpflichtende Müssens-Regelungen seien; allfällige Wahrnehmungspflichten leiteten sich nicht aus der Kompetenz selbst, sondern allenfalls aus sonstigen Regelungen wie namentlich dem bundesstaatlichen Prinzip ab; der hypothetische Charakter sperre darüber hinaus eine Deutung einer Kom-

<sup>40</sup> Repräsentativ ISENSEE, Kompetenz Rz. 84–87.

<sup>41</sup> Vgl. KELSEN, Reine Rechtslehre 273–275 (152–154).

<sup>42</sup> Grundlegend KELSEN, Allgemeine Staatslehre 146–162 (55–62).

<sup>43</sup> Dazu und zu den Folgezitate: ISENSEE, , in: DERS., KIRCHHOFF § 133, Rz. 48–76; vgl. ergänzend HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz. 65–72.

petenz als institutionelle Garantie. Kompetenznormen komme „Selbstand“ dergestalt zu, dass sie Maßstab und nicht Gegenstand kompetenzgemäßen Handelns der Kompetenzträger seien. Sie seien „rigide“, zielten auf Formenklarheit und Formenbindung und zögen feste sowie parzellenscharfe Grenzen zwischen den von ihnen zugeteilten Kompetenzmaterien. Ihrer „formalen Natur“ wegen enthielten sie „kein Programm des richtigen Handelns“, dieses ergebe sich vielmehr aus „Direktiven, die außerhalb der Kompetenznormen liegen“<sup>44</sup> und die die von der Kompetenzzuweisung zu unterscheidende Kompetenzausübung leiteten. Die Zuordnung von gegenläufigen Kompetenzen erfolge im Alles-oder-nichts-Modus der Abgrenzung und nicht im Mehr-oder-weniger-Modus der Abwägung; Kompetenzkollisionen im eigentlichen Sinne bestünden demzufolge nicht. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Ausdruck und Folge des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips sei, finde auf die Kompetenzverteilung keine Anwendung.

Aus Sicht einer – hier zugrunde gelegten – verfassungstheoretischen und nicht verfassungsdogmatischen Lesart von Kompetenzverteilung<sup>45</sup> handelt es sich (wohl mit Ausnahme des hypothetischen Charakters) bei allen der vorgenannten normativen Eigenschaften um – mögliche – rechtsinhaltliche Qualitäten von (bestimmten) Kompetenznormen, nicht aber um – zwingende – rechtswesentliche Attribute einer jeden Kompetenzbestimmung. Als solche folgen sie nicht eo ipso aus der Qualifikation einer Norm als Kompetenznorm, sondern sind als mit der kontingenten positivrechtlichen Setzung verbundene Normgehalte je einzeln nachzuweisen. So wenig Grundrechte per se Prinzipiencharakter mit der Folge haben, dass ihr Kollisionsverhalten im sogenannten Abwägungsgesetz aufgeht, so wenig

haben Kompetenzen per se Regelcharakter, der sie zu rigidem *ius strictum* machte und der ihre Abgrenzung einem streng alternativen Entweder-oder-Modus unterwerfe. Insonderheit Klarheit, Einfachheit und Stimmigkeit der Kompetenzverteilung dürften zwar für eine strikte Anlage von Kompetenzzuweisungen streiten – der Umstand, dass sich darin eine Maxime kluger Kompetenzregulierung de lege (bzw. constitutione) lata erblicken lässt, erübrigt jedoch nicht den Nachweis, dass sich der Inhaber der Kompetenz-Kompetenz davon bei seiner Positivierungsarbeit hat leiten lassen. Mutatis mutandis lässt sich in Bezug auf die sonstigen „normativen Eigenschaften“ wie Indisponibilität, Selbstand, Rigidität und Formalität argumentieren, soweit diese nicht sogar schlicht Ausdruck und Folge der allfälligen Verfassungsranngigkeit ihrer Verbürgung sind.

Daran schließt sich die Frage an, ob eine Theorie der Kompetenzverteilung Aussagen dazu machen kann, mit welcher Rechtsverdrängungsmacht (Vorrang) Kompetenzverteilungsregelungen ausgestattet sein müssen. Der für die bundesstaatliche Kompetenzverteilung etwa des deutschen Grundgesetzes diskutierte Verfassungsvorbehalt<sup>46</sup> findet seine Berechtigung bereits in dem Umstand, dass die Bundesverfassung selbst ein differenziert-vollständiges System der Aufteilung der Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Rechtsprechungs- und Finanzierungs Kompetenzen (Art. 30, Art. 70ff., Art. 83ff., Art. 92ff., Art. 104aff.) aufstellt – und dementsprechend jede Modifikation dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten ist, soweit nicht in der Bundesverfassung selbst andere Wege eröffnet sind. Der insoweit geltende Verfassungsvorbehalt ist, mit anderen Worten, das Resultat einer verfassungsgeberischen Ingerenz. Damit ist aber noch nicht die Frage geklärt, ob der Verfassungsgeber einen so flächendeckenden

<sup>44</sup> ISENSEE, Kompetenz Rz. 71.

<sup>45</sup> Dazu einleitend I.

<sup>46</sup> Diskursbestimmend ISENSEE, Kompetenz Rz. 77–83.

Regulierungszugriff kraft der Natur der bundesstaatlichen Kompetenzordnung hat wählen *müssen*. Das ist zu verneinen. Als rechtswesentlich wird man bei einem Bundestaat lediglich zwei Aspekte der Kompetenzverteilung erachten dürfen: Erstens liegt die (originäre) Kompetenz-Kompetenz beim Bund (als dem Gesamtstaat), eine originäre, also nicht vom Bund delegierte umfassende Kompetenzverteilung durch ein Land (oder deren mehrere) als Gliedstaat(en) scheidet danach aus. Und zweitens muss in einer Rechtsordnung, in der dem (Parlaments-) Gesetz nach der Verfassung im Kollisionsfalle die höchste Verdrängungsmacht zukommt, zumindest die Zuteilung der Gesetzgebungskompetenz durch die Verfassung erfolgen; Exekutiv- wie Judikativkompetenzen könnten, bei entsprechender Ermächtigung des Gesetzgebers durch die Verfassung, kraft Gesetzes verteilt werden. Nimmt man beides zusammen, so lässt sich ein *rechtswesentlicher* Vorbehalt der Bundesverfassung nur für die Gesetzgebungskompetenz bejahen.<sup>47</sup> Alles Übrige sind rechtseinhaltliche Sätze, was selbstredend nicht gleichbedeutend damit ist, dass sich für alle Regelungen gleichermaßen überzeugende Sachgründe nennen lassen.

#### 4. Kompetenzauslegung

Kompetenzen können, nicht anders als sonstige Rechtsnormen auch, nur als Deutungen von Zeichenfolgen kommuniziert werden. Damit erhebt sich die Frage, was sich aus Sicht einer Theorie der Kompetenzverteilung zu Art und Weise der Auslegung von Kompetenzbestimmungen sagen lässt.

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland wird – allerdings zumeist bezogen auf die Verteilung der Gesetzgebungs- und Gesetzesvollziehungskompetenzen durch die Bundesverfassung – davon ausgegangen, dass für die Auslegung von Kompetenzen, wohlgemerkt: im Kontrast zu sonstiger (Verfassungs-)Auslegung, die eine oder andere Ausprägung der historischen Interpretation (sog. Versteinerungstheorie in Österreich; Dominanz des Traditionellen und Herkömmlichen, ergänzende Heranziehung der etablierten Staatspraxis in Deutschland) zugrunde zu legen sei oder doch wenigstens unter den Auslegungsmethoden ein Prä genieße.<sup>48</sup> Der Grund dafür wird, ausgesprochen oder nicht, im Wesen oder der Rechtsnatur der Kompetenz<sup>49</sup> erblickt. Das vermag indes kaum zu überzeugen: Zum einen leidet das Gros der Wesensbehauptungen an deren zirkulären Struktur; es wird nicht (unter Verweis auf einen kontingenten Setzungsakt) begründet, was zu begründen wäre, sondern als nicht begründungsbedürftiges Wesen behauptet. Damit steht und fällt aber zum anderen die These einer kompetenzspezifischen Auslegung; so ist nicht ersichtlich, warum und inwiefern Kompetenzbestimmungen – *nota bene*: vom methodischen Zugriff her – anders auszulegen seien als sonstige Normen derselben Rechtsschicht. Wer etwa dem sog. Verfassungswandel eine auslegungsdirigierende Kraft in Bezug auf Kompetenzbestimmungen abspricht (und dafür lassen sich Gründe anführen), kann dies nicht allein unter Hinweis auf den „Charakter einer Kompetenznorm“ tun, sondern muss dies kategorisch und prinzipiell für sämtliche Verfassungsnormen tun. Die Unhaltbarkeit einer wesensradizierten Auslegungsbesonderheit von

<sup>47</sup> Vgl. auch KELSEN, Allgemeine Staatslehre 497–499 (208–209); siehe ergänzend MERKL, Problem 301 (Hervorhebungen im Original), der davon spricht, dass die „reinliche Scheidung der gesetzgeberischen Wirkungskreise *ein*, wenn nicht *der* Hauptberuf einer Bundesstaatsverfassung“ ist; MAYER, KUCSKO-STADLMAYER, STÖGER, Bundesverfassungsrecht Rz. 249.

<sup>48</sup> Dazu stellvertretend für Österreich: FUNK, System; WIEDERIN, Versteinerungstheorie 1231–1272; DERS., Theorie 236–242; für Deutschland repräsentiv: ISENSEE, Kompetenz Rz. 68–69; HERBST, Gesetzgebungskompetenzen; HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz. 189–199.

<sup>49</sup> Dazu vorstehend 3.



Kompetenzbestimmungen wird untermauert durch einen rechtsvergleichenden Blick etwa auf das Recht der Europäischen Union, bezogen auf welches der Europäische Gerichtshof keineswegs einen Rekurs auf die historische Auslegung wählt, sondern eine Auslegung nach Maßgabe des *effet utile* vornimmt.

## V. Kompetenzverteilung

### 1. Kompetenzdistribution und Kompetenzausschnitt

Auf einer ersten Ebene kann von Kompetenzverteilung im weiteren Sinne die Rede sein, wenn es um die genauere Bestimmung des Aufgabenausschnitts geht, der auf die Kompetenzträger zur Wahrnehmung aufgeteilt werden soll. Dafür geben organisationsrechtliche Unterscheidungen die zentralen Parameter ab. Leitbild ist die Kongruenz von Funktion (und Kompetenz) und Organisation: Derjenige Träger soll zur Aufgabenwahrnehmung bestimmt werden, der nach seiner organisatorischen Eigenart, seinen Fähigkeiten und seiner Ausstattung die bestmögliche Aufgabenwahrnehmung verspricht. Typische Raster zur Spezifikation des Kompetenzobjektes sind die beiden binären Gegenüberstellungen von Ganzem (Verband) und Teil (Organ) sowie von Innen und Außen und die beiden triadischen Unterscheidungen der klassischen horizontalen Gewaltenteilung einerseits sowie von funktional, territorial und hierarchisch gegliederten Organisationseinheiten andererseits. Die Raster stehen, wie leicht zu erkennen, nicht in einem wechselseitigen Ausschließungsverhältnis, sondern lassen sich kombinieren und schachteln. Dabei figurieren regelmäßig die vertikale (föderale) und die horizontale (funktionelle) Gewaltenteilung als Grundraster, dem sich andere Raster einfügen lassen.

*Verbands- und Organkompetenz:* Soweit die Kompetenzverteilung daran anknüpft, dass Kompetenzträger Zurechnungsendsubjekte in Gestalt

von juristischen Personen sind, spricht man von Verbandskompetenz.<sup>50</sup> Beispiele dafür sind die jeweils strikt binären Kompetenzverteilungen zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaat, zwischen Bund und Land, zwischen Land und Kommune. Betrifft die Kompetenzverteilung hingegen die binnenverbandliche Aufgabenzuweisung, so geht es um Organkompetenzen. Darunter ist die Zuordnung eines Ausschnitts aus der Verbandsaufgabe zu einem – dadurch unter funktionellen Auspizien verbandszugehörig werdenden – Organ zu verstehen. Mittels Organkompetenzen werden (Ausschnitte von) Verbandskompetenzen einem „subjektivierten Zuständigkeitskomplex“<sup>51</sup> zur Wahrnehmung zugeordnet.<sup>52</sup> Die Gesamtheit der durch Organzuständigkeiten zugewiesenen Aufgaben darf die Verbandsaufgabe nicht überschreiten; umgekehrt ist ein Verband nur dann in Bezug auf den ihm zugewiesenen Zuständigkeitskreis vollumfänglich willens- und handlungsfähig, decken sich also dessen Rechts- und Handlungsfähigkeit, wenn sämtliche Aufgabenaspekte der Verbandskompetenz mittels Organkompetenzen Organen zur Wahrnehmung übertragen sind.

*Sach- und Wahrnehmungskompetenz:* Während die Wahrnehmungskompetenz die Wahrnehmung der Aufgabe im Außenverhältnis bezeichnet (unter Einschluss der Parteistellung in allfälligen gerichtlichen Rechtsschutzverfahren), meint erstere die Zuordnung der sachlich-inhaltlichen Aufgabenerledigung, d.h. die Rechtsmacht, Form, Verfahren und Inhalt der Aufgabenerledigung in verbindlicher Weise für die Stellen, die staatliche bzw. öffentliche Gewalt ausüben, fest-

<sup>50</sup> Statt vieler: OLDIGES, Verbandskompetenz 874.

<sup>51</sup> Begriff: WOLFF, BACHOF, Verwaltungsrecht § 74 If 2.

<sup>52</sup> Es lässt sich auch – bei Zugrundelegung des funktionellen Organbegriffs – umgekehrt formulieren: durch die Zuweisung von Organkompetenzen entsteht überhaupt erst ein Organ als „subjektivierter Zuständigkeitskomplex“.

zulegen. Sach- und Wahrnehmungskompetenz fallen regelmäßig zusammen. Dies ist jedoch keineswegs zwingend, wie in besonderer Eindringlichkeit das Beispiel der Bundesauftragsverwaltung unter dem Grundgesetz erhellt: Die administrativ-verbandliche Wahrnehmungskompetenz liegt unentziehbar beim Land, während die Sachkompetenz nur solange und so weit dem Land zusteht, wie sie nicht der Bund (etwa in Gestalt einer Facheinzelweisung nach Art. 85 Abs. 3 GG) an sich zieht. In entsprechender Weise lässt sich für sämtliche Aufsichtsverhältnisse formulieren, dass dem weisungsunterworfenen, nach außen handelnden und daher wahrnehmungszuständigen (Verband oder) Organ die Sachkompetenz stets nur unter dem Vorbehalt zusteht, dass nicht die Aufsichtsbehörde von ihrem Weisungs- und damit Sachentscheidungsrecht Gebrauch macht.<sup>53</sup> – Auch der im Recht der Europäischen Union zu findende Gedanke der implied powers knüpft an die Unterscheidung von binnen- und außengerichteten Kompetenzen der EU an.

*Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsaufgaben:* Schon deswegen, weil die klassische (horizontale) Gewaltenteilung oder auch Funktionengliederung den wohl bedeutendsten Ausdruck eines rechtsstaatlichen Systems von checks and balances markiert, dominiert oder auch grundiert dieses Verteilungsraster die Kompetenzordnungen. Als verfassungsgesetzliches Gliederungsprinzip zur Kompetenzverteilung wird die Unterscheidung von legislativen,

exekutiven (gubernativen und administrativen) sowie judikativen Aufgaben in bundesstaatlichen Verfassungen besonders prominent eingesetzt; aber auch einheitsstaatliche Verfassungen kommen nicht umhin, ihm eine herausgehobene Bedeutung beizumessen. Besonders anschauliche Beispiele liefern zum einen die US-Bundesverfassung von 1787, die in den ersten Artikeln die „legislative power“ (Art. 1), die „executive power“ (Art. 2) und die „judicial power“ (Art. 3) des Bundes umreißt, und zum anderen das deutsche Grundgesetz von 1949, welches in den Abschnitten VII, VIII und IX nacheinander die „Gesetzgebung des Bundes“ (Art. 70ff.), die „Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung“ (Art. 83ff.) sowie die „Rechtsprechung“ (Art. 92ff.) – ergänzt um das „Finanzwesen“ (Abschnitt X, Art. 104aff.) – kompetenziell aufbereitet.

*Sachliche, örtliche und instanzielle Kompetenz:* Im Maße der Binnendifferenzierung und, daraus folgend, der dezentrierten Aufgabenwahrnehmung erfolgt eine Kompetenzverteilung getrennt nach sachlichen, örtlichen und instanzialen Aspekten. Diese Kompetenzausschnitt-Trias findet sich dementsprechend insbesondere bei der Verwaltung und der Rechtsprechung. Regelmäßig bedarf es zunächst der Klärung, ob bei funktioneller Diversifizierung ein Verband oder ein Organ sachlich, d.h. für den Sachbereich, dem die in Frage stehende Aufgabe zugehörig ist, zuständig ist. Daran knüpft die Frage der örtlichen Zuständigkeit an, die bei territorial dezentrierten Organisationen auf den räumlichen Bereich abstellt, in dem oder in Bezug auf den die Aufgabe wahrgenommen werden soll. Soll die Kompetenz in einer vertikal gegliederten Organisation zugeteilt werden, so ist der Funktionsbereich innerhalb der in Gestalt eines Ins-

<sup>53</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall des sog. Selbsteintritts, in dem das dazu eigens ermächtigte (Aufsichts-)Organ auch nach außen hin in die Stellung des nachgeordneten Organs einrückt, indem es nicht nur dessen – instanzial – Sachzuständigkeit, sondern darüber hinaus dessen Wahrnehmungszuständigkeit an sich zieht; zumeist knüpft das positive Recht das Bestehen eines Selbsteintrittsrechts des Aufsichtsorgans daran, dass das beaufsichtigte Organ einer Einzelfallweisung nicht Folge leistet oder aber dass Gefahr im Verzuge ist.

tanzenzuges gegliederten Hierarchie zu ermitteln, der instanziell zuständig ist bzw. sein soll.<sup>54</sup>

## 2. Kompetenzverteilung und Kompetenzausübung

Als Kompetenzausübungsregeln lassen sich in einem ersten, unspezifischen Zugriff sämtliche Bestimmungen qualifizieren, die auf das Ob und Wie einer Kompetenzausübung Einfluss haben. In diesem weiten Sinne können auch Grundrechte in ihrer Funktion als negative Kompetenznormen<sup>55</sup> zu den Kompetenzausübungsregeln gezählt werden. In einem engeren, spezifischeren Verständnis sind indes nur diejenigen Rechtsnormen als Kompetenzausübungsregulative zu qualifizieren, die in der konkreten Kompetenzrelation – sprich zwischen Kompetenzsubjekten im positiven und im negativen Sinne<sup>56</sup> – die konkreten Wahrnehmungsmodalitäten betreffen und typischerweise dem Gedanken eines unbeschadet der Arbeitsteiligkeit möglichst kohärenten Aufgabenwahrnehmungsverbundes Rechnung tragen.<sup>57</sup> Derartige Kompetenzausübungsregulative können generellen Charakter haben oder aber von der Betätigung eines anderen Kompetenzsubjektes abhängig sein. Beispiele der ersten Art stellen das Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme von Kompetenzträgern, ihm verwandt der Grundsatz der Bundestreue und das Gebot loyaler Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV), Bedürfnis- und Erforderlichkeitsklauseln (etwa nach Art. 72 Abs. 2 GG bei der

konkurrierenden Gesetzgebung) dar, ein Beispiel der zweiten Art die Ingerenzbefugnisse des Bundes (wie rechts- und fachaufsichtliche Maßnahmen) bei der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder nach Maßgabe von Art. 84 und 85 GG.

So erkenntniserhellend die Disjunktion von – vorgängiger – Kompetenzzuweisung und – nachfolgender – Kompetenzausübung(sregelung) sein mag, so sehr ist zu beachten, dass die Grenzziehung ihrerseits nur begrenzt tragfähig ist: Am Beispiel der Bedarfskompetenzen (auf der Grundlage einer Erforderlichkeits- oder Bedürfnisklausel) etwa lässt sich zeigen, dass es nicht selten eine konzeptionelle Frage ist, ob – am Beispiel der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen nach dem GG (Art. 72, 74) – der Bund neben dem Land die Kompetenz besitzt, er sie aber nur im Falle des Bedarfes bzw. der Erforderlichkeit ausüben darf, oder aber ob dem Bund die Kompetenz überhaupt nur im Falle des Bedarfes bzw. der Erforderlichkeit zukommt; in der ersten Lesart begrenzt die Bedürfnis- oder Erforderlichkeitsklausel nach Art. 72 Abs. 2 GG die Kompetenzausübung, in der zweiten Lesart bildet sie die Grundlage der Kompetenzzuweisung; entsprechend lässt sich für andere Varianten einer Subsidiaritätsklausel argumentieren. Einer Unterscheidung bedarf es überhaupt nur im Falle eines Auseinanderfallens von Inhaberschaft und Ausübung der Kompetenz, d.h. im Falle einer Kompetenzdelegation. Heuristischen Wert entfaltet die Unterscheidung darüber hinaus in jenen Konstellationen, in denen die als Kompetenzausübungsregulative qualifizierten Rechtssätze eine vorgängige Kompetenzzuweisung voraussetzen, also selbst keinen positiven Zuweisungsgehalt besitzen, wie das im Falle der aus dem Bundesstaatsprinzip abgeleiteten Bundestreue ist.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Zur Kompetenzteilung nach dem „Territorial-“ und nach dem „Realprinzip“ vgl. grundlegend MERKL, Verwaltungsrecht 321–325; zur unterschiedlichen Mischung beider Prinzipien je nach Gewalt innerhalb der staatlichen Funktionenteilung bes. 323–325.

<sup>55</sup> Vgl. etwa STETTNER, Kompetenzlehre 11–12, 19 und 104.

<sup>56</sup> Dazu oben III.2 und 3.

<sup>57</sup> Zum Verbundgedanken am Beispiel des Verwaltungsverbundes im deutschen Verwaltungsrecht sowie zum Europäischen Verwaltungsverbund grundlegend SCHOCH, Einleitung Rz. 159–210 sowie 460–569.

<sup>58</sup> Stellvertretend JESTAEDT, Bundesstaat Rz. 73–77.

### 3. Kompetenzverteilungstechniken

Die eigentliche Zuteilung eines Aufgabenbereichs zur eigenverantwortlichen Erledigung, die man auch als Kompetenzverteilung im engeren Sinne bezeichnen kann, erfolgt anhand unterschiedlicher Zuteilungstechniken. Dabei lassen sich die Techniken danach unterscheiden, ob sie den Akt der Zuteilung selbst strukturieren oder aber das Zugeteilte;<sup>59</sup> im ersten Falle geht es darum, welche – legistische – Regelungstechnik der Inhaber der Kompetenzhoheit für die Kompetenzverteilung wählt, im zweiten Falle hingegen darum, welche Wahrnehmungsmöglichkeiten, also welche Kompetenzsubstanz, dem Kompetenzadressaten im Verhältnis zu weiteren Kompetenzprätendenten zugewiesen werden. Zwischen beiden Ebenen der Kompetenzverteilung bestehen keine notwendigen Bezüge; vielmehr sind Parameter der einen Ebene grundsätzlich frei kombinierbar mit solchen der anderen.

Parameter der *Kompetenzverteilungslegistik* sind – da und soweit die Kompetenzverteilung zwischen zwei Kompetenzprätendenten erfolgt – typischerweise binär und komplementär angelegt. Die wichtigsten Kompetenzverteilungsdichotomien dürften jene von titulierten und Residualkompetenzen, von Regel und Ausnahme und in gewissem Sinne auch von geschriebenen und ungeschriebenen Kompetenzen sein: Bei der ersten Variante erfolgt eine Aufteilung dadurch, dass der einen Seite Kompetenzen dadurch zugewiesen werden, dass die betreffenden Aufgabensektoren ausdrücklich (und zwar regelmäßig enumerativ) bezeichnet werden, und dass die andere Seite für alle übrigen, nicht benannten Aufgabensektoren zuständig

ist;<sup>60</sup> (Rück-) Ausnahmen bei Kompetenztiteln kann man als Kompetenzausschlüsse, titulierte Ausnahmen bei Residualkompetenzen hingegen als Kompetenzeinschlüsse bezeichnen.<sup>61</sup> Die zweite Variante ist, weil auch sie die Subtraktionstechnik einsetzt, der ersten ähnlich, unterscheidet sich aber insoweit, dass in Gestalt der Regel eine Positivzuweisung sämtlicher Aufgaben abzüglich der in Ausnahmebestimmungen ausdrücklich genannten stattfindet. Auf einer etwas anderen Ebene liegt die Einteilung von Kompetenzen in geschriebene und ungeschriebene, wobei letztere namentlich Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs, kraft Annexes oder kraft Natur der Sache umfassen sollen und regelungstechnisch just nicht die vorstehenden (unbenannten) Residualkompetenzen meinen;<sup>62</sup> während die beiden erstgenannten Varianten, insbesondere dann, wenn eine Kompetenzverteilung – wie beispielsweise Art. 70 GG – einen Verleihungsvorbehalt statuiert, der aus dem Kontext der sonstigen Zuweisungstechnik als ein Vorbehalt textausdrücklicher Verleihung verstanden werden muss, sich besser als *mitgeschriebene* denn als *ungeschriebene* Kompetenzen verstehen lassen, dürfte für eine Kompetenz kraft Natur der Sache kein Positivierungsnachweis zu führen sein. – Welche Kompetenzverteilungslegistik der Inhaber der Kompetenzhoheit wählt, lässt für sich genommen keine Rückschlüsse auf die quantitative oder qualitative Aufteilung der Kompetenzen auf die Kompetenzprätendenten zu.

Die die *Kompetenzsubstanz* betreffenden Zuteilungsparameter sind weitaus vielfältiger. Orientiert man sich zuvorderst an der Kompetenzverteilung entlang der vertikalen (föderalen) und horizontalen Gewaltenteilung, so fällt auf, dass auch hier die binär und triadisch, jedenfalls al-

<sup>59</sup> Die hier vorgeschlagene Zweiteilung dürfte in etwa jener entsprechen, die ISENSEE mit der Unterscheidung von „redaktionellen“ und „substanzialen“ Typologien (ISENSEE, Kompetenz Rz. 25–26 und 27–35) vor Augen hat.

<sup>60</sup> Dazu näher HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz 46–52.

<sup>61</sup> Zu Begriff und Sache: ISENSEE, Kompetenz Rz. 91.

<sup>62</sup> Dazu eingehend HEINTZEN, in: KAHL u.a. Art. 70, Rz. 169–185.

ternativ strukturierten Parameter in der Mehrheit sind. Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit können folgende substanzbezogenen Verteilungsgrundsätze namhaft gemacht werden: Die zu verteilenden Kompetenzen können entweder als ausschließliche oder als konkurrierende (geteilte) zugewiesen werden; damit die Kompetenzkonkurrenz nicht zu paralleler, gar inhaltlich widersprechender Kompetenzausübung führt, bedarf es eines Konfliktbehebungsmechanismus, der sich entweder der sogenannten Vorranggesetzgebung in Gestalt der *lex superior* oder aber der Abweichungsgesetzgebung in Gestalt des Vorrangs der *lex posterior* bedient. Die Kompetenzen können als Voll- oder als Teilkompetenzen zugewiesen werden; im letztgenannten Falle ist die Gegenüberstellung von Rahmen- oder Grundsatzkompetenzen einerseits mit Ausfüllungs- oder Ausführungskompetenzen andererseits geläufig. Die Kompetenzzuweisung kann eine selbständige (Hauptkompetenz) oder eine unselbständige (Annexkompetenz) sein; in der zweiten Variante knüpft die Kompetenz an das Bestehen einer Hauptkompetenz an; hier ist sowohl die Adhäsionskompetenz als auch die aus dem EU-Recht bekannten Formen der (Vertrags-)Abrundungskompetenz oder der *implied powers* zu verorten – was zugleich verdeutlicht, dass die Unselbständigkeit der Kompetenz nicht *eo ipso* deren Unbedeutbarkeit oder Randständigkeit zur Folge hat. Die Kompetenzen können schließlich aufgeteilt sein in Separat-, Misch- und Mitwirkungskompetenzen, wobei die beiden letztgenannten Typen gleichartig (gleichrangig) und ungleichartig (gestuft) ausgeformt sein können. Die Mitwirkungskompetenzen treten namentlich im Recht der Europäischen Union als Koordinierungs-, Unterstützungs- und Ergänzungskompetenzen auf. – Quer zur Frage, welche Kompetenzsubstanz in concreto zugewiesen ist, liegt die Frage, ob der Kompetenzträger darüber im Wege von Delegation, Verlagerung, Vereinbarung oder gar Verzicht disponieren kann; eine bestimmte Ant-

wort auf die erste Frage zieht nicht notwendigerweise eine bestimmte Antwort auf die zweite Frage nach sich.

#### 4. Leitbilder der Kompetenzverteilung

In durchaus vergleichbarer Weise, wie Kompetenznormen bestimmte normative Eigenschaften (Formalität, Rigidität, Unverfügbarkeit, Selbststand u.ä.) zugeschrieben werden,<sup>63</sup> lassen sich Prinzipien der eigentlichen Kompetenzverteilung formulieren. Als solche können namentlich die Grundsätze der Vollständigkeit und Alternativität, der Komplementarität und Exklusivität genannt werden; daraus lassen sich Folgeprinzipien wie etwa das Verbot von Doppel- oder Mischkompetenzen ableiten.<sup>64</sup> Doch handelt es sich bei diesen Kompetenzverteilungsprinzipien – nicht anders als bei den normativen Eigenschaften von Kompetenznormen auch – durchgängig nicht um rechtswesentliche, also rechtlich notwendige, sondern um bloß rechtsinhaltliche, also rechtlich mögliche Vorgaben. Deren nicht nur potenzielle, sondern aktuelle normative Existenz (Geltung) für eine bestimmte Kompetenzordnung bedarf der Rückführung auf einen Satz des positiven Rechts und damit auf eine Entscheidung des Inhabers der jeweiligen Kompetenzhoheit, der sie entweder als ausnahmslose Regel oder aber als einschränkbares Prinzip ausgestalten kann. Sollte einer der vorgenannten Kompetenzverteilungsgrundsätze nicht als positivrechtliche *lex* ausgewiesen werden können, kann er doch wenigstens als *ratio legis* fungieren, die sich der Idee einer kohärenten Einheit in arbeitsteiliger Vielheit, einem „inneren System“, verpflichtet weiß; aber auch dafür bedarf es tatsächlicher Indizien, die auf eine entsprechende Regelungsidee des Inhabers der Kompetenzhoheit hindeuten. Fehlen selbst diese, können Kompetenzverteilungsgrundsätze al-

<sup>63</sup> Dazu vorstehend IV.3.

<sup>64</sup> Vgl. exemplarisch ISENSEE, Kompetenz Rz. 95–112; HEINTZEN, in KAHL u.a. Art. 70, Rz. 73–89.

lenfalls den Status rechtspolitischer Klugheitsregeln, also den Rang einer *idée directrice* für die Schaffung und Weiterentwicklung einer Kompetenzordnung, beanspruchen. Eine Grundlage für rechtsdogmatische, am Systemgedanken orientierte Deduktionsschlüsse geben sie dann aber nicht ab.

### 5. Kompetenzverteilungsregime: von homogen-einfach bis hybrid-komplex

Die Gesamtheit der auf die Kompetenzverteilung bezogenen Regeln lassen sich als *Kompetenzverteilungsregime* bezeichnen: Ein solches setzt sich zusammen aus Bestimmungen betreffend die gewählten Kompetenzausschnitte, die Kompetenzverteilung im engeren Sinne – und zwar sowohl die Verteilungslogistik als auch die Verteilung der Kompetenzsubstanz – sowie die Kompetenzausübung. Je nach Art und Zahl der Kombinationen kann ein einzelnes Kompetenzverteilungsregime einen sehr variablen Komplexitätsgrad aufweisen: von homogen-einfach bis hybrid-komplex. Das hängt nicht zuletzt davon ab, wie groß der Kompetenzausschnitt gewählt und wie stark die Kompetenzverteilungsregime spezialisiert und die Kompetenzordnungen fragmentiert sind. Anders gewendet: Aus je weniger Kompetenzverteilungsregimen eine Kompetenzordnung besteht (je größer also der Kompetenzausschnitt gewählt ist), desto komplexer werden diese Regime sein – die Einfachheit eines Kompetenzregimes ist regelmäßig nur um den Preis zu haben, dass mehrere Kompetenzregime unterschiedlichen Kompetenzausschnittes nebeneinander bestehen und eine Kompetenzordnung formen. Im Grundgesetz etwa sind die Kompetenzverteilungsregime betreffend die Gesetzgebung und die Gesetzesvollziehung rechtstechnisch (von wenigen Aspekten abgesehen) nicht miteinander verbunden, sondern in unterschiedlichen Abschnitten untergebracht, ergänzt um eigene Abschnitte zur Aufteilung der Rechtsprechungs- und Finanzierungs Kompetenzen. Das Bundes-Verfassungsgesetz dagegen teilt für

bestimmte Kompetenzmaterien die Gesetzgebungs- und die Gesetzesvollziehungskompetenzen in einem *numerus clausus* von Kombinationen auf Bund und Länder auf.<sup>65</sup> Einen gänzlich anderen Ansatz als den eines Kompetenzkataloges oder den von exklusiv kompetenziellen Bestimmungen wählt das Primärrecht: Sowohl im EUV als auch und insbesondere im AEUV findet sich eine beträchtliche Zahl von Bestimmungen, die aus einer großen Zahl hybrider, nicht nur kompetenzieller Regelungsgehalte bestehen; so kann eine unionale „Kompetenzbestimmung“ neben der Regelung der Verbands- und der Organkompetenz (Rat, Parlament, Kommission u.a.), neben der Art der Unionszuständigkeit (ausschließliche oder geteilte Zuständigkeit) und neben Regelungsverboten (wie Harmonisierungsverboten) auf einem Politikfeld etwa auch Regelungen zur zulässigen Handlungsform (Verordnung oder Richtlinie), zur Verfahrensart (ordentliches oder besonderes Gesetzgebungsverfahren) und zum Ziel der Handlungsform (funktionelle oder materielle Methode) beinhalten.

Die unterschiedlichen Regelungstechniken folgen je eigenen Transparenzlogiken: Während die Kompetenzkataloge von Grundgesetz und Bundes-Verfassungsgesetz eine rasche und verlässliche Orientierung in der Frage zulassen, wie die Kompetenzen in quantitativer und qualitativer Hinsicht auf den Bund einer- und die Länder andererseits verteilt sind, beweist das Primärrecht der Europäischen Union seine Stärke nicht auf der Makroebene des Kompetenzverteilungsregimes, sondern auf der Mikroebene der einzelnen Kompetenzrelation. Der Vorteil dieser Regelungstechnik, die Ausdruck und Folge des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung ist, besteht darin, dass im Grundsatz – und im Gegensatz zum deutschen und österreichischen

<sup>65</sup> Überblicksartig: MAYER, KUCSKO-STADLMAYER, STÖGER, Bundesverfassungsrecht Rz. 247–299.

Ansatz – einer einzigen Bestimmung entnommen werden kann, unter welchen Bedingungen die Union in einem bestimmten Politikbereich zum Handeln befugt ist, und ihr Nachteil darin, dass quantitative und qualitative Aussagen zur Gesamtverteilung der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten kaum möglich sind.

## VI. Theorie und Dogmatik der Kompetenzverteilung

Die Dogmatik der Kompetenzverteilung profitiert von einer Theorie der Kompetenzverteilung, weil diese jener die Komplexität und Pluralität sowie die Relativität und Kontingenz von Kompetenzbeziehungen vor Augen führt und sie zu Konzepten und Argumenten anhält, die zwar trag- und passfähiger, aber dafür weniger systematisch-glatt und weniger universell sind. Insbesondere erschüttert eine kritische Theorie der Kompetenzverteilung nachhaltig die Selbstverständlichkeit, mit der just in Bezug auf föderative Kompetenzen mit der Natur der Sache, dem Wesen der Kompetenz oder des Bundesstaates oder Vergleichbarem hantiert wird – und lenkt dadurch den Blick auf das positive Recht in seiner Kontingenz.

### Korrespondenz:

Prof. Dr. Matthias JESTAEDT  
 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
 Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie  
 Werthmannstraße 4  
 D-79098 Freiburg in Breisgau  
 matthias.jestaedt@jura.uni-freiburg.de;  
 ORCID-Nr. 0000-0001-6793-4519

### Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>

### Literatur:

- Michael FEHLING, Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Josef AULEHNER u.a. (Hgg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?* (Stuttgart u.a. 1997) 31–55.
- Bernd-Christian FUNK, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 17, Wien 1980).
- Markus HEINTZEN, Die Beidseitigkeit der Kompetenzverteilung im Bundesstaat, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 112 (1997) 689–693.
- DERS., in: Wolfgang KAHL u.a. (Hgg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg Stand Oktober 2018, 193. Aktualisierung).
- Tobias HERBST, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat. Eine Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (= *Jus Publicum* 231, Tübingen 2014).
- Josef ISENSEE, Staatsaufgaben, DERS., Paul KIRCHHOF (Hgg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV: Aufgaben des Staates (Heidelberg <sup>3</sup>2006) 117–160.
- Josef ISENSEE, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: DERS., Paul KIRCHHOF (Hgg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI: Bundesstaat (Heidelberg <sup>3</sup>2008) 3–199.
- Josef ISENSEE, Die bundesstaatliche Kompetenz, in: DERS., Paul KIRCHHOF (Hgg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI: Bundesstaat (Heidelberg <sup>3</sup>2008) 455–513.
- Matthias JESTAEDT, Zuständigkeitsüberschießende Gehalte bundestaatlicher Kompetenzvorschriften – Plädoyer für eine allgemeine Normgehaltslehre, in: Josef AULEHNER u.a. (Hgg.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?* (Stuttgart u.a. 1997) 315–343.
- DERS., Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (Hgg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II: Verfassungsstaat (Heidelberg <sup>3</sup>2004) 785–841.
- DERS., Verfassungstheorie als Disziplin, in: Otto DEPENHEUER, Christoph GRABENWARTER (Hgg.), *Verfassungstheorie. Ein Handbuch* (Tübingen 2010) 1–56.
- Hans KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Studienausgabe hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2019) (Seitenangaben der Originalausgabe in Klammern hinzugesetzt).
- DERS., *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (1960), Studienausgabe

- der Zweitaufgabe 1960 hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2017) (Seitenangaben der Originalausgabe in Klammern hinzugesetzt).
- Heinz MAYER, Gabriele KUCSKO-STADLMAYER, Karl STÖGER, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (Wien <sup>11</sup>2015).
- Adolf MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung (1921), in: DERS., *Gesammelte Schriften*, hgg. v. Dorothea MAYER-MALLY, Herbert SCHAMBECK, Wolf-Dietrich GRUSSMANN, Bd. II/1 (Berlin 1999) 299–320.
- DERS., *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Wien u.a. 1927).
- Martin OLDIGES, Verbandskompetenz, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 42 (1989) 873–884.
- Eberhard SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung* (Heidelberg <sup>2</sup>2006).
- Carl SCHMITT, *Verfassungslehre* (München u.a. 1928).
- Friedrich SCHOCH, Einleitung, in: DERS., Jens-Peter SCHNEIDER (Hgg.), *Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrensgesetz*, Bd. III (München Stand: Juli 2020) 1–307.
- Rupert STETTNER, *Grundfragen einer Kompetenzlehre* (= *Schriften zum Öffentlichen Recht* 447, Berlin 1983).
- Hans J. WOLFF, Otto BACHOF, *Verwaltungsrecht*, Bd. II (München <sup>4</sup>1976).
- Ewald WIEDERIN, *Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland* (= *Forschungen aus Staat und Recht* 111, Wien u.a. 1995).
- DERS., *Anmerkungen zur Versteinerungstheorie*, in: Herbert HALLER u.a. (Hgg.), *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler* (Wien u.a. 1997) 1231–1272.
- DERS., *Theorien als Methoden der Kompetenzinterpretation*, in: *Zeitschrift für Verwaltung* 40 (2015) 236–242.
- DERS., *Staatliche Aufgaben, bundesstaatliche Kompetenzverteilung und private Akteure*, in: Claudia FUCHS u.a. (Hgg.), *Staatliche Aufgaben, private Akteure*, Bd. III: *Neuvermessung einer Grenze* (Wien 2019) 21–44.



Roland LHOTTA, Hamburg

## Die Diskussion um Kompetenzen in den Federalist Papers\*

### *The Federalist Papers' Debate on Competences*

*Publius' vigorous argument for a "more perfect union" was backed by a deeply sensed fear of the human vices and their potential for the destruction of the polity. Hence, the often admired system of checks and balances as well as the distribution of competences is heavily biased in order to establish a compromise between stability and liberty and to safeguard a (true) republican government with, for and against the people.*

**Keywords:** checks and balances – constitution – faction – government – liberty – people – power – representation – republic – union

### I. "Bitterly Fractured Unity" Die prekäre Union

Bis heute werden die unter dem anspielungsreichen Pseudonym „Publius“ von Hamilton, Madison und Jay veröffentlichten Artikel als „urtext of the polity“,<sup>1</sup> mithin authentischer Kommentar<sup>2</sup> der amerikanischen Verfassung gefeiert und als ein herausragendes Beispiel für die ingeniose Anverwandlung von Republikanismus, Liberalismus, Repräsentation und Gewaltenteilung mit Hilfe einer pragmatischen und erfahrungsgesättigten<sup>3</sup> „new science of politics“ dargestellt.<sup>4</sup> Genauso wahr ist allerdings, dass die Federalist Papers bis heute für die unterschiedlichsten Positionen und politischen Richtungen

als Autorität in Anspruch genommen werden. Ihre Deutung ist so unterschiedlich und widersprechend wie die Deutung der Absichten der Delegierten im Verfassungskonvent von Philadelphia und die Deutung der US-Verfassung selbst.<sup>5</sup> Unbestreitbar dürfte aber sein, dass die amerikanische Revolution und ihr konstitutionelles Erbe ein bis in die Gegenwart reichender Teil des „American Political Development“<sup>6</sup> sind und die Debatte über Kompetenzen in den Federalist Papers hier nicht wegzudenken ist.

Die beispiellose Präsidentschaft von Donald J. Trump und die schon längerfristige Entwicklung zum „Hyper-Partisanship“ im politischen System der USA haben indessen einmal mehr – und in einem seit dem Bürgerkrieg nicht mehr gekannten Ausmaß – gezeigt, dass die von den Federalist Papers angestrebte „more perfect union“ eigentlich eine „bitterly fractured unity“<sup>7</sup>

\* Dank für Unterstützung geht an meine Hilfskräfte Kristina Sieger, Linus Lindermeir und Erik Neugebauer. Referenzierungen beziehen sich nachfolgend immer auf die Ausgabe von ROSSITER, Federalist Papers.

<sup>1</sup> ABBOTT, Federalist Papers 525.

<sup>2</sup> Einen Kommentar zum „Kommentar“ bieten ALLEN, CLOONAN, Federalist Papers.

<sup>3</sup> ADAIR, Experience.

<sup>4</sup> Vgl. LHOTTA, Federalist Papers 107ff.; ADAIR, Politics sowie MAHONEY, Science.

<sup>5</sup> GIBSON, Interpreting; DERS., Understanding; ONUF, Reflections.

<sup>6</sup> ORREN, SKOWRONEK, Search; VALELLY, METTLER, LIEBERMANN (Hgg.), Handbook.

<sup>7</sup> COLLINSON, Trump's Trial.

war und ist. Publius hat – so die hier vertretene These – deren Glutkern und damit die „national interpretation of the founding“<sup>8</sup> in ein System des rational-institutionellen Containment gepackt<sup>9</sup>, das so komplex wie prekär ist: „A republic – if you can keep it.“<sup>10</sup> Dies soll hier am Beispiel der Kompetenzverteilung gezeigt und in Perspektive gerückt werden.

## II. Kompetenzen und das Erbe der Amerikanischen Revolution

Publius griff in einer politisch-ökonomischen Not- und Ratifikationslage zur Feder, die von seinen Autoren argumentativ ausgeschlachtet wurde. Die Federalist Papers und die dort mit den Gegnern der neuen Verfassung geführte Debatte um Kompetenzen sind als „effective campaign literature“<sup>11</sup> konzipiert, weswegen sie nicht geeignet sind, eine objektive Wiedergabe der Debatten und Positionen im Konvent zu leisten.<sup>12</sup> Eingespannt zwischen „politics“ und „ideas“<sup>13</sup> und mit Blick auf den anstehenden „ratification contest“<sup>14</sup> in den Einzelstaaten rationalisieren die Autoren der Federalist Papers vielmehr ex post das Ergebnis der vom 25. Mai bis

17. September 1787 in Philadelphia tagenden Constitutional Convention<sup>15</sup> – mit dem sie eigentlich nicht zufrieden waren.<sup>16</sup>

Angesichts der Vielzahl fragmentierter Interessen der Staaten und ihrer Delegierten konnte das Resultat eines „compromise of principle as well as of interests“<sup>17</sup> nicht überraschen.<sup>18</sup> Heraus kam ein „complicated system“,<sup>19</sup> in dem die Gliedstaaten samt ihrer spezifischen (v.a. auch ökonomisch motivierten) Interessen sich zum einen behauptet hatten,<sup>20</sup> zum anderen aber ein „national government“ ermöglicht wurde, welches zumindest in den Bereichen, die damals als relevant erachtet wurden, handlungsfähig war – und eine Reserve für Objektbereiche potentiell nationaler Bedeutung vorhielt. Nun ging es darum, dem gefundenen Kompromiss ein passendes Framing zu geben und in strategisch kluge Narrative einzubetten,<sup>21</sup> um die Ratifikation durch die nötige Mindestzahl der Staaten zu befördern und die vielfältige Kritik aus dem Lager der Anti-Federalists zu entkräften.<sup>22</sup> Diese idealisierten „the small, pastoral republic where virtuous, self-reliant citizens managed their own affairs and shunned the power and glory of empire“.<sup>23</sup> Um das Misstrauen gegenüber der neuen „more perfect union“ zu überwinden,<sup>24</sup> musste den 13 Gliedstaaten, ihren Legislativen

<sup>8</sup> PRINDLE, James Madison 223.

<sup>9</sup> Notabene: Auch die Ausführungen zum Präsidentenamt in Federalist 68 (Hamilton) 412 und 414 sind erfüllt mit einer aus heutiger Sicht beklemmend anmutenden Angst vor „tumult and disorder“ sowie „extraordinary or violent movements“ anlässlich von Präsidentenwahlen sowie der inständig beschworenen „moral certainty that the office of President will seldom fall to the lot of any man who is not in an eminent degree endowed with the requisite qualifications. Talents for low intrigue, and the little arts of popularity“.

<sup>10</sup> ROBERTSON, Original Compromise 229ff; BALL, Republic.

<sup>11</sup> EPSTEIN, Political Theory 2; hierzu ausführlich COENEN, Rhetoric for Ratification 486ff.

<sup>12</sup> ROBERTSON, Original Compromise 11.

<sup>13</sup> RAKOVE, Original Meanings.

<sup>14</sup> KLARMAN, The Framers' Coup 397ff.

<sup>15</sup> BAILYN (Hg.), Debate; FARRAND, Records.

<sup>16</sup> So kann man den berühmten Federalist 51 (Madison) in der Tat auch als Versuch lesen, die Frustration über das gescheiterte Projekt eines „broad nationalism“ zu kompensieren und das Beste daraus zu machen, was aus Sicht von Publius noch möglich war – vgl. ROBERTSON, Original Compromise 234.

<sup>17</sup> KETCHAM, Introduction, 8.

<sup>18</sup> ROBERTSON, Original Compromise 16f. und 231f; vgl. zudem JILLSON, Constitutional Making; DERS., EUBANKS, Structure 435–458.

<sup>19</sup> READ, Complicated System.

<sup>20</sup> ROBERTSON, National Interest; SLONIM, States' Interests.

<sup>21</sup> ABBOT, Federalist Papers.

<sup>22</sup> MCWILLIAMS, GIBBONS (Hgg.), The Federalists sowie SHEEHAN, MCDOWELL, Friends of the Constitution.

<sup>23</sup> KETCHAM, Introduction 17.

<sup>24</sup> BEDNAR, Madisonian Scheme 217.

und ihren Bürgern klargemacht werden, dass „the proposed Constitution, so far from implying an abolition of the state governments, makes them constituent parts of the national sovereignty“.<sup>25</sup> Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Gliedstaaten sowie zwischen den Verfassungsorganen war vor diesem Hintergrund das zentrale Leitthema der Federalist Papers – und dabei ging es um nicht weniger als das Erbe der amerikanischen Revolution.<sup>26</sup> Natürlich spielten Rezeption und Verwandlung des politischen Denkens in Europa eine wichtige Rolle<sup>27</sup> – aber letztlich prägend für Verlauf und Ausgang der Verfassungsdebatte und -gebung war die eigene Erfahrung vor Ort – und diese war durch die politischen Gemeinschaften der bzw. in den Staaten geprägt.<sup>28</sup>

Unter den Articles of Confederation hatte dies zur Folge,<sup>29</sup> dass „the general authority is confined to the collective bodies of the communities that compose it“<sup>30</sup> – und für Publius führte dies zu „incurable disorder and imbecility in the government“.<sup>31</sup> Um dies zu Gunsten der neuen Union zu ändern, musste die „general authority“ sowohl eine andere Quelle als auch einen anderen Adressatenkreis haben: „The government of the Union, like that of each State, must be able to address itself immediately to the hopes and fears of individuals; and to attract to its support those passions which have the strongest influence on the human heart.“<sup>32</sup> Die Legitimi-

on all dessen versuchte Publius mit dem Konzept der „popular sovereignty“ auf die Bürger der neuen Union als Nation zu übertragen. Hierzu bedurfte es nicht nur eines erheblichen Pathos, sondern auch kontrafaktischer Fiktion: „Providence has been pleased to give this one connected country to one united people – a people descended from the same ancestors, speaking the same language, professing the same religion, attached to the same principles of government, very similar in their manners and customs, and who, by their joint counsels, arms, and efforts, fighting side by side throughout a long and bloody war, have nobly established their general liberty and independence.“<sup>33</sup> Diese Neukonzeption von „we the people“ als Grundlage eines nationalen republikanischen Gemeinwesens durchdringt das gesamte institutionelle Design und damit auch die Kompetenzverteilung der neuen Verfassung.<sup>34</sup>

Die hiermit orchestrierte „revolution in favor of government“<sup>35</sup> galt es aber so zu begründen, dass sie mit den „principles of republican government“ vor Ort harmonisierbar war<sup>36</sup> – und das war eine anspruchsvolle Aufgabe, denn die Idee eines „energetic government“ für die ganze Union traf auf einen „extreme skepticism about stronger government that was so widespread in America“.<sup>37</sup> Dieser Skeptizismus hatte sich in seiner Radikalität<sup>38</sup> nicht nur gegen die Übergriffigkeit der Krone und des Parlaments während der Amerikanischen Revolution gerichtet, sondern setzte sich auch danach gegenüber jeder

<sup>25</sup> Federalist 9 (Hamilton) 76.

<sup>26</sup> KESLER (Hg.), Revolution.

<sup>27</sup> BAILYN, Ideological Origins; WOOD, Creation 3-124; CONNIFF, Enlightenment; RAHE, Republics Ancient; MCDONALD, Novus Ordo.

<sup>28</sup> MILLER, Ghostly Body Politic 114; WOOD, Creation 125ff.

<sup>29</sup> HOFFERT, Tension; JENSEN, The New Nation; vgl. auch Madisons Abrechnung mit den „vices“ der Konföderation – RAKOVE (Hg.), James Madison 69ff. und allgemein WOOD, Creation 393ff.

<sup>30</sup> Federalist 15 (Hamilton) 110.

<sup>31</sup> Federalist 9 (Hamilton) 76.

<sup>32</sup> Federalist 15 (Hamilton) 116.

<sup>33</sup> Federalist 2 (Jay) 38.

<sup>34</sup> MILLER, Ghostly Body Politic 113-114.

<sup>35</sup> EDLING, Revolution.

<sup>36</sup> RAKOVE, Original Meanings 18ff.

<sup>37</sup> EDLING, Revolution 9.

<sup>38</sup> Die verfassungspolitische und -theoretische Radikalität der Amerikanischen Revolution mit Blick auf die Themenkomplexe Monarchie, Republikanismus und Demokratie thematisiert WOOD, Radicalism; vgl. zudem KENYON, Republicanism sowie TUCKNESS, Discourses of Resistance.

Form von potentiell übergriffigen Regierungen fort,<sup>39</sup> wovon die ersten Verfassungen in den nunmehr souveränen Staaten ein deutliches Zeugnis ablegten.<sup>40</sup> Nach der Unabhängigkeitserklärung entwickelten sich diese zu einem Experimentierfeld der Selbstregierung,<sup>41</sup> der Begrenzung der Exekutive und des Schutzes einer unterschiedlich verstandenen Freiheit<sup>42</sup> – damit aber auch zu vielfältigen Laboratorien des State-Building.<sup>43</sup> Dies generierte eine institutionelle Pfadabhängigkeit, welche die Articles of Confederation zutiefst prägte<sup>44</sup> und der auch die „Framer“ nicht zu entgehen vermochten.<sup>45</sup> Das Ansinnen, eine neue und stärkere Union mitsamt einem deutlich stärkeren „national government“ zu schaffen,<sup>46</sup> traf auf die bereits existierenden Modelle und Praxen der Staaten. Die Debatte um die Verfassung und die Kompetenzverteilung orchestrierte somit einen konzeptuell als auch faktisch kontroversen Prozess des pluralfragmentierten State-Building in einem prekären post-kolonialen Kontext.<sup>47</sup> Die Federalists mussten infolgedessen sowohl das dysfunktionale Modell der Articles of Confederation als auch die State Governments zumindest teilweise diskreditieren und delegitimieren,<sup>48</sup> gleichzeitig

aber als notwendigen Bestandteil des neuen Ganzen perpetuieren. Insofern kann ihr „strategic desire to dress up the constitution in familiar principles“<sup>49</sup> genauso wenig überraschen wie ihr Bestreben, den Machtzuwachs der neuen Union herunterzuspielen<sup>50</sup> und den Hybrid-Charakter der neuen Verfassung zu betonen, die „in strictness, neither a national nor a federal constitution, but a composition of both“ sei.<sup>51</sup>

Insgesamt war es die mit dem vielschichtigen Freiheitsgedanken<sup>52</sup> und dem Ideal der Volkssouveränität<sup>53</sup> verbundene „resilient power of the states“,<sup>54</sup> die eine Neubestimmung des Verhältnisses von „true principles of republican government“<sup>55</sup> und „liberty“ erzwang.<sup>56</sup> Heraus kam dabei ein institutionalisiertes Paradoxon

---

fährt: „The great and radical vice in the construction of the existing Confederation is the principle of LEGISLATION for STATES or GOVERNMENTS, in their CORPORATE or COLLECTIVE CAPACITIES, and as contradistinguished from the INDIVIDUALS of whom they consist.“ (15, 108); vgl. auch WOOD, *Creation of the American Republic* 471ff.

<sup>49</sup> KERNELL, *Principles* 94

<sup>50</sup> Federalist 45 (Madison) 292/293.

<sup>51</sup> Federalist 39 (Madison) 246; zu beachten ist, dass Madison hier den Terminus „federal“ im Sinne der Gegner der Verfassung verwendet und nicht im Sinne der Umwidmung zum Nationalen, wie die Unterscheidung der Federalists und Anti-Federalists es dann transportierte. Diese Begriffsbesetzung war ein strategisch nicht unerheblicher Vorteil, weil das nationale Programm sich mit der positiven Konnotation des Föderalen verbinden ließ – vgl. auch LACROIX, *Ideological Origins of American Federalism*.

<sup>52</sup> HACKETT FISCHER, *Liberty and Freedom*; BAILYN, *Ideological Origins*; eine Interpretation der Federalist Papers, die den Aspekt der Freiheit besonders stark akzentuiert, ist EPSTEIN, *Political Theory*; vgl. zudem BANNING, *Sacred Fire*; das klassische Narrativ natürlich immer noch HARTZ, *Liberal Tradition*.

<sup>53</sup> MORGAN, *Inventing*; MILLER, *Ghostly Body Politic*.

<sup>54</sup> GERSTLE, *Resilient Power*; SHEARER (Hg.), *Uniting States*.

<sup>55</sup> Federalist 1 (Hamilton) 36 und Federalist 39 (Madison) 240ff.

<sup>56</sup> APPLEBY, *Liberalism*; GIBSON, *Ancients*; BANNING, *Conceived*.

---

<sup>39</sup> WILLS, *Necessary Evil*.

<sup>40</sup> ADAMS, *First American Constitutions*; COLEMAN, *American Revolution*; nicht zu vernachlässigen ist dabei auch der Einfluss der Kolonialzeit: LUTZ (Hg.), *Colonial Origins* und MILLER, *Rise and Fall of Democracy in Early America*.

<sup>41</sup> MORGAN, *Colonial Ideas*; DERS., *Inventing*; CORWIN, *Progress*.

<sup>42</sup> KETCHAM, *Introduction* 3; RAKOVE, *Original Meanings* 31

<sup>43</sup> TURNER MAIN, *Sovereign States*; ONUF, *Sovereignty*; DERS., *Colony*.

<sup>44</sup> HOFFERT, *Tension*.

<sup>45</sup> RAKOVE, *Original Meanings* 162.

<sup>46</sup> MORRIS, *Forging*.

<sup>47</sup> GAILMARD, *Building*.

<sup>48</sup> Federalist 1–14 versuchen dies immer wieder zu zeigen, beispielhaft Federalist 15 (Hamilton), der den Zustand der Konföderation als „the last stage of national humiliation“ (15, 106) bezeichnet und dann fort-

von „Liberty and Coercion“,<sup>57</sup> in dem es latent um Vertrauen in Institutionen und Vertrauen in Menschen ging.<sup>58</sup> Beides war durch die Erfahrungen mit der Kolonialmacht sowie der Korumpierbarkeit der Legislativen und Mandats- und Amtsinhaber in den Staaten tief erschüttert.<sup>59</sup> Nicht nur die Anti-Federalists<sup>60</sup> waren insoweit „men of little of faith“,<sup>61</sup> sondern auch die Federalist Papers sind von Misstrauen durchzogen. Menschen sind „ambitious, vindictive, and rapacious“<sup>62</sup> – in einem politischen System, in dem sich die Menschen freiheitlich selbst regieren sollen, kann jene „despicable frailty, or rather detestable vice, in the human character“<sup>63</sup> fatale Folgen haben und dem Gemeinwohl zuwiderlaufen. Da man aber Menschen nicht ändern kann und die Freiheit zu unterbinden oder zu vernichten auch keine Lösung ist, gilt es, die Freiheit der Menschen in Gestalt ihrer „faculties“ als „first object of government“<sup>64</sup> zu schützen, zu befördern und für das Ganze zu nutzen. Dafür braucht es allerdings „auxiliary precautions“,<sup>65</sup> lies: ein kluges und ausgefeiltes institutionelles Design.<sup>66</sup>

### III. Machtaffine Anverwandlung der Gewaltenteilungslehre

Hierfür suchten die Federalist Papers ihr Heil in einem systemischen Ansatz, der das republika-

nische Gemeinwesen auf das „we the people“ eines „enlargement of the orbit“<sup>67</sup> gründete und damit den Anspruch verband, für alle die Union betreffenden Politikfelder auch die geeigneten und potentiell unbegrenzten Mittel zur Verfügung zu haben,<sup>68</sup> ohne dass daraus Machtmissbrauch und Freiheitsgefährdung resultierten.<sup>69</sup> Das bedingte die Re-Interpretation des Konzepts der Gewaltenteilung für ein „republican government“, das sich über ein großes Territorium erstreckte.<sup>70</sup> Publius entwickelt zu diesem Zweck eine Art doppelten „proxy of governance“,<sup>71</sup> der 1.) Repräsentation zum Bestandteil der Gewaltenteilung machte,<sup>72</sup> die Souveränität dabei sowohl national lozierte und auflud als auch föderal verankerte, um sie dann 2.) institutionell in „departments“ zu portionieren, zwecks gegenseitiger Kontrolle in Bezug zu setzen und dabei ganz rational<sup>73</sup> „ambition“ zu instrumentalisieren. Allerdings ist das gesamte Konstrukt so anspruchsvoll wie voraussetzungsvoll, denn: „The stated goal of republican government is to protect private rights while empowering majority rule. Moreover, the ‚principles‘ for achieving this goal are found less in the ‚interior‘ design of institutions (as in Number 51) than in the quality of pluralism. Where this condition is satisfied, the task of institutional design is to harness this pluralism with factional competition.“ Die „quality of pluralism“ steht und fällt aber mit den menschlichen Eigenschaften und der Fähigkeit des politischen Systems, diese zu mediatisieren und zu kanalisieren, um damit gemeinwohlorientiertes Handeln sowie Amts- und Mandats-träger mit entsprechenden Eigenschaften her-

<sup>57</sup> GERSTLE, Liberty and Coercion.

<sup>58</sup> RAHE, Trust; KERNELL, Principles.

<sup>59</sup> So auch Federalist 10 (Madison) 77.

<sup>60</sup> STORING, Anti-Federalist; DERS., What the Anti-Federalists Were For; CORNELL, Aristocracy; DERS., Historical Fortunes; DERS., Founders; TURNER MAIN, Anti-Federalists.

<sup>61</sup> KENYON, Men.

<sup>62</sup> Federalist 6 (Hamilton) 54.

<sup>63</sup> Federalist 70 (Hamilton) 426.

<sup>64</sup> Federalist 10 (Madison) 78.

<sup>65</sup> Federalist 51 (Madison) 322.

<sup>66</sup> LHOTTA, Institutionalismus 113ff.; KERNELL, Principles 114ff.

<sup>67</sup> Federalist 9 (Hamilton) 73.

<sup>68</sup> Federalist 23 (Hamilton) 153.

<sup>69</sup> Federalist 47 (Madison) 301.

<sup>70</sup> Federalist 10 (Madison) 82 und 84; MORGAN, Madison's Theory; BANNING, Sphere.

<sup>71</sup> Der Begriff ist entlehnt bei WEILER, Individual.

<sup>72</sup> EPSTEIN, The Political Theory 42.

<sup>73</sup> MATTHEWS, Men.

vorzubringen.<sup>74</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Diskussion über Kompetenzen in den Federalist Papers zu sehen: Sie ist von Angst und Misstrauen gegenüber den Menschen als Regenten über sich selbst geprägt.

Die Kompetenzverteilung drehte sich für Publius nur vordergründig darum, „parchment barriers against the encroaching spirit of power“<sup>75</sup> oder auch eine „proper line of partition“<sup>76</sup> zwischen Bundesstaat und Gliedstaaten zu ziehen. Stattdessen wird die Ausstattung des „national government“ mit angemessenen Machtmitteln betont, um sich um alle „national interests“ kümmern zu können.<sup>77</sup> Hierfür braucht es nicht enumerierte Kompetenzen, sondern unbegrenzte (!) Macht und Machtreserven, denn „wherever the end is required, the means are authorized; wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included“.<sup>78</sup> In der Verbindung von „national interests“ und „public necessity“ wird eine Macht- und Kompetenzreserve für alle möglichen Fälle nationaler Bedeutung eröffnet, die sich in einer Enumeration nicht abbilden lassen und für die Zukunft nicht vorhersehbar sind.<sup>79</sup>

Die hier angelegte „revolution in favor of government“ wird auch in der Deutung Montesquieus sichtbar, von dem Publius sagt, dass dieses immer wieder zitierte „oracle“ von den Kritikern der Verfassung „totally misconceived and

misapplied“<sup>80</sup> worden sei; es gehe gerade nicht um Kompetenz- und Machtschubladen, also um strikte Gewaltenteilung, denn „the means ought to be proportioned to the end, [...] every power ought to be commensurate with its object“. Das aber heißt, „there ought to be no limitation of a power destined to effect a purpose which is itself incapable of limitation“.<sup>81</sup> Es ist kein Zufall, dass Publius die Gewaltenteilung über eine Enumeration der „powers“ rekurrent in eine Enumeration von „objects“<sup>82</sup> umformuliert, für die „means“ eben nicht definiert und somit auch nicht begrenzt sein dürften. Dies sei die Konsequenz aus der Erfahrung, „how unequal parchment provisions are to a struggle with public necessity“.<sup>83</sup> Konzidiert man dies, dann muss ein („national“) „government“ nicht in seinen „powers“ beschnitten werden, sondern v.a. klug konstruiert sein und zwar „by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places“.<sup>84</sup> Daraus folgt, dass „the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other“ – es könne also nicht darum gehen, „that these departments ought to have no partial agency in, or no control over, the acts of each other“.<sup>85</sup> Im Gegenteil, man müsse gerade diese „partial agency“ ermöglichen, um Machtkonzentration und -missbrauch zu verhindern, denn „the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist en-

<sup>74</sup> ZUCKERT, *Virtuous Polity*; MORGAN, *Madison's Theory*; RAHE, *Trust*; PRINDLE, *James Madison*.

<sup>75</sup> Federalist 48 (Madison) 308; das Argument wird analog z.B. wieder aufgegriffen in Federalist 73 (Hamilton) 442.

<sup>76</sup> Federalist 37 (Madison) 227.

<sup>77</sup> Federalist 23 (Hamilton) 156.

<sup>78</sup> Federalist 23 (Hamilton) 156.

<sup>79</sup> Die an dieser Ratio andockende „necessary and proper“-Klausel der Verfassung wurde nicht umsonst von den Anti-Federalists als große Gefahr expansiver Machtusurpation und Gefahr für die Staaten und die Freiheiten der Bürger angesehen.

<sup>80</sup> Federalist 47 (Madison) 301; vgl. auch KUPERSMITH, *Montesquieu*.

<sup>81</sup> Federalist 31 (Hamilton) 193.

<sup>82</sup> Federalist 14 (Madison) 102; 27 (Hamilton) 177; 39 (Madison) 245; 41 (Madison) 263.

<sup>83</sup> Federalist 25 (Hamilton) 167.

<sup>84</sup> Federalist 51 (Madison) 320.

<sup>85</sup> Federalist 47 (Madison) 302.

croachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. [...] In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions."<sup>86</sup>

#### IV. Die große Angst vor der Selbstregierung des Menschen

Bei aller mechanistisch-rationalen Brillanz des von Publius aufgegebenen „constitutional engineering“ zeigt sich hier indessen jene Schwachstelle, die einem „government which is to be administered by men over men“ und einer „dependence on the people“ innewohnt. Sie ist nicht zufällig eine Obsession von Publius und der Grund für die Fülle von „auxiliary precautions“, mit denen die neue Verfassung aufwartet: Menschen sind keine Engel und ihre (negativen) Eigenschaften<sup>87</sup> vermögen Schaden anzurichten, der sich sowohl auf die Rechte der Mitbürger als auch auf das Gemeinwohl erstrecken kann. Das Paradebeispiel hierfür sind Faktionen.<sup>88</sup> Hierunter versteht Publius „a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of

the whole, who are united and actuated by some common impulses of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community“.<sup>89</sup>

Im berühmten Federalist Nr. 10 versucht Madison zu zeigen, dass eine (territorial) große Republik mit Hilfe des Repräsentationsprinzips die Probleme des Faktionalismus, welche in einer „pure democracy“ bestehen, zwar nicht überwinden, aber doch zumindest deutlich abschwächen könne, denn „the larger the society, provided it lie within a practicable sphere, the more duly capable it will be of self-government. And happily for the republican cause, the practicable sphere may be carried to a very great extent by a judicious modification and mixture of the federal principle“.<sup>90</sup> Mit „modification“ und „mixture“ sind natürlich einmal mehr die oben genannten „auxiliary precautions“ gemeint, die sich in der Kompetenzverteilung sowie dem System der „checks and balances“ finden. Aber es ist fraglich, ob ein „constitutional engineering“, das „ambitions“ kontrolliert und aufeinander loslässt, ohne eine politische Kultur funktionieren kann, die ein basales „we the people“ transportiert und ermöglicht – denn „if a free society is as submerged in selfish faction as Madison’s familiar argument suggests, then a republican government derived from that society, is a utopian enterprise, devoid as such a government must be of concern for common interests.“<sup>91</sup> Ist die von Anfang an aufgesetzte Fiktion von „one people“ als Grundlage der gesamten Verfassung also eine Schwachstelle? Anders formuliert: Vermag die Verfassung auch mit einer unionsweiten „heat-map“ von „divisiveness“ zu funktionieren, die via Repräsentation ihren Weg in die Institutionen von Bund und Staaten findet und dort über „ambitions“ ausgelebt wird? Im-

<sup>86</sup> Federalist 51 (Madison) 321/322.

<sup>87</sup> Vgl. den Rekurs auf das Problem der „human nature“ in Federalist 1 (Hamilton) 35; 5 (Jay) 52; 6 (Hamilton) 56f. und 59; 7 (Hamilton) 65; 10 (Madison) 78f. und 82f.; 15 (Hamilton) 108 und 110f.; 16 (Hamilton) 114; 17 (Hamilton) 119; 20 (Madison & Hamilton) 137; 22 (Hamilton) 149f.; 26 (Hamilton) 172; 31 (Hamilton) 194; 37 (Madison) 227f.; 42 (Madison) 268; 70 (Hamilton) 426 – vgl. auch MATTHEWS, Men.

<sup>88</sup> Federalist 10 (Madison) 79; vgl. dazu auch FREEMAN, Reflections.

<sup>89</sup> Federalist 10 (Madison) 78.

<sup>90</sup> Federalist 51 (Madison) 325.

<sup>91</sup> ZVESPER, Madisonian Systems 242.

plodiert dann nicht die frohe Botschaft, dass „the federal and State governments are in fact but different agents and trustees of the people, constituted with different powers and designed for different purposes“?<sup>92</sup>

Es ist für die Antwort auf diese Frage beachtenswert, dass Faktionen in den Federalist Papers (zunächst) nicht über ihre Größe definiert werden, sondern über die gemeinsamen „impulse of passion“ ihrer Tätigkeit. Dort, wo „opportunity“, „passion“, „interest“ und/oder „opinion“ in all ihrer „diversity“ aufeinandertreffen – wie es in einer freien und pluralen Gesellschaft aufgrund der unterschiedlichen „faculties“ und „properties“ der Menschen nun einmal der Fall ist (und auch der Fall sein soll!<sup>93</sup>) – kann es zu mehr als bloßen Meinungsverschiedenheiten kommen und die „propensity of mankind to fall into mutual animosities“<sup>94</sup> kommt zum Tragen, schlimmstenfalls mit der Folge einer „fragmented society with no hope of fraternity, equality, or community“.<sup>95</sup> Das Mehrheitsprinzip mag zwar (temporär) die „sinister views“ von Minderheitsfaktionen domestizieren können, aber wenn sich starke Mehrheitsfaktionen bilden, wird es heikel – vor allem, wenn sie „animosities“ aufgreifen, transportieren und verstärken.<sup>96</sup> Tritt eine Situation ein, in der „impulse and the opportunity be suffered to coincide, we well know that neither moral nor religious motives can be relied on as an adequate control“.<sup>97</sup> Und Mehrheitsfaktionen werden dann danach trachten, „to sacrifice to its ruling passion or in-

terest both the public good and the rights of other citizens“.<sup>98</sup>

Diese Gefahr wird von Madison prima facie erstaunlich optimistisch wegmoderiert: „In the extended republic of the United States, and among the great variety of interests, parties, and sects which it embraces, a coalition of a majority of the whole society could seldom take place on any other principles than those of justice and the general good.“<sup>99</sup> Nationale Repräsentation Sorge zum einen dafür, dass „it will be more difficult for unworthy candidates to practice with success the vicious arts by which elections are too often carried“<sup>100</sup> – und zum anderen dafür, dass Faktionen relativiert und mediatisiert werden. Das Repräsentationsprinzip ist somit institutionalisiertes Vertrauen<sup>101</sup> in jene „honorable determination which animates every votary of freedom to rest all our political experiments on the capacity of mankind for self-government“.<sup>102</sup> Es könne einen „chosen body of citizens“ hervorbringen, „whose wisdom may best discern the true interest of their country and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations“.<sup>103</sup> Wenn sich in allen „departments“ zumindest mehrheitlich solche tugendhaften „fit characters“ einfinden würden und sich die „departments“ über das System der „checks and balances“ wiederum gegenseitig in Schach hielten, wäre das ein Idealzustand, über dessen Erreichbarkeit sich Publius aber bei all der affirmativen Rhetorik tatsächlich wohl keine Illusionen macht. Denn der positive Effekt der Repräsentation „may be inverted. Men of factious tempers, of local prejudices, or of sinister designs, may, by intrigue, by corruption, or by other means, first obtain the

<sup>92</sup> Federalist 46 (Madison) 294.

<sup>93</sup> Federalist 10 (Madison) insistiert, dass es kein Mittel der Wahl sein könne, Freiheit abzuschaffen, um Faktionen zu verhindern – auch wenn Freiheit deren Hauptnahrung sei.

<sup>94</sup> Federalist 10 (Madison).

<sup>95</sup> MATTHEWS, *If Men were Angels* 233.

<sup>96</sup> Federalist 10 (Madison) 79.

<sup>97</sup> Ebd. 81.

<sup>98</sup> Federalist 10 (Madison) 80.

<sup>99</sup> Federalist 51 (Madison) 325.

<sup>100</sup> Federalist 10 (Madison) 82.

<sup>101</sup> Federalist 57 (Madison) und 60 (Hamilton).

<sup>102</sup> Federalist 39 (Madison).

<sup>103</sup> Federalist 10 (Madison) 82.s



suffrages, and then betray the interests of the people.“<sup>104</sup> Das wäre aber der Verrat des republikanischen Prinzips an sich selbst – und deswegen ist das Problem des Faktionismus für Publius der Glutkern einer von Anfang an gegebenen „fractured unity“, den es mit einem „complicated system“ von „auxiliary precautions“ einzudämmen und abzukühlen gilt. Immer wieder muss Publius deshalb für alle institutionellen „departments“ darlegen, wie Auswahl- und Besetzungsmodi, Amtsdauer und Kompetenzen sowie gegenseitige Kontrolle und Konkurrenz verhindern, dass das republikanische Prinzip an sich selbst, lies: den Menschen, scheitert.

Viele der so zahlreichen institutionellen „auxiliary precautions“ sind der (manchmal verzweifelt anmutende) Versuch einer „defense to the people against their own temporary errors and delusions“, um stattdessen „the cool and deliberate sense of the community“ zur Geltung zu bringen.<sup>105</sup> Die Kompetenzverteilung und das System der „checks and balances“ sind der tief-sitzenden Angst vor der eigenen Courage zur Selbstregierung der Menschen geschuldet. Publius konnte die Entwicklung des amerikanischen Parteiensystems zum „hyper-partisanship“<sup>106</sup> ebenso wenig antizipieren wie die heutigen Agitations- und Mobilisierungsmöglichkeiten von Internet und Social Media.<sup>107</sup> Beides sind aber Faktoren, die bei voller Entfaltung ihrer desintegrativen Dynamik bis hin zur politischen Feindschaft, das Containment-System der „checks and balances“ über die Mechanismen der (in den USA teilweise grotesk verzerrten) Repräsentation an den Rand des Scheiterns bringen können – weil sie den „Glutkern“ der in das Gehäuse der Verfassung eingeschlossen wurde

mit jenen Brennstoffen versorgen, vor denen sich schon Publius fürchtete.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Roland LHOTTA  
Helmut-Schmidt-Universität  
Institut für Politikwissenschaft  
Holstenhofweg 85  
22043 Hamburg  
lhotta@hsu-hh.de

## Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
<http://www.rechtsgeschichte.at/meida/abk.pdf>

## Literatur:

- Philipp ABBOTT, What's New In The Federalist Papers, in: Political Research Quarterly 49/3 (1996) 525–545.
- Douglas ADAIR, That Politics May Be Reduced To A Science. David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist, in: COLBOURN (Hg.), Fame and the Founding Fathers 92–106.
- DEERS., Experience Must Be Our Only Guide. History, Democratic Theory, and the United States Constitution, in: Trevor COLBOURN (Hg.), Fame and the Founding Fathers. Essays of Douglass Adair (Indianapolis 1998) 107–123.
- Willi Paul ADAMS, The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era (Lanham 2001).
- William B. ALLEN, Kevin A. CLOONAN, Federalist Papers. A Commentary (New York 2000).
- Joyce APPLEBY, Liberalism and Republicanism in the Historical Imagination (1992 Cambridge MA).
- Jeremy BAILEY, The New Unitary Executive and Democratic Theory: The Problem of Alexander Hamilton, in: American Political Science Review 102 (2008) 453–465.
- Bernard BAILYN (Hg.), The Debate on the Constitution, 2 Bde. (New York 1993).
- Bernhard BAILYN, The Ideological Origins of the American Revolution (Cambridge/Mass.–London 2017).
- Terence BALL, A Republic – If You Can Keep It, in: Terence BALL, J. G. A. POCKOCK (Hgg.), Conceptual

<sup>104</sup> Ebd.

<sup>105</sup> Federalist 63 (Madison).

<sup>106</sup> BROWNSTEIN, Second Civil War; INGLEHART, NORRIS, Trump.

<sup>107</sup> BANNING, Who are the People.

- Change and the Constitution (Lawrence 1988) 137–164.
- Lance BANNING, *The Practical Sphere of a Republic: James Madison, the Constitutional Convention, and the Emergence of Revolutionary Federalism*, in: Richard BEEMAN, Stephan BOTEIN, Edward C. CARTER II (Hgg.), *Origins of the Constitution and American National Identity* (Chapel Hill 1987) 126–187.
- DERS., *The Sacred Fire of Liberty: James Madison and the Founding of the Federal Republic* (Ithaca–New York 1995).
- DERS., *Conceived in Liberty: The Struggle to Define the Republic, 1789–1993* (Lanham 2004).
- DERS., *Republican Ideology and the Triumph of the Constitution, 1789 to 1793*, in: *William and Mary Quarterly* 31 (1974) 168–188.
- DERS., *Who Are The People? Communication, Power, and The Rise of Anti-Democratic Politics*, in: *Public Value* 20 (2017) 4–23.
- Jenna BEDNAR, *Madisonian Scheme to Control National Government*, Samuel KERNELL (Hg.), *James Madison: The Theory and Practice of Republican Government* (Stanford 2003) 217–242.
- Ronald BROWNSTEIN, *The Second Civil War. How Extreme Partisanship has paralyzed Washington and polarized America* (New York 2007).
- Kent BRUDNEY, *Machiavellian Lessons in America: Republican Foundings, Original Principles, and Political Empowerment*, in: Wilson Carey MCWILLIAMS, Michael T. GIBBONS (Hgg.) *The Federalists, the Antifederalists, and the American Political Tradition* (New York 1992) 13–26.
- George W. CAREY, *The Federalist: Design for a Constitutional Republic* (Urbana 1989).
- Dan T. COENEN, *Rhetoric for Ratification. The Argument of The Federalist and Its Impact on Constitutional Interpretation*, in: *Duke Law Journal* 56 (2006) 469–543.
- Kenneth COLEMAN, *The American Revolution in Georgia 1763–1789* (Athens 1958).
- Stephen COLLINSON, *Trump’s Trial set to rock Washington and echo through the ages*, <https://edition.cnn.com/2021/02/09/politics/donald-trump-impeachment-trial/index.html> (9. 2. 2021, 13. 5. 2021).
- James CONNIFF, *On the Obsolescence of the General Will: Rousseau, Madison, and the Evolution of Republican Political Thought*, in: *The Western Political Quarterly* 28 (1975) 32–58.
- DERS., *The Enlightenment and American Political Thought. A Study of the Origins of Madison’s Federalist Number 10*, in: *Political Theory* 8 (1980) 381–402.
- Saul CORNELL, *Aristocracy Assailed: The Ideology of Backcountry Anti-Federalism*, in: *The Journal of American History* 76 (1990) 1148–1172.
- DERS., *Changing Historical Fortunes of the Anti-Federalists*, in: *Northwestern University Law Review* 84 (1990) 39–73.
- DERS., *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America* (Chapel Hill 1999).
- Edward CORWIN, *The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention*, in: *American Historical Review* 30 (1925) 511–536.
- Max M. EDLING, *A Revolution in Favor of Government: Origins of the U.S. Constitution and the Making of the American State* (Oxford 2003).
- Stanley ELKINS, Eric MCKITRICK, *The Age of Federalism: The Early Republic. 1788–1800* (New York 1993).
- David EPSTEIN, *The Political Theory of the Federalist* (Chicago 1984).
- Gary GERSTLE, *Liberty and Coercion. The Paradox of American Government from the Founding to the Present* (Princeton 2015).
- DERS., *The Resilient Power of the States across the Long Nineteenth Century. An Inquiry into a Pattern of American Governance*, in: Desmond King, Lawrence Jacobs, *The Unsustainable American State* (New York 2009) 61–87.
- David HACKETT FISCHER, *Liberty and Freedom. A Visual History of America’s Founding* (New York 2005).
- Louis HARTZ, *The Liberal Tradition in America: An Appraisal*, in: *Comparative Studies in Society and History* 5/3 (1963) 261–268.
- Charles F. HOBSON, *The Negative on State Laws: James Madison, the Constitution, and the Crisis of Republican Government*, in: *William and Mary Quarterly* 36 (1979) 215–235.
- Robert HOFFERT, *A Politics of Tension. The Articles of Confederation and American Political Ideas* (Niwtot 1992).
- Ronald INGLEHART, Pippa NORRIS, *Trump and the Populist Authoritarian Parties: The Silent Revolution in Reverse*, in: *Perspectives on Politics* 15/2 (2017) 443–454.
- Merrill JENSEN, *The New Nation: A History of The United States during the Confederation, 1781–1789* (New York 1950).
- Calvin C. JILLSON, *Constitutional Making: Conflict and Consensus in the Federal Convention of 1787* (New York 1988).

- DERS., Cecil L. EUBANKS, The Political Structure of Constitution Making: The Federal Convention of 1787, in: *American Journal of Political Science* 28 (1984) 435–458.
- Andrew KARCH, The States and American Political Development, in: Richard VALELLY, Suzanne METTLER, Robert LIEBERMAN (Hgg.), *The Oxford Handbook of American Political Development*, (Oxford 2016) 361–80.
- Cecilia KENYON, Republicanism and Radicalism in the American Revolution: An Old-Fashioned Interpretation, in: *William and Mary Quarterly* 19 (2) (1962) 154–182.
- DERS., Men of Little Faith: The Antifederalists on the Nature of Representative Government, in: *William and Mary Quarterly* 12 (1955) 3–43.
- DERS., Alexander Hamilton: Rousseau of the Right, in: *Political Science Quarterly* 73/2 (1958) 161–178.
- Samuel KERNELL (Hg.), *James Madison. The Theory and Practice of Republican Government* (Stanford 2003).
- DERS., Introduction, James Madison and Political Science, in: DERS. (Hg.), *James Madison* 1–13.
- DERS., The True Principles of Republican Government: Reassessing James Madison's Political Science, in: DERS. (Hg.), *James Madison* 92–125.
- Charles R. KESLER (Hg.), *Saving the Revolution: The Federalist Papers and the American Founding*. (New York 1987).
- Ralph L. KETCHAM u.a., Introduction, in: *The Autobiography of Benjamin Franklin*, by Benjamin Franklin (New Haven 2003) 26–31.
- Michael J. KLARMAN, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution* (Oxford 2016).
- Ralph L. KETCHAM (Hg.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates* (New York u.a. 2003).
- DERS., Notes on James Madison's Sources for the Tenth Federalist Paper, in: *Midwest Journal of Political Science* 1/1 (1957) 20–25.
- Abraham KUPERSMITH, Montesquieu and the Ideological Strain in Antifederalist Thought, in: Wilson Carey MCWILLIAMS, Michael T. GIBBONS (Hgg.), *The Federalists, the Antifederalists, and the American Political Tradition*. (New York u.a. 1992) 47–75.
- Philip B. KURLAND, Ralph LERNER (Hgg.), *The Founder's Constitution* (Chicago 1987).
- Alison LACROIX, The Authority for Federalism: Madison's Negative and the Origins of Federal Ideology, in: *Law and History Review* 28/1 (2010) 451–505.
- DERS., *The Ideological Origins of American Federalism* (Cambridge, MA 2010).
- Lester LANGLEY, *The Americas in the Age of Revolution 1750–1850* (New Haven 1996).
- Roland LHOTTA, Die Federalist Papers und die moderne Politikwissenschaft: Der republikanische Institutionalismus von Hamilton Madison und Jay, in: DERS. (Hg.), *Die hybride Republik: Die Federalist Papers und die politische Moderne* (Baden-Baden 2010) 99–123.
- Donald LUTZ (Hg.), *The Colonial Origins of the American Constitution* (Indianapolis 1998).
- DERS., From Covenant to Constitution in American Political Thought, *Publius* 10/44 (1980) 101–33.
- Dennis J. MAHONEY, The Newer Science of Politics: The Federalist and American Political Science in the Progressive Era, in: Charles R. KESSLER (Hg.), *Saving the Revolution: The Federalist Papers and the American Founding* (New York 1987) 250–264.
- Jackson T. MAIN, *The Antifederalists. Critics of the Constitution 1781–1788* (Chapel Hill-London 2004).
- DERS., *The Antifederalists: Critics of the Constitution, 1781–1788*. Paperback Ed. (Williamsburg 2004).
- DERS., *The Sovereign States, 1775–1783* (New York 1973).
- Richard K. MATTHEWS, *If Men Were Angels: James Madison and the Heartless Empire of Reason* (Lawrence 1995).
- Drew R. MCCOY, *The Last of the Fathers: James Madison and the Republican Legacy* (Cambridge 1989).
- Forrest MCDONALD, *We the People: The Economic Origins of the Constitution* (Chicago 1958).
- DERS., *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution* (Lawrence 1985).
- Wilson Carey MCWILLIAMS, Michael T. GIBBONS (Hgg.), *The Federalists, the Antifederalists, and the American Political Tradition* (New York u.a. 1992).
- Joshua MILLER, The Ghostly Body Politic: The Federalist Papers and Popular Sovereignty, in: *Political Theory* 16/1 (1988) 99–119.
- DERS., *The Rise and Fall of Democracy in Early America, 1630-1789: The Legacy for Contemporary Politics* (University Park 1994).
- Edward MILLICAN, *One United People. The Federalist Papers and the National Idea* (Lexington 1990).
- Charles de MONTESQUIEU, *Vom Geist der Gesetze*. Eingeleitet, ausgewählt und übersetzt von Kurt WIEGAND (Stuttgart 1989).
- Edmund S. MORGAN, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (New York 1989).
- DERS., Safety in Numbers: Madison, Hume, and the Tenth Federalist, in: *Huntington Library Quarterly* 49 (1986) 95–112.

- DERS., Colonial Ideas of Parliamentary Power 1764–1766, in: *William and Mary Quarterly*, 5/3 (1948) 311–41.
- DERS., Madison's Theory of Representation in the Tenth Federalist, in: *The Journal of Politics* 36 (1974) 852–885.
- David F. EPSTEIN, *The Political Theory of The Federalist* (Chicago–London 1984).
- Max FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787. Revised Edition* (New Haven 1966).
- John FERREJOHN, Madisonian Separation of Powers, in: Samuel KERNELL (Hg.), *James Madison. The Theory of Republican Government* (Stanford 2003) 126–155.
- David FREEMAN, Reflections on Human Nature. The Federalists and the Republican Tradition, in: Wilson Carey MCWILLIAMS, Michael T. GIBBONS (Hgg.) *The Federalists, the Antifederalists, and the American Political Tradition* (New York u.a. 1992) 27–45.
- Sean GAILMARD, Building a New Imperial State: The Strategic Foundations of Separation of Powers in America, in: *American Political Science Review* 111 (2017) 668–685.
- Alan GIBSON, Ancients, Moderns and Americans. The Republicanism-Liberalism Debate Revisited, in: *History of Political Thought* 21 (2002) 261–307.
- DERS., Interpreting the American Founding: Guide to the Enduring Debates over the Origins and Foundations of the American Republic (Lawrence 2006).
- DERS., Understanding the Founding. The Crucial Questions (Lawrence 2007).
- Francis GREENE, Madison's View of Federalism, in: *The Federalist* 24 (1994) 47–61.
- Richard B. MORRIS, *The Forging of the Union. 1781–1789* (New York 1987).
- Peter ONUF, From Colony to Territory: Changing Concepts of Statehood in Revolutionary America, in: *Political Science Quarterly* 97 (1983) 447–459.
- DERS., State Sovereignty and the Making of the Constitution, in: Terence BALL, John Greville Agard POCOCK (Hgg.), *Conceptual Change and the Constitution* (Lawrence 1988) 78–98.
- DERS., Reflections on the Founding. Constitutional Historiography in Bicentennial Perspective, in: *William and Mary Quarterly* 46 (1989) 341–375.
- Karen ORREN, Stephen SKOWONEK, *The Search for American Political Development* (Cambridge 2004).
- Thomas L. PANGLE, *The Spirit of Modern Republicanism* (Chicago 1988).
- William PETERS, *A More Perfect Union* (New York 1987).
- John Greville Agard POCOCK, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition* (Princeton–Oxford 2003).
- David PRINDLE, The Invisible Hand of James Madison, in: *Constitutional Political Economy* 15 (2004), 223–237.
- Paul RAHE, *Republics Ancient and Modern. Classical Republicanism and the American Revolution* (Chapel Hill 1992).
- DERS., Between Trust and Distrust. The Federalist and the Emergency of Modern Republican Constitutionalism, in: Kevin L. COPE, *1650–1850. Ideas, Aesthetics, and Inquiries in the Early Modern Era*, Bd. 11 (New York 2005) 375–406.
- Jack N. RAKOVE (Hg.), *James Madison. Writings* (New York 1999).
- DERS., James Madison and the Creation of the American Republic (Glenview 1990).
- DERS., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution* (New York 1996).
- James H. READ, Our Complicated System. James Madison on Power and Liberty, in: *Political Theory* 23 (1995) 452–475.
- William H. RIKER, *The Strategy of Rhetoric. Campaigning for the American Constitution* (New Haven 1996).
- David Brian ROBERTSON, Constituting a National Interest, Madison Against the States' Autonomy, in: Samuel KERNELL (Hg.), *James Madison: The Theory and Practice of Republican Government* (Stanford 2003) 184–216.
- DERS., Original Compromise. What the Constitution's Framers Were Really Thinking (Oxford–New York 2013).
- Gary ROSEN, *American Compact. James Madison and the Problem of Founding* (New Haven 1999).
- Clinton J. ROSSITER (Hg.), *The Federalist Papers. Hamilton, Madison, Jay*. Edited and with an Introduction by Clinton Rossiter (New York 1961).
- DERS., *Alexander Hamilton and the Constitution* (New York 1964).
- Barry Alan SHAIN, Understanding the Confusing Role of Virtue in The Federalist. The Rhetorical Demands of Two Audiences, in: Douglas AMBROSE, Robert W. T. MARTIN (Hgg.), *The Life & Legacy of America's Most Elusive Founding Father* (New York–London 2006) 134–164.
- Benjamin SHEARER (Hg.), *The Uniting States. The Story of Statehood for the Fifty United States* (Westport 2004).
- Colleen A. SHEEHAN, *James Madison and the Spirit of Republican Self-Government* (Cambridge 2009).
- Colleen A. SHEEHAN, Gary L. MCDOWELL (Hg.), *Friends of the Constitution: Writings of the "Other" Federalists 1787–1788* (Indianapolis 1998).

- Shlomo SLONIM, Securing States' Interests at the 1787 Constitutional Convention. A Reassessment, in: *Studies in American Political Development* 14 (2000) 1–19.
- Troy E. SMITH, Divided Publius. Democracy, Federalism, and the Cultivation of Public Sentiment, in: *The Review of Politics* 69 (2007) 568–598.
- Herbert STORING, *The Complete Anti-Federalist* (Chicago 1981).
- DERS., *What the Anti-Federalists Were For. The Political Thought of the Opponents of the Constitution* (Chicago 1981).
- Gerald STOURZH, *Alexander Hamilton and the Idea of Republican Government* (Stanford 1970).
- Alex TUCKNESS, Discourses of Resistance in the American Revolution, in: *Journal of the History of Ideas* 64 (2003) 547–563.
- Jackson TURNER MAIN, *The Anti-Federalists. Critics of the Constitution 1781–1788* (Chapel Hill 1961).
- Jackson TURNER MAIN, *Sovereign States, 1775–1783* (New York 1973).
- Richard VALELLY, Suzanne METTLER, Robert LIEBERMAN (Hgg.), *The Oxford Handbook of American Political Development*, (Oxford 2016).
- Joseph H. H. WEILER, The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy, Jean Monnet Working Paper 10/14, <https://jeanmonnetprogram.org/paper/van-gend-en-loos-the-individual-as-subject-and-object-and-the-dilemma-of-european-legitimacy/> (15. 5. 2021).
- Garry WILLS, *A Necessary Evil. A History of American Distrust of Government* (New York 1999).
- Gordon S. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution* (New York 1992).
- DERS., *The Creation of the American Republic 1776–1787. With a new Preface by the Author* (Chapel Hill–London 1998).
- Michael P. ZUCKERT, The Virtuous Polity, the Accountable Polity. Liberty and Responsibility in the Federalist, in: *The Journal of Federalism* 22 (1992) 123–142.
- John ZVESPER, The Madisonian Systems, in: *Political Research Quarterly* 37/2 (1984) 236–256.

Thomas SIMON, Wien

## Die Kompetenzverteilung 1860 – 1861 – 1867

### *The Distribution of Competences 1860 – 1861 – 1867*

*The author examines the basic structure of the federal system which resulted from the constitutional legislation in the Austrian Empire after the fall of neo-absolutism in 1859/60. How were the competences distributed between the Austrian state and its Länder? The foundations of this federal system, which admittedly had little in common with a modern federal state, were laid by the so-called 'Oktoberdiplom' of 1860 and the 'Februarpatent' of 1861; the latter is generally known as the first enduring step towards constitutionalism in the Austrian Empire. In the opinion of the contemporaries of the 19<sup>th</sup> century, the Februarpatent was seen as shaped by radical centralism, whereas the Oktoberdiplom seemed to be characterised by federalist principles. The article mainly deals with the question of how the assessment of both statutes in the contemporary public opinion can be explained.*

**Keywords:** centralism – distribution of competences – Februarpatent – federalism – Oktoberdiplom

### I.

Die Frage nach der Kompetenzverteilung stellt sich in der konstitutionellen Monarchie, wie sie im 19. Jahrhundert in den meisten europäischen Staaten anzutreffen war, typischerweise in zwei Varianten: Zuvorderst ist nach der Kompetenzverteilung zwischen den drei klassischen staatlichen Gewalten, insbesondere zwischen der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt zu fragen. Handelt es sich aber, wie in der Donaumonarchie, um ein föderales System mit vertikaler Gewaltenteilung, geht es daneben auch um die Kompetenzverteilung zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern.

Die drei Jahreszahlen im Titel dieses Beitrages stehen für jene drei Verfassungsgesetze, die die Verfassungsordnung Österreich-Cisleithaniens, vor allem dessen föderales System, in der Phase des Konstitutionalismus normiert haben: das

sog. Oktoberdiplom 1860,<sup>1</sup> das Grundgesetz über die Reichsvertretung (GG-RV) als dem wichtigsten Teil des sog. Februarpatents von 1861,<sup>2</sup> und dessen novellierte Fassung innerhalb der Dezemberverfassung 1867.<sup>3</sup>

Freilich liegt der Regelungsschwerpunkt der genannten drei Verfassungsgesetze und ebenso der staatsrechtliche Diskurs, wie er im Wesentlichen mit der Dezemberverfassung einsetzte, in ganz signifikanter Weise auf dem Aspekt der „vertikalen Gewaltenteilung“, also bei der Frage der Kompetenzverteilung zwischen dem cisleithanischen Staat und den Ländern. Diese Frage erhielt ihre Brisanz vor allem dadurch, dass sie eng verknüpft war mit dem allseits bekannten

<sup>1</sup> Druck: REITER, Texte 87f. Eingehend dazu BRAUNEDER, Verfassungsentwicklung 148–150; OLECHOWSKI, Oktoberdiplom 157.

<sup>2</sup> Druck: REITER, Texte 91; eingehend BRAUNEDER, Verfassungsentwicklung 151–155; SIMON, Restauration 127–141.

<sup>3</sup> Druck: REITER, Texte 123ff.; eingehend dazu STOURZH, Dezemberverfassung 239–258.

„Nationalitätenproblem“.<sup>4</sup> Die Nationalitätenfrage war bekanntlich *das* „österreichische Staats- und Reichsproblem“<sup>5</sup> schlechthin. Das Kardinalproblem der Innenpolitik in Cisleithanien war die Frage, wie mit dem Streben vor allem der slawischen Völker der Monarchie nach erweiterter politischer Selbständigkeit umzugehen wäre: Wie ließe sich dieser Gefahrenherd für die Integrität des cisleithanischen Staates entschärfen? Große Hoffnung setzte man dabei auf die Föderalisierung.<sup>6</sup> Die Föderalisierung schien der Königsweg zu sein, auf dem sich einerseits dem Selbständigkeits- und Autonomiestreben der Völker Rechnung tragen, und sich andererseits die Einheit der Monarchie bewahren ließ. Der Dreh- und Angelpunkt der österreichischen Innenpolitik, an dem sich praktisch alle Regierungen seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bis zum Ende der Monarchie abarbeiteten, lautete also: Wie viel Einheitlichkeit und Zentralisierung lässt sich durchsetzen und umgekehrt: Wie viel Dezentralisierung verträgt der Staat, ohne sich in seine Bestandteile aufzulösen? Und damit war auch die Kompetenzfrage angesprochen, nämlich die Frage: Wie sollten die Kompetenzen zwischen den Ländern einerseits und dem österreichischen Staat andererseits verteilt werden?

Der Kremsierer Entwurf suchte hier bekanntlich die Lösung in einem föderalen System, das bereits einem bundesstaatlichen Modell angenähert war.<sup>7</sup> Vor allem ruhte der Kremsierer Verfassungsentwurf auf einem Konsens, wie ihn keines der späteren Verfassungsgesetze aufwei-

sen konnte. Bekanntlich ist der Kremsierer Entwurf ein bloßes Projekt geblieben – er, wie auch die immerhin formal in Kraft gesetzte Oktroyierte Märzverfassung, fielen der Wendung Franz Josefs zum Neo-Absolutismus zum Opfer. Der Diskurs um die Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Ländern wurde im Neo-Absolutismus noch einmal ruhig gestellt. Umso heftiger kam er dann ab 1860 an die Oberfläche, als angesichts der militärischen Niederlage in Oberitalien 1859 und dem damit verbundenen Finanzdebakel ein verfassungspolitischer Kurswechsel unvermeidlich schien.<sup>8</sup>

## II.

Wie sind nun im Oktoberdiplom die Kompetenzen in vertikaler Hinsicht und auf der horizontalen Ebene aufgeteilt? Das Oktoberdiplom richtig einzuordnen, fällt nicht leicht. Man darf es nicht als eine konstitutionelle Verfassungsurkunde lesen, wie sie noch in der Märzverfassung 1849 begegnet war. Mit einer „Verfassung“ im Sinne des Konstitutionalismus hat es so gut wie nichts zu tun. Das beginnt schon mit der Form: Es stellt keine umfassende und abschließende Kodifizierung der gesamten Verfassungsordnung dar, sondern enthält nur punktuelle Regelungen. Und es ist in einer ganz altertümlichen Weise mit einem umfangreichen Proömium eingeleitet, wie es typisch für die Gesetzgebung in der Frühen Neuzeit war. Inhaltlich knüpft es im Grunde an den Verhältnissen im Vormärz an. Es sucht, die Verfassungsstrukturen, wie sie, beginnend mit den Theresianischen Reformen, im Zeitalter des Absolutismus entstanden waren und in ihren Grundzügen bis zur Revolution 1848 Bestand hatten, wiederzubeleben und zugleich sachte in einem neo-ständischen Sinne weiterzuentwickeln; Wilhelm Brauner spricht daher zutreffend von einer „neuständisch be-

<sup>4</sup> Die klassische Darstellung bei KANN, Nationalitätenproblem 1304–1338.

<sup>5</sup> So der Titel der gleichfalls zum Klassiker der österreichischen Verfassungsgeschichte gewordenen Darstellung von REDLICH, Staats- und Reichsproblem 1920.

<sup>6</sup> SIMON, Föderalisierung 257–283.

<sup>7</sup> BRAUNEDER, Verfassungsentwicklung 118–120; OSTERKAMP, Vielfalt ordnen 176–180; STOURZH, Länderautonomie und Gesamtstaat 47.

<sup>8</sup> BRANDT, Liberalismus 143.

schränkten Monarchie“, die dem Oktoberdiplom als verfassungspolitische Ordnungsidee vorschwebt habe.<sup>9</sup> Legitimiert wird dies mit der Idee des sog. „Historischen Staatsrechts“. Das „Historische Staatsrecht“ war ein in den Verfassungsdiskussionen des 19. Jahrhunderts verbreiteter Ausdruck; dahinter stand ein Gegenmodell zum Konstitutionalismus und zur Verfassungsidee.<sup>10</sup> Von der Warte des „Historischen Staatsrechts“ aus betrachtet waren nur solche rechtlichen, politischen und sozialen Gegebenheiten legitim, die sich auf der Grundlage eines langfristig angelegten Entwicklungsvorganges durch die Jahrhunderte hindurch faktisch herausgebildet hatten. Das „Historische Staatsrecht“ ging also vom rechtlich *Gegebenen* aus und suchte dieses, soweit unumgänglich notwendig, allenfalls durch punktuelle Einzelgesetzgebung an den Fluss des faktischen sozialen Wandels anzupassen. Im Oktoberdiplom finden sich demgemäß nur diejenigen Punkte der Verfassungsordnung geregelt, die gegenüber dem historisch gewachsenen Staatsrecht geändert werden sollten. Solche Vorstellungen waren häufig am englischen Vorbild orientiert, an dem man, insbesondere von konservativer Seite die, Verbindung von Traditionsverhaftetheit mit punktueller Reform bewunderte.<sup>11</sup> Der Topos vom „Historischen Staatsrecht“ war demgemäß mit einem konservativen Föderalisierungskonzept verbunden, das noch überhaupt nichts mit irgendwelchen bundesstaatlichen Ordnungsmustern zu tun hatte, sondern vielmehr am Leitbild eines „zusammengesetzten Staates“ orientiert war, wie man ihn im frühneuzeitlichen Mitteleuropa in der Habsburgermonarchie, aber auch in Preußen finden konnte.<sup>12</sup> Es ist nicht ganz einfach, die Kompetenzverteilungsregeln dieses Oktoberdiploms herauszuarbeiten. Denn das Oktoberdip-

lom beruhte, im Gegensatz zu den modernen Verfassungen, noch in keiner Weise auf dem Gewaltenteilungsprinzip; vielmehr wird in ihm immer noch die Tradition des vormodernen Ständestaates sichtbar. Im Gegensatz zu den modernen Verfassungen gab es im Oktoberdiplom demgemäß auch keine systematische Gegenüberstellung von gesetzgebender und vollziehender Gewalt; ebenso wenig eine solche von Reich und Ländern, wie dies im Kremser Entwurf und in der Oktroyierten Märzverfassung schon ganz dezidiert der Fall war. Vielmehr sind die Regeln der vertikalen und horizontalen Kompetenzverteilung sozusagen ineinandergeschoben, so dass man schon ziemlich genau hinsehen muss:

Nach einem Proömium, das fast ebenso lange ist wie der eigentliche Regelungsgehalt des Diploms, legt Z. I des Diploms fest: „Das Recht, Gesetze zu geben, abzuändern und aufzuheben, wird von Uns und Unseren Nachfolgern nur unter Mitwirkung der gesetzlich versammelten Landtage, beziehungsweise des Reichsrathes, ausgeübt werden, zu welchem die Landtage die von Uns festgesetzte Zahl Mitglieder zu entsenden haben.“ Das baut erkennbar auf dem Verfassungszustand nach den Theresianischen Reformen auf: Waren dabei und in der Folgezeit die altüberlieferten Mitwirkungsrechte der Ständelandtage, insbesondere deren Steuerbewilligungsrecht, in den Ländern außerhalb Ungarns allmählich beseitigt worden und die Landtage dann schließlich 1848 auch als Institution verschwunden, so sollten sie nun, wenn auch in modifizierter, neo-ständischer Form wiedereingerichtet und mit dem Recht der „Mitwirkung“ an der Gesetzgebung begabt werden. Was man sich unter dieser „Mitwirkung“ der Landtage vorzustellen hat, ergibt sich nicht aus dem Oktoberdiplom selbst, sondern aus den sog. „Landes-

<sup>9</sup> BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte 135.

<sup>10</sup> SIMON, *Ius Publicum* 131f.

<sup>11</sup> KRAUS, „Selfgovernment“ 213–246.

<sup>12</sup> SIMON, Einheitsstaat 1–51.



vertretungsstatuten“,<sup>13</sup> die gleichzeitig mit dem Diplom ergingen bzw. ergehen sollten. Ein „Gesetzgebungsrecht“ der Landtage wird in diesen Statuten aber nirgendwo genannt.<sup>14</sup> Nur von „Mitwirkung“ ist die Rede. Die Landtage haben zwar Beschlussrechte, aber soweit es um „Änderungen der gesetzlichen Vorschriften“ geht, können sie augenscheinlich nur „Vorschläge“ machen.<sup>15</sup> Normativakte können sie nur in Gestalt von „Beschlüssen“ setzen, wobei sie an die bestehende gesetzliche Regelungslage gebunden sind – es kann sich bei diesen Beschlüssen also nur um autonome Satzungen handeln, z.B. Nutzungsordnungen für die von den Ländern betriebenen „gemeinnützigen und wohltätigen Anstalten“ und „Unternehmungen“.

Wesentlich ist, dass es sich bei den Landtagen gerade *nicht* um reine Gesetzgebungsorgane, sondern gleichermaßen, ja überwiegend, um

Verwaltungsorgane handelt. So wenig, wie die Landesvertretungsstatute zwischen Gesetzgebung und Vollzug unterscheiden, so wenig lassen sich die in diesen Statuten anvisierten Landtage eindeutig einer dieser beiden Funktionen zuordnen; vielmehr sind in der Institution der Landtage Gesetzgebungs- und Leistungsverwaltungsfunktion untrennbar miteinander verbunden.<sup>16</sup> Auch hierin wird sichtbar, wie stark die altständische Tradition in den vom Oktoberdiplom vorgesehenen Landtagen noch nachwirkt. Ja weitergehend noch: Der Schwerpunkt der im Oktoberdiplom vorgenommenen Kompetenzzuweisung lag bei der Verwaltung. Die Landtage waren – legt man die moderne Unterscheidung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung zugrunde – eigentlich mehr Verwaltungs- denn Gesetzgebungsorgane. Allerdings passt diese Unterscheidung eigentlich gar nicht für die Landtage des Oktoberdiploms. Denn das Oktoberdiplom ist nicht organisiert und gegliedert entlang dem modernen Gewaltenteilungsgrundsatz, sondern gemäß einem vormodernen Gewaltenteilungsdenken. Das konstitutionelle Konzept der Gewaltenteilung hat die Staatsgewalt zwischen Monarchen und Volk bzw. zwischen Monarchen und dem das Volk repräsentierenden Parlament geteilt. Die Teilung der Staatsgewalt wurde dabei anhand des Kriteriums der Gesetzgebung vorgenommen: Die politischen Grundentscheidungen – jedenfalls diejenigen, durch die die Bürger in ihren Individualrechten, insbesondere Freiheit und Eigentum, betroffen werden, – dürfen nur in einem förmlichen Parlamentsgesetz getroffen werden. Die Umsetzung dieser Gesetze hingegen, zugleich deren Konkretisierung, kam allein dem Monarchen und der ihm zu Gebote stehenden Bürokratie zu. Die Funktionsverteilung im Verfahren der Normsetzung und des Vollzuges war hier also das entscheidende Differenzierungskriterium.

<sup>13</sup> Statut über die Landesvertretung des Herzogtums Steiermark 1860, RGBl. 227/1860, 341 ff.

<sup>14</sup> Siehe hierzu etwa das Statut über die Landesvertretung des Herzogtums Steiermark, § 24: „Der Landtag ist berechtigt, in den die Wohlfahrt und Bedürfnisse Steiermarks betreffenden Gegenständen nach bestem Wissen und Gewissen die Wünsche oder Beschwerden des Landes auszusprechen und die *Anträge und Bitten* entweder unmittelbar oder nach eigenem Ermessen im Wege des Statthalters an den Kaiser gelangen zu lassen.“ Und § 26: „Der Landtag ist berufen, über *kundgemachte allgemeine Gesetze* und Einrichtungen bezüglich ihrer besonderen Rückwirkung auf das Wohl des Landes zu *beraten und Anträge zu stellen* und bei den in Absicht auf die besonderen Landesverhältnisse zu erlassenden Gesetzen *mitzuwirken*.“ (Hervorhebungen durch den Verf.); dazu eingehend BRAUNEDER, Verfassungsentwicklung 148–150.

<sup>15</sup> Landesvertretungsstatut Steiermark § 27: „Der Landtag [...] ist berechtigt [...] zu *beraten* und mit *Beachtung der bestehenden Gesetze* und Rechte, *Beschlüsse* zu fassen. *Vorschläge* welche auf *Änderungen der gesetzlichen Vorschriften* und Einrichtungen in Landesangelegenheiten abzielen, und *Beschlüsse*, welche in ihrer Wirkung sich nicht auf das Gebiet der Steiermark beschränken, sind dem Kaiser zur Genehmigung und Entscheidung vorzulegen.“ (Hervorhebungen durch den Verf.)

<sup>16</sup> SCHMITZ, Landesvertretungen 1353–1544.

Nicht, dass es im vormodernen Ständestaat keine Gewaltenteilung gegeben hätte – im Gegenteil –, aber die Gewaltenteilung zwischen Fürst und Ständen lief nicht auf der Linie Gesetzgebung und Gesetzesvollzug, sondern auf der Differenzierung zweier Rechtssphären: einer des Fürsten und einer des „Landes“, sprich der Stände. Die Stände versammelten sich regelmäßig im Landtag, um dort ihre Rechte wahrzunehmen. Die Landtage waren also ursprünglich in ihrer altständischen Form keine Repräsentativorgane, sondern schlicht und einfach die Versammlung der Stände, also die Stände *selbst*, und nicht nur deren Repräsentation.<sup>17</sup> Welche Rechte sich der Fürst auf der einen und die Stände auf der anderen Seite in dem die ganze Frühe Neuzeit andauernden Kräftemessen zwischen ihnen jeweils sichern konnten, hing allein von den jeweils gegebenen Kräfteverhältnissen ab; generelle Aussagen lassen sich daher kaum treffen. Das wiederum galt insbesondere für die Gesetzgebung. Ein formelles Gesetzgebungsrecht in dem Sinne, dass der Fürst ganz generell Gesetze nur mit Zustimmung der Stände hätte erlassen können, war ihnen kaum irgendwo verbrieft. Verbrieft war ihnen in den frühneuzeitlichen Herrschaftsverträgen i.d.R. nur der sog. „Beirat“: Der Fürst soll die elementaren politischen Grundentscheidungen nicht ohne Rat der Stände treffen. Allerdings zählte das ständische Steuerbewilligungsrecht noch im 18. Jahrhundert zum Kernbestand ständischer Mitbestimmungsrechte. Mindestens ebenso groß, wenn nicht größer, war aber die Bedeutung der ständischen oder der „landschaftlichen“ Eigenverwaltung, die seit dem Beginn der Neuzeit neben den fürstlichen Verwaltungsstrukturen entstanden war. Es handelte sich dabei größtenteils um Einrichtungen, wie sie auch in städtischer Trägerschaft begegnen: Schulen, Gymnasien und Internate, Apotheken und Hospitäler. Daneben wurde ein beträchtliches,

vielfach in Form von Stiftungen organisiertes ständisches Vermögen verwaltet. Als ständig wirksame Verwaltungsorgane wurden aus den Landtagen heraus die sog. „ständischen Verordneten-Collegien“ gebildet, also permanent wirksame Ausschüsse für die kontinuierliche Verwaltungstätigkeit.<sup>18</sup> Es ist diese altständische Welt ungeschiedener Verwaltungs- und Regulierungstätigkeit, die einem im Oktoberdiplom noch einmal in aller Klarheit entgegentritt. „Verwaltung“ bedeutet hier allerdings viel weniger „Gesetzesvollzug“ denn „Bewirtschaftung“: Bewirtschaftung einer Vermögensmasse, bestehend nicht nur aus dem eben genannten „ständischen (Domestical-)Vermögen“, sondern auch dem „sonstigen Landesvermögen“, verschiedenen „Fonds“ und schließlich den vom Land betriebenen „Anstalten“.<sup>19</sup> Ein Großteil der Regelungen in den Landesvertretungsstatuten 1860 zur Zuständigkeit der restituierten Landtage („Über die Wirksamkeit des Landtages“) betrafen diese „Bewirtschaftung des Landesvermögens“, die auch die Ausgabentätigung zur „Erfüllung der dem Lande obliegenden öffentlichen Leistungen“<sup>20</sup> und damit eben auch echte „Leistungsverwaltung“ im modernen Sinne einschloss. Hierfür durften die Landtage immerhin „Zuschläge zu den direkten landesfürstlichen Steuern“ einheben.<sup>21</sup>

Kam den Landtagen 1860 also ein eng umgrenztes kommunales Satzungsrecht, bei der Gesetzgebung aber grundsätzlich nur der „Beirat“ zu,

<sup>18</sup> WALTER, Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 43. Siehe hierzu auch die anschauliche Einzelstudie von OTTNER, Sanitätswesen 268ff.

<sup>19</sup> Landesvertretungsstatut Steiermark § 28: „Der Landtag sorgt für die Erhaltung des landständischen (Domestical-)Vermögens und des sonstigen nach seiner Entstehung oder Widmung ein Eigentum Steiermarks bildenden Landesvermögens, dann der aus ständischen und Landesmitteln errichteten oder erhaltenen Fonde und Anstalten.“

<sup>20</sup> Landesvertretungsstatut Steiermark § 27 II.

<sup>21</sup> Landesvertretungsstatut Steiermark § 30.

<sup>17</sup> BRUNNER, Land und Herrschaft 414.

so entsprach der Kompetenzbereich des Reichsrates schon eher demjenigen eines modernen Gesetzgebungsorgans. Der Reichsrat des Oktoberdiploms war bekanntlich der sog. „verstärkte Reichsrat“ – „verstärkt“ allerdings nicht im konstitutionellen Sinne, d.h. um unmittelbar gewählte Abgeordnete, sondern gleichfalls im altständischen Sinne, nämlich im Sinne von „Generalständen“. Generalstände oder „Ausschusslandtage“ waren die in der altständischen Welt der Vormoderne i.d.R. nur ganz ausnahmsweise einberufenen gesamtstaatlichen Ständeversammlungen, zu der die Landtage aus ihrer Mitte Vertreter entsandten und zwar jeder Stand, also Adel, Ritter, Klerus und Städte, je für sich. In der österreichischen Verfassungsgeschichte gab es Ansätze für solche Generalstände im 16. Jahrhundert, also in der Hochzeit des ständischen Mitregiments.<sup>22</sup> Im Absolutismus waren die Monarchen bestrebt, der Bildung solcher Generalstände entgegenzuwirken. Nun sollten also gewissermaßen gesamtösterreichische „Generalstände“ einberufen werden – wenn auch in einem neuständischen Sinne zusammengesetzt. Das Ganze erinnert an die Situation 1789 in Frankreich, wo es ja auch das Damoklesschwert eines drohenden Staatsbankrottes gewesen war, das zur Einberufung der „États généraux“ geführt hatte. Und so war es auch im Kaisertum Österreich das außer Kontrolle geratene Haushaltsdefizit, das die Dinge 1859/60 verfassungsrechtlich ins Rollen brachte. Es ging darum, die Kreditwürdigkeit des Staates wiederherzustellen und ein Minimum an öffentlicher Haushaltskontrolle auf die Beine zu stellen.<sup>23</sup> Das schlug sich auch unmittelbar in der Kompetenzzuweisung an den Reichsrat nieder: Grundsätzlich war seine Zuständigkeit, wie auch diejenige der Landtage, auf die „Mitwirkung“ beschränkt – das ergibt sich schon aus Z. I. Aber in *einem* Sachbereich ist seine Kompetenz zu einem Zu-

stimmungsrecht ausgeweitet, nämlich signifikanter Weise was die Finanz- und Steuergesetzgebung, insbesondere die „Einführung neuer Steuern und Auflagen und Erhöhung der bestehenden Steuern“, anbelangt.<sup>24</sup> Hierzu war die Zustimmung des Reichsrates zwingend erforderlich. Auch diese Kompetenzzuweisung folgt im Grunde noch ganz einem altständischen Muster, denn gerade die Steuerbewilligung war ja das Herzstück der ständischen Mitregierungsrechte gewesen. Für die Steuerbewilligung sollten nun im Kaisertum so etwas wie ein „General-Landtag“ einberufen werden – darin lag ein nicht ganz unwesentlicher innovativer Punkt des Oktoberdiploms gegenüber der verfassungsrechtlichen Situation *vor* 1848.

Auch bei der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern knüpft das Oktoberdiplom an den ständestaatlichen Gegebenheiten an, wie sie in Resten bis 1848 Bestand hatten. Im zusammengesetzten Ständestaat der Frühen Neuzeit waren, wie erwähnt, gesamtstaatliche Generalstände in aller Regel die große Ausnahme geblieben und sie wurden, wenn es sie überhaupt gab, aus den Landtagen herausgebildet. Und dieses Prinzip prägte jedenfalls im Grundsatz auch noch das Oktoberdiplom. Das Oktoberdiplom ließ nun zwar einen General-Landtag zu, aber nur mit einem eng begrenzten Zuständigkeitsbereich: Neben dem bereits erwähnten Steuer- und Kreditbewilligungsrecht nämlich nur im „Münz-, Geld- und Creditwesen“, bei den „Zöllen und Handelssachen“ und zur Regelung der „Grundsätze des Post-, Telegraphen-

<sup>22</sup> WALTER, Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 33.

<sup>23</sup> Grundlegend hierzu BRANDT, Neoabsolutismus 886ff.

<sup>24</sup> Z. II des Oktoberdiploms: „Die Einführung neuer Steuern und Auflagen und Erhöhung der bestehenden Steuern, [...] die Aufnahme neuer Anlehen, die Convertirung bestehender Staatsschulden und die Veräußerung, Umwandlung oder Belastung des unbeweglichen Staatseigentumes“ nur mit Zustimmung des Reichsrats.

und Eisenbahnwesens“.<sup>25</sup> Allerdings kam ihm hier durchgehend nur ein *Beratungsrecht* zu, also der „Beirat“, um es altständisch auszudrücken. Es handelt sich hier um „Gegenstände der Gesetzgebung, welche sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, die *allen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich sind*“ (Hervorhebungen durch den Verf.). „Allen Ländern“ heißt hier: *unter Einschluss Ungarns*. Bei diesen Gegenständen war – so wird es in dem weitschweifigen Proömium des Diploms gerechtfertigt – „die gemeinsame Verhandlung der höchsten Staatsaufgaben für die Sicherheit Unserer Monarchie und die Wohlfahrt ihrer einzelnen Länder eine unabweisliche Nothwendigkeit geworden“. Ein Minimum an Zentralisierung erscheint hier als „unabweisliche Nothwendigkeit“, wie es im Proömium in einem geradezu beschwörenden Ton formuliert ist, um die – gemessen an altständischen Verhältnissen – zentralistische Institution des Reichsrates zu rechtfertigen.

Dieser Reichsrat mit seinen Kompetenzen zur „gemeinsamen Verhandlung der höchsten Staatsaufgaben“ sollte aber, so wird es dann unter Z. III nochmals beteuert, eigentlich nur als Ausnahmeinstitution installiert werden. Denn „*alle anderen Gegenstände der Gesetzgebung*“, so heißt es in Z. III, „welche in den vorhergehenden Punkten nicht enthalten sind, werden in und mit den betreffenden *Landtagen* [...] verfassungsmäßig erledigt werden“ (Hervorhebungen durch den Verf.). Dieser Passus hat nur die Bedeutung einer Klarstellung, denn die grundsätzliche Zuständigkeit der Landtage folgt ja schon aus der abschließenden Aufzählung der Reichsratskompetenzen unter Z. II des Diploms. Im Übrigen verweist das Diplom hinsichtlich der Landtage „in den zur *ungarischen Krone* gehörigen Königreichen und Ländern“ auf die „*früheren Verfassungen*“, hinsichtlich der übrigen Land-

tage auf die „*Landesordnungen*“ (Hervorhebungen durch den Verf.). Gerade diese Bestimmung lässt am deutlichsten erkennen, worin die eigentliche politische Absicht lag, die mit dem Oktoberdiplom verfolgt wurde, und wessen Interessen dabei vorrangig bedient werden sollten. Das Diplom macht nämlich einen fundamentalen Unterschied zwischen „den zur *ungarischen Krone* gehörigen Königreichen und Ländern“, sprich: dem Königreich Ungarn und seinen beiden Nebenländern Kroatien und Siebenbürgen einerseits, und den „*übrigen Königreichen und Ländern*“ andererseits (Hervorhebungen durch den Verf.). Während sich Zusammensetzung, Beschlussverfahren und Kompetenzen der Landtage in den letztgenannten Ländern nach den gleichzeitig mit dem Oktoberdiplom erlassenen bzw. noch zu erlassenden Landesvertretungsstatuten richten sollen, wird für die Länder der ungarischen Stephanskrone lediglich in einer geradezu nebulösen Weise auf die „früheren Verfassungen“ verwiesen. Es ist nicht übermäßig zugespitzt, wenn man sagt: In diesen zwei Worten „frühere Verfassungen“ liegt die Hauptbedeutung des Diploms. Denn es stellt nicht mehr, allerdings auch nicht weniger als den Versuch des Kaisers dar, den hart unterhalb der Eskalationsstufe zum offenen Bürgerkrieg schwelenden Konflikt mit den Ungarn irgendwie zu befrieden – und zwar dadurch, dass er auf den von einem Kreis ultrakonservativer Magnaten lancierten Vorschlag eingeht, indem er sich sozusagen zu einem verfassungspolitischen „Reset“ bereit erklärt: Die Uhren sollten dabei auch in Ungarn auf die Zeit *vor 1848* zurückgestellt werden. „Vor 1848“ bedeutet in Ungarn: Rückkehr in eine weitestgehend uneingeschränkte Herrschaft der Magnaten. Diese war ja bekanntlich nach dem Scheitern der josefinischen Zentralisierungspläne in Ungarn nochmals von Kaiser Leopold II. regelrecht aner-

<sup>25</sup> Z. II Oktoberdiplom. Daneben werden noch die „Grundsätze des Zettelbankwesens“ und die „Ordnung der Militärpflichtigkeit“ genannt.

kannt worden.<sup>26</sup> Erst im Zuge der nachrevolutionären Reaktionspolitik und im Neo-Absolutismus war dann der erneute – und bekanntlich gleichfalls gescheiterte – Versuch unternommen worden, Ungarn als reguläre Provinz ohne jede Sonderrechte in den Gesamtstaat einzufügen. Im Ergebnis läuft das Oktoberdiplom also auf eine erneute Anerkennung der verfassungsrechtlichen Sonderstellung Ungarns hinaus und zwar im Wesentlichen auf dem Stand der leopoldinischen Gesetzgebung von 1791. Genau umgekehrt in den übrigen Ländern des Kaisertums: Hier soll es augenscheinlich jedenfalls im Grundsatz bei jenem absolutistischen Zentralismus bleiben, wie er seit der Mitte des 18. Jahrhunderts herangewachsen war, lediglich etwas gelockert in der eben beschriebenen Weise.

Insgesamt betrachtet war der dezentralisierende Effekt des Diploms durchaus gering – auch wenn in Z. III ausdrücklich eine Regelzuständigkeit der Landtage statuiert wird. Das war aber nicht viel mehr als „föderalistische Rhetorik“, denn bei genauem Hinsehen erweisen sich die Kompetenzen der Landtage schon mangels irgendeines Zustimmungsrechtes als gering; das einzig zustimmungsberechtigte Organ war signifikanter Weise der Reichsrat, also eine gesamtstaatliche Institution.

Und vor allem: Die Länder bekamen mit dem Oktoberdiplom praktisch keinerlei Anteil an der vollziehenden Gewalt eingeräumt. Demgemäß gab es in den Ländern auch keinen gegenüber den Landtagen verselbständigten Behördenapparat, der sich gewissermaßen als „Landesexekutive“ den Landtagen als „Landeslegislative“ hätte gegenüberstellen lassen. Zwar gab es so etwas wie „Verwaltungstätigkeit“, aber hierbei ging es nicht um Gesetzesvollzug, sondern ganz überwiegend um die Bewirtschaftung des Ständevermögens, allenfalls um Leistungsverwaltung. Und diese Form der „Verwaltung“ wurde,

wie es in der vormodernen altständischen Welt regelmäßig der Fall war, vom Landtag besorgt – vom Landtage mittels aus ihm heraus gebildeter Ausschüsse. In dieser Hinsicht blieben die Kompetenzen der Landtage deutlich hinter denen der Kommunen zurück, die ja – wenn auch nur als übertragene Tätigkeit – auch Ortspolizeibehörden sind.

Und ein Letztes kommt schließlich hinzu: Selbst diese geringe Dezentralisierung stand unter Vorbehalt. Im letzten Absatz des Oktoberdiploms – sozusagen schamhaft versteckt als „Kleingedrucktes“ – findet sich nämlich jener Vorbehalt, der auch die spärlichen Kompetenzzuweisungen an die Landtage für lediglich vorläufig erklärt. Denn in Z. III ganz am Ende heißt es: „Nachdem jedoch mit Ausnahme der Länder der ungarischen Krone auch in Betreff solcher Gegenstände der Gesetzgebung, welche *nicht* der ausschließlichen Kompetenz des *gesammten* Reichsrathes zukommen, seit einer langen Reihe von Jahren für Unsere *übrigen Länder* eine gemeinsamen Behandlung und Entscheidung stattgefunden hat, behalten Wir Uns vor, auch solche Gegenstände mit verfassungsmäßiger Mitwirkung des Reichsrathes unter Zuziehung der Reichsräthe dieser Länder behandeln zu lassen“ (Hervorhebung durch den Verf.). Das hieß nichts anderes als: Sämtliche Regeln zur Kompetenzabgrenzung zwischen Reichsrat und Landtagen standen zur Disposition; es konnten jederzeit weitere Kompetenzen auf den Reichsrat übertragen werden – allerdings auf einen Reichsrat, der dann nur noch von den Landtagen der nichtungarischen Länder beschickt wird. Genau dies war dann auch der Punkt, an dem Anton Schmerling mit dem Februarpatent eingehakt hat: Was das Oktoberdiplom als politische Möglichkeit angekündigt hatte, nämlich die Installierung eines engeren, nur von den nichtungarischen Ländern beschickten Reichsrates und die Übertragung von Landtagskompetenzen auf diesen, vollzog dann Schmerling mit dem Februarpatent.

<sup>26</sup> LÁZLÓ, Verfassungsentwicklung 259–261.

Wenn sich Franz Josef Chancen ausgerechnet hatte, mit dem Oktoberdiplom zumindest das besonders drängende und gravierende Ungarn-Problem lösen zu können, dann beruhte dies auf einer fatalen Fehleinschätzung der Verhältnisse in Ungarn. Auf der Annahme nämlich, dass die feudalkonservative Magnatenclique um die Grafen Dessewffy und Szécsen von Temerin in Ungarn jedenfalls noch so viel zu sagen hätte, dass sich mit ihrer Hilfe und Vermittlung ein Arrangement mit der ungarischen Nationalbewegung finden ließe.<sup>27</sup> Dies sollte sich aber als Irrtum erweisen; über das politische Ideengut dieser feudalkonservativen Magnatenkreise war die Zeit auch in Ungarn spätestens mit der Nationalrevolution 1848 hinweggegangen. Die neue politische Elite Ungarns wollte selbstverständlich nicht mehr zurück in den vormodernen Ständestaat, sondern sie forderte die uneingeschränkte Anerkennung jener konstitutionellen Verfassungsordnung, wie sie die ungarische Nation *selbst* – jedenfalls den gängigen politischen Vorstellungen des 19. Jahrhunderts gemäß – hervorgebracht hatte.<sup>28</sup> Diese Forderung beinhaltete zugleich die kategorische Ablehnung jeglicher gemeinsamer Institutionen mit Ausnahme des Monarchen selbst, denn nur dieser war in den bekannten 31 Gesetzesartikeln vorgesehen, aber kein gemeinsames Beratungs- und gar Beschlussorgan wie der Reichsrat. Ob und inwieweit sich Franz Josef von anderer Seite, außerhalb Ungarns, Unterstützung für das Oktoberdiplom erhoffte, ist unklar – es wurde jedenfalls sofort mit dem Erlass dieses Diploms offenbar, dass es außerhalb Ungarns schlechterdings niemanden gab, der dieses Dokument einer verfassungspolitischen Rückwendung in den Vormärz unterstützt hätte. Das feudalkonservative Lager nicht, weil aus dessen Sicht die Föderalisierung

im Oktoberdiplom viel zu schwach, da letztlich nur symbolisch, ausfiel, und selbstverständlich erst recht nicht das bürgerlich liberale Lager, da das Oktoberdiplom evidentermaßen mit einer Verfassung im konstitutionellen Sinne nicht das Geringste zu tun hatte. Die mit dem Oktoberdiplom verfolgten Ziele wurden demgemäß vollkommen verfehlt: Es fand weder ein politischer Brückenschlag zum besitzbürgerlichen Lager statt, auf dessen Unterstützung man angesichts der Finanzmisere angewiesen war, noch konnte Rückhalt bei den Konservativen gewonnen werden.<sup>29</sup>

### III.

Bekanntlich setzte Franz Josef nunmehr auf die (deutsch-)liberale Karte: Die Ernennung Schmerlings zum Innenminister und faktischen Regierungschef an Stelle von Goluchowski, der nun als vermeintlicher Urheber des Oktoberdiploms zum Sündenbock gemacht wurde, war ein eindeutiges Signal. In den nächsten Anlauf zur Entspannung der innenpolitischen Lage sollten die Deutsch-Liberalen eingebunden werden. Das war Franz Josef sogar vom Magnatenkreis um Szécsen selbst nahegelegt worden.<sup>30</sup> Deren Kalkül war: die Dinge in Ungarn so lassen, wie sie im Oktoberdiplom niedergelegt waren, in Cisleithanien hingegen, wo die politischen Lager anders formiert waren, auf die Liberalen und eine Annäherung an den Konstitutionalismus zu setzen.

Dem Kaiser war es vor allem um einen bruchlosen Übergang vom Oktoberdiplom zum Februarpatent zu tun, um den Eindruck einer verfassungspolitischen Kehrtwende zu vermeiden, die man als Schwäche des Kaisers, als ein Einknicken gegenüber dem Konstitutionalismus

<sup>27</sup> LÁZLÓ, Verfassungsentwicklung 299 ff.; REDLICH, Staats- und Reichsproblem 575; dazu neuerdings auch BRAUNEDER, Oktoberdiplom 107–110.

<sup>28</sup> LÁZLÓ, Verfassungsentwicklung 277ff.

<sup>29</sup> WALTER, Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 196.

<sup>30</sup> REDLICH, Staats- und Reichsproblem 688.

hätte verstehen können.<sup>31</sup> Demgemäß wird dann im Februarpatent auch die Kontinuität zum Oktoberdiplom betont: Das Februarpatent sollte nicht als Neuregelung an Stelle des Oktoberdiploms treten, vielmehr sollte letzteres ausdrücklich in Geltung bleiben. Die Bedeutung des Februarpatents sollte sich demgemäß darauf beschränken, „Ordnung und Form der Ausübung“ des Oktoberdiploms zu regeln.<sup>32</sup>

Vergleicht man nun dieses Grundgesetz über die Reichsvertretung (GG-RV) mit dem Oktoberdiplom, wird man auf den ersten Blick gewahr, dass Schmerling zwar einzelne Elemente des Oktoberdiploms aus der altständischen Welt in sein Konzept mithinein genommen hatte, dass die Verfassungsordnung in den Reichsratsländern aber im Übrigen nun doch unübersehbar an die Maximen des Konstitutionalismus angenähert wurde. Die deutlichste Akzentsetzung im Sinne des Konstitutionalismus ist dadurch erfolgt, dass nun auf beiden Ebenen, derjenigen des (Gesamt-)Staates und derjenigen der Länder, durch Neustrukturierung des Reichsrates und der Landtage Parlamente geschaffen wurden, die schon weitgehend der verfassungspolitischen Konzeption des Konstitutionalismus entsprachen. Das gilt vor allem für die Kompetenzen, die diesen Organen nun im GG-RV zugelegt wurden: Ordentliche Gesetzgebung war hinfort nur noch mit Zustimmung des jeweils zuständigen Gesetzgebungsorgans, also des Reichsrats oder des jeweiligen Landtags zulässig. „*Ordentliche* Gesetzgebung“ heißt: Gesetzgebung mit parlamentarischer Beteiligung, also außerhalb der sog. Prärogativen der Krone und außerhalb des monarchischen Notverord-

nungsrechts; beides war allerdings in allen Verfassungen des Konstitutionalismus nicht nur in Österreich enthalten bzw. wurde – das betrifft die Prärogativen der Krone – als selbstverständlich mitgedacht. Allen Verfassungen des Konstitutionalismus lag nämlich das Prinzip zugrunde, dass es nur dann eines förmlichen Parlamentsgesetzes bedarf, wenn dasselbe in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen kann, so dass die gesamte Regulierung des staatlichen Binnenbereichs, insbesondere Militär und Verwaltungsapparat, im Verordnungsweg ohne Beteiligung des Parlaments über die Bühne gehen kann. Die Prärogativen der Krone stellten also keine Einschränkung konstitutioneller Verfassungsprinzipien dar,<sup>33</sup> sondern sie waren geradezu ein wesentlicher Bestandteil derselben – nicht nur in Österreich, sondern ganz generell im deutschsprachigen konstitutionellen Verfassungsdenken.<sup>34</sup> Auch von seiner Zusammensetzung her nahm der Reichsrat im Februarpatent die Züge eines Parlamentes an, wie man es nahezu durchgängig im konstitutionellen Europa antraf: ein Zweikammernparlament mit dem üblichen Ober- und Unterhaus, also Herren- und Abgeordnetenhaus, letzteres gewählt; parlamentarische Gesetzesinitiativrecht, absolutes monarchisches Vetorecht;<sup>35</sup> All dies entsprach sozusagen dem üblichen Standardprogramm einer konstitutionellen Monarchie im kontinentaleuropäischen Sinne.

Nur zwei altständische „Erbstücke“ blieben diesem neuen Reichsrat vom Oktoberdiplom her erhalten: zum einen der Charakter des Abgeordnetenhauses als einer Art „Ausschusslandtag“, zum anderen eine neo-ständische Zusammensetzung. Allerdings löste sich die Kurieneinteilung im Grundgesetz von der altständischen Kurieneinteilung – Adel, Klerus Städte – viel stärker als jene im Oktoberdiplom. Nicht mehr

<sup>31</sup> WALTER, Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 197.

<sup>32</sup> Im Proömium des Februarpatents wird dessen Erlass damit begründet, dass das im Oktoberdiplom beschlossene Recht des Reichsrats und der Landtage zur Mitwirkung an der Gesetzgebung „einer bestimmten Ordnung und Form der Ausübung“ bedürfe, „um in's Werk gesetzt werden zu können“.

<sup>33</sup> So aber BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte 141f.

<sup>34</sup> BÖCKENFÖRDE, Verfassungstyp.

<sup>35</sup> § 12 GG-RV.

die alten Stände begegnen hier, sondern Besitzklassen, und das war etwa vom preußischen Dreiklassenwahlrecht, wie es seit 1850 praktiziert wurde, nicht mehr so weit entfernt.<sup>36</sup> In ähnlicher Weise wurden die Landtage umgeschaffen: Das altständische Gliederungsmuster wurde schwächer; der geistliche Stand verschwand bis auf einige wenige geistliche „Virilisten“, die kraft Amtes in die Landtage kamen.

Wie sieht nun die Kompetenzverteilung im *vertikalen Gewaltenteilungsverhältnis* im GG-RV aus? Dieser Punkt war ja, wie erwähnt, vom Oktoberdiplom nur insoweit geregelt worden, als es um die Kompetenzverteilung zwischen dem Reichsrat und dem ungarischen „Landtag“ gegangen war. Hingegen war das Verhältnis zwischen Reichsrat und den übrigen Landtagen offengelassen und einer späteren Regelung vorbehalten worden. Hierin liegt nun der zweite wesentliche innovative Aspekt des Februarpatents: Es füllte die im Oktoberdiplom bewusst offen gelassene Lücke aus, und zwar in einem entschieden zentralistischen Sinne. In der Tat wurde das Februarpatent insbesondere von föderalistischer Seite als entschiedene Wendung zum Zentralismus wahrgenommen. Warum?

Wir haben dabei nur das Verhältnis zwischen Reichsrat und den *nichtungarischen* Ländern ins Auge zu fassen, denn am Verhältnis Reichsrat – ungarischer Landtag änderte sich mit dem Februarpatent nichts. Ganz neu war aber § 11 des GG-RV: „Gegenstände der Gesetzgebung, welche *allen* Königreichen und Ländern, *mit Ausnahme* der Länder der ungarischen Krone, *gemeinsam* sind, gehören nach dem III. Artikel des Diploms vom 20. October 1860 zum verfassungsmäßigen Wirkungskreise des Reichsrathes ohne Zuziehung der Mitglieder aus den Ländern der ungarischen Krone. Zu diesem *engeren Reichsrathe* gehören demnach, mit Ausnahme der im § 10 GG-RV aufgezählten Angelegenhei-

ten, *alle Gegenstände* der Gesetzgebung, welche *nicht ausdrücklich* durch die Landesordnungen den einzelnen im engeren Reichsrathe vertretenen *Landtagen* vorbehalten sind“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

Gerade in diesem Punkt sieht man besonders deutlich, wie Schmerling und Johann Perthaler höchst angestrengt darum bemüht waren, das Februarpatent als eine sich sozusagen zwangsläufig aus dem Oktoberdiplom ergebende rechtliche Konsequenz erscheinen zu lassen. Denn liest man § 11 des GG-RV unbefangen, dann könnte man meinen, schon Art. III des Oktoberdiploms weise sämtliche „Gegenstände der Gesetzgebung, welche allen Königreichen und Ländern, mit Ausnahme der Länder der ungarischen Krone, gemeinsam sind“, ohne weiteres dem engeren Reichsrat zu. Dies war aber keineswegs der Fall. In dem besagten Art. III des Oktoberdiploms heißt es lediglich, dass angesichts einer schon langjährigen *faktischen* Praxis gemeinsamer Behandlung und Entscheidung in einem engeren Reichsrat auch eine förmliche verfassungsrechtliche Verlagerung von Kompetenzen von den Landtagen auf diesen engeren Reichsrat in Zukunft *möglich* sein soll. Eben diese, als bloße verfassungspolitische Möglichkeit im Oktoberdiplom angedeutete formalrechtliche Verlagerung der Kompetenzen auf den engeren Reichsrat, wurde dann im GG-RV vorgenommen. Und diese Verlagerung fiel nun tatsächlich recht radikal aus, denn es sollten hinfort „*alle Gegenstände* der Gesetzgebung, welche *nicht ausdrücklich* durch die Landesordnungen den einzelnen im engeren Reichsrathe vertretenen *Landtagen* vorbehalten sind“ (Hervorhebungen durch den Verf.), unter die Regelungskompetenz des engeren Reichsrates fallen, abzüglich natürlich jene wenigen Regelungsgegenstände, in denen der weitere Reichsrat zu entscheiden hatte.<sup>37</sup> Und schaut man sich sodann an, was die Lan-

<sup>36</sup> SIMON, Einheitsstaat 1–51.

<sup>37</sup> § 10 GG-RV.



desordnungen für die Landtage an Regelungskompetenzen übrig gelassen hatten, dann ist es leicht verständlich, warum das Februarpatent in der zeitgenössischen Einschätzung sofort das Prädikat „zentralistisch“ verpasst bekam: Zu den „Landesangelegenheiten“ zählen die „Landescultur“, „öffentliche Bauten aus Landesmitteln“ sowie die „aus Landesmitteln dotierten Wohlthätigkeitsanstalten“. Hinzu kommen die „näheren Anordnungen inner den Grenzen der allgemeinen Gesetze in Betreff der Gemeinde- und der Kirchen- und Schulangelegenheiten“.<sup>38</sup> Abgesehen von der Kommunalaufsicht handelt es sich praktisch nur um Bereiche der Leistungsverwaltung.

Die verfassungsgeschichtliche Einordnung des Februarpatents ist bekanntlich immer wieder sehr kontrovers diskutiert worden. Folgt man etwa Wilhelm Brauner, dann hat es keinerlei Konstitutionalisierung bewirkt; es stehe „dem Oktoberdiplom wesentlich näher als der nachfolgenden, tatsächlich konstitutionellen Verfassung 1867“.<sup>39</sup> Vor allem die Einordnung des Patents zwischen den beiden Polen „Föderalismus“ und „Zentralismus“ war umstritten. Die neuere Forschung betont auch in diesem Punkt sehr stark die Kontinuität zwischen Oktoberdiplom und Februarpatent. Das Februarpatent habe, wenn man es an den Regelungen des Oktoberdiploms messe, keine wesentlichen Kompetenzverlagerungen von den Ländern auf den Gesamtstaat mit sich gebracht.<sup>40</sup>

Ob hier tatsächlich das letzte Wort gesprochen ist,<sup>41</sup> scheint mir aber zweifelhaft. Dies schon

deshalb, weil dabei zu wenig das Urteil der Zeit selbst in Betracht gezogen wird. Und dieses Urteil war, jedenfalls aus der Sicht des föderalistischen Lagers, eindeutig: Das Februarpatent war mit seinem zentralistischen Ansatz inakzeptabel. Die bis heute verschiedentlich anzutreffende Gegenüberstellung eines „extrem föderalistischen“ Oktoberdiploms, zu dem das Februarpatent so etwas wie den zentralistischen Kontrapunkt darstelle, beruht also auf einer schon im 19. Jahrhundert verbreiteten Einschätzung der beiden Gesetze im Meinungskampf zwischen „Föderalisten“ und „Zentralisten“.<sup>42</sup> In der Tat hing dem Februarpatent von Anfang an ein „zentralistisches“ Image an, denn es wurde sofort nach seiner Inkraftsetzung auch schon in der zeitgenössischen Kritik mit dem Schlagwort des „Zentralismus“ in Verbindung gebracht<sup>43</sup> und dies hat sich dann in der modernen Verfassungshistoriographie fortgesetzt.<sup>44</sup> Eine historische Analyse des Februarpatents darf dies nicht unberücksichtigt lassen und hat demzufolge zu fragen, was es denn nun genau war, das diese geradezu affektive Ablehnung des Februarpatents von föderalistischer Seite hervorgerufen hat. Klarerweise an erster Stelle ist hier zu nennen: Die Einführung eines gesamtstaatlichen Parlaments im nichtungarischen Reichsteil mit einer umfassenden Regelungskompetenz. Das einzige föderalistische Zugeständnis lag hier im Wahlmodus des Abgeordnetenhauses: Die Abgeordneten wurden durch die Landtage entsendet; dies war im Grunde das einzige ständestaatliche Erbstück, welches das Februarpatent aus

<sup>38</sup> Siehe beispielsweise § 18 Landesordnung Österreich unter der Enns.

<sup>39</sup> BRAUNER, Verfassungsgeschichte 142.

<sup>40</sup> OLECHOWSKI, Oktoberdiplom 66; in diese Richtung auch schon 1955 FELLNER, „Februarpatent“ 50f.; ganz dezidiert auch BRAUNER, Verfassungsgeschichte 144; siehe auch OLECHOWSKI, Oktoberdiplom zum Februarpatent 30, mit weiteren Nachweisen.

<sup>41</sup> So OLECHOWSKI, Oktoberdiplom 156: „Die ältere Lehre, das Oktoberdiplom sei auf Grund seiner föde-

ralistischen Konzeption gescheitert und nur vier Monate später durch das zentralistische Februarpatent ersetzt worden, kann als widerlegt bezeichnet werden“.

<sup>42</sup> Mit treffenden Beispielen MARSCHALL VON BIBERSTEIN, Freiheit in der Unfreiheit 207–213.

<sup>43</sup> SIMON, Ius Publicum 142; REDLICH, Staats- und Reichsproblem 687, spricht vom „zentralistischen Konstitutionalismus“.

<sup>44</sup> OLECHOWSKI, Oktoberdiplom zum Februarpatent 30.

dem Oktoberdiplom übernommen hatte, um den verfassungspolitischen Bruch zwischen den beiden Gesetzen nicht zu scharf hervortreten zu lassen und die Rückwendung zum Konstitutionalismus schonend zu bemänteln. Aber dies änderte nichts daran, dass der neu instituierte „Engere Reichsrat“ mit seiner umfassenden parlamentarischen Regelungsbefugnis für das föderalistische Lager geradezu ein rotes Tuch war. Für den Tiroler Landtag etwa, traditionell ein Hort des konservativ-klerikalen „Föderalismus“, war das Februarpatent schlichtweg ein „Schlachthaus“, in dem der altüberlieferten Tiroler Freiheit, dem „Historischen Staatsrecht“ Tirols, der Garauz gemacht werden sollte.<sup>45</sup>

Man muss bei diesen zeitgenössischen Bewertungen immer im Auge behalten, dass das Februarpatent dabei am Maßstab eines älteren Verständnisses von „Föderalismus“ gemessen wurde, der in der Historiographie verschiedentlich mit dem Terminus eines sog. Kronlandföderalismus bezeichnet wird; dieser stand in enger Verbindung mit der Idee des sog. „Historischen Staatsrechts“.<sup>46</sup> Es handelt sich hier um ein föderales Konzept, das noch am Leitbild eines vormodernen „zusammengesetzten Staates“ und noch nicht an den damals ja erst entstehenden modernen bundesstaatlichen Konzeptionen orientiert war.<sup>47</sup> Ein gesamtstaatliches Parlament stand von vornherein in Widerspruch zur Idee eines „Historischen Staatsrechts“ der Länder, denn dieses war ja letztlich hervorgegangen aus der „zusammengesetzten Staatlichkeit“ der vormodernen Länderunion des Hauses Habsburg, in der es kein „Unionsparlament“ in einem konstitutionellen Sinne geben konnte.<sup>48</sup> Dem „Histo-

rischen Staatsrecht“ war selbst die Vorstellung einer „Generalstän­deversammlung“ fremd, denn dergleichen hatte es in der vormodernen Länderverbindung der Habsburger allenfalls in Ausnahmefällen und allenfalls ansatzweise gegeben, aber jedenfalls niemals als eine feste Institution.

Und dieses Zentralparlament wurde nun im GG-RV mit einer umfassenden Gesetzgebungskompetenz ausgestattet. § 11 des Grundgesetzes statuiert, wie erwähnt, gegenüber Art. III Oktoberdiplom eine Umkehrung der Regelzuständigkeit zuungunsten der Länder.<sup>49</sup> Abzüglich der spärlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder in den Landesordnungen und abzüglich der wenigen Legislativkompetenzen des Weiteren Reichsrats kam dem Engeren Reichsrat in der cisleithanischen Reichshälfte die gesamte Gesetzgebungskompetenz zu, beschränkt nur durch die im Konstitutionalismus durchgehend üblichen Prärogativen der Krone, bei denen es keines förmlichen Parlamentsgesetzes bedurfte. Dass dies auf föderalistischer Seite einen Aufschrei der Empörung hervorrief, kann kaum verwundern – und zwar auch dann nicht, wenn man sich hier nochmals vor Augen führt, dass ja in der Tat streng genommen im GG-RV gar kein Transfer von Gesetzgebungskompetenzen auf den Engeren Reichsrat stattgefunden hatte. Denn wir hatten ja gesehen: Im Oktoberdiplom

---

rer Länder über die Rechte des böhmischen Königreiches zu entscheiden“ befugt wären; dazu SIMON, *Ius Publicum* 143, Fn. 83.

<sup>49</sup> In Art. III des Oktoberdiploms heißt es: „Alle anderen Gegenstände der Gesetzgebung, welche in den vorhergehenden Punkten nicht enthalten sind, werden in und mit den betreffenden *Landtagen* [...] erledigt werden“. Demgegenüber heißt es in § 11 GG-RV 1861: „Zu diesem engeren *Reichsrathe* gehören demnach, mit Ausnahme der im § 10 aufgezählten Angelegenheiten, *alle* Gegenstände der Gesetzgebung, welche nicht ausdrücklich durch die Landesordnungen den einzelnen im engeren Reichsrathe vertretenen *Landtagen* vorbehalten sind“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

<sup>45</sup> SCHÖBER, *Tiroler Landtag 1823–1826*.

<sup>46</sup> Eingehend SIMON, *Restauration* 127–141.

<sup>47</sup> DERS., *Föderalisierung* 260f.

<sup>48</sup> Die ungarische wie die tschechische Nationalbewegung haben demgemäß ein unmittelbar gewähltes gesamtstaatliches Parlament auch grundsätzlich abgelehnt und zwar im Kern mit dem Argument, dass in einem solchen Unionsparlament „die Vertreter ande-

kam den Landtagen noch gar kein Entscheidungsrecht in der Gesetzgebung zu – ja mehr noch: Die „Gesetzgebung“ tritt in diesem Dokument neoständischer Restauration noch gar nicht als selbständige Staatsfunktion in Erscheinung. Insofern war den Landtagen mit dem Februarpatent natürlich auch nichts genommen worden – denn was sie noch gar nicht besaßen, konnte ihnen auch nicht genommen werden. Dennoch erschien das Oktoberdiplom, verglichen mit dem Februarpatent, alsbald nach dem Erlass des letzteren aus föderalistischer Sicht in versöhnlicherem Licht, denn, so hat es Karel Kramár ausgedrückt,<sup>50</sup> mit dem Oktoberdiplom war der Kaiser zumindest noch „auf dem richtigen Weg“ gewesen, der, wäre er konsequent weitergegangen worden, zu einem akzeptablen Ergebnis hätte führen können. Damit war gemeint: Das mit dem Februarpatent neu eingeführte parlamentarische Gesetzgebungsrecht hätte anders verteilt werden müssen: nicht zugunsten eines neu instituierten „Engeren Reichsrates“, sondern zugunsten der Landtage. Mit anderen Worten: Das Oktoberdiplom war noch offen gewesen für eine Weiterentwicklung in Richtung eines föderalen Systems, bei dem sämtliche Regelungskompetenzen bei den Landtagen gelagert gewesen wären, mit Ausnahme der ganz wenigen Kompetenzen, die dem Reichsrat schon gemäß dem Oktoberdiplom zukommen sollten. Eine Differenzierung zwischen „engerem“ und „weiterem Reichsrat“ erübrigt sich in einem solchen System. Und demgemäß war dann auch schon die Institution des „Engeren Reichsrates“ per se der Stein des Anstoßes, der die erbitterte Feindschaft der Föderalisten, nicht zuletzt der tschechischen Nationalbewegung, auf sich gezogen hat. Eine Mitwirkung an einem solchen Machwerk des Zentralismus kam aus solcher Sicht nicht in Frage – für die tschechische Nationalbewegung bekanntlich auch dann nicht, als

man mit dem geänderten GG-RV in der Dezember-Verfassung den zentralistischen Ansatz des Februarpatents abzumildern suchte.<sup>51</sup> Was den Föderalisten vorschwebte, war eine Art konstitutionalisiertes Oktoberdiplom, also ein System mit Regelzuständigkeit der Landtage, die aber selbstverständlich mit einem ordentlichen Gesetzgebungsrecht ausgestattet sein sollten. Eines „engeren Reichsrates“ bedurfte es in einem solchen Konzept nicht. Allerdings gab es hierbei auch keine Differenzierung zwischen Ungarn und den übrigen Ländern: Die wenigen Ausnahmekompetenzen des Reichsrats sollten nach dem föderalistischen Konzept *allen Ländern gleichermaßen* zukommen unter Einschluss der Länder der ungarischen Stephanskrone,<sup>52</sup> wie es im Oktoberdiplom vorgesehen war. Daraus resultiert dann später auch die massive Ablehnung des Ausgleichskonzeptes von Seiten des föderalistischen Lagers.

Aus föderalistischer Sicht war der Zug im Oktoberdiplom also noch nicht abgefahren: Es ließ sich lesen als erster Schritt in das angestrebte föderale System; es bedurfte hierzu nur einer Aufwertung der Landtage zu echten Gesetzgebungsorganen im Sinne des Konstitutionalismus. Im Februarpatent hingegen war der Zug abgefahren – endgültig abgefahren –, aus föderalistischer Sicht genau in die falsche Richtung. Man setzt sich also über die zeitgenössischen Bewertungen von Oktoberdiplom und Februarpatent hinweg, wenn man die Unterschiede zwischen ihnen zu klein schreibt. Aus zeitgenössischer Sicht waren die Unterschiede beträchtlich.

Gleiches gilt für die Frage, wie nahe man mit dem Februarpatent an eine konstitutionelle Monarchie gekommen ist. Selbstverständlich war das Februarpatent noch keine Verfassung im vollen Sinne des Wortes, aber es beinhaltete ein

<sup>50</sup> KRAMÁR, Das böhmische Staatsrecht; dazu PLASCHKA, Das böhmische Staatsrecht 4.

<sup>51</sup> STOURZH, Länderautonomie und Gesamtstaat 53.

<sup>52</sup> OSTERKAMP, Vielfalt ordnen 198.

entscheidendes Kernelement des Konstitutionalismus: eine Gewaltenteilung im klassischen Sinn zwischen einem Parlament als Legislativorgan und der monarchischen Exekutive. Dass hiermit ein entscheidender Schritt Richtung Konstitutionalismus getan war, erhellt schon daraus, dass das GG-RV von 1861 bekanntlich in die Dezember-Verfassung übernommen wurde. In seiner Grundstruktur jedenfalls ist die konstitutionelle Monarchie in Österreich-Cisleithanien, insbesondere die Kompetenzverteilung zwischen monarchischer Exekutive und Parlament sowie zwischen Gesamtstaat und Ländern, im Februarpatent festgeklippt worden.

#### IV.

Die sog. Dezember-Verfassung hat darauf aufgebaut: Sie ergänzte das Februarpatent zu einer Verfassungsordnung im vollen Sinne des Konstitutionalismus, ließ aber das föderale System des Februarpatents in seinen Grundzügen unberührt. Vergleicht man beide miteinander, so zeigen sich hinsichtlich der Kompetenzordnung vor allem zwei nicht unwesentliche Neugewichtungen:

Zum einen, betreffend das Verhältnis von Monarch und Parlament, ein wesentlich stärker eingegrenztes monarchisches Notverordnungsrecht. Während gem. § 13 des ursprünglichen GG-RV von 1861 jede „dringende Maßregel“ per Notverordnung getroffen werden konnte, sobald „der Reichsrat nicht versammelt ist“, mit der geringen Einschränkung, dass dem „nächsten Reichsrat die Gründe und Erfolge der Verfügung darzulegen“ seien, machte § 14 des novellierten GG-RV 1867 den Erlass von Notverordnungen von der Zustimmung des gesamten Ministerrats abhängig, der hierfür die Verantwortung zu übernehmen hatte. Außerdem hatten sie nur „provisorische Gesetzeskraft“, d.h. sie erloschen, „wenn die Regierung unter-

lassen hat, dieselben dem nächsten nach deren Kundmachung zusammentretenden Reichsrathe zur Genehmigung vorzulegen“. Die andere Neugewichtung betraf das Verhältnis zwischen Gesamtstaat und Ländern, nämlich die Verlagerung der Regelzuständigkeit auf die Landtage: Gem. § 12 GG-RV sollten nun alle Gegenstände der Gesetzgebung, welche „dem Reichsrathe nicht ausdrücklich vorbehalten sind“, in den „Wirkungskreis der Landtage“ fallen. Die Bedeutung dieser Verlagerung darf allerdings nicht überschätzt werden, denn der Katalog der Zuständigkeiten, die dem Reichsrat gem. § 11 ausdrücklich vorbehalten blieben, war sehr umfangreich, sodass sich die Kompetenzverteilung zwischen Reichsrat und Landtagen nicht grundlegend änderte.

#### Korrespondenz:

Prof. Dr. Thomas SIMON  
 Universität Wien  
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
 Schottenbastei 10-16 (Juridicum)  
 A-1010 Wien  
 thomas.simon@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0002-3216-7919

#### Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
<http://www.rechtsgeschichte.at/meda/abk.pdf>

#### Literatur:

- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (Hg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1918)* (Köln 1972) 146–170.
- Harm-Hinrich BRANDT, *Der Österreichische Neoabsolutismus. Staatsfinanzen und Politik 1848–1860*, Bd. 2 (Göttingen 1978).
- DERS., Liberalismus in Österreich zwischen Revolution und Großer Depression, in: Dieter LANGE-

- WIESCHE (Hg.), *Liberalismus im 19. Jahrhundert* (Göttingen 1988) 136–160.
- Wilhelm BRAUNEDER, *Die Verfassungsentwicklung in Österreich 1848 bis 1918*, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918*, Bd. VII: *Verfassung und Parlamentarismus*, Teilbd. 1: *Verfassungsrecht, Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativkörperschaften* (HM VII/1) (Wien 2000) 148–150.
- DERS., *Neues vom österreichischen Oktoberdiplom 1860*, in: ZNR 39 (2017) 107–110.
- DERS., *Österreichische Verfassungsgeschichte* (Wien 2009).
- Otto BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter* (Darmstadt 1973).
- Fritz FELLNER, *Das „Februarpatent“ von 1861*, in: MiÖG 63 (1955) 549–564.
- Hans Peter HYE, *Das politische System in der Habsburgermonarchie* (Prag 1998).
- Robert KANN, *Das Nationalitätenproblem der Habsburgermonarchie. Geschichte und Ideengehalt der nationalen Bestrebungen vom Vormärz bis zur Auflösung des Reiches im Jahre 1913*, 2 Bde. (Köln 1964).
- DERS., *Zur Problematik der Nationalitätenfrage in der Habsburgermonarchie. Eine Zusammenfassung*, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918*, Bd. III/2: *Die Völker des Reiches* (Wien 1980) 1304–1338.
- Karel KRAMÁR, *Das böhmische Staatsrecht* (Wien 1896).
- Richard PLASCHKA, *Das böhmische Staatsrecht in tschechischer Sicht*, in: Ernst BIRKE, Kurt OBERDORFER (Hgg.), *Das Böhmisches Staatsrecht in den deutsch-tschechischen Auseinandersetzungen des 19. und 20. Jahrhunderts* (Marburg 1960).
- Hans-Christof KRAUS, *„Selfgovernment“ – Die englische lokale Selbstverwaltung im 18. und 19. Jahrhundert und ihre deutsche Rezeption* (= *Der Staat*, Beiheft 19, Berlin 2010) 213–246.
- Péter LÁZLÓ, *Die Verfassungsentwicklung in Ungarn*, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918*, Bd. VII: *Verfassung und Parlamentarismus*, Teilbd. 1: *Verfassungsrecht, Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativkörperschaften* (HM VII/1) (Wien 2000) 239–320.
- Christoph MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, *Freiheit in der Unfreiheit. Die nationale Autonomie der Polen in Galizien nach dem österreichisch-ungarischen Ausgleich von 1867* (= *Studien der Forschungsstelle Ostmitteleuropa an der Universität Dortmund* 11, Wiesbaden 1993) 207–213.
- Thomas OLECHOWSKI, *Das Oktoberdiplom 1860. Ende des Neo-Absolutismus und Wiederauferstehung des Föderalismus in Österreich*, in: *Jogtörténeti Tanulmányok* (Essays on Legal History) 10 (2010) 149–159.
- DERS., *Vom Oktoberdiplom zum Februarpatent*, in: Willibald ROSNER, Reinelede MOTZ-LINHART (Hgg.), *1861 und die Folgen. Region und Parlamentarismus* (= *Studien und Forschungen aus dem Niederösterreichischen Institut für Landeskunde* 56, St. Pölten 2013) 22–35.
- Jana OSTERKAMP, *Vielfalt ordnen. Das föderale Europa der Habsburgermonarchie* (München 2020) 176–180.
- Christine OTTNER, *Nähe und Distanz: Das „landschaftliche Sanitätswesen“ in Niederösterreich zwischen Ständen und Landesfürst (1580–1820)*, in: Gerhard AMMERER u.a., *Bündnispartner und Konkurrenten der Landesfürsten? Die Stände in der Habsburgermonarchie* (Wien–München 2007) 268–284.
- Josef REDLICH, *Das österreichische Staats- und Reichsproblem*, Bd. 1 (Leipzig 1920).
- Ilse REITER, *Texte zur österreichischen Verfassungsentwicklung 1848–1955* (Wien 1997).
- Georg SCHMITZ, *Organe und Arbeitsweise, Strukturen und Leistungen der Landesvertretungen*, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918*, Bd. VII: *Verfassung und Parlamentarismus*, Teilbd. 2: *Die regionalen Repräsentativkörperschaften* (HM VII/2), (Wien 2000) 1353–1544.
- Richard SCHOBER, *Der Tiroler Landtag*, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), *Die Habsburgermonarchie 1848–1918*, Bd. VII: *Verfassung und Parlamentarismus*, Teilbd. 1: *Verfassungsrecht, Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativkörperschaften* (HM VII/1) (Wien 2000) 1821–1854.
- Thomas SIMON, *Die Föderalisierung des Kaisertums Österreich nach 1860 und der Gedanke der Selbstverwaltung*, in: Helmut NEUHAUS (Hg.), *Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 10. bis 12. März 2008* (= *Der Staat*, Beiheft 19, Berlin 2010) 257–283.
- DERS., *Die Restauration der Länder nach dem Februarpatent 1861: Föderalisierung zwischen „traditionellem Kronlandföderalismus“ und „Self-Government“* (= *Studien und Forschungen aus dem Niederösterreichischen Institut für Landeskunde* 56, St. Pölten 2013) 127–141.
- DERS., *„Ius Publicum“ im 19. Jahrhundert: Die Bedeutung des historischen Staatsrechts und des staats-*

- rechtlichen Arguments in den Ländern der Habsburger Monarchie, in: *Právněhistorické studie* 46/2, Univerzita Karlova/Nakladatelství Karolinum (2017) 127–151.
- DERS., Vom zusammengesetzten Staat zum dezentralisierten Einheitsstaat. Dezentralisierung und (Provinzial-)Landtage in Preußen und Österreich-Cisleithanien (= *Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte* NF 29, Berlin 2019) 1–51.
- Gerald STOURZH, Die österreichische Dezemberverfassung von 1867; in: DERS. (Hg.), *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates* (Wien–Köln 1989) 239–258.
- DERS., *Länderautonomie und Gesamtstaat in Österreich 1848–1918* (= *Studien zu Politik und Verwaltung* 99, Köln–Graz 2011) 37–67.
- Friedrich WALTER, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte von 1500–1955* (Wien–Köln–Graz 1972).

Christoph SCHMETTERER, Halle a.d. Saale

## Reichsgesetz und Landesgesetz Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der altösterreichischen Kompetenzverteilung

### *Imperial Law and State Law*

#### *The Old Austrian Distribution of Competences and its Academic Treatment*

*Until 1918, the distribution of competences in the Western part of the Habsburg Empire (Cisleithania, Austria) was based on constitutional acts from 1861 and 1867. The distribution of competences in the 'February patent' of 1861 was clear-cut (at least in theory), but there was no procedure to change it. Nevertheless, it was changed when the December Constitution was enacted in 1867.*

*In practice, there were two – closely linked – problems with the distribution of competences. On the one hand, it was not always clear whether the central parliament ('Reichsrat') or the diets ('Landtage') were competent. On the other hand, there was no instance to decide such questions of uncertain competences.*

*Georg Jellinek and Hans Kelsen published detailed studies on these problems. Jellinek suggested establishing a constitutional court to decide uncertain competences. Kelsen analyzed the situation in greater detail than any other author, but made no suggestions as to how to solve the problems. His analysis was, however, important for the development of his pure theory of law and for his work on the federal constitution of 1920.*

**Keywords:** *distribution of competences – Cisleithania – December Constitution – February Patent – Georg Jellinek – Hans Kelsen*

### I. Struktur und Probleme der Kompetenzverteilung

Die österreichische Reichshälfte der Doppelmonarchie wurde trotz der langen Tradition der einzelnen Kronländer von der zeitgenössischen Staatsrechtslehre als Einheitsstaat verstanden, wenn auch als dezentralisierter.<sup>1</sup> Die Dezentralisierung des Staates wurde insbesondere daran deutlich, dass die Gesetzgebung in Reichs- und Landesgesetzen aufgeteilt war.<sup>2</sup>

Die Reichs- und Landesverfassungen enthielten zwar eine Kompetenzverteilung zwischen Reichs- und Landesgesetzen; das Verhältnis der verschiedenen Arten von Gesetzen zueinander war verfassungsrechtlich hingegen nicht ausdrücklich geregelt. Daraus leitete die ganz unbestrittene Lehre ab, dass Reichs- und Landesgesetze gleichrangig waren.<sup>3</sup> Diese Gleichrangigkeit führte paradoxerweise dazu, dass Landesgesetze im dezentralen Einheitsstaat Österreich „stärker“ waren, als typischerweise in Bundesstaaten.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Z.B. ULBRICH, Lehrbuch 300f.

<sup>2</sup> Die Reichsgesetzgebung war im GG-RV (RGBl. 20/1861, 1867 novelliert durch RGBl. 141/1867) geregelt, die Landesgesetzgebung in den Landesordnungen (RGBl. 20/1861).

<sup>3</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 65–68.

<sup>4</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 32.

Der Grund für die Gleichrangigkeit lag also zunächst schlichtweg darin, dass es keine andere positiv-rechtliche Regelung gab. Die Gleichrangigkeit passte aber auch gut zur damals herrschenden Lehre von der konstitutionellen Gesetzgebung, die der deutsche Staatsrechtler Paul Laband ausformuliert hatte.

Nach Labands Lehre war nämlich auch in der konstitutionellen Monarchie der Monarch der alleinige Gesetzgeber, auch wenn er anders als in der absoluten Monarchie ohne Parlament keine Gesetze erlassen konnte. Laband unterschied in der konstitutionellen Gesetzgebung strikt zwischen der Bestimmung des Gesetzesinhalts einerseits und der Zuerkennung der Verbindlichkeit dieses Inhalts andererseits. Ersteres, und nur ersteres war nach Labands Auffassung in konstitutionellen Monarchien Aufgabe des Parlaments. Zweiteres – in Labands Terminologie der Gesetzesbefehl – war hingegen weiterhin ausschließlich Sache des Monarchen.<sup>5</sup>

Diese Lehre vom Monarchen als alleinigem Gesetzgeber in der konstitutionellen Monarchie war auch in Österreich bis zum Ende der Monarchie herrschend.<sup>6</sup> Dem entsprach die Promulgationsformel, in der der Kaiser erklärte: „Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen wie folgt:“ bzw. „Über Antrag des Landtages [...] finde ich anzuordnen, wie folgt: [...]“

Ab 1861 erließ der Kaiser auch die Landesgesetze als Kaiser und nicht etwa niederösterreichische Landesgesetze als Erzherzog von Österreich oder Tiroler Landesgesetze als gefürsteter Graf von Tirol.<sup>7</sup> Der Gesetzgeber war aus der

Perspektive der zeitgenössischen Lehre also bei Reichs- und Landesgesetzen derselbe, nämlich der Kaiser. Er war nur bei Reichs- und Landesgesetzen an Vorschläge anderer Parlamente gebunden – an die des Reichsrats bei Reichsgesetzen<sup>8</sup> und an die des jeweiligen Landtags bei Landesgesetzen.<sup>9</sup>

Die Auffassung vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber war für die zeitgenössische Lehre ein Grund mehr für die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen. Schließlich waren beide Ausdruck desselben und unteilbaren kaiserlichen Willens.<sup>10</sup>

Aus der Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen ergab sich nun, dass Reichsgesetze ihnen widersprechenden Landesgesetzen nicht wegen ihrer Qualität als zentralstaatliche Gesetze derogieren oder sie verdrängen konnten – wie es für Bundesstaaten typisch ist. Genauso wenig konnten Landesgesetze wegen ihrer Qualität als Gesetze einzelner Kronländer Reichsgesetzen derogieren oder sie suspendieren.<sup>11</sup>

Daher stellte sich die Frage, wie mit Reichsgesetzen, die Landesgesetzen widersprachen oder dem umgekehrten Fall umzugehen war. Die altösterreichische Lehre und Praxis wendeten auf diese Konstellation praktisch einhellig die Regel *lex posterior derogat legi priori* an.<sup>12</sup>

Gerade wegen der Eigenheiten der altösterreichischen Kompetenzverteilung waren derartige Konflikte möglich, ja sogar wahrscheinlich. Die altösterreichische Kompetenzverteilung war in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zunächst bestand sie aus zwei unterschiedlichen historischen Rechtsschichten, die nur unzureichend aufeinander abgestimmt waren, nämlich einerseits den Regelun-

<sup>5</sup> LABAND, Staatsrecht 490–492.

<sup>6</sup> SCHMETTERER, Kaiser als Gesetzgeber 388 m.w.N.; erst in den letzten Jahren der Monarchie wurde diese Lehre vereinzelt angezweifelt: LUKAS, Stellung des Parlaments 111–225; KELSEN, Hauptprobleme 413.

<sup>7</sup> Dementsprechend war auch in den Landesordnungen konsequent und ausschließlich die Rede vom Kaiser.

<sup>8</sup> § 12 GG-RV 1861, § 13 GG-RV i.d.F. 1867.

<sup>9</sup> § 17 der Landesordnungen.

<sup>10</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 31.

<sup>11</sup> Zur Terminologie WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 51–55.

<sup>12</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 64 mit ausführlichen Belegen.



gen der Februarpatents 1861 und andererseits jenen der Dezemberverfassung 1867.

Im System des Februarpatents wurden die Kompetenzen der Landtage in den Landesordnungen taxativ aufgezählt,<sup>13</sup> und für alle Angelegenheiten, die keine Zuständigkeit der Landtage waren, war der Reichsrat zuständig.<sup>14</sup> Mit der Dezemberverfassung sollte dieses System „umgedreht“ werden. Nun waren die Kompetenzen im novellierten GG-RV aufgezählt, und eine Generalklausel im selben Gesetz bestimmte, dass die Landtage für alle anderen Angelegenheiten zuständig sein sollten.<sup>15</sup>

Die Landesordnungen von 1861 wurden aber nicht angepasst, sodass dort die Kompetenzen der Landtage weiterhin taxativ aufgezählt waren. Die Dezemberverfassung von 1867 enthielt also eine andere Kompetenzverteilung als die unveränderten Landesordnungen von 1861. Noch dazu waren die Kompetenzbestimmungen der Dezemberverfassung auch für sich genommen keineswegs eindeutig. § 11 GG-RV i.d.F. 1867 lautete: „Der Wirkungskreis des Reichsrathes umfaßt alle Angelegenheiten, welche sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, die allen im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich sind, in soferne dieselben nicht in Folge der Vereinbarung mit den Ländern der ungarischen Krone zwischen diesen und den übrigen Ländern der Monarchie gemeinsam zu behandeln sein werden. Es gehören daher zum Wirkungskreise des Reichsrathes: [Aufzählung]“

Der erste Satz implizierte ein abstraktes, wenn auch sehr schwammiges Kriterium für die Zuständigkeit des Reichsrats, nämlich die gemeinsamen Rechte, Pflichten und Interessen aller cisleithanischen Länder. Dann folgte eine Auflistung konkreter Zuständigkeiten des Reichsrats.

<sup>13</sup> § 18 der Landesordnungen.

<sup>14</sup> § 1 Abs. 2 GG-RV 1861.

<sup>15</sup> §§ 11, 12 GG-RV i.d.F. 1867; zur Gesetzgebungsgeschichte: PAAR, Gesetzgebung 57–77, 122–127.

Durch das Wort „daher“ wurde deutlich gemacht, dass diese Aufzählung die konkrete Umsetzung des abstrakten Kriteriums des Einleitungssatzes sein sollte.

Unklar blieb aber, ob diese Aufzählung taxativ oder demonstrativ sein sollte. Anders gesagt: In wessen Zuständigkeit sollten Angelegenheiten fallen, die sich auf Rechte, Pflichten und Interessen aller Länder bezogen, aber nicht in der konkreten Aufzählung genannt waren. Die Aufzählung des § 11 wurde in § 12 durch folgende Generalklausel zugunsten der Landtage ergänzt: „Alle übrigen Gegenstände der Gesetzgebung, welche in diesem Gesetze dem Reichsrathe nicht ausdrücklich vorbehalten sind, gehören in den Wirkungskreis der Landtage der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder und werden in und mit diesen Landtagen verfassungsmäßig erledigt.“

Allerdings wurde auch durch diese Generalklausel nicht geklärt, ob die Aufzählung des § 11 taxativ oder demonstrativ war. Es war nämlich unklar, worauf sich die Wendung „alle übrigen Gegenstände“ bezog. Sie konnte sich auf den Einleitungssatz des § 11 beziehen und damit alles ausschließen, was sich auf Rechte, Pflichten und Interessen aller Kronländer bezog. Dann wäre die Aufzählung des § 11 demonstrativ gewesen. Die Wendung konnte sich aber auch auf die konkrete Aufzählung des § 11 beziehen, die dann taxativ gewesen wäre. Dass § 12 unmittelbar auf die Aufzählung des § 11 folgte, mochte in diese Richtung deuten, aber der Einleitungssatz des § 11 wäre dann nur eine entbehrliche Erläuterung ohne normativen Inhalt gewesen.

In der Monarchie wurde die Aufzählung des § 11 wohl eher als taxativ verstanden. Das Problem war aber, dass es Bereiche gab, deren Regelung durch Reichsgesetz zwar für nötig und sinnvoll gehalten wurde, die aber schlichtweg nicht in der Aufzählung des § 11 enthalten waren. Hier behalf man sich mit einer extensiven Auslegung der einzelnen Unterpunkte des § 11

oder griff doch auf den Einleitungssatz dieser Bestimmung zurück.<sup>16</sup>

Unabhängig vom Charakter der Aufzählung des § 11 GG-RV i.d.F. 1867 gab es zahlreiche Bereiche, in denen eine genaue Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung kaum gezogen werden konnte. § 11 lit. k besagte etwa, dass „die Zivilrechtsgesetzgebung“ Sache des Reichsrats war, allerdings „mit Ausschluss der Gesetzgebung über [...] solche Gegenstände, welche auf Grund der Landesordnungen [...] in den Wirkungskreis der Landtage gehören.“

Die Landtage waren unter anderem für die Landeskultur zuständig. Jellinek wies darauf hin, dass es daher viele Bereiche gab, für die die Kompetenz von Reichsrat und Landtagen in Anspruch genommen werden konnte; vom Reichsrat, weil er grundsätzlich für das Zivilrecht zuständig war, von den Landtagen, weil ein Bezug zur Landeskultur bestand. Als Beispiele nannte Jellinek Liegenschaftspfand- und Erbrecht.<sup>17</sup> Konkurrierende Kompetenzen waren in der altösterreichischen Verfassung aber nicht vorgesehen.<sup>18</sup>

Besonders unklar war die Kompetenzverteilung auch in Bezug auf Gemeindeangelegenheiten. Seit 1867 waren sie Landessache.<sup>19</sup> Das umfasste

auch das Armenwesen, während das Heimatrecht Reichssache war. Wegen der für die Monarchie so typischen Verknüpfung des Armenwesens mit dem Heimatrecht war es hier kaum möglich, die Zuständigkeit des Reichsrats klar von jener der Landtage zu trennen.<sup>20</sup> Besondere Probleme bereiteten auch jene Bereiche, in denen die materielle Regelung den Landtagen übertragen war, die Finanzierung aber vom Reichsrat geregelt werden sollte – so z.B. das nicht universitäre Hochschulwesen.<sup>21</sup>

Es gibt wohl keine Kompetenzverteilung ohne solche Bereiche, in denen die genaue Abgrenzung der Zuständigkeiten schwierig ist. In der altösterreichischen Kompetenzverteilung waren die unklaren und ungeschickten Regelungen allerdings besonders zahlreich, und durch zwei strukturelle Eigenheiten der Dezemberverfassung waren sie auch besonders problematisch. Diese beiden Eigenheiten waren einerseits die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen und andererseits das Fehlen einer Kontrollinstanz.

Das Februarpatent hatte noch eine Instanz zur Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten vorgesehen. § 11 letzter Absatz des GG-RV lautete in der Stammfassung nämlich: „Bei vorkommenden Zweifeln rücksichtlich der Kompetenz des engeren Reichsrathes in gemeinsamen Gesetzgebungsangelegenheiten gegenüber der Kompetenz eines einzelnen, im engeren Reichsrathe vertretenen Landtages, entscheidet auf Antrag des engeren Reichsrathes der Kaiser.“

Diese Bestimmung wurde bei der Novellierung des GG-RV aber ersatzlos gestrichen.<sup>22</sup> Nunmehr konnte nicht einmal der Kaiser Kompetenzstreitigkeiten zwischen Reichsrat und Landtagen entscheiden – zumindest nicht explizit. Implizit

<sup>16</sup> TEZNER, Volksvertretung 245–248 nennt als Beispiel das Gesetz über Eisenbahnbücher (RGBl. 70/1874), das seiner Meinung nach von der Aufzählung des § 11 nicht erfasst war und daher nur aufgrund des Einleitungssatzes Reichssache sein konnte.

<sup>17</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 39–41; dazu auch: PERNTHALER, Zivilrechtswesen 54–59.

<sup>18</sup> Auch die lex Starczyński von 1907 war in der Monarchie keine Ausnahme von diesem Grundsatz; siehe dazu WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 136–140.

<sup>19</sup> Im System des Februarpatents war die Grundsatzgesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten noch Reichskompetenz gewesen, und nur die Ausführungsgesetzgebung Landessache (§ 18 Abs. II Z. 1 der Landesordnungen); auf dieser Basis wurde 1862 das Reichsgemeindengesetz erlassen (RGBl. 18/1862); 1867 wurde aber die Kompetenz zur Regelung von Gemeindeangelegenheiten ganz auf die Landesgesetz-

gebung übertragen, weil sie in § 11 GG-RV i.d.F. 1867 nicht mehr genannt war.

<sup>20</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 41–43.

<sup>21</sup> Ebd. 43f.

<sup>22</sup> SCHMETTERER, Kompetenzverteilung 202.

konnte er Fragen der Kompetenz bei seiner Entscheidung über die Sanktion weiterhin berücksichtigen und die Sanktion von Gesetzen ablehnen, die seiner Meinung nach der Kompetenzverteilung widersprachen. Freilich war der Kaiser – schon allein wegen seiner Unverantwortlichkeit – nicht verpflichtet, kompetenzwidrigen Gesetzen die Sanktion zu verweigern.<sup>23</sup>

Sobald ein Gesetz aber sanktioniert und publiziert war, bestand überhaupt keine Möglichkeit mehr, eine allfällige Kompetenzwidrigkeit aufzugreifen. Art. 7 1. Satz StGG-RG bestimmte nämlich: „Die Prüfung der Giltigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“ Das bedeutete, dass die Kompetenzverteilung im Ergebnis durch kompetenzwidrige Gesetze verschoben werden konnte. Das allein war noch kein Spezifikum der altösterreichischen Kompetenzverteilung, sondern gilt für alle Verfassungsordnungen ohne entsprechende Kontrollinstanz. Die fehlende Kontrollinstanz in Kombination mit der Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen führte in Cisleithanien aber zu einer besonders unübersichtlichen Situation.

Diese Gleichrangigkeit führte in Verbindung mit der lex posterior-Regel nämlich dazu, dass die Kompetenzgrenzen sowohl durch (einfache) Reichs- als auch durch (einfache) Landesgesetze verschoben werden konnten. Das bedeutete, dass kompetenzrechtliche „Ping-Pong“-Situationen zwischen Reichsrat und einem Landtag entstehen konnten. Vor allem aber bedeutete es, dass es keine einheitliche Zuständigkeitsgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung gab. Vielmehr konnte es von Kronland zu Kronland unterschiedlich sein, ob eine bestimmte Angelegenheit durch Reichs- oder Landesgesetz geregelt war.

Wenn die Reichsgesetzgebung eine Zuständigkeit in Anspruch nahm, die nach der Verfassung den Landtagen zustand, führte das wenigstens zu einer einheitlichen Verschiebung der Zuständigkeit in ganz Cisleithanien. Wenn aber ein Landesgesetz eines einzelnen Kronlandes einen Gegenstand regelte, für den der Landtag nicht zuständig war, verschob das die Zuständigkeitsgrenze nur in diesem Land.

Die Kompetenzverteilung der Dezemberverfassung war also legislativ unzureichend und führte zu einer unübersichtlichen Zuständigkeitssituation. Das galt im Übrigen nicht nur für die Kompetenzverteilung innerhalb Cisleithaniens, sondern auch für die Zuständigkeit zur Gesetzgebung in den gemeinsamen Angelegenheiten Österreich-Ungarns. Auch hier wurden in der Dezemberverfassung Regelungen getroffen, die auf korrespondierende Regelungen – hier des ungarischen Ausgleichsgesetzes – keine Rücksicht nahmen.<sup>24</sup>

Edmund Bernatziks bitteres Bonmot, er unterrichte nicht österreichisches Verfassungsrecht, sondern die Lücken des österreichischen Verfassungsrechts,<sup>25</sup> galt für die Kompetenzverteilung also ganz besonders. Gerade die Probleme der altösterreichischen Kompetenzverteilung stimulierten aber auch die österreichische Staatsrechtswissenschaft, und deren Überlegungen zu diesem Thema waren für die weitere Entwicklung sowohl des positiven Rechts als auch der Rechtstheorie sehr wichtig.

Im Folgenden werden die beiden bedeutendsten wissenschaftlichen Auseinandersetzungen mit der altösterreichischen Kompetenzverteilung untersucht, die noch dazu von den beiden bedeutendsten österreichischen Staatsrechtlern des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts stammen. „Ein Verfassungsgerichtshof für Öster-

<sup>23</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 19; KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 246; WEYR, Rahmengesetze 36–43.

<sup>24</sup> BERNATZIK, Verfassungsgesetze 408f.

<sup>25</sup> KELSEN, Autobiographie 37.

reich“ von Georg Jellinek und „Reichsgesetz und Landesgesetz“ von Hans Kelsen.<sup>26</sup>

## II. Georg Jellinek

1885 veröffentlichte Georg Jellinek eine 70-seitige Schrift mit dem Titel „Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich“.<sup>27</sup> Darin konstatierte er zunächst, dass die konstitutionellen Verfassungen seiner Zeit Vorkehrungen gegen Verletzungen der Verfassung durch die Verwaltung enthielten. Dann warf Jellinek die Frage auf, ob auch Parlamente gegen die Verfassung verstoßen konnten. Er bejahte sie und erklärte dann, dass es in Österreich vor dem Hintergrund des besonders unruhigen parlamentarischen Lebens noch wichtiger als in anderen Staaten sei, institutionellen Schutz vor dem parlamentarischen Unrecht zu schaffen.<sup>28</sup>

In weiterer Folge führte Jellinek aus, dass die Parlamente in der österreichischen Verfassung auch bestimmte richterliche Funktionen übernahmen, nämlich die Entscheidung über die Gültigkeit von Wahlen und über Kompetenzkonflikte – einerseits zwischen Verfassungs- und einfacher Gesetzgebung und andererseits zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung.<sup>29</sup>

Mit der Forderung, die Wahlprüfung einem Gericht zu übertragen, nahm Jellinek zwar eine spätere Zuständigkeit des VfGH vorweg; für das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzen war

diese Forderung aber irrelevant, weshalb sie im Folgenden außer Betracht bleibt.<sup>30</sup>

Zur Unterscheidung von einfachen und Verfassungsgesetzen hielt Jellinek zunächst fest, dass diese Unterscheidung in allen konstitutionellen Staaten außer Großbritannien durch erhöhte Zustimmungserfordernisse für Verfassungsgesetze gemacht wurde. Gerade für die österreichischen Verhältnisse hielt er das für besonders wichtig; wegen der schroffen nationalen Gegensätze war die Zweidrittelmehrheit für Verfassungsänderungen seiner Meinung nach die wichtigste Garantie für eine gewisse Stabilität der österreichischen Verfassung.<sup>31</sup>

Dann erläuterte Jellinek, dass nach der Dezemberverfassung von den Parlamenten selbst entschieden wurde, ob ein Gesetz ein einfaches oder ein Verfassungsgesetz war. Konkret entschied das der Präsident des jeweiligen Hauses bzw. wenn dessen Entscheidung nicht akzeptiert wurde, die einfache Mehrheit.<sup>32</sup>

Somit konnte es dazu kommen, dass Gesetze, die die Verfassung änderten und daher mit qualifizierter Mehrheit hätten beschlossen werden müssen, tatsächlich nur mit einfacher Mehrheit beschlossen wurden. Das konnte dann geschehen, wenn sich die einfachen Mehrheiten beider Häuser und dessen Präsidenten einig waren, dass eine Gesetzesvorlage mit einfacher Mehrheit beschlossen werden konnte, und der Kaiser dann die Beschlüsse sanktionierte.

Die überstimmte Minderheit hatte keinerlei rechtliche Möglichkeit, gegen die Entscheidung von Präsident und Mehrheit vorzugehen – auch bei offenkundigen Eingriffen in die Verfassung. Wenn derartige Gesetzesbeschlüsse dann auch noch vom Kaiser sanktioniert und ordnungsgemäß publiziert wurden, konnte überhaupt nicht mehr überprüft werden, ob sie der Dezember-

<sup>26</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof; KELSEN, Reichs- und Landesgesetz; zu Jellinek: PAULSON, SCHULTE, Jellinek; zu Kelsen: OLECHOWSKI, Kelsen; zum Verhältnis der beiden: ebd. 101–111; DERS., Von Jellinek zu Kelsen.

<sup>27</sup> Dazu: HELLER, Verfassungsgerichtshof 127–135; KERSTEN, Mehrheit und Minderheit 224–231; NOLL, Jellinek's Forderung; STOURZH, Verfassung und Verfassungswirklichkeit; WYDUCKEL, Jellineks Beitrag.

<sup>28</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 1–6.

<sup>29</sup> Ebd. 7–9.

<sup>30</sup> Ebd. 10–17.

<sup>31</sup> Ebd. 17f.

<sup>32</sup> Ebd. 19f.; Beispiele für Streitfälle: ebd. 20f.

verfassung entsprachen oder nicht – weil Art. 7 StGG-RiG Gesetze der richterlichen Prüfung entzogen.

Für Jellinek war dieser Zustand unbefriedigend, aber ein Gesetzesprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte war für ihn nicht die Lösung – offenbar hatte er prinzipielle Bedenken gegen eine richterliche Prüfung bereits erlassener Gesetze. Stattdessen schlug er eine Möglichkeit vor, während des Gesetzgebungsprozesses vorab von einem Gericht prüfen zu lassen, ob bestimmte Vorlagen als einfache oder als Verfassungsgesetze beschlossen werden mussten.<sup>33</sup>

Seine Überlegungen zur Kompetenzverteilung zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung leitete Jellinek mit der Feststellung ein, dass sie zu „den eigenthümlichsten und verwickeltsten Partien des österreichischen Staatsrechts“ gehörten.<sup>34</sup> Danach gab er einen Überblick über die Entwicklung der Kompetenzverteilung bis zur Dezemberverfassung.<sup>35</sup>

Jellinek folgte der damals herrschenden Lehre vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber und sah darin einen wesentlichen Grund für die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen. Nach der Feststellung, dass Reichs- und Landesgesetze im Deutschen Reich von unterschiedlichen Gesetzgebern erlassen wurden (dem Bundesrat bzw. den einzelnen Bundesfürsten) hielt er fest: „Es ist immer derselbe Kaiser, der im Reiche mit Zustimmung des Reichsrathes, im Lande mit Zustimmung der Landesvertretung die Gesetze erlässt. Ueberall ist es der Eine kaiserliche Wille, der den Gesetzen die Sanction verleiht, auf dessen Befehl das Gesetz publiciert wird und somit Rechtskraft erlangt. [...] In Oesterreich steht [...] dem kaiserlichen Willen im Reiche der kaiserliche Wille im Lande gegen-

über. Ein Conflict des kaiserlichen Willens mit sich selber ist aber nicht denkbar.“<sup>36</sup>

Danach erörterte Jellinek die konkreten Probleme der österreichischen Kompetenzverteilung.<sup>37</sup> Die beste Lösung dieser Probleme wäre für Jellinek eine neue, bessere Kompetenzverteilung mit einer Generalklausel zugunsten der Reichsgesetzgebung und einem Vorrang der Reichsgesetze gewesen. Ihm war aber klar, dass das politisch nicht durchsetzbar war.<sup>38</sup>

Zur Entschärfung dieser Probleme schien ihm aber auch die Möglichkeit einer Gerichtsentscheidung schon im Gesetzgebungsverfahren geeignet. Konkret schlug er vor, dass die Regierung, eine Minderheit von Reichsratsabgeordneten und eine Minderheit von Abgeordneten eines Landtags das Kompetenzgericht anrufen können sollten. Das Kompetenzgericht sollte keine neue Institution sein.<sup>39</sup> Stattdessen empfahl Jellinek, die Kompetenzen des Reichsgerichts entsprechend zu erweitern.<sup>40</sup>

Jellineks Vorschläge waren in manchen Details unausgegoren (etwa bei der konkreten Ausgestaltung der Antragslegitimation) und wurden so auch nie umgesetzt. Sie beruhten aber auf einer fundierten Analyse der Probleme der altösterreichischen Kompetenzverteilung und hätten diese Probleme zweifelsohne deutlich entschärfen können.

Vor allem aber thematisierte Jellinek hier mögliche Kompetenzfelder eines Verfassungsgerichtshofs, die jenem der Republik 1919/20 dann tatsächlich zugeordnet wurden.<sup>41</sup> Der republikanische VfGH wurde 1920 zum Wahlgerichtshof<sup>42</sup> und kann seither auch Gesetze auf ihre Verfas-

<sup>33</sup> Ebd. 22–26.

<sup>34</sup> Ebd. 27.

<sup>35</sup> Ebd. 27–29.

<sup>36</sup> Ebd. 32.

<sup>37</sup> Ebd. 33–45.

<sup>38</sup> Ebd. 45f.

<sup>39</sup> Ebd. 48–51.

<sup>40</sup> Ebd. 54.

<sup>41</sup> HELLER, Verfassungsgerichtshof 133.

<sup>42</sup> Art. 141 B-VG; eine Vorstufe war der 1919 eingeführte Wahlgerichtshof (BGBl. 90/1919).

sungsmäßigkeit prüfen.<sup>43</sup> Damit kann der VfGH prüfen, ob bestimmte Inhalte ein Verfassungsgesetz erfordern und ob einfache Gesetze der Kompetenzverteilung entsprechen.<sup>44</sup> Diese Befugnisse des VfGH wurden allerdings nicht in das Gesetzgebungsverfahren integriert, wie von Jellinek vorgeschlagen;<sup>45</sup> vielmehr kann der VfGH als einzige Instanz das tun, was allen Gerichten der Monarchie verwehrt gewesen war: ordnungsgemäß publizierte Gesetze prüfen.

### III. Hans Kelsen

Die mit Abstand ausführlichste wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Kompetenzverteilung Cisleithaniens wurde im letzten Friedensjahr der Monarchie publiziert: Hans Kelsens Aufsatz „Reichsgesetz und Landesgesetz“.<sup>46</sup>

Zu Beginn seines Aufsatzes referierte Kelsen die wesentlichen Punkte der damals herrschenden Lehre: Gleichrangigkeit von Reichs- und Lan-

desgesetzen, Anwendung der lex posterior-Regel auf Widersprüche zwischen ihnen, und der Kaiser als alleiniger Gesetzgeber der Reichs- und der Landesgesetze.<sup>47</sup>

Die lex posterior-Regel war für ihn aber als rechtslogisches Prinzip nur innerhalb eines einheitlichen Normensystems anzuwenden. Reichs- und Landesgesetze waren seiner Meinung nach aber kein einheitliches Normensystem, weil sie von unterschiedlichen Autoritäten stammten (einmal Kaiser und Reichsrat und einmal Kaiser und Landtag) und nicht durch eine Form der Über- oder Unterordnung koordiniert waren. Daraus folgerte er, dass die lex posterior-Regel als rechtslogisches Prinzip nicht auf das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz anwendbar war. Nur bei Normierung im positiven Recht wäre sie seiner Meinung nach anwendbar gewesen.<sup>48</sup>

In weiterer Folge warf Kelsen die Frage auf, was denn der juristische Ausgangspunkt für die Beurteilung des Verhältnisses von Reichs- und Landesgesetz sein sollte. Das war für ihn eine politische, keine juristische Frage.<sup>49</sup> Er begann seine Überlegungen dazu mit der Kompetenzverteilung des Oktoberdiploms, die hier aber außer Betracht bleibt, zumal Kelsen selbst erläuterte, dass das nachfolgende Februarpatent aus Sicht des Oktoberdiploms ungültig war, weil es nicht in der im Oktoberdiplom für die Gesetzgebung vorgesehenen Form zustande gekommen war.<sup>50</sup>

Zum Februarpatent führte er aus, dass Reichs- und Landesgesetze gleichrangig und jeweils auch höchstrangig waren; beiden Gesetzgebern kam die Kompetenz-Kompetenz für sich selbst zu. Daraus leitete Kelsen ab, dass das Februarpatent keine einheitliche Rechtsordnung und

<sup>43</sup> Art. 140 B-VG; eine Vorstufe gab es bereits in Art. 15 des Gesetzes über die Volksvertretung von 1919 (BGBl. 179/1919).

<sup>44</sup> Dass die Kompetenzwidrigkeit der Ausgangspunkt für die Prüfung der Verfassungswidrigkeit war, zeigt schon die Formulierung der Stammfassung des Art. 140 Abs. 1 B-VG: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auf Antrag der Bundesregierung, über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung, sofern aber ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bilden soll, von Amts wegen.“ Aus der Antragslegitimation (Bundesregierung bei Landesgesetzen, Landesregierungen bei Bundesgesetzen) ergibt sich deutlich, dass hier primär an kompetenzwidrige Gesetze gedacht war.

<sup>45</sup> 1925 erhielt der VfGH durch Art. 138 Abs. 2 B-VG auch die Möglichkeit einer präventiven Kompetenzprüfung, die allerdings eine vergleichsweise geringe Rolle spielt; dazu SONNTAG, Präventive Normenkontrolle 138–146.

<sup>46</sup> Dazu JABLONER, *Austriaca* 6–9; OLECHOWSKI, Kelsen 155–158.

<sup>47</sup> KELSEN, *Reichs- und Landesgesetz* 202–204.

<sup>48</sup> Ebd. 206–214.

<sup>49</sup> Ebd. 215–220.

<sup>50</sup> Ebd. 220–225.

damit auch kein einheitliches Staatswesen geschaffen habe, sondern zwei eigenständige.<sup>51</sup>

Zuletzt wies Kelsen noch darauf hin, dass die Kompetenzverteilung des Februarpatents unmittelbar nach dessen Erlassung als unveränderlich betrachtet wurde.<sup>52</sup> Tatsächlich wurde sie aber schon mit der Dezemberverfassung 1867 wieder geändert. Diese Änderung, eine Übertragung von Kompetenzen vom Reichsrat an die Landtage, erfolgte nur durch Reichsgesetz.

Kelsen wies darauf hin, dass diese Form der Kompetenzänderung nicht dem System des Februarpatents entsprach. Da im Februarpatent sowohl Reichs- als auch Landesgesetzgebung die Kompetenzhoheit hatten, wäre eine Übertragung von Kompetenzen nur durch paktierte Reichs- und Landesgesetze möglich gewesen. Der Reichsrat konnte zwar (mit dem Kaiser) seine eigenen Kompetenzen regeln, aber nicht jene der Landtage.<sup>53</sup>

Das führte – wie Kelsen herausarbeitete – dazu, dass für die 1867 ausgeschiedenen Reichskompetenzen überhaupt kein Vertretungskörper zuständig war. Der Reichsrat konnte sich dieser Kompetenzen zwar entledigen, er konnte sie aber nicht den Landtagen zuweisen.<sup>54</sup>

Die herrschende Lehre der Monarchie ging aber davon aus, dass die Kompetenzhoheit beim Reichsrat lag. Für Kelsen lag darin ein Widerspruch zur Gleichrangigkeit von Rechts- und Landesgesetzen. Wenn die Kompetenz der Landtage und des Reichsrats schon durch Reichsgesetz allein geändert werden konnte, waren die beiden Gesetzgebungen eben doch nicht gleichrangig; und wenn sie gleichrangig gewesen wären, hätte die Kompetenzverteilung nur durch paktierte Gesetze geändert werden können.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Ebd. 225–235, 390–400.

<sup>52</sup> Ebd. 235.

<sup>53</sup> Ebd. 236–242.

<sup>54</sup> Ebd. 243.

<sup>55</sup> Ebd. 401f.

Da die Kompetenzverschiebung von 1867 nicht auf eine dem Februarpatent entsprechende Weise zustande gekommen war, zog Kelsen nun die Dezemberverfassung selbst als Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion heran. Dort war die Kompetenzhoheit seiner Meinung nach faktisch dem Reichsrat zugeordnet und damit implizit der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ verankert.<sup>56</sup>

Dann aber stellte Kelsen Überlegungen an, mit denen er seine bisherigen Überlegungen nicht nur in Frage stellte, sondern geradezu über den Haufen warf. Bislang war er davon ausgegangen, dass verfassungswidrige Gesetze ungültig waren. Nun aber bezog er Art. 7 StGG-RiG in seine Überlegungen mit ein. Da diese Bestimmung nicht zwischen Reichs- und Landesgesetzen differenzierte, folgerte Kelsen, dass es in der Gesetzesanwendung keinen Unterschied zwischen Reichs- und Landesgesetzen gab.<sup>57</sup>

Für die Anwendung kam es nämlich nicht darauf an, ob ein Gesetz vom Reichsrat oder einem Landtag beschlossen worden war, sondern lediglich darauf, dass es gehörig publiziert war. Nur die gehörige Publikation konnten die Gerichte überprüfen, aber nicht, ob davor die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Gesetzgebung eingehalten worden waren – darunter auch die Kompetenzverteilung. Eine Kontrolle, ob das Gesetzgebungsverfahren bis zur Publikation verfassungskonform gewesen war, war nicht möglich; und da die Gesetze vom unverantwortlichen Kaiser publiziert wurden, konnte auch das Publikationsorgan nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn es Gesetze publizierte, die nicht verfassungsmäßig zustande gekommen waren.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Ebd. 401, 413–418.

<sup>57</sup> Ebd. 418–425.

<sup>58</sup> Kelsen (ebd. 426–435) prüfte auch, ob eine Ministeranklage vor dem StGH gegen Minister möglich war, die dem Kaiser ein verfassungswidriges Gesetz zur Publikation empfohlen hatten, und verneinte das. JEL-

Alles, was vom Kaiser als Gesetz publiziert wurde, war somit unhinterfragt als Gesetz anzuwenden. Kelsen bezeichnete das als Absolutismus in der Gesetzgebung (weil die konstitutionelle Gesetzgebung juristisch nicht durchgesetzt werden konnte) und zog daraus schwerwiegende Schlüsse.<sup>59</sup>

Wenn man nur von der Gesetzespublikation ausging und das sonstige Gesetzgebungsverfahren außer Acht ließ, gab es tatsächlich nur eine einheitliche normsetzende Autorität, nämlich den Kaiser. Aus dieser Perspektive gab es dann doch ein einheitliches Normensystem, und auf Widersprüche in diesem einheitlichen Normensystem konnte auch die *lex-posterior*-Regel angewendet werden.<sup>60</sup>

Kelsens langer Aufsatz ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Am auffälligsten ist, dass er die herrschende Lehre zunächst in zwei Punkten (Kaiser als alleiniger Gesetzgeber, *lex posterior*-Regel im Verhältnis Reichs- und Landesgesetz) heftig kritisierte, um sie letztendlich aus anderer Perspektive doch zu bestätigen. Das reine Ergeb-

nis ist also unspektakulär, für sich genommen vielleicht sogar enttäuschend.

Außerdem fällt auf, dass Kelsen zwar das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzen analysierte, im Gegensatz zu Jellinek aber keinerlei Vorschläge zur Lösung der Probleme machte, die sich daraus ergaben.<sup>61</sup> Das lag wohl daran, dass er in seinem umfassenden Aufsatz nur die positive Rechtslage analysieren wollte. Hier ging es ihm vor allem um die Abgrenzung einer juristischen von einer soziologischen Behandlung des Rechts. Genau diese Frage war in den folgenden Jahren der Grund für die Kontroverse mit Eugen Ehrlich, dem Begründer der Rechtssoziologie.<sup>62</sup>

Im Übrigen neigte die begriffsjuristisch geprägte Staatsrechtslehre vor Kelsen dazu, die Diskussionen *de lege lata* und *de lege ferenda* zu vermischen. Kelsen hingegen trennte sie ganz konsequent<sup>63</sup> – in diesem Aufsatz, indem er auf Überlegungen *de lege ferenda* überhaupt verzichtete. Auf den ersten Blick scheint Jellineks Schrift also wesentlich bedeutender für die weitere Entwicklung von Rechtsordnung und Rechtswissenschaft als Kelsens Aufsatz. Immerhin war Jellinek der erste, der nicht nur einen Verfassungsgerichtshof für Österreich vorschlug, sondern auch Kompetenzen für diesen Gerichtshof forderte, die tatsächlich auch zu zentralen Aufgaben des republikanischen VfGH wurden – wenn auch mit einer anderen Konstruktion der Prüfungsrechte.

Kelsens umfassende Analyse einer Rechtsordnung, die nur vier Jahre später untergehen sollte, wirkt demgegenüber zunächst weniger zukunftsträchtig. Tatsächlich hatte sein Aufsatz aber große Bedeutung für die weitere Entwicklung, und das in zweifacher Hinsicht. Erstens konnte Kelsen auf seine Analyse zurückgreifen,

---

LINEK, Verfassungsgerichtshof 54 hielt eine staatsgerichtliche Verurteilung von Ministern wegen kompetenzwidriger Gesetze zwar für möglich, wies aber darauf hin, dass auch eine derartige Verurteilung das Gesetz nicht beseitigen würde. Auch WEYR, Rahmengesetze 36–43, nahm eine Verantwortlichkeit der Minister für die Sanktion verfassungswidriger Gesetze an. Für Kelsen hingegen war die Publikation von Gesetzen einerseits kein Regierungsakt und andererseits hätte dann der StGH vorab prüfen müssen, ob ein Gesetz verfassungskonform war – und das war allen Gerichten, und damit auch dem StGH, verwehrt (dazu auch: SCHMETTERER, Sanktion und Gegenzeichnung). Kelsens zweites Argument bildete wohl den Hintergrund für die Stammfassung von Art. 140 Abs. 4 B-VG, in dem ausdrücklich festgehalten wurde, dass Art. 89 Abs. 1 B-VG für den VfGH nicht galt. Art. 89 Abs. 1 B-VG besagt wie schon Art. 7 StGG-RiG: „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“

<sup>59</sup> KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 422.

<sup>60</sup> Ebd. 423–425.

<sup>61</sup> HALLER, Prüfung von Gesetzen 33.

<sup>62</sup> OLECHOWSKI, Kelsen 165–167.

<sup>63</sup> KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 435–438.



als er nur wenige Jahre später die Verfassung der Republik mitgestaltete, die einerseits viele strukturelle Ähnlichkeiten mit jener der Monarchie aufwies und andererseits grundlegende Probleme der altösterreichischen Kompetenzverteilung vermied.<sup>64</sup>

Zweitens hatte gerade der Aufsatz „Reichsgesetz und Landesgesetz“ große Bedeutung für die Entwicklung der Reinen Rechtslehre. Hier wurden viele Gedanken angesprochen, die zentrale Elemente von Kelsens Rechtslehre wurden, wobei diese Gedanken in „Reichsgesetz und Landesgesetz“ noch nicht ganz ausformuliert waren. Dieser Aufsatz bietet also die Möglichkeit, Kelsen beim Nachdenken und beim Ausarbeiten seiner Lehre zu beobachten.

Bei der Suche nach dem „Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion“ ging es um das, was Kelsen später die „historisch erste Verfassung“ nannte.<sup>65</sup> Kelsen wies darauf hin, dass das Februarpatent nicht nach den Regeln des Oktoberdiploms zustande gekommen war, und jedenfalls die Kompetenzverschiebung der Dezemberverfassung auch nicht nach jenen des Februarpatents. Damit beschrieb er das Phänomen der Revolution im juristischen Sinn – noch ohne es so zu bezeichnen.<sup>66</sup>

Kelsen setzte sich mit den Gesetzen als höchster Autorität auseinander und erläuterte, dass sie ihre Geltung nicht von einer anderen Rechtsnorm ableiten konnten. In diesen Passagen ist die Frage nach dem Geltungsgrund der höchstrangigen Rechtsnormen deutlich zu spüren – jene Frage, zu deren Beantwortung Kelsen später die berühmte Grundnorm einführte.<sup>67</sup>

Auch seine nicht minder berühmte These der Identität von Staat und Recht<sup>68</sup> ist in „Reichsge-

setz und Landesgesetz“ enthalten und sogar explizit ausgesprochen, wenn auch nicht als abstrakte These, sondern gewissermaßen en passant. Zum System des Februarpatents konstatierte Kelsen, dass es keine einheitliche Rechtsordnung und damit auch kein einheitliches Staatswesen geschaffen hatte.<sup>69</sup>

Schließlich wirkt der gesamte Aufsatz wie eine Vorstudie zur Kelsens Theorie der Alternativbestimmung, die sich mit demselben Problem beschäftigte wie Adolf Merkl – erfolgreichere – Lehre vom Fehlerkalkül. Im Sinne von Kelsens Theorie waren die Regelungen über die Beschlussfassung in Reichsrat und Landtag und die Sanktion des Kaisers die „eigentliche“ Erzeugungsregel, während sich aus Art. 10 StGG-ARVG<sup>70</sup> und Art. 7 StGG-RiG die gehörige Publikation von Gesetzen als alternative Erzeugungsregel ergab.<sup>71</sup>

Zumindest aus heutiger Perspektive liegt in Kelsens Aufsatz auch noch der Stufenbau der Rechtsordnung „in der Luft“, doch hier war es nicht Kelsen, sondern Merkl, der das epochale Konzept ausformulierte.<sup>72</sup>

## IV. Resümee

Die Kompetenzverteilung der Monarchie beeinflusste jene der Republik entscheidend – nicht nur, weil die Republik bis 1925 überhaupt die altösterreichische Kompetenzverteilung beibe-

<sup>64</sup> Dazu nur OLECHOWSKI, Kelsen 271–305 mit umfassenden Nachweisen.

<sup>65</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 203.

<sup>66</sup> Zur juristischen Revolution ebd. 203.

<sup>67</sup> Ebd. 196–209.

<sup>68</sup> Ebd. 289–293.

<sup>69</sup> KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 369.

<sup>70</sup> „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“

<sup>71</sup> JABLONER, *Austriaca* 8; HILBERT, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen.

<sup>72</sup> Zum Stufenbau der Rechtsordnung: MERKL, *Prolegomena*; KELSEN, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 228–282; WIEDERIN, *Stufenbaulehre*.

hielt.<sup>73</sup> Auch die Gleichrangigkeit von Bundes- und Landesgesetzen wurde beibehalten, wenn auch nicht ohne Diskussionen.<sup>74</sup>

Der Kontext ist in der Republik aber ein anderer: Es gibt keinen Kaiser mehr; daher ist klar, dass die Parlamente und nur die Parlamente Gesetzgeber sind. Somit ist auch unbestritten, dass Bundes- und Landesgesetze von unterschiedlichen Gesetzgebern erlassen werden. Außerdem gibt es in der Republik zwei Momente, durch die die Probleme der Monarchie trotz der Gleichrangigkeit von Bundes- und Landesgesetzen minimiert werden:

Einerseits sind nur einfache Bundes- und Landesgesetze gleichrangig; die Bundesverfassung ist den Landesverfassungen hingegen übergeordnet,<sup>75</sup> und da die Kompetenz-Kompetenz beim Bundesverfassungsgesetzgeber liegt, ist eindeutig geregelt, wie die Kompetenzverteilung geändert werden kann, nämlich durch Bundesverfassungsgesetz. Andererseits kann der VfGH nun einfache Gesetz auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen und damit auch kontrollieren, ob sie der Kompetenzverteilung entsprechen.<sup>76</sup>

Auch wenn kompetenzwidrige Gesetze nun aufgehoben werden können, stellt sich weiterhin die Frage, wie sich widersprüchliche Bundes- und Landesgesetze zueinander verhalten – solange keines von ihnen aufgehoben wurde. Ewald Wiederin leitete hier überzeugend aus der Bundesverfassung ab, dass sie einander derogieren. Die lex posterior-Regel ist also auch in der Republik auf das Verhältnis von Bundes- und Landesgesetzen anzuwenden.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> § 42 Abs. 1 Übergangsgesetz 1920 (BGBl. 2/1920); Art. II (1.) Bundes-Verfassungsnovelle (BGBl. 268/1925).

<sup>74</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 210–213.

<sup>75</sup> Art. 99 B-VG.

<sup>76</sup> Art. 140 B-VG.

<sup>77</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht insbes. 220, 226, 252.

Damit gilt in der Verfassung der Republik Ähnliches wie in jener der Monarchie, für die Kelsen zeigte, dass sich die Anwendbarkeit der lex posterior-Regel nicht schlechthin aus einem rechtslogischen Prinzip ergab, sondern aus dem positiv-rechtlichen Gesetzesbegriff der Dezemerverfassung.

## Korrespondenz:

Christoph SCHMETTERER  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte  
Universitätsring 4  
D-06108 Halle a.d. Saale  
christoph.schmetterer@jura.uni-halle.de  
ORCID-Nr. 0000-0002-2996-7851

## Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>

## Literatur:

- Edmund BERNATZIK, Die österreichischen Verfassungsgesetze (Wien 1911).
- Herbert HALLER, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle (= Forschungen aus Staat und Recht, Wien–New York 1979).
- Kurt HELLER, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart (Wien 2010).
- Patrick HILBERT, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: ZÖZ 72 (2017) 549–576.
- Clemens JABLONER, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: DERS. u.a. (Hgg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag (Wien 2019) 3–18.
- Georg JELLINEK, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Wien 1885).
- Matthias JESTAEDT, Editorischer Bericht „Reichsgesetz und Landesgesetz“, in: Hans Kelsen, Hans Kelsen Werke, Bd. III: Veröffentlichte Schriften 1905–1910

- und Selbstzeugnisse, hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2010) 724–727.
- Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen 1911).
- DERS., Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914) 202–245, 390–438 = DERS., Hans Kelsen Werke, Bd. III: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2010) 359–426.
- DERS., Autobiographie (1947); in: DERS., Hans Kelsen Werke, Bd. I: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2007) 29–92.
- DERS., Reine Rechtslehre (Wien 1960).
- Jens KERSTEN, Mehrheit und Minderheit im Minoritätenstaat. Georg Jellineks rechtspolitische Schriften 1885 bis 1906 als Beitrag zum Verhältnis von Staatsrechtslehre und Politik im Spätkonstitutionalismus und darüber hinaus, in: Der Staat 40 (2001) 221–242; ND in: Winfried BRUGGER, Rolf GRÖSCHNER, Oliver W. LEMBCKE (Hgg.), Faktizität und Normativität. Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre (Tübingen 2016) 183–208.
- Paul LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 (Freiburg im Breisgau–Leipzig 1895).
- Josef LUKAS, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs und der constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches. Eine Kritik der herrschenden Lehre (Graz 1901).
- Adolf Julius MERKL, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Alfred VERDROSS (Hg.): Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (Wien 1931) 252–294.
- Alfred J. NOLL, Georg Jellinek's Forderung nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich, in: PAULSON, SCHULTE, Jellinek 261–276.
- Thomas OLECHOWSKI, Von Georg Jellinek zu Hans Kelsen. Ein Beitrag zur Geschichte der Staatsrechtslehre an der Universität Wien um 1900, in: Elisabeth RÖHRLICH (Hg.), Migration und Innovation um 1900. Perspektiven auf das Wien der Jahrhundertwende (Wien–Köln–Weimar 2016) 375–398.
- DERS., Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Martin PAAR, Die Gesetzgebung der österreichischen Monarchie im Spiegelbild der Normen und der staatsrechtlichen Literatur (Frankfurt a.M. u.a. 2009).
- Stanley PAULSON, Martin SCHULTE (Hgg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk (Tübingen 2000).
- Peter PERNTHALER, Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen (Wien 1987).
- Christoph SCHMETTERER, Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber. Vom Absolutismus zum Konstitutionalismus, in: BRGÖ 2 (2012) 381–395.
- DERS., Die Kompetenzverteilung in Österreich 1861–1925, in: Janwillem OOSTERHUIS, Emanuel VAN DONGEN (Hgg.), European Traditions. Integration or Disintegration? (Nijmegen 2012) 191–206.
- DERS., Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918, in: JEHL 3 (2012/2) 40–46.
- Niklas SONNTAG, Präventive Normenkontrolle in Österreich (Wien 2011).
- Gerald STOURZH, Verfassung und Verfassungswirklichkeit Altösterreichs in den Schriften Georg Jellineks, in: PAULSON, SCHULTE, Jellinek 247–260.
- Friedrich TEZNER, Die Volksvertretung (Wien 1912).
- Josef ULBRICH, Lehrbuch des Oesterreichischen Staatsrechts (Berlin 1883).
- Franz WEYR, Rahmengesetze (Leipzig–Wien 1913).
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland (= Forschungen aus Recht und Staat 111, Wien–New York 1995).
- DERS., Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's, in: Stefan GRILLER, Heinz Peter RILL (Hgg.), Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (Wien–New York 2011) 81–134.
- Dieter WYDUCKEL, Georg Jellineks Beitrag zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: PAULSON, SCHULTE, Jellinek 277–295.

Jörg-Detlef KÜHNE, Hannover

# Die Kompetenzverteilung in der Deutschen Reichsverfassung 1871

## *The Distribution of Competences in Bismarck's Constitution 1871*

*Bismarck's Constitution is the basis of the most important example of a living monarchical federal state. In it, the monarchical position, even in the constituent states, is clearly more emphasized than in its Frankfurt predecessor of 1849 and left untouched in the text until 1918. On the other hand, however, this position is increasingly undermined by a development which, to the detriment of the constituent states, makes use of farreaching competences – as under the American Constitution – and, moreover, permits amendments and breaches of the constitution by simple majorities.*

**Keywords:** *constitution as simultaneous diplomatic paper – contrasts between textual constitution and realities – monarchical instead of republican federation*

## I. Zum Kreis der Vorprägungen

Bekanntlich gehört es zur positivistischen Reduktion des seinerzeit führenden reichsdeutschen Öffentlichrechtlers Paul Laband, in seiner magistralen Behandlung der hier thematisierten Verfassung verfassungshistorische Hintergründe ausgeblendet zu haben.<sup>1</sup> Deshalb sei zu Beginn der hiesigen Ausführungen auf gewisse kompetenzrelevante Vorgegebenheiten aufmerksam gemacht, und zwar unbeschadet des von maßgeblicher parlamentarischer Seite damals als „völlig originell“<sup>2</sup> gewürdigten und später dann im Wesentlichen adaptierten Gubernativentwurfs der deutschen Verfassung von 1867/71. Herrschte doch damals allenthalben das Bewusstsein vor, die primär staatenbündische Konstruktion des Deutschen Bundes, eines laut

Wiener Schlussakte völkerrechtlichen Vereins,<sup>3</sup> staatsrechtlich i.S. bundesstaatlicher Verdichtung umzuwandeln.<sup>4</sup>

Erläuternd sei dazu, wenn man aus dem deutschsprachigen Nordwesten kommt, nur zu gern der frühe Bundesstaatstheoretiker und kurhannoversche Staatsmann Ludolf Hugo herangezogen, dessen Propagierung des „duplex regimen“ in seiner alsbald in sieben Auflagen erschienenen Helmstedter Dissertationsschrift<sup>5</sup> be-

<sup>1</sup> Grundlegend die zeitgenössische Kritik von GIERKE, Staatsrecht.

<sup>2</sup> So der nationalliberale Abgeordnete Johannes von Miquel, siehe HOLTZENDORFF, BEZOLD, Materialien 1, 106 (9. Sitz., 9. 3. 1867).

<sup>3</sup> Art. 1 WSA (1820), HUBER, Dokumente 1, Nr. 31.

<sup>4</sup> Vgl. nur die parlamentarischen Verfassungsdebatten von 1867–71 im von BEZOLD hrsg. Registerbd. (HOLTZENDORFF, BEZOLD, Materialien 47f.), in dem „Bundesstaat“ 28-mal und „Bundesstaat oder Staatenbund“ 23-mal ausgewiesen sind.

<sup>5</sup> Siehe seine lateinisch geschriebene Dissertation „De Statu Regionum Germaniae“, erschienen erstmals 1661, um dann bis 1736 insges. sieben Auflagen zu erfahren; die 8. Auflage erschien dann, übersetzt von PFANNENSCHMID, erstmals 2005 auf Deutsch. Dabei beruhte die seinerzeitige Auflagenhäufigkeit darauf, dass die Arbeit praktikable Vorschläge für die anhaltende Diskussion über die Verfassung des Alten

trächtliche Nachwirkungen für die Ausbildung des modernen Bundesstaats hatte – sieht diese Schrift doch über die Sprengung des Bodinschen Souveränitätsmonismus hinaus weit weniger geläufig zugleich eine konkrete Kompetenzverteilung zwischen dem Alten Reich und seinen Gliedern vor,<sup>6</sup> was in bewundernswerter Hellsichtigkeit nach wie vor als Grundlage bundesstaatlicher Zuständigkeitsverteilung gelten kann.

Indessen ist das Crescendo dieses Auftakts für unser Thema gleich zu diminuieren. Denn die Wirkungen dieser Schrift kommen im 19. Jahrhundert nur noch indirekt zum Zuge, und zwar maßgeblich durch die Mittlerrolle der Verfassung der Vereinigten Staaten und daran anschließend durch die der Paulskirche.<sup>7</sup> Für die Reichsverfassung von 1871 stehen ihr norddeutsches Vorstück von 1867 im Vordergrund und in geringerem Maße noch schweizerische Erfahrungen.<sup>8</sup>

Letztere Einflussansage gilt es freilich zu differenzieren. Die nach dem dortigen Sonderbundskrieg geschaffene Schweizer Bundesverfassung von 1848 galt 1867/71 wegen ihrer bundesseitigen Zuständigkeitsschwächen als wenig attraktiv und wurde ihrerseits 1874, umgekehrt auch unter dem Eindruck der Bismarckschen Reichsverfassung (BRV), einer Totalrevision unterzogen.<sup>9</sup> Und was die amerikanische Verfassung be-

trifft, so stand man ihr im kleindeutschen Raum wegen der bundesstaatlichen Größenverhältnisse tendenziell näher. Indessen hatte ihr Ansehen durch den erst wenige Jahre zuvor beendeten Bürgerkrieg Federn gelassen – einschließlich der dafür mitverantwortlichen Rolle ihrer Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>10</sup>

Demgegenüber stand nun für Kompetenzfragen eine innerdeutsche Diskussion im Vordergrund, die von der Frankfurter Reichsverfassung der Paulskirche ausging. Dazu sei generell auf die juristisch bislang zu wenig beachtete umfangreiche Föderalismusstudie des Neuhistorikers Michael Dreyer<sup>11</sup> verwiesen und eine zweifache Reaktion auf die Frankfurter Reichsverfassung (FRV) hervorgehoben: zum einen normativ in weniger unitarischer denn stärker einzelmonarchischer Absicht die Erfurter Unionsverfassung von 1850<sup>12</sup> sowie bundesstaatstheoretisch die die doppelte Souveränität bis an den Rand staatlicher Spaltung steigernde Lehre des Historikers Georg Waitz,<sup>13</sup> der damit als einer der maßgeblichen Verfassungsschöpfer der Paulskirche 1852 ex post deren Kardinalfehler beheben zu können meinte. Doch wurde die FRV mit ihrer ausgefeilten Kompetenzverteilung gerade auch zu Beginn der sog. Neuen Ära in Preußen, d.h. zu Beginn der 1860er-Jahre Fuß- und Angelpunkt für alle Reformüberlegungen bleiben, den Deutschen Bund zum Bundesstaat zu verdichten.

---

Reichs bot, deren Mängelbehebung der Westfälische Frieden auf den nächsten – dann immerwährenden – Reichstag verschoben hatte.

<sup>6</sup> Dazu SCHENNACH, Kompetenzverteilung u. eingehend PFANNENSCHMID, Ludolf Hugo 134ff. m.w.N. und tabellarischer Übersicht zur Kompetenzverteilung 150.

<sup>7</sup> Amerikanische Verfassung vom 17. 9. 1787; FRV vom 28. 3. 1849.

<sup>8</sup> Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16. 4. 1867 sowie die schweizerische Verfassung vom 12. 9. 1848, zu Letzterer eingehend RAPPARD, Bundesverfassung 121ff.

<sup>9</sup> Revidierte Verfassung vom 29. 5. 1874, dazu ebd. 315ff. u. der Beitrag von Schindler in diesem Band.

---

<sup>10</sup> Das oberste Gericht hatte nämlich in folgenschwerer Weise mit seiner berühmt-berüchtigten Dred Scott-Entscheidung vom 1857 zur Entstehung des amerikanischen Bürgerkriegs beigetragen; näher LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht 578f.

<sup>11</sup> DREYER, Föderalismus, insbes. 160ff.

<sup>12</sup> Vom 28. 5. 1850, abgedruckt bei HUBER, Dokumente 1, Nr. 209, 177.

<sup>13</sup> Waitz veröffentlichte seine Theorie erst 1852, dazu genauer DREYER, Föderalismus 205, Fn. 135, wobei es ihm darum ging, die Fehler der Paulskirche zu vermeiden, s.a. ebd. 209 Fn. 148 und 211; weiter WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 7f., der zu Recht den Verzicht dieser Theorie auf Konfliktlösung kritisiert.

Als Hochphase dafür sind fraglos die Jahre ab 1861 zu nennen. Angeführt seien hierzu etwa die österreichischen und preußischen Bundesreformvorschläge und die Abgeordnetentage von Weimar und Frankfurt a.M.<sup>14</sup> Überdies nicht zu vergessen sind aus dem gesellschaftlichen Bereich der kleindeutsche Nationalverein mit seinem Verlangen einer Einführung der FRV sowie spürbar zurückhaltender der großdeutsche Reformverein,<sup>15</sup> der mit Rücksicht auf Österreich für eine weniger vorgespurte Weiterentwicklung der Deutschen Bundesakte eintrat. Letzterer bietet mit seiner Erklärung zur angestrebten Kompetenzaufteilung immerhin eine gruppierende Zusammenfassung, der als oberbegriffliche Kompetenztrias die Zukunft gehören sollte, wird es doch als „ein dringendes und unabweisliches Bedürfnis [bezeichnet], sowohl [...] die Machtstellung nach außen als [auch] die Wohlfahrt und bürgerliche Freiheit im Innern kräftiger als bisher zu fördern“.<sup>16</sup>

## II. Bundesstaatliche Reichsgründung durch Kompetenzmimikry

Der eben erwähnten Kompetenztrias sollten die vornehmlich in Art. 4 BRV katalogisierten Reichszuständigkeiten durchaus entsprechen. Die äußere Machtstellung wird konkretisiert durch Zuständigkeiten für: Kolonisation, Schutz des deutschen Handels im Ausland einschließ-

lich der deutschen Überseeschifffahrt samt konsularischer Vertretung sowie nicht zuletzt für Kriegsmarine und Heerwesen.<sup>17</sup>

Und der Sicherheit wie Wohlfahrt dienen: das übergreifende Verkehrswesen, womit es im Einzelnen um Eisenbahnen, Straßen, Binnenschifffahrt und – modern gesprochen – Telekommunikation geht. Dazu kommen die früheren Zollvereinsanliegen der Vereinheitlichung von Zöllen, Maßen, Münzen, Gewichten samt allgemeinen Bestimmungen über das Bankwesen<sup>18</sup> und weiter die alsbald breit genutzte Befugnis zur Schaffung von Nationalgesetzbüchern für das Zivil- wie Strafrecht sowie Gerichtsverfahren.<sup>19</sup>

Bleibt als dritter Materienbereich noch die grundrechtserinnernde Dimension bürgerlicher Freiheit durch Regelung des Indigenats, der persönlichen und wirtschaftlichen Freizügigkeit samt Schutz des geistigen Eigentums sowie der Kompetenz zur Gestaltung des Presse- und Vereinswesens.<sup>20</sup>

Die Etablierung dieser Reichszuständigkeiten war freilich mit Schwierigkeiten verbunden, die im Blick auf ihre spätere Nutzung nicht übergangen werden dürfen. Zum einen war es die für jede Bundesstaatsgründung unausweichliche Konsequenz, die das vormalige Mitglied des großdeutschen Reformvereins, der nunmehrige württembergische Premier Hermann Freiherr von Mittnacht 1870 in der Stuttgarter Kammer der Abgeordneten den Gegnern der Beitrittsvereinbarung zur kleindeutschen BRV entgegenhielt.<sup>21</sup> Es könne keinen Bundesstaat geben, in welchem nicht die einzelnen Glieder Teile ihrer vollen Souveränität auf den Gesamtstaat über-

<sup>14</sup> Österreichische Denkschrift vom 31. 7. 1863, HUBER, Dokumente 2, Nr. 103, 107; preuß. Antwortschreiben vom 22. 9. 1863, ebd. Nr. 110. Zu den Abgeordnetentagen in Weimar vom 28. 9. 1862, ebd. Nr. 101, 100, in Frankfurt a.M. vom 21./22. 8. 1863, ebd. Nr. 106, 105.

<sup>15</sup> Resolution des Nationalvereins vom 16. 10. 1862, HUBER, Dokumente 2, Nr. 102, 101; Programm des Deutschen Reformvereins vom 28. 10. 1862, ebd. Nr. 90, 89.

<sup>16</sup> Vgl. Programm des Reformvereins, HUBER, Dokumente 2, Nr. 90, 89.

<sup>17</sup> In der genannten Reihenfolge: Art. 4 Nr. 1, 7, 14 i.V.m. Art. 56, 53 und 57ff. BRV.

<sup>18</sup> In der genannten Reihenfolge: Art. 4, 7–9 und Nr. 3f. BRV.

<sup>19</sup> In der genannten Reihenfolge: Art. 4 Nr. 13, 11 BRV.

<sup>20</sup> In der genannten Reihenfolge: Art. 3, 4 Nr. 1, 6 und 16 BRV.

<sup>21</sup> So HOLTZENDORFF, BEZOLD, Materialien 3, 541 (5. Sitz., 23. 12. 1870).

trügen. Sie erlangten dabei Ersatz in ihrer Stellung zur und ihrer Teilnahme an der Gesamtheit. Und zum anderen trat in klarer Abweichung von den Vereinigten Staaten und der Schweiz eine damals spezifisch deutsche Gegebenheit hinzu: die Konstruktion eines *monarchischen* Bundesstaats.

Diese Besonderheit ist schärfer auszuleuchten, nicht zuletzt auch als Beispiel diplomatischer Kunst Otto von Bismarcks. So schreibt er hinsichtlich seines Verfassungsentwurfs in den Putzuser Diktaten<sup>22</sup> an seine in Berlin verbliebenen Mitarbeiter: „Man wird sich in der Form mehr an den [überkommenen] Staatenbund halten müssen, diesem aber praktisch die Natur des Bundesstaats geben mit elastischen, unscheinbaren, aber weitgreifenden Ausdrücken.“<sup>23</sup> Hiermit wurde die Grundlage für eine Verfassungs- und namentlich Kompetenzausdehnung geschaffen, die Dynamik statt Statik anzeigte und sich mit dem späteren Topos der „Wanderung zur Zentrale“ bzw. zum Zentralstaat überschreiben lässt. Die bemerkenswerte Parallele zur amerikanischen Verfassung und ihrer verfassungsgerichtlich unterstützten Kompetenzextension, die mit dem Zwillingsgeschütz von „sweeping clause“<sup>24</sup> und „implied powers“ arbeitete,<sup>24</sup> wird auch noch später auffallen.

Doch seien zunächst die spezifischen Zusatzschwierigkeiten konkretisiert, die sich bei der Schaffung eines monarchischen Bundesstaats gegenüber der einer republikanischen Föderati-

on stellten. Ganz grundsätzlich ist dazu i.S. einer Kontinuitätswahrung an möglichstste Schonung des monarchischen Prinzips zu erinnern. War es im vorausgegangenen Deutschen Bund normativ fixiert (Art. 57 WSA), wird es bis 1918, wenn auch mit fallender Tendenz, gewissermaßen Grundkonstante der BRV bleiben – mit fraglos auch kompetenzieller Relevanz: deshalb der monarchisch beschickte Bundesrat, deshalb – in Abweichung von der amerikanischen Verfassung und mit Nachwirkungen bis heute – der grundsätzliche Verbleib der Ausführung von Reichsgesetzen bei den Einzelstaaten, das bündische System eines Kontingentheeres, der Verzicht auf eine letztentscheidende Verfassungsgerichtsbarkeit und das Absehen von Grundrechten des Reiches zugunsten solcher der Einzelstaaten.<sup>25</sup> Die BRV sollte sich mithin bis zu ihrem Ende niemals von ihrer doppel funktionellen Deutung als verfassungsrechtliches Organisationsstatut einerseits und als staatsvertraglicher Fürstenbund andererseits frei machen können.<sup>26</sup>

Für die Throninhaber kamen noch höchstpersönliche Gegebenheiten wie Familienstand, -ehre und -traditionen ins Spiel, die die damals noch virulente Monarchen-Souveränität wie auch Rangstufungen innerhalb der Mitmonarchen berührten. Kompetenzabgaben zugunsten einer Gesamtstaatsbildung auf einvernehmlichem Wege verlangen hier im besonderen Maße diplomatische Finesse, Fingerspitzengefühl und

<sup>22</sup> Zu diesen im Herbst 1866 auf Rügen entstandenen Niederlegungen eingehend BECKER, Bismarcks Ringen 236ff. und zuvor von staatsrechtlicher Seite KAUFMANN, Bismarcks Erbe 161ff. auf den Kontrast zum republikanischen Bundesstaat eingehend, weiter s.u. Fn. 33.

<sup>23</sup> Zit. n. BECKER, Bismarcks Ringen 240; s.a. KAUFMANN, Bismarcks Erbe 170f., der darauf aufmerksam macht, dass Bismarck hierbei die Erhebung von Verfassungsrechtsfragen durch politische Mehrheitsentscheidungen vermieden wissen wollte.

<sup>24</sup> Dazu näher LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht 74ff.

<sup>25</sup> Ausgenommen als Reichsverwaltungsbereiche waren das Post-, Marine- und Konsulatswesen (Art. 48, 53, 56 BRV); zu weiteren optionalen Möglichkeiten HUBER, Verfassungsgeschichte 2 961f. Zum Kontingentwesen, das den Deutschen Bund gekennzeichnet hatte und in den Novemberverträgen von 1870 für Bayern, Sachsen und Württemberg aufrechterhalten wurde, siehe Art. 63f. BRV und ebd. 992 f. Statt eines Verfassungsgerichts wurde die Austrägalgerichtsbarkeit des Deutschen Bundes (Art. XI Abs. 4 DBA) in modifizierter Form durch Art. 76 BRV fortgeführt.

<sup>26</sup> Dazu MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 695ff. mit Fn. s sowie KAUFMANN, Bismarcks Erbe 172ff. und jüngst die Arbeit von HAARDT, Bismarcks ewiger Bund 109ff.

Geschick. So wurde zur Wahrung persönlicher Würde und Ansehen der Monarchen ihre militärische Spitzenstellung jedenfalls als „chef en titre“ beibehalten<sup>27</sup> und dementsprechend von einer Kompetenz zur Vergabe von Reichsorden abgesehen. Auch blieben überkommene monarchische Steuer- und Portofreiheit unberührt.<sup>28</sup> Wie peinlich bedacht Bismarck auf einschlägige Rücksichtnahmen war, darüber gibt die meisterliche, wenngleich vielleicht etwas panegyrische Geschichte der Verfassungsentstehung von 1867/71 durch den Neuhistoriker Otto Becker erschöpfende Auskunft.<sup>29</sup>

Als Beispiele für entsprechende Mimikry und Beschwichtigungen Bismarcks seien nur folgende erwähnt: Erst nach dem Beitritt der kleindeutschen Südstaaten wurde der Name „Deutscher Bund“ verfassungsrechtlich durch „Deutsches Reich“ ersetzt.<sup>30</sup> Betont sei weiter die Schonung monarchisch-einzelstaatlicher Empfindlichkeiten dadurch, dass die BRV zur Absicherung einzelstaatlicher Monarchenstellung keinen Regelungsabschnitt über die Regierung, geschweige denn zu Ministern kennt. Als Zentralbehörde wird der unter monarchischer Ägide einzelstaatlich beschickte Bundesrat suggeriert.<sup>31</sup> Überdies wird die Stimmverteilung der Deutschen Bundesakte von 1815 unter gleicher

Artikelbezifferung im Wesentlichen übernommen.<sup>32</sup> Dies bedeutet, dass Preußen gegenüber seinem Bevölkerungsanteil von zwei Drittel im kleindeutschen Raum sein Stimmgewicht um mehr als die Hälfte reduzierte. Seine hegemoniale Dominanz sicherte es sich dann freilich über den etwas versteckten Stichentscheid und die Vetobefugnis bei Verfassungsänderungen sowie über den faktischen Druck seines wirtschaftlichen und militärischen Gewichts.<sup>33</sup>

Weiter gilt hinsichtlich des Heerwesens Folgendes: Seine den Einzelstaaten entgegenkommende Kontingentlösung ist als verfassungsrechtliche Gesetzeskompetenz trotz materieller Unterstützung durch zusätzliche Militärkonventionen so kompromisshaft gestaltet, dass kein Geringerer als Laband die Annahme eines Reichsheeres ablehnte.<sup>34</sup>

Unmissverständliche Zurückhaltung auch unter Beherzigung der alten Sentenz: pecunia nervus rerum. Bismarck ging es darum, jeden Eingriff in das Steuerrecht der Gliedstaaten zu vermeiden. Einnahmequelle des gesamtstaatlichen Dachverbands waren wie im Zollverein Zölle und Verbrauchsabgaben sowie Überschüsse des Post- und Telegraphenwesens. Darüber hinaus waren wie im Deutschen Bund Matrikularbeiträge der Gliedstaaten vorgesehen.<sup>35</sup> Zwar kam es im Zuge der Verfassungsberatung im konstituierenden Reichstag zusätzlich zu einer eher subsidiarisch formulierten Reichssteuerkompe-

<sup>27</sup> Dazu Art. 66 BRV.

<sup>28</sup> Zur Steuerfreiheit siehe indirekt schon Art. XIV lit. b DBA; zur Portofreiheit näher KÜHNE, Entstehung 588f. mit Fn. 7.

<sup>29</sup> BECKER, Bismarcks Ringen 290ff.; siehe auch später 525ff. im beschwörenden Brief v. 6.1.1888 an den nachmaligen Kaiser Wilhelm II., die deutschen Mitfürsten gewissenhaft als Bundesgenossen zu betrachten und nicht als Untertanen, die zu parieren hätten.

<sup>30</sup> So noch in Z. I des Bundesvertrags betreffend den Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes vom 23. 11. 1870, HUBER, Dokumente 2, Nr. 220, 200.

<sup>31</sup> In der BRV wird das Wort „Regierung“ nicht einmal verbalisiert, wobei materiell Art. 15 einschlägig ist; zum Bundesrat als gedachter Zentralbehörde s.a. BECKER, Bismarcks Ringen 240.

<sup>32</sup> Vgl. Art. VI DBA, abgedruckt in: HUBER, Dokumente 1, Nr. 30, 29 und Art. 6 BRV.

<sup>33</sup> So in Art. 5 Abs. 3 und 78 Abs. 1 BRV; zum faktischen Druck KAUFMANN, Bismarcks Erbe 167f. Zu dessen Apotheose des Bismarckschen Bundesrats siehe die quellenmäßige Grundlagenkritik bei KÜHNE, Entstehung 110.

<sup>34</sup> Dazu mit Nachweisen zu Laband HUBER, Verfassungsgeschichte 3, 992ff., der sich freilich gegen Laband stellt.

<sup>35</sup> In der genannten Reihenfolge: Art. 38, 49, 70 Satz 2 BRV; zum Deutschen Bund HUBER, Verfassungsgeschichte 1, 608ff., 774f.



tenz, doch wehrte sich Bismarck in seiner Amtszeit stets erfolgreich dagegen, von dieser Kompetenz Gebrauch zu machen.<sup>36</sup>

Weiter ist schließlich hinsichtlich des diplomatischen Geschicks von Bismarck noch auf eine überraschende, ja fast groteske Fehlanzeige aufmerksam zu machen. Es ist ebenso für seine Rücksichtnahme auf angestammte Monarchen-Befugnisse bezeichnend wie der Verfassungswirklichkeit Hohn sprechend, dass sich in der BRV ganz im Gegensatz zu sonstigen deutschen und wichtigen anderen (Bundes-)Verfassungen keine Reichskompetenz für die „auswärtige Gewalt“ findet.<sup>37</sup> Sie zeigt sich nur bruchstückhaft geregelt und wird dem „Gesamtzusammenhang der Verfassung“ entnommen.<sup>38</sup> Doch gehört dies schon zum folgenden Punkt der Kompetenzausschöpfung.

### III. Zur Verfassungswirklichkeit gesamtstaatlicher Kompetenzerweiterungen

#### 1. Rechtstechnische Vorgehensweisen

Es ist die Wissenschaft zur BRV, die mit bleibender Wirkung für den deutschsprachigen Rechtsraum die schon in der FRV angelegte Unterscheidung von ausschließlichen und konkurrierenden Gesamtstaatskompetenzen durchdrungen hat.<sup>39</sup> Mitsamt dem Vorrang für jeden-

falls kompetenziell einwandfreie Reichsgesetze ist dies nicht weiter zu vertiefen.<sup>40</sup> Auch wird man das Fehlen einer vorgeschalteten generellen Bundesstaatsklausel zugunsten der Vorgabegliedstaatlichen Zuständigkeitsverbleibs<sup>41</sup> kaum näher thematisieren müssen. Ein entsprechender Antrag nach dem Vorbild der FRV, die der Zuständigkeit der Gliedstaaten nur *ausdrückliche* Überweisungen an den Gesamtstaat entzogen wissen wollte, wurde im konstituierenden Reichstag als zu theoretisch abgelehnt.<sup>42</sup>

Damit war der Weg frei für eine Deutung der BRV, die über die Ausdrücklichkeit von Reichszuständigkeiten hinaus in schon bemerkter Übereinstimmung mit der amerikanischen Implied-Power-Interpretation<sup>43</sup> auch stillschweigende Kompetenzbegründungen bejahte. Der alte Auslegungsgrundsatz „enumerativ bzw. taxativ gleich limitativ“ wurde dadurch mit andauernder Wirkung zulasten der Gliedstaaten abgeschwächt, und zwar mit den bis heute geläufigen interpretativen Ausweitungsfiguren: „Natur der Sache“, „Annexzugehörigkeit“ und „Sachzusammenhang“.<sup>44</sup>

In der damaligen Verfassungspraxis resultiert daraus ein Rattenkönig ausgeweiteter Reichs-

<sup>36</sup> Vgl. die Steuerkompetenz in Art. 4 Nr. 2 und 70 Satz 2 BRV: „solange ...“, ein Passus, der durch Gesetz vom 14. 5. 1904 (RGBl. 169) gestrichen wurde, womit der provisorische Charakter der Matrikularbeiträge entfiel, siehe auch LABAND, Reichssteuern 13f.

<sup>37</sup> Vgl. Art. 6 FRV, 78 WRV, 10 Nr. 2 B-VG und Art. 32 GG. Lediglich die amerikanische Verfassung weist eine ähnliche Kompetenzzurückhaltung aus, vgl. dazu LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht 92f., 306ff.

<sup>38</sup> So HUBER, Verfassungsgeschichte 3, 932.

<sup>39</sup> Siehe bereits §§ 6, 13, 40, 45 FRV; zur BRV nur MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 715f.

<sup>40</sup> Dazu MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 715, Fn. a sowie WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 272f.

<sup>41</sup> Z.B. amerikanische Verfassung Zusatzart. X; § 5 FRV; Art. 30, 70 Abs. 1 GG.

<sup>42</sup> Dazu näherer Hinweis bei TRIEPEL, Kompetenz 282f.; Antragsvorbild war § 6 FRV, der seinerseits auf Betreiben eines der österreichischen Mitglieder im Verfassungsausschuss der Paulskirche (Eugen Megerle von Mühlfeld) zustande gekommen war, siehe DROYSEN, Verhandlungen 1, 348 (27. 9. 1848), und damit Gesamtstaatskompetenzen restringieren wollte – entsprechend einer frühen amerikanischen Auffassung; dazu näher TRIEPEL, Kompetenz 254f. Interessant ist, dass das Ausdrücklichkeitserfordernis im österreichischen Staatsrecht weiterleben sollte; dazu die Beiträge von Simon und Staudigl-Ciechowicz in diesem Band.

<sup>43</sup> Dazu ebd. 256ff. und LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht 74ff.

<sup>44</sup> Dazu TRIEPEL, Kompetenz 287ff.

kompetenzen. Dabei lässt sich ihr quantitativer Umfang am besten dadurch veranschaulichen, dass sich Heinrich Triepel<sup>45</sup> als einer der damals führenden Staatsrechtslehrer in einer knapp hundertseitigen einschlägigen Abhandlung außerstande sah, sie erschöpfend aufzuzählen. Doch lautet sein Fazit auf dem Stand von 1908, zugleich die amerikanische Verfassung einbeziehend, dahin, dass die geschriebenen Verfassungen der beiden großen Bundesstaaten bei weitem nicht alle Kompetenzen erkennen ließen, mit denen der Gesamtstaat in praxi ausgestattet sei.<sup>46</sup>

Kommt hinzu, dass über die vorgenannte Trias ausweitender Interpretationsfiguren hinaus damals noch Erweiterungen durch verfassungsberichtigende Auslegung und Gewohnheitsrecht genannt werden.<sup>47</sup> Auch diese Ausweitungen gelten als verfassungsmäßig. Dabei wird alsbald und zusätzlich noch das Verfahren der sog. Verfassungsdurchbrechung genutzt und im Zuge der Zeit als gewohnheitsrechtlich legitimiert bezeichnet.<sup>48</sup> Soll heißen: Ein Gesetz, das sich nicht ausdrücklich als verfassungsändernd bezeichnete, konnte von der Verfassung modifizierend bzw. für den Einzelfall oder generell abweichen.<sup>49</sup> Nach Art. 78 Abs. 1 BRV, der kein zwin-

gendes Intextierungsgebot vorsah, durfte einem solchen Gesetz lediglich nicht die dort geregelte Sperrminorität von 14 Stimmen im Bundesrat entgegengesetzt werden. Im Regelfall war es also – wie in England – mit einfacher Mehrheit beschließbar, die notabene auch für – vorbehaltlich des 14-Stimmen-Vetos – intextierte Verfassungsänderungen galt und das Verfahren der Verfassungsdurchbrechung fraglos erleichterte.

Dieses Durchbrechungsverfahren findet sich als Kompetenzüberschreitung zugunsten des Gesamtstaats keineswegs nur bei untergeordneten Materien wie Details des Reichspostgesetzes (1871) oder dem Gesetz zur Reblausbekämpfung (1875). Anzuführen sind vielmehr wie bereits im vorausgegangenen Norddeutschen Bund gravierende Fälle: etwa zu Beginn der 1870er-Jahre zur staatsgebietlichen Einbeziehung Elsaß-Lothringens und in den 1880er-Jahren bei Grundlegung der Bismarckschen Sozialgesetzgebung.<sup>50</sup> Dass dies keine Einzelfälle waren, dazu sei gleich noch näher auf zwischenzeitliche Eingriffe in die verfassungsnormierten Gubernativstrukturen sowie die föderale Finanzverfassung eingegangen, zu denen es zwischenzeitlich gekommen war.

Als Zwischenergebnis ist jedoch schon hier zu sehen, dass die Reichstagsmehrheit, falls ihr nicht die bundesrätliche Mehrheit oder Sperrminorität entgegengesetzt wurde, in der Kompetenzausweitung denkbar frei war. Insoweit mag man hinsichtlich der Wahl zwischen den Varianten der verfassungsändernden und -durchbrechenden Kompetenzausweitung von einem Glasperlenspiel sprechen. Denn eine verfassungsgerichtliche Kontrolle fehlte. Die damalige Praxis und Doktrin stellte nicht auf die materielle Wichtigkeit eines Rechtssatzes samt dessen Verfassungsrelevanz ab, sondern darauf, ob die Gesetzesvorlage das formale Merkmal der Titelanlage einer ausdrücklichen „Abänderung der

<sup>45</sup> Ebd. 294.

<sup>46</sup> TRIEPEL, Kompetenz 252.

<sup>47</sup> MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 690; TRIEPEL, Kompetenz 286.

<sup>48</sup> Dazu LABAND, Staatsrecht 39ff., MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 689f. samt dem Beispiel in Fn. 3b des Jesuitengesetzes v. 4.7.1872 (RGBl. 253). Es hatte zwar die Reichskompetenz des Art. 4 Nr. 16 BRV für sich, widerstritt aber ebenso wie das spätere Sozialistengesetz v. 21.10.1878 (RGBl. 351) materiell einzelstaatlichen Freiheitsverbürgungen der Religions- u. Vereinsfreiheit und überdies der rechtsstaatlichen BRV-Fundierung, aufgrund deren Ausnahme Gesetze an sich ausschieden. Deshalb gingen beide Gesetze nur mit der Annahme impliziter Notwehr- bzw. Notstandskompetenz durch. Zeitgenössische Belege bei KÜHNE, Paulskirche 407 Fn. 206.

<sup>49</sup> LABAND, Staatsrecht 38ff.

<sup>50</sup> Zum Ganzen ebd. 41.

Reichsverfassung“ enthielt.<sup>51</sup> Wann man dieses Merkmal wählte, war jedoch schon laut zeitgenössischem Urteil eines hochkompetenten Staatsrechtslehrers völlig undurchsichtig.<sup>52</sup> Im Ergebnis blieb die Wahl mithin dem politischen Ermessen überlassen.

Dies bedeutete im damals echten zweikammerigen Legislativsystem, dass es dem Bundesrat letztlich fakultativ in die Hand gegeben war, seine Sperrminorität gem. Art. 78 Abs. 1 BRV zu aktivieren oder nicht. So lässt sich zwar bedauern, dass unter der BRV in Deutschland anders als in Österreich ein staatsgerichtlich begabtes Reichsgericht als Kompetenzgerichtshof fehlte. Doch hätte dies vermutlich ebenso wenig wie in der Rechtsprechung des amerikanischen Obersten Gerichtshofs strengen Halt geboten.<sup>53</sup>

Bleibt noch zu sagen, dass es die damalige Parlamentspraxis wie überwiegend auch Wissenschaft ablehnte, bei späterer Änderung eines verfassungsdurchbrechenden Gesetzes dem erschwerenden Minoritätsveto des Art. 78 Abs. 1 BRV Raum zu geben. Man ließ dazu vielmehr die einfache Mehrheit genügen, selbst wenn es dabei um noch „weitergehende Modifikationen der ursprünglichen Verfassungssätze“ ging.<sup>54</sup> Frei nach der Devise: „Beim Ersten bist du frei, beim Zweiten bist du Knecht“, wurde damit jedenfalls i.S. von Rechtsklarheit verhindert, dass sich beide Änderungswege miteinander vermengten.

<sup>51</sup> Z.B. Gesetz zur Abänderung der Reichsverfassung vom 28. 10. 1918 (RGBl. 1274); s.a. HUBER, Dokumente 3, Nr. 206, 350.

<sup>52</sup> KAUFMANN, Bismarcks Erbe 170.

<sup>53</sup> Dazu Art. 2 StGG-ERG vom 21. 12. 1867 (RGBl. 143/1867); s.a. REITER, Texte Nr. 43, wonach seine Entscheidungsbefugnis freilich nur administrative und nicht auch legislative Kompetenzen betraf, vgl. z.B. ERG I, Nr. 16, 22, 30 usw. Zur amerikanischen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs herausragend seinerzeit TRIEPEL, Kompetenz 254ff.; s.a. LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht 75ff.

<sup>54</sup> Siehe LABAND, Staatsrecht 41.

## 2. Kompetenzausweitung durch schwachen Verfassungsschutz

Insgesamt sollte Erich Kaufmann<sup>55</sup> kurz vor dem faktischen Ende der BRV feststellen, dass die BRV in Bezug auf ihre gesamtstaatliche Legislativeausstattung die Schweiz, aber auch die Vereinigten Staaten weit hinter sich lasse. Grund für die vielfältigen Wege zur Kompetenzerweiterung ist ein reduzierter Verfassungsschutz, aufgrund dessen schon zeitgenössisch im Kontrast zur Starrheit der amerikanischen Verfassung die BRV als beweglich bezeichnet worden ist.<sup>56</sup> Erschwerend für ihre Änderung ist lediglich das in Art. 78 geregelte, freilich politisch optionale 14-Stimmen-Veto im Bundesrat. Ob darüber hinaus die Kompetenz-Kompetenz bestand, im Wege der Verfassungsänderung Umgestaltungen welcher Art auch immer vorzunehmen, d.h. auch im antiföderal-unitarischen und antimonarchisch-republikanischen Sinne, wurde gewissermaßen als Radikalauffassung zwar von Georg Jellinek, Laband und Anschütz vertreten, blieb aber bis 1918 strittig,<sup>57</sup> was zu vertiefen sein wird.

Zuvor ist freilich angesichts grundsätzlicher Quorengleichheit für einfache Gesetze wie Verfassungsänderungen noch konkreter die Frage zu stellen: quis iudicabit? Wer entschied damals darüber, ob ein Reichsgesetz die verfassungsgebotenen Kompetenzvorgaben einhielt bzw. gegebenenfalls eine Verfassungsänderung, sei es förmlich, sei es qua Durchbrechung, verlangte?

Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutete, dass es hinsichtlich des justiziellen Verfassungsschutzes weder ein konzentriertes, noch ein diffuses richterliches Prüfungsrecht gab. Solche Frage sei der Nachprüfung durch den Richter entzogen, wie es in einer frühen Entschei-

<sup>55</sup> KAUFMANN, Bismarcks Erbe 192.

<sup>56</sup> Vgl. TRIEPEL, Kompetenz 278.

<sup>57</sup> Eingehend dazu MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 691ff., insbes. m.w.N. 695, Fn. s.

dung des Leipziger Reichsgerichts mit andauernder Wirkung hieß.<sup>58</sup> Und hinsichtlich des Verfassungsschutzes durch die Exekutive gab es zwar die Reichsaufsicht<sup>59</sup> gegenüber Kompetenzüberschreitungen der Gliedstaaten. Bei solchen des Reiches waren es indessen der Reichstag oder Bundesrat, die sich querstellen konnten, aber nicht mussten.

Dies führt zugleich zum legislativen Verfassungsschutz. Hinsichtlich dessen war der Bundesrat anfangs der Auffassung, er allein sei Wächter der Verfassung, womit er dem Reichstag ein entsprechendes Prüfungsrecht absprechen zu können meinte. Doch ließ sich dieser Alleinstellungsanspruch in praxi nicht durchhalten, da die staatspolitische Stellung und Bedeutung des Reichstags auch insoweit mehr und mehr anwuchs.<sup>60</sup> Freilich ist gleichzeitig in kompetenzieller Hinsicht hinzuzufügen, dass der Reichstag gegenüber der monarchisch-bundesstaatlichen Verfassungsausrichtung mehrheitlich entschieden unitarischer dachte. Insofern war er in der Ausweitung von Reichskompetenzen großzügig, jedenfalls nicht päpstlicher als der Papst, wenn der Bundesrat als Föderativorgan im Zweikammersystem mitzog.

Dies gilt etwa bei der Einrichtung von insgesamt 14 Reichsämbtern, zu der es nacheinander bis 1918 weitestgehend im Erlasswege kam.<sup>61</sup> Sie stieß kaum auf bundesrätlichen Widerstand,<sup>62</sup>

obgleich dadurch die Regierungsmimikry der BRV zunehmend zulasten gliedstaatlicher Kompetenzen offensichtlich wird. Und der Reichstag sollte sich mit dem Hinweis auf seine etatgesetzliche Mitsprache beruhigen.<sup>63</sup>

Immerhin wurde im Zusammenhang damit 1878 im Reichstag die Verfassungsmäßigkeit der Kompetenzerweiterung erörtert, nämlich bei Beratung der Regierungsvorlage des Stellvertretergesetzes, das Quasiminister<sup>64</sup> ermöglichte. Dadurch sollte der Reichskanzler über den klaren Wortlaut von Art. 17 BRV hinaus auch durch die Chefs der Reichsämbter vertretbar sein, womit man eine Art Unterverantwortlichkeit schuf. An sich wurde hiermit die gem. Art. 15 BRV alleinige Regierungsverantwortung des Kanzlers i.S. fortschreitender Kollegialisierung und Ertüchtigung der Reichsleitung verändert. Doch gelang es Bismarck erfolgreich, im Bundesrat die gliedstaatlichen Bevollmächtigten darauf einzuschwören, dass erst ein Eingehen auf liberale Forderungen nach Reichsministern ein nicht hinnehmbarer Verfassungsverstoß sei.<sup>65</sup> Erst dadurch würde die Balance der verfassungsfixierten, monarchisch-föderalen Waagschalen von Reich und Gliedstaaten beseitigt. Übereinstimmend damit verwiesen hochrangige Stimmführer Bayerns, Württembergs und Sachsens darauf, erst gegenüber solchen Bestrebungen ihre gemeinsame Sperrminorität von 14 Stimmen geltend machen zu wollen.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> So RGZ 9, 235f. 1883 st. Rspr.; ebenso. § 30 des Gesetzes betreffend die Organisation des (österreichischen) Reichsgerichts ..., RGBl. 44/1869), s.a. REITER, Texte Nr. 48.

<sup>59</sup> Dazu grundlegend TRIEPEL, Reichsaufsicht, sowie die dogmatische Verfeinerung durch FROWEIN, Bundesaufsicht 40ff.

<sup>60</sup> Näher zu Debattenbeispielen im Reichstag HATSCHEK, Staatsrecht 68ff.

<sup>61</sup> Näher HUBER, Verfassungsgeschichte 3, 833ff. und DERS., Dokumente 3, Nr. 251, 393.

<sup>62</sup> So aber hinsichtlich eines Reichsfinanzamtes die Abgeordneten Hänel, VRT 47, 324 (14. Sitz., 5. 3. 1878) und Windthorst, ebd. 340, weiter 1880 hinsichtlich eines Reichsamts für Handel und Gewerbe, siehe HU-

BER, Verfassungsgeschichte 3, 834. Später sollte es allerdings zu einem kompetenziell abgespeckten Reichsschatzamt (1879) und einem Reichswirtschaftsamt (1917) kommen, siehe ebd. 833ff.

<sup>63</sup> So die Abgeordneten Hänel, VRT 47, 325 (14. Sitz., 5. 3. 1878) und Windthorst, ebd. 432 (17. Sitz., 9. 3. 1878).

<sup>64</sup> Siehe die Abgeordneten Windthorst, VRT 340 (14. Sitz., 5. 3. 1878) und Reichensperger, ebd. 393 (16. Sitz., 8. 3. 1878).

<sup>65</sup> Bismarck, VRT 47, 343f. (14. Sitz., 5. 3. 1878).

<sup>66</sup> So die bayerischen, württembergischen und sächsischen Bevollmächtigten: Ministerpräsident A. von Pftretschner, ebd. 327, Ministerpräsident H. von

Bedenken namhafter Reichstagsabgeordneter, dass die Regierungsvorlage doch die Schaffung von Quasiministern bedeute und man damit den Keim zur Kompetenzausdehnung des Reiches lege, blieben ohne Mehrheit. Diese beruhigte sich vielmehr damit, dass niemand beabsichtige, die Exekutivbefugnisse des Reichs zu erweitern.<sup>67</sup> Wenngleich es dann faktisch, z.B. durch jedes neue Reichsamt, doch peu à peu dazu kam, wurde insoweit von einer förmlichen Verfassungsänderung<sup>68</sup> doch stets abgesehen – dies, obwohl der eine Stellvertretung auslösende klassische Verhinderungsfall in der Praxis alsbald von der Ausnahme zur Regel mutieren sollte. Er wurde nämlich ebenso auf große Geschäftslast wie auf den Mangel technischer Ressortkompetenz erstreckt. Im Klartext lag also eine weitere Verfassungsdurchbrechung vor.<sup>69</sup>

Umgekehrt sollte es ein Jahr später auch zur Verfassungsdurchbrechung zulasten des Reiches kommen. Da seine Zolleinnahmen mit dem anti-liberalen Wechsel Bismarcks zum Schutzzoll erheblich stiegen, hätte diese Realentwicklung entgegen der anfänglich austarierten Finanzverteilung unter der BRV dazu geführt, das Reich von den Gliedstaaten finanziell unabhängig zu machen. Um dies zu verhindern, also i.S. bündisch-föderalen Bestandserhalts, wurden die Reichseinnahmen zugunsten der Gliedstaaten durch die sog. Franckensteinsche Klausel gedeckelt, und zwar in evidenter Abweichung von Art. 38 und 70 BRV.<sup>70</sup>

Mittnacht, ebd. 336f. und Minister H. von Nostitz-Wallwitz, ebd. 391 (16. Sitz., 8. 3. 1878).

<sup>67</sup> So der national-liberale Parteiführer und Abgeordnete R. von Bennigsen, VRT 47, 335 (14. Sitz., 5. 3. 1878); mit anderem, eher psychologisierendem Ansatz, aber gleichem Ergebnis KAUFMANN, Bismarcks Erbe 182 mit Fn. 103.

<sup>68</sup> Später so ganz dezidiert der liberale Abgeordneter G. Beseler, VRT 54, 2130f. (77. Sitz., 9. 7. 1879).

<sup>69</sup> Dazu näher HUBER, Verfassungsgeschichte 3, 823f.

<sup>70</sup> So näher ebd. 951 m.w.N.

## IV. Schlussbewertung

Insgesamt ist festzustellen, dass die Mimikry gesamtstaatlicher Kompetenzzuweisungen im BRV-Text zwar offiziell aufrechterhalten blieb, mittels vieler Verfassungsdurchbrechungen aber materiell erodiert bzw. unterlaufen wurde. Angesichts solch zwiespältiger Rechtslage kann es nicht verwundern, dass der Entwurf einer Europäischen Verfassung von 1983<sup>71</sup>, der sich kompetenziell an die BRV anlehnte und unter maßgeblicher Beteiligung deutscher EVP-Abgeordneter einschließlich eines Bismarck-Verwandten eingebracht worden war, keine Folge fand.<sup>72</sup>

Andererseits gilt freilich auch, dass der bereits erwähnten, damals prominent vertretenen Lehre i.S. völlig unbegrenzter Verfassungsänderungsbefugnis<sup>73</sup> in der Praxis durchaus nicht entsprochen worden ist. Vielmehr fällt bei allen Erosionen des gliedstaatlichen Kompetenzbereichs auf, dass sie in dem Maße zurückhaltender werden wie sie der dortigen eigentlichen Monarchenstellung näher rücken. Hier wird gleichsam als Wesensgehalt eine organschaftliche Tabuzone greifbar, die monarchisch-gliedstaatliche Kompetenzträger als solche de iure unangetastet zeigt. Dies ist auch dort zu verzeichnen, wo faktischer Monarchenentfall eine partiell unitarisierende Neugliederung nahegelegt hätte. Insoweit erweisen sich die in Art. 6 BRV aufgeführten Gliedstaaten samt ihrer ponderierten Stimmenzahl bis 1918 als sakrosankt.

Dazu sei in aller Kürze auf den Umgang mit seinerzeitigen Thronvakanz mangels Thronerben verwiesen, was an sich eine Staatenzusammenlegung eröffnet hätte. Das gilt etwa für Braunschweig, dessen Thronvakanz ab 1884

<sup>71</sup> Entwurf zur Ausarbeitung einer Europäischen Verfassung vom 26. 9. 1983, in SCHWARZE, BIEBER, Verfassung für Europa 571ff.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 4 BRV und 48 Entwurf, ebd., sowie Art. 70 BRV und 70f.; bei dem Bismarck-Verwandten handelte es sich um Philipp von Bismarck (1913–2006).

<sup>73</sup> S. o. III 2 mit Fn. 57.

reichsaufsichtlich knapp 30 Jahre offengehalten wurde.<sup>74</sup> Und es gilt ebenso für die beiden Lippe, wo es ab 1895 im Wege der bundesrätlichen Austrägalkompetenz in Art. 76 BRV erst nach 10 Jahren zur trennungswahrenden Neubesetzung des verwaisten Detmolder Throns kam.<sup>75</sup> Anders wiederum in den thüringischen Duodezfürstentümern der beiden Reuß und beiden Schwarzburg: Hier rettete man ab 1909 die jeweilige Zweistaatlichkeit ähnlich Sachsen-Coburg-Gothas durch Personalunionen.<sup>76</sup> Lediglich im Fall der beiden Mecklenburg wurde interterritorial noch 1918 die Vereinigung der beiden Landesteile Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz vereinbart. Doch sollte dem endgültigen Vollzug ausgerechnet die Novemberrevolution, und zwar um einen Tag zuvor kommen<sup>77</sup> – ein Zufall, der es bei der dortigen Zweistaatlichkeit mit Wirkung für Weimar beließ. Dies war durchaus nicht nur kleinstaatliche Posse. Über den Untergang der BRV hinaus stand es vielmehr für breitere föderale Beharung, die nochmals kontrapunktisch das Gewicht der überkommenen deutschen Föderalstrukturen samt damit verbundener Kompetenzen bewies.

Entgegen der bereits erwähnten These radikaler Veränderbarkeit<sup>78</sup> sprach die Praxis bis 1918 mit Nachwirkungen auf die anschließende WRV durchaus für die weitverbreitete Mindermeinung, die neben Seydel als dem bayrischen Verfechter entschieden bündischer Reichssicht unter Vorantritt der Staatsrechtler Georg Meyer, Otto Mayer, Erich Kaufmann und Erwin Jacobi

i. S. einer Art Ewigkeitsgarantie die bundesstaatlichen Grundlagen einer Verfassungsänderung nach Art. 78 BRV entzogen sah bzw. für ein Abgehen davon Einstimmigkeit im Bundesrat verlangte.<sup>79</sup>

Dem entsprach, dass alle Überlegungen zu einer bloßen Partialrevision der BRV, die der spätere Stammvater der WRV Hugo Preuß noch 1917 in Umlauf gebracht hatte, nach der Novemberrevolution ein Jahr später chancenlos waren. Dasselbe galt übrigens auch im Blick auf eine Totalrevision in Form des damals kurzzeitig virulenten Gedankens, nun die FRV – freilich monarchisch purifiziert – in Kraft zu setzen. Obwohl der damals führende Neuhistoriker Friedrich Meinecke<sup>80</sup> eine Wiederanknüpfung an die großdeutschen Hoffnungen der Achtundvierziger ebenso positiv sah wie an deren Farben, riet er davon ab. Für ihn war diese Verfassung auch für die Gliedstaaten zu sehr monarchisch geprägt.

Genauer ließe sich dazu ihre Ablehnung der Volkssouveränität zugunsten einer national-souveränen Zweieinheitlichkeit von Fürst und Volk anführen.<sup>81</sup> Die Abschaffung solcher Parität auch de iure war nach der faktischen Beseitigung durch die primär sozial-revolutionär geprägte Novemberrevolution von 1918 ohne Werkkraft. Und nicht zuletzt war angesichts der anfangs massiven gebietlichen wie kompetenziell unitarisierenden Neugliederungsbestrebungen nicht zu übersehen, dass diese Verfassung nunmehr hinter aktuellen bundesstaatlichen Bedürfnissen des Reiches zurückblieb.<sup>82</sup> Dass der ursprüngliche Neugliederungsplan dann trotz der zur WRV

<sup>74</sup> Dazu HUBER, Verfassungsgeschichte 4, 428ff., TRIEPEL, Reichsaufsicht 458f. mit Fn. 2 und FROWEIN, Bundesaufsicht 53f.

<sup>75</sup> HUBER, Verfassungsgeschichte 4, 433ff.

<sup>76</sup> Zu Reuß und Schwarzburg siehe ebd. 1058, Fn. 41 und 216, Fn. 46.

<sup>77</sup> Dazu genau ebd. 427 f.; zur dabei evtl. notwendigen Änderung von Art. 6 BRV siehe MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 696, Fn. s.

<sup>78</sup> S. o. Pkt. III 2 mit Fn. 57.

<sup>79</sup> Näher MEYER, ANSCHÜTZ, Lehrbuch 693, Fn. m sowie KAUFMANN, Bismarcks Erbe 150 und 172f. hinsichtlich der vertraglichen Grundlagen und speziell des Art. 78 Abs. 2 BRV; für Einstimmigkeit JACOBI, S. 98 ff. Bis auf Kaufmann wirkten die Genannten im Wesentlichen an nichtpreußischen Universitäten.

<sup>80</sup> Dazu näher HOLBORN, Verfassung 118f.

<sup>81</sup> Dazu eingehend KÜHNE, Entstehung 572ff.

<sup>82</sup> HOLBORN, Verfassung 116f.

führenden Totalrevision dem Schattenwurf der BRV Tribut zu zollen hatte, verweist bereits auf den folgenden Beitrag.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Jörg-Detlef KÜHNE  
Leibniz Universität Hannover  
Emeritierter Professor  
Königsworther Platz 1  
D-30167 Hannover  
kuehne@jura.uni-hannover.de  
ORCID-Nr. 0000-0002-6342-3313

## Abkürzungen:

BRV	Bismarcksche Reichsverfassung
ERG	Erkenntnisse des österreichischen RG, d.h. Anton HYE von GLUNECK (Hg.), Sammlung der nach gepflogener öffentlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k.k. österreichischen Reichsgerichtes, Bd. 1 (Wien 1874).
FRV	Frankfurter Reichsverfassung
i.S.	im Sinne
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.o.	siehe oben
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
Sitz.	Sitzung
VRT	Verhandlungen des Reichstages
WSA	Wiener Schlussakte

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
[<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

## Literatur:

- Otto BECKER, Bismarcks Ringen um Deutschlands Gestaltung (Heidelberg 1958).
- Otto v. BISMARCK, Gedanken und Erinnerungen (Stuttgart 1965).
- Michael DREYER, Der Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip. Das föderale Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert (Frankfurt a.M. 1987).
- Johann Gustav DROYSEN (Hg.), Die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der deutschen Nationalversammlung, Teil 1 (Leipzig 1849).

Jochen FROWEIN, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz (Bonn 1961).

Otto GIERKE, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 7 (1883, ND Darmstadt 1961) 1098–1195.

Oliver HAARDT, Bismarcks ewiger Bund (Darmstadt 2020).

Julius HATSCHKE, Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Bd. 1 (Berlin 1922).

Hajo HOLBORN, Verfassung und Verwaltung der dt. Republik. Ein Verfassungsentwurf Friedrich Meineckes aus dem Jahre 1918, in: HZ 147 (1933) 115–128.

Franz von HOLTZENDORFF, Ernst BEZOLD, Materialien der Deutschen Reichs-Verfassung. Sammlung sämtlicher auf die Reichs-Verfassung, ihre Entstehung und Geltung bezüglichen Urkunden und Verhandlungen einschließlich insbesondere derjenigen des constituierenden Norddeutschen Reichstags 1867, Bd. 1–3 sowie alphabetisches Sprech- und Sachregister (Berlin 1873; ND 1976).

Ernst Rudolf HUBER (Hg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1–3 (Stuttgart–Berlin–Köln <sup>3</sup>1978–1990).

Ernst Rudolf HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1–4, (Stuttgart u.a. <sup>2</sup>1975–1994), Bd. 5 (ebd. <sup>1</sup>1980).

Ludolf HUGO, Zur Rechtsstellung der Gebiets Herrschaften in Deutschland, dt. Übersetzung der 1661 erschienenen Helmstedter Dissertationsschrift „De statu regionum Germaniae“ durch Yvonne PFANNENSCHMID (Münster 2005).

Erwin JACOBI, Der Rechtsbestand der deutschen Bundesstaaten (Leipzig 1917)

Erich KAUFMANN, Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung (Berlin 1917, ND in: DERS., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Göttingen 1960) 143–223.

Jörg-Detlef KÜHNE, Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben (Neuwied <sup>2</sup>1998).

DERS., Die Entstehung der Weimarer Reichsverfassung. Grundlagen und anfängliche Geltung (Düsseldorf 2018).

Paul LABAND, Direkte Reichssteuern. Ein Beitrag zum Staatsrecht des Deutschen Reichs (Berlin <sup>2</sup>1908).

DERS., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2 (Tübingen <sup>3</sup>1911, ND Goldbach 1997).

Karl LOEWENSTEIN, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten (Berlin–Göttingen–Heidelberg 1959).

- Georg MEYER, Gerhard ANSCHÜTZ, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts (München–Leipzig 1919).
- Yvonne PFANNENSCHMID, Ludolf Hugo (1632–1704). Früher Bundesstaatstheoretiker und kurhannoverscher Staatsmann (Baden-Baden 2005).
- William Emanuel RAPPARD, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1848–1948 (Zürich 1948).
- Ilse REITER (Hg.), Texte zur österreichischen Verfassungsentwicklung (Wien 1997).
- Martin P. SCHENNACH, Kompetenzverteilung avant la lettre? Methodisch-theoretische und wissenschaftshistorische Reflexionen zur Zuständigkeitsverteilung in vormodernen Mehrebenensystemen, in: BRGÖ 11 (2021) 61–99.
- Jürgen SCHWARZE, Roland BIEBER (Hg.), Eine Verfassung für Europa (Baden-Baden 1984).
- Heinrich TRIEPEL, Die Kompetenz des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe Paul Laband, Bd. 2 (Tübingen 1908; ND Frankfurt a.M. 1978) 249–335.
- DERS., Die Reichsaufsicht (Berlin 1917).
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland (Wien–New York 1995).



Benjamin SCHINDLER, St. Gallen<sup>1</sup>

# Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht

## *A Historical Perspective on the Distribution of Powers in the Swiss Confederation*

*The distribution of powers in the Swiss Confederation has a long tradition dating back to the time before 1798 but was also influenced by American constitutional law. Today's attribution of competences has, however, departed considerably from its original model and largely resembles a functional division of tasks, with the legislative and governmental powers situated at the federal level and the administrative and judicial powers resting with the cantons.*

**Keywords:** *sovereignty – Swiss constitutional law – Swiss federalism*

## 1. Einleitung

### Warum Maria Theresia bis heute einen Schweizer Gerichtssaal ziert

Laufenburg ist ein schmuckes mittelalterliches Städtchen mit einem im Jahr 1525 errichteten Gerichtsgebäude. Darin findet sich ein prächtiger Verhandlungssaal mit unverändert erhaltener Ausstattung aus der Zeit des Spätbarocks (1770/1771). An den Wänden prangen nicht nur ein bekrönter Doppeladler mit dem Wappen Österreichs (Rot-Weiß-Rot) und Laufenburgs (Habsburger Löwe), sondern auch drei prunkvolle Herrscherbilder Maria Theresias, Franz' I. und Josephs II. Ein typisch österreichischer Gerichtssaal – so möchte man meinen. Doch unter den Augen ihrer apostolischen Majestäten urteilen heute Bezirksrichter des Schweizer Kantons Aargau, denn im Jahr 1797 endete mit dem

Einmarsch französischer Truppen die seit 1173 bestehende Herrschaft der Habsburger in Laufenburg. Nach einem Intermezzo als französisches Protektorat und Distriktshauptort des helvetischen Kantons Fricktal wurde der linksrheinische Teil des Städtchens 1803 dem neu geschaffenen Kanton Aargau einverleibt.

Dass der Gerichtssaal 250 Jahre wie eine Zeitkapsel überdauert hat, mag in Anbetracht der militärischen Besetzung durch Frankreich, dem Wechsel zur Schweiz und den verfassungsrechtlichen Zäsuren des 19. Jahrhunderts erstaunen. Er steht aber für eine erstaunliche Kontinuität staatlicher Herrschaft auf dem Gebiet der heutigen Schweiz seit der Frühen Neuzeit. In Laufenburg urteilten noch im jungen Kanton Aargau Richter, die ihre Ausbildung an österreichischen Universitäten genossen hatten. Neben dieser personellen Kontinuität fand auch das österreichische Recht vorerst weiter Anwendung, denn bis zur Kodifikation des aargauischen Rechts galten in den zum Kanton Aargau zusammengeführten Gebieten die bisherigen Rechtsordnungen weiter. Und schließlich wurde das neu geschaffene Aargauer Recht dank einflussreicher

---

<sup>1</sup> Mein besonderer Dank geht an meine Mitarbeiterin Elena Dittli (B.A. HSG in Law) für ihre wertvollen Recherchen und an Dr. phil. Linus Hüsler für seine unverzichtbaren Hinweise zur Geschichte Vorderösterreichs.

Laufenburger Juristen nachhaltig von österreichischen Kodifikationsvorlagen geprägt. Dies gilt vor allem für das Strafrecht, das Zivilrecht, das Schulrecht und die Übernahme der staatlichen Gebäudeversicherung. Die Helvetisierung Laufenburgs war somit im Rechtsalltag nicht als radikaler Bruch spürbar, sondern gestaltete sich eher als evolutionärer Prozess gegenseitiger Annäherung, der auch zu einer teilweisen Austria-kisierung des aargauischen Rechts führte.

Eine vergleichbare evolutionäre Entwicklung liegt auch der föderalen Kompetenzordnung im Schweizer Staatswesen zugrunde. Um diese Ordnung zu verstehen, genügt es daher nicht, mit der Darstellung dieser Geschichte erst im Jahr 1848 – dem Jahr der ersten Bundesverfassung – einzusetzen. Denn so wie das aargauische Justizwesen bis heute auf Fundamenten früherer Jahrhunderte gründet, wurden auch für die erste Bundesverfassung Bausteine aus früheren Epochen verwendet.

## 2. Alte Eidgenossenschaft bis 1798

### „Von der eigentlichen Constitution [...] dieser Eydgenössischen Republic“

Das Gebiet der heutigen Schweiz entsprach bis 1798 in weiten Teilen – ausgenommen die Gebiete wie dem bereits erwähnten vorderösterreichischen Fricktal oder Teilen des heutigen Kantons Genf – der Alten Eidgenossenschaft. Diese lässt sich aus rechtlicher Perspektive am ehesten mit einem komplexen Netzwerk unterschiedlicher Bündnisse zwischen ungleichen Partnern beschreiben.<sup>2</sup> Eingebunden waren neben den vollberechtigten „Orten“ (Kantonen) auch „Zugewandte Orte“ mit minderem Rechtsstatus. Zum Gebiet gehörten sodann Untertanengebiete,

die als „Gemeine Herrschaften“ teilweise gemeinsam verwaltet wurden. Das institutionelle Forum dieses Bündnisgeflechts bildete die „Tagsatzung“ als Gesandtenkongress der einzelnen „Orte“. In den heutigen Lehrbüchern zum Schweizer Verfassungsrecht wird dieses Gebilde meist als Staatenbund bezeichnet;<sup>3</sup> gemeint ist damit eine Verbindung gleichberechtigter und souveräner Einzelstaaten auf Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags. Die Idealkategorien von „Staatenbund“ und „Bundesstaat“ sind allerdings zu vereinfachend, um die Alte Eidgenossenschaft adäquat zu erfassen. Die Ungleichheit der Beteiligten und die unterschiedlichen Grade der Zugehörigkeit entziehen sich einer Systematisierung nach heutigen dogmatischen Kategorien. Unklar ist sodann, ob die rechtlichen Grundlagen der Eidgenossenschaft nach heutigem wie damaligem Verständnis als Verträge oder in ihrer Gesamtheit als Verfassung zu qualifizieren waren. Zweifelsohne lag diesem Gebilde keine formelle Verfassungsurkunde zugrunde. Zahlreiche der geschlossenen Bündnisse galten indes auf „ewig“ und sahen keine Kündigungsmöglichkeit vor. Es erstaunt daher nicht, wenn in der zeitgenössischen Literatur von „leges fundamentales“<sup>4</sup> oder einer „eigentlichen Constitution [...] dieser Eydgenössischen Republic“<sup>5</sup> die Rede war. Diese Verfassung kannte zudem bereits Ansätze einer föderalen Kompetenzausscheidung. Beschrieben wurde diese von Franz Michael Büeler (1642–1725) in seinem 1696 verfassten „Compendium des gemeinen eidgenössischen Rechts“. Darin unterschied er das „gemein Eydtnössische Recht“ oder „*Jus Publicum Helvetiae*“, das in allen Orten der Eidgenossenschaft Geltung bean-

<sup>2</sup> Exemplarisch ISELIN, Tentamen 11: „Corpus Helveticum est systema compositum ex multis civitatibus, quae autonomiam variis temporibus variis titulis adeptae, in societatem paulatim coierunt [...]“.

<sup>3</sup> HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht, Rz. 35f.; RHINOW, SCHEFER, UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 571f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 67, 243.

<sup>4</sup> BÜELER, Compendium 51 (fälschlich als 9 paginiert); vgl. auch WÜRGLER, Verfassungsrecht 52.

<sup>5</sup> Hans Jacob LEU, Vorrede zu SIMLER, Loblichen Eidgenossenschaft V.

spruchte und vom Recht der einzelnen Orte verschieden war.<sup>6</sup> Durch den Geltungsanspruch des gemeineidgenössischen Rechts wurde die Souveränität der einzelnen Orte „in etwelchen Sachen etwas limitiert undt eingeschränket“<sup>7</sup>. Hier klingt bereits die Vorstellung einer geteilten Souveränität im Bundesstaat an, wie sie Alexis de Tocqueville (1805–1859) später für die USA artikulieren sollte.<sup>8</sup> Büeler versuchte schließlich, die verschiedenen Bereiche des „Jus Publicum Helvetiae“ thematisch zu gruppieren und beschrieb fünf Sachbereiche gemeineidgenössischen Rechts: Interne Streitbeilegung und Landesverteidigung, Förderung des Freihandels, Eindämmung von Zollhindernissen, Verwaltung der „Gemeinen Herrschaften“ und Bekämpfung von Missbräuchen im Münzwesen. Hier wurde also bereits das Bemühen deutlich, unter thematischen Gesichtspunkten verschiedene Zuständigkeitssphären voneinander abzugrenzen. In einzelnen Sachbereichen entschied die Tagsatzung sodann nicht einstimmig, sondern anerkannte auch Mehrheitsentscheidungen.<sup>9</sup> Dies galt besonders bei der Verwaltung der „Gemeinen Herrschaften“, wo sich erste Ansätze gemeinsamer Staatlichkeit am deutlichsten zeigten.<sup>10</sup> In einer Gesamtbetrachtung ließe sich mit der Gewaltenteilungskonzeption von John Locke (1632–1704) argumentieren, dass Exekutive und Legislative weitgehend in den Händen der einzelnen „Orte“ blieben, während die Föderative („the power of war and peace, leagues and

alliances“<sup>11</sup>) dem kollektiv gebildeten Ganzen zustand.<sup>12</sup>

### 3. Mediationsakte von 1803 „constituée fédérale par la nature“

Nach dem Einmarsch französischer Truppen im Jahr 1798 brachen die Staatsstrukturen der Alten Eidgenossenschaft zusammen. Das „Ancien Régime“ wich der „Helvetischen Republik“, deren Verfassung vom 12. April 1798 weitgehend eine Adaption der französischen Direktorialverfassung von 1795 darstellte. Artikel 1 der Verfassung bezeichnete die Helvetische Republik nach französischem Vorbild als „eins und unteilbar“ („La République helvétique est une et indivisible.“). Im Unterschied zum französischen Original wurde diese Bestimmung aber um einen Absatz ergänzt, der den Bruch mit der Vergangenheit deutlich unterstrich.<sup>13</sup> Die Helvetische Republik erwies sich trotz dieser verfassungsrechtlichen Rhetorik als äußerst uneins und instabil, und die Gegensätze zwischen Unitariern und Föderalisten spitzten sich immer mehr zu. Der Erste Konsul Frankreichs – Napoléon Bonaparte (1769–1821) – versuchte mit der von ihm auf seinem Landsitz Malmaison diktierten Verfassung vom 29. Mai 1801, eine föderal geprägte Republik zu verwirklichen, indem die Kompetenzen der Zentralgewalt und der Kantone im zweiten

<sup>6</sup> BÜELER, Compendium 50 (fälschlich als 8 paginiert).

<sup>7</sup> BÜELER, Compendium 52 (fälschlich als 10 paginiert). Vgl. auch ISELIN, Tentamen 23.

<sup>8</sup> TOCQUEVILLE, Vol. I, 183.

<sup>9</sup> ISELIN, Tentamen 24: „ibi enim pars minor maiorem semper sequitur“; WÜRGLER, Tagsatzung 570.

<sup>10</sup> Ikonographisch kam dies in einem gemeinsamen, aus den Wappen der einzelnen „Orte“ zusammengesetzten Wappenschild zum Ausdruck, das von einer gemeinsamen Souveränitätskrone überwölbt wurde, MAISSEN, Republic 295.

<sup>11</sup> LOCKE, Two Treatises, Second Treatise, Chapter XII, Sect. 146.

<sup>12</sup> MAISSEN, Republic 572.

<sup>13</sup> „Es giebt keine Grenzen mehr zwischen den Cantonen und den unterworfenen Landen noch zwischen einem Canton und dem andern. Die Einheit des Vaterlandes und des allgemeinen Interesse's vertritt künftig das schwache Band, welches verschiedenartige, außer Verhältnis ungleich große, und kleinlichen Localitäten oder einheimischen Vorurtheilen unterworfenen Theile zusammenhielt und auf Gerathewohl leitete. Man verspürte nur die ganze Schwache einzelner Theile; man wird aber durch die vereinigte Starke Aller stark sein.“ (ASHR 1, 567).

Abschnitt der Verfassung je einzeln aufgezählt wurden.<sup>14</sup> Diese „Verfassung von Malmaison“ scheiterte in der Folge aber am Widerstand der Unitarier. Nachdem die Helvetische Republik zusehends in kriegsähnlichen Wirren versank, berief Bonaparte die Konfliktparteien im September 1802 zu einer „Consulta“ nach Paris ein. Obwohl die Unitarier dort in der Mehrheit waren, stellte der Erste Konsul klar, dass nur eine föderale Struktur die Konflikte nachhaltig befrüchten könne. Seiner Ansicht nach musste die Schweiz von Natur aus föderal verfasst sein („constituée fédérale par la nature“).<sup>15</sup> Das Ergebnis war die „Mediationsakte“ vom 19. Februar 1803, die in neunzehn Kapiteln die Kantonsverfassungen enthielt und im 20. Kapitel die „Bundesakte“. Die 1798 untergegangenen „Orte“ erwachten nun als Kantone wieder zu neuem Leben, wobei aus den ehemals beherrschten Untertanengebieten, den nicht vollberechtigten „Zugewandten Orten“ und den neu hinzugekommenen Gebieten – wie dem Fricktal – neue und gleichberechtigte Kantone entstanden. Einer davon war der Aargau. Um die Gleichheit der Kantone zu unterstreichen, wurden sie in der Mediationsakte in alphabetischer Reihenfolge aufgeführt. Die Bundesakte wies dem Bund vergleichsweise wenige Kompetenzen zu, etwa zur Sicherstellung des freien Warenverkehrs, zur Vereinheitlichung des Münzwesens sowie die Bereiche der Außen- und Verteidigungspolitik. In Art. 12 verankerte die Bundesakte sodann eine subsidiäre Generalkompetenz der Kantone: „Die Kantone üben alle Gewalt aus, die nicht ausdrücklich der Bundesbehörde übertragen ist.“ (im französischen Original: „Les cantons jouissent de tous les pouvoirs qui n'ont pas été

expressément délégués à l'autorité fédérale.“<sup>16</sup>) Die Bestimmung erinnert stark an Art. II der amerikanischen Konföderationsartikel von 1777<sup>17</sup> und das 1791 verabschiedete zehnte Amendment zur Unionsverfassung von 1787.<sup>18</sup> Die Ähnlichkeit dürfte kein Zufall sein,<sup>19</sup> war doch einer der Konferenzleiter und möglichen Redaktoren der Bundesurkunde der französische Senator Jean-Nicolas Dèmeunier (1751–1814) – ein profunder Kenner des amerikanischen Verfassungsrechts wie auch der Schweizer Verhältnisse.<sup>20</sup>

Nach dem Ende der napoleonischen Vorherrschaft dominierten auch in der Schweiz restaurative Tendenzen und die Mediationsakte wurde abgelöst durch den Bundesvertrag (BV) vom 7. August 1815. Der Vertrag betonte zwar die Souveränität der Kantone, führte aber mit Ausnahme des Münzwesens die in der Bundesakte von 1803 bereits genannten „Angelegenheiten des Bundes“ weiter (§ 8 BV 1815). Die Gleichheit der Kantone wurde trotz restaurativen Tendenzen nicht mehr angetastet und die Abschaffung der „Unterthanenlande“ sogar ausdrücklich erwähnt (§ 7 BV 1815). Auch wenn die Rechtsgrundlage des Vertrags auf einen Staatenbund hindeutete,<sup>21</sup> konnte die Tagsatzung im Bereich der Bundesangelegenheiten mit einfachem oder qualifiziertem Mehr entscheiden (§ 8 BV 1815).

<sup>16</sup> Mediationsakte 103.

<sup>17</sup> „Each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every Power, Jurisdiction and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled.“

<sup>18</sup> „The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.“

<sup>19</sup> Vgl. auch BLUMER, MOREL, Handbuch 209; BURCKHARDT, Kommentar 13; HIS, Staatsrecht 1, 100f.; RÜTTIMANN, Bundesstaatsrecht 28, 54f.

<sup>20</sup> Vgl. MONNIER, KÖLZ, Bonaparte 12f., 72ff.

<sup>21</sup> So die einhellige Einschätzung der heutigen Staatsrechtslehre: HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht Rz. 42; RHINOW, SCHEFER, UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 572; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 67, 243.

<sup>14</sup> ASHR 6, 933f.

<sup>15</sup> So die von Bonaparte unterzeichnete Präambel der Mediationsakte vom 19. 2. 1803; die französischsprachige Originalakte ist unter Wikimedia Commons frei zugänglich.

Dass dieses Gebilde kein idealtypischer Staatenbund war, wurde auch daran ersichtlich, dass die Tagsatzung wiederholt selbst die Bezeichnung „Bundesstaat“<sup>22</sup> verwendete und in der Literatur dem Bundesvertrag Elemente einer Verfassung attestiert wurden<sup>23</sup> oder der Vertrag schlicht als „Bundesverfassung“<sup>24</sup> bezeichnet wurde.

## 4. Bundesverfassung von 1848

### Verwendung von „vielen und vortrefflichen Bausteinen“

#### a) Grundsatz: Subsidiäre Generalkompetenz der Kantone

Nach 1830 wurden die restaurativen Kräfte in zahlreichen Kantonen durch eine liberale „Regenerations“-Bewegung verdrängt. Elf Kantone gaben sich eine neue Kantonsverfassung und 1832 beschloss die Tagsatzung, auch den Bundesvertrag zu erneuern. Es wurde eine „Revisionskommission“ eingesetzt, die am 15. Dezember 1832 den Entwurf für eine „Bundeskurkunde“ vorlegte, der von der Tagsatzung beraten und in angepasster Form am 15. Mai 1833 verabschiedet wurde. Das erklärte Ziel des ursprünglichen Entwurfs wäre es gewesen, die Schweiz im ersten Artikel zu einem „unauflösbaren Bundesstaat“ zu erklären – eine Formulierung, die der Tagsatzung zu gewagt schien, weshalb sie in der Fassung von 1833 fallen gelassen wurde. Beide Entwürfe sahen indes in Art. 2 Abs. 1 eine gleichlautende Bestimmung zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen vor: „Die Kantone sind souverän und üben als solche alle Rechte aus, die nicht ausdrücklich der Bundesgewalt übertragen sind.“ Diese Entwürfe basierten auf Art. 12 der Bundesakte von 1803, griffen mit der ausdrücklichen Erwähnung der Kanto-

nalsouveränität aber auch ein Element des Bundesvertrags von 1815 auf. Trotz der durch die Tagsatzung vorgenommenen Anpassungen scheiterte der Entwurf von 1833 an der Ratifizierung durch die Kantone – die Bevölkerung des für die katholische Zentralschweiz wichtigsten Kantons Luzern hatte sich dagegen ausgesprochen. Die Reformbestrebungen der 1830er-Jahre erwiesen sich im Nachhinein betrachtet dennoch als wichtiger Schritt. Denn die Entwurfstexte bildeten die Basis, auf deren Grundlage die Bundesverfassung von 1848 entworfen wurde. Nachdem die liberalen Kräfte im raschen und vergleichsweise unblutigen Sonderbundskrieg von 1847 über ein Separatbündnis katholisch-konservativer Kantone gesiegt hatten, setzte die Tagsatzung im August 1847 erneut eine Revisionskommission ein, die innert kürzester Zeit (zwischen dem 17. Februar und dem 8. April 1848) den Text für eine Bundesverfassung vorlegte. Der Präsident der Kommission – der Berner Vertreter an der Tagsatzung und später einer der ersten Bundesräte Ulrich Ochsenbein (1811–1890) – formulierte den Bauplan für die neue Bundesverfassung so: „Am alten Gebäude sind viele und vortreffliche Bausteine, darunter alle Bestimmungen, welche von Abtretungen einzelner Souveränitätsrechte an den Bund handeln.“<sup>25</sup> So wurde aus den Entwürfen von 1832 und 1833 schließlich Art. 3 der Bundesverfassung von 1848: „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.“ Die Gründe für die Weglassung des Wortes „ausdrücklich“ lassen sich – soweit ersichtlich – nicht mehr eruieren.<sup>26</sup> Die Be-

<sup>25</sup> Zit.n. dem Protokoll von Friedrich Frey-Herosé, HOLENSTEIN, Stunde Null 490.

<sup>26</sup> BLUMER, MOREL, Handbuch 210; BURCKHARDT, Kommentar 13. Während die bis heute wohl herrschende Lehre dieser Weglassung keine grundlegende Bedeutung zumisst und auf das Prinzip der Einzelermächtigung verweist (vgl. schon FLEINER, Bundes-

<sup>22</sup> Vgl. für die Jahre 1815 und 1816 KAISER, Amtliche Protokolle 1816, 824, 840.

<sup>23</sup> DUBS, Das Oeffentliche Recht 38.

<sup>24</sup> BLUNTSCHLI, Geschichte 482.

stimmung wurde später nahezu unverändert zu Art. 3 der totalrevidierten Bundesverfassungen von 1874 und 1999. Sieht man von der Anrufung Gottes ab, dann ist dies die einzige Norm in der Schweizer Bundesverfassung, die seit 1848 nie geändert wurde.

Art. 3 der Bundesverfassung bringt zum Ausdruck, dass die Verfassungsväter von 1848 der Überzeugung waren, dass die Ursprünge staatlicher Herrschaft bei den Kantonen liegen – daher verfügen die Kantone über eine „vermutete“<sup>27</sup> subsidiäre Generalkompetenz, und neue Bundeskompetenzen können nur durch ausdrückliche Einzelermächtigung der Verfassung geschaffen werden (Verfassungsvorbehalt zu Lasten des Bundes).<sup>28</sup> Dass Art. 3 ausdrücklich nur die Souveränität der Kantone erwähnte,

---

staatsrecht 43; DUBS, Das Oeffentliche Recht 188; RÜTTIMANN, Bundesstaatsrecht 55), sahen BLUMER, MOREL (Handbuch 209f.) und SCHOLLENBERGER (Kommentar, 100f., 103f.) darin noch eine bewusste Weglassung.

<sup>27</sup> Diese Vermutung bezieht sich nur auf die Frage, ob eine Bundeskompetenz besteht. Einmal begründete Bundeskompetenzen sollen hingegen nach den etablierten Auslegungsmethoden ausgelegt werden und nicht restriktiv zu Gunsten der Kantone: BIAGGINI, Kommentar, Art. 3 Rz. 8; BURCKHARDT, Kommentar 14; HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht Rz. 1075; RHINOW, SCHEFER, UEBERSAX, Verfassungsrecht Rz. 718; noch anderer Meinung FLEINER, GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht 75; SCHOLLENBERGER, Kommentar 106–108.

<sup>28</sup> Vgl. den Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8. 4. 1848, erstattet von der am 16. 8. 1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission (Bern 1848) 11: „Wir haben also vereinigte Staaten oder wenn man will einen Bundesstaat, ein System, das wesentlich vom Unitarismus verschieden ist; weil unsere Verbindung von Staaten eine Conföderation bildet, in welchen die Kantone souverän bleiben.“ Vgl. auch das Votum von Josef Munzinger (1791–1855), Vertreter des Kantons Solothurn in der Verfassungskommission und später einer der ersten Bundesräte: „Wollen wir geben oder wollen wir nehmen? Geben können wir nicht, was wir nie hatten, also muss man nehmen. Nehmen von der Souveränität der Kantone, aber in bescheidenem Maße und nur, in soweit es zum Glück des Ganzen nöthig ist“, zit.n. HOLENSTEIN, Stunde Null 488.

nicht aber diejenige des Bundes (etwa im Bereich der Außenpolitik), war kaum Zufall.<sup>29</sup> Auch sonst fällt auf, dass die Bundesverfassung von 1848 eine staatenbündische Tonalität pflegte. Art. 1 zählte die „Völkerschaften der zwei und zwanzig souveränen Kantone“ auf – bemerkenswerterweise nicht in alphabetischer Reihenfolge wie noch die Bundesakte von 1803, sondern in derjenigen des Bundesvertrags von 1815. Damit wurde subtil in Erinnerung gerufen, dass vor 1798 einige Kantone gleicher waren als andere. Der Begriff „Bundesstaat“ wurde erneut gemieden, es war nur vom „Bund“ oder der „Bundesgewalt“ die Rede. Offizielle Bezeichnung des neuen Staatswesens wurde der schon lange übliche deutschsprachige Begriff „Schweizerische Eidgenossenschaft“ sowie in den lateinischen Sprachen die mit dem Bundesvertrag von 1815 etablierten Begriffe „Confédération suisse“ bzw. „Confederazione Svizzera“, die eher auf eine Konföderation und damit einen Staatenbund hindeuteten. Man kann diese Rhetorik mit bloßen „Bequemlichkeitsrücksichten“<sup>30</sup> erklären oder darin einen geschickten Schachzug sehen, die im Sonderbundskrieg unterlegenen Föderalisten zu versöhnen.<sup>31</sup>

Die staatenbündische Rhetorik kontrastierte freilich mit dem Umstand, dass die neue Verfassung das Mehrheitsprinzip zur Grundregel machte und den Bund zu einer vollständigen Staatsgewalt ausbaute. Die Tagsatzung lebte zwar in gewisser Weise mit dem Ständerat weiter, in dem jeder Kanton mit zwei Mitgliedern und die „Halbkantone“ mit je einem Mitglied vertreten waren. Dessen Mitglieder waren aber ausdrücklich nicht mehr an Instruktionen gebunden (Art. 79 BV 1848) und somit höchstens noch politisch betrachtet „Vertreter“ ihrer Kantone. Nach dem Vorbild des US-amerikanischen

---

<sup>29</sup> BLUNTSCHLI, Geschichte 514 („Die Souveränität des Bundes ist mit Absicht nicht ausdrücklich erwähnt“.).

<sup>30</sup> DUBS, Das Oeffentliche Recht 187.

<sup>31</sup> Vgl. BLUNTSCHLI, Geschichte 514.

Repräsentantenhauses trat neben den Ständerat sodann der Nationalrat als Vertretung der schweizerischen Gesamtbevölkerung. Beide Kammern entschieden mit einfacher Mehrheit (Art. 77 BV 1848). Sodann genügte zur Annahme<sup>32</sup> und Änderung der Bundesverfassung die einfache Mehrheit des (Gesamt-)Volkes und die Mehrheit der Kantone („Ständemehr“; Art. 114 BV 1848). Während bislang die Mehrheit über die Ausübung bereits bestehender Bundeskompetenzen entscheiden konnte, war neu auch die Mehrheit für die Begründung neuer Bundeskompetenzen ausschlaggebend. Auch wenn Art. 3 der Bundesverfassung rein sprachlich Kontinuität ausdrückte, erhielt die Bestimmung durch die deutlich erleichterte Möglichkeit zur Begründung neuer Bundeskompetenzen eine ganz andere Dynamik. Diese Dynamik konnte sich indes erst nach der Totalrevision von 1874 entfalten, als mit dem konzeptionellen Wandel zum Vollzugsföderalismus eine politisch-emotional entscheidende Hürde auf dem Weg zur Begründung neuer Bundeskompetenzen beseitigt worden war.

### **b) Konkrete Ausgestaltung: Konsolidierung und sanfter Ausbau der Kompetenzen**

Welche konkreten Kompetenzen wies nun die Verfassung von 1848 dem Bund zu? Auch hier wird das Bemühen um Kontinuität sichtbar, indem die Verfassung in erster Linie bereits bestehende Bundeskompetenzen bestätigte, diese maßvoll erweiterte oder Bereiche zur Bundessache erklärte, die bereits gemäss bisheriger Praxis als Bundesaufgabe betrachtet wurden oder aufgrund interkantonalen Vereinbarungen („Konkordate“) weitgehend vereinheitlicht waren.

<sup>32</sup> Art. 1 der Übergangsbestimmung blieb diesbezüglich unbestimmt. Die Tagsatzung stellte in ihrem Beschluss über die Annahme der Bundesverfassung vom 12. 9. 1848 auf die Mehrheit der Kantone und der Bevölkerung ab.

Sanft erweitert wurden die Bundeskompetenzen in den Bereichen Außen- und Außenhandelspolitik (Art. 8 BV 1848).<sup>33</sup> Stärker ausgeweitet wurden die bestehenden Kompetenzen des Bundes in den Bereichen Zölle (Art. 22–28 BV 1848)<sup>34</sup> und freier Warenverkehr (Art. 29–32 BV 1848).<sup>35</sup> Die Befugnis zur Vereinheitlichung von Maß und Gewicht wurde dem Bund zugewiesen, wobei die Kompetenznorm ausdrücklich auf die „Grundlage des bestehenden eidgenössischen Konkordates“ verwies (Art. 39 BV 1848).<sup>36</sup> Auch weitere Kompetenzen, etwa zur Errichtung öffentlicher Werke (Art. 21 BV 1848),<sup>37</sup> zur Regelung der Heimatlosen-Frage (Art. 56 BV 1848)<sup>38</sup> sowie betreffend Fremdenpolizei (Art. 57 BV 1848)<sup>39</sup> und Seuchenpolizei (Art. 59 BV 1848)<sup>40</sup> erklärten Bereiche zu Bundeszuständigkeiten, die aufgrund von Tagsatzungsbeschlüssen oder Konkordaten bereits schweizweit geregelt waren. Schließlich wurden aber auch *neue* Kompetenzen des Bundes begründet. Dem Bund wurde

<sup>33</sup> Vgl. bereits Art. 31–33 Bundesakte 1803 und § 8 Abs. 3, 4 und 5 BV 1815; zur Änderung im Einzelnen BURCKHARDT, Kommentar 79–81; KLEY, Bundeskompetenzen 192.

<sup>34</sup> Vgl. bereits Art. 5, 6 Bundesakte 1803 und § 3 und 11 BV 1815; KLEY, Bundeskompetenzen 193; zur Änderung im Einzelnen BURCKHARDT, Kommentar 208–211; KLEY, Bundeskompetenzen 193.

<sup>35</sup> Vgl. bereits Art. 5 Bundesakte 1803 und § 11 BV 1815; zur Änderung im Einzelnen BURCKHARDT, Kommentar 222–224.

<sup>36</sup> Vgl. ebd. 338f.

<sup>37</sup> Die Tagsatzung hatte 1783 einen Auftrag zur Korrektur des Flusses Linth erteilt, der allerdings erst 1804 zu konkreten Bauplänen führte und zwischen 1807 und 1823 ausgeführt wurde. Die Tagsatzung fühlte sich für dieses „Schweizer Nationalwerk“ zuständig, obwohl ihr weder vor 1798 noch aufgrund der Mediationsakte von 1803 oder dem BV 1815 eine ausdrückliche Kompetenz zugewiesen worden wäre; vgl. BURCKHARDT, Kommentar 154.

<sup>38</sup> Zu den vorbestehenden Konkordaten ebd. 607f.

<sup>39</sup> Zu den Beschlüssen der Tagsatzung und den Konkordaten ebd. 506, 628.

<sup>40</sup> Zu den Beschlüssen der Tagsatzung und den Konkordaten ebd. 611f.

die Befugnis eingeräumt, „eine Universität und eine polytechnische Schule zu errichten“ (Art. 22 BV 1848),<sup>41</sup> er sollte das Postwesen übernehmen (Art. 33 f. BV 1848)<sup>42</sup> und die „Oberaufsicht über die Straßen und Brücken, an deren Erhaltung die Eidgenossenschaft ein Interesse hat“ wahrnehmen (Art. 35 BV 1848).<sup>43</sup> Und schließlich sollten dem Bund das Münzregal (Art. 36 BV)<sup>44</sup> und das Pulverregal (Art. 38 BV 1848)<sup>45</sup> zukommen. Der Bund machte von seinen Kompetenzen unterschiedlich rasch Gebrauch: Vordringlich erschien die Übernahme des chaotischen Postwesens durch den Bund, das dieser noch Ende 1848 an die Hand nahm,<sup>46</sup> im Sommer 1849 trat die eidgenössische Zollgesetzgebung in Kraft<sup>47</sup> und zwischen 1850 und 1852 wurde der Franken als Schweizer Münzwährung eingeführt.<sup>48</sup> 1855 schließlich nahm die Eidgenössische Polytechnische Schule in Zürich ihren Betrieb auf.<sup>49</sup>

Dort, wo der Bund in bestehende Kompetenzen der Kantone eindrang oder diese verdrängte, wurde auf einen nahtlosen Übergang geachtet. Regelungslücken wurden auch dort vermieden, wo bestehende Tagsatzungsbeschlüsse und Konkordate von neuen Regeln des Bundesgesetzgebers abgelöst wurden.<sup>50</sup> Die Bundeskompetenzen wirkten somit allesamt „nachträglich derogierend“ oder „konkurrierend“.<sup>51</sup> Auch

wenn gewisse der neu begründeten Bundeskompetenzen in der Schweizer Lehre seit Mitte des 20. Jahrhunderts in Anlehnung an die deutsche Dogmatik als „ursprünglich derogierend“ oder „ausschließlich“ qualifiziert werden,<sup>52</sup> ist diese Zuordnung historisch gesehen unzutreffend.<sup>53</sup>

Die Bundesverfassung von 1848 markierte staatsorganisatorisch einen Umbruch und Neuanfang, indem mit dem Bund eine zusätzliche und vollwertige Staatsebene geschaffen wurde und diese mit gewaltengliedrig organisierten Staatsorganen – einem zweikammerigen Parlament (Bundesversammlung mit National- und Ständerat), einer Regierung (Bundesrat) und einem (vorerst noch schwachen) Bundesgericht – ausgestattet wurde. Aus dieser Perspektive erscheint das Jahr 1848 als „Stunde Null“ – oder man kann in der Bundesverfassung gar eine „Neuerfindung der Schweiz“ erblicken.<sup>54</sup> Betrachtet man indes die Verteilung von Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen, dann trifft diese Einschätzung nur bedingt zu.<sup>55</sup> Sowohl in der Grundsatzfrage wie auch in der konkreten Ausgestaltung ist die Verfassung von 1848 neben Neuerungen auch stark von Kontinuität und Rücksichtnahme gegenüber den Kantonen geprägt. Die Diskrepanz zwischen der neuartigen Staatsarchitektur und dem vergleichsweise bescheidenen Kompetenzzuwachs fiel auch dem in Heidelberg lehrenden Schweizer Juristen Johann Caspar Bluntschli (1808–1881) auf: „Das Missverhältnis zwischen der Großartigkeit des Organismus und der engen

<sup>41</sup> Zur Vorgeschichte ebd. 195f.

<sup>42</sup> Zur Vorgeschichte ebd. 306f.; KLEY, Bundeskompetenzen 192f.

<sup>43</sup> Eine analoge Bestimmung enthielt bereits Art. 23 der Bundesakte von 1803, nicht mehr aber der BV 1815, vgl. BURCKHARDT, Kommentar 315f.

<sup>44</sup> Zur Vorgeschichte ebd. 324f.; KLEY, Bundeskompetenzen 193f.

<sup>45</sup> Zur Vorgeschichte BURCKHARDT, Kommentar 342.

<sup>46</sup> KLEY, Bundeskompetenzen 192f.

<sup>47</sup> Ebd. 193.

<sup>48</sup> Ebd. 193f.

<sup>49</sup> Vgl. BURCKHARDT, Kommentar 199.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 6 Übergangsbestimmung BV 1848; KLEY, Bundeskompetenzen 190.

<sup>51</sup> Zum Begriffsverständnis EHRENZELLER, EHRENZELLER, Kompetenzzuteilung 56f.; HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht Rz. 1092; RHINOW, SCHEFER, UEBERSAX, Ver-

fassungsrecht Rz. 727f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 763.

<sup>52</sup> FLEINER, GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht 102. In dieser Tradition HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht Rz. 1098; RHINOW, SCHEFER, UEBERSAX, Verfassungsrecht Rz. 725f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 765.

<sup>53</sup> BURCKHARDT, Kommentar 16; KLEY, Bundeskompetenzen 189–201.

<sup>54</sup> So die im Titel zum Ausdruck kommende Bewertung von HOLENSTEIN, Stunde Null.

<sup>55</sup> Vgl. VATTER, Swiss Federalism 172.



Begrenzung der Bundeskompetenzen im Einzelnen ist augenfällig: und nicht mit Unrecht lässt sich der Verfassung vorwerfen, dass sie einem großen und kostbaren Palaste gleiche, in welchem wenig Räume wirklich benutzt werden“.<sup>56</sup>

## 5. Bundesverfassung von 1874

### Dambruch zur Ausweitung der Bundeskompetenzen

#### a) Zunehmender Reformdruck und gescheiterte Reformen

Das 19. Jahrhundert war von einem starken demographischen, ökonomischen und technischen Wandel geprägt, der nach 1860 den Ruf nach Reformen der staatlichen Strukturen lauter werden ließ. War die Schweiz um 1800 noch agrarisch geprägt, so wurde der Agrarsektor um 1870 vom Industriesektor bezüglich Wertschöpfung und Beschäftigtenzahl überholt. In die Zeit zwischen 1800 und 1900 wuchs zudem die Wohnbevölkerung um das doppelte. Bevölkerungswachstum und Industrialisierung verstärkten soziale Ungleichheiten, zeigten erste Auswirkungen auf die natürliche Umwelt und erhöhten das Bedürfnis nach staatlicher Steuerung der technischen Entwicklung, v.a. im Bereich des Eisenbahnwesens. Als politische Folge artikulierte sich seit den 1860er-Jahren eine demokratische Bewegung gegen die etablierten Kräfte des liberalen Bürgertums. Sie forderte eine verstärkte direktdemokratische Mitsprache, etwa durch die Mitwirkung des Stimmvolks an der Rechtsetzung über Referenden und Initiativen und die direkte Volkswahl von staatlichen Funktionsträgern. Die Diskussion um die päpstliche Unfehlbarkeit verschärfte sodann ab 1871 den Kulturkampf, der die schon bestehenden konfessionellen Gegensätze überlagerte und eine neue Konfliktlinie zwischen reformorientierten Katholi-

ken – etwa im josephinisch geprägten Fricktal – und den „ultramontan“ orientierten konservativen Kräften aufbrechen ließ. Der deutsch-französische Krieg und die Deutsche Reichsgründung hinterließen zudem auch in der Schweiz Spuren. Der Krieg deckte Schwächen der Armee auf, die weitgehend aus kantonalen Kontingenten bestand. Die deutsche Einheit beflügelte diejenigen Kräfte, die sich mehr nationale Einheit wünschten, etwa durch Rechtsvereinheitlichung.<sup>57</sup>

Vor diesem Hintergrund entstand ein zunehmender Reformstau. Dieser führte dazu, dass die Bundesversammlung 1866 neun Vorlagen zur Teilrevision der Verfassung unterbreitete, die aber mit einer Ausnahme (Ausdehnung der Niederlassungsfreiheit auf Schweizerbürger jüdischen Glaubens) alle in der Abstimmung von Volk und Ständen abgelehnt wurden. 1872 folgte ein noch ambitionierteres Reformprojekt – diesmal in Form einer umfassenden Totalrevision. Auch dieses Projekt scheiterte vergleichsweise knapp in der Abstimmung, wobei die französischsprachigen Kantone den Ausschlag gaben, die sich vor einer zu starken Zentralisierung und damit einer Dominanz der deutschsprachigen Mehrheit fürchteten. Die Vorlage wurde daraufhin mit Blick auf die Anliegen der französischsprachigen Schweiz weniger zentralistisch ausgestaltet. Zugleich wurden die kulturkämpferischen Bestimmungen noch verschärft. In der Abstimmung vom 19. April 1874 wurde die Totalrevision schließlich angenommen.<sup>58</sup>

#### b) Grundsatz: Vollzugsföderalismus und Stärkung des Bundesgerichts

Die Bundesverfassung von 1874 hielt – wie bereits erwähnt – am unveränderten Art. 3 fest. Vordergründig änderte sich damit am Grund-

<sup>56</sup> BLUNTSCHLI, Geschichte 515.

<sup>57</sup> Hierzu KLEY, Bundesverfassung 31; SCHINDLER, Verwaltungsrecht, insb. Rz. 11.

<sup>58</sup> Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte 599–626.

muster der Kompetenzverteilung nichts. Dennoch hat die Totalrevision von 1874 einen eigentlichen Dammbbruch ausgelöst und einen massiven „Peak“ der Kompetenzverlagerung auf den Bund bewirkt.<sup>59</sup> Neben gesellschaftlichen und ökonomischen Faktoren dürfte hinter diesem Wandel auch das mit der Totalrevision zusammenhängende Bekenntnis zum Modell des Vollzugsföderalismus stehen. Die Verfassung von 1848 basierte noch auf der Grundannahme, dass die Bundeskompetenzen in erster Linie vom Bund und seinen Vollzugsorganen selbst wahrgenommen werden sollten – etwa durch Diplomaten des Bundes, eigene Post- und Zollbeamte oder eine Eidgenössische Münzstätte und die Pulvermühlen des Bundes. Indirekt kam dies darin zum Ausdruck, dass die BV 1848 den Bund dazu verpflichtete, bei der Rekrutierung seiner Beamten nach Möglichkeit die lokale Bevölkerung zu berücksichtigen (Art. 34 BV 1848). Hätte der Bund den Vollzug von Beginn weg den kantonalen und kommunalen Behörden belassen, wäre diese Vorgabe überflüssig gewesen. Vom Grundmodell des Bundesvollzugs verabschiedete sich der Bund nach 1874, indem er sich von nun an am Grundsatz orientierte: „Unifions, mais ne centralisons pas!“<sup>60</sup> – Lasst uns (das Recht) vereinheitlichen, nicht aber (die Staatsgewalt) zentralisieren!<sup>61</sup> Der Bund sollte sich also auf die Rechtsvereinheitli-

chung beschränken, den Vollzug aber den bestehenden Verwaltungs- und Justizbehörden der Kantone und Gemeinden überlassen. Auch wenn dieser Paradigmenwechsel erst mit der Reform von 1999 ausdrücklich Eingang in den Verfassungstext fand (vgl. Art. 46 BV 1999), wurde er bereits nach 1874 zur staatspolitischen *Maxime* bei der Begründung neuer Bundeskompetenzen. Damit wurde nicht nur föderalistischen Bedenken der lateinischen Schweiz Rechnung getragen, sondern auch dem erhöhten Bedürfnis nach demokratischer Legitimation und der in der Schweiz latent vorhandenen Bürokratiefeindlichkeit. Die Funktionsträger der Kantone und Gemeinden wurden als Folge der demokratischen Bewegung vielerorts direkt vom Volk gewählt und übten ihr Amt oft als Neben- oder Ehrenamt im Rahmen ihrer staatsbürgerlichen Pflichten aus (sog. „Milizverwaltung“). Die am Berufsbeamtentum orientierte Bürokratie des Bundes erschien demgegenüber als „undemokratisch, nicht nur als Organisationsform, sondern auch dem ganzen in ihr herrschenden Geiste nach“.<sup>62</sup> Indem das Modell des Vollzugsföderalismus wegleitend wurde, konnte die politisch-emotionale Hemmschwelle zur Begründung neuer Bundeskompetenzen gesenkt werden. Im Alltag der Bürgerinnen und Bürger änderte sich durch eine Kompetenzverlagerung scheinbar nichts. Der Bund wurde vielmehr zur unsichtbar lenkenden Kraft im Hintergrund.

Mit der Totalrevision von 1874 wurde zudem das Bundesgericht institutionell gestärkt und seine Kompetenzen deutlich ausgeweitet (Art. 108–114 BV 1874). Das Bundesgericht sollte neu auch „Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits und Kantonalbehörden andererseits“ beurteilen (Art. 113 Abs. 1 Z. 1 BV 1874). Das Bundesgericht konnte diese Aufgabe als „Hüterin der Kompetenzordnung“ allerdings nur einseitig zu Gunsten des Bundes

<sup>59</sup> DARDANELLI/MUELLER, *De/Centralization*, 149, 158.

<sup>60</sup> Zugeschrieben wird das Zitat dem radikal-liberalen, aber aus der zentralisierungsskeptischen lateinischen Schweiz stammenden Politiker Louis Ruchonnet (1834–1893); zit.n. HIS *Staatsrecht* 3, 426; vgl. auch FLEINER, *Bundesstaatsrecht* 24; KLEY, *Verhältnis* 626. Punktuell kam dieser Grundsatz auch im Text der Verfassung zum Ausdruck, so in Art. 20 Abs. 3 (Militärverwaltung, die ansonsten allerdings zentralisiert wurde) und Art. 64 Abs. 3 BV 1874 (Erwähnung der kantonalen Rechtsprechung). Später wurden diese ausdrücklichen Vorbehalte häufiger: SCHINDLER, *Zusammenwirken* 69f.

<sup>61</sup> Vgl. HIS, *Bd. III*, 425–427; SCHWEIZER, *Staatsaufgaben* 700.

<sup>62</sup> FLEINER, *Bundesstaatsrecht* 782.

wahrnehmen, da die Bundesgesetze „für das Bundesgericht maßgebend“ erklärt wurden (Art. 113 Abs. 3 BV 1874). Damit waren dem Gericht bei kompetenzwidrig erlassenen Gesetzen die Hände gebunden. Darüber hinaus entwickelte das Bundesgericht ein ausgesprochen unitarisches Selbstverständnis und verstand sich in erster Linie als „Hüterin der Rechtseinheit“.<sup>63</sup> Aus den Übergangsbestimmungen der Verfassung von 1874 (Art. 2) leitete das Gericht zudem ab, dass dem Bundesrecht generell „derogatorische“ Kraft zukomme und der Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“ als verfassungsmäßiges Individualrecht selbständig geltend gemacht werden könne.<sup>64</sup> Die Bundesverfassung von 1874 und die Praxis des Bundesgerichts begründeten damit eine bis heute andauernde „hinkende Justiziabilität“ der Kompetenzordnung. Während kompetenzwidriges Verhalten der Kantone gerichtlich sanktioniert werden kann, sind kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze weitgehend immunisiert.

### c) Konkrete Ausgestaltung Von der Rechtseinheit zur Unübersichtlichkeit

Die Totalrevision von 1874 stand unter dem Motto „Eine Armee, ein Recht“. In diesem Sinn wurden die Zuständigkeiten des Bundes im Bereich der Armee ausgebaut (Art. 18–22 BV 1874) und der Bund erhielt die Kompetenz zur Vereinheitlichung des Zivilrechts, des Rechts des geistigen Eigentums sowie des Betreibungs- und Konkursrechts (Art. 64 BV 1874). Liberalen Interessen und der Stärkung des Binnenmarktes trugen sodann die Anerkennung der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV 1874) und die Möglichkeit der Vereinheitlichung von Berufsausweisen Rechnung (Art. 33 BV 1874). Umgekehrt wurden soziale Anliegen aufgenommen, indem der Bund beim Arbeitnehmerschutz und

der Regulierung von Auswanderungsagenturen Zuständigkeiten erhielt (Art. 34 BV 1874). Verschiedene Bestimmungen der neuen Verfassung dienten sodann der Säkularisierung, etwa die Eindämmung kirchlicher Einflüsse im Zivilstands- und Begräbniswesen (Art. 53 BV 1874), im Eherecht (Art. 54 BV 1874) und die Abschaffung der geistlichen Gerichtsbarkeit (Art. 58 Abs. 2 BV 1874). Soziale, säkulare und demokratische Anliegen vereinigten sich beim Anspruch auf obligatorischen, kostenlosen und konfessionell neutralen Grundschulunterricht (Art. 27 Abs. 2–4 BV 1874). Sodann fand die technische Entwicklung und ihre Auswirkungen auf die natürliche Umwelt ihren Niederschlag in der Kompetenzordnung (Art. 26 BV 1874: Bundeskompetenz im Eisenbahnwesen; Art. 24 BV 1874: Wasserbau und Forstpolizei).

Während die Bundesverfassung von 1848 nur ein einziges Mal (1866) einer Teilrevision unterzogen wurde, war dies bei der Verfassung zwischen 1874 und 1999 148 Mal der Fall.<sup>65</sup> Die Dynamik der Verfassungsänderungen wurde beschleunigt durch die 1891 eingeführte Volksinitiative auf Partialrevision der Verfassung (Art. 118–123 BV). Die Partialrevisionen führten in zahlreichen Sachgebieten zu einer Ausweitung der Bundeskompetenzen. Sie können im Rahmen dieses Beitrags nicht vollständig und in all ihren Verästelungen wiedergegeben werden.<sup>66</sup> Anders als im amerikanischen Verfassungsrecht wurden die Änderungen nicht als Anhänge hinzugefügt, sondern in den Verfassungstext integriert. Um die Nummerierung beibehalten zu können, wurden die Einschübe mit lateinischen Numeralien versehen, was der Übersichtlichkeit nicht eben zuträglich war. Im Zentrum dieser Teilrevisionen standen der sukzessive Ausbau des Sozialstaats seit Ende des 19. Jahrhunderts

<sup>63</sup> SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit 172.

<sup>64</sup> Kritisch BURCKHARDT, Kommentar 823.

<sup>65</sup> SCHWEIZER, Staatsaufgaben 712.

<sup>66</sup> Für eine empirisch-quantitative Analyse auf der Zeitachse vgl. insbesondere die Untersuchung von DARDANELLI/MUELLER, De/Centralization, 138–160.

und der Schutz strukturell schwacher Vertragsparteien im Arbeitsrecht, Mietrecht und Konsumentenrecht seit den 1970er-Jahren – hin zu einer eigentlichen „Sozialverfassung“ des Bundes.<sup>67</sup> Sodann wurde die Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung 1898 vom Zivilrecht auf das Strafrecht ausgedehnt.<sup>68</sup> Seit Beginn des 20. Jahrhunderts erfolgte ein Ausbau der Verkehrs- und Energieinfrastruktur („Infrastrukturverfassung“).<sup>69</sup> Der Umweltschutz führte seit den 1950er-Jahren zu einer Reihe von zusätzlichen Bundeskompetenzen („Umweltverfassung“).<sup>70</sup> In verschiedenen Phasen übernahm der Bund sodann eine zunehmend dominierende Rolle in der Wirtschafts- und Konjunkturpolitik („Wirtschaftsverfassung“). Dies galt insbesondere für den Ersten Weltkrieg, die Weltwirtschaftskrise und den Zweiten Weltkrieg. Viele der vom Bund ergriffenen Maßnahmen hatten ihre Grundlage vorerst in Dringlichkeitsbeschlüssen oder extrakonstitutionellem Notrecht (sog. „Vollmachtenregime“). Teilweise erhielten diese Maßnahmen erst nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges eine ausdrückliche Grundlage in

---

<sup>67</sup> Kompetenz im Bereich Kranken- und Unfallversicherung (Art. 34<sup>bis</sup> von 1890), Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 34<sup>quater</sup> und 41<sup>ter</sup> von 1925), Brotgetreideversorgung (Art. 23<sup>bis</sup> von 1929), Wohnbauförderung (Art. 34<sup>sexies</sup> von 1972), Mieterschutz (Art. 34<sup>septies</sup> von 1972), berufliche Vorsorge (Art. 34<sup>quater</sup> und Art. 41<sup>bis</sup> von 1972), Arbeitslosenversicherung (Art. 34<sup>novies</sup> von 1976), Konsumentenschutz (Art. 31<sup>sexies</sup> von 1981), Mieterschutz (Art. 34<sup>septies</sup> von 1986).

<sup>68</sup> Art. 64<sup>bis</sup> von 1898.

<sup>69</sup> Schifffahrt (Art. 24<sup>ter</sup> von 1919), Straßen- und Luftverkehr (Art. 37<sup>bis</sup> und 37<sup>ter</sup> von 1921), Atomenergie und Strahlenschutz (Art. 24<sup>quinquies</sup> von 1957), Straßenbau (Art. 36<sup>bis</sup> von 1958), Rohrleitungsanlagen (Art. 26<sup>bis</sup> von 1961).

<sup>70</sup> Gewässerschutz (Art. 24<sup>quater</sup> von 1953), Natur- und Heimatschutz (Art. 24<sup>sexies</sup> von 1962), Raumplanung (Art. 22<sup>quater</sup> von 1969), Umweltschutz (Art. 24<sup>septies</sup> 1971), Tierschutz (Art. 25<sup>bis</sup> von 1973), Moor- und Biotopschutz (Art. 24<sup>sexies</sup> Abs. 5 von 1987).

der Verfassung.<sup>71</sup> Im Bereich der Wirtschaftspolitik verabschiedete sich der Bund sodann weitgehend vom Modell des Vollzugsföderalismus. Während der Bund schon seit 1848 über ein Münzregal verfügte, wurde sein Banknotenmonopol erst 1891 begründet,<sup>72</sup> und 1905 wurde die Schweizerische Nationalbank ins Leben gerufen. In der Zwischenkriegszeit schuf der Bund die Preisbildungskommission (1927) als Vorläuferin der 1996 geschaffenen Wettbewerbskommission. 1934 erfolgte die Gründung der Bankenkommision, die 2009 in der Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA aufging. Besonders seit den 1990er-Jahren etablierten sich nach ausländischen Vorbildern weitere unabhängige Marktregulierungsbehörden des Bundes.<sup>73</sup>

## 6. 1960er-Jahre: „Helvetisches Malaise“ und gescheiterte Reformversuche

In den 1960er-Jahren wurde der Ruf nach einer erneuten Totalrevision der Bundesverfassung immer lauter. Die durch die geistige Landesverteidigung in den Kriegsjahren gefestigte „staatsbürgerliche Gesinnung“ verlor ihre Selbstverständlichkeit. Und die sich abzeichnende Europäische Integration stellte vermeintlich Unverrückbares wie die Souveränität der Staaten in Frage. Zunehmend machte sich ein „Unbehagen im Kleinstaat“ Schweiz breit.<sup>74</sup> In seiner 1964 erschienenen Schrift „Helvetisches Malaise“ zeigte der Staatsrechtler und Politiker Max Imboden (1915–1969) den Reformstau in verschiedenen Bereichen des politischen Lebens auf und forderte einen „bewussten Neubau“ in Form einer

---

<sup>71</sup> Dies gilt insbesondere für die sog. Wirtschaftsartikel in Art. 31<sup>bis</sup>–31<sup>quinquies</sup> von 1947.

<sup>72</sup> Teilrevision von Art. 39 BV von 1874.

<sup>73</sup> Vgl. SCHINDLER, Verwaltungsrecht 329f.

<sup>74</sup> Vgl. SCHMID, Unbehagen.

Totalrevision der Bundesverfassung.<sup>75</sup> Auch auf Druck des Parlaments wurden daher verschiedene Vorarbeiten für eine grundlegende Verfassungsreform in Angriff genommen. 1974 wurde schliesslich eine Expertengruppe unter dem damaligen Justizminister Kurt Furgler (1924–2008) eingesetzt, die 1977 einen Schlussbericht mit Verfassungsentwurf vorlegte. Dieser kam mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen zu einer wenig schmeichelhaften Einschätzung der geltenden Verfassung: „Der Bund erhielt eine Fülle neuer Bereiche zugewiesen – meist wirklich neue Aufgaben freilich und nicht solche, die im 19. Jahrhundert den Kantonen belassen werden sollten. Aber das Verhältnis der Kompetenzartikel zueinander wurde dunkel. Neue Bundesaufgaben traten unkoordiniert neben Grundrechts- und Organisationsbestimmungen. In den Bereichen, in denen der Bund nicht zur Gesetzgebung zuständig war, bildete die Zulässigkeit eidgenössischer Planung, Initiative, Finanzierung und Beratung ein Problem. Das verfassungsmässige System der Aufgabenverteilung wurde zudem immer mehr überwuchert durch Dringlichkeitsrecht. [...] Im Ergebnis sind daher heute die Kompetenzen von Bund und Kantonen in völlig unübersichtlicher Weise ineinander verfilzt und verflochten, ja man möchte geradezu sagen verkrallt.“<sup>76</sup>

Das Ziel der Experten war es, „dem Föderalismus die gebieterisch erforderliche neue Vitalität einzuflössen“.<sup>77</sup> Die neue Kompetenzordnung sollte sich daher an den Kriterien der „Schlichtheit, Klarheit und Flexibilität“<sup>78</sup> orientieren. Die Schweiz wurde in Art. 1 des Entwurfs als „demokratischer, freiheitlicher und sozialer Bun-

desstaat“ bezeichnet. Vorgeschlagen wurde, dass die Bundesverfassung keine präzise umschriebenen Kompetenzen mehr aufführen, sondern mit vergleichsweise offenen Formulierungen die „Verantwortungen“ von Bund und Kantonen benennen sollte. In den Art. 50 und 51 wurden die „Hauptverantwortungen“ von Bund und (!) Kantonen aufgeführt. Die „übrigen Verantwortungsbereiche“ nannte die Verfassung in Art. 52 hingegen nur beispielhaft. Hier galt – in Anlehnung an den bisherigen Art. 3 –, dass im Zweifel die Kantone verantwortlich gewesen wären. Allerdings hätte der Bundesgesetzgeber auch ohne Verfassungsänderung von dieser Grundregel abweichen können. Diese Neuerungen stießen v.a. bei den Kantonen auf Ablehnung. Sie „befürchteten einen Substanzverlust, wenn die Bundeskompetenzen nicht mehr abschliessend in der Verfassung aufgezählt würden“.<sup>79</sup> Nicht zuletzt am Widerstand der Kantone scheiterte dieses wohl zu ambitionierte Reformvorhaben einer grundlegenden Verfassungsrevision.

## 7. Bundesverfassung von 1999

### „Nachführung“ im Zeichen der Kontinuität und Konsolidierung

Am 12. Mai 1986 veröffentlichte der Staatsrechtler Kurt Eichenberger (1922–2005) in der Neuen Zürcher Zeitung einen Beitrag mit dem Titel „Realitätsgebundene Verfassungsrevision“ und popagierte das Modell einer „Nachführung“. Diese sollte in erster Linie darauf gerichtet sein, Verfassungsurkunde und Verfassungspraxis wieder ein Einklang zu bringen, die Verfassung sprachlich verständlich aufzubereiten und systematisch übersichtlich zu ordnen. Diesem Nachführungsgedanken war die letzte Totalrevision der Bundesverfassung verpflichtet, die

<sup>75</sup> IMBODEN, Helvetisches Malaise.

<sup>76</sup> Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision einer Bundesverfassung (Bern 1977) 72.

<sup>77</sup> Ebd. 10.

<sup>78</sup> Ebd. 94.

<sup>79</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. 11. 1996, BBl. 1997 I 1, 27.

am 18. April 1999 von Volk und Ständen angenommen wurde.

Die Bundesverfassung von 1999 ist somit – gerade mit Blick auf den Föderalismus – stark vom Bemühen um Kontinuität geprägt.<sup>80</sup> Der Begriff „Bundesstaat“ wird weiterhin vermieden. Die Kantone werden im Art. 1 in der tradierten Reihenfolge (und nicht alphabetisch) aufgeführt. Und die Schlüsselnorm zur Kompetenzverteilung – Art. 3 BV – bleibt abgesehen von einer sprachlichen Glättung unangetastet. Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen wird nun allerdings systematisch und übersichtlich in einem eigenen Titel der Bundesverfassung geordnet. Ein erster Abschnitt zum „Verhältnis von Bund und Kantonen“ versucht, die Grundsätze des gelebten Föderalismus im Sinne von eher programmatischen Normen zu skizzieren. Mit Blick auf die Aufgabenteilung ist v.a. das ausdrückliche Bekenntnis zum Vollzugsföderalismus in Art. 46 zu nennen. In einem zweiten Abschnitt werden die Zuständigkeiten des Bundes geordnet und thematisch gegliedert, was gegenüber der Vorgängerverfassung die Orientierung stark erleichtert. Auch wenn die BV in erster Linie die Zuständigkeiten des Bundes aufführt, nennt sie punktuell auch Kompetenzen der Kantone: Sei dies, um (deklaratorisch) die Abgrenzung zur Bundeszuständigkeit zu klären (etwa in Art. 62 Abs. 1 BV: Zuständigkeit der Kantone für das Schulwesen), oder im Sinne eines echten Vorbehalts, um den Kantonen eine Kompetenz einzuräumen, die in eine umfassende Bundeszuständigkeit fällt (etwa Art. 56 BV: Beziehungen der Kantone zum Ausland – trotz umfassender Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Außenpolitik: Art. 54 BV).<sup>81</sup>

Auch wenn die Totalrevision von 1999 in erster Linie vom Modell einer bewahrenden „Nachführung“ geprägt war, sollte sie doch Basis für

mehrere Reformvorhaben bilden, die jedoch in getrennten und zeitlich gestaffelten Vorlagen Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet wurden. Zwei davon wirkten sich auch auf das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen aus. In konsequenter Fortführung der bereits 1874 verfolgten Reformbemühungen sollte mit der „Justizreform“ die Rechtseinheit und der Rechtsschutz gestärkt werden. Diese Reform wurde am 12. März 2000 angenommen und begründete eine neue Bundeszuständigkeit zur Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts (Art. 122 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 BV). Am 1. Januar 2011 traten die Zivilprozessordnung und die Strafprozessordnung in Kraft, womit nun das ganze materielle und formelle Zivil- und Strafrecht schweizweit einheitlich geregelt sind. Die mit der Justizreform eingeführte Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) verpflichtete die Kantone dazu, die noch bestehenden Lücken im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu schließen.

Neben der „Justizreform“ wurde am 28. November 2004 eine „Föderalismusreform“ angenommen, deren Hauptfokus aber weniger auf der Zuständigkeitsordnung als auf dem Finanzausgleich lag. Allerdings wurde die Verfassung um Grundsatzbestimmungen angereichert, die auf programmatische Weise die Idee der Subsidiarität bei der Zuweisung von Staatsaufgaben unterstreichen sollen (Art. 5a und Art. 43a BV). Diese „schon fast ins Inflationäre gehende Zunahme föderalistischer Grundsatzbekenntnisse, selbstverständlicher bundesstaatlicher Maximen und substanzarmer ökonomischer Lehrsätze“<sup>82</sup> wirkt etwas befremdend vor dem Hintergrund, dass gleichzeitig in Art. 48a BV die Möglichkeit geschaffen wurde, interkantonale Verträge für alle Kantone „allgemein verbindlich“ zu erklären oder einzelne Kantone zur Beteiligung an

<sup>80</sup> Eingehend RHINOW, Bundesstaatsreform 63–92.

<sup>81</sup> Vgl. EHRENZELLER, EHRENZELLER, Kompetenzverteilung 38f.

<sup>82</sup> BIAGGINI, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 42–135, Rz. 5.

Verträgen zu verpflichten. Diese Möglichkeit zur Zwangskooperation jenseits von Bundeszuständigkeiten wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur fast einhellig kritisiert und hat in der Staatspraxis bislang keine Wirkung entfaltet.<sup>83</sup> Diese eigenartige Diskrepanz zwischen föderalistischem Lippenbekenntnis und tatsächlicher Stärkung der Bundesgewalt erinnert in gewisser Weise an die staatenbündische Rhetorik der Bundesverfassung von 1848.

## 8. Gegenwart

### Vollzugskompetenz als „ultimum refugium kantonaler Staatlichkeit“?

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen ist in der Schweiz einerseits von großer Kontinuität geprägt. Dies kommt exemplarisch im unveränderten Art. 3 aller bisherigen Bundesverfassungen zum Ausdruck, der wie ein unverrückbarer Eckpfeiler der föderalen Kompetenzordnung erscheint. Im Bereich der Staatsgewalt und Außenpolitik verfestigte sich sodann eine Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, die ihre Ursprünge bereits in der Zeit vor 1798 hatte. Der Bund nimmt die gemeinsamen Interessen gegen „Außen“ wahr, er sichert die Grenzen und ist für die Landesverteidigung zuständig. Der Bund erscheint aus völkerrechtlicher Sicht der Träger der staatlichen Souveränität. Im „Innern“ hingegen verteidigen die Kantone ihre Polizeihochheit und das Gewaltmonopol bis heute erfolgreich. Alle Versuche, eine bewaffnete Sicherheits- oder Vollzugspolizei des Bundes zu schaffen, sind bislang gescheitert. Gegenüber den Individuen tritt die hoheitliche Staatsgewalt daher bis heute vor allem in Gestalt der kantonalen und kommunalen Polizeikorps und Hoheitsverwaltung in Erscheinung. Die

Staatsgewalt des Bundes ist im Alltag heute sogar weniger sichtbar als noch im späten 19. und im 20. Jahrhundert. Die ehemals uniformierten Post- und Bahnbeamten wurden durch Mitarbeitende von öffentlichen Unternehmen abgelöst, die jeden obrigkeitlichen Charakter zu vermeiden suchen. Die Grenzkontrollen durch das Grenzwachtkorps des Bundes wurden seit dem Beitritt der Schweiz zum Schengen-Raum (2009) stark ausgedünnt und auch die Armee hat ihre Bedeutung als schweizweit identitätsbildende Klammer eingebüßt.

Kantone und Gemeinden stellen vor diesem Hintergrund bis heute die Basis des schweizerischen Staatswesens dar. Hierauf deutet aus empirischer Sicht auch ihr sehr hoher Anteil an den Staatsausgaben hin.<sup>84</sup> Und der Anteil des Bundespersonals am gesamten Staatspersonal ist mit weniger als 10% im internationalen Quervergleich zu anderen Bundesstaaten sehr tief.<sup>85</sup> Nicht geleugnet werden kann aber, dass seit 1874 die Bundeskompetenzen massiv angewachsen sind. Auch wenn der Bund im Verwaltungsalltag heute weniger sichtbar ist als früher, erscheint er doch als die bestimmende Kraft im Hintergrund, die zahlreiche Fäden lenkend in der Hand hält. Zentrale Bereiche der Staatstätigkeit und des Alltagslebens werden heute von bundesrechtlichen Normen bestimmt.<sup>86</sup> Hinzu kommt die kontinuierlich wachsende Bedeutung staatsvertragsrechtlicher Normen. Hier versagt die in der Verfassung verankerte Kompetenzzuweisung, da der Bund für die Auswärt-

<sup>83</sup> Stellvertretend aus der Fülle der Literatur BIAGGINI, Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 42–135, Rz. 5; RHINOW, Bundesstaatsreform 73–91.

<sup>84</sup> LADNER, Föderalismus, 125f.: Während der Anteil des Bundes an den Staatsausgaben 1850 bei nur 7% lag, stieg er nach Ende des Zweiten Weltkriegs auf 37,7% (1950) und hat sich seit den 1970er-Jahren bei ca. einem Drittel eingependelt. Vgl. auch VATTER, Swiss Federalism, 181.

<sup>85</sup> LADNER, Föderalismus 139–141.

<sup>86</sup> Vgl. die eingehende Analyse nach verschiedenen Politikbereichen DARDANELLI/MUELLER, De/Centralization 146–160. Vgl. auch VATTER, Swiss Federalism 169–183.

tigen Angelegenheiten umfassend zuständig ist (Art. 54 BV) – somit auch dort, wo gemäß Bundesverfassung eine kantonale Zuständigkeit vorliegt. Oder um die Metapher Bluntschlis aufzugreifen: Inzwischen werden nicht nur die Säle des Bundespalastes intensiv genutzt; Bundesrecht und internationales Recht bestimmen heute auch das Leben in den Räumen der Kantone und den Amtsstuben der Gemeinden. Wenn wir uns als konkretes Beispiel zum Schluss noch einmal den Gerichtssaal in Laufenburg ansehen, dann stehen dort inzwischen nur noch Gesetze des Bundes:<sup>87</sup> Bis 1826 wurde noch nach dem Recht geurteilt, wie es unter Habsburgischer Herrschaft galt. Nach 1826 erfolgte die sukzessive Kodifikation des Zivilrechts durch das von österreichischen Vorlagen geprägte Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau, die erst 1847 abgeschlossen wurde. 1883 wurde das kantonale Recht mit dem Obligationenrecht erstmals durch bundesrechtliche Vorschriften verdrängt, und seit 1912 war mit dem Zivilgesetzbuch das gesamte Privatrecht bundesrechtlich kodifiziert. 1942 trat schliesslich ein einheitliches Strafgesetzbuch des Bundes in Kraft, und seit 2011 wenden die Richterinnen und Richter in Laufenburg auch die gesamtschweizerischen Zivil- und Strafprozessordnungen an. Trotz dieser Dominanz des Bundesrechts bleibt das Gericht aber ein Bezirksgericht des Kantons Aargau und die Richterinnen und Richter werden alle vier Jahre von den Stimmberechtigten des Bezirks Laufenburg gewählt.

Vor diesem Hintergrund zeichnet sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts immer deutlicher eine funktionale Ausdifferenzierung der föderalen Zuständigkeitsordnung ab. Art. 3 BV mag seine

Ursprünge im amerikanischen Verfassungsrecht haben, spätestens seit 1874 hat sich der schweizerische Föderalismus aber in eine andere Richtung entwickelt. Während sich in den USA zwei voll ausgebaute Staatsebenen entwickelt haben, erscheinen Bund und Kantone sehr viel stärker ineinander verschränkt. Man kann diese beiden Ausprägungen auch als „layer cake-“ und „marble cake-federalism“ bezeichnen. Während die Föderative (Außenpolitik und Verteidigung) schon in der Alten Eidgenossenschaft weitgehend als gemeinsame Aufgabe betrachtet wurde, verlagerte sich im Verlauf des 20. Jahrhunderts auch im Bereich der Legislative und Exekutive der Schwerpunkt auf den Bund. Demgegenüber erscheinen der Vollzug durch Administrative und Judikative bis heute als „ultimum refugium kantonaler Staatlichkeit“.<sup>88</sup> Aus einer rein rechtlichen Perspektive mag dies als massiver Bedeutungsverlust kantonaler Eigenstaatlichkeit oder als „Zentralisierung“ erscheinen. Nicht übersehen werden darf aber, dass die Kantone im Rahmen der Umsetzung von Bundesrecht über erhebliche Spielräume verfügen und diese auch nutzen. Der Bund macht von den ihm zur Verfügung stehenden Aufsichtsmitteln nur sehr zurückhaltend Gebrauch.<sup>89</sup> Die Kantone wiederum gehören zu den wichtigsten Akteuren der Bundespolitik und üben einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Gesetzgebung des Bundes aus.<sup>90</sup> Ohne Kantone (und Gemeinden) ist das schweizerische Staatswesen bis heute kaum vorstellbar – auch wenn sich die Zuständigkeiten innerhalb der föderalen Strukturen der Eidgenossenschaft in den letzten 300 Jahren grundlegend gewandelt haben.

<sup>87</sup> Bezirksgerichte sind als erstinstanzliche Gerichte der „ordentlichen“ Gerichtsbarkeit in aller Regel nicht für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zuständig. Vor den kantonalen Verwaltungsgerichten findet neben Bundesrecht auch kantonales Recht und insb. das kantonale Verfahrensrecht Anwendung.

<sup>88</sup> SCHINDLER, Zusammenwirken 70; EHRENZELLER, EHRENZELLER, Kompetenzzuteilung 65. Vgl. VATTER, Swiss Federalism, 182, der von „administrative federalism“ spricht.

<sup>89</sup> SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit 174–184.

<sup>90</sup> LADNER, Föderalismus 52–55.



## Korrespondenz:

Prof. Dr. Benjamin SCHINDLER  
 Universität St. Gallen  
 Lehrstuhl für öffentliches Recht  
 Tigerbergstraße 21  
 CH-9000 St. Gallen  
 benjamin.schindler@unisg.ch  
 ORCID-Nr. 0000-0001-5352-5714

## Abkürzungen:

ASHR Amtliche Sammlung der Acten aus der  
 Zeit der Helvetischen Republik

BBL Bundesblatt

BV 1815 Bundesvertrag 1815

BV Bundesverfassung

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

## Literatur:

Amtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der Helvetischen Republik (ASHR), Bd. 1 (Bern 1886), Bd. 6 (Bern 1897).

Giovanni BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar (Zürich 2017).

Johann Jakob BLUMER, Joseph Karl Pankraz MOREL, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Bd. 1 (Basel 1891).

Johann Caspar BLUNTSCHLI, Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes, Bd. 1 (Stuttgart 1875).

Franz Michael BÜELER, Compendium des gemeinen eidgenössischen Rechts (1697), in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 16 (1869) 45–154.

Walther BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (Bern 1931).

Paolo DARDANELLI, Sean MUELLER, Dynamic De/Centralization in Switzerland, 1848–2010, in: Publius, The Journal of Federalism 49/2019, 138–165.

Jakob DUBS, Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Theil 2 (Zürich 1878).

Bernhard EHRENZELLER, Kaspar EHRENZELLER, „L’amour de la complexité“ im Bundesstaat Schweiz, Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Anna GAMPER u.a. (Hgg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa (Baden-Baden 2016) 33–66.

Fritz FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Tübingen 1923).

DERS., Zaccaria GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1949).

Ulrich HÄFELIN u.a., Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich–Basel–Genf 10/2020).

Eduard HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Bd. 1 (Basel 1920), Bd. 3 (Basel 1938).

Rolf HOLENSTEIN, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte (Basel 2018).

Max IMBODEN, Helvetisches Malaise (Zürich 1964).

Isaak ISELIN, Tentamen iuris publici Helvetici (1751), in: Schriften zur Politik, hg. von Florian GELZER (Basel 2014).

Jakob KAISER (Hg.), Amtliche Sammlung der neuern Eidgenössischen Abschiede (Bern 1876).

Andreas KLEY, Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive, in: recht 17 (1999) 189–201.

DERS., Bundesverfassung, in: Marco JORIO (Hg.), Historisches Lexikon der Schweiz, Bd. 3 (Basel 2004) 27–35.

DERS., Das Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Oliver DIGGELMANN, Maya HERTIG RANDALL, Benjamin SCHINDLER (Hgg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1 (Zürich–Basel–Genf 2020) 621–637.

Alfred KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848 (Bern 2004).

Andreas LADNER, Der Schweizer Föderalismus im Wandel, Überlegungen und empirische Befunde zur territorialen Gliederung und der Organisation der staatlichen Aufgabenerbringung in der Schweiz (Lausanne 2018).

John LOCKE, Two Treatises of Government (London 1690).

Thomas MAISSEN, Die Geburt der Republic, Staatsverständnis und Repräsentation in der frühneuzeitlichen Eidgenossenschaft (Göttingen 2006).

Victor MONNIER, Alfred KÖLZ, Bonaparte et la Suisse: travaux préparatoires de l’Acte de Médiation (1803): procès-verbal des assemblées générales des députés helvétiques et des opérations de la Commission nommée par le Premier Consul pour conférer avec eux (Genf 2002).

René RHINOW, Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: René L. FREY (Hg.), Föderalismus – zukunftstauglich?! (Zürich 2005) 63–92.

DERS., Markus SCHEFER, Peter UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht (Basel 2016) 63–92.

- Johann Jakob RÜTTIMANN, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, Theil 1 (Zürich 1867).
- Benjamin SCHINDLER, Grundlagen des Verwaltungsrechts – Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Schweiz (§ 49), in: Armin von BOGDANDY, Sabino CASSESE, Peter M. HUBER (Hgg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 3, Verwaltungsrecht (Heidelberg 2010) 311–347.
- DERS., Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen (= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 77, Heidelberg 2019) 167–209.
- Dietrich SCHINDLER (jun.), Das Zusammenwirken zwischen Bundesverwaltung und kantonalen Verwaltungen, in: Jahrbuch der Schweizerischen Vereinigung für politische Wissenschaften 4 (1964) 61–82.
- Karl SCHMID, Unbehagen im Kleinstaat (Zürich–München 1963).
- Jakob SCHOLLENBERGER, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung (Berlin 1905).
- Rainer J. SCHWEIZER, Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Oliver DIGGELMANN, Maya HERTIG RANDALL, Benjamin SCHINDLER (Hgg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1 (Zürich–Basel–Genf 2020) 691–713.
- Josias SIMLER, Von dem Regiment der Loblichen Eydgenossenschaft (Zürich 1722).
- Alexis DE TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique (Paris <sup>12</sup>1848).
- Pierre TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern <sup>5</sup>2021).
- Adrian VATTER, Swiss Federalism, The Transformation of a Federal Model (London–New York 2018).
- Andreas WÜRGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: Oliver DIGGELMANN, Maya HERTIG RANDALL, Benjamin SCHINDLER (Hgg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1 (Zürich–Basel–Genf 2020) 31–56.
- DERS., Die Tagsatzung der Eidgenossen, Politik, Kommunikation und Symbolik einer repräsentativen Institution im europäischen Kontext (1470–1798) (Epfendorf/Neckar 2013).

Christian NESCHWARA, Wien

# Die Kompetenzverteilung im Übergang von der österreichischen Monarchie zur Republik Österreich

## *The Distribution of Competences during the Transition from the Austrian Monarchy to the Republic of Austria*

*In October 1918, the Republic of (German-)Austria came into life following the dissolution of the Habsburg Monarchy as a decentralized unitary state, consisting of provinces called Länder. In connection with subsequent decisions of the Provisional National Assembly, the same situation as in the Austrian monarchy arose with regard to the distribution of competences between the state and the Länder – with one major modification regarding the allocation of the state administration, which was now generally transferred to the Länder. Due to the connection of the state administration with the autonomous administration of the Länder, severe transgressions of competences committed by several provincial governments provoked the establishment of a ‘Länderkonferenz’ serving as an ‘infrastructural contact committee’ to resolve discrepancies between the state government and the provincial governments. In connection with the assertion of competences in drafting of the future federal constitution by the Länder, the Länderkonferenz also served at times as a federal forum for constitutional policy-making.*

**Keywords:** *autonomous administration – constitutional policy – distribution of competences – drafting of the federal constitution – Länder – Länderkonferenz – Provisional National Assembly – Republic of (German-)Austria – state administration*

## I. Die Entstehung des Staates (Deutsch-)Österreich

Die Republik (Deutsch-)Österreich ist im Verlauf des Oktobers 1918 aus der Auflösung der österreichisch-ungarischen Monarchie als neuer Staat hervorgegangen.<sup>1</sup> Als mit der Verkündung des kaiserlichen Manifests vom 16. Oktober 1918 der Umbau der österreichischen Monarchie in einen Bundesstaat, gegliedert in die Siedlungsgebiete

der Nationalitäten, angekündigt wurde, war der innere Zerfall der Habsburgermonarchie bereits unaufhaltsam fortgeschritten, sodass die Realisierung des von Kaiser Karl I. in Aussicht gestellten Nationalitäten-Bundesstaates für die österreichische Monarchie illusorisch geworden war. Auch wenn diese Neugestaltung die Integrität der ungarischen Monarchie gewahrt hätte, reagierte die Regierung in Budapest auf die Ankündigung des Kaisers postwendend mit der Kündigung der seit 1867 bestehenden Realunion mit der österreichischen Monarchie.<sup>2</sup> Inzwischen

<sup>1</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 20–23; RUMPLER, Völkermanifest, 62f., 88–90; HÖBELT, Stehen oder Fallen 269f., RUMPLER, Todeskrise Cisleithaniens 1249–1290; BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 117–119 = DERS., Republik 70–72.

<sup>2</sup> BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 248–258 = DERS., Republik 15–22.

waren in ihrem Zentrum bereits neue Staaten entstanden: die Tschechoslowakische Republik, zusammengesetzt aus den cisleithanischen Kronländern Böhmen, Mähren und Schlesien sowie aus dem Siedlungsgebiet der Slowaken im Norden der ungarischen Monarchie, am 28. Oktober 1918; nur zwei Tage später, am 30. Oktober 1918, folgte Deutschösterreich als Staat der Alpenländer Cisleithaniens mit Ansprüchen auf die geschlossen deutschen Siedlungsgebiete in Böhmen, Mähren und Schlesien sowie im Westen Ungarns. Die übrigen Gebiete an der Peripherie der österreichischen Monarchie wurden anderen Staaten angeschlossen – zum einen an schon bestehende: an Italien bzw. Rumänien; zum anderen an neuformierte: einerseits an das am 14. November 1918 als Republik proklamierte Polen sowie andererseits an den am 29. Oktober 1918 gegründeten Staat der Serben, Kroaten und Slowenen Österreich-Ungarns.

Als sich das Abgeordnetenhaus<sup>3</sup> nach Verkündung des kaiserlichen Manifests am 22. Oktober 1918 im Reichsratsgebäude versammelte, gehörten ihm im Wesentlichen nur mehr die 1911 in den deutschen Wahlbezirken gewählten Abgeordneten an; die polnischen, südslawischen und tschechischen Abgeordneten engagierten sich bereits bei den in Warschau, Agram und Prag anlaufenden Vorbereitungen von Staatengründungen. Aber auch die deutschen Reichsratsabgeordneten waren schon entschlossen, ihr Schicksal als Volksgruppe selbst in die Hand zu nehmen: Am 18. Oktober 1918, einen Tag nach Veröffentlichung des kaiserlichen Manifests über die Schaffung eines cisleithanischen Nationalitäten-Bundesstaates, erfolgte die Einladung an die deutschen Abgeordneten zu einer Versammlung mit dem Ziel, „für das deutsche Volk in Öster-

reich als [...] gewählte Vertretung das Recht auf Selbstbestimmung und eigene Staatlichkeit“ wahrzunehmen. Die deutschen Reichsratsabgeordneten traten sodann am 21. Oktober 1918 im Sitzungssaal des niederösterreichischen Landhauses bereits als Provisorische Nationalversammlung für Deutschösterreich zusammen – mit dem Ziel, einen „selbständigen deutschösterreichischen Staat“ ins Leben zu rufen, der seine „Beziehungen zu den anderen Staaten durch freie Vereinbarungen“ regeln sollte, wobei die Bandbreite der Möglichkeiten von der Einbindung in einen Bundesstaat oder Staatenbund mit anderen Nachfolgestaaten Österreich-Ungarns bis zum Anschluss an das Deutsche Reich reichte;<sup>4</sup> letztendlich blieb das um zwei Fünftel seines Staatsgebietes verkleinerte Deutschösterreich nach dem Willen der Alliierten als Republik Österreich auf sich allein gestellt.

## II. Zum Verhältnis von Staat und Ländern im Allgemeinen

Nach erfolgter Konstituierung der Provisorischen Nationalversammlung wurden Vorbereitungen getroffen, um für Deutschösterreich eine provisorische Verfassungsordnung auszuarbeiten;<sup>5</sup> der Vollzugausschuss der Nationalversammlung war von ihr beauftragt, zur nächsten Sitzung entsprechende „Anträge über die Verfassung Deutschösterreichs“ vorzulegen. Wahrscheinlich schon unmittelbar nach Verkündung des kaiserlichen Manifests vom 16. Oktober<sup>6</sup> hatte Karl Renner binnen weniger Tage offenbar aus eigener Initiative den Entwurf einer vollständigen Verfassungsurkunde für das von ihm

<sup>3</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 26f.; HÖBELT, Vertretung der Nationalitäten 220–222 (Epilog: Die Rolle der Reichsratsabgeordneten bei der Gründung der Nachfolgestaaten der österreichisch-ungarischen Monarchie).

<sup>4</sup> BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 38–40 = DERS., Republik 40f.

<sup>5</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 27; BRAUNEDER, Karl Renners Entwurf 159–204; SCHMITZ, Karl Renners Briefe 47.

<sup>6</sup> Dazu SCHMITZ, Karl Renners Briefe 45f.

– offenbar unter Vorwegnahme des Anschlussgedankens – als „Südostdeutschland“ bezeichnete Deutschösterreich ausgearbeitet, der aber nach der am 28. Oktober erfolgten Gründung der Tschechoslowakischen Republik nicht mehr weiterverfolgt wurde. Renner erhielt nun vom Vollzugsausschuss den Auftrag, bloß ein „Organisationsstatut“ auszuarbeiten, das sodann am 30. Oktober im Plenum der Nationalversammlung zum „Beschluss über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt“ Deutschösterreichs führte, der den neuen Staat ins Leben rief, ihm Organe gab und ihn dadurch handlungsfähig machte.

### **A) Entwicklungen auf Ebene des Gesamtstaates**

Aufgrund des durch die äußeren Ereignisse bedingten Zeitdrucks stand mit dem Staatsgründungsbeschluss vom 30. Oktober 1918 (StGBI. 1) zunächst nur das Stück einer Verfassung, aber noch keine vollständige Verfassungsurkunde zur Verfügung; durch weitere Beschlüsse der Nationalversammlung über „Spezial“-Verfassungsgesetze sollte aber in der Folge auf empirischem Weg das „Gerippe“ einer provisorischen Verfassungsordnung (Merkl) entstehen, welche – nach Bestätigung durch die Konstituierende Nationalversammlung im März 1919 – mit Modifikationen letztendlich bis zum Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920 Bestand hatte.<sup>7</sup>

Durch den Staatsgründungsbeschluss waren zunächst nur neue Zentralorgane geschaffen worden, um die neue Staatsgewalt effektiv zu machen. Deutschösterreich stand zwar in formeller Diskontinuität zur österreichischen Monarchie, bedingt durch die teilweise Identität von Staatsgebiet und Staatsvolk lag es aber aus praktischen Erwägungen nahe, für den neuen

Staat möglichst viel von der Rechtsordnung und den Institutionen des alten Staates zu übernehmen. Mit dem Staatsgründungsbeschluss erfolgte also auch die Überleitung der in den Ländern der österreichischen Monarchie bestehenden staatlichen Einrichtungen sowie als Teil ihrer Rechtsordnung auch ihrer verfassungsrechtlichen Normen, nämlich – neben den Grundrechten – v.a. auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Länder.<sup>8</sup>

Der Staatsgründungsbeschluss ging, ohne dies explizit auszusprechen, also davon aus, dass Deutschösterreich aus Ländern bestehe. Nach der unter den österreichischen Rechtshistorikern herrschenden Auffassung ist Deutschösterreich somit als dezentralisierter Einheitsstaat entstanden<sup>9</sup> und war analog zur Verfassungsordnung von 1867 konstruiert. Wenngleich das Verhältnis zwischen Gesamtstaat und Ländern erst etwa zwei Wochen später in diesem Sinne explizit verfassungsrechtlich festgelegt wurde, so war diese Entscheidung faktisch eigentlich schon vor der Staatsgründung gefallen, und zwar zunächst im Einvernehmen der Länder untereinander (unmittelbar im Anschluss an die Konstituierung der Provisorischen Nationalversammlung am 22. Oktober) sowie im Einvernehmen zwischen ihnen und dem Vollzugsausschuss der Nationalversammlung als künftige Trägerin der Zentralgewalt am 25. Oktober 1918: Danach hatten sich zunächst die Länder dem Gesamtstaat mit ihrer autonomen Verwaltungsorganisation durch Übernahme der Kompetenzen der kaiserlichen Statthalter als Träger der staatlichen Hoheitsverwaltung angeboten.<sup>10</sup> Durch Kooptie-

<sup>7</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 29–31; MERKL, Verfassung 39.

<sup>8</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 33–35; DERS., Erbe.

<sup>9</sup> DERS., Rolle der Parlamente 35f.; BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 94–96 sowie 279–282 = DERS., Republik 127f. sowie 219f.; SCHENNACH, Entwicklung der Kompetenzverteilung 514.

<sup>10</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 35f.; SCHENNACH, Staatsgründung 50f.; DERS., K.k. Ärar 19; BRAUNEDER, Verhältnis Gesamtstaat-Länder 34f.; DERS., Deutsch-

rung von Mitgliedern aus dem Kreis der sozialdemokratischen Landtagsabgeordneten sollte in den Ländern eine Verbindung der gesamten inneren Verwaltung auf demokratischer Grundlage hergestellt werden. Nachdem dieses Anbot der Länder vom Vollzugsausschuss der Nationalversammlung aufgegriffen worden war, ergingen am 29. Oktober konkrete Anweisungen zur Bildung von neuen Trägern der Landesgewalt sowie zur Abgabe feierlicher Deklarationen der Länder über ihre Zugehörigkeit zu Deutschösterreich,<sup>11</sup> dessen staats- und völkerrechtliche Existenz mit dem Beschluss der Nationalversammlung „über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt“ sodann am folgenden Tag vollzogen wurde.

## B) Entwicklungen in den Ländern

Die meisten Länder Deutschösterreichs<sup>12</sup> knüpften zwar an die Kronländer der österreichischen Monarchie an, sie standen aber zu diesen ebenso in formeller Diskontinuität wie Deutschösterreich zur österreichischen Monarchie. Die Entstehung von neuen Trägern der Landesgewalt<sup>13</sup>

hatte sich auch zeitlich parallel zur Staatgründung, nämlich zwischen dem 26. Oktober (Tirol und Kärnten) und dem 18. November (Oberösterreich) vollzogen, partiell also schon davor, partiell aber erst danach. Die Konstituierung der neuen Landesgewalten war jedoch nicht ohne Einflussnahme des Gesamtstaates vor sich gegangen, was auch naheliegend ist, zumal auf beiden Ebenen dieselben politischen Kräfte wirkten, nämlich die politischen Parteien.<sup>14</sup> Offenbar vom Vollzugsausschuss der Provisorischen Nationalversammlung hierzu veranlasst,<sup>15</sup> hatte Renner die „Länder, Kreise und Gaue“ Deutschösterreichs aufgefordert – sofern dies nicht ohnedies schon erfolgt war –, „provisorische Landesversammlungen“, zusammengesetzt nach den Ergebnissen der Reichsratswahlen von 1911, zu bilden<sup>16</sup> und „feierliche“ Beitrittserklärungen zu Deutschösterreich abzugeben.<sup>17</sup> Die Nationalversammlung nahm diese Deklarationen am 12. November 1918 in Zusammenhang mit der Proklamation der Republik zur Kenntnis (StGBI. 23);<sup>18</sup> anders als von Renner geplant,

gleichbestrebungen 24; WEBER, Bundesverwaltung 89ff.

<sup>14</sup> So insbes. BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 75–77 = DERS., Republik 68–70.

<sup>15</sup> HAAS, Historische Einleitung 37f.

<sup>16</sup> Zwischen 26. 10. und 6. 11. 1918: so BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 68–71 = DERS., Republik 63–66; SCHENNACH, Staatsgründung 50ff.

<sup>17</sup> Die entsprechenden Willensäußerungen bei KELSEN, Verfassungsgesetze 3, 181–208 (Steiermark, Kärnten, Salzburg), 225–230 (Oberösterreich, Vorarlberg), 231 (Niederösterreich, Tirol).

<sup>18</sup> Die Einholung der Beitrittserklärungen diente primär der Festlegung des Staatsgebietes im Sinne einer Deklaration v.a. dem Ausland gegenüber; die formelle Fixierung ließ dann noch länger auf sich warten als das Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, nämlich von 3. bis 22. 11. 1918. Beitrittserklärungen wurden abgegeben (abgesehen von Deutschböhmen und Sudetenland) zwischen 6. und 25. 11. unter Bezugnahme auf den Auftrag des Vollzugsausschusses von Steiermark, Salzburg und Krain, von den übrigen Ländern ohne eine solche; Tirol gab erst am 25. 11. 1918 eine – im Hinblick auf die

Österreich 64–66 = DERS., Republik 61–63; SCHMID, Entstehung 86f.; SCHENNACH, Staatsgründung 50f.

<sup>11</sup> BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 64f., 66 = DERS., Republik 61ff.; NESCHWARA, Rolle der Parlamente 35f., 37.

<sup>12</sup> Gem. § 1 Gesetz über Umfang, Grenzen und Beziehungen des Staatsgebietes von Deutschösterreich, vom 22. 11. 1918 (StGBI. 40) umfasste Deutschösterreich: „[d]ie Länder Österreich unter der Enns einschließlich des Kreises Deutsch-Südmähren und des deutschen Gebietes um Neubistritz, Österreich ob der Enns einschließlich des Kreises Deutsch-Südböhmen, Salzburg, Steiermark und Kärnten mit Ausschluß der geschlossenen jugoslawischen Siedlungsgebiete, die Grafschaft Tirol mit Ausschluß des geschlossenen italienischen Siedlungsgebietes, Vorarlberg, Deutschböhmen und Sudetenland, sowie die deutschen Siedlungsgebiete von Brünn, Iglau und Olmütz“.

<sup>13</sup> NESCHWARA, Rolle der Parlamente 35f.; SCHENNACH, Staatsgründung 51f.; SCHMID, Entstehung 87–91; SCHENNACH, K.k. Ärar 19f.; BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 64 = DERS., Republik 61f.; VOLKER, Aus-

konnten die staatsrechtlichen Verhältnisse des Gesamtstaates zu den Ländern, mangels Einigung der Parteien im Staatsrat, aber erst zwei Tage später mit einem „Spezial“-Verfassungsgesetz explizit festgestellt werden, nämlich mit dem Gesetz „betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern“ vom 14. November (StGBI. 24); danach wurden die „bisherigen Landtage“ für aufgehoben erklärt und durch „provisorische Landesversammlungen“ als neue Träger der Landesgewalt ersetzt.<sup>19</sup> Damit war das Verhältnis der Länder zum Zentralstaat, das aufgrund einer Überleitungsklausel im Staatsgründungsbeschluss (§ 16) zwar grundsätzlich im Sinne eines dezentralisierten Einheitsstaats bereits feststand, näher präzisiert. Als Verfassungsgrundlagen der Länder wurden die – am 30. Oktober mit dem Staatsgründungsbeschluss, vorbehaltlich der durch Beschlüsse der Nationalversammlung erfolgten Abänderungen – be-

reits stillschweigend rezipierten Landesordnungen aus 1861 nun auch ausdrücklich bestätigt.<sup>20</sup> Dessen ungeachtet kam es in der Steiermark sowie in Kärnten und Salzburg zum Erlass von neuen „provisorischen“ bzw. „vorläufigen“ (Landes-)Verfassungen bzw. Landesordnungen,<sup>21</sup> welche freilich in materieller Kontinuität zu den früheren Landesordnungen standen; die übrigen Länder beließen es einfach bei der Geltung der bisherigen Landesordnungen.

Unterschiedlich im zeitlichen Ablauf, aber doch gleichförmig im Ergebnis erfolgte auch die Beendigung der Aktivität der alten Landtage und die Bildung der neuen Landesregierungen bis 22. November 1918<sup>22</sup> sowie die – damit korrespondierende – Einstellung der Tätigkeit der kaiserlichen Statthalter<sup>23</sup> und die Umstellung der Landesgesetzblätter von Publikationsorganen der Kronländer zu solchen der neuen Länder

---

prekäre Situation in Südtirol – bloß bedingte Beitrittserklärung ab; Niederösterreich gab zwar keine explizite Beitrittserklärung ab, tätigte aber entsprechende konkludente Handlungen: SCHENNACH, Staatsgründung 50f.; BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 69f. = DERS., Republik 65; WIEDERIN, Diskussion 360f. – Aus zeitgenössischer Sicht dazu auch die informellen Zusammenstellungen von Georg Fröhlich als Mitarbeiter der legistischen Abteilung der Staatskanzlei Ende März 1920 in ERMACORA, Entstehung 35; vgl. ferner die Edition in KELSEN, Verfassungsgesetze 3, 183, 199ff., 204–206.

<sup>19</sup> Ohne Verletzung der Gesamtstaatsverfassung war die Einrichtung der Organe der neuen Landesgewalt – Bildung der Landesversammlungen, Wahl der Mitglieder der Landesregierung sowie der Landesräte – nur in Niederösterreich abgelaufen; in der Steiermark in grundsätzlicher Anlehnung an diese, in Salzburg und Tirol zwar unter grundsätzlichem Vorbehalt, aber in der Praxis verhältnismäßig wenigen Abweichungen; in Kärnten, Oberösterreich und Vorarlberg dagegen mit grundsätzlichen und in der Folge auch zahlreichen Widersprüchen zur Gesamtstaatsverfassung; dazu aus zeitgenössischer Sicht Georg Fröhlich in ERMACORA, Entstehung 35 (im Allgemeinen), 37–39 (im Einzelnen); vgl. SCHENNACH, Staatsgründung 13ff.; vgl. DERS., Entwicklungslinien 13–15.

---

<sup>20</sup> BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 68–70 = DERS., Republik 63–65; SCHENNACH, Staatsgründung 52f.; DERS., Entwicklungslinien 10f.; DERS., Konstanz 122; WIEDERIN, Diskussion 359; WEBER, Bundesverwaltung 90, 92f.

<sup>21</sup> SCHENNACH, Staatsgründung 54f.; BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 97 = DERS., Republik 128; KELSEN, Verfassungsgesetze 3, 186 (Steiermark), 199ff. (Steiermark), 204–206 (Salzburg) – abgesehen von den neuen Ländern Deutschböhmen und Sudetenland: ebd. 209–212 bzw. 219–223.

<sup>22</sup> In Kärnten tagte der Landtag noch am 11. 11. 1918, danach trat die Landesversammlung zusammen: BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 73f. = DERS., Republik 67.

<sup>23</sup> Die Abordnung von „Landeshauptmännern“ und Mitgliedern der „Landesausschüsse“, welche am 22. 10. 1918 in Wien im niederösterreichischen Landhaus als „Ausschusslandtag“ zusammentrat, repräsentierte noch die Organwalter der Kronländer, darunter für Niederösterreich Landmarschall Fürst Alois Liechtenstein (als Gastgeber) oder Rudolf Colloredo-Mansfeld als Exponent des Großgrundbesitzes; Ähnliches ist auch für die anderen Kronländer zu beobachten; aus allen Kronländern waren – von Kärnten abgesehen – die anwesenden Repräsentanten jeweils auch Abgeordnete des Reichsrats in Wien (bzw. Fürst Liechtenstein Mitglied des Herrenhauses).

Deutschösterreichs.<sup>24</sup> Bis knapp nach Mitte November 1918 war die staatliche Verwaltung in den Ländern vom Gesamtstaat auf die durch die neuen Landesvertretungen gewählten Landesregierungen und Landeshauptmänner übergegangen; gleichzeitig wurden die Bezirkshauptmannschaften organisatorisch in Landesbehörden umgewandelt. Im Übrigen bestand aber materielle Kontinuität: Die Landesordnungen der Kronländer galten nun als provisorische Landesverfassungen und waren den neuen Verhältnissen entsprechend anzupassen. Die Gleichförmigkeit der neuen mit den alten landesverfassungsrechtlichen Grundlagen war von gesamtstaatlicher Seite gezielt angeleitet worden: Renner soll für die – allfällige – Schaffung von neuen „provisorischen“ Landesverfassungen eine Art „Musterentwurf“ vorgelegt haben.<sup>25</sup>

Die Einrichtung der Organe der neuen Landesgewalten erfolgte auf der Grundlage der modifizierten alten Landesordnungen bzw. der neuen Landesverfassungen. Die Bildung der provisorischen Landesversammlungen sowie die Wahl der Mitglieder der Landesregierungen und der Landesräte war aber nicht überall ohne Verletzung der Gesamtstaatsverfassung abgelaufen. Nur in Niederösterreich war sie im Ergebnis der Staatsverfassung konform, in der Steiermark

zumindest in grundsätzlicher Anlehnung an diese, in Salzburg und Tirol zwar unter grundsätzlichen Vorbehalten, aber mit verhältnismäßig wenigen Abweichungen. In Kärnten, Oberösterreich und Vorarlberg waren dabei jedoch grundsätzliche Widersprüche zur Gesamtstaatsverfassung zu verzeichnen.<sup>26</sup>

Dasselbe Bild zeigte sich auch bei den späteren Adaptierungen der früheren Landesordnungen bzw. beim Erlass von neuen landesverfassungsrechtlichen Grundlagen. Während die Mitte März 1919 erfolgte Änderung der niederösterreichischen Landesordnung völlig verfassungskonform verlaufen war, machten sich dabei in anderen Ländern ab Jahresende bereits separatistische Tendenzen bemerkbar: Hatte sich der Erlass einer neuen Landesordnung für die Steiermark Anfang Dezember 1918 noch als weitgehend verfassungskonform erwiesen, wich die im März 1919 beschlossene neue Landesverfassung Vorarlbergs von der Gesamtstaatsverfassung erheblich ab; ähnliches galt auch für die in Anlehnung an dieses Vorbild für Oberösterreich kurz darauf erlassenen „Grundzüge der Landesvertretung“.<sup>27</sup> Am stärksten separatistisch wirkte die im April und Mai 1919 unter Eindruck der drohenden Landesteilung aufgebrachte Idee eines unabhängigen „Freistaates Tirol“.<sup>28</sup> Wohl primär nicht auf Deutschösterreich bezogen waren auch die Bezugnahmen auf einen „Bundesstaat“ in der Landesverfassung Vorarlbergs bzw. im Gesetz über die „Grundzüge der Landesvertretung“ Oberösterreichs.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> SCHENNACH, Staatsgründung 54f. Die Durchsicht der Landesgesetzblätter zeigt ein durchaus unterschiedliches Tempo: Die letzte Kundmachung der alten Statthaltereien (Landesregierungen) erfolgte in der Steiermark schon am 18. 10., in Tirol erst am 13. 11.; die ersten Kundmachungen der neuen Landesregierungen (Landesräte) erfolgten in Oberösterreich und Steiermark jeweils am 5. 11., in Tirol erst am 3. 12.; für Vorarlberg stand erst ab 1919 ein eigenes Publikationsorgan zur Verfügung.

<sup>25</sup> SCHENNACH, Entwicklungslinien 11; WIEDERIN, Diskussion 361; ERMACORA, Materialien 18f. Renner war in seinem Entwurf für eine provisorische (Staats-)Verfassung auch von der Existenz einer (einheitlichen) „staatlichen Landesordnung“ ausgegangen, auf deren Grundlage die Länder ihre Landesverfassungen ableiten sollten: dazu sogleich im Folgenden III.A.

<sup>26</sup> Fröhlich in ERMACORA, Entstehung 35 (im Allgemeinen); vgl. SCHENNACH, Entwicklungslinien 13ff.

<sup>27</sup> Fröhlich in ERMACORA Entstehung 37ff (im Einzelnen); dazu eingehend SCHENNACH, Konstanz 125, 127f.

<sup>28</sup> Ebd. 129.

<sup>29</sup> Ebd. 129f. Im Fall Vorarlbergs war es wohl die Schweizer Eidgenossenschaft, mit der die Landesregierung sodann im Mai 1919 in Verhandlungen über einen Beitritt als Kanton trat; im Fall von Oberösterreich war wohl an einen Anschluss an das Deutsche Reich gedacht.



### III. Zur Kompetenzverteilung

#### A) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Der von Renner bis 28. Oktober 1918 ausgearbeitete Verfassungsentwurf<sup>30</sup> enthielt keine konkrete Kompetenzverteilung; er begnügte sich mit der Feststellung, dass sich die Landesgesetzgebung im Rahmen der Gesamtstaatsgesetze zu halten habe, womit eine Ausführungsgesetzgebung bzw. eine Durchführungsgesetzgebung im Rahmen bzw. aufgrund von übergeordneten generellen Normen möglich war – unter Vorbehalt der Zuweisung von weiteren gesamtstaatlichen Zuständigkeiten. Die Länder blieben aber von einer Beteiligung an der Gesetzgebung des Gesamtstaates ausgeschlossen.<sup>31</sup> Auch die Verwaltung sollte ausschließlich aufgrund von Anweisungen des Staatsrates als Regierungsorgan tätig werden. Der Gesamtstaat hätte auf mittlerer und unterer Ebene aber über keine eigenen Verwaltungsbehörden verfügt, die Hoheitsverwaltung sollte in Form einer Auftragsverwaltung von den Ländern übernommen werden; damit wäre die Doppelgleisigkeit der Verwaltung, wie sie in der Monarchie bestanden hatte, zwar aufgehoben worden, die Selbstverwaltung des Landes wäre aber im Schatten der staatlichen Hoheitsverwaltung geblieben.<sup>32</sup> Insgesamt hätte Renners Entwurf einen schwach dezentralisierten Einheitsstaat vorgesehen und damit im Ergebnis letztendlich also dasselbe, wie es mit dem Staatsgründungsbeschluss und dem Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern vom 14. November

1918 erzielt wurde.<sup>33</sup> Die „provisorischen Landesverfassungen“ von Steiermark, Salzburg und Kärnten vom 6., 7. und 11. November 1918 brachten diesen Standpunkt auch explizit zum Ausdruck, indem sie – nahezu wörtlich übereinstimmend – erklärten: Dem Land „kommen alle Rechte und Pflichten zu, die nach den bisher geltenden Gesetzen [...] durch die Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 und die nachfolgenden Verfassungsgesetze zuerkannt worden sind“;<sup>34</sup> Salzburg und Kärnten bezogen explizit auch die jeweilige „Landesordnung [...] vom 26. Februar 1861“ ein.<sup>35</sup>

#### B) Die Kompetenzen der Länder – Funktionen

Über die konkreten Gegenstände der Kompetenzverteilung zu Beginn der Republik „schweigen die bisherigen Gesetze“, stellte Merkl im Dezember 1918 lapidar fest:<sup>36</sup> In Bezug auf die Kompetenzverteilung waren daher im Lichte der Überleitungsregel des Staatsgründungsbeschlusses (§ 16) zwischen Gesamtstaat und Ländern jene Regeln als verbindlich anzusehen, die sich aus der Verfassungsordnung der Monarchie ergeben hatten. Diese Kompetenzverteilung hatte ihre Grundlagen in der Reichsverfassung von 1861, sie wurde 1867 zugunsten der Länder erweitert und danach bis zum Ende der Monar-

<sup>30</sup> Dazu oben II. vor A

<sup>31</sup> Auch der Erlass von Landesverfassungen sollte auf einer gesamtstaatlichen Landesordnung beruhen – ihr Inhalt blieb im Entwurf Renners offen: BRAUNEDER, Karl Renners Entwurf 186–188; SCHMITZ, Karl Renners Briefe 38, 165, 180.

<sup>32</sup> BRAUNEDER, Karl Renners Entwurf 186–188.

<sup>33</sup> Dies vermag aber nicht weiter zu verwundern, wenn man darauf sieht, dass der Urheber der beiden Konzepte ein- und dieselbe Person war, nämlich Renner: so SCHMITZ, Karl Renners Briefe 33, insbes. Fn. 174, sowie 44.

<sup>34</sup> KELSEN, Verfassungsgesetze 3, 183, 199f., 204.

<sup>35</sup> Ebd. 199, 204.

<sup>36</sup> MERKL, Gewalt 359. Merkl ging freilich von einer zentralistischen Staatsgründung aus und gestand den Ländern mit dem Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt vom 14. 11. 1918 zunächst nur eine Delegation der Selbstverwaltung zu, während er die Grundlagen der Gesetzgebung erst mit dem Gesetz über die Volksvertretung vom 14. 3. 1919 (StGBI. 179) als verfassungsrechtlich wirksam rezipiert ansah: MERKL, Verfassung 58–60, 158–161.

chie durch die Gesetzgebungspraxis und legislative Ergänzungen modifiziert.

## 1. Entwicklungen bis 1918<sup>37</sup>

### a) Kompetenzen

#### aa) *Der Grundstock von 1861*<sup>38</sup>

Die der Landesgewalt zur Gesetzgebung (bzw. Selbstverwaltung) überlassenen Kompetenzen umfassten gemäß den Landesordnungen aus 1861 als ausschließliche Landesangelegenheiten (§ 18):<sup>39</sup> (1.) „alle Anordnungen“ in Zusammenhang mit der „Landeskultur“ (vor allem das Agrar-, Forst-, Fischerei- und Jagdrecht) und „in betreff“ der aus Landesmitteln finanzierten „öffentlichen Bauten“ oder daraus „dotierten Wohltätigkeitsanstalten“ und die Gesetzgebung über die Landesfinanzen (insbesondere über den Voranschlag und die Rechnungslegung); ferner (2.) die Ausführungsgesetzgebung innerhalb staatlicher Rahmengesetze, nämlich die „näheren Anordnungen“ in Gemeinde-, Kirchen- und Schulangelegenheiten sowie in Bezug auf einzelne wirtschaftliche Fragen der Heeresverwaltung („Vorspannleistung, [...] Verpflegung und Einquartierung des Heeres“); schließlich (3.) „Anordnungen über sonstige, die Wohlfahrt oder die Bedürfnisse des Landes“ betreffende Gegenstände, „welche durch besondere Verfügungen [der Reichsgewalt] der Landesvertretung zugewiesen werden“; außerdem stand es der Landesgewalt zu, „Anträge“ zu stellen „über kundgemachte allgemeine Gesetze und Einrichtungen bezüglich ihrer besonderen Rückwirkung auf das Wohl des Landes“ sowie „auf Erlassung

allgemeiner Gesetze und Einrichtungen, welche die Bedürfnisse und die Wohlfahrt des Landes erheischen“ (§ 19).

#### bb) *Die Generalklausel von 1867*

1867 kamen infolge einer im Grundgesetz über die Reichsvertretung<sup>40</sup> zugunsten der Länder verankerten Generalklausel alle Angelegenheiten (§ 12), welche nicht (gem. § 11) ausdrücklich der Reichsvertretung vorbehalten waren, hinzu. Neben traditionellen Agenden der Landesautonomie entstanden nun neue Tätigkeitsfelder<sup>41</sup> im Bereich des Bildungswesens,<sup>42</sup> des Sozial<sup>43</sup>- und Gesundheitswesens<sup>44</sup> sowie der Volkswirtschaft;<sup>45</sup> hinzu kamen Maßnahmen im Bereich der Infrastruktur<sup>46</sup> sowie die Gründung von Landesunternehmen.<sup>47</sup> Die Folge war eine signifikante Verbreiterung der „Leistungsstruktur“<sup>48</sup> in einzelnen Ländern. Die 1867 geschaffene Generalklausel bot den Landtagen aber bloß die Möglichkeit, neue Gesetzgebungsmaterien an sich zu ziehen, solange nicht länderübergreifende Interessen den Reichsrat bewogen, die Zuständigkeit für das Reich zu „reklamieren“. In der Gesetzgebungspraxis gab bei der Abwägung unterschiedlicher „Gesichtspunkte“ in Bezug auf die Inanspruchnahme solcher Kompetenzen das zeitliche Zuvorkommen den Ausschlag, der Satz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ war nicht anwendbar.<sup>49</sup>

<sup>37</sup> SCHMITZ, *Organe* 1365f., 1369–1371, 1375f., 1378, 1393–1395; HYE, *Strukturen* 1554; DERS., *Länder* 2443, 2445f.; vgl. SCHMETTERER, *Kompetenzverteilung* 199–205.

<sup>38</sup> Dazu NESCHWARA, *Landtage* 65–67.

<sup>39</sup> Diese Bestimmungen waren für alle Reichsratsländer „nach einer Schablone abgefaßt“ (BERNATZIK, *Verfassungsgesetze* 264f.), hier der niederösterreichischen Landesordnung (RGBl. 20, Beilage II a).

<sup>40</sup> RGBl. 141/1867.

<sup>41</sup> OSTERKAMP, *Schwebelage* 207.

<sup>42</sup> Dazu SCHMITZ, *Organe* 1498ff.

<sup>43</sup> Ebd. 1450ff.

<sup>44</sup> Ebd. 1439ff.

<sup>45</sup> Ebd. 1506ff.

<sup>46</sup> Ebd. 1426ff.

<sup>47</sup> Im Bereich des Kredit- und Versicherungswesens: Ebd. 1513ff., 1529ff.

<sup>48</sup> Dafür beispielhaft die umfassenden Erhebungen von SCHMITZ, *Organe* 1393–1535, für Niederösterreich; eine Orientierung über die Leistungen der Länder anhand der Ausgabenbereiche der Landeshaushalte auch bei HYE, *Strukturen* 1554.

<sup>49</sup> SCHENNACH, *Entwicklung* 507–509, 514; NESCHWARA, *Determinierung* 104–106. – Ein Korrektiv gegen

cc) *Modifikationen nach 1867*

Die Reichsgesetzgebung konnte ihren Einfluss auf die Landesgesetzgebung – über den Rahmen der Ausführungsgesetzgebung durch Grundsatzzesetze hinaus – auch auf die ausschließlichen Landesangelegenheiten zur Geltung bringen,<sup>50</sup> insbesondere auf dem Gebiet der „Landeskultur“. In diesem ursprünglichen Tätigkeitsfeld der Landesautonomie war die Abgrenzung der jeweiligen Sphäre der Zuständigkeit im Einzelnen schwierig geworden, weil es sich zu einer – aus heutiger Sicht sogenannten – „Querschnittsmaterie“ wandelte, worüber nur in Einzelfällen ein Einvernehmen über die Berücksichtigung der Interessen von Reich und Ländern erzielt werden konnte, wie etwa im Bereich des Zivil- und Strafrechts durch die sogenannte Lex Starzyński 1907.<sup>51</sup> Diese Ergänzung

Überschreitungen der durch die Verfassung gezogenen Zuständigkeitsgrenzen bot – mangels entsprechender Normprüfungscompetenz des Reichsgerichts – allein das dem Kaiser vorbehaltene Sanktionsrecht zu den Beschlüssen der Gesetzgebungsorgane, sodass er letztendlich als Schiedsrichter in Kompetenzkonflikten fungierte und so in die Rolle eines „Hüters der Verfassung“ schlüpfte. Aufgrund dieser Prerogative des Monarchen blieb die Einheit der staatlichen Gesetzgebung gewahrt.

<sup>50</sup> Dazu Beispiele bei SCHMITZ, *Organe* 1398ff. (zwischen Reichsrat und Landtagen konzertierte Landwirtschaftspolitik, Bündelung der Reichsinteressen in einem eigenen Ackerbauministerium), 1404f. (Verwaltung der staatlichen Grundentlastungsfonds), 1406, 1410 (agrarisches Operationen: Grundstücksteilungen und -zusammenlegungen, Wasserbau), 1413f. (Schutz der Forstwirtschaft), 1417f. (Beschränkungen des bäuerlichen Grundverkehrs), 1416f., 1419 (Veterinärwesen und Viehzucht), 1421 (Pflanzenschutz), 1424 (Schutz der Fischerei), 1424 (Versuchsanstalten), 1425f. (Einrichtung der Grundbücher), 1437 (Wasserstraßenbau), 1438 (Impfprophylaxe, öffentliches Sanitätswesen), 1440 (Versorgung mit Ärzten), 1443f. (Einrichtung von Gebär- und Irrenanstalten); ferner SCHENNACH, *K.k. Ärar* 48.

<sup>51</sup> Anhang zu Nr. 2727 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen XVII. Session 556–558. Die damit bewirkte Erweiterung der Gesetzgebungskompetenzen der Landtage war die Folge eines Kompromis-

des Katalogs der Landesangelegenheiten durch explizite Zuweisung seitens des Reichsgesetzgebers war freilich ein Einzelfall geblieben<sup>52</sup>; häufiger beobachten konnte man die Überlassung von ausschließlichen Landesangelegenheiten an den Reichsgesetzgeber<sup>53</sup> sowie Vorlagen zu Landesgesetzen durch die Statthalter<sup>54</sup>, wodurch die Einheitlichkeit der gesamtstaatlichen Rechtsordnung<sup>55</sup> gesichert werden konnte, wozu auch die einheitliche Vollziehung von Reichs-

ses bei der Einführung des allgemeinen Wahlrechts zum Abgeordnetenhaus 1907, wobei in der Debatte im Subkomitee des Ausschusses zur Vorbereitung der Einführung des allgemeinen Wahlrechts im Abgeordnetenhaus der Versuch einer Definition der mit der „Landeskultur“ in Verbindung stehenden Agenden der Landesautonomie unternommen wurde. Die damit in Verbindung stehende Resolution, welche auf eine Initiative des damaligen galizischen Vizepräsidenten Stanisław Starzyński zurückging, sollte aber letztendlich nicht zu der damit beabsichtigten Einleitung einer Enquete unter den Landesausschüssen zur Erhebung der Ansichten der einzelnen Landesvertretungen führen, um „eine Klarstellung oder Änderung der Kompetenzabgrenzungen zwischen dem Wirkungskreise des Reichsrates und jenem der Landtage“ zu bewirken (§ 1). Die in der Resolution unternommene Definierung der „Landeskultur“ musste sich bei der Aufzählung der konkret damit verbundenen Tatbestände mehrfach mit der Wendung „u.s.w.“ begnügen (§ 2), ebd. 80a.

<sup>52</sup> Dazu auch SIMON, *Föderalisierung* 282.

<sup>53</sup> BRAUNEDER, *Staatsselement* 439 (1877 kam es nur für Galizien zum Erlass eines Gesetzes über die Eindämmung der Trunksucht durch den Reichsgesetzgeber); ferner KOHL, *Territoriale Rechtsvielfalt* (zur reichsgesetzlichen Einführung der Grundbücher, insbes. in Tirol, gegen die Intention des Grundbuchgesetzes, das als Grundsatzzesetz des Reiches eigentlich der Ausführung durch den Landesgesetzgeber vorbehalten war).

<sup>54</sup> SCHMITZ, *Organe* 1491 (Bildungs- und Forschungseinrichtungen).

<sup>55</sup> Solche Anträge an die Reichsgewalt „über kundgemachte allgemeine Gesetze und Einrichtungen bezüglich ihrer besonderen Rückwirkung auf das Wohl des Landes und auf Erlassung allgemeine[r] Gesetze und Einrichtungen, welche die Bedürfnisse und die Wohlfahrt des Landes erheischen“ (§ 19); Beispiele dafür bei SCHMITZ, *Organe* 1365f.

und Landesgesetzen durch dem Gesamtstaat zugeordnete Organe (Statthaltereien und Bezirkshauptmannschaften) beitrug. Auch die Gerichtsbarkeit war ein uneingeschränktes Monopol des Gesamtstaates.

#### b) Funktionen

Die Funktionen der Landesvertretungen waren bis 1918 – trotz der zu ihren Gunsten bestehenden Generalklausel – weniger auf die Gesetzgebung als vor allem auf die Selbstverwaltung fokussiert,<sup>56</sup> wo – trotz gesetzlicher Untersagung<sup>57</sup> – länderübergreifende Kooperationen entstanden; vielfach war auch eine Zusammenarbeit mit der staatlichen Verwaltung notwendig, insbesondere um den mit der Ausdehnung der „Leistungsstruktur“ der Länder steigenden Finanzbedarf zu decken. In Verbindung damit

<sup>56</sup> Nicht alle Länder verfügten freilich über die erforderlichen materiellen und personellen Ressourcen, um die sich im Rahmen der Selbstverwaltung bietenden Möglichkeiten wahrzunehmen. Neben Aspekten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und demographischen Phänomenen spielte dabei auch die erforderliche Expertise im Rahmen der zur Verfügung stehenden Personalstände eine Rolle: dazu SCHMITZ, Organe 1541–1453; zu den wirtschaftlichen Aspekten auch HYE, Strukturen 1545–1592. – Knapp vor 1900 verfügte etwa die niederösterreichische Verwaltung über 223 Beamte, während man in Vorarlberg mit drei Mitarbeitern das Auslangen fand: SCHMITZ, Organe 1375f., 1376 (Personalressourcen). Die Struktur der niederösterreichischen Verwaltung war auch um ein Vielfaches stärker differenziert als jene von Vorarlberg, ebd. 1378f.

<sup>57</sup> Dem Landesauschuss war es gemäß Landesordnung (§ 43) nur erlaubt, mit dem Landtag, aus dem er hervorging, in Verkehr zu treten; diese Bestimmung wurde mit dem Gesetz vom 14. 11. 1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern im Zuge der Rezeption der (weiter) geltenden Landesordnungen der ehemaligen Kronländer explizit (§ 12) aufgehoben: hierzu SCHENNACH, Konstanz 121; NESCHWARA, Rolle der Parlamente 36.

entstanden um 1900 auch länderübergreifende Foren: „Länderkonferenzen“.<sup>58</sup>

## 2. Entwicklungen in der Republik

#### a) Ausgangslage

Von den sich aus dem komplementären Zusammenspiel von Grundgesetz über die Reichsvertretung und Landesordnungen ab 1861 und den sich seit 1867 bis zum Ende der Monarchie ergebenden Ergänzungen der Zuständigkeiten der Länder kamen in der Republik für den Gesamtstaat in der Gesetzgebung – naheliegenderweise – noch die der Gesamtmonarchie vorbehaltenen Agenden (Äußeres und Heer) hinzu; die Gerichtsbarkeit blieb ein Monopol des Gesamtstaates.<sup>59</sup>

#### b) Eingriffe der Länder in Kompetenzen des Gesamtstaates

Anders als den ehemaligen Kronländern kam den Ländern Deutschösterreichs neben der Ausübung einer eigenen Gesetzgebung und Verwaltung auch die mittelbare Durchführung der Gesamtstaatsverwaltung zu. Die Zusammenlegung der staatlichen Hoheitsverwaltung mit der autonomen Verwaltung hatte vielfach zu Eigenmächtigkeiten einzelner Landesregierungen geführt, welche über den Rahmen der ihnen zukommenden Angelegenheiten hinaus auch dem Gesamtstaat vorbehaltene Kompetenzen in Anspruch nahmen,<sup>60</sup> sodass es notwendig schien, zur „Sicherstellung der einheitlichen Zusam-

<sup>58</sup> Knapp vor Ende der Monarchie entstand eine „Vermittlungsstelle der Kronländer“: SCHMITZ, Landtage 54–55; DERS., Organe 1536–1541; dazu nun auch OSTERKAMP, Schwebelage 209.

<sup>59</sup> Die Schaffung von Landesverwaltungsgerichten, die von Renner in die Verfassungsdiskussion eingebracht worden war, konnte damals nicht durchgesetzt werden; erst 1914 wurden sie – geleitet von anderen Motiven – in die österreichische Justizverfassung eingeführt: dazu OLECHOWSKI, Verwaltung.

<sup>60</sup> SCHENNACH, Staatsgründung 56; VOLKER, Ausgleichsbestrebungen 154, 182.

menarbeit der Staatsregierung mit den Landesbehörden in administrativen Belangen“, insbesondere in Zusammenhang mit der „Rekonstruktion der Verwaltungsorganisation“ in den Ländern, ein geeignetes politisches Forum zu schaffen. Unmittelbar nach Erlass des Gesetzes betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern kam es gegen Ende November 1918 und sodann knapp nach Jahreswechsel Anfang Jänner 1919 zur Reorganisierung der Institution der „Länderkonferenz“,<sup>61</sup> um einen Konsens über die Beilegung von Diskrepanzen in Zuständigkeitsfragen zu erzielen. Die Querelen hielten aber darüber hinaus an – es war daher naheliegend, die Länderkonferenz<sup>62</sup> dauerhaft zu installieren.<sup>63</sup>

#### c) Behauptung von Kompetenzen der Länder in der Verfassungsgebung

Die Institution der Länderkonferenz bildete vorübergehend das „infrastrukturelle Kontaktkomitee“<sup>64</sup> zwischen Staatsregierung und Politikern der Länder. Sie sollte in dieser Form zunächst ein Gegengewicht zu den hervortretenden separatistischen Strömungen bilden, entwickelte sich im Frühjahr 1920 aber auch zu einem Forum der Verfassungspolitik der Länder.

Verfassungsfragen standen zunächst nicht auf der Tagesordnung. Erst auf der dritten Länderkonferenz Ende Jänner/Anfang Februar 1919, knapp vor den Wahlen zur Konstituierenden Nationalversammlung, kam es – im Zusammen-

hang mit einem von Staatskanzler Renner ins Spiel gebrachten Rahmengesetz zur Durchführung der Wahlen für die (verfassungsgebenden) Landtage und Gemeindevertretungen<sup>65</sup> – zu einer grundsätzlichen Debatte über das künftige Verhältnis zwischen Gesamtstaat und Ländern, wobei dem von Renner propagierten System der englischen Selbstverwaltung von Seiten der Länder dezidiert das Konzept eines Bundesstaates nach Muster der Schweiz entgegengehalten wurde. Fragen der künftigen Verfassung von (Deutsch-)Österreich wurden in der Folge aber auf den nächsten Länderkonferenzen nicht mehr erörtert.<sup>66</sup> Als aber Renner – im Zusammenhang mit einem Bericht über die Ergebnisse der Staatsvertragsverhandlungen in St. Germain – auf der sechsten Länderkonferenz die Bemerkung machte, dass nun die Verfassungsreform „alsbald in Angriff genommen werden muß“ und „eine Art Bundesverfassung“<sup>67</sup> geschaffen werden sollte, waren die Länder auf den Plan gerufen: In einer Resolution erklärten sie die „dringende Notwendigkeit [...] zur Reform unserer Verwaltung und Verfassung“.<sup>68</sup> Renner hatte schon im Mai 1919, knapp vor seiner Abreise zu den Staatsvertragsverhandlungen nach St. Germain, Hans Kelsen als Experten der Staatskanzlei in Verfassungs- und Verwaltungsreformfragen beauftragt, den Entwurf einer Verfassung mit bundesstaatlichem Charakter auszuarbeiten. Kelsen war – in ständigem Kontakt mit Renner<sup>69</sup> – bis zum Abschluss der Verhand-

<sup>61</sup> VOLKER, *Ausgleichsbestrebungen* 153

<sup>62</sup> Protokolle, soweit in den Archiven damals greifbar, bei ERMACORA, *Materialien* 1–87, mit ergänzenden Hinweisen auf Berichte der Tagespresse; die Protokolle der ersten drei Konferenzen nun vollständig ediert in ENDERLE-BURCEL u.a., *Protokolle I/1*, 121–140 (23. 11. 1918), 303–336 (4./5. 1. 1919), 441–532 (31. 1./1. 2. 1919). Es folgten – auf Initiative der Staatsregierung – bis Mitte Oktober 1919 vier weitere Länderkonferenzen. Dazu auch WEDRAC, *Länderkonferenzen*.

<sup>63</sup> ENDERLE-BURCEL u. a., *Protokolle I/1*, 304, 335f.

<sup>64</sup> ERMACORA, *Materialien VIII* und 1.

<sup>65</sup> VOLKER, *Ausgleichsbestrebungen* 102–121; ERMACORA, *Materialien* 5, 9–42; ENDERLE-BURCEL u.a., *Protokolle I/1*, 444–478.

<sup>66</sup> Zur 4. und 5. Länderkonferenz Anfang April bzw. Mitte Mai 1919: ERMACORA, *Materialien* 45–55 und 59 sowie die auf 46 (Fn. 5) bzw. 59 (Fn. 11) angeführten Hinweise auf Berichte in der Tagespresse.

<sup>67</sup> ERMACORA, *Materialien* 57f.

<sup>68</sup> *Der Staat und die Länder*, in: *Neue Freie Presse* 16. 9. 1919, 3 (Der Resolutionsantrag); *Die Länderkonferenz*, in: *Reichspost* 16. 9. 1919, 2 (Eine Entschließung zur Verfassungsreform).

<sup>69</sup> SCHMITZ, *Verfassungsgespräche* 30–32.

lungen in St. Germain Anfang September 1919 seinem Auftrag nachgekommen und hatte sogar verschiedene Konzepte erarbeitet, mit denen auf die zu erwartenden politischen Eventualitäten Bedacht genommen werden sollte.<sup>70</sup>

Mitte Oktober 1919, auf der nächsten Länderkonferenz,<sup>71</sup> wurde die Tagesordnung mit der „Beratung der einzuleitenden Vorverhandlungen behufs Fertigstellung des Verfassungsentwurfs“ eingeleitet. Nach dem Dafürhalten von Renner sollte die künftige Verfassung im Einvernehmen zwischen der Staatskanzlei und den Parteien der Nationalversammlung ausgearbeitet werden. Den Anlass zu dieser – der letzten von der Staatsregierung einberufenen – Landeskonferenz hatte ein Ende September 1919 im Tiroler Landtag gefasster Beschluss gegeben, wonach die Länder in der Verfassungsreform die Initiative ergreifen sollten. Auf dieser Grundlage entstand in der Folge ein Verfassungsentwurf, der nach seinem Urheber sogenannte „Entwurf Falser“.<sup>72</sup> Auf seiner Grundlage sollten konkrete Verfassungsarbeiten aufgenommen werden, und zwar – nach einer Einladung durch die Salzburger Landesregierung – auf einer Länderkonferenz in Salzburg in der ersten Jännerhälfte 1920, von der die Staatsregierung ausgeschlossen war. Lediglich der – nach der im Anschluss an die Unterzeichnung des Staatsvertrags erfolgten Umbildung der Regierung – mit dem persönlichen Portefeuille der Verfassungs- und Verwaltungsreform ausgestattete Staatssekretär Michael Mayr hatte eine Einladung erhalten.<sup>73</sup> Er erreichte eine Verlegung der Länderkonferenz auf Mitte Februar 1920 und konnte die Zwischenzeit dazu nutzen, um in den einzelnen Ländern auf Grundlage von in der Staatskanzlei vorbereiteten verfassungsrechtlichen Materiali-

en Verfassungsgespräche zu führen.<sup>74</sup> Überwiegend war er dabei mit dem Standpunkt konfrontiert, dass die Länder eine Beteiligung an den Verfassungsarbeiten forderten, vereinzelt wurde sogar die Auffassung vertreten, dass die Verfassung als ein Vertrag der Länder zustande gebracht werden sollte; freilich war dies der einhellige Standpunkt nur der christlich-sozialen Landespolitiker, der auch von den deutschfreiheitlichen Parteien weitgehend geteilt wurde, während die Sozialdemokraten (außer in Kärnten) die alleinige Kompetenz der Konstituierenden Nationalversammlung betonten.<sup>75</sup>

In Salzburg<sup>76</sup> wurde sodann – anders als ursprünglich geplant – nicht auf Basis des Entwurfs Falser verhandelt, sondern auf Grundlage eines von den Experten der Staatskanzlei für Mayr erarbeiteten „Vorentwurfs einer Bundesverfassung“, der – abgesehen von der Kompetenzverteilung<sup>77</sup> – auf einem der von Kelsen im Auftrag Renners vorgelegten Entwürfe beruhte. Die schon bei den Verfassungsgesprächen Mayrs in den Ländern offenkundig gewordenen Bruchlinien zwischen den Parteien hatten nun die ursprünglich weitgehend geschlossene Front der Länder gesprengt. Bei der Fortsetzung der ohne konkrete Ergebnisse „auf Linz“ vertagten Verhandlungen hatten die parteipolitischen Interessen die Überhand gewonnen und überlagerten die ursprünglich von den Ländern be-

<sup>70</sup> NESCHWARA, Entwicklung 98; SCHMITZ, Karl Renners Briefe 45.

<sup>71</sup> ERMACORA, Materialien 59–77.

<sup>72</sup> NESCHWARA, Entwicklung 101f.

<sup>73</sup> ERMACORA, Materialien 89.

<sup>74</sup> SCHMITZ, Verfassungsgespräche; ferner ERMACORA, Entstehung 93, 102–153; NESCHWARA, Entwicklung 102f., 111–117.

<sup>75</sup> SCHMITZ, Verfassungsgespräche 35f.; ERMACORA, Entstehung 109 (Christlichsoziale und Sozialdemokraten), 110 (Deutschfreiheitliche); NESCHWARA, Entwicklung 118.

<sup>76</sup> NESCHWARA, Entwicklung 10f., 117–119.

<sup>77</sup> In interministeriellen Verhandlungen entstand von Mitte Oktober 1919 an das System, das im Wesentlichen schließlich auch dem am 1. 10. 1920 von der Nationalversammlung beschlossenen Bundes-Verfassungsgesetz zugrundeliegen wird: Zur Entstehung der Kompetenzverteilung NESCHWARA, Entwicklung 103, 107f., 111f., 117; vgl. auch SCHENNACH, Entwicklung 515f.

hauptete Kompetenz in der Verfassungsfrage.<sup>78</sup> Nach der im Juli 1920 erfolgten Verlegung der Verfassungsarbeiten in die Nationalversammlung<sup>79</sup> war auch von der von Renner im Oktober 1919 noch in Aussicht gestellten Einbindung von Vertretern der Länder mit konsultativer Funktion in die Verhandlungen des Verfassungsausschusses<sup>80</sup> keine Rede mehr. Die Länder waren als bestimmende Faktoren aus dem Prozess der Verfassungswerdung ausgeschieden.<sup>81</sup>

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Christian NESCHWARA  
 Universität Wien  
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
 Schottenbastei 10–16  
 A-1010 Wien  
 christian.neschwara@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0001-7956-4439

## Abkürzungen:

ÖGL Österreich in Geschichte und Literatur  
 Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf]

## Literatur:

Edmund BERNATZIK, Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen (2. Wien 1911).  
 Wilhelm BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 1918. Die Republik entsteht (Wien 2000).

DERS., Die Republik entsteht. Österreich 1918–1925 (Wien 2018).

DERS., Karl Renners „Entwurf einer provisorischen Verfassung“, in: DERS. (Hg.), Studien, Bd. 3: Entwicklung des Öffentlichen Rechts, Teil 2 (Frankfurt a.M. u.a. 2003) 159–204.

DERS., Zum Verhältnis Gesamtstaat – Länder und die Republik Deutschösterreich. Ein Forschungsbericht, in: Alfred ABLEITINGER (Hg.), Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918–1920 (= Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder 1, St. Pölten–Wien 1983) 29–40.

DERS., Vom neuständischen Staatselement zum lokalen Verwaltungssprengel: Das österreichische Gutsgebiet, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Salzburg (Hg.), Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag (Berlin 1981) 435–448.

Peter BUßJÄGER (Hg.), 3. November 1918 – Die Länder und der neue Staat. Beiträge zur Festversammlung und zum Symposium „100 Jahre selbständiges Land Vorarlberg“ (Innsbruck 2019).

Gertrude ENDERLE-BURCEL u.a. (Hgg.), Protokolle des Ministerrates der Ersten Republik der Republik Österreich, Abteilung I [Deutsch-]Österreichischer Kabinettsrat 31. Oktober 1918 bis 7. Juli 1920, Bd. 1 (Kabinettsrat Dr. Karl Renner, 31. Oktober bis 1. Februar 1919, Wien 2018) IX–XLI.

Felix ERMACORA, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform (= Österreichische Schriftenreihe für Rechts- und Politikwissenschaft IX/2, Wien 1989)

DERS., Materialien zur österreichischen Bundesverfassung (I). Die Länderkonferenzen 1919/20 und die Verfassungsfrage (= Österreichische Schriftenreihe für Rechts- und Politikwissenschaft IX/1, Wien 1989).

Hans KELSEN, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Bd. 3 (Wien–Leipzig 1919).

Lothar HÖBELT, Die Vertretung der Nationalitäten im Reichsrat, in: Herbert SCHAMBECK (Hg.), Österreichs Parlamentarismus. Werden und System (Berlin 1986) 185–222.

DERS., Stehen oder Fallen. Österreichische Politik im Ersten Weltkrieg (Wien 2015).

Hans Peter HYE, Die Länder im Gefüge der Habsburgermonarchie, in: RUMPLER, URBANITSCH, Die Habsburgermonarchie II/2, 2427–2464.

DERS., Strukturen und Probleme der Landeshaushalte, in: RUMPLER, URBANITSCH, Die Habsburgermonarchie II/2, 1545–1592.

<sup>78</sup> NESCHWARA, Entwicklung 103f., 119–122.

<sup>79</sup> Ebd. 104–107, 123–132.

<sup>80</sup> Ebd. 100.

<sup>81</sup> Nur dem Burgenland war bis zuletzt nach Vorschlag des Verfassungsausschusses die Option eines Beitritts zur Bundesverfassung vorbehalten – davon wurde im Plenum aber Abstand genommen: WIEDERIN, Staatsgründung 153 (in Fn. 74); zu den Reaktionen der anderen Länder auf den Erlass des Bundesverfassungsgesetzes: ebd. 152–154.

- Gerald KOHL, Territoriale Rechtsvielfalt und gesamtstaatliche Rechtsvereinheitlichung in der Habsburgermonarchie: Die Einführung des Grundbuchs in Tirol, in: Christoph HAIDACHER, Richard SCHÖBER (Hgg.), Bericht über den 24. Österreichischen Historikertag in Innsbruck (Innsbruck 2006) 248–256.
- Adolf J. MERKL, Die gesetzgebende, vollstreckende und richterliche Gewalt im deutschösterreichischen Staate, in: JBl 47 (1918) 356–361.
- DERS., Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß (Wien-Leipzig 1919).
- Christian NESCHWARA, Das Erbe der Monarchie, in: Ernst BRUCKMÜLLER, Thomas OLECHOWSKI (Hgg.), 100 Jahre Verfassung (= ÖGL 2021/2) 158–171.
- DERS., Determinierung oder relative Autonomie? Zum Verhältnis von Landesverfassung und Reichs- bzw. Bundesverfassung, in: Martin SCHENNACH (Hg.), Rechtshistorische Aspekte des österreichischen Föderalismus. Beiträge zur Tagung an der Universität Innsbruck am 28. und 29. November 2013 (Wien 2015) 101–115.
- DERS., Die Rolle der Parlamente im Übergang von der „alten“ Monarchie zur „neuen“ Republik“, in: Christian NESCHWARA, J. Michael RAINER (Hgg.), 100 Jahre Republik. Der Beitrag der Provisorischen Nationalversammlung zur Entstehung Deutschösterreichs (Graz 2018) 11–53.
- DERS., Landtage und Gesamtstaatsparlament, in: Robert KRIECHBAUMER, Peter BUßJÄGER (Hgg.), Das Februarpatent 1861. Zur Geschichte und Zukunft der österreichischen Landtage (Salzburg 2011) 145–161.
- DERS., Zur Entwicklung des Verfassungsrechts nach 1918, in: Herbert SCHAMBECK (Hg.), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich. Entwicklung und Gegenwartsprobleme (Berlin 1993) 83–219.
- Thomas OLECHOWSKI, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Historische Entwicklung eines schwierigen Verhältnisses, in: Michael HOLOUBEK, Michael LANG (Hgg.), Verwaltung und Verwaltungs-/Finanzgerichtsbarkeit (Wien 2020) 1–11.
- Jana OSTERKAMP, Föderale Schwebelage – Die Habsburgermonarchie als politisches Mehrebenensystem, in: Gerold AMBROSIUS, u.a. (Hgg.), Föderalismus in historisch vergleichender Perspektive, Bd. 2 (Föderale Systeme: Kaiserreich – Donaumonarchie) (= Europäische Union Historische Dimensionen Europäischer Integration 22, Baden-Baden 2015) 197–219.
- Helmut RUMPLER, Das Völkermanifest Kaiser Karls vom 16. Oktober 1918. Letzter Versuch zur Rettung des Habsburgerreiches (Wien 1966).
- DERS., Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848 bis 1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus, 1. Teilbd.: Verfassung und Parlamentarismus, 2. Teilbd.: Die regionalen Repräsentativkörperschaften (Wien 2000).
- Helmut RUMPLER (Hg.), Die Habsburgermonarchie und der Erste Weltkrieg (= Die Habsburgermonarchie 1848–1918; Bd. XI/1, Wien 2016), Teil 2: Vom Vielvölkerstaat Österreich-Ungarn zum neuen Europa der Nationalstaaten, 1165–1256.
- DERS., Die Todeskrise Cisleithaniens 1911–1918. Vom Primat der Innenpolitik zum Primat der Kriegsentscheidung, in: DERS., Habsburgermonarchie und Erster Weltkrieg 2, 1165–1256.
- Martin SCHENNACH, Die Entwicklungslinien der Landesverfassungen nach 1918, in: Peter BUßJÄGER, Martin SCHENNACH (Hgg.), 1919 – Länderkonferenzen und Landesverfassungen (= Institut für Föderalismus – Schriftenreihe 129, Innsbruck 2020) 1–20.
- DERS., Die Staatsgründung 1918 und die Länder, in: BUßJÄGER, 3. November 39–56.
- DERS., Konstanz in der Transformation? Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder in den ersten Jahren nach 1918, in: Horst GEHRINGER u.a. (Hgg.), Demokratie in Bayern. Die Bamberger Verfassung 1919 (Bamberg 2019) 113–139.
- DERS., Vom k.k. Ärar zum Bundesschatz? Das Staatsvermögen der Habsburgermonarchie und die Entstehung des österreichischen Bundesstaates (= Institut für Föderalismus – Schriftenreihe 120, Innsbruck 2015).
- DERS., Zur historischen Entwicklung der Kompetenzverteilung in Österreich, in: Anna GAMPER u.a. (Hgg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa (Baden-Baden 2016) 489–521.
- Christoph SCHMETTERER, Die Kompetenzverteilung in Österreich 1861–1925, in: Janwillem OOSTERHUIS / Emanuel VAN DONGEN (gg.), European Traditions: Interpretation or Disintegration? (Nijmegen 2012), 191–206.
- Sebastian SCHMID, Die Entstehung der Republik aus der Sicht der Länder, in: Clemens JABLONER u.a. (Hgg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 41, Wien 2020) 85–100.
- Georg SCHMITZ, Die Landtage von 1861 bis 1918, in: Ernst BRUCKMÜLLER (Hg.), Parlamentarismus in Österreich (Wien 2011) 40–59.



- DERS., Die Verfassungsgespräche mit den österreichischen Ländern 1919/20. Aus der Entstehungsgeschichte der österreichischen Bundesverfassung, in: ZNR 1 (1979) 41–40.
- DERS., Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 16, Wien 1991).
- DERS., Organe und Arbeitsweise, Strukturen und Leistungen der Landesvertretungen, in: RUMPLER, URBANITSCH, Habsburgermonarchie, Bd. VII/2, 1536–1541.
- Stefan SEMOTAN, Historische Einleitung, in: ENDERLEBURCEL u.a., Protokolle des Ministerrates der Ersten Republik, Bd. I/1, IX–XLI.
- Thomas SIMON, Die Föderalisierung des Kaisertums Österreich nach 1860 und der Gedanke der Selbstverwaltung, in: Helmut NEUHAUS (Hg.), Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 10. bis 12. März 2008 (= Der Staat Beiheft 19, Berlin 2010) 257–283.
- Klaus Rüdiger VOLKER, Die Ausgleichsbestrebungen zwischen Zentralismus und Föderalismus bei den Länderkonferenzen 1918–1920 (phil. Diss., Univ. Salzburg 1977).
- Karl WEBER, Die mittelbare Bundesverwaltung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung der Organisation des Bundes im Bereich der Länder außer Wien. Zugleich eine Geschichte der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern außer Wien (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 41, Wien 1987).
- Stefan WEDRAC, Die Länderkonferenzen 1918–1920, in: Ernst BRUCKMÜLLER, Thomas OLECHOWSKI (Hgg.), 100 Jahre Bundesverfassung (= ÖGL 2021/2) 177–180.
- Ewald WIEDERIN, Die verfassungspolitische Diskussion über die Einrichtung Österreichs als Bundesstaat, in: BRGÖ 2 (2011) 355–373.
- DERS., Von der Staatsgründung 1918 zur Bundesverfassung 1920, in: BURJÄGER, 3. November 141–155.

## Zeitungen:

- Der Staat und die Länder. Die Auseinandersetzung auf der Konferenz der Landeshauptleute, in: Neue Freie Presse Nr. 19777 vom 16. 9. 1919, 1–3.
- Die Länderkonferenzen, in: Reichspost Nr. 339, Morgenblatt vom 16. 9. 1919, 1f.

Thomas OLECHOWSKI, Wien

## Die Diskussion um die Kompetenzverteilung bei der Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes

### *The discussion about the distribution of competences during the creation of the Federal Constitutional Act*

*The question of the distribution of competences was one of the most discussed topics during the creation of the Federal Constitutional Act. Hans Kelsen's drafts were of comparatively little significance in this respect; instead, in the autumn of 1919, Chancellor Renner requested the state offices to name areas of competence which, in their view, should be a matter for the federal state. This resulted in a very long and casuistic catalogue, which was further expanded in the course of the negotiations. The political parties were unable to reach an agreement on the school system in particular; other matters remained controversial to the end as well. Ultimately, the adoption of the Federal Constitution was only possible because the two major parties agreed to postpone the entry into force of the competence provisions until a later, still uncertain date, and to retain the competence provisions of the monarchy until then. With the entry into force of the Federal Constitutional Act on 10 November 1920, Austria was formally transformed into a federal state, but in substantial terms – due to the lack of competence provisions – it was by no means a federal state.*

**Keywords:** competence provisions – Federal Constitutional Act – federalism – Hans KELSEN –

### 1. Rückblick auf die Kompetenzverteilung der Monarchie bis 1918

Fragt man nach dem eigentlich Neuen im Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920, so wird man als eine der ersten Antworten die Einführung des bundesstaatlichen Prinzips hören. Fragt man, worin das Wesen eines Bundesstaates bestehe, so wird man als eine der ersten Antworten die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern hören. Und dennoch war die Kompetenzverteilung im B-VG nichts von Grund auf Neues – vielmehr konnten die Väter der Verfassung auch in dieser Frage an einem rechtshistorischen Fundament, den Kompetenzbestimmungen der Verfassung von 1867, anknüpfen. Denn wenn auch die Lehre nicht müde wurde zu betonen, dass Cisleithanien kein Bun-

desstaat gewesen war,<sup>1</sup> so gab es auch hier ein Zentralparlament und mehrere Landesparlamente mit jeweils eigenen Kompetenzen. So wie später das B-VG, so folgte schon die Kompetenzverteilung in Cisleithanien nicht allgemeinen Grundsätzen, sondern war durch kasuistische Kataloge festgelegt, die im Wesentlichen einander ausschließende Kompetenzen für das Land bzw. für den Gesamtstaat vorsahen; mitunter, etwa im Gemeinderecht, kam dem Gesamtstaat nur eine Grundsatzgesetzgebung zu, woran sich Ausführungsgesetze der Länder anschlossen. Andere Methoden einer Kompetenzverteilung, wie etwa der heute im Europarecht

---

<sup>1</sup> SCHMETTERER, Das kaiserliche Erbe 186. Immerhin sprach KELSEN, Staatsrecht 38, von einer „bundesstaatsähnlichen Teilung der Gesetzgebungskompetenz“.

angenommene „Anwendungsvorrang“ von unionsrechtlichen Normen, waren dagegen dem cisleithanischen Verfassungsrecht fremd und blieben es auch.<sup>2</sup>

Festzuhalten ist allerdings auch, dass die Kompetenzverteilung der Monarchie, die in zwei verschiedenen gesetzgeberischen Akten – der sog. Februarverfassung 1861 und der sog. Dezemberverfassung 1867 – geschaffen worden war, nur Gesetzgebungskompetenzen regelte, nicht auch eine Kompetenzverteilung von Verwaltungsbehörden. Dies hing freilich mit dem Verwaltungsaufbau der Monarchie zusammen, worauf hier nicht eingegangen zu werden braucht.<sup>3</sup>

## 2. Die Kompetenzverteilung in den ersten Verfassungsentwürfen 1919

Im Einzelnen war die verfassungsrechtliche Basis für die Kompetenzverteilung der Monarchie aus legistischer Sicht äußerst mangelhaft und hatte im jungen Verfassungsjuristen Hans Kelsen einen ihrer schärfsten Kritiker gefunden.<sup>4</sup> Gerade dies aber zeigt, dass dem „Architekten“ des B-VG die Probleme der Kompetenzverteilung in Altösterreich bestens bekannt waren. Fünf Jahre nach Veröffentlichung seines grundlegenden Aufsatzes über „Reichsgesetz und Landesgesetz“, im Mai 1919, erhielt er von Staatskanzler Karl Renner „den Auftrag, den Entwurf einer Bundesstaatsverfassung auszuarbeiten“, wobei er sich vornahm, „alles Brauchbare aus der bisherigen Verfassung beizubehalten“, sich aber gerade bezüglich des neu einzuführenden bundesstaatlichen Prinzips „an die

schweizerische, aber mehr noch an die neue deutsche Reichsverfassung anzulehnen.“<sup>5</sup>

Zwischen Mai und September 1919, während Renner bei den Friedensverhandlungen in St. Germain weilte, arbeitete Kelsen sechs Verfassungsentwürfe aus.<sup>6</sup> Kelsens erster Verfassungsentwurf, der noch Anfang Juli 1919 fertiggestellt wurde, war dabei der länderfreundlichste Entwurf,<sup>7</sup> was Indiz dafür sein könnte, dass es Renner war, der ihn bat, die weiteren Entwürfe stärker zentralistisch zu gestalten. Im gegebenen Zusammenhang erscheint es jedenfalls wesentlich, dass Kelsen die „Republik Deutschösterreich“ gleich im ersten Artikel als einen „Bund“ von „souveränen Länder[n]“ bezeichnete. Vor diesem Hintergrund wird auch die Formulierung der Kompetenzbestimmungen in diesem ersten Entwurf verständlich. Sie war in lediglich drei, aus heutiger Sicht sehr kurz gehaltenen Artikeln geregelt. In Art. 5 übertrugen die „souveränen Länder Niederösterreich etz. [...] ihre Staatsgewalt“ in bestimmten, taxativ aufgezählten Angelegenheiten dem Bund. In Art. 6 wurden einige weitere Angelegenheiten ebenfalls taxativ aufgezählt, hier kam lediglich die Gesetzgebung dem Bund, die Vollziehung hingegen den Ländern zu. Art. 7 enthielt dann die abschließende Bestimmung: „Sofern eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist, verbleibt sie im Geltungsbereich der souveränen Länder.“ Hier ist schon der heutige Art. 15 Abs. 1 B-VG gut erkennbar. Dagegen ist der vorhin genannte Art. 5 im Kelsen-Entwurf I bemerkenswert, da Kelsen hier nicht bloß von Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz, sondern von „Staats-

<sup>2</sup> SCHMETTERER, Das kaiserliche Erbe 186.

<sup>3</sup> Siehe dazu die Beiträge von Thomas SIMON und Kamila STAUDIGL-CIECHOWICZ in diesem Band.

<sup>4</sup> KELSEN, Reichsgesetz und Landesgesetz; vgl. dazu den Beitrag von Christoph SCHMETTERER in diesem Band.

<sup>5</sup> KELSEN, Staatsrecht 160f.; vgl. dazu CADORE, Editorischer Bericht 523; OLECHOWSKI, Kelsen 271.

<sup>6</sup> Diese Entwürfe in synoptischer Art und Weise abgedruckt bei SCHMITZ, Vorentwürfe 114–307, sowie auch bei ERMACORA, Materialien IV, 62–243.

<sup>7</sup> SCHMITZ, Vorentwürfe 49; OLECHOWSKI, Kelsen 278.

gewalt“ schlechthin spricht. Es ist dies derselbe Kelsen, der etwas mehr als ein Jahr später darauf drängt, Art. 1 B-VG so zu formulieren, dass nicht „alle Gewalt“, sondern „alles Recht“ vom Volk auszugehen habe,<sup>8</sup> und der später, in seinem Verfassungskommentar, schreibt, dass für „die Sphäre des Rechtes [...] nicht Gewalten, sondern nur Rechtsnormen, die Kompetenzen statuieren, in Betracht“ kämen!<sup>9</sup> Dass diese Gewalten oder Kompetenzen nun nicht bloß zwischen verschiedenen Organen, sondern zwischen verschiedenen Gebietskörperschaften aufgeteilt waren, mag aus der Sicht der Reinen Rechtslehre wenig Bedeutung haben; politisch war jedoch die von Kelsen gewählte Terminologie geradezu eine Huldigung der bundesstaatlichen Idee.<sup>10</sup>

Dieser Huldigung jedenfalls war auch das bis heute grundlegende Prinzip geschuldet, wonach die Bundeskompetenzen taxativ aufgezählt waren, während die Kompetenzen der Länder generalklauselartig umschrieben waren. Die Formulierung, dass sie „im Geltungsbereiche der souveränen Länder“ *verbleiben*, suggerierte eine ursprüngliche umfassende Regelungskompetenz der Länder.<sup>11</sup> Und diese war durchaus weit gezogen, umfasste sie doch u.a. das gesamte Schulrecht, das Gewerberecht, Eisenbahn- und Schiffsverkehr, Bergwesen, Forstwesen und noch einiges mehr.<sup>12</sup> Dem Bund vollständig übertragen waren dagegen u.a. die Auswärtigen Angelegenheiten und das Militärwesen, Bundes-

finanzen, Zollwesen, Zivil- und Strafjustiz, Kultus und Hochschulwesen; in einigen Bereichen, wie insbesondere im Verwaltungsstrafrecht, im Wasser- und Elektrizitätsrecht sollte der Bund lediglich die Grundsätze regeln können, während die „nähere Durchführung“ dieser Grundsätze den Ländern zukam.

Sowohl die erstaunlich föderalismusfreundliche Terminologie als auch die Föderalismusfreundlichkeit des Meritorischen in der Kompetenzverteilung von Kelsens erstem Entwurf erklären sich wenigstens zum Teil daraus, dass Kelsens „Entwurf I“ nicht der allererste Entwurf war, der überhaupt zum späteren B-VG gemacht wurde; vielmehr hatte die christlichsoziale Partei schon am 14. Mai – zwei Tage nach Renners Abreise nach St. Germain – einen eigenen Verfassungsentwurf für einen „deutschen Bundesfreistaat Österreich“ in der KNV eingebracht.<sup>13</sup> Damit hatte sie sich als erste politische Partei auch offiziell auf die Umwandlung Österreichs in einen Bundesstaat festgelegt.<sup>14</sup> Der genannte Entwurf bestimmte in Art. 14 Abs. 1, dass der „Wirkungsbereich der Bundesgewalt [...] alle Angelegenheiten [umfasse], die sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, welche den Ländern des Bundesfreistaates gemeinschaftlich sind.“ Es war dies allerdings eine bloß programmatische Erklärung, denn Abs. 2 enthielt einen wohl als taxativ zu verstehenden Katalog der Bundeskompetenzen, der übrigens wesentlich weiter als jener Kelsens war, enthielt er doch u.a. eine Kompetenz des Bundes zur Regelung des Vereins- und Versammlungsrechtes oder eine Kompetenz im „Arbeiterrecht“. Es fällt auf, dass manche Materien schlechthin genannt wurden, bei anderen Materien dagegen die Wortfolge „die Regelung des“ hinzugefügt wurde, es könnte sein, dass in diesen Fällen nur die Gesetzgebung, nicht auch die Vollziehung Bundes-

<sup>8</sup> ERMACORA, Quellen 472.

<sup>9</sup> KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 65.

<sup>10</sup> Dies ist umso bemerkenswerter, als Kelsen ja die – von Föderalisten heftig bekämpfte – These entwickelt hatte, dass der Staat Deutschösterreich 1918 alleine in Wien gegründet worden sei, die nachfolgenden Beitrittserklärungen der Länder keine juristische Relevanz hätten; vgl. dazu SCHENNACH, Staatsgründung 40; SCHMID, Entstehung 92.

<sup>11</sup> Ebd. 80.

<sup>12</sup> E contrario-Schluss aus den dem Bund übertragenen Angelegenheiten.

<sup>13</sup> 231 BlgKNV, auch abgedruckt bei ERMACORA, Quellen 29–42.

<sup>14</sup> WIEDERIN, Diskussion 363.

sache sein sollte. Art. 15 Abs. 1 des Entwurfes enthielt dann eine Generalklausel zugunsten der Länder (die Identität mit den Ziffern des Art. 15 Abs. 1 B-VG ist natürlich Zufall). Schließlich sah der christlichsoziale Entwurf auch die Möglichkeit vor, dass der Bund Gesetzgebungskompetenzen „fallweise oder auf bestimmte Dauer allen oder einzelnen Ländern überlassen“ könne; in bestimmten Landesangelegenheiten, wie etwa dem unteren und mittleren Erziehungswesen, und auch überall dort, wo Bundesmittel in Anspruch genommen würden, sollte die Landesgesetzgebung nur „unter Mitwirkung der Bundesregierung“ erfolgen – wie diese Mitwirkung aussehen sollte, blieb allerdings offen.<sup>15</sup>

Es kann also durchaus nicht gesagt werden, dass der christlichsoziale Entwurf stärker föderalistisch war als Kelsens erster Entwurf, wohl aber, dass die Regelungstechnik komplizierter und die Textierung weniger klar war. Die Entstehungsgeschichte des christlichsozialen Entwurfes ist unbekannt; von jenen christlichsozialen Abgeordneten, die als Einbringende namentlich genannt wurden, steht Michael Mayr an erster Stelle, weshalb vermutet werden kann, dass er auch der Hauptredaktor des Entwurfes war.

### 3. Die Stunde der Staatsämter

Wie bereits hervorgehoben, waren die meisten Entwürfe, die Kelsen zwischen Juli und September 1919 erstellte, stärker zentralistisch als der erste. Dies betrifft vor allem die Zusammensetzung und Kompetenzen des Bundesrates und auch die – aus der Weimarer Reichsverfassung übernommene – Bestimmung „Bundesrecht bricht Landesrecht“, die im Entwurf I noch fehlte und erst in die späteren Entwürfen Eingang fand.<sup>16</sup> Die Kompetenzverteilung dagegen wur-

de fast in allen anderen Entwürfen unverändert beibehalten, lediglich Entwurf V, der auch sonst eine Sonderstellung unter Kelsens Verfassungsentwürfen einnimmt, wollte auch die „Grundzüge der Verwaltungsorganisation in den Ländern“ dem Bund zuordnen.<sup>17</sup> Es scheint, dass Renner, der von St. Germain aus in regem Briefkontakt mit Kelsen stand,<sup>18</sup> hier mit Absicht keine Änderungen von seinem legistischen Berater wünschte, weil er diese Frage auf andere Art und Weise lösen wollte. Unmittelbar nach seiner Rückkehr aus St. Germain und der Genehmigung des Friedensvertrages durch die KNV, am 17. Oktober 1919, wurde die Staatsregierung neu gewählt und das Koalitionsabkommen erneuert. Michael Mayr wurde als Staatssekretär „mit dem bloß persönlichen Aufgabenkreis der Mitarbeit an der Verfassungs- und Verwaltungsreform bis zur Verabschiedung der Verfassungs-urkunde“ angelobt.<sup>19</sup>

Bereits einen Tag zuvor, am 16. Oktober, hatte Renner ein Schreiben an sämtliche Staatsämter sowie auch an den Staatsrechnungshof und die Statistische Zentralkommission gerichtet, in dem er sie aufforderte, nach einem gewissen, von ihm mitgeschickten Schema an der Formulierung eines Kompetenzkatalogs mitzuwirken. Die einzelnen Behörden sollten jene Materien nennen, „deren Einreihung in die Bundesange-

---

dass sie sich implizit auch aus anderen Verfassungsbestimmungen ableiten ließe (vgl. OLECHOWSKI, Kelsen 285), geht die heutige Lehre von der Gleichrangigkeit einfacher Bundes- und Landesgesetze aus, die einander daher nach der *lex posterior*-Regel derogieren können; vgl. ausführlich WIEDERIN, Bundesrecht, bes. 268.

<sup>17</sup> SCHMITZ, Vorentwürfe 131. Entwurf V war jener Entwurf, der sich am stärksten an der Weimarer Reichsverfassung orientierte, während bei den übrigen Entwürfen das Vorbild der österreichischen Dezemberverfassung 1867 deutlicher hervortritt.

<sup>18</sup> OLECHOWSKI, Kelsen 272.

<sup>19</sup> Arbeiter-Zeitung Nr. 286 v. 18. 10. 1919, 2; BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 205–207; OLECHOWSKI, Kelsen 283.

<sup>15</sup> BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 197.

<sup>16</sup> SCHMITZ, Vorentwürfe 138f. Während Kelsen bei Streichung dieser Regelung noch der Ansicht war,

legenheiten bei Wahrung der möglichsten Selbstständigkeit der Gliedstaaten im Interesse der Aufrechterhaltung der staatlichen und wirtschaftlichen Lebensfähigkeit des Ganzen unbedingt erforderlich“ sei.<sup>20</sup> Bemerkenswert ist, dass das beigelegte Schema zwei Kataloge vorsah, eines für die Gesetzgebung und eines für die Verwaltung; dies wurde auch in vielen der Antwortschreiben als unzweckmäßig kritisiert.

Diese Antwortschreiben gingen in den nachfolgenden sechs Wochen bei der Staatskanzlei ein und waren sehr unterschiedlich. Kurz waren vor allem das Schreiben des Staatsamts für Äußeres, das sich auf einige wenige Punkte beschränkte, und dasjenige des Staatsamts für Verkehrswesen, das rundheraus erklärte, dass „alle Angelegenheiten des Verkehrswesens“ der Bundesgesetzgebung vorbehalten sein müssten.<sup>21</sup> Am ausführlichsten war die Stellungnahme des Staatsamtes für Land- und Forstwirtschaft, welches einen extrem ausführlichen Katalog der vom Bund zu regelnden Materien übermittelte, der teilweise sogar über das hinausging, was bis 1918 dem Gesamtstaat zugekommen war, insb., was das Wasserrecht betraf. Dies wurde v.a. mit dem großen Bedeutungsaufschwung dieser Materie in den vorangegangenen Jahren begründet. Das Staatsamt übermittelte darüber hinaus auch Überlegungen zur Organisation der land- und forstwirtschaftlichen Verwaltung und zur Problematik von Rahmengesetzen – bei denen Länder schlecht gezwungen werden könnten, Ausführungsgesetze zu erlassen – und schlug sogar vor, umstrittene Landtagsbeschlüsse einem „Länderausschuss“, gebildet aus Vertretern aller Bundesländer, zur Prüfung vorzulegen.<sup>22</sup>

Auch das Antwortschreiben des Staatsamtes für Handel, Gewerbe, Industrie und Bauten war

sehr umfangreich, verlangte u.a. einige Klarstellungen, wie etwa, dass das „Zivilrechtswesen“ auch das Handels- und Wechselrecht umfasse, und begründete die einzelnen Punkte – so wie auch das zuvor genannte Staatsamt – meist damit, dass es sich um eine Materie von besonderer Bedeutung handle (was offenbar schon Grund genug war, sie dem Bund zuzuführen). Beim Punkt „Vermessungswesen“ wurde es sogar als eine „Vergeudung von geistigen Kräften und Geldmitteln“ bezeichnet, „wenn man wirklich daran denken wollte, in jedem Lande die solchen Zwecken dienenden Einrichtungen neu zu schaffen.“<sup>23</sup>

Renner war bei seiner Aussendung wohl von der Überzeugung ausgegangen, dass die Staatsämter – als Nachfolger der k.k. Ministerien – am ehesten jene praktische Erfahrung besäßen, die für die Erstellung eines Kompetenzkataloges notwendig wären. Dass freilich auf diese Weise ein geradezu kleinlich wirkender, überlanger Katalog von Materien, die dem Bund vorbehalten sein müssten, zustande kam, hätte aber absehbar sein müssen. Basierend auf den Rückmeldungen der Staatsämter entwarf die Staatskanzlei einen Kompetenzkatalog; allein die Beschreibung jener Materien, für die der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz haben sollte, umfasste 841 Worte! (Zum Vergleich: der entsprechende Abschnitt in den Kelsen-Entwürfen hatte lediglich 52 Worte umfasst.) Dazu kam eine Aufzählung jener Materien, wo dem Bund die Grundsatzgesetzgebung und die Verordnungsgebung zustehen sollte, eine beispielhafte Aufzählung der Materien, die der Landesgesetzgebung zufallen würden, eine Aufzählung der Materien, wo die Länder nach Art und Weise der lex Starzyński eine Bedarfskompetenz haben sollten und wo es eine echte konkurrierende Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern geben sollte. Daran schloss sich eine Aufzählung

<sup>20</sup> Schreiben der Staatskanzlei an die Staatsämter v. 16. 10. 1919, in: ERMACORA, Materialien III, 4f.

<sup>21</sup> ERMACORA, Materialien III, 27–29 (Verkehrswesen), 110–111 (Äußeres).

<sup>22</sup> Ebd. 15–26.

<sup>23</sup> Ebd. 154–160.

jener Materien an, in welchen der Bund durch eigene Behörden, in welchen er durch Landesbehörden und in welchen er teils durch Bundes-, teils durch Landesbehörden handeln sollte, und schließlich jener Materien, in denen die Landesverwaltung selbständig agieren konnte.<sup>24</sup>

Das ganze Konvolut wurde am 21. Jänner 1920 an die Staatsämter mit der Bitte um nochmalige Äußerung zurückgesendet, und bis Anfang Februar gingen neue Rückmeldungen ein.<sup>25</sup> Die Zeit drängte: Die Länder, unzufrieden mit dem bisher schleppenden Vorgang der Verfassungsberatungen, hatten für Anfang 1920 aus eigener Initiative eine Länderkonferenz in Salzburg einberufen. Ein geradezu unglaublicher Affront war es, dass die Staatsregierung zu dieser Konferenz nicht eingeladen war, lediglich an Michael Mayr erging eine Einladung *ad personam*.<sup>26</sup> Dieser bemühte sich, bis zu dieser Länderkonferenz bereits einen Verfassungsentwurf zustande zu bringen, der auch die Zustimmung der Staatsregierung besaß. Letztlich wurde der von ihm auf der Konferenz vorgelegte Entwurf aber als „Privatentwurf Mayr“ bezeichnet, weil es sich eben um keinen offiziellen Entwurf der Staatsregierung handelte.<sup>27</sup>

Inhaltlich basierte der „Privatentwurf Mayr“<sup>28</sup> weitgehend auf den Kelsen-Entwürfen, insbesondere dem Kelsen-Entwurf II; für den Abschnitt über die Kompetenzverteilung gilt dies insoweit, als er nicht das schwerfällige Schema Renners übernahm, sondern, ähnlich wie die Kelsen-Entwürfe, die Materien in vier Gruppen unterteilte: Art. 10: Gesetzgebung und Verwal-

tung Bundessache; Art. 11: Gesetzgebung Bundessache, Vollziehung Landessache; Art. 12: Grundsatzgesetzgebung Bundessache, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Landessache; Art. 13: Gesetzgebung und Vollziehung Landessache. Inhaltlich differierten diese Artikel jedoch stark von jenen Kelsens und waren weit umfangreicher als diese. Der Staatskanzlei war eine legistische Meisterleistung gelungen: den Wust der Wünsche der einzelnen Staatsämter in ein doch noch halbwegs lesbares Ganzes umgeformt zu haben. Der weitgesteckte Forderungsanspruch des Bundes musste geradezu den entschiedenen Widerspruch jedes noch so moderat föderalistisch gesinnten Ländervertreeters hervorrufen, wie die Diskussionen in Salzburg und Linz auch schon bald zeigten.

#### 4. Die Länderkonferenzen in Salzburg und Linz

Mit der Salzburger Länderkonferenz (15.–17. Februar 1920) hatten die Länder dem Prozess der Verfassungsentstehung eine neue Wendung gegeben, die Staatsregierung vorübergehend entmachtet und selbst die Initiative ergriffen. Wären die Länder auch im weiteren Verlauf so einig gewesen wie beim Entschluss zur Einberufung einer Länderkonferenz, hätte aus dieser oder einer nachfolgenden Länderkonferenz ein Verfassungstext entstehen können, der vielleicht gar nicht von der KNV, sondern von einer unmittelbar von den Ländern gebildeten Konstituante beschlossen hätte werden können. Aber dem war nicht so. Nicht nur gelang es den Ländern nicht, eine gemeinsame Linie zu finden; es gelang ihnen nicht einmal, dass jedes Land mit einer einzigen Stimme sprach. Vielmehr waren auch die Länder zerrissen zwischen den Parteien, und es traten auch auf den Länderkonferenzen weniger die Länder als solche, als vielmehr die Parteigenossen über Landesgrenzen hinweg vereint auf, womit die Salzburger Länderkonfe-

<sup>24</sup> Legistischer Vorentwurf einer Kompetenzverteilung aufgrund der Stellungnahmen der Staatsämter samt Analysen, in: ebd. 118–139.

<sup>25</sup> Ebd. 140–165.

<sup>26</sup> ERMACORA, Materialien I, 89f.

<sup>27</sup> CADORE, Editorischer Bericht 538; OLECHOWSKI, Kelsen 284.

<sup>28</sup> Abgedruckt bei ERMACORA, Quellen 43–66; SCHMITZ, Vorentwürfe 115–307 (fünfte Spalte); ERMACORA, Materialien IV, 290–412 (erste Spalte).

renz den Charakter eines Parallelparlaments zur KNV in Wien annahm.

Drei Tage dauerte die Salzburger Länderkonferenz, und viel wurde über die Umwandlung Österreichs in einen Bundesstaat debattiert. Doch blieben die Debatten bei allgemeinen Erörterungen stehen, für konkrete Fragen wie etwa die Kompetenzverteilung blieb kaum noch Zeit. Immerhin gaben die Christlichsozialen und die Deutschfreiheitlichen eine Erklärung ab, in der sie die Art der Kompetenzverteilung, wie sie im Privatentwurf Mayr vorgegeben war – also die Gliederung der Materien, nicht den Inhalt der einzelnen Kataloge selbst –, guthießen; die Sozialdemokraten konnten oder wollten sich nicht einmal dazu äußern.<sup>29</sup>

Die Salzburger Länderkonferenz fand vom 20.–23. April eine Fortsetzung in Linz, und wieder konnte Mayr zu dieser Konferenz einen Verfassungsentwurf mitbringen, den später so bezeichneten „Linzer Entwurf“.<sup>30</sup> Der ohnehin schon lange Kompetenzkatalog war – ohne dass Gründe hierzu erkennbar wären – nochmals zugunsten des Bundes erweitert worden. Insbesondere sollte der Bund nunmehr auch bestimmen können, welche Abgaben dem Bund und welche den Ländern zustünden. Auch der Einfluss des Bundes auf das ideologisch so heiß umkämpfte Schulwesen wurde gestärkt. Und sogar Einrichtung, Ausrüstung und Ausbildung der Gendarmerie, also der Wachkörper auf dem „flachen Land“, sollten in Gesetzgebung und Verwaltung nicht Landes-, sondern Bundessache sein.

Dies war freilich noch immer nicht das Maximum dessen, was von einigen Politikern gefordert worden war – so verwies etwa der großdeutsche Delegierte Franz Langoth (1944–1945 Oberbürgermeister von Linz) auf der Linzer

Landeskonferenz auf einen von seiner eigenen Partei ausgearbeiteten Entwurf, der zumindest in einigen Punkten noch zentralistischer war als der „Linzer Entwurf“ und u.a. fast das gesamte Schulwesen dem Bund zugewiesen hatte.<sup>31</sup> Dagegen erklärte der Christlichsoziale Otto Ender (Landeshauptmann von Vorarlberg 1918–1934, 1933/34 Hauptredaktor der Verfassung 1934), dass der Entwurf seines Parteifreundes Mayr den „Föderalismus ertötet“ habe und keinesfalls als ein christlichsozialer Entwurf bezeichnet werden könne. Bezugnehmend auf die Finanzhoheit des Bundes meinte er: „Wenn der Mann den Schlüssel zur Geldkassette seiner Frau bedingungslos ausliefert, hat er die männliche Gewalt in seinem Haushalte bedingungslos dahingegeben. Dasselbe ist hier im Staatshaushalte der Fall.“<sup>32</sup>

Scharf kritisiert wurde von Ender auch, dass nach dem vorliegenden Entwurf die gesamte Wasserrechtsgesetzgebung Bundessache sein sollte, was sogar einen Rückschritt hinter den Zustand der Monarchie darstellen würde, als diese Sache von den Ländern gehandhabt worden war. Es entspann sich zu diesem Punkt eine längere Debatte auf der Linzer Konferenz, nicht zuletzt aus dem Grund, weil der Wasserreichtum der Alpen eine der wenigen Ressourcen darstellte, die der kleinen Republik geblieben waren, und das Potential von (noch zu errichtenden) Wasserkraftwerken allseits erkannt worden war. Dabei zeigte sich erneut, dass es weniger die Länder waren, die gegensätzliche Meinungen vertraten, sondern dass die Fronten quer durch die Länder gingen: Während der steiermärkische Landeshauptmann Anton Rintelen (1919–1926, 1928–1933, christlichsoziale Par-

<sup>29</sup> ERMACORA, Materialien I, 193f.

<sup>30</sup> Abgedruckt bei KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 463–506, bei ERMACORA, Quellen 106–141 sowie auch bei ERMACORA, Materialien IV, 290–412 (zweite Spalte).

<sup>31</sup> ERMACORA, Materialien I, 209. Der von Langoth angekündigte Entwurf wurde wenige Tage später in der KNV eingebracht: 842 BlgKNV, abgedruckt auch bei ERMACORA, Quellen 78–105, sowie ERMACORA, Materialien IV, 603–627.

<sup>32</sup> ERMACORA, Materialien I, 212.



tei) erklärte, dass demjenigen, der die Nachteile des Wassers (= Überflutungen etc.) habe, auch die Vorteile zukommen sollten, und daher das Wasserrecht und das Elektrizitätswesen den Ländern zustehen müssten, war sein sozialdemokratischer Stellvertreter Josef Pongratz der Meinung, dass „es sich hier um große wirtschaftliche Fragen handle, die in der Regel mehrere Länder berühren“, weshalb eine Kompetenz des Bundes zu befürworten sei.<sup>33</sup>

So ging auch die Linzer Konferenz zu Ende, ohne dass ein Kompromiss erzielt werden hatte können. Immerhin beschlossen Renner und Mayr sowie auch Vizekanzler Jodok Fink, unter Mitwirkung Kelsens und auf Grundlage der bisher vorliegenden Entwürfe einen gemeinsamen Entwurf zustande zu bringen; auch dies scheiterte allerdings.<sup>34</sup> Nach dem Bruch der Großen Koalition am 11. Juni, und nachdem die christlichsoziale Partei unter Mayr am 25. Juni einen neuen Verfassungsentwurf in der KNV eingebracht hatte,<sup>35</sup> veröffentlichte Renner das Ergebnis der Beratungen, die er mit Mayr, Fink und Kelsen geführt hatte, in der „Wiener Zeitung“ (sog. Renner-Mayr-Entwurf).<sup>36</sup> Dabei erwies es sich, dass über Struktur und Aufbau der Verfassung Einigkeit bestand, und ebenso über eine Reihe anderer wichtiger, inhaltlicher Punkte. Nur bei wenigen, aber entscheidenden Themen hatte es keinen Kompromiss gegeben; in der „Wiener Zeitung“ wurden diesfalls die beiden Varianten nacheinander abgedruckt, so insbesondere in der Frage der Kompetenzverteilung. Hervorzuheben ist am Renner-Mayr-Entwurf, dass die Kompetenztatbestände innerhalb der jeweiligen Artikel so angeordnet waren, dass sie

<sup>33</sup> Offizieller Bericht des Pressekomitees über die vertraulichen Beratungen am 22. 4. 1920, in: ERMACORA, Materialien III, 195.

<sup>34</sup> CADORE, Editorischer Bericht 545; OLECHOWSKI, Kelsen 287.

<sup>35</sup> 888 BlgKNV, abgedruckt auch bei ERMACORA, Quellen 141–151.

<sup>36</sup> ERMACORA, Quellen 188–268.

auch als „Grundlage der Geschäftseinteilung“ der Bundesministerien (wie sie heute im Bundesministeriengesetz geregelt ist) dienen konnte. So wurden „im Punkt 1 die Geschäfte der Bundeskanzlei, im Punkt 2 die des Ministeriums für Äußeres, 3 für Heerwesen“ usw. aufgezählt.<sup>37</sup> Diese Idee wurde später vom Verfassungsausschuss wieder aufgegeben, weil die Zuordnung der Materien zu Ministerien doch stets Schwankungen unterworfen sein können sollte, vor allem aber, weil es auch Materien gab, die keinem Ministerium eindeutig zugeordnet werden konnten, wie z.B. die Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>38</sup>

## 5. In der Konstituierenden Nationalversammlung

Mit dem Bruch der Koalition war das Zustandekommen der Bundesverfassung scheinbar in weite Ferne gerückt. Neuwahlen der KNV wurden für den 17. Oktober ausgeschrieben, bis dahin sollte eine Proporzregierung aus allen im Parlament vertretenen Parteien unter Vorsitz Mayrs die Geschäfte weiterführen; von hier sollte keine Initiative mehr kommen.<sup>39</sup>

Doch gerade in dieser Situation wurde die KNV, also das eigentlich für den Verfassungsbeschluss zuständige Organ, das bislang in dieser Hinsicht untätig geblieben war, aktiv. Der Vorsitzende des Verfassungsausschusses, der Sozialdemokrat Otto Bauer, und sein Stellvertreter, der Christlichsoziale Ignaz Seipel, vereinbarten, noch vor den Wahlen einen Kompromiss zustande bringen zu wollen. Ein Unterausschuss wurde gebildet, der am 11. Juli seine Beratungen aufnahm. Als Tischvorlage diente der „Linzer

<sup>37</sup> ERMACORA, Quellen 257.

<sup>38</sup> ERMACORA, Quellen 269.

<sup>39</sup> CADORE, Editorischer Bericht 547f.; OLECHOWSKI, Kelsen 287f.

Entwurf“,<sup>40</sup> doch wurde immer wieder auch auf andere Entwürfe verwiesen.

Der Unterausschuss wandte sich gleich zu Beginn seiner Beratungen dem Problem der Kompetenzabgrenzung zu, und die Beratungen gingen zunächst rasch voran: Punkt für Punkt wurde der Linzer Entwurf durchberaten, und für eine Reihe von Änderungen gab es Zustimmung, häufig jedoch nur mit Stimmenmehrheit, sodass zu befürchten war, dass der endgültige Text die Zweidrittelmehrheit in der KNV verfehlen würde.

Oftmals führten die Diskussionen auch zu Auseinandersetzungen um meritorische Fragen der im Kompetenzkatalog aufgezählten Regelungsgegenstände, so etwa, ob es zweckmäßig sei, permanente Wählerlisten („Bürgerlisten“) einzuführen.<sup>41</sup> Eng mit der Kompetenzverteilung in Zusammenhang stehend war die Frage, ob jene Materien, zu deren Vollzug der Bund zuständig sein sollte, auch wirklich von Bundesbehörden zu vollziehen seien, oder ob nicht Landesbehör-

den – im Rahmen der sog. mittelbaren Bundesverwaltung – hier für den Bund tätig sein sollten. Der Linzer Entwurf (Art. 92) hatte die mittelbare Bundesverwaltung sogar zum Regelfall erklärt, von dem aber durch Bundesgesetz Ausnahmen gemacht werden konnten. Demgegenüber hatte der zweite christlichsoziale Entwurf eine eigene Aufzählung vorgesehen, für welche Angelegenheiten eigene Bundesbehörden geschaffen werden könnten.<sup>42</sup> Darauf wurde nunmehr bei den Beratungen im Verfassungsausschuss verwiesen,<sup>43</sup> worauf die Staatskanzlei drei Wochen später einen Textvorschlag in die Verhandlungen einbrachte, der sich zwar inhaltlich am christlichsozialen Vorschlag orientierte, aber die Formulierung der einzelnen Materien an jene der Kompetenzverteilung anglich und auch inhaltlich weit über die ursprüngliche Aufzählung hinausging; so zählten jetzt auch u.a. das Schul- und Erziehungswesen sowie der Denkmalschutz zu jenen Materien, in denen der Bund durch eigene Behörden handeln konnte. Obwohl der Staatskanzlei nur wenig Zeit zur Verfügung gestanden war, hatte sie ihre Textierung unter nochmaliger Einbindung der Staatsämter erstellt; der Leiter des Verfassungsdienstes der Staatskanzlei, Georg Froehlich, erklärte, dass die Arbeit „außerordentliche Schwierigkeiten“ bereitet habe, da es sich bei vielen Ämtern in Wirklichkeit um „Wirtschaftsstellen der staatlichen Privatwirtschaft“ handle. Einzelne Formulierungen wurden im Verfassungsausschuss noch beanstandet und abgeändert, so etwa auf Antrag Seipels der Terminus „Justizpflege“ in „Justizwesen“. Dennoch konnte hier relativ rasch eine Einigung erzielt werden.<sup>44</sup>

Am selben Tag, dem 14. September, tagte der christlichsoziale Parteivorstand und zog eine

<sup>40</sup> ERMACORA, Quellen 270. In der Literatur war es lange strittig, ob mit „Linzer Entwurf“ der von Michael Mayr zur Linzer Länderkonferenz gebrachte Entwurf (so WALTER, THIENEL, Parlament 22) oder das Ergebnis dieser Verhandlungen (so ERMACORA, Quellen 106) gemeint sei. Eine genaue Textanalyse sowie auch das nach der Sitzung vom 22. 7. ausgegebene Communiqué sprechen eindeutig für die erstgenannte Ansicht. Dies ist auch leicht nachzuvollziehen, zumal der zur Länderkonferenz eingebrachte Entwurf von der Österreichischen Staatsdruckerei gedruckt und daher wohl in großer Zahl vorhanden war, während die Ergebnisse der Verhandlungen keinen zeitgenössischen Druck erfuhren; die Edition bei ERMACORA basiert offenbar auf einem im ÖStA, AdR, Büro Seitz, Karton 7, vorhandenen Original, wo die auf der Linzer Konferenz beschlossenen Änderungen mit einer roten Schreibmaschinenschrift im Druck ersichtlich gemacht wurde, weshalb die Vermutung naheliegt, dass es sich um ein Unikat handelte.

<sup>41</sup> Derartige Listen wurden erst mit der Nationalratswahlordnung vom 11. 7. 1923 BGBl 367 eingeführt, bis dahin wurden für jede Wahl neue Listen erstellt, was dementsprechend viele Probleme bedeutete, vgl. dazu KELSEN, Wählerlisten 290; STREJCEK, Entwicklung 47.

<sup>42</sup> Zweiter Entwurf der Christlichsozialen, 888 BlgKNV, Art. 26, abgedruckt bei ERMACORA, Quellen 149.

<sup>43</sup> ERMACORA, Quellen 331.

<sup>44</sup> Ebd. 438f.

Reihe von roten Linien für die Verfassungsberatungen. Seipel berichtete am folgenden Tag im Verfassungsunterausschuss, dass die christlich-soziale Partei „einer Kompetenzabgrenzung, die das gesamte Schulwesen einschließlich der Volks- und Bürgerschulen der Kompetenz des Bundes zuweist, nicht zustimmen [könne].“ Insbesondere das Dienstrecht der Lehrer an Volks- und Bürgerschulen sowie auch die Schulaufsicht müssten Landessache bleiben, wobei Seipel bei letzterem einen Kompromissvorschlag präsentierte. Der zweite Punkt, den die christlich-soziale Partei dezidiert ablehnte, war die Einführung von Kreisgemeinden.<sup>45</sup>

## 6. Der Kompromiss

Damit standen die gesamten Verfassungsberatungen wieder einmal knapp vor dem Scheitern. In diesem entscheidenden Moment kam es, am 18. September, zu einer Parteienübereinkunft auf höchster Ebene zwischen Sozialdemokraten und Christlichsozialen: Alles, worüber ein Kompromiss hatte erzielt werden können, sollte von der KNV als Bundes-Verfassungsgesetz beschlossen werden; überall dort, wo dieser Kompromiss fehlte, sollte der Rechtszustand der Monarchie vorläufig beibehalten werden.<sup>46</sup>

Unter diesem gewichtigen Vorbehalt passierte der Verfassungstext am 23. September den Unterausschuss, am 25. September den Verfassungsausschuss und am 1. Oktober das Plenum der KNV. Dieser Verfassungstext regelte in seinen Art. 10–15 die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, wobei jedoch schon

Art. 14 festhielt, dass „[a]uf dem Gebiet des Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesens [...] der Wirkungsbereich des Bundes und der Länder durch ein besonderes Bundesverfassungsgesetz geregelt“ werden würde. Vor allem aber wurde parallel zum B-VG ein Verfassungs-Übergangsgesetz beschlossen, das in § 42 festhielt, dass die gesamte Kompetenzverteilung erst dann in Kraft treten solle, wenn auch dieses Schul-Verfassungsgesetz in Kraft trete, außerdem aber auch noch ein Verfassungsgesetz über die finanzielle Auseinandersetzung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden sowie ein Verfassungsgesetz, das die Organisation der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern regeln würde. Bis dahin sollten die „Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern“ in Gesetzgebung und Verwaltung „gegenüber der bestehenden zwischen Staat und Ländern“ nicht geändert werden.

Damit wurde für eine ungewisse Übergangszeit eine ausgesprochen unklare Rechtslage perpetuiert und noch weiter verkompliziert. Der Umfang der Landesgesetzgebung richtete sich im Wesentlichen weiterhin nach den §§ 18f. der – praktisch gleichlautenden – Landesordnungen von 1861; nicht alles jedoch durfte auch von den Ländern selbst vollzogen werden, sodass es nunmehr auch dazu kommen konnte, dass manche Angelegenheiten in Gesetzgebung Landessache, in der Vollziehung Bundessache waren<sup>47</sup> – wobei der Umstand, dass der Großteil der Bundesverwaltung in der Form der mittelbaren Bundesverwaltung erfolgte, diesen bedeutsamen Unterschied nochmals verschleierte und undurchsichtig machte. Dass ein Rechtsirrtum eines Verwaltungsorgans angesichts dieser Situation durchaus „entschuldigbar“ sein konnte, musste 1923 selbst der Verfassungsgerichtshof zugeben. In diesem spektakulären Fall hatte der (sozialdemokratische) Landeshauptmann von

<sup>45</sup> ERMACORA, Quellen 446.

<sup>46</sup> Es ist bezeichnend, dass unter den tausenden Seiten an Quellen zur Verfassungsentstehung ausgerechnet für diesen so entscheidenden Kompromiss keine direkten schriftlichen Aufzeichnungen bekannt sind, sondern uns der Inhalt nur durch Zeitungsberichte bekannt ist: Arbeiter-Zeitung Nr. 259 v. 19. 9. 1920, 1; Neue Freie Presse Nr. 20138 v. 19. 9. 1920, 6.

<sup>47</sup> BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 377.

Wien, gestützt auf eine Bestimmung des Reichs-sanitätsgesetzes 1879<sup>48</sup> und entgegen einer Weisung des (christlichsozialen) Innenministers, die Bewilligung zur Inbetriebnahme eines Krematoriums in Wien-Simmering erteilt. Nach Art. 10 Abs. 12 B-VG waren das „Leichen- und Bestattungswesen“ ausdrücklich von der Kompetenz des Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung ausgenommen, doch war die fragliche Bestimmung gem. § 42 Verfassungs-Übergangsgesetz noch nicht in Kraft; vielmehr handelte es sich um eine Materie, die in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen gewesen wäre. Die Weisung des Innenministers wäre also durchaus beachtlich gewesen, doch angesichts der verworrenen Rechtslage wollte der VfGH dem Landeshauptmann keinen Vorwurf machen.<sup>49</sup>

In diesem Fall war das verfassungsgerichtliche Erkenntnis zur Zufriedenheit der Sozialdemokraten ausgefallen. Wenige Monate später jedoch, im Juni 1924, hob der VfGH auf Antrag der (christlichsozialen) Salzburger Landesregierung einen Großteil der 7. Krankenversicherungsnovelle wegen Unzuständigkeit des Bundesgesetzgebers auf; abermals waren es die komplizierten Übergangsregelungen, die den Ausschlag für dieses Erkenntnis gegeben hatten.<sup>50</sup> Nun erkannte auch Otto Bauer, dass der derzeitige Zustand der Kompetenzverteilung „unerträglich“ sei.<sup>51</sup>

Dies erleichterte sicherlich ein Jahr später das Zustandekommen der Verfassungs-Novelle 1925, mit der u.a. der § 42 Verfassungs-Übergangsgesetz völlig neu gefasst wurde, sodass die vom B-VG vorgezeichnete Kompetenzverteilung

zwischen Bund und Ländern – außer im Bereich des Schulwesens und mit einigen Änderungen gegenüber dem Kompetenzkatalog von 1920 – mit 1. Oktober 1925 in Kraft treten konnte.<sup>52</sup> Das im „alten“ § 42 angekündigte Finanz-Verfassungsgesetz hatte schon 1922 erlassen werden können.<sup>53</sup> Lediglich in der ideologisch so heiklen Schulfrage gelang eine Lösung erst 1962, in der Zweiten Republik.<sup>54</sup>

## 7. Resümee

Der Wortlaut der Art. 10–15 B-VG, der in überaus kasuistischer Weise die Zuständigkeiten des Bundes und der Länder zu Gesetzgebung und Vollziehung regelt, hatte innerhalb der Verfassungsentstehung eine durchaus eigenständige Genese. Er stammt nicht von Kelsen, und es ist auch sonst nicht das Werk eines großen Staatstheoretikers darin zu erblicken. Vielmehr kamen die Tatbestände direkt aus der Verwaltungspraxis. Konkret waren es die einzelnen Staatsämter (die Nachfolger der k.k. Ministerien und Vorläufer der heutigen Bundesministerien), die hier einfach auflisteten, womit sie im Alltag zu tun hatten bzw. was sie für unentbehrlich für ihren Wirkungsbereich hielten, und waren es verschiedenste Interessenvertreter aller politischen Parteien, die in zermürbender Kleinarbeit noch diese und jene Änderung um jeden Preis – auch um den Preis eines möglichen Scheiterns der gesamten Verfassung – erzwingen wollten.

Der VfGH hat bereits in der Ersten Republik die Theorie entwickelt, dass ein vom B-VG verwendeter Begriff auch heute noch jene Bedeutung habe, die er zu jenem Zeitpunkt gehabt habe, zu dem die betreffende Bestimmung in Kraft getre-

<sup>48</sup> Gesetz 30. 4. 1870 RGBl. 68 betreffend die Organisation des öffentlichen Sanitätsdienstes.

<sup>49</sup> VfGH 27. 3. 1923 VfSlg 206. Dass die politischen Hintergründe des Falles mindestens ebenso verwickelt waren wie die juristischen Probleme, braucht hier nicht hervorgehoben werden, vgl. dazu schon OLECHOWSKI, Kelsen 433 f.

<sup>50</sup> VfGH 27. 6. 1924 VfSlg 328.

<sup>51</sup> BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 377.

<sup>52</sup> Art. III BVG 30. 7. 1925 BGBl. 269 (Übergangsnovelle).

<sup>53</sup> BVG 3. 3. 1922 BGBl. 124 (Finanz-Verfassungsgesetz); vgl. zu seiner Genese BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 330–335.

<sup>54</sup> BVG 18. 7. 1962 BGBl. 215 (Schulverfassungsnovelle); vgl. zu ihr WALTER, THIENEL, Parlament 79–81.

ten sei; die damalige Bedeutung aber sei mit Blick auf den damaligen Stand der Gesetzgebung zu ermitteln.<sup>55</sup> Diese sog. Versteinerungstheorie hat zeitweise eine außerordentliche Bedeutung für die Verfassungsinterpretation erlangt, ihren Höhepunkt aber schon seit langem überschritten; für die Interpretation der Kompetenztatbestände der Art. 10–15 B-VG wird ihre Brauchbarkeit aber nach wie vor anerkannt. Fraglich ist, ob es sich bei dieser – etwas unzweckmäßig als „Theorie“ bezeichneten – Interpretationsmethode um eine historische Interpretation handelt, was z.T. bezweifelt wird.<sup>56</sup> Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass eine Person, die heutzutage die einfachgesetzliche Lage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen untersucht, im Grunde nichts Anderes macht als die Staatsämter und Lobbyisten von damals und damit tatsächlich den Willen des Verfassungsgesetzgebers empirisch erforscht.<sup>57</sup> Somit kann die Versteinerungsmethode im Prinzip sehr wohl als eine „historische Interpretation“ angesehen werden; freilich würde es sich bei dieser Methode empfehlen, nicht nur die Gesetze jener Zeit, sondern insbesondere auch die oben angeführten Schreiben der Staatsämter zur Ermittlung dieses „wahren Willens“ heranzuziehen.

<sup>55</sup> Grundlegend SCHÄFFER, Verfassungsinterpretation 97–116.

<sup>56</sup> Siehe die Übersicht der Lehrmeinungen bei WIEDERIN, Anmerkungen 1233.

<sup>57</sup> Damit sei insbesondere dem Einwand von WIEDERIN, Anmerkungen 1236, begegnet, es werde der „Wille des Verfassungsgesetzgebers [...] nicht empirisch erforscht.“ Natürlich kann darauf erwidert werden, dass der tatsächliche Wille der Bürokraten und Lobbyisten nicht mit dem tatsächlichen Willen der Abgeordneten übereinstimmen muss – doch ist dies ein allgemeines Problem der historischen Interpretation; vgl. JABLONER, Gesetzesmaterialien 65.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Thomas OLECHOWSKI  
 Universität Wien  
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
 Schottenbastei 10–16  
 1010 Wien  
 thomas.olechowski@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0003-3291-6876

## Abkürzungen:

AdR Archiv der Republik  
 BlgKNV Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Konstituierenden Nationalversammlung  
 ÖStA Österreichisches Staatsarchiv  
 VfSlg Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf)

## Literatur:

Klaus BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich I: 1918–1933 [einziger Band] (Wien 1998).

Rodrigo CADORE, Editorischer Bericht, in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen Werke, Bd. VIII (Tübingen 2020) 505–573.

Felix ERMACORA, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920) (= Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs, ErgBd. VIII, Wien 1967).

DERS., Materialien zur Österreichischen Bundesverfassung I: Die Länderkonferenzen 1919/20 und die Verfassungsfrage (= Österreichische Schriftenreihe für Rechts- und Politikwissenschaft IX/1, Wien 1989).

DERS., Materialien zur Österreichischen Bundesverfassung III: Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern (= Österreichische Schriftenreihe für Rechts- und Politikwissenschaft IX/3, Wien 1986).

DERS., Materialien zur Österreichischen Bundesverfassung IV: Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung (= Österreichische Schriftenreihe für Rechts- und Politikwissenschaft IX/4, Wien 1990).

Clemens JABLONER, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung (1994), Neudruck in:

- Clemens JABLONER, Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 35, Wien 2013) 61–77.
- Hans KELSEN, Wählerlisten und Reklamationsrecht, in: JBI 35 (1906) 289–290, 301–304, 316–318, 327–329; Neudruck in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen Werke, Bd. I (Tübingen 2007) 301–331.
- DERS., Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: AÖR 32 (1914) 202–245, 390–438; Neudruck in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen Werke, Bd. III (Tübingen 2010) 359–425.
- DERS., Georg FROELICH, Adolf MERKL (Hgg.), Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, Bd. V: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien–Leipzig 1922), Neudruck in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen Werke, Bd. VIII (Tübingen 2020) 25–502.
- DERS., Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt (Tübingen 1923, ND Aalen 1981).
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2021).
- Heinz SCHÄFFER, Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandaufnahme (= Forschungen aus Staat und Recht 18, Wien–New York 1971).
- Martin P. SCHENNACH, Die Staatsgründung 1918 und die Länder, in: Peter BUßJÄGER (Hg.), 3. November 1918 – Die Länder und der neue Staat (Wien–Hamburg 2019) 39–56.
- Christoph SCHMETTERER, Das kaiserliche Erbe im B-VG, in: ZÖR 75 (2020) 175–191.
- Sebastian SCHMID, Die Entstehung der Republik aus Sicht der Länder, in: Clemens JABLONER u.a. (Hgg.) Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 41, Wien 2020) 85–100.
- Georg SCHMITZ, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 6, Wien 1981).
- Gerhard STREJCEK, Zur Entwicklung der Wahlgrundsätze und der Wahlprüfung. Ein Beitrag zur Analyse der Beck'schen Wahlreform anlässlich der Hundertjahrfeier, in: Thomas SIMON (Hg.), Hundert Jahre allgemeines und gleiches Wahlrecht in Österreich (= Rechtshistorische Reihe 400, Frankfurt a.M. u.a. 2010) 37–51.
- Robert WALTER, Rudolf THIENEL, Parlament und Bundesverfassung. Der Beitrag des Parlaments zur Entstehung und Entwicklung des Bundes-Verfassungsgesetzes (= Juristische Schriftenreihe 21, Wien 1990).
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht (= Forschungen aus Staat und Recht 111, Wien–New York 1995).
- DERS., Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: Herbert HALLER u.a. (Hgg.), Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler (Wien–New York 1997) 1231–1272.
- DERS., Die verfassungspolitische Diskussion über die Einrichtung Österreichs als Bundesstaat, in: BRGÖ 1 (2011) 356–373.

Christoph GUSY, Bielefeld\*

# Die Kompetenzverteilung in der Weimarer Reichsverfassung

## *The Distribution of Competences in the Weimar Constitution*

*In constitutional terms, the era of the Weimar Constitution was a period of intense developments and shifts regarding the competences. It rested, however, on an only rudimentarily developed competence law.*

**Keywords:** federal state – legitimation – resources – self-government – separation of powers – tasks

## I. Bestandsaufnahme

„Für eine auf den Inhalt der staatlichen Zwangsordnung gerichtete Betrachtung [...] führt die Frage, [...] welche Gegenstände die staatliche Ordnung ergreifen, in welche Bereiche sozialen Lebens der Staat eindringen kann oder soll, vor allem zu dem Gegensatz einer den sachlichen [...] Kompetenzbereich der staatlichen Ordnung einschränkenden und einer ihn ausdehnenden Tendenz.“<sup>1</sup> Das ist die wohl allgemeinste Aussage zu unserem Thema in der Zeit der Republiken – und dass die damit aufgeworfenen Fragen solche des Rechts, genauer: der Verfassungen, seien und nur durch dessen Exegese beantwortet werden könnten, hatte der Autor schon zuvor festgestellt.<sup>2</sup> Noch grundsätzlicher konnte man die damit zusammenhängenden Fragen damals kaum stellen und beantworten. Und die genannten Einsichten stammten nicht aus Deutschland, sondern aus Österreich. Es war Hans Kelsen, der hier wegweisende Systematisierungsleistungen erbrachte. Dem standen da-

mals in Deutschland keine vergleichbar tief-schürfenden Ansätze zur Seite.

Unser Thema wurde damals in Deutschland weniger grundsätzlich behandelt. Es war eher in Komposita präsent als in Reinform. Hier erörterte man Fragen der Kompetenzkompetenz (etwa im Kontext von bundesstaatlichen Fragen oder solchen der Abgrenzung von „pouvoir constituant“ und „pouvoir constitué“).<sup>3</sup> Oder es wurden Verfassungen bzw. Grundrechte als Regeln zur Kompetenzverteilung von Staat und Gesellschaft qualifiziert.<sup>4</sup> Und der letztlich auf das ältere Reichsstaatsrecht zurückgehende Kompetenzkonflikt war auch in Deutschland geläufig.<sup>5</sup> Kurz: Hier sprach man eher von Kompetenzen

---

\* Allerbesten Dank für intensive Mitarbeit an Frau wiss. Mit. Juliane Klei.

<sup>1</sup> KELSEN, Allgemeine Staatslehre 40.

<sup>2</sup> DERS., Hauptprobleme 648f.

---

<sup>3</sup> SCHMITT, Verfassungslehre, 102, 131, 386; ähnlich THOMA, Reich als Bundesstaat 274, 276.

<sup>4</sup> SCHMITT, Verfassungslehre 126f.; hier werden Grundrechte und Zuständigkeitsdifferenzierung durch Kompetenznormen als Ausprägungen desselben „Verteilungsprinzips“ genannt. Die Kompetenzlehre war in der Republik nicht allein das Sondergut von Schmitt und seiner Verfassungstheorie. Bei Smend findet sie Erwähnung im Kontext des Verfassungsrechts, nicht der Verfassung, SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht 252.

<sup>5</sup> LEMMER, Kompetenzkonflikt 1999. Im Unterschied zu diesem ist das Stichwort „Kompetenz“ im HRG nicht aufgenommen.

als von der Kompetenz. Das Phänomen war bekannt, das Stichwort vorausgesetzt. Zur Kompetenzverteilung zwischen Republik und Ländern verwies das Handbuch des Deutschen Staatsrechts auf das Stichwort „Zuständigkeitsverteilung“, das dort mit mehreren Stichwörtern vertreten war.<sup>6</sup> Ob mit der Begriffsverschiebung auch inhaltliche Verschiebungen einhergingen – und wenn ja, welche –, wäre eine aufschlussreiche Frage.

Die Weimarer Republik war verfassungsrechtlich eine Zeit intensiver Kompetenzentwicklungen und -verschiebungen. Ihr stand dagegen eine nur in Ansätzen entwickelte Kompetenzrechtswissenschaft zur Seite. Unser Thema sollte erst in der Bundesrepublik vertiefte systematische Untersuchungen im Verfassungsrecht erfahren.<sup>7</sup> Zentral war und ist es hier jedoch ein Thema des Verwaltungsrechts, wo der Erkenntnisstand besonders tiefgründig vorangetrieben und systematisiert worden ist.<sup>8</sup>

## II. Potentiale des Kompetenzkonzepts

### 1. Vorklärung

Die eingangs zitierte Erkenntnis enthält wesentliche Prämissen der Kompetenzlehre. Dazu zählen die *Ausdifferenzierung der öffentlichen Gewalt* – etwa durch Staatenbunds- bzw. Bundesstaats- oder Gewaltenteilungsprinzipien; ihre *Verrecht-*

*lichung*, also die auch den Innenbereich erfassende Ordnung der gegliederten Staatsgewalt durch Rechtsnormen und nicht allein durch faktische Umstände oder Mängel; schließlich die *Begründung und Begrenzung staatlicher Agenden* durch dieses Recht.<sup>9</sup> Sie ist damit notwendig eine partielle Absage an ältere Impermeabilitätsvorstellungen der älteren Staatsrechtslehre. Ohne jene drei Prämissen, deren Entstehung und Wandel lange vor unserem Berichtszeitraum liegt und daher nicht dargestellt werden kann, ist die moderne Kompetenzlehre nicht denkbar. Zugleich ist hier eine Eingrenzung mitgedacht: Kompetenzen beziehen sich danach auf die Bereiche des Staates und der Staatlichkeit.<sup>10</sup> Ob es auch nicht-staatliche Kompetenzen oder Kompetenzregime geben kann, kann namentlich für die Weimarer Verfassung diskutiert werden.<sup>11</sup> Jene Prämissen begründen aber noch nicht die Kompetenzen selbst. Diese sind Gegenstände der Kompetenznormen; oder anders ausgedrückt: Das Recht, Kompetenzen begründen und begrenzen zu können, ist vorgegeben; wie es dies tut, und wie die Kompetenzordnung ausgestaltet ist, ist dann aufzugeben. Hier wird die Frage nach der Kompetenzverteilung in der Weimarer Reichsverfassung konkret.

Aus der Retrospektive<sup>12</sup> vereinigt die Kompetenzdiskussion in Deutschland mehrere Aspekte: Da ist zunächst die Statuierung, Benennung und Zuweisung von *Aufgaben*; dies ist der sachliche Aspekt. Da ist weiter die Statuierung, Be-

<sup>6</sup> ANSCHÜTZ, THOMA, Handbuch des Deutschen Staatsrechts 759.

<sup>7</sup> KIRCHHOF, Mittel staatlichen Handelns Rn. 42ff.; siehe auch DI FABIO, Gewaltenteilung Rn. 11ff.; SCHOCH, Entformalisierung Rn. 128ff.

<sup>8</sup> Für die Gegenwart grundsätzlich JESTAEDT, in: HOFFMANN-RIEM u.a. § 14 Rn. 47ff.; zu Einzelfragen siehe etwa SCHUPPERT, in: ebd. § 16 Rn. 38ff; BURGI, in: ebd., § 18 Rn. 56 ff. In der Weimarer Republik noch sehr knapp MAYER, Verwaltungsrecht 180ff (Kompetenzkonflikt); JELLINEK, Verwaltungsrecht 78 (Kompetenzkompetenz), 15f., 41, 55ff. (Kompetenzkonflikt).

<sup>9</sup> In diesem Kontext spricht KELSEN, Staatslehre 147, auch den territorialen Aspekt der Kompetenzdifferenzierung an (Staatsgebiet als örtliche Kompetenz des Staates).

<sup>10</sup> KELSEN, Staatslehre 40f.

<sup>11</sup> Darauf wird zurückzukommen sein; siehe einstweilen MEINEL, Rechtsstaat 197.

<sup>12</sup> Siehe dazu ZIMMER, Funktion; STETTNER, Grundfragen; und beide mit geringfügig abweichenden Erkenntnisinteressen und Terminologien. Letzterer führt die genannten Elemente zurück auf KRAWIETZ, Recht 39.



nennung und Zuweisung von *Ressourcen*, welche zu ihrer Erfüllung zur Verfügung gestellt werden; dies ist der *funktionale Aspekt*.<sup>13</sup> Da ist schließlich die Beschaffung der *Legitimation* einer Aufgabenwahrnehmung: Hier handelt es sich um den *legitimatorischen Aspekt*.

(1) Der *aufgabenbezogene Aspekt* beschreibt und umgrenzt ein *rechtliches Dürfen*. Er bezieht sich auf jeweils abgrenzbare Sachbereiche der Staatsgewalt, welche ihrerseits aus der konkreten Lage der Staatlichkeit resultieren.<sup>14</sup> Soweit diese sämtlich von einem Staatsorgan allein oder von allen gemeinsam ausgeübt werden, bedarf es der Kompetenzregelungen nicht. Deren Notwendigkeit entsteht erst dann, wenn mehrere Organe, Instanzen oder Personen unterschieden werden, denen gleichfalls unterschiedliche Anteile an der Staatsgewalt zugewiesen werden.<sup>15</sup> In diesem Sinne beschreibt der aufgabenbezogene Teil der Kompetenzen diejenigen Sachmaterien, welche einem Teil der Staatsgewalt zugewiesen werden und anderen eben nicht. Hier geht es um die Beschreibung der Sozialbereiche, welche dem Staat zur Gestaltung aufgegeben und deren Gestaltung auf unterschiedliche staatliche Stellen verteilt werden. Signifikante Beispiele dafür waren Art. 6ff. WRV mit der Benennung von Sachmaterien, auf denen die Gesetzgebung unterschiedlichen staatlichen Ebenen zugewiesen wurde. Das Beispiel der Gesetzgebungskompetenz zeigt zugleich: Kompetenznormen haben – klassisch gesprochen – einen positiven und einen negativen Gehalt oder – in modernerer Terminologie – einen inklusiven und einen exklusiven Gehalt: Sie bestimmen einerseits diejenigen

Materien, die einer Stelle zugewiesen werden, in positiver Weise und sie umreißen zugleich andere Sachmaterien, von denen sie ausgeschlossen sein sollen, in negativer Weise.<sup>16</sup> In diesem Sinne ist Aufgabenbegründung stets auch Aufgabenbegrenzung und damit Grundlage einer differenzierten Kompetenzordnung.

(2) Der *funktionale Aspekt* bezieht sich auf ein *faktisches Können*. Es umfasst die Umschreibung derjenigen staatlichen Einrichtungen oder Stellen, welchen die zuvor benannten Aufgaben zugewiesen werden sollen. Kompetenz in diesem Sinne setzt nicht nur Aufgaben sondern auch Aufgabenwahrnehmungsdifferenzierung voraus. Wenn alle zuvor differenzierten Aufgaben derselben Stelle zugewiesen werden, würde es keines Kompetenzrechts bedürfen. Solche Staatsaufgabenkataloge könnten dann nur andere als kompetenzrechtliche Konsequenzen aufweisen. Dieser funktionale Aspekt verweist also auf die eingangs genannte gegliederte und verrechtlichte Staatlichkeit, welche eine Vorbedingung der Entstehung unseres Themas darstellte. Sie sollte einen starken Grundzug der jungen WRV darstellen.<sup>17</sup> In diesem Sinne bewirken Kompetenznormen also eine Verknüpfung bestimmter Staatsaufgaben (Dürfen) mit bestimmten Teilen der Staatsgewalt (Können). Es ist gerade diese Verknüpfung, welche das Charakteristikum der Kompetenz ausmacht.<sup>18</sup> Ohne Funktion bleibt die Aufgabe unerfüllbar. Und ohne Aufgabe bleibt die Funktion sinnlos.

<sup>13</sup> BENZ, Staat 122, bezeichnet Funktionen ohne Kompetenzen als unrealistische Leistungserwartungen, Kompetenzen seien hingegen nur in Bezug auf Funktionen zu rechtfertigen.

<sup>14</sup> Dazu am Beispiel der Bundesrepublik BULL, Staatsaufgaben 1977, pass.

<sup>15</sup> Wohl deshalb rückt KELSEN, Hauptprobleme 664ff., die Kompetenzlehre in den Kontext der Lehre von der Organschaft.

<sup>16</sup> KELSEN, Hauptprobleme 680f. Dies kann sowohl durch explizite Regeln (Bundeskompetenzen schließen Landeskompetenzen aus) als auch durch implizite Regeln (*enumeratio est limitatio*) oder durch Reserve- oder Vermutungsregeln nach Art. 70 GG erfolgen (Die Gesetzgebung ist Angelegenheit des Länder, soweit sie nicht dem Bund zugewiesen ist).

<sup>17</sup> Dazu näher unter III.

<sup>18</sup> JESTAEDT, in: HOFFMANN-RIEM u.a. § 14 Rn. 42, 45: Zusammenfassung von Sach- und Wahrnehmungskompetenz, unter Hinweis auf SCHMIDT-ARMANN, Verwaltungsrecht Rn. 17; eingehend STETTNER, Kompetenzlehre 156ff., 164ff.

Jene Verknüpfung bedingt notwendig ein Kompetenzrecht. In diesem Sinne *gehören Kompetenzen und Kompetenzrecht zusammen*.<sup>19</sup> Zugleich begründet Kompetenzrecht bestimmte Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung. *Kompetenzwahrnehmung setzt Handlungsfähigkeit voraus*. Wer nicht handlungsfähig ist, kann zwar Träger von Aufgaben sein, aber diese weder wahrnehmen noch gar erfüllen. Kompetenz bedingt daher die Zuweisung von Ressourcen für die Wahrnehmung der jeweiligen Sachmaterie. Sie entscheidet mit über die Frage nach der Wahrnehmbarkeit und den Wahrnehmungsmodalitäten der zugewiesenen Aufgabe. Dabei geht es um die Zusammenfassung von Ressourcen für deren Erfüllung, sei es von Personal, sei es von Sach- und finanziellen Mitteln, sei es von Informationen, und gegebenenfalls auch politischer oder administrativer Unterstützung. Diese Vorgaben und ihre Umsetzung in der jeweiligen Staatsorganisation entscheiden wesentlich über den Grad der Aufgabenwahrnehmung. Sie kann also dazu führen, dass eine Agende teilweise oder gar nicht erfüllt werden kann. Hier kann sich dann eine intendierte oder nicht intendierte, vermeidbare oder unvermeidbare Differenz ergeben zwischen Kompetenzzuweisung und Kompetenzwahrnehmung: Viele sind zuständig, aber nicht alle sind kompetent! Hier finden sich mögliche Überschneidungen zwischen Kompetenzrecht und Kompetenzausübungsrecht.

(3) *Der legitimatorische Aspekt* von Kompetenzrecht und Kompetenzen bezieht sich auf die Chance der *Durchsetzbarkeit einer Maßnahme im Rahmen der Aufgabenregelungen*.<sup>20</sup> In neueren Debatten hat diese Frage eine erhebliche Bedeutung – geht es doch im Gewaltenteilungsprinzip darum, dass „staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation,

Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“<sup>21</sup> Solche Ideen der Legitimations- bzw. Verantwortungsfähigkeit der Staatsorgane werden sowohl zur Kompetenzbegründung als auch deren Begrenzung herangezogen.<sup>22</sup> Zugleich zeigt der legitimatorische Aspekt die wechselseitige *Verwiesenheit von Kompetenzrecht und Kompetenzausübungsrecht*. Das ist auch, aber nicht nur, eine Unterscheidung zwischen dem formellen und dem materiellen Staatsrecht. In diesem Sinne hält kompetenzielles Denken die Verbindung zwischen den beiden Verfassungsgehalten, ohne sie aber in Eins zu setzen.<sup>23</sup>

## 2. Rechtsfolgen von Kompetenznormen

Kompetenznormen verknüpfen so Aufgaben, Ressourcen und Legitimation miteinander.

Unterschieden wurden und werden Verbands- und Organkompetenzen,<sup>24</sup> ersteres eher aus Gründen des Föderalismus bzw. der Selbstverwaltungsidee, letzteres aus Gründen der Gewaltenteilung. Gewiss gab es ein *Kompetenzwahrnehmungsrecht*: Wem eine Kompetenz zugewiesen war, der durfte sie ausüben. Dieses Recht war auch gegen Interventionen anderer Stellen grundsätzlich, wenn auch nicht in jedem Einzelfall, abgesichert: Nur wenn andere Stellen eine eigene, rechtlich begründete Interventionskompetenz besaßen – etwa: Anweisungs-, Eintritts-

<sup>19</sup> BENZ, Staat 122ff., nennt sie denn auch in den Kapiteln zu Staatsfunktionen und Rechtsstaat.

<sup>20</sup> Näher STETTNER, Kompetenzlehre 327ff. m.w.N.

<sup>21</sup> BVerfGE 95, 1, 15; 98, 218, 251; siehe auch BVerfGE 68, 1, 86.

<sup>22</sup> ZIMMER, Funktion 324ff.; zu den einzelnen Funktionsbereichen ebd. 237ff.; zu den Legitimationsanforderungen im Kompetenzrecht ebd. 98ff.; exemplarische Einzelstudie bei GUSY, Gesetzgeber.

<sup>23</sup> Selbstverständlich sind auch andere Begriffsverständnisse – etwa i.S. eines übergreifenden Kompetenzrechts – denkbar, aber in Deutschland weder in der Weimarer noch in der Bundesrepublik angelegt.

<sup>24</sup> Siehe dazu JESTAEDT, IN: HOFFMANN-RIEM u.a. § 14, Rn. 43f.

oder Mitwirkungsrechte<sup>25</sup> –, durften sie intervenieren. Anders ausgedrückt: Eine rechtlich begründete Kompetenz fand so ihre Grenzen an anderen rechtlich begründeten Kompetenzen. Weniger elaboriert waren damals Fragen nach der *Kompetenzwahrnehmungspflicht*, also einer möglichen rechtlichen Verpflichtung eines zuständigen Organs, diese Kompetenz auch auszuüben. Sie richtete sich nicht nach dem Begriff der Kompetenz, sondern nach dem Inhalt der kompetenzzuweisenden Normen: Danach ließen sich pflichtige wie aber auch ermessensabhängige Zuweisungen unterscheiden, wie schon ein Blick auf die Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 6 ff. WRV erweist: Hier wurden auch Rechtssetzungsrechte, aber nicht durchgängig zwingende Rechtssetzungspflichten für einzelne Sachmaterien begründet (z.B. Art. 7, 10–12 WRV).

Wichtiger war auch damals der Konnex von positiver und negativer *Kompetenzzuweisung*: Ihre Zuweisung *an eine Stelle schloss die Zuweisung an eine andere Stelle grundsätzlich aus*. Rechtliche Exklusivität und Interventionsverbot gegen Dritte wurden zunehmend anerkannt und jedenfalls im bundesstaatlichen Verhältnis auch durch Klagerechte beim Staatsgerichtshof (StGH) bewehrt. Doch ist auch diese Ableitung zu idealtypisch: Auch die WRV kannte Fälle *kooperativer Kompetenzwahrnehmung*, also Mitwirkungsrechte einzelner Stellen an der Kompetenzausübung anderer Stellen. Insoweit konnten sich also auch Ein- und Mitwirkungskompetenzen begründen lassen, welche zu einem rechtlich anerkannten Zusammenwirken führen konnten. Formen der Politikverflechtung waren auch der WRV und der auf ihrer Grundlage geltenden Rechtsordnung nicht fremd.

<sup>25</sup> Näher ebd., Rn. 48; zur Wahrnehmungspflicht ebd., Rn. 47.

### III. Kompetenzrecht in der WRV

#### 1. Neue Fragen

Die Zurückhaltung der deutschen Staatsrechtswissenschaft beim Thema „Kompetenz“ mag überraschen. Die WRV enthielt eine Fülle diesbezüglicher Regelungen und stellte das Thema in einen grundsätzlich neuen Kontext. Im Konstitutionalismus hatten Kompetenzfragen nicht bloß eine bundesstaatliche Dimension gehabt.<sup>26</sup> Sie hatten auch ganz fundamentale rechtliche Weichenstellungen an- und eingeleitet, war es doch bei der Frage um die Abgrenzung von Legislative und Exekutive um nicht mehr und nicht weniger als die Frage gegangen, ob an einem Akt der Staatsgewalt die Volksvertretung mitwirken musste oder nicht; oder aber in neuerer Terminologie gesprochen: die Abgrenzung protodemokratischer gegenüber autoritären Zweigen der Staatsgewalt. Ganz ähnlich hatten sich manche Fragen bei der Abgrenzung von Exekutive und Justiz, also von rechtlich weisungsabhängigen und rechtlich weisungsunabhängigen staatlichen Instanzen gestellt.<sup>27</sup> Und ebenso war es um die Selbstverwaltung als eine aus traditioneller Sicht organisierte Bastion freiheitlicher Selbstgestaltung gegenüber autoritärer staatlicher Fremdgestaltung – damals eher in freiheitsrechtlicher, heute eher in demokratischer Gedankenwelt – gegangen.

Dies alles sollte sich nun ansatzweise ändern. In der Republik sollte alle Staatsgewalt vom Volk ausgehen. Auf ihrer Grundlage sollte sie auf unterschiedliche Weise von unterschiedlichen Organen ausgeübt und auf den demokratischen Souverän zurückgeführt werden. Es ging fortan

<sup>26</sup> Zu ihr näher LABAND, Staatsrecht 386 ff.; zu anderen Kompetenzfragen aus jener staatsrechtlichen Epoche KELSEN, Hauptprobleme 648ff., 680f., 769ff.

<sup>27</sup> Noch ganz in diesem Sinne MAYER, Verwaltungsrecht 172ff., der die Kompetenzfragen allein hinsichtlich möglicher Übergriffe der Justiz in die vollziehende Gewalt erörtert.

also nicht mehr um die Abgrenzung unterschiedlicher Träger und Legitimationsinstanzen der Staatsgewalt, sondern um die *Zuordnung unterschiedlicher Wege der Volkslegitimation* zueinander. Das war nicht zwingend ein Bedeutungsverlust, wohl aber ein Bedeutungswandel. Und er war damals wohl auch nicht allen Akteuren und Autoren bewusst: Wer in der Verfassungstheorie zu identitätsorientierten Verfassungskonzepten neigte, sah die Exekutive als Emanation der Staatlichkeit „als solche“ nicht allein *in*, sondern auch *vor* und je länger je mehr *über* der Verfassung. Dann allerdings waren Kompetenzfragen zugleich solche der Verfassungsvoraussetzungen und der Reichweite der WRV im Staat.

Damit geriet die Kompetenzlehre in enge Berührung zu zentralen Grundfragen des republikanischen Verfassungsrechts.<sup>28</sup> Ihre nicht selten betonte Nähe zum Rechtsstaats-, Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip und aus mancher Sicht auch zum Republikprinzip ließ sie einerseits als nahezu omnipräsent erscheinen, andererseits aber im Kontext der zentralen Staats- und Staatsorganisationsprinzipien an Eigenständigkeit einbüßen. Daraus mag eine eigenartige Schwäche resultieren, die unserem Thema in der Staatsrechtswissenschaft anhaftete. Im Kontext der neuen Verfassungsprinzipien erschien sie eher als abhängige denn als unabhängige Variable, eher als Folge und weniger als Grundlage von Rechtserkenntnissen. Und die Klärung der Grundlagen nahm in der Staatsrechtswissenschaft damals breiten Raum ein. Auch dies mag einer der Gründe dafür gewesen sein, dass in Deutschland Kompetenzrechtsfragen eher in das Verwaltungsrecht abwanderten.

Neu war auch: Die Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Republik und Ländern nahm auch die Kompetenzordnung in den Blick. Die Kompetenzen wurden nicht nur verrechtlicht,

sondern ansatzweise auch *justiziabel*. Ein recht hoher Anteil an Verfassungsstreitigkeiten vor Gericht befasste sich mit Kompetenzfragen (Art. 19 WRV).<sup>29</sup>

## 2. Bundesstaatliche Kompetenzordnung

Entgegen den allerersten Verfassungsplänen von Hugo Preuß, die aber nicht einmal mehr die Nationalversammlung erreichten, war die Republik kein Einheits-, sondern ein Bundesstaat.<sup>30</sup> Hier nahm die Kompetenzentwicklung einen ambivalenten Weg. Einerseits wurde die Notwendigkeit gesehen, zu Bewältigung von Kriegs- und Kriegsfolgelasten die Kräfte der Nation zusammenzufassen, und das hieß faktisch zu zentralisieren. Andererseits sollte aber den schon in den Waffenstillstandsverhandlungen absehbaren Forderungen der Siegermächte so wenig wie möglich an Reichsvermögen offenstehen. Die Kompetenzverteilung machte daher einen uneinheitlichen Eindruck. Verstärkt wurde er dadurch, dass sich schon in der Monarchie die Kompetenzordnung komplexer gestaltet hatte, als es der übersichtliche Verfassungstext vermuten ließ. Damals vorgedachte Entwicklungen wurden im Jahr 1919 partiell konstitutionalisiert.<sup>31</sup> In der Retrospektive werden die Föderalismusfragen nicht selten auf den fortbestehenden Dualismus zwischen Republik und Preußen zurückgeführt. Doch wäre dies zu einfach: Die Mehrheit der Länder bestand aus Klein- und Kleinststaaten, welche zur Erfüllung von Staatsaufgaben nur eingeschränkt oder fast gar nicht in der Lage waren. Man darf also die Länderebene nicht allein am größten Einzelstaat und seinem politischen und rechtlichen Übergewicht

<sup>28</sup> Die Nähe der Kompetenzlehre zum Republikprinzip betont GRÖSCHNER, Republik 2041, 2044.

<sup>29</sup> Dazu DREIER, Verfassungsgerichtsbarkeit 317.

<sup>30</sup> Zur Entwicklung NEUMANN, Preußen.

<sup>31</sup> Zur Entwicklung ANSCHÜTZ u.a., Reich und Länder; retrospektiv WITTRICK, Status 87; GUSY, Reichsverfassung 224ff. m.w.N.; historisch JOHN, Bundesstaat, pass.

festmachen. Die Kleinheit zahlreicher Einzelstaaten lässt einzelne Vergleiche mancher Föderalismusprobleme zwischen der Weimarer und der Österreichischen Republik zu – eher schon als in der Gegenwart, wo die unterschiedlichen Größenverhältnisse einer einfachen Übertragbarkeit der Maßstäbe eher entgegenstehen. Wohlgemerkt: Das galt jedenfalls für die kleineren und einzelne der mittleren Länder.

Die Weimarer Verfassung reformierte die tradierte Ebenentrennung: Die einzelnen Sachmaterien wurden nicht mehr für alle Zweige der Staatsgewalt gleichermaßen der Republik oder den Ländern zugewiesen, vielmehr wurde fortan zwischen Rechtssetzungs-, Vollzugs- und Rechtsprechungsaufgaben unterschieden. Die Republik mutierte zur Gesetzgebungsebene, die Länder zu Vollziehungsebenen. Ergänzend entstanden zwischen Republik und Ländern nunmehr Mischmodelle: Den Kompetenzverlusten der Einzelstaaten auf einem Zweig der Staatsgewalt korrespondierten verstärkte Mitwirkungs- und Verflechtungsaufgaben in anderen Zweigen, welche teils von der einen, teils von der anderen Ebene, teils aber auch von ihnen gemeinsam ausgeübt wurden. Zugespitzt formuliert: *Der kooperative Bundesstaat wurde nun konstitutionalisiert.*<sup>32</sup> Auf dem Gebiet der Gesetzgebung entstand neu die Formenvielfalt von ausschließlicher, konkurrierender und Rahmengesetzgebung der Republik (Art. 6ff. WRV). Faktisch begrenzten sich die Länder ganz überwiegend auf ihre ausschließlichen Gesetzgebungsaufgaben.<sup>33</sup> Ihre Mitwirkungsrechte im Reichsrat wurden gleichfalls zurückgeschnitten. Die vielleicht wichtigste Änderung fand sich in Art. 8 WRV:

<sup>32</sup> Allein in dieser Dimension findet sich bei ANSCHÜTZ, THOMA, Handbuch Sachverzeichnis, die Kompetenzfrage erwähnt; zu dieser vertikalen Dimension des Bundesstaates siehe auch KELSEN, Staatslehre 107, 208f.

<sup>33</sup> Zur horizontalen Kompetenzabgrenzung zwischen Hoheitsträgern, also der raumbezogenen Dimension, KELSEN, Staatslehre 147.

Durch die weitreichende Gesetzgebungskompetenz der Republik in Steuerangelegenheiten war fortan nicht mehr das Reich Kostgänger der Länder.<sup>34</sup> Vielmehr wurden die *Länder von der Steuergesetzgebung der Republik abhängig*. Die daraus resultierenden Konflikte sollten die Idee des Föderalismus in Deutschland bis 1933 nahezu diskreditieren. Auf der Ebene der Exekutive blieb es bei dem bekannten Grundmodell: Die Länder nahmen die Exekutivaufgaben wahr, soweit nicht die WRV die – allerdings stark ausweiteten – Vollzugsaufgaben der Republik zuwies: Militär, Ausnahmezustand, Verkehr, insbes. Wasserstraßen und Eisenbahnen. Abgabenerhebung und Sozialversicherungen blieben grundsätzlich Ländersache, wenn auch unter starker Regulierung und Beaufsichtigung durch die Republik. Auf der Verfassungsebene wurden hier die flächendeckenden Vollzugsaufgaben der Republik erst richtig sichtbar. Und mit ihnen entstand die neue Reichsregierung (Art. 52ff. WRV), die allerdings auch in Zukunft nur über begrenzte Exekutivaufgaben verfügte. Noch über die geschriebenen Zuständigkeiten hinaus reichten die ungeschriebenen Instrumente, namentlich die damals sog. „*Fondswirtschaft*“: Wo auch immer die WRV eine Staatsaufgabe auch der Republik zuwies, ihr aber keine entsprechende Vollzugshoheit zusprach, konnte die Zentralebene Finanzmittel bereitstellen und zur Aufgabenerfüllung den Ländern zuweisen. Die Modalitäten dieser Finanzierungs- bzw. Beihilfekompetenz und der Mittelvergabe sowie die dadurch begründeten Ingerenzrechte der Republik stellten ein zentrales Streitthema des Verfassungsrechts dar.<sup>35</sup> Die „Reichsaufsicht“ (Art. 15

<sup>34</sup> Das war der Ausgangspunkt der RV 1870 gewesen. Faktisch war die Finanzordnung in der Spätzeit der Monarchie teils mangels politischer Initiative, teils wegen unterschiedlicher Blockademächte „unsäglich kompliziert“ (Hugo Preuß).

<sup>35</sup> Länderfreundlich StGH, in: LAMMERS, SIMONS, Entscheidungen des StGH 95, 102 (Thüringer Polizeikostenzuschüsse).

WRV) über die Länder blieb mangels konkreter Machtinstrumente eher theoretisch. Umgekehrt reichten die Mitwirkungsrechte der Länder besonders weit bei Erlass von Rechtsverordnungen, welche die Verwaltungshoheiten der Länder regelten: Hier stand dem Reichsrat ein Zustimmungsgeschäft zu (Art. 77 WRV). Daneben fanden sich zahlreiche Informations-, seltener Mitwirkungs- oder Einspruchs-, noch seltener Zustimmungsgeschäfte des Reichsrats oder einzelner Länder.

Man kann dies als Übergang vom System der Ebenentrennung hin zum kooperativen Föderalismus deuten. *Die Politikverflechtung wurde zwar nicht neu erfunden, wohl aber konstitutionalisiert.* Und entsprechend pluralisierten sich – damals nur wenig in den Blick genommen – die Kompetenzformen und -modalitäten. Damals wurde der Föderalismus nahezu stets weniger als Lösung, sondern eher als Problem empfunden: Sowohl das Nebeneinander zweier mächtiger Regierungen in Berlin als auch die aus der Vergangenheit mitgeschleppte extreme faktische Ungleichheit der Länder wurden eher als Hindernisse einer wirksamen Erfüllung der gemeinsamen Staats- und Verfassungsaufgaben angesehen. Die Föderalismusdebatte betraf weniger eine Optimierung von Kompetenzfragen. Sie kreiste um retrospektive Verlustdiagnosen, aktuelle Krisenbeschreibungen und Therapieverschlüsse zwischen Abschaffung oder Fundamentalreform.<sup>36</sup>

### 3. Zum Vergleich: Gewaltenteilende Kompetenzordnung

Die Idee der Gewaltenteilung war in der WRV nicht explizit genannt, lag ihre allerdings zugrunde und wurde traditionsorientiert praktiziert.<sup>37</sup> Dabei hatte die republikanische Verfas-

sung maßgebliche Elemente auf eine neue Grundlage gestellt. Namentlich Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes dienten nun weniger einer eher defensiven Sicherung der Mitwirkung des demokratischen Parlaments im autoritären Staat. Es ging nicht mehr um Gleichrangigkeit der Gewalten, sondern um den Primat der Legislative unter ihnen. Vielmehr sollten sie nun den Primat der Volksvertretungen in der Demokratie erhalten und durchsetzen. Diese Debatte geriet rasch in den Sog des Richtungsstreits: Wer der Auffassung war, die Verfassung sei die äußere Form des nach innen „impermeablen“ Staates, konnte auch weiterhin die Parlamente als Grenzen und nicht als Grundlage der Staatsgewalt sehen. Diese „verfassungstheoretische“ Auffassung war in der Republik noch weit verbreitet.<sup>38</sup> Wer hingegen die Verfassung als Grundlage des Staates ansah, dem musste es darum gehen, ihre Wirksamkeit auch innerhalb der Staatsorganisation möglichst zu optimieren. „Das Deutsche Reich ist eine Republik, nennt sich aber nicht so.“<sup>39</sup> Von daher lag es nahe, die Reichweite des Volkes, der Volksvertretung und der von ihr ausgeübten öffentlichen Gewalt in der Republik neu zu bestimmen. Die WRV enthielt eine große Zahl von Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträgen und Gesetzesvorbehalten, durch welche das Volk als Träger der verfassungsgebenden Gewalt sich selbst als oberstes Organ der Staatsgewalt zur Ausführung und Fortentwicklung der offenen WRV ermächtigte. Hier wie auch andernorts sollte sich zeigen: Es gab in der Republik zwar eine ambitionierte Verfassungstheorie. Ihre Umsetzung in konkrete Aussagen der Verfassungsdogmatik blieb jedoch unterentwickelt. Es war nahezu allein Richard Thoma, der nicht nur eine soziologisch abgestützte demokratische Verfassungstheorie formulierte, sondern sich darüber hinaus auch um deren Umsetzung in dogmatische Er-

<sup>36</sup> Bund zur Erneuerung des Reichs (Hg.), *Reich und Länder*; Verfassungsausschuss der Länderkonferenz, 1929; ausführlich SCHULZ, *Demokratie*.

<sup>37</sup> GUSY, *Reichsverfassung* 143ff.

<sup>38</sup> Dagegen damals schon KELSEN, *Staatslehre* 247f.

<sup>39</sup> ANSCHÜTZ, *Verfassung* 37.

kennntnisse verdient machte.<sup>40</sup> Er hatte sich schon in der Monarchie um die hier relevanten Fragen verdient gemacht.<sup>41</sup> In der Republik<sup>42</sup> suchte er neue Antworten aus einer Gesamtschau der Grundprinzipien der WRV und gelangte so – im Unterschied etwa zu seinem Antipoden Carl Schmitt – zu einer umfassenden Theorie der neuen Verfassung, welche beide Hauptteile einbezog und diese zusammenführte, nicht hingegen konfrontierte und dem einen den Vorrang vor dem anderen zusprach, um sodann den anderen nahezu zu übergehen. Das hatten damals auch schon andere unternommen. Thomas Verdienst bestand darin, solche Erkenntnisse für die Lehre von Vorrang und Vorbehalt der Gesetze fruchtbar gemacht zu haben. Sie blieben ambivalent: Einerseits wollte er den Gesetzesvorbehalt fortentwickeln, sodass „die Erlassung neuer Rechtssätze grundsätzlich der Legislative vorbehalten ist.“ Relativiert wurde dieses spätere Entwicklungen in der Bundesrepublik vorausahnende Postulat allerdings durch eine eher konventionelle Auslegung des Rechtssatzbegriffs. Ihn wollte Thoma an die tradierte Freiheits- und Eigentumsformel und damit das Phänomen des Grundrechtseingriffs anlehnen und zugleich die tradierten „besonderen Gewaltverhältnisse“ ausnehmen.<sup>43</sup> Was zunächst demokratisch fundiert wurde, blieb dann grundrechtlich eher begrenzt. Hier sollte die tradierte Staatsrechtslehre fortwirken. Grundgedanke der Kompetenzordnung sei die „Idee der Arbeitsteilung zwischen Regierung, Parlament und Gerichten“ zwischen Pluralismus und

Monismus. Das öffnete Raum für Gedanken der Funktionalität und der Funktionsgerechtigkeit. Und die Feststellung, wonach als Gesetz Rechtsnormen zu verstehen seien, welche in „dem Wesen und der Wichtigkeit allgemeiner Rechtssetzung entsprechenden Formen“ von der Legislative gesetzt würden, ging über bloß formelle Aspekte hinaus und öffnete Raum für das Gesetz als Brücke zwischen Demokratie und Rechtsstaatsprinzip.

Das waren wichtige Einsichten, welche die Kompetenzlehre in Deutschland für neue verfassungsrechtliche Impulse öffnen konnten und sollten. Und sie soll zeigen: Die Kompetenzlehre stand stark im Sog der Verfassungstheorie und damit des Richtungsstreits.

#### 4. Zur Kompetenzordnung der Selbstverwaltung

Die Rechtsstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände war in Art. 127 WRV unter den Grundrechten eingereiht. Dies entsprach der tradierten Wahrnehmung von gemeindlicher Freiheit contra staatlicher Obrigkeit; eine Idee, welche über die Kommunen hinaus sämtliche tradierten Selbstverwaltungsideen in Deutschland prägen sollte. Dementsprechend wurde das Verhältnis der Selbstverwaltungsträger zum Staat als solches von Freiheit und Schranke beschrieben.<sup>44</sup> Damit war hier für eine kompetenzrechtliche Betrachtung kaum Raum: Im vorstaatlichen Bereich gab es keine Kompetenzen, sondern Freiheiten.

Diese Lehre sollte sich in der Republik allerdings in mehrere Richtungen differenzieren. Die Idee, dass die Selbstverwaltung nicht nur Freiheit garantierte, sondern auch – jedenfalls gegenüber ihren Mitgliedern – zugleich öffentliche Gewalt ausübte, ließ die freiheitsrechtliche Betrachtung partiell hinter demokratieaffine An-

<sup>40</sup> Grundlegend zu ihm DREIER, „Unbeirrt von allen Ideologien ...“ XIIIff.

<sup>41</sup> THOMA, Vorbehalt 165.

<sup>42</sup> THOMA, Grundrechte 183; DERS., Bedeutung 20ff., 33ff.; THOMA, Das Reich als Demokratie; 108ff.; 221ff. und öfter.

<sup>43</sup> THOMA, Juristische Bedeutung 22; weitere Zitate in: Ders., Vorbehalt der Legislative 222f.; DERS., Grundbegriffe und Grundsätze 112, 126; zum Rechtsstaatsprinzip unter der WRV ebd. 130ff.

<sup>44</sup> So etwa die Terminologie auch noch bei ANSCHÜTZ, Verfassung 583.

schauungen zurücktreten. Dies eröffnete Raum für die Einsicht, dass Staats- und Selbstverwaltung nicht bloß Gegensätze, sondern beide auf unterschiedliche Weise demokratisch legitimationsbedürftig und legitimiert seien. Strukturelle Ähnlichkeiten zwischen beiden Ebenen ließ auch die Lehre von den institutionellen Garantien hervortreten, wonach die Selbstverwaltung nicht einfach da, sondern ausgestaltungsfähig und -bedürftig sei. Das sei mehr und anderes als Freiheitseinschränkung und stehe der Legislative zu. Und das damals vielfach diskutierte Thema der Staatsaufsicht über die Selbstverwaltungskörperschaften ließ erstere nicht mehr bloß als Grenze, sondern auch als Garantin der Körperschaften erscheinen. Dies bedurfte aber weiterer Ausgestaltung. Schließlich führte in der Spätzeit der Republik auch die Potenzierung von Selbstverwaltungsträgern als Ständen, Korporationen oder Organen einer Demokratisierung der Wirtschaft zu einer Neubewertung der Körperschaften im Staat: Je schlechter die parlamentarische Demokratie funktioniere, desto eher könne und müsse sie durch funktionierende Elemente der Selbstverwaltung systemkonform abgestützt oder gar ersetzt werden. Hier trafen sich Demokratiereformer, Restbestände von Rätekonzepten und Autoren der Konservativen Revolution, welche in der Schlussphase der Republik teils grundsätzliche Reformen der WRV, teils den Ausstieg aus ihr suchten.<sup>45</sup>

Für unser Thema ist wichtig: Die Neubestimmung des Verhältnisses von Staats- und Selbstverwaltung war kein Sondergut der einen oder anderen Richtung im Richtungsstreit. Sie öffnete aus unterschiedlicher Richtung her eine neue Sichtweise: eher weg von der Dichotomie körperschaftlicher Freiheit und autoritärem Staat hin zu einer kompetenzrechtlichen Betrachtung, welche sich auch dem Kontext von Aufgabe,

Funktion und Legitimation zuwenden konnte. Dass solche Konzepte durch die damals extrem unterschiedliche Leistungskraft der Kommunen wie auch durch die allgemeine Wirtschafts- und Staatskrise erschwert wurden, liegt nahe. So blieb es bei tastenden Ansätzen, deren dogmatische Ausgestaltung allenfalls in Spurenelementen gelingen konnte.

## **5. Noch ein Vergleich: Bürger und Gesellschaft in der Kompetenzordnung der Republik**

Die Idee, wonach auch Gesellschaft und Bürger Träger von Kompetenzen sein könnten, erscheint auf den ersten Blick fernliegend. Schließlich war ihre Rechtsstellung grundrechtlich, nicht kompetenzrechtlich, konzipiert. Und der Grundrechtsstatus der Menschen ist freiheitsrechtlich, nicht durch Wahrnehmungspflichten<sup>46</sup> (etwa garantierter Freiheiten) konzipiert. Ob und wie die Grundrechtsträger ihre Freiheiten ausüben, ist gerade Inhalt der garantierten Freiheit. So eindeutig war allerdings der Regelungsgehalt der WRV und ihrer Garantien nicht. Vielmehr konstitutionalisierte sie nicht allein den Staat, sondern ansatzweise auch Gesellschaft und Wirtschaft.<sup>47</sup> So enthielt der Zweite Hauptteil nicht nur Abwehrrechte, sondern auch soziale und politische Ein- und Mitwirkungsgarantien am Staat, wie bereits bei der im grundrechtlichen Kontext stehenden kommunalen Selbstverwaltung gesehen.<sup>48</sup> Der Übergang von staatlicher und gesellschaftlicher Sozialgestaltung war also nicht strikt getrennt: Die prinzipielle Trennung von Staat und Gesellschaft war jedenfalls nicht das einzige im Zweiten Hauptteil angelegte Grundrechtskonzept. Vielmehr gab es Berührungs- und Überschneidungspunkte an zahlreichen Stellen: Neben der Selbst-

<sup>45</sup> Zum Ganzen näher GUSY, Reichsverfassung 231ff. (Selbstverwaltung), 266ff., 448ff. (Ausstiegsideen).

<sup>46</sup> Dazu oben II 2.

<sup>47</sup> MEINEL, Rechtsstaat 197–216.

<sup>48</sup> Dazu oben 4.



verwaltung etwa bei dem Recht der Religionsgesellschaften,<sup>49</sup> der Wissenschaftsfreiheit als Grundrecht der deutschen Universität,<sup>50</sup> der „Ordnung des Wirtschaftslebens“,<sup>51</sup> der Koalitionsfreiheit einschließlich des Tarifvertragssystems<sup>52</sup> und besonders ausgeprägt den Betriebs- und Wirtschaftsräten nach Art. 165 WRV.<sup>53</sup> Sie alle – und andere Garantien, die hier nicht eigens aufgezählt wurden – behandelten Gegenstände der Sozialgestaltung, welche nicht allein vom Staat wahrgenommen werden sollten und nicht allein von den Berechtigten jener Garantien wahrgenommen werden konnten. Vielmehr zeichnete sich hier ein Bild gestufter, sowohl arbeitsteiliger als auch kooperativer wie im Einzelfall auch konfrontativer Sozialgestaltung ab: Der Staat wirkte auf Wirtschaft und Gesellschaft ein und diese an der staatlichen Sozialgestaltung mit. Das kann hier nicht näher dargestellt werden.<sup>54</sup>

Für uns wichtig ist allein die Frage, was sie für das Kompetenzverständnis unter der WRV bedeuten kann. Damals konkurrierten zwei Grundrichtungen. Eine *freiheitsrechtliche*, welche auch die Mitwirkung an der Sozialgestaltung allein von der Freiheit her konzipierte und sie damit der freien Entscheidung der Grundrechtsträger überließ. Das wurde damals zentral an der Frage nach der Staatsaufsicht diskutiert.<sup>55</sup> Für unsere Fragestellung bedeutete dies z.B.: Die Bindungswirkung von Tarifverträgen für Nichtbeteiligte (Unternehmen und Arbeitnehmer)

musste dann grundrechtlich konzipiert werden. Hier konnten dann Stellvertretungs- oder Anerkennungslösungen gewählt werden. Daneben schob sich eine andere, *öffentlich-rechtliche* Auffassung, welche jene Bindungswirkung eher aufgrund öffentlich-rechtlicher Verleihung oder Beleihung, Anerkennung oder Delegation begründen wollte. Für unsere Fragestellung kann festgehalten werden: Wer der zweiten Auffassung folgte, konnte auch Kompetenzen von Bürgern, Verbänden und Unternehmen bejahen, soweit sie im Rahmen der organisierten Wirtschafts- und Gesellschaftsverfassung an der Ausübung delegierter Staatsgewalt teilnahmen. Hier schob sich dann neben die freiheitsrechtliche eine kompetenzrechtliche Lösung. Doch war die Rechtswissenschaft hier damals noch in den ersten Anfängen.

#### IV. Kompetenzentwicklung in der Republik

Die Weimarer Verfassung war eine demokratische und damit offene Verfassung. Sie enthielt nur einige zwingende Vorgaben und überantwortete andere wichtige Fragen den politischen Mächten und Kräften. Diese befanden sich in der Republik in einer Vielzahl von Konflikten zwischen den Anhängern von Alt und Neu, von Republik und Antirepublikanern von links und rechts, von Kriegs-, Friedens- und Revolutionsgewinnern und -verlierern, von Profiteuren und Verlierern der Wirtschaftskrisen, von Anhängern des status quo und solchen, die ihn verändern wollten. Die politische Kultur<sup>56</sup> war fragmentiert und polarisiert: Fast allen Krisen- und Verlustdiagnosen folgte sogleich der Appell zu ihrer Überwindung. Ziele und Wege waren allerdings ebenso wie die Lage fragmentiert, kontrovers und schlossen sich partiell wechselseitig aus. In dieser Lage hatten es die Anhänger der

<sup>49</sup> MIRBT, Grundrechte 319; EBERS, Artikel 361.

<sup>50</sup> SMEND, Verfassung 57.

<sup>51</sup> LEHMANN, Titel 125.

<sup>52</sup> NIPPERDEY, Koalitionsrecht 385.

<sup>53</sup> Dazu TATARIN-TARNHEYDEN, Recht der Berufsverbände 519.

<sup>54</sup> Dazu DREIER, Grundrechtsrepublik 175; JESTAEDT, Inkubationszeit der Grundrechte 217; GUSY, 100 Jahre 237f.f.; DERS., Reichsverfassung 272ff. (alle m.w.N.).

<sup>55</sup> Gegenüberstellung zu Art. 159 RV bei NIPPERDEY, Koalitionsrecht 388ff., der selbst der zivilrechtlichen Richtung zuneigt. Für Art. 165 WRV anders z.B. ANSCHÜTZ, Verfassung 745 („nicht außerhalb der Staatsverfassung, sondern in ihr“).

<sup>56</sup> Zu ihr SCHUMANN u.a., Politische Kultur.

neuen Verfassung schwer, sich gegen die Kräfte der Beharrung und ihrer Überwindung durchzusetzen. Das betraf auch die Kompetenzentwicklung in ihrer sachlichen, ihrer funktionalen und ihrer legitimatorischen Funktion.

Partiell defizitär blieb der Aspekt der Aufgaben, also des Dürfens. Sie waren in der Verfassung vorgezeichnet und daher der Disposition der politischen Kräfte in Grundzügen entzogen. Es kam nur zu vereinzelt Verfassungsänderungen, die einzelne Aufgaben betrafen.<sup>57</sup> Im Übrigen machten sich alte und neue Kompetenzträger daran, alte und neue Aufgaben wahrzunehmen. Wichtiger war jedoch die Frage nach dem Ausbau der in der WRV eher auf- als vorgegebenen Kompetenzordnung, also die republik- und demokratieangemessene funktionsgerechte Zuordnung von Aufgaben, Ressourcen und Legitimation. Als hemmend sollten sich hier namentlich zwei Faktoren auswirken: Das Fortwirken der Vergangenheit und die Kürze der Dauer der Republik. So sollte sich beim Ausbau der Parlamentsaufgaben zeigen: Die fast sämtlich aus der Vergangenheit übernommenen Exekutiven waren nur in sehr eingeschränktem Maße bereit, eine Stärkung der Volksvertretungen hinzunehmen. Das galt erst recht dann, wenn diese Stärkung zu ihren Lasten gehen würde. Sie konnten sich dazu auf zahlreiche Argumente berufen, namentlich die Theorie des Vorrangs des Staates – einschließlich seines entparlamentarisierend wirkenden Staatsnotrechts (Art. 48 WRV) – vor dem Verfassungsrecht mit seinen gestärkten Parlamentsaufgaben; aber auch auf die Lehre von den Grundrechten als (bloße) Abwehrrechte, welche die Gesetzesvorbehalte an das Vorhandensein von Eingriffen in Freiheit und Eigentum knüpfen wollte. Ihr entsprach eine Praxis, wonach von den neuen Freiheits- und Gleichheitsgarantien eher die staatsbegrenzenden als die auftragsbegründenden Dimensionen

in die Realität umgesetzt wurden. Deren Umsetzung in der Republik war gegenüber dem Verfassungstext einseitig und defizitär.<sup>58</sup> Wie zögerlich sich hier Veränderungen durchsetzen sollten, zeigte sich etwa bei der nahezu einheitlich konsentierten Lehre vom Gesetzesvorbehalt für außenwirksame Rechtsverordnungen, die sich in der Praxis nur in Spurenelementen durchsetzte.<sup>59</sup> Kurz: Das Kompetenzrecht als rechtliches Dürfen blieb in wesentlichen Teilen auf dem Papier und setzte sich nur äußerst zögernd in eine verfassungsrechtsgeleitete Wirklichkeit um. Die Diskrepanz zwischen rechtlichem Dürfen und faktischem Können weitete sich immer mehr aus. Oder umgangssprachlich formuliert: Immer häufiger waren Stellen zuständig, aber nicht kompetent.

Dies thematisiert den *funktionalen Aspekt*, also die Ebene des faktischen Könnens. Die Neuordnung der Kompetenzen konnte nur dann gelingen, wenn ihren Trägern zu deren Wahrnehmung die notwendigen rechtlichen, personellen und sachlichen Ressourcen zur Verfügung standen. Hier sollten sich erhebliche Defizite zeigen. Die Umsetzung neuer Kompetenzen in Gesetzesform einschließlich der dafür notwendigen Aufgaben- und Befugnisnormen verlief schleppend, etwa bei der Auflösung der Gutsbezirke und der (Durchsetzung der) Kommunalisierung. Andernorts gab es bei dringendem Bedarf erhebliche Fortschritte. Die Neuordnung der Finanzverfassung, die Abschaffung der veralteten Schwurgerichte, der Ausbau der Arbeitslosenversicherung: Das waren beachtliche Erfolge. Die personelle Erneuerung blieb defizitär: Der hohen Zahl aus der Monarchie übernommener Beschäftigter standen nur minimale Spielräume einer personellen Erneuerung gegenüber. Als Zentralproblem erwiesen sich allerdings die allgegenwärtigen Sparzwänge, die nicht allein auf

<sup>57</sup> Aufzählung bei GUSY, Reichsverfassung 145f.

<sup>58</sup> Ausführlich GUSY, Grundrechte 163.

<sup>59</sup> Überblick zum Meinungsstand bei JACOBI, Rechtsverordnungen 241ff.

den Vertrag von Versailles zurückzuführen waren. Altlasten aus dem Weltkrieg und die nahezu durchgängigen schweren Wirtschaftskrisen ließen kaum Spielräume zu, die neuen Programme und Aufgaben effektiv wahrzunehmen. Die Behauptungen zeitgenössischer Kritiker, die neuen Versprechungen der Verfassung stünden in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zum Grad ihrer Erfüllung, hatten so eine gewisse Evidenz für sich. Dass dies am allerwenigsten an der Verfassung lag, war damals vielen weniger evident – und scheint noch heute nicht unumstritten zu sein.<sup>60</sup> Zum Showdown entwickelte sich der finanzielle Kollaps zahlreicher Gemeinden und Kreise in der Weltwirtschaftskrise, welcher den Vertrauensentzug durch die Wählerinnen und Wähler verschärfen sollte. Umgangssprachlich formuliert: Rechtliche und faktische Kompetenz entwickelten sich so in vielen, gerade für die Menschen sichtbaren Bereichen auseinander, wenn sie nicht gar in einen Widerspruch traten. Dass dies Wasser auf die Mühlen der alten und neuen Republikgegner war, lag nahe.

Unter Druck geriet damit auch der Legitimationsaspekt der Kompetenz. Die Legitimationskraft der Republik und ihrer Verfassung war in Politik und Staatsrechtswissenschaft nie ganz unumstritten und namentlich am Anfang eher ein Wechsel auf die Zukunft. Je schlechter die Zeiten und je schlechter die Fähigkeit der Republik, der alten und neuen Herausforderungen Herr zu werden, desto defizitärer war sowohl ihre eigene Legitimation als auch die Legitimationsfähigkeit ihrer neuen Verfassung. Bekanntlich war die neue Ordnung keine Republik ohne Republikaner und keine Demokratie ohne Demokraten. Doch gerieten sie in die Defensive, nicht zuletzt durch die langen Zeiten des Ausnahmezustands: Hier verschoben sich die Le-

gitimationsfragen von der Zustimmung durch das mehr und mehr zersplitterte Volk und seine gleichfalls zersplitterten Vertretungen hin zu Effektivitätsargumenten, anders ausgedrückt: von den pluralistischen Grundelementen aus Integration, Öffentlichkeit und Kompromiss hin zu Einheit, faktischer Entscheidung und Exklusion. Das stärkte die Notstandskompetenzen<sup>61</sup> und schwächte die Normalität; die Ausnahme trat zunehmend an die Stelle des Regelfalls, der seinerseits eher als Krisenursache oder -verstärker wahrgenommen wurde. Die Verfassungskrise wirkte sich so als Krise der durch sie vermittelten Legitimation aus, und die Legitimationsdefizite sollten sich zur Verfassungskrise ausweiten.

## V. Verfassungskrise als Kompetenzkrise – und umgekehrt

Bekanntlich blieb der Text der Weimarer Verfassung nahezu unverändert – ihre Auslegung und Anwendung hingegen kehrte sich in ihr Gegenteil um.<sup>62</sup> Die Intentionen der Nationalversammlung und ihrer großen Mehrheit fanden sich in der Verfassungspraxis schon zur Mitte der zwanziger Jahre immer weniger und seit 1930 fast gar nicht mehr wieder. Die (in späterer Terminologie) *Diskrepanz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* – befördert durch Präsident, Regierungen, Verfassungsverwender und Teile der Staatsrechtswissenschaft – nahm immer mehr Züge einer Konfrontation an. So trat an die Stelle der WRV diejenige Grundordnung, welche aus ihr gemacht wurde. Und an dieser Transformation wirkten immer mehr Republikgegner mit.

In der zunehmenden Diskrepanz standen auch die durch die WRV begründeten Kompetenzen.

<sup>60</sup> Zuletzt anlässlich der Konferenz, die dem Band „Weimars Verfassung“ zugrunde lag. Um Differenzierung bemüht sich KÜHNE, Entstehung 51ff, 109ff.; zur WRV GUSY, 100 Jahre 2018.

<sup>61</sup> Dazu KAISER, Ausnahmeverfassungsrecht.

<sup>62</sup> GUSY, Weimarer Verfassung zwischen Überforderung und Herausforderung 291.

Sie entwickelten sich funktionsgerecht, soweit und solange sie die neuen Aufgaben in Übereinstimmung im Rahmen der Gesetze wirksam erfüllen konnten. War dies nicht mehr der Fall, wurden sie zunehmend delegitimiert und beiseite geschoben oder aber in ihr Gegenteil verkehrt. Das war nicht der alleinige Grund für das Scheitern der Republik und ihrer Verfassung. Aber es erhöhte die Bedingungen ihres Scheiterns.

Der innovative Schub der WRV wurde lange Zeit hindurch nicht hinreichend gewürdigt. Das zeigt vielleicht am ehesten der Umstand, dass auch in der jungen Bundesrepublik zahlreiche Weimar-Debatten erneut aufgenommen wurden<sup>63</sup> – unter anderen rechtlichen und außerrechtlichen Vorzeichen und daher mit anderen Ergebnissen. Erst die durch sie bewirkten Innovationen haben den Blick freigegeben für die Weimarer Anläufe, ihre Leistungen und Potentiale.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Christoph GUSY  
 Universität Bielefeld  
 Lehrstuhl Öffentliches Recht,  
 Staatslehre und Verfassungsgeschichte  
 Universitätsstraße 25  
 33615 Bielefeld  
 christoph.gusy@uni-bielefeld.de

## Abkürzungen:

BVerfGE Entscheidungen des  
 Bundesverfassungsgerichts

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf]

## Literatur:

- Gerhard ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 14. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis (Berlin <sup>14</sup>1933).
- DERS. u.a., Reich und Länder, in: DERS., THOMA, Handbuch I, 295–380.
- DERS., Richard THOMA (Hgg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2 Bde. (Tübingen 1930, 1932).
- Arthur BENZ, Der moderne Staat: Grundlagen der politologischen Analyse (München 2001).
- HANS PETER BULL, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz (Kronberg/Ts. <sup>21</sup>1977).
- Bund zur Erneuerung des Reichs (Hg.), Reich und Länder. Vorschläge, Begründung, Gesetzentwürfe (Berlin 1928).
- Martin BURGL, § 18 Rechtsregime, in: Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-AßMANN, Andreas VOßKUHLE (Hgg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (München <sup>2</sup>2012) 1257–1318.
- Godehard Josef EBERS, Artikel 137, 138, 140, 141. Religionsgesellschaften, in: Hans Carl NIPPERDEY (Hg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2 (Berlin 1930) 361–427.
- Udo DI FABIO, Gewaltenteilung, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (Hgg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2: Verfassungsstaat (Heidelberg <sup>3</sup>2004).
- Horst DREIER, Grundrechtsrepublik Weimar, in: DERS., Christian WALDHOFF (Hgg.), Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung (München 2018) 175–194.
- DERS., „Unbeirrt von allen Ideologien und Legenden“ – Notizen zu Leben und Werk von Richard Thoma, in: DERS. (Hg.), Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte (Tübingen 2008) XIII–LXXXI.
- DERS., Verfassungsgerichtsbarkeit in der weimarer Republik, in: Thomas SIMON, Johannes KALWODA (Hgg.), Schutz der Verfassung- Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte (Berlin 2014) 317–372.
- Gerhard SCHULZ, Zwischen Demokratie und Diktatur, Bd. 1: Die Periode der Konsolidierung und der Revision des Bismarckschen Reichsaufbaus 1919–1930 (Berlin <sup>2</sup>1987).
- Rolf GRÖSCHNER, Republik in: Werner HEUN u.a. (Hg.), Evangelisches Staatslexikon (Stuttgart 2006) 2041–2045.
- Christoph GUSY, 100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit (Tübingen 2018).

<sup>63</sup> Näher GUSY (Hg.), Schatten.

- DERS., Die Grundrechte in der Weimarer Republik, in: ZNR 15 (1993) 163–183.
- DERS., Die Weimarer Reichsverfassung (Tübingen 1997).
- DERS., Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht (= Schriften zum Öffentlichen Recht 382, Berlin 1985).
- DERS., Die Weimarer Verfassung zwischen Überforderung und Herausforderung, in: Der Staat 55 (2016) 291–318.
- DERS. (Hg.) Weimars lange Schatten. „Weimar“ als Argument nach 1945 (= Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat 29, Baden-Baden 2003).
- Erwin JACOBI, Die Rechtsverordnungen, in: Gerhard ANSCHÜTZ, Richard THOMA (Hgg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2 (Tübingen 1932) 236–255.
- Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht (Berlin <sup>3</sup>1931).
- Matthias JESTAEDT, Inkubationszeit der Grundrechte, in: Horst DREIER, Christian WALDHOF (Hgg.), Weimars Verfassung. Eine Bilanz nach 100 Jahren (Göttingen 2020) 217–248.
- DERS., § 14 Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ARMANN, Andreas VOßKUHLE (Hgg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (München <sup>2</sup>2012) 891–942.
- Anke JOHN, Der Weimarer Bundesstaat. Perspektiven einer föderalen Ordnung (1918–1933) (Köln 2012).
- Anna-Bettina KAISER, Ausnahmeverfassungsrecht (Tübingen 2020).
- Hans KELSEN, Allgemeine Staatslehre (Wien 1925).
- DERS., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Tübingen 1911, ND Baden-Baden 2008).
- Paul KIRCHHOF, Mittel staatlichen Handelns, in: Josef ISENSEE, DERS. (Hgg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen (Heidelberg <sup>3</sup>2007) 3–135.
- Werner KRAWIETZ, Das positive Recht und seine Funktion (= Schriften zu Rechtstheorie 9, Berlin 1967).
- Jörg-Detlef KÜHNE, Die Entstehung der WRV. Grundlagen und anfängliche Geltung (Düsseldorf 2018).
- Paul LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. 3 (Tübingen <sup>5</sup>1914).
- Hans Heinrich LAMMERS, Walter SIMONS, Entscheidungen des StGH, Bd. IV (Berlin 1932).
- Heinrich LEHMANN, Ordnung des Wirtschaftslebens, in: Hans Carl NIPPERDEY (Hg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3 (Berlin 1930) 125–149.
- Georg LEMMER, Kompetenzkonflikt, in: Albrecht CORDES u.a. (Hgg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2 (Berlin <sup>2</sup>2012) 1999–2003.
- Otto MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 (Berlin <sup>3</sup>1923).
- Florian MEINEL, Sozialer Rechtsstaat und soziale Grundrechte, in: Horst DREIER, Christian WALDHOF (Hgg.), Weimars Verfassung. Eine Bilanz nach 100 Jahren (Göttingen 2020) 197–216.
- Hermann MIRBT, Grundrechte und Grundpflichten, in: Hans Carl NIPPERDEY (Hg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2 (Berlin 1930).
- Almut NEUMANN, Preußen zwischen Hegemonie und „Preußenschlag“. Hugo Preuß in der staatsrechtlichen Föderalismusdebatte (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 108, Tübingen 2019).
- Hans Carl NIPPERDEY, Koalitionsrecht in: DERS., (Hg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3 (Berlin 1930) 388ff.
- Reichsministerium des Innern (Hg.), Verfassungsausschuss der Länderkonferenz (Berlin 1929).
- Eberhard SCHMIDT-ARMANN, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung (Berlin <sup>2</sup>2004).
- Carl SCHMITT, Verfassungslehre (München 1928).
- FRIEDRICH SCHOCH, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (Hgg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3 (Heidelberg<sup>3</sup>2005) 131–228.
- Dirk SCHUMANN, Christoph GUSY, Walter MÜHLHAUSEN (Hgg.), Demokratie versuchen. Die Verfassung der politischen Kultur in der Weimarer Republik (= Schriften der Stiftung Reichspräsident-Friedrich-Ebert-Gedenkstätte 18, Göttingen 2021).
- Gunnar Folke SCHUPPERT, § 16 Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktor, in: Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ARMANN, Andreas VOßKUHLE (Hgg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (München <sup>2</sup>2012) 1067–1162.
- Rudolf SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, in: DERS. (Hg.), Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze (Berlin <sup>3</sup>1994, ND Berlin 2019) 119–276.
- DERS., Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 4 (1928) 44–74.

- Rupert STETTNER, Grundfragen einer Kompetenzlehre (= Schriften zum Öffentlichen Recht 44, Berlin 1983).
- Edgar TATARIN-TARNHEYDEN, Recht der Berufsverbände und Grundpflichten der Reichsverfassung, in: Hans Carl NIPPERDEY (Hg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. 3 (Berlin 1930) 519–596.
- Richard THOMA, Grundrechte und Polizeigewalt, in: Heinrich TRIEPEL (Hg.), Festschrift für das Preußische Oberverwaltungsgericht (1925) 183–223.
- DERS., Die juristische Bedeutung der Grundrechtssätze der Reichsverfassung, in: Hans Carl NIPPERDEY (Hg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. 1 (Berlin 1929) 1–53.
- DERS., Das Reich als Bundesstaat, in: DERS., Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte. ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten, hg. v. Horst DREIER (Tübingen 2008) 282–300.
- DERS., Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in: FS für Otto Mayer (Tübingen 1916) 165–222.
- DERS., Das Reich als Demokratie, in: ANSCHÜTZ, DERS., Handbuch I, 195–200.
- DERS., Grundbegriffe und Grundsätze, in: ANSCHÜTZ, DERS., Handbuch II, 108–159.
- DERS., Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: ANSCHÜTZ, DERS., Handbuch II, 221–236.
- Fabian WITTECK, Status und Rolle der Länder und ihrer Verfassungen. Traditionsanknüpfung, Landesverfassung, Demokratieerfahrungen, in: Horst DREIER, Christian WALDHOFF (Hgg.), Weimars Verfassung. Eine Bilanz nach 100 Jahren (Göttingen 2020) 87–118.
- Gerhard ZIMMER, Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche. Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre (= Schriften zum Öffentlichen Recht 365, Berlin 1979).

Stephan G. HINGHOFER-SZALKAY, Wien\*

# Die Entwicklung der Kompetenzverteilung 1920 bis 1929 in Gesetzgebung und Wissenschaft

## *The Distribution of Competences between Bund and Länder in the Austrian Constitution: Law and Legal Scholarship between 1920 and 1929*

*Key aspects of the Austrian system of federalism were not yet present in the Austrian Constitution of 1920 (the B-VG). Rather they were forged by the profound challenges of the First Republic (fiscal, ideological and social) between 1920 and 1929 and the resulting compromises that define Austrian federalism to this day. The legal distribution of competences between the Bund and the Länder in conjunction with a new model of judicial review allowed for conflicts to shift from the political to the legal arena, realizing a key aspect of Kelsenian legal thought. The dire state of public finances led to repeated constitutional compromises between the two major political parties, whose interests soon were at odds with their doctrinal stance on federalism: The centralist Social Democrats sought to safeguard the status of "Red" Vienna as an autonomous Land, while the federalist Christian Social Party found itself in control of the federal government. A constitutional reform in 1922 aimed at stabilizing the fiscal constitution. It would, however, be left to the major constitutional revision of 1925 to resolve most of questions on the future structure of federalism left open in 1920. 1929 would see one final major compromise before Austria's descent into authoritarianism and ultimately totalitarianism. While these reforms and their foundations and reflections in legal scholarship were unable to save the First Republic, they created a stable framework for democratic federalism's rebirth after 1945 and today's multi-level legal governance in the European legal area.*

**Keywords:** Austrian Constitutional Court – Austrian constitutional revision 1925 – Austrian constitutional revision of 1929 – federalism – fiscal constitution – unfinished federalism

## I. Einleitung

Das Jahr 1920 hinterließ eine unvollendete, föderale Verfassung für einen Staat, der unter gravierenden, strukturell bedingten Finanznöten litt. Die Entwicklung der Kompetenzverteilung zwischen 1920 und 1929 war von diesen beiden Einflüssen dominiert. Maßgeblich waren daneben parteipolitische Erwägungen, aber auch der verbreitete Wunsch nach einem Anschluss an die Weimarer Republik und deren Verfassung. Dennoch wurden in dieser Zeit viele Weichen für die bundesstaatliche Organisation nach 1945 gestellt. Prägend sollte sich diese Periode auch für das rechtswissenschaftliche Verständnis des

österreichischen Bundesstaates auswirken: Es verfestigte sich die Auffassung von drei Teilrechtsordnungen, als deren Klammer der Verfassungsgerichtshof (VfGH) fungiert.<sup>1</sup>

---

\* Der folgende Beitrag und darin vertretene Thesen sind ausschließlich dem rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresse des Autors zurechenbar und stehen in keinem Zusammenhang mit dessen Funktion als Leiter des Referats II/4/b im Bundeskanzleramt.

<sup>1</sup> Kelsens Abhandlung zur Bundesexekution aus 1927 verdeutlicht dabei, dass die hier diskutierten Verfassungsgesetze unter den drei Teilrechtsordnungen der Gesamtverfassung zuzurechnen sind. Diese umfasst notwendig die Aufteilung der Kompetenzen zwi-

Ziel des folgenden Beitrags ist keine umfassende Aufzählung, sondern ein systematisch-gewichteter Überblick über die bundesstaatliche Verfassungsrechtsentwicklung dieser wechselvollen Periode. Er gliedert sich in drei Teile: Erstens wird der Verfassungsentwicklung bis 1925 nachgegangen, welche von der Ausprägung der Finanzverfassung geprägt war. Zweitens wird die Vollendung der föderalen Bundesverfassung durch die Novelle 1925 aufgezeigt. Drittens schließlich werden die Änderungen der Kompetenzverteilung im Schatten des Verfassungsumbaus von 1929 dargestellt.

## II. Prekäre Finanzen, unvollendete Verfassung

### Der Weg zur Finanzverfassung 1920–1925

Seinem Titel nach hatte das B-VG von 1920 Österreich als Bundesstaat eingerichtet.<sup>2</sup> Damit war eine bundesstaatliche Organisation zwar vorgegeben,<sup>3</sup> deren konkrete Ausgestaltung jedoch unvollendet geblieben. So erging am selben Tag das Verfassungsgesetz betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung (V-ÜG).<sup>4</sup> § 42 des Gesetzes knüpfte die Wirksamkeit der Art. 10 bis 13 sowie 15 B-VG an die Erlassung weiterer Verfassungsgesetze. Diese hatten drei offengebliebene Kernfragen zu lösen: erstens die finanzielle Auseinandersetzung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, zweitens den jeweiligen Wirkungsbereich im Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesen und drittens die Organisation der allgemeinen staatlichen Verwaltung

in den Ländern.<sup>5</sup> Abs. 2 legte bis dahin eine provisorische Kompetenzverteilung fest und folgte dabei dem Grundsatz des status quo ante. Alle Angelegenheiten der Vollziehung, welche nicht der ehemaligen autonomen Verwaltung der Länder oblagen, sollten als Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung geführt werden. Ausgenommen waren Angelegenheiten im Wirkungsbereich der eigenen Bundesbehörden.<sup>6</sup> Besonderes galt für Niederösterreich.<sup>7</sup> Dessen besondere Stellung wurde in der Stammfassung des Art. 2 B-VG durch die Beifügung „Niederösterreich-Land und Wien“ deutlich.<sup>8</sup> Zugleich eröffnete Art. 114 der Stammfassung des B-VG die Möglichkeit einer Trennung durch übereinstimmende Landesgesetze. Diese ergingen bereits am 11. Februar 1921.<sup>9</sup> Wien sollte fortan in der Frage der Kompetenzverteilung herausragende parteipolitische Bedeutung zukommen. Seipel bezeichnete Föderalismus als „Abwehrmittel gegen das [...] ‚rote Wien.‘“ Dieses wolle sich seinerseits „nicht gern, sicher aber nicht ganz von einer Mehrheit vorwiegend kleinstädtischen und ländlichen Ursprungs“ beherrschen lassen.<sup>10</sup>

Das erste der drei Verfassungsgesetze zur Vollendung der Bundesverfassung war das Finanzverfassungsgesetz<sup>11</sup> vom 3. März 1922.<sup>12</sup> Es erging als unmittelbare Reaktion auf verfassungs-

schen Bund und Gliedstaaten. KELSEN, Bundesexekution 133.

<sup>2</sup> Gesetz vom 1. 10. 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundesverfassungsgesetz), BGBl. 1/1920.

<sup>3</sup> Vgl. zu den Hintergründen WIEDERIN, Diskussion 356.

<sup>4</sup> BGBl. 2/1920.

<sup>5</sup> § 42 Abs. 1 V-ÜG, BGBl. 2/1920; vgl. dazu auch KELSEN, Vollendung 308.

<sup>6</sup> § 42 Abs. 2 V-ÜG.

<sup>7</sup> § 42 Abs. 2 lit. C i.V.m. § 33 Abs. 5, V-ÜG.

<sup>8</sup> BGBl. 1/1920.

<sup>9</sup> KELSEN, Staatsrecht 166.

<sup>10</sup> Die Trennung von Wien und Niederösterreich erschien Seipel als Beispiel für die auf den ersten Anblick sonderbarsten Auswirkungen des österreichischen Föderalismus, welche sich aus diesem parteipolitischen Hintergrund erklärten, SEIPEL, Kampf 166f.

<sup>11</sup> Vgl. dazu ADAMOVICH, Reform 230.

<sup>12</sup> BVG vom 3. 3. 1922 über die Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Bund und den Ländern (Gemeinden) (Finanz-Verfassungsgesetz), BGBl. 124/1922.



politische Umstände, welche sich für die gesamte vorliegende Periode als symptomatisch erweisen sollten: Die schwierige finanzielle Situation von Bund, Ländern und Gemeinden beruhte nicht zuletzt auf der kostspieligen Komplexität des status quo. Reformen sollten dennoch im Geist des Föderalismus bewältigt werden.<sup>13</sup> Die Regierungsvorlage zeigte die prekäre Situation dramatisch auf: Sie verwies auf die vorläufige Ergänzung der Steuereinnahmen durch die Notpresse und die Hoffnung auf künftige ausländische Kredite. Das Finanzverfassungsgesetz von 1922 sollte einen Mittelweg zwischen zwei Modellen finden: Einerseits einer „reinlichen Scheidung der Abgaben“ mit jeweils ausschließlicher Kompetenz, andererseits paralleler, jeweils umfassender Abgabensysteme.<sup>14</sup> Insbesondere galt es, mit einem neuen System gemeinschaftlicher Abgaben die festen Dotationen der Länder und Gemeinden zu ersetzen.<sup>15</sup> Diese Dotationen wurden als Widerspruch zum Wesen des Bundesstaates empfunden, während gemeinschaftliche Abgaben in Bezeichnung und Konstruktion „ganz dem bundesstaatlichen Geiste“ entsprechen sollten.<sup>16</sup> Insgesamt enthielt das Finanz-Verfassungsgesetz vom 3. März 1922 nach Begründung der Bundesregierung „lediglich gewisse allgemeine Grundlinien einer Finanzverfassung.“<sup>17</sup> Ausschließliche Bundes- und Länder- bzw. Gemeindeabgaben mit korrespondierender Gesetzgebungskompetenz sowie geteilte Abgaben<sup>18</sup> ersetzten Art. 13 B-VG. Dieser hatte die Gesetzgebung und Vollziehung darüber, welche Abgaben dem Bund, den Ländern und den Gemeinden zustehen, zur Bundessache erklärt.<sup>19</sup>

Die Regierungsvorlage zum Finanz-Verfassungsgesetz hatte zudem eine Bestimmung vorgesehen,<sup>20</sup> welche hinsichtlich ihrer bundesstaatlichen Zielsetzung beachtlich ist: Bundesgesetze, welche nicht allein das finanzielle Interesse des Bundes berühren, bedurften demnach der Zustimmung des Bundesrates. Dessen Stellung sollte ausdrücklich nicht die einer zweiten Kammer sein, sondern einer Vertretung der Länder an Stelle der Landesgesetzgebung.<sup>21</sup> Umgekehrt sollte bei Verletzung von Bundesinteressen durch Landesgesetze ein Einspruch nicht länger nur suspensive Wirkung entfalten. Vielmehr sollte ein Beharrungsbeschluss der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Die Bundesregierung erläuterte dies damit, dass die bisherige Rechtslage im Abgabewesen „zu den schwersten Un-erträglichkeiten“ führen konnte.<sup>22</sup> Auch dies wich einem Kompromiss, der bis heute nachwirkt: Die Entscheidung wurde vom Bundesrat auf einen ständigen gemeinsamen Ausschuss von Bundes- und Nationalrat verlagert.<sup>23</sup> Die Bindung von Bundesgesetzen an die Zustimmung des Bundesrates in Finanzfragen scheiterte hingegen am Finanz- und Budgetausschuss.<sup>24</sup> Insgesamt ergibt sich aus föderalistischer Sicht ein gemischtes Bild: Die Berufung auf den föderalen Geist durch die Bundesverfassung steht in auffallendem Gegensatz zu Pernthalers späterer Einschätzung. Danach lag eine zentralistische Lösung vor, welche nie mehr rückgängig gemacht werden konnte und den Sinn einer föderalistischen Finanzordnung von vornherein verfehlt habe.<sup>25</sup>

Das Finanz-Verfassungsgesetz verwirklichte das erste der drei ausstehenden Verfassungsgesetze

<sup>13</sup> 487 Blg. NR 11.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> Zum System der Dotationen und dessen Ursprung PFAUNDLER, *Finanzausgleich* 66ff, 274ff.

<sup>16</sup> Ebd. 11f.

<sup>17</sup> Ebd. 9.

<sup>18</sup> §§ 1ff. Finanz-Verfassungsgesetz, BGBl. 124/1922.

<sup>19</sup> Art. 13 Abs. 1 B-VG, BGBl. 1/1920.

<sup>20</sup> 487 Blg. NR 3. GP 3.

<sup>21</sup> Ebd. 12f.

<sup>22</sup> Ebd. 5, 13

<sup>23</sup> § 7 Abs. 5 Finanz-Verfassungsgesetz, BGBl. 124/ 1922, vgl. dazu auch WITTSCHIEBEN, *Rechtsgrundlagen* 28.

<sup>24</sup> Vgl. RUPPE, *Finanzverfassung* 95.

<sup>25</sup> PERNTHALER, *Finanzverfassung* 112f.

zur Vollendung des Bundesstaates. Zugleich blieb ein Kompromiss in den anderen ausstehenden Bereichen unabsehbar. Adamovich sen. betonte insbesondere den schroffen, unüberbrückbaren Gegensatz der Parteien zur Schulverfassung.<sup>26</sup> Der Druck zu weiteren Reformen wurde durch die Genfer Protokolle vom 4. Oktober 1922 verstärkt. In Punkt 4 des dritten Protokolls stimmte Österreich der Ernennung eines Generalkommissärs durch den Völkerbundrat zu. Dieser sollte auf die Durchführung eines Reformprogramms bestehen, dieses überwachen und die Bundesregierung ermächtigen, über Anleiheanträge zu verfügen.<sup>27</sup> In den beiden Folgejahren ergingen Anpassungen des Finanz-Verfassungsgesetzes zu Amtstaxen und Gebühren der Länder<sup>28</sup> sowie zur Bundes- und Landesgesetzgebung.<sup>29</sup> Letzteres war das Ergebnis eines parteipolitischen Kompromisses angesichts einer christlichsozial geprägten Bundesregierung und einer sozialdemokratischen Wiener Landesregierung.<sup>30</sup>

Die Schritte zur republikanischen Finanzverfassung bestätigten die Grundkonzeption des B-VG: Konflikte sollten nicht durch Landesrecht brechendes Bundesrecht, finanzielle Abhängigkeit oder Bundesexekution beantwortet, sondern durch die Verfassungsgerichtsbarkeit des Gesamtstaates verrechtlicht werden. Dies erklärt, warum die politische Idee des Bundesstaates nach Kelsen „überhaupt erst mit der Institution des Verfassungsgerichts vollendet“ werde.<sup>31</sup> Die

spezielle Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH nach § 14 Abs. 1 des Finanz-Verfassungsgesetzes 1922 auf Antrag des Bundes bzw. eines Landes ist Ausdruck dieses Gedankens.<sup>32</sup> Damit zeigt sich die Bestandskraft des Konzepts bundesstaatlicher Staatsorganisation, die der Verfassungsausschuss 1920 zum Ausdruck gebracht hatte: VfGH und VwGH waren demnach die „Klammern [...], welche die dualistische Konstruktion von Bund und Ländern zu einer höheren Einheit zusammenfügen“ und das „nur zu leicht beziehungslose und anarchische Nebeneinanderfunktionieren [...] zu einem harmonischen Ganzen verbinden.“<sup>33</sup> Kelsen sollte dies 1927 zur Bundesexekution wie folgt systematisieren: „Die Untersuchung zwischen den Normkreisen ergibt, dass zwischen dem ‚Bund‘ bzw. dem sog. ‚Oberstaat‘ und den Einzel- oder Gliedstaaten keinerlei Über- und Unterordnungs[...]Verhältnis, sondern im Gegenteil ein Verhältnis der Koordination besteht.“<sup>34</sup> Auch Wittmayer schrieb im selben Jahr vom paritätischen Verhältnis von Bund und Ländern, welches auf der gegenseitigen und ebenbürtigen Überwachung von Gesetzen und Verordnungen beruhe.<sup>35</sup> Was heute selbstverständlich erscheinen mag, ist im europäischen Verfassungskontext bemerkenswert: Das österreichische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit war darin die Ausnahme, keineswegs die Regel.<sup>36</sup>

Aus der von Kelsen entwickelten Systematik wird deutlich, dass es sich beim Finanz-Verfassungsgesetz wie auch bei den anderen hier thematisierten Verfassungsgesetzen um solche der Gesamtverfassung handelt. Diese umfasse

<sup>26</sup> ADAMOVICH, Bundesverfassung 230.

<sup>27</sup> Genfer Protokolle vom 4. 10. 1922 (ausgegeben am 3. 12. 1922), BGBl. 842/1922.

<sup>28</sup> BGBl. 313/1923, mit welchem § 3 lit. c letzter Satz aufgehoben und Amtstaxen und Gebühren der Länder neu geregelt wurden. Zur Finanz-Verfassungsnovelle 1923 näher PFAUNDLER, Finanzausgleich 124f.

<sup>29</sup> Zweite Finanz-Verfassungsnovelle, BGBl. 184/1924. Vgl. dazu näher PFAUNDLER, Finanzausgleich 127ff.

<sup>30</sup> Vgl. dazu näher BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 372f.

<sup>31</sup> KELSEN, Wesen und Entwicklung 1526f.

<sup>32</sup> §§ 1ff. BGBl. 124/1922.

<sup>33</sup> Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf eines Gesetzes, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), 991 BlgKNV 6.

<sup>34</sup> KELSEN, Bundesexekution 131.

<sup>35</sup> WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 464.

<sup>36</sup> Vgl. dazu BOGDANDY, GRABENWARTER, HUBER, Handbuch.

notwendig die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Gliedstaaten.<sup>37</sup> Merkl hatte bereits 1921 die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung auf „die beiden bundesstaatlichen Gesetzgebungsapparate“ als grundlegendes Problem der Theorie des Bundesstaates hervorgehoben, an welcher die herrschende Bundesstaatstheorie „beinahe achtlos“ vorübergegangen sei.<sup>38</sup> Neben der Festigung dieser rechtswissenschaftlichen Perspektive und Fortschritten hinsichtlich der Finanzverfassung war die Gesamtverfassung jedoch unvollendet geblieben.

### III. Vollendung der Bundesverfassung: Die Reform von 1925

Im Jahr 1924 trat die Unzulänglichkeit der bisherigen Reformen zunehmend offen in Erscheinung. Die Suspension der Kompetenzbestimmungen des B-VG, nach Kelsen „ursprünglich als ein höchstens ein paar Monate dauerndes Provisorium gedacht“,<sup>39</sup> dauerte an. Die Implikationen wurden durch ein Erkenntnis des VfGH vom 27. Juni 1924 offen gelegt: Weite Teile der VII. Novelle des Krankenversicherungsgesetzes wurden wegen Verstoß gegen § 11 des Staatsgrundgesetzes über die Reichsvertretung aufgehoben.<sup>40</sup> Damit war die eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz des Bundes bloßgestellt. Die Implikationen für ein einheitliches Gesund-

heitssystem alarmierten die sozialdemokratische Opposition.<sup>41</sup> Kelsen sollte dazu feststellen, dass der Fortbestand der Kompetenzbestimmungen aus dem Verfassungssystem von 1867 in der neuen Staatsorganisation „immer unerträglicher“ geworden war.<sup>42</sup> Adamovich sen. betonte, dass 60 Jahre alte Kompetenzbestimmungen der Dezemberverfassung zu außerordentlich wichtigen Erscheinungen des kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens überhaupt keine Stellung hatten nehmen können. Er hob dabei das Elektrizitätswesen und die Sozialversicherung hervor.<sup>43</sup> Auch die finanzielle Situation blieb eine offene Flanke: Am 12. September 1924 erfolgte der gemeinsame Bericht des Finanzkomitees und des Generalkommissärs. „Die finanzielle Stabilisierung Österreichs“ war demnach „erst dann als dauernd anzusehen [...], wenn die finanziellen Beziehungen des Bundes zu den Ländern und Gemeinden den Gegenstand einer ausgiebigen Reform gebildet“<sup>44</sup> hätten. Die resultierende Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und dem Völkerbundrat umfasste die „Verschmelzung des Apparates der Bundesverwaltung mit der ehemals autonomen Verwaltung bei den Landesregierungen.“<sup>45</sup> Diese Vereinbarung bestimmte das Regierungsprogramm: Die Doppelgleisigkeit der Verwaltung war vor dem 1. Juli 1925 zu beseitigen und die Finanzverfassung zu reformieren, um eine einheitliche Finanzpolitik zu ermöglichen. Hierzu kam das Inkraftsetzen der Kompetenzbestimmungen des B-VG.<sup>46</sup> In diesem Reformwerk machte sich auch die Deutschnationale Partei bemerkbar: Die Übertragung der Behörden der staatlichen Verwaltung in den Ländern und ihrer Bediensteten wurde durch die Clessin'sche Formel als Koali-

<sup>37</sup> KELSEN, Bundesexekution 133.

<sup>38</sup> MERKL, Problem 338. Er wies darauf hin, dass im System von Bundes- und Landesgesetzen ohne hierarchische Über- oder Unterordnung der VfGH nicht in allen Fällen durch Gesetzesaufhebung auf Konflikte von Bundes- und Landesgesetzen reagieren könne: Dies sei effektiv nur hinsichtlich im Fall ausschließlicher, nicht aber konkurrierender Gesetzgebung möglich, welche jedoch nicht gänzlich ausgeräumt sei, ebd. 356ff.

<sup>39</sup> KELSEN, Bundesverfassung 308f.

<sup>40</sup> VfSlg 328/1924; vgl. Zur Bedeutung dieses Erkenntnisses ADAMOVICH, Reform 231.

<sup>41</sup> BERCHTOLD, Verfassungsreform 526f.

<sup>42</sup> KELSEN, Vollendung 309.

<sup>43</sup> ADAMOVICH, Reform 230.

<sup>44</sup> BERCHTOLD, Verfassungsreform 5.

<sup>45</sup> Ebd. 87ff.

<sup>46</sup> Ebd. 10.

tionsbedingung ausgeschlossen.<sup>47</sup> Dies führte zu einer Regierungskrise, der ein Kompromiss folgte: Die Bezirkshauptmannschaften und ehemaligen Statthaltereien sollten zu Landesbehörden, die dort tätigen Bundesbeamten jedoch nicht zu Landesbeamten werden.<sup>48</sup> Dieser politische Kompromiss erschien Kelsen aus bundesstaats-theoretischer Perspektive widersinnig. Die „Veränderung“ der Beamten sei notwendig und „nur die natürliche Konsequenz der Umgestaltung Österreichs in einen Bundesstaat“.<sup>49</sup> Allerdings waren Bundesbeamte in dieser Funktion mit den Worten Wittmayers „zum Aussterben bestimmt“.<sup>50</sup> Sie waren also ein lediglich vorübergehend systemwidriger Kompromiss und kein systemprägendes Strukturmerkmal.<sup>51</sup>

Im Kontext des Ausbaus der mittelbaren Bundesverwaltung wurde auch die Weisung von Bundesorganen an den Landeshauptmann einer Neuregelung unterworfen.<sup>52</sup> Dieses Modell ist mit der Verrechtlichung von Konflikten im Bundesstaat und der besonderen Rolle des VfGH untrennbar verbunden: Befolgt ein Landeshauptmann die rechtmäßige Weisung eines zuständigen Bundesorgans nicht, droht eine Anklage vor dem VfGH<sup>53</sup> als Staatsgerichtshof,<sup>54</sup> an deren Ende die Absetzung stehen kann.<sup>55</sup> Zugleich fixierte die Reform in Art. 20 B-VG die Grenzen der Weisungsbefolgungspflicht für

nachgeordnete Organe.<sup>56</sup> Wie Kelsen 1926 hervorhob, wurde somit eine bedeutende Frage für das Verhältnis von Bundes- und Landesbehörden in der mittelbaren Bundesverwaltung gelöst.<sup>57</sup> Wenn dies heute selbstverständlich erscheint, dann unterstreicht dies den durchschlagenden Erfolg eines Bundesstaatsmodells, welches auf Recht und nicht auf Macht abstellt. Dieser Verrechtlichung diene auch der neue Art. 138 Abs. 2 B-VG. Der VfGH sollte künftig auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung feststellen, ob ein Akt der Gesetzgebung oder der Vollziehung in Bundes- oder Landeskompetenz fällt.<sup>58</sup> Damit wurde auf ein Problem der Aufteilung staatlicher Funktionen reagiert, welches für den Bundesstaat charakteristisch ist: Diese Aufteilung traf auf Zuständigkeitsfragen, die nicht mit eindeutiger Bestimmtheit beantwortet werden konnten. Die präventive Befassung des VfGH sollte einem solchen „Keim zu schweren Konflikten“ durch authentische Interpretation der Kompetenzbestimmungen<sup>59</sup> den Nährboden entziehen.

Eine weitere Klammer des Bundesstaates entstand durch die Umgestaltung des Rechnungshofes zum gemeinsamen Kontrollorgan von Bund und Ländern.<sup>60</sup> Kelsen stellte dabei fest, dass dies 1920 nicht und letztlich nur auf Druck des Generalkommissärs verwirklicht werden konnte.<sup>61</sup> Auch Adamovich sen. vermerkte, dass die Kontrolle der Gebarung der Länder durch

<sup>47</sup> Ebd. 38f.

<sup>48</sup> Ebd. 48ff.

<sup>49</sup> KELSEN, Vollendung 313.

<sup>50</sup> WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 461.

<sup>51</sup> Zum Eigentum an Einrichtungsgegenständen und Büromaterial „verlängerter“ Behörden sowie an Liegenschaften näher SCHENNACH, Bundesschatz 114f.

<sup>52</sup> Art. 103 B-VG i.d.F. Art. I § 11 Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 268/1925.

<sup>53</sup> Vgl. dazu den durch Art. I § 36 Z. 2 Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 268/1925, ersetzten Wortlaut des Art. 142 Abs. 2 lit. c B-VG zur Staatsgerichtsbarkeit im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung.

<sup>54</sup> Vgl. KELSEN, Vollendung 319.

<sup>55</sup> Ebd. 312.

<sup>56</sup> Art. 20 Abs. 1 wurde wie folgt ergänzt: „Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.“ Art. I § 11 Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 268/1925.

<sup>57</sup> KELSEN, Vollendung 313.

<sup>58</sup> Art. I § 33 Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 268/1925.

<sup>59</sup> ADAMOVICH, Reform 234f.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 127 B-VG i.d.F. Art. I § 30 Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 268/1925.

<sup>61</sup> KELSEN, Vollendung 314f.

den Rechnungshof im Sinne einer wiederholten Forderung der Völkerbundkontrolle erfolgte.<sup>62</sup> Er sah darin jedoch eine Kontrolleinrichtung, die „zweifellos einen wesentlichen Fortschritt im Sinn einer objektiven Finanzkontrolle“ darstelle und im Interesse der Länder selbst gelegen sei.<sup>63</sup> Für Kelsen lag jedoch zugleich eine wesentliche Verschärfung des zentralistischen Charakters der Verfassung vor.<sup>64</sup>

Vor allem aber fand die Suspension von Kompetenzbestimmungen des B-VG mit der Verfassungsreform ihr Ende: § 42 Abs. 1 V-ÜG erhielt eine neue Fassung. Diese trennte die Wirksamkeit der Kompetenzbestimmungen vom „Junktum“<sup>65</sup> des Inkrafttretens der drei weiteren Verfassungsgesetze.<sup>66</sup> In Kelsens Augen bedeutete dies eine „ganz außerordentliche Verschiebung zugunsten des Zentralismus“.<sup>67</sup> Zudem erfolgte eine Modifikation dieser Bestimmungen, welche Adamovich sen. als „erfreulicherweise im Grunde zentralistisch gehalten“ betrachtete.<sup>68</sup>

Insgesamt waren die Bundesverfassungsgesetze vom 30. Juli 1925 von Kompromissen geprägt, was auch auf die Dritte Finanzverfassungsnovelle zutraf.<sup>69</sup> Die Länder akzeptierten die Verfassungsreform zwar als notwendig, insbesondere aus außenpolitischen Gründen, dies bedeu-

tete jedoch nicht, dass sie diese begrüßten.<sup>70</sup> Welches Zwischenresümee kann für den Bundesstaat gezogen werden? Kelsen stellte in der Verfassungsreform technische Verbesserungen des B-VG fest. Aus bundesstaatlicher Sicht beurteilte er die Änderungen der Kompetenzbestimmungen als „durchwegs i[m] zentralistischen Sinne“.<sup>71</sup> Überhaupt sei die Struktur der österreichischen Bundesverfassung nunmehr in „einem weit höheren Maße als irgendeine andere Bundesstaatsverfassung [...] radikal zentralistisch.“<sup>72</sup> Wittschieben zog 1926 den Schluss, dass Länder und Gemeinden in der Finanzverfassung genauso vom Staat abhängig geblieben seien, wie in der Monarchie.<sup>73</sup> Gänzlich einhellig war das Urteil jedoch nicht. So stellte Wittmayer 1927 in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft die These auf, die Genfer Abmachungen seien sehr geschickt verwendet worden, um in der Verfassungsreform 1925 föderalistische Rechtsforderungen durchzusetzen.<sup>74</sup> Auch Scheuner kam zu einem gemischten Ergebnis und verwies auf die „Verlängerung“ der Bundesverwaltung als weiteren Schritt auf dem Weg des Föderalismus.<sup>75</sup> Die Zweifel an Struktur und Kosten der föderalen Struktur waren jedoch durch die Reform von 1925 nicht genommen. Eine Festrede Seipels im Großen Festsaal der Universität Wien am 10. November 1928 führt dies klar vor Augen: Der Bundesstaat sei Gegenstand scharfer Kritik, zu kostspielig für ein Land dieser Größe, die Verwaltung zu kompliziert und erschwere den Anschluss. Auch sei ein ausreichender Finanzausgleich noch nicht gefunden, man müsse sich diesem in schwierigen Novellierungen allmählich nähern. Zudem würde noch um die Verteilung der Kompetenzen von

<sup>62</sup> ADAMOVICH, Reform 262.

<sup>63</sup> Ebd. 264.

<sup>64</sup> KELSEN, Vollendung 315.

<sup>65</sup> ADAMOVICH, Reform 231.

<sup>66</sup> Art. I, § 9 BVG vom 30. 7. 1925, womit einige Bestimmungen des Verfassungsgesetzes vom 1. 10. 1920, BGBl. Nr. 2, betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung (Übergangsgesetz), abgeändert werden (Übergangsnovelle), BGBl. 269/ 1925.

<sup>67</sup> KELSEN, Vollendung 304.

<sup>68</sup> ADAMOVICH, Reform 233.

<sup>69</sup> BVG vom 30. 7. 1925, womit das BVG vom 3. 3. 1922, BGBl. Nr. 124, über die Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Bund und den Ländern (Gemeinden) (Finanz-Verfassungsgesetz) abgeändert wird (Dritte Finanz-Verfassungsnovelle), BGBl. 270/1925.

<sup>70</sup> Vgl. dazu mit näheren Ausführungen BERCHTOLD, Verfassungsreform 71ff.

<sup>71</sup> KELSEN, Vollendung 309.

<sup>72</sup> Ebd. 319.

<sup>73</sup> WITTSCHIEBEN, Rechtsgrundlagen 37.

<sup>74</sup> WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 461.

<sup>75</sup> SCHEUNER, Reform 228.

Bund und Land gerungen.<sup>76</sup> Wie sehr der Anschlussgedanke – freilich an ein föderales, demokratisches Deutschland<sup>77</sup> – den Diskurs prägte, zeigt erneut Kelsen.<sup>78</sup> In seiner „Vollendung der österreichischen Bundesverfassung“ aus 1926 begrüßte er die zentralistischen Tendenzen daher „mit Genugtuung“, weil sie die „technische Durchführung“ jener Idee erleichtere, für die Österreich „allein noch zu leben fähig“ sei, der Vereinigung mit dem Deutschen Reich.<sup>79</sup> Warum dies beständig Druck auf die Entwicklung des österreichischen Bundesstaates ausübte, brachte Kelsens staatsrechtliche Analyse des Anschlusses auf den Punkt: ein „Bundesstaat im Bundesstaat“ bedeute „organisationstechnisch eine heillose Komplikation.“<sup>80</sup>

Die Verfassung war durch die Verfassungsreform 1925 weitgehend vollendet worden. Die bundesstaatliche Struktur blieb jedoch verfassungspolitisch ebenso in Frage gestellt wie die eigenständige Existenz des Staates.<sup>81</sup> Hinzu trat in den späten 1920er Jahren mit den Worten Schuschniggs eine „europäische Welle der Kritik

am Parlamentarismus“.<sup>82</sup> Dies stellte den gerade weitgehend vollendeten Verfassungsbau grundlegend in Frage. Dabei blieb auch der Aufbau des Bundesstaates nicht unberührt.

## IV. Kompetenzverteilung im Schatten des Staatsumbaus

### Die Novelle 1929

Die Zweite Bundes-Verfassungsnovelle von 1929 war von der Umgestaltung der Kompetenzen des Bundespräsidenten nach Weimarer Vorbild, dem Notverordnungsrecht und der Depolitisierung – in Merkl's Worten „Umpolitisierung“<sup>83</sup> – des VfGH dominiert.<sup>84</sup> Scheuner betonte aus deutscher Perspektive, wie sich die Stoßrichtung im Vergleich zu 1925 geändert hatte: Ziel war nicht mehr der Ausbau der Verfassung, sondern eine neue Ausrichtung des politischen Gesamtsystems.<sup>85</sup> Kelsen verortete den Ursprung der Reformvorschläge nicht in der bürgerlichen Mehrheit, sondern im Druck der Heimwehrbewegung.<sup>86</sup> Die Fundamente eines demokratisch-rechtsstaatlichen Bundesstaates zeigten somit bereits Risse.<sup>87</sup> Neben diesen grundlegenden Fragen der Staatsorganisation griff die Novelle erheblich in die bisherige föderale Struktur ein. Mit Blick auf den Regie-

<sup>76</sup> SEIPEL, Das Grundsätzliche 158f.

<sup>77</sup> Vgl. Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919, RGBl. 1919, 1383ff. Ein markanter Gegensatz zum österreichischen Modell des Bundesstaats ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1, wonach Reichsrecht Landrecht bricht.

<sup>78</sup> Für einen Überblick des Verhältnisses von Bundesstaat und Anschlussgedanken bei Kelsen siehe OLECHOWSKI, Hans Kelsen 363ff.

<sup>79</sup> KELSEN, Vollendung 319.

<sup>80</sup> DERS., Durchführung 3. Radikal waren auch die Lösungsansätze: Verwandlung Österreichs in einen Einheitsstaat zum Zweck des Anschlusses oder Aufnahme der einzelnen Bundesländer, wobei Letzteres für nicht wünschenswert, ja unmöglich gehalten wurde, siehe ebd. 6.

<sup>81</sup> KELSEN, Verfassungsreform 445 vermerkte im Vorfeld der Verfassungsreform 1929, „dass Österreich während seines elfjährigen Bestandes schon fünf Verfassungsreformen durchgemacht“ habe und vor einer sechsten stehe. Er folgerte daraus, dass „wenn es eines Beweises bedürfte, dass der unselige Vertrag von St. Germain kein lebensfähiges Gebilde geschaffen“ habe, „die Tatsache allein müsste ihn erbringen“.

<sup>82</sup> SCHUSCHNIGG, Bundesverfassung 12.

<sup>83</sup> MERKL, Verfassungsgerichtshof 510, der sich dabei auf das „ehrliche Geständnis eines maßgebenden Politikers“ berief.

<sup>84</sup> Für eine detaillierte Übersicht siehe HASIBA, Die Zweite Bundes-Verfassungsnovelle.

<sup>85</sup> SCHEUNER, Reform 226.

<sup>86</sup> KELSEN, Verfassungsreform 99; vgl. dazu auch SCHEUNER, Reform 226, wonach die Heimwehrbewegung zu einer tiefgreifenderen Verschiebung des Kräfteverhältnisses geführt hatte, welches das frühere Gleichgewicht von Christlichsozialen und Sozialdemokraten ersetzte.

<sup>87</sup> Vgl. dazu die Andeutung eines europäischen Paradigmenwechsels zur Frage der Demokratie durch Schmitz, 102. Sitzung StProtNR III. GP 2892.

rungsentwurf sprach Renner von „unerhörte[n] Einbrüche[n] in die Kompetenzen der Länder“.<sup>88</sup> Selbst der erweiterte Vorstand des Christlichsozialen Volksverbands kritisierte den scharf zentralistischen Charakter des Entwurfs.<sup>89</sup> Kelsen stellte sogar in Frage, ob Österreich im Fall von dessen Verwirklichung noch als Bundesstaat bezeichnet werden könne.<sup>90</sup> Auch Voegelin kam zum Schluss, dass die Kompetenzverschiebung den Bundesstaat soweit aufhebe, „dass nur mehr das organisatorische Gerüst ohne viel Gehalt übrigbleib[e]“.<sup>91</sup> Angesichts eines solchen Zentralisierungsgrads sah Kelsen in der „Beseitigung der ganzen bundesstaatlichen Konstruktion die einzig logische und auch rechtstechnisch allein verantwortbare Konsequenz“.<sup>92</sup> Welche zentralen Elemente prägten diese Verschiebung?

Die für Voegelin wichtigste Änderung<sup>93</sup> betraf das Verwaltungsstrafrecht. Nach Kelsen erfolgte hier die „vielleicht bedeutsamste Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes“.<sup>94</sup> Die Vorlage der Bundesregierung sah die Einrichtung unabhängiger, zum Teil vom Bund bestellter, Verwaltungsstrafsenate vor. Diesen sollte die Rechtsprechung oberster Instanz in Verwaltungsstrafsachen der mittelbaren Bundesverwaltung sowie der selbstständigen Landesverwaltung übertragen werden.<sup>95</sup> Kelsen begrüßte diese Reform im Interesse der Entpolitisierung der Verwaltungsstrafrechtspflege, doch würde ein „gewaltiges Stück aus der Kompetenz der Län-

der herausgebrochen“.<sup>96</sup> Wie Voegelin betonte, wurde die zentralistische Tendenz letztlich gemildert: Der Vorsitz des Senats wurde dem Vorstand jener Behörde übertragen, für die dieser gebildet wurde – im Fall von Wien dem Bürgermeister oder dessen Vertreter.<sup>97</sup>

Für Seipel war die Stellung von Wien das Kernanliegen der Bundesregierung.<sup>98</sup> Deren Vorlage bemängelte den „eigenartigen“ Charakter der Bundeshauptstadt und hob deren Bedeutung für den gesamten Bundesstaat hervor. „Die einseitige Berücksichtigung lokaler Interessen gerade in Wien“ sei für die anderen Teile der Republik mit schweren Nachteilen verbunden.<sup>99</sup> Die Trennung Wiens und Niederösterreichs – von beiden Seiten gewünscht – sollte Seipel zufolge aufrechterhalten werden. Hingegen sollte die Doppelstellung als Gemeinde und Land durch eine andere, „natürlichere“ Konstruktion ersetzt werden.<sup>100</sup> Die Vorlage der Bundesregierung nahm der Stadt Wien ihre Stellung als Bundesland und machte sie bundesunmittelbar.<sup>101</sup> Damit war auch der Verlust des Antragsrechts auf verfassungsgerichtliche Überprüfung von Bundesgesetzen verbunden.<sup>102</sup> Die tragende Säule der Verrechtlichung von Konflikten im österreichischen System bundesstaatlicher Organisation wäre somit entfallen. Métall bewertete es als „rechtlich bedenklich und mehr als ein[en] Schönheitsfehler,“ dass dem bevölkerungsreichsten Land ein Recht genommen werden

<sup>88</sup> 102. Sitzung StProtNR III. GP 2886.

<sup>89</sup> HASIBA, Zweite Bundes-Verfassungsnovelle 104.

<sup>90</sup> KELSEN, Verfassungsreform 446.

<sup>91</sup> VOEGELIN, Verfassungsreform 596.

<sup>92</sup> KELSEN, Verfassungsreform 446.

<sup>93</sup> VOEGELIN, Verfassungsreform 594.

<sup>94</sup> KELSEN, Verfassungsreform 446, vgl. auch DERS., Verfassung 132f.

<sup>95</sup> Vgl. dazu Art. 11 Abs. 5 B-VG i.d.F. der Vorlage der Bundesregierung 382 Blg. III. GP, Art. I § 6 Z 3, BVG vom [...], betreffend einige Abänderungen des B-VG vom 1. 10. 1920 i.d.F. des BGBl. Nr. 367 von 1925 (Zweite Bundes-Verfassungsnovelle).

<sup>96</sup> KELSEN, Verfassungsreform 446.

<sup>97</sup> VOEGELIN, Verfassungsreform 606.

<sup>98</sup> SEIPEL, Verfassungsreform 231.

<sup>99</sup> Erläuternde Bemerkungen zur Vorlage der Bundesregierung 382 BlgNR III. GP, 18.

<sup>100</sup> SEIPEL, Verfassungsreform 231.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 B-VG nach Art. I § 1 des vorgeschlagenen BVG, 382 BlgNR III. GP, 1.

<sup>102</sup> Vgl. Vorlage der Bundesregierung 382 BlgNR III. GP, beachte insbesondere Art. 112 B-VG i.d.F. § 59 BVG [...] betreffend einige Abänderungen des Bundes-Verfassungsgesetzes vom 1. 10. 1920 i.d.F. des BGBl. Nr. 367 von 1925 (Zweite Bundes-Verfassungsnovelle) sowie VOEGELIN, Verfassungsreform 595.

sollte, welches dem bevölkerungsschwächsten „unbedenklich eingeräumt“ sei.<sup>103</sup> Für Renner stand mit der Stellung Wiens die Zukunft des Föderalismus auf dem Spiel: „wenn Wien fällt, dann fallen die Länder nach!“<sup>104</sup> Immerhin sollte Wien weiterhin eine Gesetzgebungskompetenz zukommen, welche den Bundesländern entsprach.<sup>105</sup> Für Kelsen stellte dies dennoch hinsichtlich Wiens die Herstellung des Einheitsstaates dar. Die bundesstaatliche Struktur Österreichs mache sich „wesentlich nur in der Sphäre der Verwaltung geltend“.<sup>106</sup> Gerade auf die Verwaltungsstruktur zielte aber die Vorlage der Bundesregierung ab. Zentraler Kritikpunkt war das Zusammenfallen verschiedener Verwaltungsebenen in Wien mit Blick auf den Instanzenzug.<sup>107</sup> Auffallend zukunftsweisend war der Gegenvorschlag Kelsens zur Lösung dieses Problems: die Einrichtung einer Kollegialbehörde mit Garantien richterlicher Unabhängigkeit, welche als Landesverwaltungsgericht auch an die Stelle der vorgeschlagenen Verwaltungsstrafsenate treten sollte.<sup>108</sup> Wien blieb letztlich Bundesland,<sup>109</sup> für das jedoch besondere verfassungsrechtliche Bestimmungen gelten sollten.<sup>110</sup>

<sup>103</sup> MÉTALL, Verfassungsreform 426. Anmerkung „groß“ und „klein“ bezog sich sichtlich auf die Bevölkerung, weshalb im Haupttext eine entsprechende Anpassung erfolgte.

<sup>104</sup> 102. Sitzung StProtNR III. GP, 2885.

<sup>105</sup> Vgl. Art. 109 B-VG nach Art. I § 59 des vorgeschlagenen BVGes, 382 BlgNR III. GP, 9.

<sup>106</sup> KELSEN, Verfassungsreform 452.

<sup>107</sup> Vgl. Bundeskanzler Schober zu den Regierungsvorlagen, 101. Sitzung StProtNR III. GP, 2872.

<sup>108</sup> KELSEN, Verfassungsreform 454.

<sup>109</sup> BVG vom 7. 12. 1929, betreffend einige Abänderungen des B-VG vom 1. 10. 1920 i.d.F. des BGBl. Nr. 367 von 1925 (Zweite Bundes-Verfassungsnovelle), BGBl. 392/1929 nahm entgegen der Regierungsvorlage an Art. 2 und 3 B-VG keine Änderung vor.

<sup>110</sup> Systematisch fanden für die Regelung der besonderen Stellung Wiens jene Artikel des B-VG Verwendung, welche 1920 das Verhältnis von Wien und Niederösterreich-Land bestimmt hatten, vgl. hierzu mit

Hervorzuheben ist die mittelbare Bundesverwaltung: Entgegen den anderen Bundesländern wurde hier ein Instanzenzug an den zuständigen Bundesminister verankert. Damit übernahm die Novelle ein zentrales staatsorganisatorisches Anliegen der Regierungsvorlage<sup>111</sup> in modifizierter Form. Das Ergebnis erschien auch Kelsen durchaus vernünftig.<sup>112</sup>

Ein weiterer Eckpunkt der Novelle war die Übertragung der „gesamten sogenannten Polizeimaterien,“ welche für Schuschnigg der politische Kern der Kompetenzverschiebung war.<sup>113</sup> Die Vorlage der Bundesregierung begründete diese Verschiebung mit der „bisher unzumutbare[n] Zerreiße[n]“ in den Kompetenzbestimmungen. Dies hätte neben „zahlreiche[n] Unklarheiten“ zu „fortwährend vor den Gerichten des öffentlichen Rechts auszutragende[n] Konflikte[n]“ geführt.<sup>114</sup> Scheuner bestätigte diese Probleme aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, führte die Reform jedoch auf die „Eigenart des österreichischen Föderalismus“ zurück, „zu maßgebendem Teile von parteipolitischen Strömungen beeinflusst zu sein“.<sup>115</sup> Seipel ließ am eindeutig parteipolitischen Hintergrund dieses „Kampf[es] um die Kompetenz über die Wiener Polizei“ keinerlei Zweifel.<sup>116</sup> Dies erklärt auch die auffallende Divergenz zwischen den Bundesländern und Wien im Regierungsentwurf, wonach die Bundespolizeibehörden hier den Landeshauptleuten, dort aber unmittelbar der Bundesregierung unterstellt werden sollten.<sup>117</sup> Zudem sollte „alles, was mit der Auf-

einer Kurzdarstellung der Änderungen LANGHOFF, Bundesverfassungsnovelle 12ff.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 110 B-VG nach Art. I § 59 des vorgeschlagenen BVG, 382 BlgNR III. GP, 9.

<sup>112</sup> KELSEN, Verfassung 149.

<sup>113</sup> SCHUSCHNIGG, Bundesverfassung 19.

<sup>114</sup> Erläuternde Bemerkungen zur Vorlage der Bundesregierung 382 BlgNR III. GP, 16.

<sup>115</sup> SCHEUNER, Reform 229.

<sup>116</sup> SEIPEL, Das Grundsätzliche 167.

<sup>117</sup> Vgl. KELSEN, Verfassungsreform 453.



rechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, ausgenommen die örtliche Sicherheitspolizei, zusammenhängt“,<sup>118</sup> in die ausschließliche Bundeskompetenz übergehen. Im örtlichen Wirkungskreis einer Bundespolizeibehörde, der eine Bundessicherheitswache beigegeben war, durfte fortan von einer anderen Gebietskörperschaft ein Wachkörper nicht aufgestellt und unterhalten werden.<sup>119</sup> Auch dies richtete sich nach Kelsen gegen Wien, welches eine Gemeindefache aufgestellt hatte.<sup>120</sup> Merkl bemerkte, dass zur Auflösung der bestehenden Wachkörper effektiv ein neuer Kompetenztypus geschaffen wurde: Die Vollziehung eines Bundesgesetzes, dessen Vollziehung gemeinsame Aufgabe von Bund und Land war.<sup>121</sup> Insgesamt war somit durch die „Monopolisierung fast des gesamten Polizeiwesens beim Bunde“ nebst Militär und Gerichtsbarkeit für Kelsen ein „Grad an Zentralisation“ erreicht, welcher „mit dem Typus des Bundesstaates kaum mehr vereinbar“ sei.<sup>122</sup> Dennoch war gerade in diesem Punkt die Opposition der Bundesregierung besonders entgegengekommen – für Merkl ein strategisch „dargebrachtes Macht- und Prestigeopfer“.<sup>123</sup>

Auch die Vertretungskörper der Bundesländer auf Länder- und Bundesebene wurden neu geregelt. Einerseits wurden die Mitglieder der Landtage beschränkt,<sup>124</sup> andererseits der Bundesrat in einen „Länder- und Ständerat“<sup>125</sup> umgewandelt. Letzteres zielte nicht primär auf Wien ab, es sollte vielmehr das berufsständische Prinzip in der Verfassung verankert werden,

welches zeitweise gar als wichtigste Forderung der Verfassungsreformer erschien.<sup>126</sup> Die Umsetzung setzte jedoch ein weiteres Bundesverfassungsgesetz voraus.<sup>127</sup> Kelsen betrachtete Änderungen in der erfolgten Form somit für „rechtlich bedeutungslos“.<sup>128</sup> Aus bundesstaatlicher Perspektive ist dennoch beachtlich, dass die Vertreter der Berufsstände das Bundesvolk repräsentieren sollten.<sup>129</sup> Ein anderer Vorschlag hätte sich deutlich zuungunsten Wiens ausgewirkt. Demnach wäre jedes Land ungeachtet seiner Bevölkerungszahl in der Ländervertretung gleich vertreten gewesen.<sup>130</sup> Dies drang jedoch als „Abkehr vom Prinzip der organischen Demokratie und von der Rechtsangleichung an das Deutsche Reich“<sup>131</sup> (Merkl) nicht durch. Renner hatte in seiner Wortmeldung zur ersten Lesung der Regierungsvorlagen betont, dass sich dieser Vorschlag effektiv gegen seine Partei richtete.<sup>132</sup> Neben verschiedenen sonstigen Änderungen der Kompetenzverteilung erfolgte durch die Novelle<sup>133</sup> im Schulrecht eine „sehr erhebliche Zentralisation“ (Kelsen).<sup>134</sup>

<sup>118</sup> SCHUSCHNIGG, Bundesverfassung 19.

<sup>119</sup> Art. 102 Abs. 5 i.d.F. Art. I § 50 Zweite Bundesverfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>120</sup> KELSEN, Verfassung 132.

<sup>121</sup> MERKL, Gehalt 178.

<sup>122</sup> KELSEN, Verfassung 132.

<sup>123</sup> MERKL, Epilog 294.

<sup>124</sup> Art. 95 Abs. 4 i.d.F. Art. I § 46 Zweite Bundesverfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>125</sup> Art. I § 16 Zweite Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>126</sup> MERKL, Gehalt 169.

<sup>127</sup> Ebd. 137.

<sup>128</sup> KELSEN, Verfassung 136.

<sup>129</sup> Art. 35 B-VG i.d.F. Art. I § 16 Zweite Bundesverfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>130</sup> Art. 34f B-VG i.d.F. der Vorlage der Bundesregierung 382 Blg. NR III. GP, Art. I § 19 BVG vom [...], betreffend einige Abänderungen des B-VG vom 1. 10. 1920 i.d.F. des BGBl. Nr. 367 von 1925 (Zweite Bundes-Verfassungsnovelle).

<sup>131</sup> MERKL, Gehalt 170.

<sup>132</sup> 102. Sitzung StProtNR III. GP, 2882, wobei die Kritik auch andere Punkte des Entwurfs erfasst: „Dort, wo Sie herrschen, dort wollen Sie das Vorrecht, dort wollen Sie die große Macht, die starke Vertretung haben; dort, wo die Sozialdemokraten herrschen, dort soll die Vertretung auf ein Minimum herabgedrückt werden.“

<sup>133</sup> Art. 102a B-VG i.d.F. Art. I § 51 Zweite Bundesverfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>134</sup> KELSEN, Verfassung 136, die Änderungen zusammenfassend ebd. 134-136.

Letztlich traf die Novelle den VfGH und somit die Klammer des Bundesstaats. Die Stamfassung des B-VG hatte dessen ursprüngliche, bundesstaatliche Kernfunktion im Bestellungsmodus zum Ausdruck gebracht:<sup>135</sup> Je die Hälfte der Mitglieder sollten von Nationalrat und Bundesrat gewählt werden.<sup>136</sup> Die Novelle reduzierte die Rolle des Bundesrates, nunmehr als Länder- und Ständerat, grundlegend. Dieser sollte fortan Dreivorschläge zur Ernennung durch den Bundespräsidenten erstatten und auch dies nur für drei von zwölf bzw. vierzehn<sup>137</sup> Mitgliedern.<sup>138</sup> Angegebenes Ziel war eine Depolitisierung des VfGH. Dies sollte sich in neuen juristischen Qualifikationskriterien für sämtliche Mitglieder<sup>139</sup> und dem engeren Auswahlkreis für Vorschläge der Bundesregierung widerspiegeln.<sup>140</sup> Merkl monierte jedoch, dass die für sich genommen löblichen Erwägungen nicht dem realen Zweck der Reform entsprachen.<sup>141</sup> Insbe-

<sup>135</sup> Vgl. dazu MÉTALL, Verfassungsreform 425, welcher zugleich die Bedeutung für den Einfluss der parlamentarischen Minderheit hervorhob.

<sup>136</sup> Art. 147 Abs. 3 B-VG, BGBl. 1/1920.

<sup>137</sup> Anmerkung: Unter Einschluss des Präsidenten und des Vizepräsidenten.

<sup>138</sup> Art. 147 Abs. 2 i.d.F. Art. I § 65 Zweite Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>139</sup> Art. 147 Abs. 3 i.d.F. Art. I § 65 Zweite Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 392/1929.

<sup>140</sup> Ebd.

<sup>141</sup> MERKL, Verfassungsgerichtshof 509ff.; vgl. dazu auch SCHEUNER, Reform 247f: „Ganz im Widerspruch zu der rechtstheoretischen Ideologie (sic!) der reinen Rechtslehre [...] hatte der Verfassungsgerichtshof [...] in Wahrheit gerade infolge der ständigen Konflikte zwischen dem Bund und der Wiener Verwaltung eine hohe politische Aufgabe zu erfüllen. Unleugbar, dass die umfassende Gerichtsbarkeit manchen Konflikt ruhiger Lösung entgegengeführt hat. Unvermeidbar aber, dass der Verfassungsgerichtshof der Gefahr politischer Festlegung und politischer Reibung nicht entging. Schwer zu verhüten auch, dass die politische Kritik die Ursache in der personellen Besetzung des Gerichts zu suchen geneigt war. So entstand die Forderung der ‚Entpolitisierung‘ des Verfassungsgerichtshofs durch Entparlamentarisierung der Personenbesetzung.“

sondere sollte der neue Bestellungsmodus umgehend zur Anwendung kommen, indem sämtliche auf Lebenszeit ernannten Mitglieder des VfGH ihres Amtes für verlustig erklärt wurden.<sup>142</sup> Für Merkl war der so erfolgte Ausschluss Kelsens vom VfGH von Anfang an eigentliches Ziel dieser Reform.<sup>143</sup> Für Voegelin wurde gar der Weg für eine „radikale Politisierung im Sinne der herrschenden Parteimaschine erst eröffnet“. <sup>144</sup> Kelsen selbst verwies darauf, dass die Judikatur des VfGH mit der Mehrheitsregierung in Konflikt geraten sei, was zu den Ursachen der Verfassungsreform zähle.<sup>145</sup> Die Novelle enthielt jedoch auch eine zweckmäßige Änderung für den Bundesstaat: Anordnungen des Bundespräsidenten, welche gegen den Bund oder dessen Organe gerichtete Erkenntnisse des VfGH zur Exekution brachten, bedurften nicht länger der Gegenzeichnung eines Bundesministers.<sup>146</sup>

Insgesamt war das Ausmaß an Zentralisierung, welche die Bundesregierung 1929 zunächst verfolgt hatte, beachtlich. Kelsen hatte dabei gar die Frage nach einer Gesamtänderung der Bundesverfassung aufgeworfen.<sup>147</sup> Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses nahmen die Verhandlungen jedoch letztlich den ursprünglichen Vorschlägen ihre Radikalität. So fand die hier thematisierte Periode in einem letzten großen Kompromiss<sup>148</sup> ihr Ende.

<sup>142</sup> Art. II § 25 Abs. 1 BVG vom 7. 12. 1929, betreffend Übergangsbestimmungen zur Zweiten Bundes-Verfassungsnovelle: „Die Funktion der bisherigen Mitglieder und Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofes endet mit dem 15. Februar 1930.“

<sup>143</sup> MERKL, Verfassungsgerichtshof 511.

<sup>144</sup> VOEGELIN, Verfassungsreform 610.

<sup>145</sup> KELSEN, Verfassung 160; VOEGELIN, Verfassungsreform 610 verwies dabei auf die Judikatur zur Dispensche, welche der Regierung und insbesondere Seipel Stein des Anstoßes gewesen sei.

<sup>146</sup> Art. 146 Abs. 2 i.d.F. Art. I § 64 Zweite Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. 392/1929; KELSEN, Verfassung 158.

<sup>147</sup> KELSEN, Verfassungsreform 457.

<sup>148</sup> Scheuner sah im Verhältnis zu anderen Teilen der Verfassungsnovelle 1929 die Kompromissnatur in den

## V. Schlussfolgerungen

Die Periode von 1920 bis 1929 stellte zahlreiche Weichen für die Entwicklung des Bundesstaates. Sie erwies sich für die Finanzverfassung als prägend und setzte die Kompetenzverteilung des B-VG in Kraft. Das vielleicht wirkmächtigste Erbe ist die Festigung der neuen Perspektive auf den Bundesstaat: In diesem werden Konflikte zwischen Bund und Land zu Konflikten zwischen Normkreisen. Sie werden derart verrechtlicht und durch den Verfassungsgerichtshof als Klammer des Bundesstaates aufgelöst.<sup>149</sup> Erst so wird letztlich die Kompetenzverteilung im positiven Recht bei Kelsen zum „politische[n] Kern der Bundesstaatsidee“. Kelsen hielt dies nicht zufällig im Kontext der Verfassungsgerichtsbarkeit fest.<sup>150</sup> Diese Perspektive war bereits im B-VG von 1920 angelegt. In den Folgejahren konnte sie sich in Verfassungswirklichkeit und Lehre beweisen, um nach 1945 weit über Österreich hinaus die Verfassungsentwicklung in demokratischen Bundesstaaten zu beeinflussen.

Reformen in dieser Entwicklungsperiode reagierten auf die prekäre wirtschaftliche Situation der Republik, welche zugleich politische Gegen-

---

Bestimmungen zum Verhältnis von Bund und Ländern „am deutlichsten ausgeprägt.“ SCHEUNER, Reform 235.

<sup>149</sup> Hinzuweisen ist dabei auf ein Paradoxon: Während sich diese Perspektive in der österreichischen Staatsrechtslehre dieser Periode durchsetzte, zeigte etwa SCHEUNER, Reform 231ff., dass dies auf die deutsche Staatsrechtslehre keineswegs zutraf. Wie auch Scheuner feststellte, knüpfte die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich an der Wiener Rechtstheoretischen Schule an. Diese Schule war stark mit der Person Kelsens verknüpft (vgl. OLECHOWSKI, Kelsen 316ff.) und erreichte in der hier beobachteten Periode in Österreich, nicht aber im Deutschen Reich eine dominante Stellung. Gleichzeitig waren Kelsen und Merkl, wie gezeigt, zu jener Zeit Anhänger eines Anschlusses an die Weimarer Republik. Gerade ein solcher Anschluss hätte jedoch den österreichischen Sonderweg der Bundesstaatlichkeit effektiv beendet.

<sup>150</sup> KELSEN, Wesen und Entwicklung 1527.

sätze zuspitzte. Sie reagierten zugleich auf den paradoxalen Umstand, dass die Zentralisten des Jahres 1920 starke föderale, die Föderalisten hingegen zentralistische, parteipolitische Interessen hatten.<sup>151</sup> Nicht zuletzt übte der Anschlussgedanke einen permanenten Druck auf die Verfassungsentwicklung aus.<sup>152</sup> Die Auswirkungen dieser Einflüsse auf den Bundesstaat fasste Merkl drastisch zusammen: Bereits das B-VG von 1920 hätte ein „unter allen Bundesstaaten der Erde einzig dastehendes zentralistisches Gepräge geschaffen“. Die Verfassungsnovelle 1925 hätte den Bund gegenüber den Ländern in wichtigen Punkten weiter gestärkt. Die Verfassungsnovelle 1929 schließlich hätte diese Tendenz „bis zu einem Punkte fortgesetzt, dass eine weitere Schwächung der Länder ohne Preisgabe des bundesstaatlichen Prinzips kaum mehr denkbar“ sei.<sup>153</sup> Eine Stabilisierung der politischen Situation gelang durch diese Reformen nicht.<sup>154</sup> Treffend ist der einschlägige Untertitel der Ver-

---

<sup>151</sup> KELSEN, Drang 7; vgl. auch ebd. 6, wonach der Verfassungskompromiss von 1920 nicht zuletzt darauf beruhe, dass die andernfalls drohende staatenbündische Verfassung „der damals stark zentralistisch orientierten Sozialdemokratie nicht genehm sein“ konnte und die christlichsoziale Partei „stark föderalistische Neigungen zeigte.“ 1929 hatte sich das Blatt nach Merkl radikal gewendet: „Es ist eine geschichtliche Tatsache, dass die Sozialdemokratie heute aus einer Machtposition verdrängt werden soll, gegen die sie sich, solange sie noch nicht beatus possidens war, aus unitarischem Doktrinarismus nach Kräften gewehrt, die ihr aber föderalistischer Doktrinarismus aufgedrängt hat. Bei dieser Sachlage dürfte der Sozialdemokratie um der Verfassung willen nur von ihr selbst ein Vorwurf gemacht werden, und zwar darum, dass sie nicht die ganze Machtofferte angenommen hat, die ihr das Bürgertum ahnungslos gemacht hat.“ MERKL, Verwässerung 130.

<sup>152</sup> Noch in MERKL, Verwässerung 132, erscheint dieser als Sinn „jeder möglichen österreichischen Verfassung,“ „eigentliche[s] staatliche Ziel unseres Landes“ und zentrales Argument im Verfassungsdiskurs.

<sup>153</sup> MERKL, Gehalt 175.

<sup>154</sup> Vgl. dazu HASBIBA, Zweite Bundes-Verfassungsnovelle 134ff.

fassungsgeschichte Berchtolds: „Fünfzehn Jahre Verfassungskampf“.<sup>155</sup> Doch wurde dieser Kampf noch mit demokratischen Mitteln geführt. Ziel blieb eine Stabilisierung der jungen Republik und ihrer Demokratie, auch wenn 1929 bereits deutliche Risse in diesem Konsens auftraten.<sup>156</sup> Der demokratische Rechtsstaat überdauerte die hier beschriebenen Reformen keine weiteren fünf Jahre, der Bundesstaat keine zehn. Wie das Bundes-Verfassungsgesetz selbst konnten viele der entwickelten Kompromisse und Konzepte somit erst nach 1945 ihr volles Potential aufzeigen. Damit zeigt sich auch, dass der Erfolg oder Misserfolg einer bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nicht allein an deren Rechtsqualität geknüpft ist. Auch der demokratische Bundesstaat lebt von Grundlagen, die sein Recht allein nicht schaffen kann.

## Korrespondenz:

PD Dr. Stephan G. HINGHOFER-SZALKAY  
 Universität Graz / Bundeskanzleramt  
 Ballhausplatz 2, 1010 Wien  
 stephan.hinghofer-szalkay@uni-graz.at  
 ORCID-Nr. 0000-0001-6435-8237

## Abkürzungen:

JöR        Jahrbuch des öffentlichen Rechts  
 StProtNR Stenographische Protokolle des Nationalrats  
 VfSlg.    Verfassungssammlung, Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes  
 V-ÜG    Verfassungs-Übergangsgesetz

<sup>155</sup> BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte I.

<sup>156</sup> Beachtlich ist dabei die Wortwahl von Bundeskanzler Schober in der Einbegleitung der Regierungsvorlagen zur Bundes-Verfassungsnovelle 1929: „In der gegenwärtigen allgemeinen, also nicht allein österreichischen Krise des Parlamentarismus wurde auch immer stärker das Verlangen nach Ersetzung oder Ergänzung der parteipolitischen Volksvertretungen durch eine auf dem berufsständischen Gedanken gegliederte Vertretung laut.“ 101. Sitzung StProtNR III. GP 2868.

ZöR        Zeitschrift für öffentliches Recht

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf]

## Literatur:

- Ludwig ADAMOCHVICH sen., Die Reform der österreichischen Bundesverfassung, in: ZöR 5 (1926) 228–280.
- Klaus BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich, Bd. I: 1918–1933, Fünfzehn Jahre Verfassungskampf (Wien 1998).
- DERS., Die Verfassungsreform von 1925 (Wien 1992).
- Armin von BOGDANDY, Christoph GRABENWARTER, Peter Michael HUBER (Hgg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen (Heidelberg 2016).
- Gernot HASIBA, Zweite Bundes-Verfassungsnovelle (= Forschungen zur Europäischen und Vergleichenden Rechtsgeschichte 1, Wien-Graz-Köln 1976).
- Hans KELSEN, Die Bundesexekution, in: Zaccaria GIACOMETTI, Dietrich SCHINDLER (Hgg.), Festgabe für Fritz Fleiner (Tübingen 1927) 127–187.
- DERS., Der Drang zur Verfassungsreform, in: Neue Freie Presse Nr. 23370 v. 6. 10. 1929, 6–7.
- DERS., Österreichisches Staatsrecht (Tübingen 1923).
- DERS., Die österreichische Verfassungsreform, in: Der österreichische Volkswirt, 26. 10. 1929, 99–102.
- DERS., Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich (Wien 1927).
- DERS., Die Verfassung Österreichs, in: JöR 18 (1930) 130–185.
- DERS., Die Verfassungsreform, in: JBl 58 (1929) 445–457.
- DERS., Die Vollendung der österreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für Politik 15 (1926) 301–319.
- DERS., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Hans R. KLECATSKY, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (Hgg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule II (Wien 2010) 1485–1532.
- Lukas LANGHOFF, Die Bundesverfassungsnovelle 1929 (Wien 1930).
- Adolf MERKL, Der „entpolitisierte“ Verfassungsgerichtshof, in: Der österreichische Volkswirt (1930) 509–511.
- DERS., Epilog zum Verfassungskampf, in: Der österreichische Volkswirt (1929) 293–297.
- DERS., Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dezember 1929, in: ZöR 10 (1931) 161–212.

- DERS., Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: ZÖR 1921, 336–359.
- DERS., Verwässerung oder Verbesserung des Verfassungsentwurfes?, in: Der österreichische Volkswirt, 2. 11. 1929, 130–132.
- Rudolph Aladár MÉTALL, Verfassungsreform und Verfassungsgerichtshof, in: JBl 58 (1929) 425–426.
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen, Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Peter PERNTHALER, Österreichische Finanzverfassung (Wien 1984).
- Richard PFAUNDLER, Der Finanzausgleich in Österreich (Wien 1927).
- Hans Georg RUPPE, Finanzverfassung im Bundesstaat (Wien 1977).
- Martin P. SCHENNACH, Vom k.k. Ärar zum Bundeschatz? (Innsbruck 2015).
- Ulrich SCHEUNER, Die Reform der österreichischen Bundesverfassung vom Jahre 1929, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2 (1931) 226–251.
- Ignaz SEIPEL, Das Grundsätzliche, in: Ignaz SEIPEL (Hg.), Der Kampf um die österreichische Verfassung (Wien- Leipzig 1930), 153–198.
- Kurt SCHUSCHNIGG, Die neue Bundesverfassung für Österreich (Wien 1929).
- Erich VOEGELIN, Die österreichische Verfassungsreform von 1929, in: Zeitschrift für Politik 19 (1930) 585–615.
- DERS., Zur Frage der Verfassungsreform 1929, in: SEIPEL (Hg.), Der Kampf um die österreichische Verfassung (Wien- Leipzig 1930), 199–248.
- Ewald WIEDERIN, Die verfassungspolitische Diskussion über die Einrichtung Österreichs als Bundesstaat, in: BRGÖ 2011, 356–373.
- Otto WITTSCHIEBEN, Die allgemeinen Rechtsgrundlagen des österreichischen Finanzwesens (Graz 1926).
- Leo WITTMAYER, Österreichs Verfassungsentwicklung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 83/3 (1927) 449–497.

Gerald KOHL, Wien

## Von der Doppelgleisigkeit der Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung – ein Überblick

### *From 'Double Track' Administration to Indirect Federal Administration – an Overview*

*This paper describes the changes in the Austrian regional administration from 1918 to 1925, distinguishing four periods (before 1918, 1918–1920, 1920–1925, since 1925). Several problems were discussed during all these periods: The term 'double track' administration was criticised (as manipulatory), and the desired 'democratisation' of the administration stood against the idea of its (judicial) responsibility to parliament. Another problem was the uniformity of administration, which seemed difficult to secure. Due to the large number of public servants within the electorate, the future role of the public service was discussed controversially. Overall, the 1925 constitutional amendment that put an end to 'double track' administration has been wrongly overshadowed by the 1929 amendment that modified the role of the federal president.*

**Keywords:** *administration – Austrian Federal Constitution 1920 – constitutional amendment 1925 – governor – Office of the Provincial Government*

### I. Allgemeines

Die „Doppelgleisigkeit der Verwaltung“ ist ein rechtshistorischer Tiefwurzler. Das Nebeneinander staatlicher „allgemein-politischer“ Verwaltung und autonomer Landesverwaltung führt weit zurück in den frühneuzeitlichen „institutionellen Dualismus“ von landesfürstlichen und landständischen Behörden.<sup>1</sup> Es erfasst verschiedene territoriale Ebenen, seit eine monarchische Länderverbindung zu einem dezentralisierten Gesamtstaat gestaltet wurde. Letztlich steht es für das erfolgreiche Konzept „jahrhundertelange[r] dynastische[r] Arbeit“<sup>2</sup>, außerhalb der Verfassung des Heiligen Römischen Reiches einen Schirm über die reichsverfassungsrechtliche Ländervielfalt zu spannen und durch Etablierung eines modernen Verwaltungsapparats ei-

nen Staat zu begründen, in dem Reste landständischen Einflusses zwar als autonome Landesverwaltung überlebten, aber nur noch ein Schattendasein fristeten.<sup>3</sup> Zum Problem wurde diese „Doppelgleisigkeit“ erst im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts durch das Nebeneinander regulierter Landesautonomie (Landesordnungen 1861) und neu organisierter „politischer Verwaltungsbehörden“ 1868<sup>4</sup> – nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer auf allen Ebenen zunehmenden Gesetzgebungs- und Verwaltungsaktivität. Trotz vielfältiger Gestaltungsideen blieb das Problem bis zum Untergang Österreich-Cisleithaniens ungelöst.<sup>5</sup> Der „Dualismus von (dezentraler) autonomer und (zentraler) landesfürstlicher Verwaltung charakterisiert die Ver-

<sup>1</sup> BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte 64.

<sup>2</sup> KOCH, Frage 60; vgl. auch KELSEN, Vollendung 303.

<sup>3</sup> BRAUNEDER, Verfassungsgeschichte 101–103; DERS., Geschichte.

<sup>4</sup> RGBl. 1868/44.

<sup>5</sup> WIEDERIN, Diskussion; vgl. Vollversammlung; MERKL, Länderautonomie 69–71.

waltungsorganisation im Bereich des Landes zur Zeit der Monarchie“, so schrieb Hans Kelsen.<sup>6</sup>

In ähnlicher Weise gehört die mittelbare Bundesverwaltung<sup>7</sup> „zu jenen Einrichtungen, die dem österreichischen Verwaltungsaufbau ihre typische Gestalt geben“, zu den „staatsrechtlichen Eigentümlichkeiten der österreichischen Bundesverfassung“,<sup>8</sup> zu den „wesentlichsten Elemente[n] der österreichischen Bundesstaatlichkeit“.<sup>9</sup> Ein „klarer, einfacher und gleichzeitig schlanker Verwaltungsaufbau“ würde konzentrierte und ökonomische Verfahrensabwicklung ermöglichen. Die Behörden wären bürgernah, leicht erreichbar und mit den regionalen Verhältnissen vertraut; damit würde auch die Akzeptanz ihrer Entscheidungen gefördert.<sup>10</sup> Umgekehrt könne die „Bundesebene“ auf einen „zeit- und kostenintensiven Auf- und Ausbau eigener Verwaltungsstrukturen verzichten“.<sup>11</sup> Insgesamt wird die mittelbare Bundesverwaltung als ein „Strukturmerkmal“<sup>12</sup> nicht nur des österreichischen Bundesstaates charakterisiert. Als ein „systemrelevantes Strukturelement der österreichischen Verfassung“ begrenzt sie die Übertragung erstinstanzlicher Aufgaben an die Bundesministerien; der Landeshauptmann darf als Träger der mittelbaren Bundesverwaltung nicht ausgeschaltet werden.<sup>13</sup>

Beide Eckpunkte des Themas wurden und werden also für das jeweilige Staatswesen als charakteristisch empfunden. Ihre Verbindung erfor-

dert zunächst einen Blick auf die einzelnen Phasen der Entwicklung (II.), bevor sodann einige intensiv diskutierte Problembereiche skizziert werden (III.) Dabei sollen insbesondere zeitgenössische Literaturstimmen zu Wort kommen.<sup>14</sup>

## II. Phasen

### 1. Phase: Vor 1918

Vor 1918 gab es in den österreichischen Ländern zwei verschiedene Verwaltungsapparate, die als „Landes“-Verwaltung bezeichnet wurden.<sup>15</sup> Die (gesamt)staatliche (historisierend auch „landesfürstliche“) Verwaltung war zentralistisch organisiert. Dabei gab es unterhalb der Zentralbehörden (Ministerien seit 1848) staatliche Mittelbehörden, meist Statthaltereien genannt, in kleineren Verwaltungssprengeln aber auch „Landesregierung“; der höchste Beamte („Landeschef“) war hier der Statthalter bzw. der „Landespräsident“.<sup>16</sup> Die Komposita mit „Land“ hatten ihren Grund darin, dass als Sprengel für diese mittlere staatliche Verwaltungsebene in aller Regel die historischen Länder fungierten. Nur vereinzelt lebte jene länderübergreifende („Provinzial“-) Struktur weiter, die seit der Mitte des 18. Jahrhunderts als „Gouvernementsbezirke“ gerade gegen die landständisch geprägten Länder etabliert worden war: Auf dem heutigen Staatsgebiet Österreichs war dies bei den Ländern Tirol und Vorarlberg der Fall, die gemeinsam einen Statthaltereisprengel bildeten.<sup>17</sup> Nicht breit durchgesetzt hat sich die Terminologie von Ulbrich, der die gesamtstaatlichen Behörden im Land als „Territorialbehörden“ oder „obrigkeitliche Behörden innerhalb der einzelnen Länder“ bezeichnete.<sup>18</sup>

<sup>6</sup> KELSEN, Vollendung 305.

<sup>7</sup> WEBER, Bundesverwaltung.

<sup>8</sup> JABLONER, Bundesminister, folgt FROELICH, Eigentümlichkeiten 81, 85 („ganz uns eigentümliche [...] Einrichtung“).

<sup>9</sup> WEBER, Bundesverwaltung 7.

<sup>10</sup> RANACHER, Verwaltung 200–202.

<sup>11</sup> BUßJÄGER, Kontrolle 5f.

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> GAMPER, Systemrelevanz 557; exemplarisch HOLZER, Weinaufsicht 126ff; vgl. weiters HÖLLBACHER, Kehrseite 88ff; HOLZINGER, Fragen 77f; PURTSCHER, Organisationshoheit 338f; STEINER, Landeshauptmann 402ff.

<sup>14</sup> Vgl. dazu KOHL, Prinzip 117ff.

<sup>15</sup> Vgl. etwa HELBLING, Landesverwaltung.

<sup>16</sup> RGBI 1868/44.

<sup>17</sup> Vgl. ULBRICH, Staatsrecht 143f.

<sup>18</sup> Ebd. 143.

Unabhängig von der staatlichen Verwaltung gab es eine – quantitativ weniger bedeutende – „autonome“ Verwaltung der Länder. Geleitet wurde sie vom „Landesausschuss“, dem „verwaltende[n] und ausführende[n] Organ der Landesvertretung“,<sup>19</sup> also einem Exekutivausschuss des Landtages unter der Leitung des „Landeshauptmannes“ (teils auch „Landmarschalls“). Abgesehen von wenigen Ausnahmen – etwa dem Gemeinde-, Bau- oder Armenwesen – beschäftigte sich die autonome Landesverwaltung mit Angelegenheiten, die eher der Wirtschafts- als der Hoheitsverwaltung zuzurechnen waren.<sup>20</sup> „Das Land ist zunächst ein Kommunalverband höchster Ordnung, der unter Verwendung eigenen Vermögens durch seine eigenen Behörden (Landtag und Landesausschuss) die Selbstverwaltung sozialer Wohlfahrtsaufgaben besorgt“, so fasste dies Ulbrich zusammen.<sup>21</sup> Mit „obrigkeitlicher, als Ausübung der Staatsgewalt erscheinender Macht“ erschienen die autonomen Landesbehörden dann, wenn sie zur Finanzierung ihrer Aufgaben Zuschläge zu den staatlichen Steuern anordneten („Auflagengewalt“) oder eine „Aufsichtsgewalt über die unteren Kommunalverbände“ ausübten.<sup>22</sup>

Den Kern der autonomen Landesverwaltung bildeten also Reste ständischer Selbstverwaltung, die im Gefolge der Landesordnungen 1861<sup>23</sup> in den Sog zunehmender Regulierungsaufgaben gerieten. Im Gegensatz zur kontinuierlich ausgebauten landesfürstlich-monarchischen Verwaltung bestand eine nennenswerte Kontinuität zum Spätmittelalter oder zur Frühneuzeit nach den absolutistischen Reformen aber nicht mehr. Dessen ungeachtet wurde auch zur autonomen Landesverwaltung gelegentlich rechtshistorisch argumentiert, wenngleich unzutreffend. So be-

hauptete Pendl, dass das „Anwachsen der landesherrlichen Gewalt [...] eine kräftigere Entwicklung der Landstände [...] zur Folge“ gehabt hätte<sup>24</sup> – obwohl doch eher das Gegenteil zutraf. Mit der Behauptung, das „Nebeneinander von staatlicher Verwaltung und von autonomer Landesverwaltung“ hätte sich „in historischer Notwendigkeit entwickelt“, erwies sich Pendl übrigens als Anhänger einer naturalistischen Rechtswissenschaft im Sinne darwinistischer Ideen.<sup>25</sup>

## 2. Phase: 1918–1920

Die zweite Phase setzte nicht sogleich mit der Staatsgründung Deutschösterreichs am 30. Oktober 1918<sup>26</sup> ein, sondern erst mit dem „Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern“ vom 14. November 1918.<sup>27</sup> Dieses Gesetz wurde in der Folge vielfach als Wendepunkt genannt, an dem der Weg vom Einheitsstaat zum Bundesstaat begann.<sup>28</sup> Dabei erschien es bemerkenswert, dass das „folgenreiche, wenig prinzipienklare [...] Gesetz [...], aus zentralistischen Träumen erwachend, die Staatsgewalt in den Ländern in die Gewalt der Länder“ brachte,<sup>29</sup> dass also der Effekt des Gesetzes nicht jenen Absichten des Gesetzgebers entsprach, die der Name andeutet: „Die praktische Wirkung des Gesetzes, das eine Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern intendierte, war die Übergabe

<sup>19</sup> § 11 Landesordnung NÖ, RGBl. 1861/20, Beilage 2a.

<sup>20</sup> ADAMOVIČ, Reform 245; PENDL, Frage 117.

<sup>21</sup> ULBRICH, Staatsrecht 161.

<sup>22</sup> Ebd.

<sup>23</sup> ROSNER, MOTZ-LINHART, 1861.

<sup>24</sup> PENDL, Frage 116.

<sup>25</sup> Ebd. 117; vgl. zum Recht, das werden musste, Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, Manual 250.

<sup>26</sup> Dazu BRAUNEDER, Deutschösterreich 16ff.

<sup>27</sup> StGBL. 1918/24; zu den Ländern im Staatsgründungsprozess Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, Manual Rz. 1814-1818; ausführlich BRAUNEDER, Deutschösterreich 272ff.

<sup>28</sup> KELSEN, Vollendung 302: Bundesstaat als sachlich unbegründetes Produkt des „Zufall[s]“ eines „Geburtsfehler[s] bei der erstmaligen Konstruktion Deutschösterreichs“; vgl. auch DERS., Stellung 104ff.; MERKL, Staat 1f.; OFNER, Bundesverfassung 67.

<sup>29</sup> WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 458.



dieser Staatsgewalt an die Länder“, so formulierte es Kelsen in Anlehnung an Merkl.<sup>30</sup>

Von den zahlreichen Fragen, die dieses Gesetz aufwirft, kann hier nur die Umgestaltung der Verwaltungsstruktur weiterverfolgt werden. Auf der Ebene der Länder wurden die Landtage durch politisch breiter legitimierte provisorische Landesversammlungen ersetzt, die das Kräfteverhältnis der politischen Parteien nach der Reichsratswahl 1911 widerspiegeln; an die Stelle der Landesausschüsse traten (von den provisorischen Landesversammlungen gewählt) „Landesräte“ für die autonome Landesverwaltung. Daneben hatten die provisorischen Landesversammlungen aber auch einen „Landeshauptmann“ sowie dessen Stellvertreter zu wählen, die in ihrer Gesamtheit die „Landesregierung“ bildeten. Dabei erfolgte die Wahl des Landeshauptmanns mit Stimmenmehrheit, jene der Stellvertreter nach dem Verhältniswahlrecht.<sup>31</sup> An diese Landesregierung gingen die Agenden der früheren Landeschefs sowie der dazu vorhandene Verwaltungsapparat über; nur die Landeschefs selbst wurden ihres Amtes enthoben. So wie früher der Statthalter dem k.k. Minister, so war nun die Landesregierung dem deutschösterreichischen Staatssekretär untergeordnet. Daher war die Landesregierung auch „bei ihrer gesamten Amtsführung an die Dienstanweisungen der deutschösterreichischen Staatsregierung gebunden“.<sup>32</sup>

Plakativ und in „lakonischer Kürze“<sup>33</sup> formulierte das Gesetz: „Die Teilung der öffentlichen Verwaltung in landesfürstliche und autonome ist aufgehoben.“<sup>34</sup> Tatsächlich blieben aber getrenn-

te Apparate bestehen: „Gleich als ob aber das Gesetz selbst den von ihm feierlich deklarierten Grundsatz der Vereinheitlichung des Verwaltungsapparates in den Ländern nicht allzu ernst nehmen wollte, sah es sofort wieder zunächst eine provisorische Organisation vor, in der der Gedanke der Einheitlichkeit der Landesverwaltung überhaupt nicht mehr wieder zu erkennen war: bis zur Durchführung der entsprechenden Verwaltungsreform sollten nämlich in jedem Lande die Geschäfte der ehemals politischen Landesbehörde von jenen der autonomen Landesbehörde getrennt geführt werden, und zwar Erstere von staatlichen Beamten unter Leitung der anstelle der Statthalter (Landespräsidenten) berufenen kollegialen Landesregierungen, Letztere von autonomen Landesbeamten unter Leitung der an die Stelle der ehemaligen Landesausschüsse tretenden Landesräte.“<sup>35</sup> Nur an der Spitze existierten Verknüpfungen: Der Landesrat wählte „zur Vereinfachung und Vereinheitlichung des Dienstbetriebes“ einen Landesamtsdirektor,<sup>36</sup> der, dem Landeshauptmann persönlich zugeteilt, als Vorgesetzter aller Beamten fungierte – sowohl jener des Landesrates als auch jener der Landesregierung. Personell verflochten waren auch Landesregierung und Landesrat, weil hier wie da der Landeshauptmann den Vorsitz führte.<sup>37</sup>

Eine Ausnahme von dieser Verwaltungsstruktur bildete Vorarlberg, das vor 1918 kein eigener Verwaltungssprengel mittlerer Ebene gewesen war; der Sprengel der in Innsbruck gelegenen Statthalterei hatte sich auf Tirol und Vorarlberg erstreckt. Als nun durch das Gesetz vom 14. November 1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern auch in Vorarlberg eine Landesregierung mit der staatlichen Verwaltung betraut wurde, war kein Statthalter zu

<sup>30</sup> KELSEN, Stellung 104; MERKL, Erläuterungen 103.

<sup>31</sup> KLEIN, Verhältniswahl 97ff.; PESENDORFER, Landeshauptmann 19f.

<sup>32</sup> § 8 StGBI. 1918/24.

<sup>33</sup> ADAMOVICH, Reform 246.

<sup>34</sup> § 9 StGBI. 1918/24. Darin zeigt sich der Wunsch, „das Doppelgeleise der Verwaltung, dessen Übelstände im alten Österreich genugsam beklagt wurden“ (KELSEN, Stellung 114) zu überwinden.

<sup>35</sup> ADAMOVICH, Reform 247.

<sup>36</sup> HERRNRITT, Verwaltungsrecht 75; SCHMITZ, Landesamtsdirektor.

<sup>37</sup> KELSEN, Stellung 103.

ersetzen; die Landesregierung konnte nicht einfach auf einen bestehenden Behördenapparat zurückgreifen. In dieser Situation verzichtete man darauf, eine eigene staatliche Behörde neu einzurichten, sondern schuf sogleich ein einheitliches Amt, in dem unter der Leitung des Landeshauptmannes Staatsbeamte und Landesbeamte nebeneinander tätig wurden.<sup>38</sup>

### 3. Phase: 1920–1925

Das B-VG 1920 änderte die Verwaltungsstruktur in zwei wesentlichen Aspekten. Einerseits wurde die gesamtstaatliche „Bundesverwaltung“ vom Kollegialorgan „Landesregierung“ auf das monokratische Organ „Landeshauptmann“ übertragen.<sup>39</sup> Andererseits war damit die Existenzberechtigung einer vom Landesrat gesonderten Landesregierung entfallen. Der Begriff „Landesregierung“ konnte nun für die Führung der autonomen Landesverwaltung verwendet werden; Landesrat und Landesregierung erschienen somit „verschmolzen“. Die Landesregierung hatte den ihr seit 1918 unterstehenden gesamtstaatlichen Verwaltungs- und Beamtenapparat jedoch nicht in diese „Verschmelzung“ mitgerissen. Es blieb beim Nebeneinander von zwei Verwaltungsbereichen, nun als „mittelbare Bundesverwaltung“ bzw. „selbstständige Landesverwaltung“.

Eine Verknüpfung ergab sich wieder durch den Landeshauptmann und die in ihm verkörperte „Personalunion zweier ganz verschiedener Wirkungsbereiche“: Einerseits „ist er das Oberhaupt des Gliedstaates“.<sup>40</sup> Als solches ist er der Vorsitzende der Landesregierung und damit das oberste Organ der Vollziehung im selbstständigen Wirkungsbereich des Landes und nur diesem verantwortlich. Andererseits aber ist er persönlich – unter Mitwirkung der ihm unterstell-

ten Landesbehörden – durch die Verfassung auch mit der mittelbaren Bundesverwaltung betraut. In dieser Funktion ist er ein Bundesorgan und wie alle anderen Bundesorgane in die Organisation der Bundesverwaltung, also in die Hierarchie der mit der Bundesvollziehung betrauten Stellen eingeordnet.<sup>41</sup> Der Landeshauptmann war also der Bundesregierung unterstellt und vor dem Verfassungsgerichtshof verantwortlich.<sup>42</sup>

Besondere Bedeutung hatte es, dass die mittelbare Bundesverwaltung durch den „Landeshauptmann und die ihm unterstellten Landesbehörden“<sup>43</sup> auszuüben war. Daraus konnte man ableiten, dass sich der Landeshauptmann zur Vollziehung in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung jeder Landesbehörde bedienen konnte, dass also keine speziellen Behörden für die mittelbare Bundesverwaltung einzurichten oder aufrechtzuerhalten waren.<sup>44</sup> Auch die Funktion des Landesamtsdirektors gab es weiterhin.<sup>45</sup> Das im B-VG genannte „Amt der Landesregierung“ erschien jedoch als „ein in seiner Bedeutung höchst problematisches Programm“<sup>46</sup> oder gar als „ein äußerst gefährliches Experiment auf dem Gebiete der Verwaltungsreform“.<sup>47</sup>

Als „Programm“ konnte die mittelbare Bundesverwaltung deshalb bezeichnet werden, weil die Verwaltungsstrukturfragen infolge des Verfassungs-Übergangsgesetzes 1920 bis zum Inkrafttreten eines besonderen Verfassungsgesetzes über die Organisation der Verwaltung in den Ländern in der Schwebe blieben.<sup>48</sup> Damit wurde ein Teil des vom B-VG vorgefundenen Zustandes prolongiert: „Durch das Übergangsgesetz ist

<sup>38</sup> ADAMOVICH, Frage 54f.

<sup>39</sup> PURTSCHER, Organisationshoheit 339.

<sup>40</sup> Vgl. FROELICH, Landeshauptmann 135 („überragende[...] Stellung [...] als Gliedstaatshaupt“).

<sup>41</sup> Ebd. 132.

<sup>42</sup> KELSEN, Vollendung 305f.

<sup>43</sup> Art. 102 Abs. 1 B-VG.

<sup>44</sup> ADAMOVICH, Frage 47.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 106 B-VG.

<sup>46</sup> ADAMOVICH, Frage 48, 51f.; PENDL, Frage 106.

<sup>47</sup> Ebd. 118.

<sup>48</sup> §§ 8, 42 Abs. 2 V-ÜG; ADAMOVICH, Frage 48, 51f.; PENDL, Frage 106.

also das Doppelgeleise in der Verwaltung der Länder, das durch das Bundes-Verfassungsgesetz in radikaler Weise beseitigt werden sollte, geradezu in Umkehrung dieses Grundsatzes ausdrücklich belassen worden“.<sup>49</sup> Für den Übergangszeitraum bis zum endgültigen Wirksamwerden der Verfassung 1920 existierten in den Ländern jeweils zwei getrennte Behördenapparate.<sup>50</sup> In den Zuständigkeitsbereich der Landesverwaltung fielen dabei jene Gegenstände, die beim Inkrafttreten des B-VG (10. November 1920) von den ehemals autonomen Landesbehörden verwaltet wurden; alle übrigen Angelegenheiten waren provisorisch Bundessache.<sup>51</sup>

Für das Inkrafttreten der Kompetenzbestimmungen<sup>52</sup> des B-VG 1920 waren drei Bedingungen – jeweils in Form eines Verfassungsgesetzes – zu erfüllen: Einerseits bedurfte es einer Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen Bund und Ländern (wie sie 1922 durch das Finanzverfassungsgesetz erfolgte), andererseits einer Ordnung der Wirkungsbereiche „auf dem Gebiet des Schul-, Erziehungs- und Volkswirtschaftswesens“.<sup>53</sup> Schließlich sollte ein Verfassungsgesetz die „Organisation der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern“ regeln.<sup>54</sup> Dieses Verfassungsgesetz war somit eine Vorwegnahme der im B-VG als Gegenstand der Bundesgrundsatzgesetzgebung definierten „Organisation der Verwaltung in den Ländern“.<sup>55</sup> Als Verfassungsgesetz hätte es, wie Adamovich nahezu hoffnungsvoll in den Raum stellte, „die Organisation der Landesverwaltung auch in völliger Abkehr von diesen Grundsätzen [des Art.

102 B-VG] gestalten“ können.<sup>56</sup> Das schließlich erlassene „Bundesverfassungsgesetz betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien“<sup>57</sup> sollte diese Hoffnung aber nicht erfüllen.

Zeitgenössisch war zunächst nur eine kurze Übergangsfrist von wenigen Monaten erwartet worden,<sup>58</sup> aufgrund der Parteiengegensätze wurden daraus fast fünf Jahre. Mehrere Ursachen waren dafür ausschlaggebend, dass es aber schließlich doch zur Neuorganisation der Verwaltung kam.

Zunächst ist das Kostenargument zu nennen. Dies zeichnete sich schon im Wiederaufbaugesetz vom 27. November 1922<sup>59</sup> ab: Gegenüber den Geldgebern der Genfer Anleihe wurde als Teil des Sparprogramms eine „Verschmelzung des Apparates der ehemals autonomen Verwaltung in den Ländern mit jenem der staatlichen Verwaltung“ angekündigt.<sup>60</sup> In diesem Sinne charakterisierte Merkl die Reform durch den „erklärten Zweck, durch Einsparung von Verwaltungsaufwand der Lösung des Finanzproblems zu dienen“; er sah darin eine „Metastase des Finanzproblems auf das Gebiet der Verwaltung“.<sup>61</sup> Ob dieser Zweck eines „Ersparungserfolges“ erreicht werden könne, blieb strittig; aus praktischer Sicht warnte Pendl vor einem „weit überschätzten, tatsächlich nur im geringen Maße erzielbaren“ Effekt.<sup>62</sup>

Ein weiterer Grund lag in den negativen Folgen des Weitergeltens der Kompetenzbestimmungen von 1867. Viele seit damals neu entstandene Materien fielen nach der Generalklausel des § 12

<sup>49</sup> So ADAMOVICH, Frage 50.

<sup>50</sup> § 42 V-ÜG; ADAMOVICH, Reform 248.

<sup>51</sup> ADAMOVICH, Reform 229.

<sup>52</sup> Vgl. dazu MERKL, Problem.

<sup>53</sup> § 42 Abs. 1 V-ÜG; vgl. ADAMOVICH, Reform 229.

<sup>54</sup> Ebd.

<sup>55</sup> Art. 12 Abs. 1 B-VG (stand infolge der aufgeschobenen Wirksamkeit der Kompetenzbestimmungen noch nicht in Kraft).

<sup>56</sup> ADAMOVICH, Frage 49.

<sup>57</sup> BVG ÄmterLReg, BGBl. 1925/289.

<sup>58</sup> ADAMOVICH, Reform 230.

<sup>59</sup> BGBl. 1922/843; vgl. KOHL, Gesetzgebung 318ff (321).

<sup>60</sup> ADAMOVICH, Reform 249; Kelsen, Vollendung 309.

<sup>61</sup> MERKL, Verwaltungsreform 164, macht damit den engen Zusammenhang zwischen 1925 und 1922 deutlich.

<sup>62</sup> PENDL, Frage 118.

StGG-Reichsvertretung den Ländern zu, auch wenn dies sachlich unsinnig war. Besonders diskutiert wurde dies im Zusammenhang mit einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, wonach für die gesetzliche Krankenversicherung der Landarbeiter die Landesgesetzgebung zuständig war.<sup>63</sup>

Schließlich wurde die Reform von 1925 dadurch angetrieben, dass sich die Organisation der Landesverwaltung seit 1920 in verschiedenen Ländern unterschiedlich entwickelte.<sup>64</sup> Anknüpfungspunkt war dabei die bereits erwähnte Verlagerung der staatlichen Verwaltung von den Landesregierungen zu den Landeshauptmännern. Schon „bald nach dem Wirksamkeitsbeginn [des B-VG] zeigten sich nun in einzelnen Ländern Bestrebungen, die auf eine Teilnahme der übrigen Mitglieder der Landesregierung an der Führung der mittelbaren Bundesverwaltung im Lande abzielten“. Einzelnen Landesregierungsmitgliedern wurde jeweils im Auftrag, unter Aufsicht und Verantwortlichkeit des Landeshauptmannes eine Übernahme von Aufgaben der mittelbaren Bundesverwaltung gestattet.<sup>65</sup> Damit überschattete die Regelung von 1918 jene des B-VG 1920, zugleich zeichnete sich bereits die Novelle 1925 ab.

Die regionale Differenzierung der Verwaltungsstruktur hatte ja eigentlich schon vor 1920 durch den Sonderfall Vorarlbergs begonnen. Sie setzte sich in Wien fort, wo der Magistrat aufgrund des V-ÜG neben den Agenden der Gemeindeverwaltung und der politischen Bezirksverwaltung auch „die Funktionen einer politischen Landesbehörde übernahm“,<sup>66</sup> sodass er im Ergebnis bereits als einheitliches Amt der Landesregierung bezeichnet werden könnte. Den nächsten Ausnahmefall verursachte der Erwerb des Burgenlandes. Hier übte der Bund die ge-

samte Vollziehung aus.<sup>67</sup> 1922 wurde ein Amt der Landesregierung geschaffen, das sowohl den selbstständigen Wirkungskreis des Landes als auch die mittelbare Bundesverwaltung besorgte.<sup>68</sup> Daraus resultierte eine im Vergleich zum B-VG umgekehrte Konstellation: Der Landeshauptmann war im selbstständigen Wirkungsbereich des Landes verpflichtet, die Beschlüsse der Landesregierung auszuführen.<sup>69</sup> In anderen Ländern (Vorarlberg, Salzburg, Kärnten) kam es zu einer materiellen Vereinheitlichung der Verwaltung, indem man in beiden Wirkungsbereichen parallele Strukturen schuf, auf deren Basis die Agenden leichter konzentriert werden konnten.<sup>70</sup>

Als problematisch erwies es sich auch, dass das B-VG zwar „eine vom Landtag zu wählende Landesregierung“ vorsah, deren Ausgestaltung jedoch den Landesverfassungen überließ. Rasch zeigten sich daher erhebliche Unterschiede etwa in der Zusammensetzung der Landesregierungen<sup>71</sup> – eine bedenkliche Entwicklung, weil die Mitglieder der Landesregierungen vom Bund besoldet wurden. Die Länder entschieden also über die vom Bund zu tragenden Kosten. So wurde die Vergrößerung der Landesregierung in der Steiermark kritisiert: Hier war, obwohl mit der Untersteiermark rund ein Drittel des Landes verloren gegangen war, die Zahl der Landesregierungsmitglieder auf 11 (im Vergleich zu ehemals 7 Landesauschussmitgliedern) sogar um die Hälfte erhöht worden.<sup>72</sup>

Auch der Wahlmodus war den Ländern überlassen. Überwiegend wurde die Landesregierung

<sup>63</sup> ADAMOVICH, Reform 231 (VfGH 27. 6. 1934, G 2/24).

<sup>64</sup> Ebd. 249.

<sup>65</sup> ADAMOVICH, Reform 242.

<sup>66</sup> § 33 V-ÜG; vgl. ADAMOVICH, Reform 248.

<sup>67</sup> § 4 Abs. 1 BVG über das Burgenland vom 25. 1. 1921, BGBl. 1921/85.

<sup>68</sup> BVG vom 7. 4. 1922, BGBl. 1922/202; ADAMOVICH, Reform 248.

<sup>69</sup> Dazu DERS., Frage 54f.

<sup>70</sup> DERS., Reform 248f; DERS., Frage 53–56; zur Parallelführung von Geschäftsgruppen ablehnend Pendl, Frage 107.

<sup>71</sup> Vgl. dazu ADAMOVICH, Frage.

<sup>72</sup> Pendl, Frage 105.

nach dem Verhältniswahlrecht gewählt; man verstand sie demnach als Äquivalent des historischen Landesausschusses, als Vollzugsorgan des Landtages. Nur Wien und Vorarlberg sahen ein Mehrheitswahlrecht vor, woraus in Wien die Unterscheidung in „amtsführende“ und „nicht amtsführende“ Stadträte resultiert.<sup>73</sup> Das Proportionalwahlrecht erschien Adamovich übrigens nur als Übergangsphänomen: Wenn „nach dem Inkrafttreten der Kompetenzbestimmungen [des B-VG] auch weite Gebiete der Hoheitsverwaltung in den selbstständigen Wirkungsbereich der Länder übergehen werden, dann wird sich die dringende Notwendigkeit einheitlich gefügter Regierungen auch in den Ländern mit aller Bestimmtheit erweisen und werden die Bestimmungen der Landesverfassung über die Wahl der Mitglieder der Landesregierungen sicherlich einer Revision unterzogen werden müssen“.<sup>74</sup> Diese Prognose erfüllte sich nicht; erst in den letzten Jahren wurde der Proporz stärker hinterfragt.

Diese Regelungsvielfalt machte aus Sicht des Bundes eine Vereinheitlichung der Strukturen notwendig.<sup>75</sup> Damit eng verknüpft war eine Neuordnung des Verfahrensrechts; beide Fragen standen unter dem Einfluss der notwendig gewordenen Einsparungen im Verwaltungsapparat. Prägnant formulierte Merkl: „Der Beamtenabbau bedingt also eine Parallelaktion: den Arbeitsabbau. Dieser kann sich – und muss sich, wenn er wirkungsvoll sein soll – auf doppelte Weise äußern: als Verminderung der Verwaltungssagenden nicht weniger denn als Vereinfachung der Verwaltungsmethoden.“<sup>76</sup> Vor 1925 hatte der Verwaltungsgerichtshof aus unzähligen Einzelnormen ein Verwaltungsverfahrensrecht entwickelt, das zur Grundlage der Kodifi-

kation wurde.<sup>77</sup> Obwohl ein neues Verfahrensrecht also eine zweckmäßige Begleitmaßnahme zur neuen Verwaltungsorganisation war, stand letztere ersterem auch im Weg: Art. 11 B-VG, wonach Verwaltungsverfahrensgesetzgebung dem Bund zufiel, war bei Fertigstellung der Verwaltungsverfahrensgesetze noch gar nicht in Kraft. Daher bedurfte es einer „spezielle[n] verfassungsrechtliche[n] Grundlage für die Verwaltungsverfahrensreform [...] durch ein eigenes Bundesverfassungsgesetz vom 21. Juli 1925“.<sup>78</sup> „Die mit der Verfassungsreform verknüpfte und ebenfalls als Bollwerk gegen die Zersplitterung der Verländerung gedachte Verwaltungsreform (Verfahrensreform) bedeutet erstmalige, bis in jede Einzelheit vom ökonomischen Prinzip beherrschte gesetzliche Gesamtregelung des Verfahrens bei einem Großteil der Verwaltungsbehörden.“<sup>79</sup>

Neben sachlichen Gründen war für die Verfassungsnovelle 1925 auch eine politische Interessenverschiebung bedeutsam. Die Christlichsoziale Partei galt nicht mehr als „Repräsentantin der föderalistischen Strömungen“, weil sie im „Parteiinteresse“ Wien nicht „zu einem gar zu eigenmächtigen Staat im Staate werde[n]“ lassen durfte. Umgekehrt mussten die Sozialdemokraten ihre traditionell zentralistische Konzeption im Interesse möglichst weitgehender Selbstständigkeit Wiens überwinden.<sup>80</sup>

#### 4. Phase: Ab 1925

1925 traten die Kompetenzbestimmungen des B-VG in Kraft.<sup>81</sup> Dies reduzierte die Vollziehung des Bundes auf die ausdrücklich genannten Bereiche der „unmittelbaren Bundesverwaltung“.

<sup>73</sup> Dazu ADAMOVICH, Frage 36–39.

<sup>74</sup> Ebd. 39.

<sup>75</sup> ADAMOVICH, Reform 249.

<sup>76</sup> MERKL, Verwaltungsreform 170.

<sup>77</sup> MANNLICHER, Verwaltungsreform 364f.

<sup>78</sup> BGBl. 1925/271; MANNLICHER, Verwaltungsreform 361.

<sup>79</sup> WITTMAYER, Verfassungs- und Verwaltungsreform 486.

<sup>80</sup> MERKL, Epilog 1242; WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 458f.

<sup>81</sup> Vgl. ADAMOVICH, Verfassungs- und Verwaltungsreform; DERS., Typen.

Die Kompetenzverschiebung charakterisierte Merkl als „ganz außerordentliche Erweiterung der Länderkompetenz auf dem Gebiete der Verwaltung“<sup>82</sup>, wobei ihm die mittelbare Bundesverwaltung als „dunkelste[r ...] Punkt der Verfassungsreform“ erschien.<sup>83</sup>

Dabei machte die B-VG-Novelle im engeren Sinn<sup>84</sup> ein schon seit 1920 vereinzelt praktiziertes Modell zur Regel: Die Landesregierung konnte nun „bei Aufstellung ihrer Geschäftsordnung beschließen, daß einzelne Gruppen von Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung wegen ihres sachlichen Zusammenhanges mit Angelegenheiten des selbständigen Wirkungskreises des Landes [...] von Mitgliedern der Landesregierung zu führen sind“.<sup>85</sup> Deren Tätigkeit für die mittelbare Bundesverwaltung erfolgte zwar „im Namen des Landeshauptmannes“, dieser hatte jedoch juristisch geringen Einfluss darauf, weil ihm – wie jedem anderen Mitglied der Landesregierung – nur eine Stimme zukam. Theoretisch konnte die Landesregierung solche Agenden also mit Stimmenmehrheit gegen den Landeshauptmann verteilen. Auch der Bund konnte nicht beeinflussen, wie das Land die Struktur der mittelbaren Bundesverwaltung ordnete. Ansprechpartner der Bundesregierung und Adressat ihrer Weisungen war daher weiterhin der Landeshauptmann, der diese Weisungen an das zuständige Landesregierungsmitglied weiterzugeben hatte. Er war verpflichtet, zur Durchführung der auf dem Gebiet der mittelbaren Bundesverwaltung erhaltenen Weisungen auch jene Mittel einzusetzen, über die er als Organ des selbständigen Wirkungsbereichs des Landes verfügte.<sup>86</sup> Den Landeshauptmann

traf dafür die „Ministerverantwortlichkeit“ nach Art. 142 B-VG.<sup>87</sup> In „seiner Eigenschaft als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung“ wurde der Landeshauptmann nunmehr durch einen von der Landesregierung bestimmten Landeshauptmannstellvertreter vertreten.<sup>88</sup>

Das neue Verwaltungsverfahrenrecht erschien als ausreichende Vorsichtsmaßnahme gegen zu große Macht des Landeshauptmannes: Als „nachgeordnetes Organ fällt er jetzt auch unter die neue Vorschrift, nach der nachgeordnete Organe die Befolgung einer Weisung nur dann ablehnen können, wenn sie von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde“.<sup>89</sup>

Die Neuorganisation der Verwaltung, die „zweite Gruppe des Reformwerks“,<sup>90</sup> erfolgte teils im Rahmen der Übergangsgesetzgebung,<sup>91</sup> teils in einem besonderen Bundesverfassungsgesetz vom 30. Juli 1925 „betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien“.<sup>92</sup> Dieses Gesetz war mit der B-VG-Novelle im engeren Sinn dadurch verknüpft, dass die „Einrichtung der Ämter der Landesregierungen mit dem Zeitpunkte des Inkrafttretens [der Kompetenzartikel des B-VG] durchzuführen“ war.<sup>93</sup>

Diese Ämter der Landesregierung, zuvor „noch reine Bundesbehörde[n]“,<sup>94</sup> sowie die ihnen un-

---

Amtsapparate“ zum Amt der Landesregierung (siehe sogleich).

<sup>87</sup> Vgl. ebd. 242.

<sup>88</sup> Art. 105 Abs. 1 B-VG i.d.F. § 26 Verfassungsnovelle 1925; positiv beurteilt von ADAMOVICH, Reform 240.

<sup>89</sup> WITTMAYER, Verfassungs- und Verwaltungsreform 485.

<sup>90</sup> FROELICH, Einleitung XIX; vgl. ADAMOVICH, Reform 228 (einer der „Hauptpunkte“).

<sup>91</sup> §§ 8f V-ÜG 1920 i.d.F. §§ 3f. Übergangsnovelle BGBl. 1925/269.

<sup>92</sup> Sog. „Ämter-der-Landesregierungen-Bundesverfassungsgesetz“ (BVG ÄmterLReg), BGBl. 1925/289. Der Wiener Magistrat fungierte schon seit 1922 als Amt der Landesregierung; ADAMOVICH, Reform 249.

<sup>93</sup> § 5 BVG ÄmterLReg.

<sup>94</sup> MERKL, Grundlagen 230.

---

<sup>82</sup> MERKL, Grundlagen 221.

<sup>83</sup> DERS., Epilog 1269.

<sup>84</sup> BVG vom 30. 7. 1925, BGBl. 1925/268; vgl. ADAMOVICH, FROELICH, Novellen.

<sup>85</sup> Art. 103 B-VG.

<sup>86</sup> Art. 103 Abs. 1; zustimmend ADAMOVICH, Reform 240. Dies war Konsequenz der „Verschmelzung der

terstehenden Bezirkshauptmannschaften<sup>95</sup> wurden nun 1925 eindeutig zu Behörden der Länder erklärt.<sup>96</sup> Damit hatte man, wie Merkl beklagte, das „nächstliegende Mittel, um eine gewisse Einheitlichkeit der Bundesverwaltung zu sichern“, nicht ergriffen, nämlich eine Ausdehnung der unmittelbaren Bundesverwaltung, ebensowenig die Möglichkeit, die Bezirkshauptmannschaften als „Fundament des Verwaltungsgebäudes“ in Form von Bundesbehörden einzurichten.<sup>97</sup>

Die bis 1925 nebeneinander stehenden Apparate der früheren gesamtstaatlichen und der früheren autonomen Verwaltung wurden im Amt der Landesregierung vereinigt, das als neue „einheitliche Behörde“ in organisatorischer Hinsicht Landesbehörde war.<sup>98</sup> Zeitgenossen charakterisierten die Veränderungen von 1925 daher mit den Schlagworten der „Verschmelzung“ der beiden „Amtsapparate“ unter „Beseitigung des [...] Doppelgeleises“ sowie der „Verlängerung“ bisheriger Gesamtstaats- bzw. Bundesbehörden.<sup>99</sup> Kritiker sahen darin eine „Auslieferung der Verwaltung an die Länder“.<sup>100</sup> Funktionell konnte das Amt der Landesregierung aber je nach betroffener Kompetenz entweder als Landes- oder als Bundesbehörde tätig werden.<sup>101</sup> Damit war eine Möglichkeit geschaffen, die Verwaltung nach sachlichen Gesichtspunkten zu organisieren, also unabhängig von der kompetenzrechtlichen Einordnung.<sup>102</sup> Dies

<sup>95</sup> ADAMOVICH, Frage 49; DERS., Reform 252.

<sup>96</sup> § 8 Abs. 4 V-ÜG i.d.F. § 3 ÜG-Novelle 1925; ADAMOVICH, Reform 252; WITTMAYER, Verfassungs- und Verwaltungsreform 484f.

<sup>97</sup> MERKL, Epilog 1269.

<sup>98</sup> Dabei erschienen die Bundesbeamten „zum Aussterben bestimmt“: WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 461.

<sup>99</sup> ADAMOVICH, Reform 252, 243f. Kritisch zum Begriff „Verlängerung“ KELSEN, Reform 28.

<sup>100</sup> STOLPER, Bund 733f.; ähnlich AUSTERLITZ, Verfassungsrevision 161ff.; STOLPER, Verfassungsreform 986 („Balkanisierung“).

<sup>101</sup> ADAMOVICH, Reform 250; KELSEN, Vollendung 311.

<sup>102</sup> ADAMOVICH, Reform 250.

konnte gegenüber den ausländischen Geldgebern als wichtige Sparmaßnahme ausgegeben werden<sup>103</sup> – man hätte darin aber auch ein Eingeständnis nicht völlig geglückter Kompetenzverteilung sehen können. Soweit erkennbar, wurde dieser Aspekt selbst von Kritikern der B-VG-Novelle nicht thematisiert.

### III. Themen

Der Transformationsprozess von der Doppelgleisigkeit der Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung war also durch schrittweises Vorgehen, durch Provisorien, Experimente und die Erwartung weiterer Veränderungen<sup>104</sup> gekennzeichnet. Daher wurden viele Fragen immer wieder neu thematisiert; die wissenschaftliche Auseinandersetzung blieb an den gesetzlichen Zäsuren nicht stehen und erstreckte sich oft über mehrere der oben definierten Phasen. Der beschränkte Umfang dieses Beitrags macht hier nur einen sehr skizzenhaften Überblick möglich.

Unterschiedliche Positionen gab es schon auf fundamental-begrifflicher Ebene. Ob die Novelle 1925 „Vollendung“<sup>105</sup> oder „Reform“ des B-VG und ob sie überhaupt eine „echte“ Reform im Sinne einer Verbesserung<sup>106</sup> war, erschien ebenso strittig wie ihre Notwendigkeit.<sup>107</sup> Auch die Sinnhaftigkeit einer bundesstaatlichen Verfassung für den national fast einheitlichen Klein-

<sup>103</sup> Vgl. WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 461: „Sehr geschickt wurden die Genfer Abmachungen verwendet, um in der großen Novelle von 1925 verschiedene föderalistische Rechtsforderungen durchzusetzen.“

<sup>104</sup> ADAMOVICH, Reform 249.

<sup>105</sup> KELSEN, Vollendung; DERS., Reform.

<sup>106</sup> MANNLICHER, Verwaltungsreform 357f.

<sup>107</sup> AUSTERLITZ, Verfassungsrevision 162.

staat, ein „Zwerggebilde“,<sup>108</sup> wurde noch heftig angezweifelt.<sup>109</sup>

Umstritten war auch der stets wieder begegnende Begriff der „Doppelgleisigkeit“ (zeitgenössisch übrigens oft als „Doppelgeleise“<sup>110</sup> bezeichnet), der vielfach als tendenziös empfunden wurde: Adamovich kritisierte, es sei „dieses irreführende Schlagwort meist nur zu Unrecht verwendet“<sup>111</sup> worden, weil die Aufgaben von verschiedenen Behörden mit genauer Kompetenzabgrenzung vollzogen wurden. Damit war „nicht eine doppelte Bearbeitung gleichartiger Geschäftsfälle, sondern nur ein Zusammenwirken beider Behörden gegeben“, Voraussetzung für einen Ausgleich zwischen gesamtstaatlichen und Landesinteressen. „Die vielgeschmähte Doppelgleisigkeit bedeutete somit [...] für den Bereich der Landesverwaltung die Erfüllung des Grundsatzes der Trennung der Wirtschaftsverwaltung von der Hoheitsverwaltung“.<sup>112</sup> Auch Pendl bestritt „eine zur Gänze oder doch zum überwiegenden Teile hypertrophe Doppelverwaltung“. Eine „wirkliche Doppelverwaltung“, bei der „wesensgleiche Verwaltungsakte auf einem und demselben Verwaltungsgebiete von zweierlei Behörden [...] gesetzt werden“, existierte nicht; es sei „also nicht alles wirklich Doppelverwaltung, was man Doppelverwaltung nennt.“<sup>113</sup>

Die Übernahme der (zuvor von einem beamteten Landeschef geleiteten) staatlichen Verwaltung durch eine gewählte Landesregierung galt als wichtiger Schritt zur weiteren Demokratisierung<sup>114</sup> der Verwaltung, die für die Bezirksver-

waltung erst in Planung war.<sup>115</sup> Diese Demokratisierung geriet jedoch in ein Spannungsverhältnis zum Prinzip der Verantwortlichkeit für die Verwaltungsführung. Die Verlagerung der gesamtstaatlichen Verwaltungsaufgaben von der Landesregierung (1918–1920) zum Landeshauptmann (1920) erschien als Wende von einer eher theoretischen kollegialen zu einer effektiven monokratischen Verantwortlichkeit.<sup>116</sup> Deren Justizialisierung durch eine „Individual- und Schuldhaftung“<sup>117</sup> nach Art. 142 B-VG hielt Kelsen für einen Fortschritt im Vergleich zur klassischen Bundesexekution, die als „technisch gänzlich rückständige [...] Kollektiv- und Erfolgshaftung“ Unschuldige trafe.<sup>118</sup> Kritiker wie Adamovich<sup>119</sup> oder Wittmayer<sup>120</sup> bemängelten hingegen die „Schwerfälligkeit und Kompliziertheit“<sup>121</sup> der Konstruktion einer mehrstufigen Weisungskette und erwarteten – nicht zu Unrecht, wie sich zeigen sollte<sup>122</sup> – mangelnde praktische Bedeutung dieser „letzte[n] Verteidigungslinie [...], auf die der Bund sich zurückzieht“.<sup>123</sup> Zugleich stellte sich die Frage, inwieweit man angesichts der faktischen Machtstellung der Landeshauptleute überhaupt noch eine Verantwortlichkeit der Bundesminister annehmen dürfe. Damit schien indirekt das Parlament geschwächt<sup>124</sup> – womit man wieder bei der Frage einer demokratisch legitimierten und kontrollierten Verwaltung war.

<sup>108</sup> STOLPER, Bund 622.

<sup>109</sup> AUSTERLITZ, Verfassungsrevision 162; KELSEN, Reform; DERS., Vollendung 302f.; STOLPER, Bund 621ff.

<sup>110</sup> ADAMOVICH, Reform 248f.; DERS., Frage 50; FROELICH, Einleitung XIX; KELSEN, Reform; DERS., Stellung 114; STOLPER, Verfassungsreform 985.

<sup>111</sup> ADAMOVICH, Reform 245.

<sup>112</sup> Ebd. 246.

<sup>113</sup> PENDL, Frage 115.

<sup>114</sup> Vgl. JABLONER, Bundesminister 23f.

<sup>115</sup> Vgl. TREBITSCH, Demokratie 53ff.

<sup>116</sup> ADAMOVICH, Reform 241; FROELICH, Eigentümlichkeiten 87ff.

<sup>117</sup> KELSEN, Bundesexekution 179.

<sup>118</sup> Ebd. 164f., 177f.; vgl. FROELICH, Eigentümlichkeiten 88f.

<sup>119</sup> ADAMOVICH, Reform 242f.

<sup>120</sup> WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 460.

<sup>121</sup> ADAMOVICH, Reform 242f („umständlich, zeitraubend und daher wenig praktikabel“).

<sup>122</sup> NESCHWARA, Verfassungsgerichtshof; VAŠEK, Verfassungsgerichtshof.

<sup>123</sup> WITTMAYER, Verfassungs- und Verwaltungsreform 485.

<sup>124</sup> AUSTERLITZ, Verfassungsrevision 163f. (Bundesregierung als „der reine Niemand“).



In Verbindung mit der Verantwortlichkeit standen auch die Fragen, ob die Landesregierung nach Mehrheits- oder nach Verhältniswahlrecht<sup>125</sup> gewählt und ob sie sodann nach Ministerial- oder Kollegialsystem organisiert sein sollte.<sup>126</sup>

Verantwortlichkeit ist die Kehrseite der Verwaltungsführung, deren Einheitlichkeit ebenfalls problematisiert wurde. In diesem Zusammenhang erschien die mittelbare Bundesverwaltung als Gefahr für eine gleichförmige Verwaltung, die sich manche nur unter zentraler Leitung durch die Bundesminister vorstellen konnten. Die Verwaltungsverfahrensgesetze wurden als eine Art Gegengewicht zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben an die Länder gesehen<sup>127</sup> – unterschiedliche Verfahrensregeln wären auch unvorstellbar gewesen.<sup>128</sup> Die vereinheitlichende Kraft der Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>129</sup> wurde angezweifelt. Auch hier stand das Modell der Justizialisierung in der Kritik – teils aus praktischen Gründen,<sup>130</sup> teils aus ideologischen, weil eine spätere Machtübernahme durch die Arbeiterklasse von einem zentral gesteuerten Verwaltungsapparat erleichtert worden wäre.<sup>131</sup> Andere plädierten schon Anfang der 1920er-Jahre für eine „von unten auf organisierte Verwaltungsrechtsprechung“ als Gegengewicht zur stärkeren Politisierung der Verwaltung und damit für

das (erst 2014 realisierte) Konzept einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>132</sup>

Schließlich wurde in allen Phasen des Übergangs auch das Schicksal der Staatsbeamten thematisiert.<sup>133</sup> Hier begegneten einander tagespolitisch-strategische Überlegungen – die Beamten der staatlichen Verwaltung stellten eine beachtliche Wählergruppe, die Beamtenfrage war daher politisch interessant – mit grundsätzlichen Gedanken zur Bedeutung des traditionellen österreichischen Beamtentums und dessen Vorteilen im Vergleich zu gewählten Funktionären.<sup>134</sup>

#### IV. Conclusio

Dieser Überblick hat gezeigt, dass die Verfassungsnovelle 1925 zu Unrecht im Schatten der Verfassungsnovelle 1929 steht. Dies gilt sowohl von einem allgemeinen als auch von einem individuellen Standpunkt aus: Reduziert man 1929 auf die Aufwertung des Bundespräsidenten, so kann man 1925 auf die Festschreibung der Machtstellung für die Landeshauptleute zuspitzen. In der österreichischen „Realverfassung“ spielen die Landeshauptleute, die eine politische Leitungsfunktion innerhalb des Landes mit einer „unpolitischen“ Verwaltungsfunktion verbinden,<sup>135</sup> eine kontinuierlich stärkere Rolle als der Bundespräsident. Der Umbau von der gewaltenverbindenden parlamentarischen Republik zur gewaltenteilenden parlamentarischen Präsidentschaftsrepublik mag zwar spektakulärer gewesen sein, im Alltag begegnen Ämter der Landesregierung und mittel-

<sup>125</sup> KLEIN, Verhältniswahl 97ff.; KOCH, Frage 56; PENDL, Frage 105.

<sup>126</sup> WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 463; vgl. WIEDERIN, Ressortsystem.

<sup>127</sup> MANNLICHER, Verwaltungsreform 367.

<sup>128</sup> Ebd. 358.

<sup>129</sup> ADAMOVICH, Reform 264ff.

<sup>130</sup> BARTSCH, Reform 31.

<sup>131</sup> AUSTERLITZ, Verfassungsrevision 164, kritisierte dabei auch die „Verfassungsfachmänner[...], die hier eine günstige Gelegenheit wahrnehmen, ihre Rechtstheorien in die Tat umzusetzen und jene ideale Verfassung zu schaffen, in der alles, was Macht ist, ausgetilgt und durch Gerichte ersetzt werden soll“ – klarer Angriff auf Kelsen und weiterer Beleg für die schwierige Beziehung zwischen den beiden Verfassungsrichtern, vgl. OLECHOWSKI, Kelsen 431.

<sup>132</sup> KOCH, Frage 59f.

<sup>133</sup> ADAMOVICH, Reform 252f.; KELSEN, Reform 29; DERS., Vollendung 307, 314; MERKL, Grundlagen 224; PENDL, Frage 109ff.; STOLPER, Bund 733f; DERS., Verfassungsreform 985 (vgl. KOHL, Gesetzgebung); WITTMAYER, Verfassungsentwicklung 462; DERS., Verfassungs- und Verwaltungsreform 48.

<sup>134</sup> MERKL, Epilog 1270.

<sup>135</sup> PURTSCHER, Organisationshoheit 338f.

bare Bundesverwaltung den Staatsbürgern jedoch erheblich häufiger.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Gerald KOHL  
 Universität Wien  
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
 Schottenbastei 10-16  
 1010 Wien  
 gerald.kohl@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0002-6812-3897

## Abkürzungen:

LReg. Landesregierung  
 V-ÜG Verfassungs-Übergangsgesetz  
 Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

## Literatur:

- Ludwig ADAMOVICH, Georg FROELICH (Hgg.), Die Novellen zur Bundesverfassung (Wien 1926).
- Ludwig ADAMOVICH, Die österreichische Verfassungs- und Verwaltungsreform, in: Juristische Wochenschrift 55 (1926) 1901–1903.
- DERS., Die Reform der österreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926) 228–280.
- DERS., Die Typen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Bundes-Verfassungsnovelle von 1929, in: Österreichisches Verwaltungsblatt 1/3 (1930) 3, 7–9.
- DERS., Zur Frage der verfassungsmäßigen Organisation der Landesverwaltung in Österreich, in: Zeitschrift für Verwaltung 56 (1923) 33–62.
- Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (Hg.), Manual Rechts- und Verfassungsgeschichte (Wien 2018).
- Friedrich AUSTERLITZ, Verfassungsrevision, in: Der Kampf 18/5 (1925) 161–165.
- Robert BARTSCH, Die Reform der Bundesverfassung. Bericht über die Wechselrede in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 9. Dezember 1925, in: Gerichts-Zeitung 77 (1926) 30–31.
- Wilhelm BRAUNEDER, Deutschösterreich 1918. Die Republik entsteht (Wien 2000).

- DERS., Geschichte der Struktur der allgemeinen Verwaltung, in: Bundeskanzleramt (Hg.), Die öffentliche Verwaltung in Österreich (Wien 1992) 31–59.
- DERS., Österreichische Verfassungsgeschichte (Wien 2009).
- Peter BUßJÄGER, Die rechtliche und politische Kontrolle der Länder und ihrer Organe bei der Vollziehung von Bundesrecht im System der österreichischen Bundesverfassung, in: Peter BUßJÄGER (Hg.), Vollzug von Bundesrecht durch die Länder (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismus 85, Wien 2002) 5–22.
- Georg FROELICH, Der Landeshauptmann als Organ der Bundesverwaltung, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921) 131–135.
- DERS., Einleitung, in: Ludwig ADAMOVICH, Georg FROELICH (Hgg.), Die Novellen zur Bundesverfassung (Wien 1926) XIII–XXXIX.
- DERS., Staatsrechtliche Eigentümlichkeiten der österreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921) 81–90.
- Anna GAMPER, Zur verfassungsrechtlichen Systemrelevanz der Bezirksverwaltungsbehörden in der mittelbaren Bundesverwaltung, in: Peter BUßJÄGER u.a. (Hg.), Kontinuität und Wandel. Von „guter Polizey“ zum Bürgerservice. Festschrift 150 Jahre Bezirkshauptmannschaften (= Institut für Föderalismus – Schriftenreihe 125, Wien 2018) 555–575.
- Ernst C. HELBLING, Die Landesverwaltung in Cisleitanien, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. 2: Verwaltung und Rechtswesen (Wien 1975) 190–269.
- Rudolf HERRNRITT, Österreichisches Verwaltungsrecht. Ein Grundriß der Rechtstheorie und Gesetzgebung der inneren Verwaltung (Tübingen 1925).
- Michael HÖLLBACHER, Die Kehrseite der Medaille – Ausgewählte Problemfelder des Vollzugszentrismus, in: Melanie GIERLINGER u.a. (Hg.), Subsidiarität, Föderalismus, Selbstverwaltung (Wien 2012) 81–106.
- Gottfried HOLZER, Weinaufsicht und bundesstaatliches Prinzip. Bemerkungen zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 1. Juli 1987, G 78/87-9, in: Zeitschrift für Verwaltung (1988) 126–130.
- Gerhart HOLZINGER, Aktuelle Fragen des Bundesstaatsprinzips. Zum Stand der Bundesstaatsreform Überlegungen im Österreich Konvent, in: Walter BERKA u.a. (Hgg.), Verfassungsreform. Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents (Wien–Graz 2004) 71–83.

- Clemens JABLONER, Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: DERS., Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 25, Wien 2013) 23–46.
- Hans KELSEN, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung (Tübingen 1927).
- DERS., Die Organisation der vollziehenden Gewalt, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920) 48–60.
- DERS., Die Reform der Bundesverfassung. Bericht über die Wechselrede in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 9. Dezember 1925, in: Gerichts-Zeitung 77 (1926) 28–30.
- DERS., Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920) 98–122.
- DERS., Die Vollendung der österreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für Politik 15 (1926) 301–319.
- Franz KLEIN, Die Verhältniswahl der Landesregierung, in: Der Österreichische Volkswirt 19/4 (1926) 97–99.
- Hans KOCH, Zur Frage der verfassungsmäßigen Organisation der Landesverwaltung in Österreich, in: Zeitschrift für Verwaltung 56 (1923) 56–61.
- Gerald KOHL, Das bundesstaatliche Prinzip in der österreichischen Verfassungsrechtswissenschaft der Ersten Republik, in: Martin P. SCHENNACH (Hg.), Rechtshistorische Aspekte des österreichischen Föderalismus (Wien 2015) 117–145.
- DERS., Die außerordentliche Gesetzgebung im Rahmen der Genfer Protokolle. Theorie und Praxis des „außerordentlichen Kabinettsrates“ 1922–1924, in: Christian Neschwara u.a. (Hgg.), Normsetzung im Notstand. Außerordentliche Gesetzgebungsbefugnisse im 19. und 20. Jahrhundert (= BRGÖ 2018/2, Wien 2018) 318–343.
- Egbert MANNLICHER, Die österreichische Verwaltungsreform des Jahres 1925, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926) 357–394.
- Adolf MERKL, Demokratie und Reform der Verwaltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921) 65–137.
- DERS., Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der österreichischen Verwaltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921) 208–239.
- DERS., Epilog zur Verfassungsreform, in: Der Österreichische Volkswirt 17 (1925) 1241–1243, 1269–1272.
- DERS., Erläuterungen zum Gesetz vom 14. November 1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, StGBI Nr. 24, in: Hans KELSEN, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich Bd. 1 (Wien–Leipzig 1919) 103–114.
- DERS., Länderautonomie, in: Österreichische Zeitschrift für Verwaltung 50 (1917) 69–71.
- DERS., Staat und Länder, in: Zeitschrift für Verwaltung 53/1 (1920) 1–2.
- DERS., Zum Problem der Verwaltungsreform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921) 163–174.
- DERS., Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921) 336–359.
- Christian NESCHWARA, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Staatsgerichtshof der Republik Österreich von 1920 bis 1934, in: Gerald KOHL, István SZABÓ (Hgg.), Staatsgerichtsbarkeit in Mitteleuropa. Beiträge zur Tagung „Staatsgerichtsbarkeit in Vergangenheit und Gegenwart“ (Budapest 2017) 59–68.
- Julius OFNER, Die neue Bundesverfassung, in: Juristische Blätter 50 (1921) 65–70.
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Wilhelm PENDL, Zur Frage der verfassungsmäßigen Organisation der Landesverwaltung in Österreich, in: Zeitschrift für Verwaltung 56 (1923) 104–121.
- Wolfgang PESENDORFER, Der Landeshauptmann. Historische Entwicklung, Wesen und verfassungsrechtliche Gestalt einer Institution (= Forschungen aus Staat und Recht 76, Wien–New York 1986).
- Markus PURTSCHER, Die Organisationshoheit und der Behördenbegriff in der mittelbaren Bundesverwaltung, in: Juristische Blätter 102 (1980) 338–348.
- Christian RANACHER, Die allgemeine staatliche Verwaltung in den Ländern als effiziente Regierungsorganisation – Plädoyer für ein nach wie vor modernes Konzept, in: Journal für Rechtspolitik 23 (2015) 199–208.
- Willibald ROSNER, Reinelde MOTZ-LINHART (Hgg.), 1861 und die Folgen. Region und Parlamentarismus. Die Vorträge des NÖ Instituts für Landeskunde, Wien, Palais Niederösterreich, 5. bis 6. Juli 2011 (= Studien und Forschungen aus dem Niederösterreichischen Institut für Landeskunde 56, St. Pölten 2013).
- Georg SCHMITZ, Der Landesamtsdirektor. Entstehung und Entwicklung (Wien 1977).
- Wolfgang STEINER, Landeshauptmann, in: Erich PÜR-  
GY (Hg.), Das Recht der Länder – System, Bd. 1:

- Landesverfassungsrecht und Organisationsrecht (Wien 2012) 385–421.
- Gustav STOLPER, Bund und Länder, in: *Der österreichische Volkswirt* 17 (1925) 593–595, 621–623, 705–706, 733–734.
- DERS., Verfassungsreform, in: *Der österreichische Volkswirt* 17 (1925) 985–987.
- Oskar TREBITSCH, Demokratie und Verwaltung, in: *Der Kampf* 18/2 (1925) 53–58.
- Josef ULBRICH, *Das österreichische Staatsrecht (= Das öffentliche Recht der Gegenwart* 10, Tübingen 1909).
- Markus VAŠEK, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Staatsgerichtshof nach 1945, in: Gerald KOHL, István SZABÓ (Hgg.), *Staatsgerichtsbarkeit in Mitteleuropa. Beiträge zur Tagung „Staatsgerichtsbarkeit in Vergangenheit und Gegenwart“* (Budapest 2017) 163–177.
- Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 7. Februar 1917, in: *Juristische Blätter* 46 (1917) 76–78.
- Karl WEBER, *Die mittelbare Bundesverwaltung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung der Organisation der Verwaltung des Bundes im Bereich der Länder außer Wien. Zugleich eine Geschichte der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern außer Wien* (Wien 1987).
- Ewald WIEDERIN, Das Ressortsystem in der Landesregierung, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 73 (2018) 507–524.
- DERS., Die Diskussion über die Stellung der Länder in der *Zeitschrift für öffentliches Recht*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 69 (2014) 875–891.
- Leo WITTMAYER, Die österreichische Verfassungs- und Verwaltungsreform, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 31 (1926) 484–487.
- DERS., Österreichs Verfassungsentwicklung. Ein Beitrag zur Anschlußfrage, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 83/3 (1927) 449–473.

Ilse REITER-ZATLOUKAL, Wien

## Die Kompetenzverteilung in der österreichischen Verfassung von 1934

### *The Distribution of Competences in the Austrian Constitution 1934*

*Due to the authoritarian principle dominantly anchored in the constitution of 1934, federalism, which had still been prevalent in the previous constitution, was reduced – despite the designation ‘federal state’ for the new state system. Accordingly, a continuation of the tendency towards a centralisation of competences, which had already been evident in 1933, can be seen. Therefore, the competences of the federal government were strengthened, whereas the Länder were deprived of autonomy. At the same time, the system of competences was simplified and made more flexible. In reality, however, these provisions were overlaid by those of the Constitutional Transition Act, which made an unveiled chancellor dictatorship possible.*

**Keywords:** *authoritarian principle – centralisation – competences – constitution*

### Vorbemerkung

Bereits in der Phase des „Staatsstreiches auf Raten“ (Huemer), als die Regierung Dollfuß nach der sog. „Selbstausschaltung“ des Nationalrates am 4. März 1933 mit zahlreichen Verfassungsbrüchen die parlamentarische Demokratie durch eine Diktatur ersetzte, zeigte sich eine klare Tendenz zur Entmachtung der Länder, die freilich in politischer Hinsicht primär gegen das sozialdemokratische Wien gerichtet war – wurden doch die Materien des Sicherheitswesens und Staatsbürgerschaftsrechts bereits vor der Erlassung der neuen Verfassung einer Zentralisierung unterworfen.<sup>1</sup>

Diese Tendenz setzte sich auch in der Verfassung 1934 fort, wiewohl diese, so Adolf Merkl, dem föderalistischen Prinzip durchaus Raum gab, jedoch „nur in einem solchen Maße, daß das obers-

te Leitmotiv des Verfassungswerks, nämlich die autoritäre Staatsführung, in keiner Weise in Frage gestellt“ wurde, hebe doch ein „nach den geschichtlichen Vorbildern durchgeführte[r] Typus des Bundesstaates“ das „Autoritätsprinzip in dem modernen Sinne des Wortes“ auf.<sup>2</sup>

Im Zuge der von den Parteien der Regierungskoalition schon seit den 1920er-Jahren<sup>3</sup> geforderten Neugestaltung der österreichischen Verfassung musste auch die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern berufsständisch-autoritären Vorstellungen entsprechend umgestaltet werden. Diese Frage wurde im Ministerrat auch durchaus ausgiebig und kontroversiell diskutiert, die neuen Kompetenzbestimmungen fanden schließlich ihren Niederschlag in einem eigenen Hauptstück der Verfassung 1934 (3. Hauptstück) – wie zu zeigen ist.

In der Verfassungsrealität war die Neuordnung der Kompetenzen in der Verfassung 1934 aller-

---

<sup>1</sup> Siehe dazu ausf. REITER-ZATLOUKAL, Rechtsstellung. Auf diesen Beitrag stützen sich z.T. auch die folgenden Ausführungen.

---

<sup>2</sup> MERKL, Verfassung 202.

<sup>3</sup> Vgl. REITER-ZATLOUKAL, Parlamentarismus.

dings durch das Regelwerk der „Übergangsverfassung“,<sup>4</sup> also des Verfassungs-Überleitungsgesetzes (V-ÜG) 1934,<sup>5</sup> überlagert und kam nur teilweise zum Tragen.

## 1. Verfassungsdiskussion 1934

Im Jänner 1934 legte der mit der Verfassungsreform betraute Minister Otto Ender einen Entwurf für die neue Verfassung vor,<sup>6</sup> der trotz der bisherigen Zentralisierungsmaßnahmen der Regierung grundsätzlich am bundesstaatlichen Charakter Österreichs festhielt, weil dies, so Ender im Ministerrat,<sup>7</sup> „die geschichtliche Entwicklung Österreichs verlangt“. Daher wurde auch an der Teilung der Gesetzgebung- und Vollziehungsgewalt zwischen Bund und Ländern „ungefähr in der bisherigen Art“ festgehalten. Eine Änderung gäbe es jedoch im Bereich des Schulwesens, da bei der Schaffung des B-VG die „Kompetenzfrage auf dem Gebiet des Schulwesens nicht entschieden“ worden sei – was dazu geführt habe, dass „gewisse Materien nur durch sogenannte paktierte Gesetze geregelt werden konnten“, ein „allgemein als sehr unerwünscht bezeichneter Zustand“. Hier schaffe der Entwurf „Klarheit“, indem er „die Hochschulen, die mittleren Lehranstalten, gewisse Fachhochschulen usw. ausschließlich dem Bunde zu[weise]“. Die sonstigen Angelegenheiten des Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesens einschließlich der Schulaufsicht würden nun der Grundsatzgesetzgebung des Bundes zufallen. „Wenn unsere Gesetzgebung“, so Ender, „die Kunst wirklicher Grundsatzgesetzgebung wieder erlernt, eine Kunst, die ihr vor 50 bis 70 Jahren zu eigen war, so kann diese Lösung sehr glücklich sein“, denn der Bund könne „seine berechtigten Interessen

voll wahren und die Länder kommen in der Ausführungsgesetzgebung zu ihrem Recht“.

In weiterer Folge wurde dieser Verfassungsentwurf im Ministerrat beraten,<sup>8</sup> wobei sich die Zentralisten (v.a. die Minister Fey, Kerber, Neustädter-Stürmer) und die Vertreter eines modifizierten Föderalismus (die Minister Schuschnigg, Schmitz und Buresch) gegenüberstanden. Die Diskussionen in diesem Zusammenhang drehten sich neben den Kompetenzbestimmungen auch u.a. um den Modus der Bestellung des Landeshauptmannes und die Organisation der Bezirkshauptmannschaften, worauf hier nicht näher eingegangen werden kann.<sup>9</sup> Was die Kompetenzverteilung betrifft, sprach sich Odo Neustädter-Stürmer gegen die im Entwurf vorgesehene taxative Aufzählung der Bundeskompetenzen und damit verbunden die „allgemeine Kompetenz“ der Länder aus und forderte eine Generalklausel zugunsten des Bundes. Für Justizminister Kurt Schuschnigg war es „selbstverständlich, dass heute die Kompetenzen des Bundes sehr ausgedehnt sein“ müssten, man könne es aber „im allgemeinen bei der bisherigen Ordnung belassen“. Er betonte allerdings, dass das „heutige System der Gegenüberstellung von Grundsatzgesetzgebung des Bundes und Ausführungsgesetzgebung der Länder [...] zu manchen Unzukömmlichkeiten geführt habe“. Jedenfalls könne man die Kompetenzen des Bundes weiterhin taxativ aufzählen und „brauche keine Sorge zu haben, dass [diese] die Macht der Länder überwuchern werde“.

Für Richard Schmitz, damals Kanzleramtsminister, war es überhaupt „schwer zu sagen, wo der Bundesstaat aufhöre und der Einheitsstaat anfange“, die Zuteilung von Gesetzgebungskompetenzen an die Länder sei aber erforderlich, wenn man den bundesstaatlichen Charakter aufrechterhalten wolle. Dem „Subsistiarprinzip“ ent-

<sup>4</sup> WIEDERIN, Bundesstaatlichkeit 32.

<sup>5</sup> Art. III § 56 Abs. 3 V-ÜG, BGBl. II 75/1934.

<sup>6</sup> Ausf. ETLINGER, Landesverfassungen 32–35.

<sup>7</sup> MRP Nr. 919, 1. 2. 1934, Beil. A, Vortrag für den Ministerrat, NECK, WANDRUSZKA, Protokolle VIII/5 510f.

<sup>8</sup> Für alle Zitate siehe MRP Nr. 920, 20. 3.–29. 3. 1934, NECK, WANDRUSZKA, Protokolle VIII/6 152–157.

<sup>9</sup> Ausf. ETLINGER, Landesverfassungen 35–42.

sprechend habe jede „Gemeinschaft [...] jene Aufgaben zu erfüllen, zu deren Besorgung sie mit eigenen Kräften fähig sei“. Die Kompetenzverteilung müsse von diesem Gesichtspunkt beurteilt und so gestaltet werden, „dass die Landeskompetenzen wirklich in den inneren Wirkungskreis der Länder hineinpaßten“. Dem Bund sollte jedenfalls die Möglichkeit zukommen, „bei Mängeln der Landesgesetzgebung [...] korrigierend einzugreifen“, denn „die wirkliche Schwierigkeit“ liege nicht in der Kompetenzverteilung, sondern im „Mangel eines Sanktionsrechtes gegenüber Landesgesetzen“. Daher müsse ein solches Sanktionsrecht des Bundes „die Wahrung der vom Bund zu beobachtenden Belange sicherstellen“. Auch Kanzler Engelbert Dollfuß sprach sich für eine Sanktion der Landesgesetze aus und verwies auf die diesbezüglichen Normen in der Monarchie. Ender selbst erklärte sich mit der „Wiedereinführung des Sanktionsrechtes“ einverstanden, wenn man „den Ländern die früher besessene Gesetzgebungskompetenz wieder zuerkenne“ und „die Erteilung der Sanktion an eine bestimmte Frist binde“.

Hinsichtlich der Vollziehungskompetenzen warf Neustädter-Stürmer in der Diskussion die Frage auf, ob es in der neuen Verfassung „überhaupt noch notwendig sei, eine Grenze zwischen der Vollziehung des Bundes und jener des Landes zu ziehen“, weil nach dem vorliegenden Entwurf, „von geringen Ausnahmen abgesehen dem Land ohnedies in jedem Fall die Vollziehung zukomme“. Bei der Unterscheidung in Bundes- und Landesvollziehung handle sich um „ein Überbleibsel aus der Zeit der veränderten Verwaltung, in der zwischen unmittelbarer und mittelbarer Bundesverwaltung unterschieden“ worden sei, woran aber nicht festgehalten werden solle. Vielmehr würde genügen, „lediglich zwischen der Gesetzgebung des Bundes und der Länder zu unterscheiden“.

Sicherheitsminister Emil Fey schlug vor, „in jenen Angelegenheiten der Bundesgesetzgebung, in denen es möglich und zweckmäßig ist, auch

die Erlassung der Durchführungsbestimmungen dem Bund vorzubehalten, dem es dann freistehen solle, den Vollzug durch eigene Organe zu besorgen.“ Fey lehnte es überhaupt ab, „gewisse Bundesagenden, insbesondere betreffend die öffentliche Sicherheit, durch Landesorgane besorgen zu lassen, wenn dem Bund nicht gleichzeitig ein Einfluss auf diese Organe zustünde“, wie dies vorbildlich bei den 1933 geschaffenen Sicherheitsdirektoren, die direkt dem Bundeskanzleramt unterstellt waren, der Fall sei. Man müsse dem Bund daher auch einen Einfluss auf die Enthebung der nach dem Entwurf für Sicherheitsangelegenheiten zuständigen Bezirkshauptmänner einräumen und diese entweder zu Bundesbeamten (oder zu reinen Landesbeamten bei gleichzeitigem Entzug dieser Agenden) machen. Zu dieser „Lösung müsse man kommen, wenn man ungesunde Verhältnisse vermeiden“ wolle.

Für Innenminister Robert Kerber wiederum hatte sich das Institut der Grundsatzgesetzgebung „nicht bewährt“, und überdies sei das „Nebeneinander“ von Bundes- und Landesgesetzgebung einerseits sowie der Grundsatzgesetzgebung des Bundes andererseits „überaus kompliziert und kostspielig“. Er schlug daher vor, nur „einige wenige Landeskompetenzen“ vorzusehen und „alles übrige als Kompetenz des Bundes zu erklären“, denn die „notwendige Freiheit in den Ländern“ sei gewahrt, wenn die Durchführung durch Verordnungen der Landesregierung erfolge. Staatssekretär Franz Glas trat ebenfalls dafür ein, „das öffentliche Leben so billig als möglich zu gestalten“, plädierte aus diesem Grund aber dafür, sich an die „bereits bestehende Organisation“ zu halten.

Finanzminister Karl Buresch betonte, dass den Ländern jedenfalls eine „gewisse Selbständigkeit“ zukommen müsse, wenn denn Österreich ein Bundesstaat sein solle. Es sei aber erforderlich, die Finanzverfassung „einer genauen Prüfung“ zu unterziehen, denn zwecks Gesundung der Wirtschaft müsse man dem Bund auch hier einen „möglichst weite[n] Wirkungskreis“ ein-

räumen. Hinsichtlich der Grundsatzgesetzgebung des Bundes führte er die Einschätzung, dass sie „die in sie gesetzten Erwartungen“ nicht erfüllt hätte, auf die „früheren Parteiverhältnisse“ zurück. Wenn aber die Zentralgewalt wieder „fester gefügt“ sein werde, dann ließe sich auch auf dem Gebiet der Grundsatzgesetzgebung „ein guter Weg“ finden, der zur Schaffung „eines einheitlichen Bundesrechts“ führen könne. Ein wesentliches Anliegen bei der Kompetenzverteilung sei aber, „daß beim Bund jene Angelegenheiten zu verbleiben hätten, die vom Bund alleine geführt werden sollten“, wie etwa das Elektrizitätswesen.

Ender verwehrte sich gegen eine „Unterschätzung des Werts der Grundsatzgesetzgebung“ und gegen die „Umkehrung des Systems“ der taxativen Aufzählung der Bundeskompetenzen mit einer Generalklausel zugunsten der Länder. Außerdem müsste ein solcher Vorschlag mit den Ländern besprochen werden, andernfalls dies zu „schweren Auseinandersetzungen mit den Ländern führen“ müsse. Solche Verhandlungen machte Ender sogar zur „Voraussetzung für seine weitere Mitarbeit“. In der Frage der Vollziehung der Länder vertrat er als Verfechter des Föderalismus die Ansicht, dass „dort, wo das Land die Vollziehung habe, ihm auch das Recht zukomme, Durchführungsverordnungen zu erlassen“. Ender sah daher auch kein Problem darin, das gesamte Elektrizitätswesen dem Bund zu überweisen, wenn die Vollziehung bei den Ländern verbleibe, ebenso auch die Straßenpolizei, wiewohl er bezweifelte, dass der Bund in der Lage sei, „die mit dieser Materie zusammenhängenden Fragen ganz befriedigend zu lösen“. Darüber hinaus habe man nun das gesamte Dienstrecht der öffentlichen Angestellten dem Bund überantwortet, womit der „ungesunde Zustand“ beseitigt werden könne, dass es in den Ländern neben Landesangestellten auch Bundesangestellte gebe; die Vollziehung „werde man dem Land jedoch nicht wegnehmen können“.

Wiewohl die Verhandlungen im Ministerrat bereits klar die Weichen in Richtung eines Föderalismusabbaus und der weiteren Zentralisierung gestellt hatten, ohne dass dies mit Landesrepräsentanten akkordiert worden wäre, stellte Bundeskanzler Dollfuß schließlich in Aussicht, die Kompetenzfrage mit den Landeshauptmännern zu besprechen. Wurde am 28. März 1934 noch in den Medien betont, dass „die Frage des Einbaues der gesetzgebenden Kompetenzen der Länder in die künftige Verfassung“ noch „[n]icht restlos geklärt“ sei,<sup>10</sup> so hieß es bereits einen Tag später „Mit den Ländern einig“.<sup>11</sup> Berichtet werden konnte nun, dass die Ländervertreter die neue Verfassung nach einer mehrstündigen Besprechung mit Dollfuß und Ender gebilligt hätten, womit die Verfassung „nicht nur von dem Willen der Bundesregierung, sondern auch der Ländervertretungen getragen“ wäre.<sup>12</sup>

## 2. Maiverfassung 1934

Die von Regierung bereits Ende April mittels einer Verordnung nach dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz von 1917 oktroyierte neue Verfassung für den „christlichen, deutschen Bundesstaat auf ständischer Grundlage“ (Präambel) wurde am 1. Mai 1934 feierlich proklamiert. Obwohl die Bezeichnung „Bundesstaat Österreich“ anders vermuten lässt und die Bundesstaatlichkeit durchaus ein „wichtiges Gliederungsprinzip“ geblieben war, so erschien sie „der Sache nach aber erheblich abgeschwächt“,<sup>13</sup> vertrat sich doch ein wirklicher Föderalismus, wie bereits angesprochen, nicht mit der autoritär-zentralistischen Staatskonzeption, weshalb

<sup>10</sup> Die Stunde, 28. 3. 1934, 1 (Einzelheiten der Verfassung).

<sup>11</sup> Salzburger Chronik für Stadt und Land, 29. 3. 1934, 1 (Mit den Ländern einig).

<sup>12</sup> Neues Wiener Journal, 29. 3. 1934, 2 (Länder- und Wirtschaftsvertreter billigen neue Verfassung!).

<sup>13</sup> WIEDERIN, Bundesstaatlichkeit 34.



die Länder Kompetenzen einbüßten. Auch wurde die Mitsprache der Länder im Bundesgesetzgebungsverfahren erheblich reduziert, und sie verloren ihre Autonomie in der Landesgesetzgebung und -organisation, wie gezeigt wird.

## 2.1. Kompetenzverteilung

Wie Merkl feststellte, habe die gesetzgeberische Aufgabe bei der Neuregelung der Kompetenzen „in einer großzügigen Kommissation der Kompetenzen von Bund und Ländern, wennmöglich in einer Verminderung der Zahl der Kompetenztypen, die durch die Varianten der Hauptwege der Art. 10–15 [B-VG] auf ein volles Dutzend angeschwollen waren,<sup>14</sup> und jedenfalls in einer Zusammenfassung mancher bisheriger übermäßig spezialisierter und daher schwer abgrenzbarer Kompetenzfälle zu größeren Agendenkomplexen“ bestanden.<sup>15</sup> Dies war auch im Wesentlichen gelungen, denn die in der Verfassung festgelegte Kompetenzverteilung weist im Vergleich zu der ihrer Vorgängerin eine Vereinfachung und eine Verminderung der Zahl der Kompetenztypen auf. Merkl<sup>16</sup> zufolge sei auch „rückhaltslos anzuerkennen, daß das neue System der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern viele Unebenheiten der durch die beiden Verfassungsnovellen [...] 1925 und [...] 1929<sup>17</sup> überflüssig und übermäßig kompliziert gewordenen Kompetenzordnung ausgeglichen und manche Bizarrerien dieser Kompetenzordnung, die ihresgleichen auf der Erde gesucht [hätten], beseitigt“ habe. Für Merkl war dieses „irrationale Flickwerk der bisherigen Kompetenzbestimmungen größtenteils [ein] typisches Parteienkompromiß“, über das nun „ein autoritäres Regime einfach hinweggehen“ habe können.

<sup>14</sup> Siehe WERNDL, Kompetenzverteilung.

<sup>15</sup> MERKL, Verfassungsrecht 268; auch als DERS., Verfassung 57.

<sup>16</sup> Ebd. 57f.

<sup>17</sup> Siehe dazu die Beiträge von Stephan Hinghofer-Szalkay und Gerald Kohl in diesem Band.

Nun habe die „annähernde Gleichschaltung des politischen Systems in Bund und Ländern [...] auch einer diffizilen Kompetenzabgrenzung den ursprünglichen Sinn genommen“. Es würde nämlich „bei der politischen Gleichrichtung der Bundes- und Ländergewalten im sachlichen Ergebnis kaum etwas ändern“, ob nun der Bund oder ein Land über diese oder jene Kompetenz verfüge. Für Merkl war es allerdings „nicht ersichtlich“, ob für die „neue, aber in den Grundlagen doch unveränderte Kompetenzordnung“ nur „das Beharrungsvermögen der letzten noch jungen und mühsam ausgeklügelten Kompetenzordnung ausschlaggebend“ war, oder ob die „Ressortinteressen der Bundes- und Landesbürokratien einfach an die Stelle der gegensätzlichen Parteiinteressen getreten“ seien und sich deren „kompliziertes, in der Bundesverfassung 1920 verankertes Kompromiß zu eigen gemacht“ hätten.

Im Einzelnen weist die Verteilung der Zuständigkeiten in der Tat „manche Veränderung“ auf.<sup>18</sup> So wurden zwar die Bundeskompetenzen (Art. 34) weiterhin in einem „Riesenkatalog“<sup>19</sup> taxativ aufgezählt, dies aber zu Lasten der Länder, denn die in Form einer Generalklausel umschriebenen Landeskompetenzen (Art. 40) wurden dadurch nun erheblich reduziert. Die dem Bund zugewiesenen Kompetenzen waren jedenfalls ihrer „juristischen, kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Bedeutung nach [...] die wichtigsten“,<sup>20</sup> darunter etwa: „Aufbau, Einrichtung und Aufgaben der ständischen Verwaltung“, Bundesfinanzen, Sicherheitswesen, Gewerbe, Handel und Industrie, Verkehrswesen usw.

Die schon vor Erlassung der Verfassung feststellbare „Tendenz zur Verbundlichung“<sup>21</sup> von Angelegenheiten, an denen bisher die Länder teilgehabt hatten, zeigt sich etwa – in Fortset-

<sup>18</sup> JÄCKL, Verfassung 105.

<sup>19</sup> KULISCH, Studien 169.

<sup>20</sup> Ebd.

<sup>21</sup> MERKL, Verfassung 59.

zung der sich schon 1933 manifestierenden Tendenz – klar nicht nur im Bereich des Staatsbürgerschaftswesens,<sup>22</sup> sondern auch des Elektrizitätswesens sowie in Teilen des Krankenanstaltswesens und der Landeskultur. Überdies wurden nun einige Angelegenheiten aufgenommen, die „bisher nicht in der Verfassung aufgezählt“ worden waren,<sup>23</sup> so etwa das Rundfunkwesen, die Fremdenverkehrsförderung (soweit sie sich auf das ganze Bundesgebiet bezog), das Messewesen, die Unterbringung ausgedienter Soldaten im öffentlichen Dienst, das Buchmacher- und Totalisateurwesen.

Diese „starre Zentralisation“ wurde allerdings dadurch durchlöchert, dass durch einfache Bundesgesetze die Landesgesetzgebung ermächtigt werden konnte, „zu näher zu bezeichnenden Bestimmungen Ausführungsbestimmungen zu erlassen“, womit sich, wie Kulisch kritisierte,<sup>24</sup> die eigentliche Bundesgesetzgebung zu einer „bloßen Grundsatzgesetzgebung des Bundes verwandelt“ habe. Daher biete allein die „Einsicht der Bundesregierung [...] eine politische Gewähr dafür, daß sie die Gesetzesinitiative nicht leichten Herzens ergreifen werde“, damit nicht „die Einheitlichkeit der Rechtssatzung in den im Art. 34 aufgezählten Gegenständen [...] gefährdet“ werde.

Im Bereich des Schulwesens (Art. 37) wurden nun die Kompetenzen des Bundes durch Wegfall der bisherigen „paktierten Gesetzgebung“<sup>25</sup>

gestärkt: Dem Bund kam insbes. in Sachen der Hoch- und Mittelschulen die Gesetzgebung zu, während für Hauptschulen, Volksschulen und gewerbliche sowie landwirtschaftliche Fortbildungsschulen dem Bund bloß die Grundsatzgesetzgebung, den Ländern jedoch die Ausführungsgesetzgebung oblag.

Übernommen aus der Rechtslage der 2. B-VG-Novelle wurde allerdings die „Bedarfsgesetzgebung“ des Bundes, der zufolge das Verwaltungsverfahren, die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes, das Verwaltungsstrafverfahren und die Verwaltungsvollstreckung durch Bundesgesetz geregelt werden konnten, „soweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften“ (Art. 35) bestand.

Ebenfalls im Einklang mit dem B-VG stand der kompetenzrechtliche Grundtypus der Gesetzgebung und Vollziehung des Landes in Form der bereits angesprochenen Generalklausel (Art. 40 Abs. 6), womit die Kompetenz des Bundes „positiv, die der Länder negativ festgestellt“ erscheint.<sup>26</sup> Der Wirkungskreis des Bundes war freilich so groß, „das für die Länder nichts von Belang übrig“ blieb. Dazu kam, dass der Bund „durch Änderung seiner eigenen Verfassung seine Zuständigkeit auf Kosten der Länder jederzeit erweitern“ konnte. Daher könne, so Kulisch, dem Art. 40 Abs. 6 „keine allzu große politische Bedeutung zuerkannt werden, aber seine sachliche Brauchbarkeit muss voll und ganz anerkannt werden“.<sup>27</sup>

Am meisten allerdings „springt in die Augen“, so Hugo Jäckel über die Kompetenzneuregelung,<sup>28</sup> dass es „Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung Sache des Bundes, die Vollziehung Sache der Länder ist, in Zukunft nicht mehr geben wird“. Es entfiel nämlich die „ent-

<sup>22</sup> Nun waren die Staatsbürgerschaftsangelegenheiten nämlich in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache, sodass der Bund auch über Fragen der Landesbürgerschaft zu entscheiden hatte. Diese Bestimmungen sollten jedoch erst mit dem Inkrafttreten eines neuen, den Grundsätzen der Verfassung 1934 entsprechenden Bundesgesetzes wirksam werden, das bis zum „Anschluss“ nicht mehr erging; siehe dazu ausf. REITER-ZATLOUKAL, Staatsbürgerschaftsrecht.

<sup>23</sup> Kleine Volkszeitung, 1. 5. 1934, Nr. 118, 9.

<sup>24</sup> KULISCH, Studien 169.

<sup>25</sup> Also: übereinstimmende Gesetze des Bundes und der Länder.

<sup>26</sup> KULISCH, Studien 173.

<sup>27</sup> Ebd. 174.

<sup>28</sup> JÄCKEL, Verfassung 106.

behrlich gewordene“<sup>29</sup> geteilte bzw. gespaltene Kompetenz zwischen Bund und Ländern in der bisherigen Form (Gesetzgebung Bundessache, Vollziehung Landessache, Art. 11 B-VG).

Beibehalten wurde jedoch die Verteilung, dass dem Bund die Grundsatzgesetzgebung und dem Land die Erlassung von Ausführungsgesetzen sowie die Vollziehung (Art. 36) oblag, wobei nun etwa auch das bisher in die ausschließliche Kompetenz des Bundes fallende Heimatrecht diesem nur mehr für die Grundsatzgesetzgebung zugewiesen wurde, was in diesem Punkt freilich eine Verstärkung der Landeskompetenz bedeutete. Die Vollziehung der Ausführungsgesetze zu den Grundsatzgesetzen oblag der Landesregierung und den in ihrem Namen handelnden Bezirkshauptmannschaften. Es galt also, wie es Wiederin auf den Punkt bringt, der Grundsatz, dass „die Gesetze vollzieht, wer sie macht“.<sup>30</sup>

Wie Ender dazu in seiner Erläuterung der Verfassung ausführte, sollte mit dieser Bestimmung der Bundesgesetzgeber zur „wirklichen Grundsatzgesetzgebung zurückzukehren“, wozu er sich nun „leicht entschließen“ könne, da ihm ja ein „Sanktionsrecht“ in Form einer Zustimmung des Bundeskanzlers zu Landesgesetzen (siehe weiter unten) zustehe, das ihm schließlich „nicht zuletzt aus diesem Grunde eingeräumt“ worden sei.<sup>31</sup> Nach Art. 39 hatte sich der Bund daher bei der Grundsatzgesetzgebung tatsächlich nur „auf die Festsetzung der allgemeinen Grundzüge der betreffenden Angelegenheiten zu beschränken“, womit „der bisherigen Übung entgegen gesteuert werden [sollte], durch Detailregelung der Grundsatzgesetzgebung des Bundes das Blankett für die Ausführungsgesetzgebung der Länder soweit auszufüllen, daß die Länder in ihren

Ausführungsgesetzen auf die Normierung von Nebensächlichkeiten beschränkt bleiben“<sup>32</sup> – was für Kulisch eine wichtige Neuerung darstellte, um den „verfassungspolitischen Zweck dieser Kompetenztype“ zu erreichen.<sup>33</sup>

Völlig neu war die Möglichkeit, dass sich der Bund und die Länder ihre verfassungsmäßigen Kompetenzen gegenseitig delegieren konnten, ohne dass dazu eine Verfassungsänderung erforderlich war, wodurch die Kompetenzbestimmungen der Verfassung nun „biegsamer“ wurden.<sup>34</sup> Die Übertragung der Gesetzgebungsbefugnisse an den Bund mit Wirkung für alle Länder erfolgte, wenn der Länderrat (siehe dazu weiter unten) einen derartigen Beschluss mit Zweidrittelmehrheit fasste (Art. 41 Abs. 2). Dies stellte im Übrigen auch den einzigen Fall dar, dass ein „Vorberatendes Organ“ aus eigener Initiative ein Gesetz im materiell-rechtlichen Sinn beschließen konnte.<sup>35</sup> Für Merkl<sup>36</sup> lagen die „besonderen Motive dieser eigentümlichen gegenseitigen Delegationsbefugnis“ zwar nicht klar zutage, aber die Tendenz sei „offensichtlich, die Kompetenzlage möglichst leicht späterhin zutage tretenden Augenblicksbedürfnissen anzupassen“.

„Alle diese neuen Bestimmungen“, würden freilich, so Jäckel,<sup>37</sup> „an Bedeutung bei weitem durch die [bereits erwähnte] Bestimmung übertroffen“, dass alle Gesetzesbeschlüsse der Landtage nur kundgemacht werden durften, wenn der Bundeskanzler zugestimmt hatte (Art. 111 Abs. 2), denn damit trat „an die Stelle des bisherigen suspensiven Vetos der Bundesregierung das absolute Veto des Bundeskanzlers“, was „zweifelloso einen stark zentralistischen Einschlag“ der Verfassung bedeute.

<sup>29</sup> MERKL, Verfassung 59. Die bisher in die autonome Landesverwaltung fallenden Angelegenheiten würden nun von den Ländern in Form der mittelbaren Bundesverwaltung besorgt.

<sup>30</sup> WIEDERIN, Bundesstaatlichkeit 34.

<sup>31</sup> ENDER, Verfassung 8.

<sup>32</sup> MERKL, Verfassung 60.

<sup>33</sup> KULISCH, Studien 170.

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> POLASCHEK, Föderalismus 154.

<sup>36</sup> MERKL, Verfassung 61.

<sup>37</sup> JÄCKEL, Verfassung 107.

Wie Merkl<sup>38</sup> hinsichtlich der „starken Zentralisation“ kritisch feststellte, hätte diese freilich, „wenn überhaupt ein föderalistischer Einschlag der Verfassung erhalten werden sollte, von der Herausgabe mancher bisher dem Bund vorbehalten gewesener Kompetenzstücke an die Länder begleitet werden können, da ja in der ungewöhnlichen Zentralisation des Organapparates, in der straffen Subordination der Ländergewalten unter die Bundesgewalt, genügende Garantien gelegen hätten, daß die Landeskompetenzen im Sinne der zentralen Staatsgewalt ausgeübt werden“. Auch beanstandete Merkl, dass die „so günstige Gelegenheit zum Ausschluß des unfruchtbaren Rechtsstreits, des Kompetenzstreits, leider nur unvollkommen und vereinzelt benützt“ und sogar „neue problematische Kompetenzgrenzen geschaffen“ worden seien. Außerdem habe die Verfassung sich der „ganzen Anlage nach [...] auf eine Auseinandersetzung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern [beschränkt] und [...] der auf Grund dieser Kompetenzordnung erfolgenden Gesetzgebung die Kompetenzverteilung zwischen dem Staat [in dessen Erscheinungsformen Bund und Länder] und den Ständen [überlassen]“.

## 2.2. Bundesstaatlichkeit und Gesetzgebung

### 2.2.1. Bundesgesetzgebung

Der Ablöse der parlamentarischen Demokratie und dem Rückbau des Föderalismus durch einen autoritär-zentralistischen Staat sowie dem ständestaatlichen Grundgedanken der Verfassung entsprach auch das neue Verfahren der ordentlichen Bundesgesetzgebung. Das alleinige Recht der Gesetzesinitiative stand der Bundesregierung zu, von der Gesetzentwürfe an die vier „Vorberatenden Organe“ übermittelt wur-

den, nämlich den Staatsrat,<sup>39</sup> Bundeskulturrat,<sup>40</sup> Bundeswirtschaftsrat<sup>41</sup> sowie Länderrat, in welchen jedes Land den Landeshauptmann und den Finanzreferenten entsendete. Diese Vorberatenden Organe erstatteten Pflicht- oder Freigutachten, an welche die Regierung aber nicht gebunden war. Nach Einlangen der Gutachten wurde der Gesetzentwurf dann von der Bundesregierung dem aus Mitgliedern der „Vorberatenden Organe“ zusammengesetzten Bundestag zur Beschlussfassung ohne Abänderungsmöglichkeit vorgelegt.

Dem Länderrat oblag die Begutachtung von Gesetzesentwürfen vom Standpunkt der Landesinteressen; verpflichtend war der Länderrat aber nur zur Begutachtung heranzuziehen, wenn die

<sup>39</sup> Der Staatsrat bestand aus 40 bis 50 vom Bundespräsidenten unter Gegenzeichnung des Bundeskanzlers zu ernennenden Mitgliedern und sollte dazu Stellung nehmen, ob der Entwurf den „Anforderungen der Staatshoheit und des Gemeinwohles wie auch jenen einer zweckmäßigen Gesetzesvollziehung“ entsprach. Die Mitglieder des Staatsrates wurden auf 10 Jahre berufen und hatten „verdiente, charaktervolle Bundesbürger zu sein, von denen nach ihrem bisherigen Verhalten und nach ihren bisherigen Leistungen volles Verständnis für die Bedürfnisse und die Aufgaben des Staates zu erwarten“ war.

<sup>40</sup> Der Bundeskulturrat setzte sich aus 30 bis 40 Vertretern der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften sowie des Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesens, der Wissenschaft und der Kunst zusammen und hatte sein Gutachten vom Standpunkt der kulturellen Interessen abzugeben.

<sup>41</sup> Der Bundeswirtschaftsrat bestand aus 70 bis 80 von den „berufsständischen Hauptgruppen“ zu entsendenden Mitgliedern und sollte sein Gutachten vom Standpunkt der wirtschaftlichen Interessen abgeben. Die sieben zu errichtenden berufsständischen Hauptgruppen bzw. Berufsstände waren: Land- und Forstwirtschaft; Industrie und Bergbau; Gewerbe; Handel und Verkehr; Geld-, Kredit- und Versicherungswesen; freie Berufe; öffentlicher Dienst. Die Entsendung der Bundeswirtschaftsräte sollte wie die Berufung der Bundeskulturräte durch ein Bundesgesetz geregelt werden, das die Beschickung mit „vaterlandstreuen“ Mitgliedern (worunter Mitglieder der „Vaterländischen Front“ verstanden wurden) gewährleisten sollte.

<sup>38</sup> MERKL, Verfassung 57f., 61.

Bundesregierung vorhatte, einen Landtag aufzulösen. Abgesehen von der Begutachtung kam dem Länderrat darüber hinaus in zwei Fällen ein absolutes Veto in der Bundesgesetzgebung zu, nämlich einerseits bei der Erlassung von Grundsatzgesetzen des Bundes, die für die Länder eine Frist für Ausführungsgesetze festlegten, die weniger als sechs Monate oder mehr als ein Jahr betrug. Erstattete der Länderrat kein zustimmendes Gutachten, dann trat die Fristbestimmung nicht in Kraft. Ein zustimmendes Gutachten war andererseits erforderlich, damit ein Gesetz über die Einrichtung und Geschäftsführung der Landeshauptmannschaft in Kraft treten konnte. Andererseits konnte der Länderrat, wie bereits erwähnt, mit Wirksamkeit für alle Länder deren Gesetzgebungskompetenz für eine bestimmte Angelegenheit dem Bund übertragen. Damit waren – im Unterschied zum B-VG 1920 i.d.F. 1929 – die Mitwirkungsrechte der Länder an der Bundesgesetzgebung im Sinne der intendierten Zentralisierung also insgesamt deutlich eingeschränkt.

### 2.2.2. Landesgesetzgebung

Auch die Landesgesetzgebung erfuhr durch die Verfassung 1934 tiefgreifende Veränderungen, und zwar im Sinne des Einbaus der Berufsstände sowie der Zentralisierung und Verankerung des autoritären Prinzips, wodurch die Länder ihren bisherigen autonomen Status verloren. Die Landtage gingen entsprechend dem berufsständischen Prinzip der Verfassung nicht aus Wahlen hervor, sondern wurden nach der Verfassung analog zum Bundeskulturrat und Bundeswirtschaftsrat gebildet (Art. 108 Abs. 2). Folglich waren die Landtage „Delegiertenversammlungen der Berufsstände und der diesen entsprechenden kulturellen Gemeinschaften im Lande“.<sup>42</sup>

Der Gang der Landesgesetzgebung war dem der Bundesgesetzgebung insofern nachgebildet, als

entsprechend dem autoritären Prinzip die Gesetzesinitiative nur der Landesregierung zustand, der Landtag war allerdings sowohl begutachtendes als auch beschließendes Organ. Wie der Bundestag auf Bundesebene konnte er aber ebenfalls nur die Vorlage der Landesregierung ohne Verhandlungen und ohne Abänderung annehmen oder ablehnen (Art. 109).

Einen massiven Eingriff in die Autonomie der Länder stellte freilich die bereits genannte Bestimmung dar, dass Landesgesetze der Zustimmung des Bundeskanzlers bedurften, denn ein Gesetzesbeschluss des Landtages durfte nur kundgemacht werden, wenn der Bundeskanzler zugestimmt hatte, allenfalls auch nur durch Verschweigung. Die Zustimmung galt nämlich als erteilt, wenn der Bundeskanzler nicht binnen sechs Wochen ab Einlangen des Gesetzesbeschlusses beim Bundeskanzleramt dem Landeshauptmann über die Verweigerung der Zustimmung Mitteilung gemacht hatte. Schuschnigg begründete diese Maßnahme mit der notwendigen Bedachtnahme auf wichtige Gemeininteressen im ganzen Bundesgebiet.<sup>43</sup> Merkl<sup>44</sup> erblickte freilich in dieser „essentiellen Steigerung des Bundeseinflusses“ schlichtweg eine Aufhebung der „Autonomie der Länder in der Sphäre der formellen Gesetzgebung“, denn der Bundeskanzler war „Faktor der Landesgesetzgebung“ geworden, womit die Landesgesetzgebung aufgehört habe, eine ausschließliche Angelegenheit der Länder zu sein.

Außerdem sah das V-ÜG 1934<sup>45</sup> für die Landtage vor, dass infolge des noch nicht abgeschlossenen Aufbaus der Berufsstände eine provisorische Bestellung der Landtagsmitglieder durch den Landeshauptmann zu erfolgen hatte, wobei dieser sowohl die Gesamtzahl als auch die konkrete Aufteilung der Landtagsmitglieder auf die kulturellen Gemeinschaften und beruflichen Or-

<sup>43</sup> SCHUSCHNIGG, Verfassung 68.

<sup>44</sup> MERKL, Verfassung 96.

<sup>45</sup> Art. III § 56 Abs. 3 V-ÜG, BGBl. II 75/1934.

<sup>42</sup> MERKL, Verfassung 94.

ganisationen festlegte, wofür er einer Genehmigung des Bundeskanzlers bedurfte (§ 29 V-ÜG).

### 2.3. Bundesstaatlichkeit und Verwaltung

Zur Besorgung der Geschäfte der Bundesverwaltung waren nach der Verfassung 1934 wie auch zuvor das Bundeskanzleramt und die übrigen Bundesministerien sowie die ihnen unterstellten Ämter berufen.

Im Bereich der Landesverwaltung kam es hingegen – wie bei der Landesgesetzgebung – zum Verlust der Autonomie der Länder. Die Verfassung sprach folgerichtig nicht mehr von der Vollziehung der Länder, sondern nur mehr von der „Verwaltung in den Ländern“ (Überschrift des 7. Hauptstücks). Diese oblag grundsätzlich<sup>46</sup> in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes dem Landeshauptmann, in den Angelegenheiten der Vollziehung des Landes der Landesregierung und in beiden Fällen den dem Landeshauptmann unterstellten Landesbehörden. Das Amt der Landesregierung führte hinfort die Bezeichnung Landeshauptmannschaft.<sup>47</sup> Bundes- und Landesverwaltung waren nun also stärker verzahnt, es gab, wie dies Wiederin zusammenfasst, „keine der für einen Bundesstaat nun einmal charakteristischen Doppelgleisigkeiten mehr“.<sup>48</sup>

Das Land konnte aber seine eigenen Exekutivorgane nicht mehr selbst bestellen, denn, in den Worten von Wiederin: „Wer immer etwas zu sagen hat, wird entweder wie der Landeshauptmann vom Bundespräsidenten ernannt oder muss wie der Regierungsdirektor oder die Bezirkshauptleute dem Bundeskanzler genehm sein, und zwar auf Dauer, denn auch eine Abbe-

rufung ist jederzeit möglich“.<sup>49</sup> Die weitreichenden Bestätigungs- und Abberufungsrechte der Zentralorgane gaben diesen damit aber auch, so Merkl, „indirekt die Möglichkeit, die landeseigene Verwaltung [...] in die Richtung der Bundespolitik zu zwingen“.<sup>50</sup> Der Bundespräsident musste den Landeshauptmann allerdings auch dann abberufen, wenn der Landtag dies verlangte, was ein Zugeständnis an den Föderalismus darstellte, aber nur bei Vorliegen einer Zweidrittelmehrheit. Folglich konnte ein Landeshauptmann, „wenn er nur das Vertrauen der obersten Vollzugsorgane des Bundes genießt, unter allen Umständen gegen den konstanten Willen der Mehrheit der Landesrepräsentanten und umso mehr der Landesbevölkerung im Amte bleiben“.<sup>51</sup>

Wien verlor als „bundesunmittelbare“ Stadt nun überhaupt den Status eines selbstständigen und gleichberechtigten Bundeslandes. Es unterstand hinfort direkt dem Bund, wenngleich einige Bestimmungen der Verfassung über die Länder auf die Stadt Wien sinngemäß anzuwenden waren (Art. 145).<sup>52</sup>

## 3. Kompetenzverteilung und Bundesstaatlichkeit im Urteil der Zeitgenossen

Die zeitgenössischen Juristen qualifizierten die Verfassung 1934 mit wenigen Ausnahmen mehr oder weniger deutlich als bundesstaatlich, nicht

<sup>46</sup> Soweit sie nicht durch eigene Bundesbehörden gem. Art. 120 oder nach den Gesetzen durch Selbstverwaltungskörper unter der Aufsicht des Bundes oder des Landes besorgt wurde.

<sup>47</sup> ENDER, Verfassung 18f.

<sup>48</sup> WIEDERIN, Bundesstaatlichkeit 34.

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> MERKL, Verfassung 97.

<sup>51</sup> Ebd. 99.

<sup>52</sup> Auf die Stadt Wien waren sinngemäß anzuwenden die Bestimmungen der Verfassung über die rechtliche Stellung der Länder und ihrer Organe, über die Auflösung der Landtage, über das Verfahren der Gesetzgebung und Verwaltung in den Ländern, über die landesunmittelbaren Städte und über die Überprüfung der Akte der Landesorgane in Gesetzgebung und Verwaltung durch den Bundesgerichtshof.

allerdings der NS-Staatsrechtler Norbert Gürke. Er kritisierte die Kompetenzregelung nicht nur als „reichlich umständlich“ und „aus den Akten-schränken der Ministerien mühsam zusammen-gesucht“, sondern sie ginge auch „mit Vorsicht daran, alle politischen Fragen dem Bunde vorzu-behalten“. Daher wäre es „unter diesen Umstän-den einfacher, klarer und ehrlicher, den umge-kehrten Weg zu gehen und die Länderkompetenz nicht negativ, sondern positiv zu umschreiben“. Es würde sich dann zeigen, „daß der ‚Bundestaat‘ in Wahrheit kein solcher ist, sondern daß die Länder nur als Kommunalverbände höherer Ordnung übrig bleiben.“ Der „Bundestaat“ war also Gürke zufolge durch einen „zentralistischen Verwaltungsstaat“ ersetzt worden.<sup>53</sup>

Für Schuschnigg<sup>54</sup> hingegen hatte die Verfas-sung 1934 unzweifelhaft „bundesstaatlichen Charakter“. Der Bundesstaat setze den „staatli-chen Charakter sowohl des gemeinsamen Ober-staates (Bund) als auch seiner Glieder (Länder) voraus“, wobei diesen die Möglichkeit eigener Gesetzgebung und Vollziehung gewahrt sein müsse. Daher habe jede Bundesverfassung „die sogenannten Kompetenzartikel zu enthalten“, wie dies in der Verfassung 1934 der Fall sei. Auch müsse den Gliedstaaten „eine Mitwirkung auf dem Gebiet der Gesetzgebung des Bundes-staates eingeräumt“ sein, die „gewöhnlich durch eine Länderkammer“ erfolge. Der Länderrat stelle nun – im Unterschied zu dem bisherigen, „mit einer wirklichen Länderkammer [...] nicht vergleichbar[en]“ Bundesrat – eine „echte Län-dervertretung“ dar, womit gleichzeitig die „Ein-richtung der früher verfassungsgesetzlich nicht vorgesehenen Länderkonferenzen [...] legali-siert“ werde.

Emerich Coreth, ehemaliger VwGH-Rat, Richter am 1934 anstelle von VfGH und VwGH neu ein-gerichteten Bundesgerichtshof und Dienststel-

lenleiter für Justiz der „Vaterländischen Front“, stellte aus Anlass des Inkrafttretens der Verfas-sung am 1. Mai 1934 kurz und bündig fest:<sup>55</sup> „Die Einrichtung des Bundesstaates bleibt auf-recht“, denn die staatlichen Funktionen in Ge-setzgebung und Vollziehung seien „auch wei-terhin zwischen Bund und Ländern geteilt, aller-dings mit Verstärkung der Stellung des Bundes und mit dem aner kennenswerten Bestreben, möglichst klare Grenzlinien zu ziehen“. Daher begrüßte er die Beseitigung der gespaltenen Zu-ständigkeit (Gesetzgebung des Bundes, Vollzie-hung des Landes) auch ausdrücklich.

Etwas differenzierter argumentierte Ludwig Adamovich sen.,<sup>56</sup> der bald nach Inkrafttreten der Verfassung sowohl in den Staatsrat als auch Bundestag entsendet und später in den Bundes-gerichtshof übernommen wurde sowie schließ-lich letzter Justizminister des Regimes werden sollte. Für ihn war der „Bundesstaat Österreich“ nicht unter den „hergebrachten Typus des Bun-desstaates“ einzureihen, sondern müsse viel-mehr als „ein neuer Typus, als ein autoritär ge-führter Bundesstaat“, gesehen werden. Der „verfassungsmäßige Aufbau“ weise zwar die „herkömmlichen Merkmale der bundesstaatli-chen Organisationsform“ auf, das autoritäre Prinzip wirke sich aber „in einer dauernden Un-terordnung der Organe der Länder unter den Willen der Organe des Bundes“ aus, wie dies „in diesem Maße in anderen Bundesstaaten nicht zu finden“ sei.

Auch Adamovich betonte aber die „Tendenzen zur Zentralisierung“ in der Kompetenzvertei-lung, denn es seien zwar die Kompetenzen der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung „mit geringfügigen Aenderungen die gleichen geblie-ben wie bisher“, und eigene Organe des Landes, der Landtag und die Landesregierung, würden auch „weiterhin in jedem Land diese Agenden

<sup>53</sup> GÜRKE, Verfassung 233ff., 254.

<sup>54</sup> SCHUSCHNIGG, Bundesverfassung 33ff.

<sup>55</sup> CORETH, Grundgedanken 2.

<sup>56</sup> ADAMOVICH, Grundriss 39f.

besorgen“. Allerdings zeige sich nun insofern „ein grundlegender Wandel“, denn „ein Nebeneinander- oder gar ein Gegeneinanderregieren von Bund und Ländern, wie es bisher leider so häufig zu beobachten war“, würde es „in Hinkunft nicht mehr geben“, weil das oberste Landesorgan nicht nur des Vertrauens des Landtages, sondern auch des ständigen Vertrauens der obersten Bundesorgane bedürfe. Diese „Abhängigkeit des obersten Landesorganes“ biete nun „in weit größerem Maße als bisher die Gewähr dafür [...], daß ein einheitlicher Wille die ganze Verwaltung im Bund und in den Ländern beherrscht“. Desgleichen sei in der Gesetzgebung der Länder „ein bedeutungsvoller Schritt auf dem gleichen Wege der Entwicklung zu verzeichnen“, denn Landesgesetze, die „den Tendenzen der obersten Bundesorgane widersprechen“, könne es nicht mehr geben. Damit sei „auch für das Gebiet der Gesetzgebung die Einheitlichkeit der Entwicklung im Bund und in den Ländern gewährleistet“.

Otto Ender selbst hatte Anfang April 1934 in einer Versammlung der „Vaterländischen Front“ öffentlich betont,<sup>57</sup> dass nach der neuen Verfassung „nicht alles zentralistisch eingerichtet“ sei, denn ein solcher „Zentralismus würde nicht gut tun“. Er betonte auch, dass man das „Länderbewußtsein“ nicht zerstören und die „Länder erhalten“ wolle, wenngleich man „gar noch kein Bild“ habe, „was der ständische Aufbau für gewaltige Umwälzungen bringen“ werde, denn es könnten hinkünftig viele Kompetenzen der Landtage „in die ständische Vertretung hinübergleiten“, ja es könne „eine Zeit kommen [...], wo es keine Landtage mehr geben wird“. Man müsse – so Enders fast schon verzweifelter Appell zur Rettung der Bundesstaatlichkeit – daher darauf bestehen, „daß in den Ländern die Konzentration des ständischen Lebens stattfindet und

Schwerpunkte geschaffen werden, in denen sich alles sammelt, [...] auf dass sie bleiben, was sie sind: Eigene, schöne, liebe Länder im großen mächtigen und herrlichen Österreich“.

## Fazit

Der „Bundestaat“ Österreich, wie er in der Verfassung 1934 vorgesehen war, trat in der Verfassungsrealität nicht zu Tage. Da der ständische Aufbau bis zum Ende des Regimes nicht vollendet wurde, bleibt zum einen unklar, welche Kompetenzen von Bundes- und Landesorganen an die ständischen Vertretungen übertragen worden wären. Zum anderen manifestierte sich die „verschleierte Kanzlerdiktatur“ der Verfassung, die eine Konzentration der Staatswillensbildung beim Kanzler vorsah, wobei dies aber gleichzeitig „durch ständische, bundesstaatliche und rechtsstaatliche Institutionen verdeckt“ wurde,<sup>58</sup> nicht in der Realität.

Wie die Verfassungspraxis zeigt, erfolgte die Gesetzgebung und Verwaltung freilich zumeist nicht nach den Bestimmungen der neuen Verfassung, sondern vielmehr nach der „Schattenverfassung“,<sup>59</sup> dem (verfassungswidrig zustande gekommenen) Ermächtigungsgesetz,<sup>60</sup> welches die Regierung zu einer gänzlich unbeschränkten Gesetzgebung berechtigte und vom V-ÜG 1934 in Geltung belassen worden war. So ergab sich in der Praxis auch ein „eindeutiges Übergewicht“ der Gesetzgebungsakte außerhalb der Verfassung, denn zwischen der Konstituierung der „Vorberatenden Organe“ und dem 11. März 1938 ergingen von 532 Bundesgesetzen 367, also fast 67 %, auf der Grundlage des Ermächtigungsgesetzes.<sup>61</sup> Zudem hatte die Bundesregierung nach der „Übergangsverfassung“ in Form

<sup>57</sup> Salzburger Chronik für Stadt und Land, 12. 4. 1934 4 (Die Länder in der neuen Verfassung).

<sup>58</sup> WELAN, NEISSER, Bundeskanzler 48.

<sup>59</sup> WIEDERIN, Bundesstaatlichkeit 32.

<sup>60</sup> BGBl. I 255/1934.

<sup>61</sup> WOHNOUT, Regierungsdiktatur 305f.



des V-ÜG auch den Zugriff auf sämtliche Landesverwaltungsorgane, was die Bundesstaatlichkeit auf die Ebene einer hohlen Phrase reduzierte.<sup>62</sup> Aber auch das zentrale Element der Berufsstände blieb bis zum Ende des Regimes ein bloßes „Potemkisches Dorf“.<sup>63</sup>

So konnte in der Praxis die Kanzlerdiktatur also, ohne Berücksichtigung jedweder Kompetenzverteilung, völlig unverschleiert praktiziert werden – bedeutet doch „Diktatur“, so der damals in Berlin lehrende österreichische Staatsrechtler Hermann Heller,<sup>64</sup> „immer zentralistische Gewaltvereinigung in der Hand des Diktators“, also das Gegenteil sowohl des in der Verfassung verankerten Korporativismus als auch der in Grundzügen noch vorgesehenen Bundesstaatlichkeit.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Ilse REITER-ZATLOUKAL  
 Universität Wien  
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
 Schottenbastei 10-16 (Juridicum)  
 1010 Wien  
 ilse.reiter-zatloukal@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0002-6420-4083

<sup>62</sup> Siehe für die zentralen Merkmale des Bundesstaates nach Ansicht des VfGH den Beitrag von Anna Gamper in diesem Band.

<sup>63</sup> REITER-ZATLOUKAL, „Selbstverwaltung“.

<sup>64</sup> HELLER, Rechtsstaat 22.

## Abkürzungen:

MRP     Ministerratsprotokolle  
 V-ÜG     Verfassungs-Überleitungsgesetz

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

## Literatur und Quellen:

- Ludwig ADAMOVICH, Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes, Wien <sup>3</sup>1935).
- Emerich CORETH, Grundgedanken der ständischen Verfassung, Wiener Zeitung, 1. 5. 1934, Nr. 2, 2.
- Otto ENDER, Die neue Österreichische Verfassung mit dem Text des Konkordates (= Der neue Staat 1, Wien-Leipzig 1934).
- Michael ETLINGER, Die Landesverfassungen 1934 (rechtswiss. Diss. Univ. Wien 2001).
- Norbert GÜRKE, Die österreichische „Verfassung 1934“, in: Archiv des öffentlichen Rechts NF 25 (1934) 178–255.
- Hermann HELLER, Rechtsstaat oder Diktatur (Geschichte und Staat in Geschichte und Gegenwart 68, Tübingen 1930).
- Hugo JÄCKL, Die Verfassung 1934, in: Österreichisches Verwaltungsblatt, Beilage zur Wiener Zeitung vom 16. Mai 1934, 105–112.
- Max KULISCH, Kritische Studien zu einigen Kompetenzartikeln der österreichischen Bundesverfassung von 1934. Ein Beitrag zur Auslegung der Verfassung, in: Österreichisches Verwaltungsblatt (1938) 168–175.
- Adolf MERKL, Das neue Verfassungsrecht, in: Juristische Blätter 63 (1934) 201–206, 265–270, 290–299, 357–359.
- DERS., Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriß (Wien 1935).
- Rudolf NECK, Adam WANDRUSZKA (Hgg.), Protokolle des Ministerrates der Ersten Republik 1918–1938, VIII/5 (Wien 1984), VIII/6 (Wien 1985).
- Martin F. POLASCHEK, Der Föderalismus in der Verfassung 1934, in: Geschichte und Gegenwart 12/3 (1993) 141–178.
- Ilse REITER-ZATLOUKAL, Parlamentarismus im Fadenkreuz. Demokratiekonzepte und (Anti-)parlamentarismus in Österreich 1918–1933/34, in: Parlementsdirection (Hg.), Staats- und Verfassungskrise 1933 (Wien–Köln–Weimar 2014) 19–50.

- DIES., Die Rechtsstellung der Länder 1933 bis 1938. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen und Rechtsrealität, in: Martin SCHENNACH (Hg.), Rechtshistorische Aspekte des österreichischen Föderalismus. Beiträge zur Tagung an der Universität Innsbruck am 28. und 29. November 2013 (Wien 2015) 147–182.
- DIES., Berufsständische „Selbstverwaltung“ in der österreichischen Diktatur 1933–1938. (Regulierte) Selbstregulierung als Potemkinsches Dorf, in: Peter COLLIN u.a. (Hgg.), Regulierte Selbstregulierung in der westlichen Welt im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte 290, Frankfurt a.M. 2014) 213–234.
- DIES., Staatsbürgerschaftsrecht in Österreich 1933–1938, in: BRGÖ 2 (2011) 291–316.
- Kurt SCHUSCHNIGG (Hg.), Die neue Bundesverfassung für Österreich samt Übergangsbestimmungen (= Tagblatt-Bibliothek 838/840, Leipzig-Wien-Berlin 1936).
- DERS., Die Verfassung des Bundesstaates Österreich (Leipzig-Wien-Berlin 1934).
- Josef WERNDL, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920 (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 32, Wien 1984).
- Manfried WELAN, Heinrich NEISSER, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge (Wien 1971).
- Ewald WIEDERIN, Christliche Bundesstaatlichkeit auf ständischer Grundlage: Eine Strukturanalyse der Verfassung 1934, in: Ilse REITER-ZATLOUKAL, Christiane ROTHLÄNDER, Pia SCHÖLNBERGER (Hgg.), Österreich 1933–1938. Interdisziplinäre Annäherungen an das Dollfuß-/Schuschnigg-Regime (Wien-Köln-Weimar 2012) 31–41.
- Helmut WOHNOUT, Regierungsdiktatur oder Ständeparlament? Gesetzgebung im autoritären Österreich (Wien 1993).

Anna GAMPER, Innsbruck\*

## Die Kompetenzverteilung in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs

### *The Distribution of Competences in the Case Law of the Austrian Constitutional Court*

*The Austrian Constitutional Court has dealt extensively with the fragmented allocation of competences, which it considers a key element of federalism and thus of one of the leading constitutional principles. Over the past century, the Constitutional Court has developed several methods and strategies – rather than theories – in order to determine the exact meaning of the allocated competences. Among these different, sometimes contested approaches, an originalist method prevails. While the case law is neither particularly centralistic nor favourable towards federalism, the Constitutional Court nevertheless has contributed a great deal to the understanding of the competences in the Austrian federal system.*

**Keywords:** *distribution of competences – Constitutional Court – federalism – interpretation of competences – interpretive methods*

### I. Einleitung

Verfassungsgerichtliche Judikatur zu bundesstaatlichen Kompetenzverteilungen hat zuletzt in der vergleichenden Föderalismusforschung verstärktes Augenmerk erfahren.<sup>1</sup> Häufig wird dabei untersucht, ob die jeweilige Judikatur eher als „zentralistisch“ oder „föderalistisch“ einzuschätzen ist und was die Ursachen dafür sind – etwa ob die Bestellung der Verfassungsrichter föderalistischen Gesichtspunkten Rechnung trägt, ob Bund und Gliedstaaten „Waffengleichheit“ vor dem Verfassungsgericht zukommt

oder ob die Art und Entstehung des Bundesstaats darauf Einfluss übt.

Die Kompetenzverteilung des österreichischen Bundesstaats hat in der Judikatur des VfGH eine durchaus beachtliche Rolle entfaltet. Auch wenn zu vielen Kompetenztatbeständen mittlerweile eine reiche Fülle an Entscheidungen vorliegt, werfen Änderungen der Kompetenzverteilung auch weiterhin Bedarf an Judikatur auf.<sup>2</sup> Darüber hinaus ist die Kompetenzverteilung die einzige Verfassungsmaterie, hinsichtlich derer dem VfGH gem. Art. 138 Abs. 2 B-VG nicht nur eine repressive, sondern auch präventive Normenkontrolle<sup>3</sup> zusteht.

---

\* Herzlicher Dank ergeht an Frau stud. Mit. Miriam Klema sowie Frau stud. Mit. Sophie Raab für die Hilfe bei Judikaturrecherchen und die Redaktion des Fußnotenapparats.

<sup>1</sup> GAMPER, Kompetenzverteilung 773ff.; PALERMO, KÖSSLER, Federalism 266–280; POPELIER, Federalism 27–48; DIES., BIELEN, Courts 587–616; POPELIER, MZMANYAN, VANDENBRUWAENE, Role; SCHNEIDER, KRAMER, CARAVITA DI TORITTO, Judge.

---

<sup>2</sup> Z.B. zur Auslegung des Kompetenztatbestands „Tierschutz“ unten Fn. 30 und 48 oder im Verhältnis von Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung zum „Armenwesen“ jüngst VfSlg 20.359/2019; vgl. auch BUßJÄGER, Bundesstaat 205.

<sup>3</sup> GAMPER, Kompetenzgerichtsbarkeit 578ff.; HIESEL, in: KNEIHS, LIENBACHER Art. 138, Rz. 82f.; LIENBACHER,

Es würde den Rahmen dieses Beitrags bei weitem sprengen, im Detail auf die zahllosen Entscheidungen des VfGH zu einzelnen Kompetenztatbeständen inner- und außerhalb des B-VG<sup>4</sup> einzugehen. Vielmehr soll folgenden grundsätzlicheren Forschungsfragen nachgegangen werden: (1) Welche bundesstaatstheoretische und normhierarchische Bedeutung erkennt der VfGH der Kompetenzverteilung an sich zu? (2) Welche Wege der Erkenntnisfindung im Bereich der Kompetenzverteilung hat der VfGH beschritten? (3) Kann die Judikatur insgesamt als „zentralistisch“ oder „föderalistisch“ bezeichnet bzw. dem Modell des „judicial restraint“ oder des „judicial activism“ zugerechnet werden?

## II. Die bundesstaatstheoretische und normhierarchische Bedeutung der Kompetenzverteilung für den Bundestaat

Nachdem der VfGH in den ersten Jahren seiner Tätigkeit noch die transitorische Kompetenzverteilung nach Vorgabe des ÜG 1920<sup>5</sup> auszulegen hatte, erkannte er die Bedeutung der neuen bundesstaatlichen Kompetenzverteilung früh und sprach 1928 sogar von der „Idee des Bundesstaates [...], die den Geist unserer Verfassung bestimmt. Von ihr ist der Gesetzgeber ausgegangen, sie bildet die allgemeine Voraussetzung der von ihm gesetzten Normen, die ohne diese Voraussetzung nicht richtig verstanden werden können. Der Idee des Bundesstaates entspricht

es, daß Gesetzgebung und Vollziehung zwischen Bund und Ländern geteilt werden und daß der Bund ebenso wie die Länder die ihnen übertragenen Funktionen durch ihre eigenen Organe besorgen.“<sup>6</sup> Im Erkenntnis VfSlg 2066/1950 erwähnte der VfGH den „leitenden Grundgedanken des bundesstaatlichen Aufbaues, der Bund und Länder gleichermaßen mit der staatlichen Hoheitsgewalt ausstattet.“<sup>7</sup> Im Erkenntnis VfSlg 2455/1952 hielt er fest, dass Art. 2 B-VG ein normativer Inhalt insofern zukomme, als eine Aufhebung wesentlicher Bestimmungen des B-VG, die sich auch in allen anderen bundesstaatlichen Verfassungen fänden, als eine Gesamtänderung der Bundesverfassung anzusehen sei: „Als solche für eine bundesstaatliche Verfassung typische Einrichtungen wären vor allem die Aufteilung der staatlichen Funktionen, d.h. die Kompetenzverteilung zwischen dem Oberstaat und den Gliedstaaten und die Beteiligung der Gliedstaaten an der oberstaatlichen Gesetzgebung durch die Einrichtung einer aus Vertretern der Gliedstaaten gebildeten Länderkammer anzusehen. Die Beseitigung – nicht auch eine bloße Modifikation – einer dieser beiden für die bundesstaatliche Organisationsform typischen Einrichtungen wäre daher als eine Gesamtänderung der Verfassung anzusehen.“<sup>8</sup> Der VfGH wollte sich dabei nicht von „den verschiedenen einander vielfach widersprechenden Theorien vom Wesen des Bundesstaates“, sondern „ausschließlich von den positiven Bestimmungen des B-VG“ leiten lassen.<sup>9</sup> Dass eine Aufhebung wesentlicher Bestimmungen des B-VG, „die sich auch in allen anderen bundesstaatlichen Verfassungen finden“, als eine Gesamtänderung der Verfassung anzusehen sei, steht zu diesem rechtspositivistischen Postulat in evidentem Wi-

Normenkontrolle 331f.; SONNTAG, Normenkontrolle 138ff.; ZELLENBERG, in: KORINEK Art. 138 Abs. 2, Rz. 28.

<sup>4</sup> BUßJÄGER, Kompetenzverteilung 523–574; WIEDERIN, Kompetenzverteilung 215–232.

<sup>5</sup> BGBl. 2/1920. In VfSlg 328/1924 mahnte der VfGH eindringlich, dass es „unumgänglich notwendig“ sei, dass die neuen Kompetenzverteilungsbestimmungen „endlich in Geltung gesetzt werden“.

<sup>6</sup> VfSlg 1030/1928; vgl. auch schon GAMPER, Länder 60.

<sup>7</sup> GAMPER, Länder 60.

<sup>8</sup> VfSlg 2455/1952; näher dazu GAMPER, Länder 60ff. m.w.N. sowie DIES., Dinge 41–46.

<sup>9</sup> VfSlg 2455/1952.

derspruch. Auch in späteren Erkenntnissen zum bundesstaatlichen Prinzip<sup>10</sup> deutete der VfGH an, dass sich „nicht nur“ im B-VG, „sondern auch“ in anderen bundesstaatlichen Verfassungen eine Kompetenzverteilung finde.<sup>11</sup> Mehrfach betonte er, dass die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Wesen des Bundesstaats liege.<sup>12</sup> Speziell bestätigte der VfGH in VfSlg 11.979/1989, dass „unterschiedliche landesgesetzliche Regelungen in den einzelnen Bundesländern im Wesen des Bundesstaates liegen.“<sup>13</sup> Auch die Verfassungsautonomie der Länder sei mit dem bundesstaatlichen Prinzip zwingend verbunden.<sup>14</sup>

Aus all diesen Judikaten ist ableitbar, dass der VfGH die Kompetenzverteilung für eines der Wesenselemente des bundesstaatlichen Bauprinzips hält – eine positivrechtliche Aussage, die mit der bundesstaatstheoretisch einhelligen<sup>15</sup> Annahme der Essentialität von „self-rule“ für jeden Bundesstaat konform geht. Ihre gravierende Änderung oder Beseitigung wäre demzufolge jedenfalls eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Damit kommt der Kompetenzverteilung eine im Vergleich zu einfachem Verfassungsrecht erhöhte normhierarchische Stellung und - unbeschadet des Art. 44 Abs. 2 B-VG - ein damit verbundener besonderer Bestandsschutz zu. Dass sie sogar unter einer impliziten Ewigkeitsgarantie stünde,<sup>16</sup> hat der VfGH freilich nie

behauptet. Ebenso wenig erkannte der VfGH bisher eine auf Grund der Häufung partieller Kompetenzänderungen vollendete „schleichende Gesamtänderung“<sup>17</sup> der Bundesverfassung, wiewohl eine solche im Zusammenhang mit Kompetenzübertragungen auf den Bund schon in den Sechzigerjahren wissenschaftlich<sup>18</sup> diskutiert worden war.

### III. Erkenntnisfindung in der Kompetenzverteilung

Eine weitere Besonderheit der Judikatur des VfGH zur Kompetenzverteilung stellt dar, dass der VfGH ein ganzes Set von Theorien, Methoden, Topoi, Maximen und Prinzipien entwickelt hat, die der Erkenntnisfindung im Bereich der Kompetenzverteilung dienen. Auch wenn die Bundesverfassung keine expliziten Regeln über die Auslegung des Verfassungsrechts enthält und es somit dem VfGH für alle Bereiche des Verfassungsrechts überlassen war, solche zu entwickeln,<sup>19</sup> bewies er in keinem anderen Feld des Verfassungsrechts derartigen – verschiedentlich kritisierten<sup>20</sup> – methodischen Einfallsreichtum. In manchen dieser Fälle handelt es sich aber nicht um Auslegungsregeln (oder The-

<sup>10</sup> GAMPER, Länder 63.

<sup>11</sup> VfSlg 3163/1957 mit Bezugnahme auf VfSlg 2447/1952.

<sup>12</sup> VfSlg 5676/1968, 11.669/1988; ähnlich VfSlg 4413/1963, 8831/1980. Indirekt ergibt sich diese Aussage auch aus dem Erkenntnis VfSlg 20.197/2017, wengleich der VfGH dort die mangelnde Überschreitung der Gesamtänderungsschwelle kaum kompetenzrechtlich, sondern mit der mangelnden Verfassungssuspendierung begründete.

<sup>13</sup> So auch VfSlg 13.235/1992; ähnlich VfSlg 8161/1977, 12.949/1991, 14.783/1997.

<sup>14</sup> VfSlg 16.241/2001.

<sup>15</sup> Vgl. nur PALERMO, KÖSSLER, Federalism 125f.; WATTS, Conclusions 322–349; WATTS, Systems 83.

<sup>16</sup> PERNTHALER, ESTERBAUER, Entstehung 149.

<sup>17</sup> VfSlg 11.756/1988, 11.757/1988, 11.758/1988, 11.829/1988, 11.916/1988, 11.918/1988, 11.927/1988, 11.972/1989, 15.887/2000.

<sup>18</sup> MELICHAR, Rechtsprechung 423–437.

<sup>19</sup> Dazu im Überblick GAMPER, Regeln 171ff. Schon MERKL, Problem 358 zufolge lässt die Verf. „einen Wegweiser vermissen [...], der aus diesem Irrgarten den Weg ins Freie zeigt.“ Der Bundesverfassungsgesetzgeber hadert mit der Kompetenzauslegung des VfGH offenbar wenig, hätte er dieser durch Erlassung expliziter Auslegungsregeln doch längst etwas entgegensetzen können. Die zahlreichen punktuellen Kompetenzänderungen sind weniger Reaktionen auf die Rspr. als föderalismuspolitisch erklärbar.

<sup>20</sup> FUNK, Ordnungsprobleme 449–464; DERS., System; PERNTHALER, Kompetenzverteilung 13ff.; WIEDERIN, Anmerkungen 1231–1272; DERS., Theorien 236–242.

orien),<sup>21</sup> sondern lediglich um aus der Kompetenzverteilung – mit Hilfe welcher Methode auch immer – gewonnene Ableitungen:

Beispielsweise kann aus verschiedenen Komplementärformulierungen der Kompetenzverteilung<sup>22</sup> mit Hilfe der systematischen Interpretation das sog. „Annex-“ oder „Adhäsionsprinzip“<sup>23</sup> gewonnen werden. Weder ist dieses aber eine Methode noch handelt es sich um ein Prinzip, bloß weil es einige derartige Annexmaterien gibt. Noch weniger kann eine grundsätzliche „implied-powers“-Theorie daraus gewonnen werden, auch wenn sowohl das „Annexprinzip“ als auch die intrasystematische Fortentwicklung<sup>24</sup> ansatzweise in diese Richtung gehen.

Auch wenn der VfGH in ständiger Judikatur<sup>25</sup> von der Existenz eines Prinzips der Kompetenzexklusivität ausgeht, wonach ein und dieselbe Materie nur einem einzigen Kompetenztatbestand zugeordnet werden kann, ist dies keine Methode, sondern ein Auslegungsergebnis, das durch Einsatz einer sowohl systematischen als auch teleologischen Auslegung gewonnen werden kann: Zum einen spricht dafür, dass sich die enumerierten Kompetenztatbestände grundsätzlich nicht inhaltlich wiederholen und z.T. mit ausdrücklichen Komplementaritätsvorbehalten ausgestattet sind; zum anderen die teleologische Überlegung, dass eine allgemeine Kompetenzkonkurrenz den Bundesstaat förmlich zerrisse,

also nicht im ordnenden Sinnkonzept der Bundesverfassung angelegt sein kann. Dessen ungeachtet gibt es etliche Ausnahmen von diesem Prinzip, wobei insbes. unechte von echten Kompetenzkonkurrenzen zu unterscheiden sind.<sup>26</sup>

So schließt auch der VfGH trotz seiner Annahme, dass die österreichische Bundesverfassung konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen nicht kenne, nicht aus, dass bestimmte Sachgebiete nach verschiedenen Gesichtspunkten geregelt werden könnten.<sup>27</sup> Diese etwas hochtrabend als „Gesichtspunktetheorie“<sup>28</sup> bezeichnete Erkenntnis ist weniger eine Theorie als vielmehr ein schon aus den enumerierten Kompetenzen zunächst recht simpel ableitbarer Umstand: Viele Kompetenzen berühren dasselbe Lebensphänomen als Regelungsgegenstand. Für die Frage der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit bedarf es zunächst einer Auslegung der enumerierten Kompetenztatbestände. Die Gesichtspunktetheorie kann diesen Vorgang nicht ersetzen, sie knüpft nur daran an:<sup>29</sup> Wenn die vorgenommene Auslegung einen Begriffsinhalt eines enumerierten Kompetenztatbestands ergibt, unter den ein bestimmter Gesichtspunkt nicht fällt, fällt die Regelung dieses Gesichtspunkts unter die Generalklausel des Art. 15 Abs. 1 B-VG. Ob dies so ist, ist jedoch zunächst durch die Auslegung des enumerierten Kompetenztatbestands zu klären, da es ja auch sein könnte, dass dieser doch auch nämlichen Gesichtspunkt mitumfasst.<sup>30</sup>

<sup>21</sup> So häufig die Bezeichnungen bei ADAMOVICH u.a., Staatsrecht 1, 331ff.; FUNK, Ordnungsprobleme 449–464; DERS., System 67ff.; GAMPER, Kompetenzgerichtsbarkeit 595; ÖHLINGER, EBERHARD, Verfassungsrecht 134ff.; PERNTHALER, Bundesstaatsrecht 331; SCHÄFFER, Verfassungsinterpretation 82ff.; WIEDERIN, Theorien 236–242.

<sup>22</sup> Vgl. dazu etwa die Bezugnahmen auf Länderangelegenheiten in Art. 10 Abs. 1 Z. 6 B-VG und Art. 11 Abs. 2 B-VG.

<sup>23</sup> Ständige Rspr. seit VfSlg 1478/1932, 2192/1951, 2217/1951, 3054/1956 u.a.

<sup>24</sup> Vgl. dazu noch unten.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. VfSlg 4348/1963, 8466/1977, 9337/1982, 10.292/1984, 15.552/1999 u.v.a.

<sup>26</sup> Vgl. zu diesem Problem schon MERKL, Problem 336–359.

<sup>27</sup> Vgl. z.B. VfSlg 4348/1963, 5024/1965, 7169/1973, 7792/1976, 10.292/1984, 11.860/1988, 13.234/1992, 14.178/1995, 17.854/2006 u.v.a.

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch FUNK, System 48; PERNTHALER, Bundesstaatsrecht 334f.; DERS., Kompetenzverteilung 75ff.; WIEDERIN, Theorien 240.

<sup>29</sup> So auch WIEDERIN, Theorien 240.

<sup>30</sup> Im Erkenntnis VfSlg 20.191/2017 erweist sich die Methodik des VfGH diesbezüglich diffus: Zunächst sollen Rahmenbedingungen beim Betrieb von Fiakerunternehmen nicht unter „Tierschutz“ oder „Angelegenheiten des Gewerbes“ als Gesetzgebungskompe-

Für jene Fälle, in denen Bundes- und Landeskompetenzen unter verschiedenen Gesichtspunkten denselben Regelungsgegenstand betreffen, hat der VfGH das Berücksichtigungsprinzip entwickelt, das Bund und Länder dazu verhalten soll, eine zu einem angemessenen Ausgleich führende Abwägung der eigenen Interessen mit jenen der anderen Gebietskörperschaft vorzunehmen und nur eine Regelung zu treffen, die zu einem solchen Interessenausgleich führt.<sup>31</sup> Verfassungswidrig ist es demzufolge, bei Erlassung wechselseitiger Regelungen die vom gegenbeteiligten Gesetzgeber wahrgenommenen Interessen zu negieren und dessen gesetzliche Regelungen damit zu unterlaufen. Der den Bundesstaat konstituierenden Bundesverfassung müsse nämlich unterstellt werden, die Grundlage einer harmonisierten Rechtsordnung zu sein, in der (allenfalls divergierende) Interessen von Bund und Ländern, auch soweit diese in Akten der Gesetzgebung ihren Niederschlag finden, aufeinander abgestimmt seien; dies indiziere auch Art. 15a B-VG. Der rechtspo-

tenzen des Bundes fallen, was der VfGH mit einer verknüpften „Versteinerungskette“ herausfand; zusätzlich prüfte er den möglichen Zusammenhang zur „Straßenpolizei“, befand die Regelung von Rahmenbedingungen beim Betrieb von Fiakerunternehmen aber als „im Vordergrund“ stehende Zielrichtung, was an die „Prävalenzjudikatur“ des italienischen Verfassungsgerichtshofs erinnert. Damit gibt er Art. 15 Abs. 1 B-VG unter teleologischen Aspekten den Vorzug, ohne dass er den Kompetenztatbestand der „Straßenpolizei“ versteinerte.

<sup>31</sup> VfSlg 10.292/1984, 12.465/1990, 13.586/1993, 14.178/1995, 14.403/1996, 15.281/1998, 15.552/1999, 16.388/2001, 16.567/2002, 16.579/2002, 17.478/2005, 17.497/2005, 17.854/2006, 17.889/2006, 18.096/2007, 19.568/2011, 19.625/2012, 19.913/2014, 19.954/2015, 20.229/2017, VfGH 25. 2. 2021, G 282/2020; vgl. auch schon VfSlg 2447/1952, 3163/1957; 8831/1980; DAVY, Bedeutung 225–234; GAMPER, Koordination 263–266; DIES., Koordination vs. Durchgriff 82–88; DIES., Regeln 187–196; LEBITSCH-BUCHSTEINER, Rücksichtnahmepflicht; MAYER, Wege 513–520; NOVAK, Rücksichtnahme 357–369; PERNTHALER, Bundesstaatsrecht 343ff.; SCHÄFFER, Kompetenzverteilung 357–366.

litische Gestaltungsspielraum einer Rechtssetzungsautorität sei insoweit eingeschränkt, als es ihr verwehrt sei, Regelungen zu treffen, die sich als sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Effektivität von Regelungen der gegenbeteiligten Rechtssetzungsautorität darstellen. Eher richtet sich der VfGH dabei gegen ein unsachliches „Torpedieren“ oder exzessives Unterlaufen als ein schlichtes, in der Natur unterschiedlicher Kompetenzen liegendes Divergieren von Regelungen. Er wendet das Prinzip theoretisch gleichermaßen auf Bund und Länder an, in der Praxis freilich erst ein einziges Mal zu Lasten des Bundes;<sup>32</sup> eine Ausweitung auf das Verhältnis der Länder untereinander nahm er bislang nicht vor, obwohl auch hier Interessenkonflikte auftreten könnten.<sup>33</sup> Die teleologisch-systematische Ableitung des Berücksichtigungsprinzips aus dem harmonisiert verstandenen Bundesstaat und dem Sachlichkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitsprinzip ist indes nicht unproblematisch, weil es jeder bundesstaatlichen Kompetenzverteilung gerade immanent ist, dass Bund und Gliedstaaten eigenständige Regelungen treffen dürfen. Während der VfGH die Ansicht vertritt, dass unterschiedliche Regeln der Bundesländer gerade im Wesen des Bundesstaats lägen, spielt der Gleichheitssatz im Bundesländer-Verhältnis doch wieder eine Rolle, was die Ausübung von Kompetenzen letztlich einer intergouvernementalen Sachlichkeits- und Angemessenheitsschranke unterwirft: Sie beschränkt sich mit guten Gründen auf eine Exzes-

<sup>32</sup> VfSlg 18.096/2007; darüber hinaus erkannte der VfGH in einigen Fällen zumindest keine Verletzung des Berücksichtigungsprinzips durch die Länder.

<sup>33</sup> Wie etwa im Fall des Semmering-Basistunnels (VfSlg 15.552/1999) mit bezeichnenderweise unterschiedlichen Stellungnahmen der Länder zur Verfassungswidrigkeit des niederösterreichischen Naturschutzgesetzes. Auch sehen Art. 15a Abs. 2, Art. 116a Abs. 6 sowie Art. 116b B-VG die Möglichkeit von Vereinbarungen der Länder untereinander zum Zwecke einer harmonisierten Rechtssetzung vor.

sprüfung, wäre eine Feinprüfung ja nahezu unerträglich, weil die damit verbundenen werten den Gewichtungen entweder Einseitigkeiten oder aber ein unauflösbares „Rücksichtnahme-Ping-Pong“ zwischen Bund und Ländern zur Folge haben könnten. Dass der VfGH dieses „Prinzip“ überdies nicht nur als Rücksichtnahmepflicht, sondern auch als Rücksichtnahmemöglichkeit begreift, geht aus seiner Judikatur hervor, wonach es einem Gesetzgeber nicht verwehrt sei, im Zusammenhang mit einer von ihm zu regelnden Materie alle öffentlichen Zwecke und daher auch die des anderen Gesetzgebers zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Zu einer Kompetenzusurpation darf die bloß unterstützende „Berücksichtigung“ solcher Regelungsziele dennoch nie werden.<sup>35</sup> Eine besondere Legitimationsgrundlage für die Mitberücksichtigung fremder Regelungsziele stellt überdies Art. 15a B-VG dar, sofern Bund und Länder vereinbart haben, harmonisierte Regelungsziele umzusetzen.<sup>36</sup>

Eine Auslegungsmethode ist das Berücksichtigungsprinzip nicht, wenn man darunter versteht, die Außengrenzen von Kompetenzen zu bestimmen. Wohl aber begrenzt es die Ausübung als solcher erkannten Kompetenzen gewissermaßen nach innen hin: Obwohl ein Rechtssetzer an sich für eine bestimmte Materie zuständig wäre, ist er es für eine bestimmte Art der Rechtssetzung doch nicht, weil dies den anderen Rechtssetzer unterliefe. Man könnte dies in folgende Auslegungsregel übersetzen: Dem Berücksichtigungsprinzip zufolge sind Kompetenzen von Bund und Ländern so auszulegen, dass sie jeweils jene Befugnis zur Rechtssetzung nicht umfassen, die der anderen Rechtssetzung zuwiderliefe. Dies machte allerdings die Kompetenzauslegung von der tatsächlichen Ausübung einer vorausgesetzten Kompetenz abhän-

gig. Richtiger scheint es daher, das Berücksichtigungsprinzip nicht als Kompetenzauslegungsregel, sondern als Kompetenzausübungsschranke zu begreifen.<sup>37</sup>

In seiner älteren Judikatur hatte der VfGH überdies die ausdrückliche Erwähnung des Begriffs „Wesen“ in enumerierten Kompetenztatbeständen für die Entwicklung einer „Wesenstheorie“ herangezogen: Demnach hebe das B-VG in allen Fällen, in denen es einen Kompetenztatbestand dadurch umschreibe, dass es dem eine bestimmte Materie bezeichnenden Ausdruck das Wort „-wesen“ anfüge, das gesamte betreffende Verwaltungsgebiet aus der generellen Länderkompetenz heraus.<sup>38</sup> Der VfGH ließ diese Theorie mit guten Gründen später in der Versteinierungstheorie und intrasystematischen Fortentwicklung verschwinden.<sup>39</sup> Was ein „Wesen“ wirklich ist, müsste zunächst mit Hilfe einer bestimmten Auslegungsmethode erhoben werden, was je nachdem ganz unterschiedliche Ergebnisse zutage fördert.<sup>40</sup>

Auch die sog. „Zwecktheorie“ geht in eine ähnliche Richtung wie die Wesenstheorie, nämlich eine grammatikalische Auslegung, die eine teleologische Auslegung von der ausdrücklichen Erwähnung des Wortes „Zweck“ abhängig machen will,<sup>41</sup> wogegen sich die Kompetenzverteilung regelmäßig nach „Gegenstand und Inhalt“<sup>42</sup> richte. Ob man aber Kompetenztatbestände gerade in Bezug auf Gegenstand und Inhalt teleologisch auslegen will, ist letztlich eine Frage des zu wählenden methodischen Ansatzes. Dieser ist sicherlich vielen Kompetenztatbeständen – auch ganz ohne Erwähnung des Wortes

<sup>34</sup> VfSlg 4486/1963, 7138/1973, 7658/1975, 10.292/1984, 13.326/1993.

<sup>35</sup> VfSlg 9543/1982, 10.292/1984, 13.326/1993.

<sup>36</sup> VfSlg 17.603/2005.

<sup>37</sup> So auch WIEDERIN, Theorien 241.

<sup>38</sup> VfSlg 2192/1951.

<sup>39</sup> VfSlg 4348/1963, 5833/1968, 7567/1975.

<sup>40</sup> Zu einem differenzierten historischen Befund gelangt WIEDERIN, Theorien 239.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. VfSlg 558/1926, 2452/1952, 2658/1954, 4387/1963, 5649/1967, 6344/1970, 7074/1973; differenziert dazu FUNK, Ordnungsprobleme 461ff.

<sup>42</sup> Vgl. z.B. VfSlg 10.403/1985, 14.597/1996.



„Zweck“ – immanent, wenn die Abgrenzung etwa nach Kriterien des „Schutzes“, des „Interesses“, der „Abwehr“ oder eines „Bedürfnisses“ vorgenommen wird, da es sich dabei, unbeschadet des fehlenden generischen Begriffs „Zweck“, zweifellos um Zwecke handelt.<sup>43</sup> Aber selbst ohne eine derartige ausdrückliche Erwähnung ist jeder Rechtsmaterie ein Telos dahingehend immanent, einen bestimmten Gegenstand zu regeln. Die Reichweite des Telos abzugrenzen, ist die entscheidende Frage, die zu ihrer Lösung wiederum der Auslegung bedarf.<sup>44</sup> Dabei könnte die teleologische Auslegungsmethode sogar an intramethodische Grenzen stoßen, wenn zwei oder mehr Rechtsmaterien teleologisch ausgelegt und dadurch kollidieren würden. Auch zeigen schon die häufigen Komplementärformulierungen in Kompetenztatbeständen, dass jedenfalls eine systematische Auslegung zwingend ist.

Verfassungstextlich weniger naheliegend erscheint just die historische Auslegung, obwohl Formulierungen wie „bebaute Grundstücke“ (Art. 10 Abs. 1 Z. 6 B-VG), „erklärte Straßenzüge“ (Art. 10 Abs. 1 Z. 9 B-VG), „bestehende Rechtsvorschriften“ (Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG), „nicht schon bisher von den Ländern autonom verwaltet wurden“ (Art. 10 Abs. 1 Z. 13 B-VG) gelegentlich darauf hinzuweisen scheinen. Bemerkenswerterweise spielt die historische Auslegung in der Judikatur des VfGH zur Kompetenzverteilung trotz des formalen Primats der Wortlautinterpretation<sup>45</sup> dennoch die größte Rolle: Nach der vom VfGH entwickelten „Versteinerungstheorie“ sind verfassungsrechtliche Begriffe, die in der Verfassung selbst nicht näher umschrieben sind, in dem Sinn zu verstehen, der ihnen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der die entsprechenden Begriffe enthal-

tenden Verfassungsbestimmungen zugekommen ist, was in den meisten Fällen der 1. Oktober 1925 ist.<sup>46</sup> Dabei handelt es sich wiederum weniger um eine Theorie als um eine Auslegungsmethode, und zwar zunächst um eine objektiv-historische Methode, die den Willen des Bundesverfassungsgesetzgebers, einem Kompetenztatbestand diese oder jene Bedeutung zu geben, an Hand des Standes und der Systematik der Rechtsordnung rekonstruiert. Was genau dafür als Versteinerungsmaterial dienlich und welche Abstraktionshöhe dabei anzulegen ist, schwankt durchaus.<sup>47</sup> Beispielsweise zeigt sich bei in jüngerer Zeit in Kraft getretenen Kompetenztatbeständen, dass häufiger (auch) direkt die Erläuterungen der betreffenden Bundesverfassungsnovelle herangezogen werden.<sup>48</sup>

Diskutieren lässt sich, ob der Zeitpunkt der parlamentarischen Beschlussfassung<sup>49</sup> und nicht der des Wirksamwerdens der jeweiligen Kompetenznorm dafür in Betracht zu ziehen wäre. Für letztere Annahme spricht, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 ja selbst dafür sorgte, dass die Zeitpunkte von Beschlussfassung und Inkrafttreten auseinanderlagen.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Ähnlich FUNK, *Ordnungsprobleme* 461.

<sup>44</sup> VfSlg 13.299/1992.

<sup>45</sup> Vgl. VfSlg 5019/1965, 5679/1968, 7709/1975, 11.777/1988.

<sup>46</sup> Vgl. aus der reichen Rspr. zuletzt etwa VfSlg 20.359/2019; weiters z.B. 9337/1982, 10.831/1986, 14.266/1955, 19.954/2015, 20.206/2017; vgl. auch FUNK, *Ordnungsprobleme* 451 und 459ff.; FUNK, *System* 69ff.; GAMPER, *Kompetenzgerichtsbarkeit* 589ff.; PERNTHALER, *Bundesstaatsrecht* 332ff.; DERS., *Kompetenzverteilung* 79ff.; WIEDERIN, *Anmerkungen* 1231–1272.

<sup>47</sup> Kritisch FUNK, *Ordnungsprobleme* 460f.; WIEDERIN, *Anmerkungen* 1244ff.

<sup>48</sup> Vgl. z.B. zum Tierschutz gem. Art. 11 Abs. 1 Z. 8 B-VG (seit der B-VG-Novelle BGBl. I 118/2004) VfSlg 19.954/2015, 20.191/2017.

<sup>49</sup> Dafür WIEDERIN, *Anmerkungen* 1236ff.

<sup>50</sup> Zuerst ergab sich dieser verzögerte, auf das Inkrafttreten bestimmter BVG bezogene Wirksamkeitsbeginn aus § 42 Abs. 1 ÜG 1920, doch wurde diese Bestimmung durch das BVG BGBl. 269/1925 vom 30. 7. 1925 geändert (vgl. auch die Wiederverlautbarung des ÜG durch die VO BGBl. 368/1925 vom 26. 9. 1925). Grundsätzlich wurde durch § 2 der VO

Ordnet der Bundesverfassungsgesetzgeber einen „constitutional deferral“<sup>51</sup> an, der gem. § 42 Abs. 1 ÜG 1920 ja vom Inkrafttreten späterer Verfassungsgesetze bestimmt sein sollte, ist es nicht unplausibel, das Verständnis des späteren Verfassungsgesetzgebers als vom „deferral“ gewollt zu unterstellen.<sup>52</sup> Zu berücksichtigen ist außerdem, dass einige Kompetenztatbestände nach dem 1. Oktober 1920 inhaltlich geändert bzw. ergänzt wurden,<sup>53</sup> d.h. selbst dann, wenn man das Verständnis des Beschlussfassungszeitpunkts heranzöge, jedenfalls diesbezüglich nicht dasjenige vom 1. Oktober 1920 herangezogen werden könnte.<sup>54</sup> Im Ergebnis wird jeglicher eine Kompetenznorm in Kraft treten lassender Verfassungsakt individuell darauf beurteilt werden müssen, ob ihm ein bestimmtes (eigenes) Verständnis anhaftet oder dieses darauf beschränkt ist, ein früheres zu übernehmen.<sup>55</sup>

Gleichzeitig ist die Versteinerungstheorie meines Erachtens auch eine systematische Auslegungsmethode, die den „Stand und die Systematik der Rechtsordnung“ zu einem bestimmten Zeitpunkt zum Maßstab nimmt. Wie immer dies das hierarchische Verhältnis zwischen Verfassung und subkonstitutionellem Recht verkeh-

ren mag<sup>56</sup> – was insofern nicht ganz der Fall ist, als man ja dem Bundesverfassungsgesetzgeber unterstellt, bei der Verwendung von Begriffen gängige Vorstellungen über eine bestimmte, einfachgesetzlich geregelte Rechtsmaterie vor Augen gehabt zu haben, andernfalls er wohl anderes geäußert hätte –, ändert nichts daran, dass zwischen diesen jedenfalls ein Systemzusammenhang erkannt wird.

Ein gravierender Vorteil dieser Methode liegt trotz der damit verbundenen bisweilen mühsamen Schürfarbeit und der ihr eigenen Archaik in der Rechtssicherheit sowie der Voraussehbarkeit von Recht dadurch, dass Kompetenzbilder fixiert und mit entsprechendem rechtsarchivalischen Wissen möglichst unkontrovers auch von Bund und Ländern erkannt werden können.<sup>57</sup> Die versteinerte Judikatur des VfGH, auch in Form von Kompetenzfeststellungserkenntnissen gem. Art. 138 Abs. 2 B-VG, hat insofern eine ähnliche Funktion wie die – diesfalls freilich durch den Gesetzgeber selbst erlassenen – Legaldefinitionen enumerierter Kompetenztatbestände in den „Devolution Acts“ des Vereinigten Königreichs, die in Form umfangreicher Fixierungen auf den Regelungsinhalt bestimmter Gesetze vorgenommen wurden.<sup>58</sup> Eine dynamische Auslegung enumerierter Kompetenztatbestände, die letztlich dem VfGH überantwortet wäre, würde deutlich größere Unwägbarkeiten und damit auch Kompetenzkonflikte schaffen, zumal seine eigenen Konstruktionen von Kompetenztatbeständen damit auch für ihn selbst nicht in Stein gemeißelt wären.

Dennoch ist zu bedenken, dass der Anwendung der Versteinerungstheorie natürliche Grenzen gesetzt sind: Dies betrifft zum einen jene Kompetenztatbestände, die dynamisch formuliert

---

BGBI. 367/1925 vom 26. 9. 1925, gestützt auf Art. II der Bundes-Verfassungsnovelle BGBI. 268/1925, der 1. 10. 1925 als Inkrafttretenszeitpunkt für alle Kompetenzartikel festgesetzt. Ein punktuell früheres Inkrafttreten ordnete zudem das BVG BGBI. 271/1925 vom 21. 7. 1925 an.

<sup>51</sup> DIXON, GINSBURG, Deferral 636–672.

<sup>52</sup> Anders WIEDERIN, Anmerkungen 1237. Letztlich bedarf es ja schon einer bestimmten Auslegung, ob man dem Bundesverfassungsgesetzgeber überhaupt unterstellen darf, eine historische Auslegung der Kompetenzverteilung gewollt zu haben. In der Grundrechtsinterpretation ist eine historische Auslegung verpönt, ohne z.B. zwischen einem EMRK-Verständnis von 1958 oder 1964 zu differenzieren.

<sup>53</sup> Vgl. die B-VG-Novelle BGBI. 268/1925 vom 30. 7. 1925.

<sup>54</sup> So auch WIEDERIN, Anmerkungen 1238.

<sup>55</sup> Zum Problem schon ebd. 1239f.

---

<sup>56</sup> Kritisch ebd. 1235.

<sup>57</sup> Ähnlich ebd. 242.

<sup>58</sup> Insofern doch nicht nur ein „nur in Österreich denkbare Wunder“ (WIEDERIN, Verfassungsinterpretation 86).

sind, weil sie an Bedingungen geknüpft sind, die sich ändern können. Damit sind nicht etwa Dynamiken in der kompetenzrechtlichen Zuordnung angesprochen, die wie bei der Bedarfskompetenz einen Wechsel beim Kompetenzträger bewirken, sondern Dynamiken im Begriffsbild eines Kompetenztatbestandes selbst: Wenn z.B. im Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG die dauernde Beschäftigung einer bundesgesetzlich zu bestimmenden Zahl von Dienstnehmern ein Kompetenztatbestandselement ist, dynamisiert dies den Kompetenztatbestand von vornherein, weil sich dieses Bundesgesetz ändern kann. Zum anderen betrifft es die vom VfGH gelegentlich vorgenommene Versteinerung von Landeskompetenzen, die in die Residualkompetenz des Art. 15 Abs. 1 B-VG fallen: Zwar ist dem VfGH darin zuzustimmen, dass eine in die Residualkompetenz fallende Materie so zu behandeln ist, als wäre sie dort ausdrücklich angeführt;<sup>59</sup> unzutreffend ist aber, diese dann in weiterer Folge kompetenztatbestandsmäßig zu fixieren und unter einer fiktiven Bezeichnung zu versteinern.<sup>60</sup> Vielmehr ist die Residualkompetenz dank ihrer generalklauselartigen Begründung eben offen und dynamisch angelegt: Was nicht unter einen Kompetenztatbestand des Bundes fällt, ist Landessache, die weder eines Etiketts bedarf noch zu versteinern ist; und selbst wenn man eine Rechtsmaterie kompetenztatbestandlich versteinerte, würde das nicht unter die Versteinerung fallende Residuum – mangels Anknüpfung zu einer Bundeskompetenz – eben „sonst“ in Art. 15 Abs. 1 B-VG fallen. Bemerkenswerterweise kam der VfGH schon auf anderem Weg zu einem ähnlichen Ergebnis, indem er das „Buschenschankwesen“ als eine unter Art. 15 Abs. 1 B-VG fallende Materie erkannte, versteinerte und anschließend intrasystematisch fortentwickelte, statt bloß die Bundeskompetenz „Ange-

legenheiten des Gewerbes“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 8 B-VG auszulegen, hierauf die fragliche Regelung als nicht unter diese fallend und folglich als Residualmaterie zu erkennen.<sup>61</sup> Zwar wirkte sich dieser methodische Unterschied auf das Ergebnis der Entscheidung nicht aus, doch wie sähe es in Fällen aus, wo der VfGH etwa der Meinung wäre, dass eine unter keine Bundeskompetenz fallende Regelung intrasystematisch nicht mit einer von ihm versteinerten Landeskompetenz gem. Art. 15 Abs. 1 B-VG verknüpft sein könne? Im Grunde müsste der VfGH dann zugestehen, dass die Regelung unter eine Weder-Noch-Kompetenz fiele, für die weder Bund noch Land zuständig sei – etwas, das Art. 15 Abs. 1 B-VG schon dem Wortlaut (arg. „übertragen ist [nicht: wurde], verbleibt“) und noch weniger dem Sinn nach zugemutet werden kann.

Herkömmlich wendet der VfGH die intrasystematische Fortentwicklung jedoch i.V.m. der Versteinerung von Bundeskompetenzen an: Demzufolge müssen Neuregelungen für ihre Zuordnung zu einer versteinerten Bundeskompetenz nach ihrem Inhalt dem betreffenden Rechtsgebiet, wie es durch die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzartikel bestehende gesetzliche Regelung bestimmt ist, systematisch angehören.<sup>62</sup> Dabei handelt es sich im Grunde um eine erweiterte Form einer objektiv-originalistischen Interpretationstheorie, die unterstellt, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber auch Neuregelungen – ohne sie zu kennen – unter einen Kompetenztatbestand fallen lassen wollte, sofern sie nur intrasystematisch eine entsprechende Verwandtschaft mit der versteinerten Materie aufwiesen, gewissermaßen eine „implied po-

<sup>59</sup> VfSlg 5375/1966, 6685/1972.

<sup>60</sup> Vgl. mit Nachweisen aus der Rspr. auch die Kritik von PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 149–160.

<sup>61</sup> VfSlg 17.000/2003.

<sup>62</sup> Vgl. zuletzt etwa VfSlg 18.738/2009, 20.262/2018; vgl. auch FUNK, Ordnungsprobleme 452 und 459ff.; DERS., System 69ff.; GAMPER, Kompetenzgerichtsbarkeit 593f.; PERNTHALER, Bundesstaatsrecht 332ff.; DERS., Kompetenzverteilung 79ff.

wer“ darstellten.<sup>63</sup> Eine gewisse Nähe besteht methodisch auch zum Analogieschluss, da gleichsam fingiert wird, dass Neuregelungen, die dem Bundesverfassungsgesetzgeber (hier: nicht durch Irrtum, sondern Nichtkenntnis einer zukünftigen Entwicklung) nicht bewusst waren, bei entsprechender Nähe unter einen Kompetenztatbestand fallen, weil angenommen wird, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber diese auch darunter verstanden hätte, hätte er von der Entwicklung der Neuregelung Kenntnis gehabt.<sup>64</sup> Was es freilich heißt, „einem Rechtsgebiet dem Inhalt nach systematisch“ oder zumindest dem „wesentlichen“ Inhalt<sup>65</sup> nach anzugehören, kann diskussionswürdig sein, weil der Unterschied zwischen einer neuen, aber intrasystematisch auffangbaren und einer auf Grund völliger Neuartigkeit unter Art. 15 Abs. 1 B-VG fallenden Neuregelung nicht immer klar erkennbar sein wird.<sup>66</sup>

Schließlich hat der VfGH die sog. föderalistische Auslegungsmaxime entwickelt, die er aus Art. 2 B-VG bzw. – manchmal auch unzutreffend mit Art. 2 B-VG gleichgesetzt<sup>67</sup> – dem „föderalistischen Bauprinzip“ der Bundesverfassung ableitete:<sup>68</sup> Demnach sind die aus der generellen Länderkompetenz des Art. 15 (rectius: Abs. 1) B-VG zugunsten des Bundes herausgehobenen Kompetenztatbestände – im Zweifel<sup>69</sup> – einschränkend auszulegen.<sup>70</sup> Dass es sich dabei um

eine subsidiäre Auslegungsregel im Zweifelsfall handeln muss, geht implizit aus seiner ständigen Judikatur zur Versteinerungstheorie und intrasystematischen Fortentwicklung hervor, in der er eine einschränkende Auslegung der Bundeskompetenzen gerade nicht praktiziert; vielmehr erweitert er diese sogar noch, wenn es intrasystematisch rechtfertigbar ist. Die Ableitung aus Art. 2 B-VG respektive dem „föderalistischen Bauprinzip“ ist schon deshalb problematisch, weil das föderalistische Bauprinzip und der dieses nur deklarativ-programmatisch verankernde Art. 2 B-VG nicht dasselbe sind.<sup>71</sup> Dass nun „der Bundesstaat“ bzw. das föderalistische Bauprinzip eine solche Auslegung gebieten,<sup>72</sup> muss angesichts der stark zentralistischen Kompetenzverteilung zumindest bezweifelt werden: Es ließe sich sowohl argumentieren, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber mit dieser gerade einen kompetenzstarken Bund intendierte (was im Zweifel für eine Bundeskompetenz spräche), als auch, dass die Länder angesichts der Kompetenzstärke des Bundes doch auch ihrerseits Kompetenzen benötigen, um das bundesstaatliche Programm überhaupt noch zu erfüllen (was im Zweifel für eine Landeskompetenz spräche). Dieses kompetenzrechtliche Residuum verankert aber – neben den enumerierten Landeskompetenzen – v.a. Art. 15 Abs. 1 B-VG, aus dem einwandfrei ableitbar ist, dass die Länder für alle nicht ausdrücklich dem Bund übertragenen Angelegenheiten zuständig sind.<sup>73</sup> Wenn die vom VfGH angewendete Versteinerungstheorie und intrasystematische Fortentwicklung keine hinreichenden Indizien für eine Bundeskompetenz ergeben, ist der Bund auch nicht zuständig und verbleibt die Angelegenheit

<sup>63</sup> Vgl. schon GAMPER, Kompetenzgerichtsbarkeit 594.

<sup>64</sup> Vgl. schon DIES., Regeln 181.

<sup>65</sup> Vgl. z.B. VfSlg 2658/1954, 3670/1960, 13.299/1992, 15.552/1999 und 16.474/2002.

<sup>66</sup> Mit intrasystematischer (in Wahrheit eher zweckeorientierter) Betonung der „Funktion“ eines Verkehrskontrollplatzes unterstellte der VfGH (VfSlg 20.262/2018) dort befindliche Bauwerke dem Kompetenztatbestand „Bundesstraßen“.

<sup>67</sup> VfSlg 2977/1956, 8891/1980.

<sup>68</sup> Vgl. dazu schon GAMPER, Kompetenzgerichtsbarkeit 599ff.; DIES., Regeln 181 und 196ff.

<sup>69</sup> So VfSlg 9543/1982.

<sup>70</sup> VfSlg 2977/1956, 8891/1980, 9543/1982, 13.019/1992, 14.266/1995.

<sup>71</sup> GAMPER, Kompetenzgerichtsbarkeit 599.

<sup>72</sup> Gegen eine solche Annahme auf Grund der Neutralität des paritätischen Bundesstaats WIEDERIN, Theorien 240f.

<sup>73</sup> Ähnliche Regime gibt es in Mikrokompetenzverteilungen wie z.B. Art. 14a Abs. 1 und Art. 115 Abs. 2 B-VG; umgekehrt Art. 14 Abs. 1 B-VG.

ohnedies im selbständigen Wirkungsbereich der Länder. Dass es einen methodischen Bedarf an der – nur selten und vom VfGH schon lange nicht mehr angewandten – föderalistischen Auslegungsmaxime gibt, muss daher bezweifelt werden. Auch fiel ihm etwa nicht ein, diese auf das Kriterium der „Erforderlichkeit“ in Art. 11 Abs. 2 oder Art. 15 Abs. 9 B-VG anzuwenden, sondern er hat dieses vielmehr streng interpretiert.

Als eine spezielle, allerdings auf Art. 15 Abs. 6 B-VG gestützte Variante der föderalistischen Auslegungsmaxime könnte auch der Grundsatz verstanden werden, wonach bei der Auslegung eines Grundsatzgesetzes im Zweifelsfall diejenige Möglichkeit als zutreffend anzusehen ist, die der Ausführungsgesetzgebung den weiteren Spielraum belässt.<sup>74</sup> Dies hat den VfGH aber nicht dazu bewogen, Grundsatzgesetze wegen Überdeterminierung, sondern bestenfalls wegen verfehlter Zuordnung hinsichtlich Art. 12 B-VG aufzuheben.<sup>75</sup> Darüber hinaus schwankt seine Rechtsprechung zu Grundsatzgesetzen zwischen den Kriterien der inhaltlichen „Grundsätzlichkeit“ und der „Einheitlichkeit“ im „ganzen“ Bundesgebiet, die etwas diffus kombiniert werden:<sup>76</sup> Es kann jedoch grundsätzliche Fragen geben, die nicht das ganze Bundesgebiet betreffen; und es kann nicht-grundsätzliche Fragen geben, die das ganze Bundesgebiet betreffen. Einheitlichkeit um ihrer selbst willen rechtfertigt jedenfalls nicht jeden Inhalt des Grundsatzgesetzes, wäre sonst doch die Ausführungsgesetzgebungskompetenz an sich sinnentleert.

#### IV. Auswirkungen

Offen ist die Frage, ob die Judikatur des VfGH zur Kompetenzverteilung eher als „zentralis-

tisch“ oder „föderalistisch“ zu bewerten ist und welche Faktoren dafür verantwortlich sind. Eine eindeutige Linie verfolgt der VfGH dabei nicht,<sup>77</sup> wie dies übrigens für die meisten Verfassungsgerichte in Bundesstaaten gilt, deren Kompetenzjudikatur nicht eindeutig der einen oder anderen Richtung zugeordnet werden kann, sondern eher die Balance zu halten sucht.<sup>78</sup> Eine eher untergeordnete Rolle in diesem Zusammenhang spielen wohl der vergleichsweise seltenere<sup>79</sup> Wechsel von Verfassungsrichtern, die bescheidende föderalistische Note in der Richterbestellung<sup>80</sup> sowie die rechtspositivistische Ausrichtung des VfGH; gerade in der Kompetenzjudikatur zeigt sich sogar eine gewisse Vorliebe des VfGH für – wenn auch in der methodischen Begründung knapp gehaltene – theorie- und prinzipiengeleitete Interpretationsansätze, denen er zum Großteil über die letzten Jahrzehnte treu geblieben ist. Bezeichnend ist aber auch seine insgesamt doch deutlich erkennbare Haltung, Bund und Länder zumindest dem Grundsatz nach paritätisch zu behandeln. Weder hat der VfGH eine – aus der Bundesverfassung auch nicht ableitbare – allgemeine Vorrangregel „Bundesrecht bricht Landesrecht“ entwickelt,<sup>81</sup> noch versteht er das Berücksichtigungsprinzip imparitätisch oder legt einen Kompetenztatbestand „im Zweifel“ zu Gunsten des Bundes aus. Gleichwohl zeigt sich in der Mehrheit der Fälle, dass der VfGH eher dem Bund als den Ländern Kompetenzen zuerkennt. Dies liegt jedoch weniger an einer besonders bundesfreundlichen Haltung des VfGH als an der Kompetenzverteilung selbst, deren manifes-

<sup>74</sup> Vgl. z.B. VfSlg 3649/1959, 11.856/1988; 20.359/2019.

<sup>75</sup> BUßJÄGER, Bundesstaat 207; vgl. z.B. VfSlg 17.160/2004, 18.140/2007.

<sup>76</sup> Vgl. zuletzt VfSlg 20.359/2019.

<sup>77</sup> Vgl. auch PÜRKY, Bundesverfassungsrecht 1, 37.

<sup>78</sup> Vgl. zusammenfassend GAMPER, Kompetenzverteilung 774; SCHNEIDER, Einführung 14.

<sup>79</sup> Dies ergibt sich aus der unüblich langen (dazu GAMPER, Voraussetzungen 147) Funktionsperiode von Mitgliedern des VfGH.

<sup>80</sup> Art. 147 Abs. 2 B-VG.

<sup>81</sup> So schon VfSlg 1882/1949.

te Bundeslastigkeit nicht weginterpretiert werden kann.

Sicherlich könnte der VfGH ein stärker grammatikalisches oder teleologisches Verständnis vertreten, doch wären damit große Nachteile und jedenfalls nicht notwendigerweise ein föderalistischer Vorteil verbunden: Die enumerierten Kompetenztatbestände rein grammatikalisch auszulegen, eröffnete angesichts der Vagheit der Begriffe zumeist schiere Beliebigkeit; sie teleologisch auszulegen, würde wohl eher dazu führen, dem ohnehin kompetenzbegünstigten Bund die Befugnis für alle Arten von Regelungszwecken zuzusprechen als umgekehrt. Wenig länderfreundlich ist sicherlich die Methode der intrasystematischen Fortentwicklung, die zu der Art. 15 Abs. 1 B-VG immanenten Dynamik eine Gegendynamik darstellt. Dabei sollte der VfGH diese Methode, die ja durchaus Vorteile in Bezug auf Konsistenz und Kohärenz von Regelungsmaterien mit sich bringt, nicht aufgeben, sondern lediglich in manchen Fällen moderater sowie Art. 15 Abs. 1 B-VG dynamischer anwenden.

Insgesamt betreibt der VfGH in diesem Bereich – wie die meisten Kompetenzgerichte<sup>82</sup> – weit weniger „judicial activism“ als etwa in der Grundrechtsinterpretation und bringt dem historischen Bundesverfassungsgesetzgeber deutlich mehr „judicial restraint“ entgegen als in jener. Gleichwohl zeigt er gerade in der konstruktivistischen Annahme, seine Rechtssätze in Kompetenzfeststellungserkenntnissen hätten die Wirkung einer authentischen Interpretation der Kompetenzregelungen der Bundesverfassung auf der Stufe eines Bundesverfassungsgesetzes,<sup>83</sup> Selbstbewusstsein, das er durch den gleichzeitigen Hinweis, diese seien auch für ihn selbst bindend,<sup>84</sup> kaum schmälert. Bezeichnend ist aber

auch, wie ruhig es in den letzten Jahrzehnten um derartige Rechtssätze geworden ist: Der letzte ist immerhin schon 18 Jahre alt.<sup>85</sup> Generell hat die Kompetenzjudikatur des VfGH in dieser Zeit quantitativ abgenommen.<sup>86</sup> Ein gutes Zeichen, da vieles Kompetenzrechtliche geklärt zu sein scheint und relativ wenig neue Konflikte erzeugt; aber auch offenbar ein Zeichen dafür, dass die Kompetenzverteilung trotz vieler punktueller Kompetenzänderungen und Zersplitterungen stabiler ist als angenommen.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Anna GAMPER  
Universität Innsbruck  
Institut für Öffentliches Recht,  
Staats- und Verwaltungslehre  
Innrain 52d  
6020 Innsbruck  
Anna.Gamper@uibk.ac.at  
ORCID-Nr. 0000-0001-7572-6410

## Abkürzungen:

ÜG Übergangsgesetz  
VfSlg Sammlung der Erkenntnisse und  
wichtigsten Beschlüsse des  
Verfassungsgerichtshofes

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
[<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

## Literatur:

Ludwig K. ADAMOVICH u.a., Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1: Grundlagen (Wien–New York 2011).  
Peter BUßJÄGER, Der Bundesstaat in der jüngeren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, in: Ludwig ADAMOVICH u.a. (Hgg.), Festschrift für Gerhart Holzinger (Wien 2017) 201–214.

<sup>82</sup> Vgl. zusammenfassend SCHNEIDER, Einführung 14.

<sup>83</sup> VfSlg 3055/1956, 4446/1963, 6685/1972, 7780/1976 und 16.929/2003.

<sup>84</sup> Z.B. VfSlg 3055/1956, 4027/1961, 4446/1963, 6685/1972, 7168/1973, 7780/1976, 16.929/2003.

<sup>85</sup> VfSlg 16.929/2003.

<sup>86</sup> I.w.S. könnte man freilich jedwede vom VfGH erkannte Verfassungswidrigkeit, z.B. Grundrechtswidrigkeit, von Landesrecht auch als eine Kompetenzwidrigkeit (Art. 10 Abs. 1 Z. 1 B-VG) ansehen.

- DERS., Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in Österreich, in: Anna GAMPER u.a. (Hgg.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (Baden-Baden 2016) 523–574.
- Ulrike DAVY, Zur Bedeutung des bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebotes für Normenkonflikte, in: *ÖJZ* 41 (1986) 225–234.
- Rosalind DIXON, Tom GINSBURG, Deciding not to decide. Deferral in Constitutional Design, in: *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011) 636–672.
- Bernd-Christian FUNK, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (Wien 1980).
- DERS., Die grundlegenden Ordnungsprobleme im System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: *JBl* 17/18 (1976) 449–464.
- Anna GAMPER, Föderale Kompetenzverteilung in Europa: Vergleich und Analyse aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: DIES. u.a. (Hgg.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (Baden-Baden 2016) 763–784.
- DIES., Kompetenzgerichtsbarkeit und Kompetenzinterpretation in Österreich, in: DIES. u.a. (Hgg.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (Baden-Baden 2016) 575–605.
- DIES., Koordination im Bundesstaat – ein „ungeschriebenes“ Verfassungsprinzip?, in: Andreas ROSNER, Peter BUßJÄGER (Hgg.), *Im Dienste der Länder – im Interesse des Gesamtstaates. Festschrift 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer* (Wien 2011) 257–268.
- DIES., Koordination vs. Durchgriff: Aktuelle Herausforderungen des österreichischen Bundesstaats, in: Annegret EPLER, Andreas MAURER (Hgg.), *Europapolitische Koordination in Österreich. Inter- und intrainstitutionelle Regelwerke, Funktionen und Dynamiken* (Innsbruck 2019) 77–99.
- DIES., Länder ohne Gesetzgebung: Was bliebe von der Bundesverfassung?, in: Georg LIENBACHER, Erich PÜRGY (Hgg.), *Ist die Gesetzgebungskompetenz der Länder noch sinnvoll?* (Wien 2020) 51–75.
- DIES., Regeln der Verfassungsinterpretation (Wien-New York 2012).
- DIES., Verfassungsrechtliche Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Richteramts in Österreich und Europa, in: Karim GIESE, Gerhart HOLZINGER, Clemens JABLONER (Hgg.), *Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Festschrift für Harald Stolze* zum 65. Geburtstag (Wien 2013) 137–154.
- DIES., Die „letzten Dinge“ des Verfassungsrechts: VfSlg 2455/1952, in: *ZÖR* 76 (2021) 41–46.
- Martin HIESEL, in: Benjamin KNEIHS, Georg LIENBACHER (Hgg.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Bd. I/5* (Wien 2011).
- Sigrid LEBITSCH-BUCHSTEINER, Die bundesstaatliche Rücksichtnahmepflicht (Wien 2001).
- Georg LIENBACHER, Die präventive Normenkontrolle in der Gesetzgebung, in: Clemens JABLONER u.a. (Hgg.), *Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag* (Wien 2011) 323–338.
- Heinz MAYER, Neue Wege der Kompetenzinterpretation?, in: *ÖJZ* 41 (1986) 513–520.
- Erwin MELICHAR, Die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes und die Gesetzgebungsorgane, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 11 (1961) 423–437.
- Adolf MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 (1921) 336–359.
- Richard NOVAK, Bundesstaatliche Rücksichtnahme, in: Heinz SCHÄFFER u.a. (Hgg.), *Staat – Verfassung – Verwaltung. Festschrift für Friedrich Koja* (Wien-New York 1998) 357–369.
- Theo ÖHLINGER, Harald EBERHARD, *Verfassungsrecht* (Wien 2019).
- Francesco PALERMO, Karl KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional arrangements and case law* (Oxford-Portland-Oregon 2017).
- Peter PERNTHALER, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich (Wien 1989).
- DERS., *Österreichisches Bundesstaatsrecht* (Wien 2004).
- DERS., Fried ESTERBAUER, Die Entstehung des österreichischen Bundesstaates als geschichtlicher Vorgang und als staatstheoretisches Problem, in: *Montfort Zeitschrift für Geschichte Vorarlbergs* 25 (1973) 128–156.
- Peter PERNTHALER, Karl WEBER, Versteinigung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 15 Abs. 1 B-VG, in: Heinz SCHÄFFER (Hg.), *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift für Erwin Melichar zum 70. Geburtstag* (Wien 1983) 149–160.
- Patricia POPELIER, Federalism Disputes and the Behavior of Courts: Explaining Variation in Federal Courts Support for Centralization, in: *Publius: The Journal of Federalism* 47 (2017) 27–48.
- DIES., Samantha BIELEN, How Courts Decide Federalism Disputes: Legal Merit, Attitudinal Effects, and Strategic Considerations in the Jurisprudence of

- the Belgian Constitutional Court, in: *Publius: The Journal of Federalism* 49 (2018) 587–616.
- Patricia POPELIER, Armen MAZMANYAN, Werner VANDENBRUWAENE (Hgg.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance* (Cambridge–Antwerp–Portland 2013).
- Erich PÜRKY, *Bundesverfassungsrecht und Landesrecht*, in: DERS. (Hg.), *Das Recht der Länder*, Bd. 1: *Landesverfassungsrecht und Organisationsrecht* (Wien 2012) 1–60.
- Heinz SCHÄFFER, *Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat*, in: *Zeitschrift für Verwaltung* 10 (1985) 357–366.
- DERS., *Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme* (Wien–New York 1971).
- Hans-Peter SCHNEIDER, *Einführung*, in: DERS., KRAMER, CARAVITA di TORITTO, *Judge* 10–16.
- DERS., Jutta KRAMER, Beniamino CARAVITA DI TORITTO (Hgg.), *Judge made Federalism? The Role of Courts in Federal Systems* (Baden–Baden 2009).
- Niklas SONNTAG, *Präventive Normenkontrolle in Österreich* (Wien 2011).
- Ronald L. WATTS, *Comparative Conclusions*, in: Akhtar MAJEED, Ronald L. WATTS, Douglas M. BROWN (Hgg.), *A Global Dialogue on Federalism. Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* (Montreal u.a. 2006) 322–349.
- DERS., *Comparing Federal Systems* (Montreal u.a. 2008).
- Ewald WIEDERIN, *Anmerkungen zur Versteinerungstheorie*, in: Herbert HALLER u.a. (Hgg.), *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler* (Wien–New York 1997) 1231–1272.
- DERS., *Die Kompetenzverteilung hinter der Kompetenzverteilung*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 66 (2011) 215–232.
- DERS., *Theorien als Methoden der Kompetenzinterpretation*, in: *Zeitschrift für Verwaltung* 34 (2015) 236–242.
- DERS., *Verfassungsinterpretation in Österreich*, in: Georg LIENBACHER (Hg.), *Verfassungsinterpretation in Europa. Heinz Schäffer Gedächtnissymposium* (Wien 2011) 81–114.
- Ulrich E. ZELLENBERG, *Art. 138 Abs. 2 B-VG*, in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (Wien 2001).



Peter BUßJÄGER, Innsbruck\*

## Die Wiener Schule und die Kompetenzverteilung

### *The Vienna School of Legal Positivism and the Distribution of Competences*

*The theory of federalism of the Vienna School of Legal Positivism has had manifold influences on the application of the distribution of competences between the federation and the Länder in Austria. We gain an important insight into the significance of the theory of the federation as an order of separation, combined with the rejection of the principle of homogeneity in favor of explicitly provided principles and obligations of the legal order of the states.*

*This contribution describes the legacy of the Vienna School of Legal Positivism for the interpretation and application of the distribution of competences in Austria. It has not only provided essential impulses for the normative understanding of the federal state, but also neglected the aspects of federalism that, in its view, are not legally relevant.*

**Keywords:** *distribution of competences – federalism – federation – Vienna School of Legal Positivism*

### A. Einleitung

In einer Besprechung<sup>1</sup> des bekannten Jagdrecht-Forstrecht-Erkenntnisses des VfGH<sup>2</sup> erwartete Pernthaler, dass das Erkenntnis des VfGH „auf scharfe Kritik vonseiten der ‚Wiener Schule‘ stoßen wird.“<sup>3</sup> In einer Replik fragte sich Mayer im Gegenzug, „was immer in diesem Zusammenhang mit ‚Wiener Schule‘ gemeint sein mag“,<sup>4</sup> und unterzog das Erkenntnis des VfGH einer, vielleicht nicht besonders scharfen, so doch eingehenden Kritik, die darauf hinauslief, dass der VfGH wohl auch mit den herkömmlichen Methoden der Kompetenzinterpretation zum selben Ergebnis hätte gelangen können, ohne auf eine Kompetenzausübungsmaxime, das bundes-

staatliche Berücksichtigungsprinzip, ausweichen zu müssen.<sup>5</sup>

Der vorliegende Beitrag versucht indessen, der Frage nachzugehen, „was immer“ die Position der Wiener Schule im Zusammenhang mit der Kompetenzverteilung sein mag.

Die Existenz der Wiener Schule und ihre maßgeblichen Exponenten müssen im gegebenen Zusammenhang nicht näher erläutert werden und können als bekannt vorausgesetzt werden. Es kann daher unmittelbar dazu übergegangen werden, zunächst deren allgemeine Positionierung gegenüber der Rechtsnatur des Bundesstaats zu erläutern (B.) und im Anschluss (C.) ihre rechtsdogmatische Haltung zur Kompetenzverteilung zu analysieren. Nicht unerwähnt sollen aber auch die rechtspolitischen Positionierungen der Wiener Schule in der Kompetenzreform bleiben (D.), bevor die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst werden (E.).

---

\* Der Autor dankt Univ.-Ass. Mag.a Julia Oberdanner, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck, und MMag. Dr. Mathias Eller, Institut für Föderalismus, Innsbruck, für die Unterstützung.

<sup>1</sup> PERNTHALER, Entscheidungsbesprechung 94.

<sup>2</sup> VfSlg 10.292/1984.

<sup>3</sup> PERNTHALER, Entscheidungsbesprechung 94.

<sup>4</sup> MAYER, Kompetenzinterpretation 513.

---

<sup>5</sup> Ebd.; dazu auch BUßJÄGER, Berücksichtigungsprinzip.

## B. Die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule

### 1. Dezentralisationstheorie als normative Bundesstaatstheorie

Die Wiener Schule und ihre wissenschaftliche Analyse der Kompetenzverteilung können nicht ohne Bezug zu der von ihr vertretenen Bundesstaatstheorie, der sog. Dezentralisationstheorie, verstanden werden. Nach Merkls vielzitiertem und grundlegendem Beitrag aus dem Jahre 1921<sup>6</sup> ist ihr Gegenstück, die Staatenstaatstheorie, nichts anderes als eine „langlebige juristisch-politische Phantasmagorie“.<sup>7</sup> Die Reine Rechtslehre, so seine Hoffnung, habe jedoch „das ihr aufgebene Vernichtungswerk vielleicht bereits vollbracht“.<sup>8</sup>

Der Bundesstaat ist demnach kein aus verschiedenen (Teil-)Staaten zusammengesetzter Staat, sondern unterscheidet sich vom Einheitsstaat lediglich durch das Ausmaß der Dezentralisation: „Unter Bundesstaat ist ein Staat zu verstehen, der eine gewisse Dezentralisation aufweist, indem Gesetzgebung und Vollziehung auf verschiedene Organisationen (Bund und Länder) verteilt werden.“<sup>9</sup> Er besteht somit aus räumlich dezentralisierten Rechtsordnungen, bei denen die Staatsfunktionen zwischen einem Oberstaat und den „Gliedstaaten“ aufgeteilt sind, wobei den Gliedern „eine (relativ) selbständige Gesetzgebungsbefugnis und insb. eine (relative) Verfassungsautonomie zukommt“.<sup>10</sup>

Für den Bundesstaat ist eben nicht sein ewiges Paradoxon, die Teilung der unteilbaren Souveränität,<sup>11</sup> sondern vielmehr „ein Dualismus und

Parallelismus von Organen charakteristisch. Er äußert sich auf der Stufe der Gesetzgebung [...] in dem Nebeneinanderbestehen und Nebeneinanderfunktionieren zweier verschieden organisierter Gesetzgebungstypen, eines zentralen und mehrerer – wenn das Bild gestattet ist – peripherer Gesetzgebungsorgane.“<sup>12</sup> Souveränität kommt der Wiener Schule zufolge lediglich dem Völkerrechtssubjekt zu, soweit Gliedstaaten eine partielle Völkerrechtssubjektivität zukommt, empfangen sie diese durch die jeweilige staatliche Verfassung.<sup>13</sup>

Die Monopolisierung von Souveränität im Nationalstaat hat sich freilich überholt: Das europäische Mehrebenensystem ist von einer Relativierung der Souveränität<sup>14</sup> geprägt, auf die jedenfalls die Reine Rechtslehre und die Wiener Schule keine Antwort artikuliert hat.<sup>15</sup> Die Wiener Schule zeigt sich unberührt von der (vom EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung seit „van Gend & Loos“<sup>16</sup> angenommenen) autopoietischen Entstehung des Europarechts: „Innerhalb einer als normative Einheit verstandenen Ordnung kann es nur eine einzige souveräne Rechtsnorm oder Teilordnung geben (Hervorhebung i.O.), von der alle anderen Normen oder Teilordnungen ihre Geltung ableiten.“<sup>17</sup> Es ist demnach „logisch ausgeschlossen, dass mehrere souveräne Ordnungen zusammen eine Einheit bilden“.<sup>18</sup>

Kelsens Doktrin, auf die Merkl Bezug nimmt,<sup>19</sup> sieht daher keinen grundsätzlichen, sondern lediglich graduellen Unterschied zwischen den „selbständigen Ländern“ (Art. 2 Abs. 1 B-VG) und den Gemeinden als territoriale Selbstver-

<sup>6</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 336.

<sup>7</sup> Ebd. Das Zitat der „Phantasmagorie“ findet sich auch bei THIENEL, Bundesstaatsbegriff 216.

<sup>8</sup> MERKL, Kompetenzverteilung.

<sup>9</sup> WALTER, Bundesverfassungsrecht 108.

<sup>10</sup> THIENEL, Bundesstaatsbegriff 250.

<sup>11</sup> Vgl. ebd. 224.

<sup>12</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 337.

<sup>13</sup> THIENEL, Bundesstaatsbegriff 224.

<sup>14</sup> BUSSJÄGER, Politischen 96f.

<sup>15</sup> WEBER, Bundesstaat 420.

<sup>16</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 5. 2. 1963, Rs 26/62.

<sup>17</sup> THIENEL, Bundesstaatsbegriff 225.

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> KELSEN, Problem der Souveränität 241.

waltungskörper.<sup>20</sup> Die Landesverfassungen sind sowohl materiell als auch formell durch die Bundesverfassung delegierte Teilrechtsordnungen.<sup>21</sup> Diese Theorie wird von Thienel als „normative“ Bundesstaatstheorie bezeichnet, gleichsam zur Unterscheidung von der „komplexen“ Bundesstaatstheorie der – ohne sie so zu nennen – „Innsbrucker Schule“, die auch historische, soziologische und ökonomische Bezüge einfließen lässt.<sup>22</sup> Damit ist die normative Bundesstaatstheorie mit sich selbst im Reinen, unverwässert und klar, eben an Normen orientiert, während das Gegenüber in Verdacht steht, die Welt der Normen zu verlassen und damit Methodensynkretismus zu betreiben.<sup>23</sup> Insoweit beispielsweise die Innsbrucker Schule auf den zeithistorischen Entstehungsprozess des Bundesstaates verweist, entgegnet die Wiener Schule, was immer sich vor dem 1. Oktober 1920 abgespielt haben mag, es sei mit der Schaffung des B-VG, das erst den Bundesstaat konstituierte, untergegangen.<sup>24</sup>

Inwieweit die von Merkl 1921 prophezeite endgültige Entkräftung der Staatenstaatstheorie<sup>25</sup> durch die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule gelungen ist, kann schon deshalb dahingestellt bleiben, als die Kritik an der „komplexen Bundesstaatstheorie“ durch Thienel nach 70 Jahren ja gerade beweist, dass sich die Staatenstaatstheorie nicht endgültig durchgesetzt hat. Insgesamt ist jedoch nicht zu verkennen, dass der Theorienstreit in den vergangenen Jahren keine große Aufmerksamkeit mehr auf sich gezogen hat, auch international nicht. Der Frage der Souveränität wird dabei keine Beachtung mehr geschenkt, die Staatsqualität der Glieder ist hingegen im deutschen Sprachraum kaum

bestritten.<sup>26</sup> Die Wissenschaft beschäftigt sich vielmehr mit praktischen Fragen der Verfassungsinterpretation, insbesondere der Kompetenzauslegung, was nicht bedeutet, dass theoretische Vorverständnisse nicht immer wieder mitschwingen.

Auch der VfGH hat sich nach außen hin schon früh der Entscheidung entzogen, sich auf die Seite der einen oder anderen Theorie zu schlagen: „Maßgebend sind nicht die verschiedenen einander vielfach widersprechenden Theorien vom Wesen des Bundesstaates, sondern ausschließlich die positiven Bestimmungen des B-VG“, wird in VfSlg 2455/1952 proklamiert. Er folgt im Ergebnis aber doch der Wiener Schule, dass Art. 2 B-VG „zunächst wohl nur die Bedeutung einer programmatischen Erklärung beizumessen ist“, er gesteht der Norm aber doch insoweit normative Bedeutung zu, als „eine Aufhebung wesentlicher Bestimmungen des B-VG, die sich auch in allen anderen bundesstaatlichen Verfassungen finden, als eine Gesamtänderung der Verfassung anzusehen wäre.“<sup>27</sup>

## 2. Die rechtliche Irrelevanz des Art. 2 Abs. 1 und 2 B-VG

Aus der Dezentralisationstheorie folgt zwanglos, dass aus Art. 2 B-VG<sup>28</sup> jedenfalls für die Auslegung des Bundesstaatsbegriffs und der Bundesstaatlichkeit des B-VG nichts zu gewinnen ist.<sup>29</sup> Wenn nämlich den Gliedern keine originäre

<sup>20</sup> THIENEL, Bundesstaatsbegriff 215; KOJA, Staatslehre 349.

<sup>21</sup> THIENEL, Bundesstaatsbegriff 215.

<sup>22</sup> Ebd. 216.

<sup>23</sup> Ebd. 245.

<sup>24</sup> KOJA, Verfassungsrecht 29.

<sup>25</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 336, Fn. 1.

<sup>26</sup> Vgl. für Deutschland KIMMINICH, in: ISENSEE, KIRCHHOF Rz. 15, 25; ZIPPELIUS, Staatslehre 54; für die Schweiz HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht 296 Rz. 943; HALLER, KÖLZ, GÄCHTER, Staatsrecht 148; STARCK, § 1 Föderalismus 45.

<sup>27</sup> Siehe zu diesem Erkenntnis auch Gamper, Die „letzten Dinge“ des Verfassungsrechts: VfSlg 2455/1952, ZÖR 76 (2021), 41-46.

<sup>28</sup> Zumindest nicht, was die Abs. 1 und 2 betrifft. Abs. 3 als Resultat der B-VG-Novelle BGBl. I 2/2008.

<sup>29</sup> WALTER, Bundesverfassungsrecht 108; THIENEL, Bundesstaatsbegriff 251; PÜRGY, Bundesverfassungsrecht 6; KOJA, Verfassungsrecht 26.

Souveränität zukommt, die „Selbständigkeit der Länder“ sich aus Sicht der Wiener Schule nur als eine Referenz gegenüber der Rolle der Länder im Entstehungsprozess der Bundesverfassung und im Übrigen als „eine bescheidene Andeutung des Gedankens der Souveränität, wie er in der Schweizer Verfassung zum Ausdruck kommt“, erweist,<sup>30</sup> die Landesrechtsordnungen vom B-VG delegierte Teilrechtsordnungen sind, bleibt Art. 2 Abs. 1 und 2 nicht mehr als ein Programm.

Die Ausgestaltung des Bundesstaats kann also nur durch Auslegung der den Bundesstaat konkretisierenden Bestimmungen des B-VG selbst geklärt werden. In diesem Sinne führen schon Kelsen, Froehlich, Merkl aus: „Ähnlich wie die Bestimmungen des Art. 1 hat auch die Deklaration: ‚Österreich ist ein Bundesstaat‘ an und für sich keinen relevanten Rechtsinhalt. Die Beantwortung der Frage, ob es dieser Verfassung gelungen ist, aus Österreich einen Bundesstaat zu machen, wird von der jeweiligen Bestimmung des Bundesstaatsbegriffs abhängen.“<sup>31</sup> Auch der Beifügung „selbständige“ zu den „Ländern“ des Art. 2 Abs. 2 B-VG kommt keine rechtliche Relevanz zu.<sup>32</sup>

### 3. Oberstaat/Gliedstaaten vs. Drei-Kreise-Theorie

Die Wiener Schule differenziert zwischen dem Oberstaat (Bund) und den Gliedern.<sup>33</sup> In einer weiteren Ausprägung wird freilich auch zwischen Oberstaat, Bund und den Gliedern unterschieden, die 3-Kreise-Theorie Kelsens.<sup>34</sup> In der

Praxis der Interpretation der Kompetenzverteilung spielt letztere freilich keine besondere Rolle,<sup>35</sup> auch wenn sich weiterhin prominente Exponenten der österreichischen Staatsrechtslehre zu ihr bekennen.<sup>36</sup>

Der VfGH selbst spricht in den wenigen Entscheidungen, in denen die Bundesstaatstheorie durchschimmert, vom „Oberstaat“ und den „Gliedstaaten“,<sup>37</sup> in VfSlg 1281/1929 spricht er von der „Dezentralisation der Gesetzgebung“ und nimmt dabei wörtliche Anleihe an dem von der Wiener Schule gebrauchten Terminus.

## C. Positionen der Wiener Schule zur Kompetenzverteilung

### 1. Allgemeines

Die Kompetenzverteilung ist das Herzstück jeder bundesstaatlichen Verfassung.<sup>38</sup> Ihre Aufgabe ist es, die Staatsgewalt, worunter die Wiener Schule die Erzeugung und Vollziehung von Rechtsnormen versteht, auf Bund und Glieder zu verteilen.<sup>39</sup> Bemerkenswerterweise sind die rechtsdogmatischen Auseinandersetzungen mit der Kompetenzverteilung als solcher eher selten. Im Vordergrund steht das Bemühen um das Verständnis des Verhältnisses von Bundes- und Landesrecht. Im Folgenden werden jedoch die wesentlichen Eckpunkte der Konsequenzen der Bundesstaatstheorie der Wiener Schule für die Kompetenzverteilung diskutiert.

### 2. Der Bundesstaat als lückenlose Trennungsordnung

Für die Wiener Schule ist der Bundesstaat in erster Linie eine Trennungsordnung: „Der Sinn die-

<sup>30</sup> Kelsen, Froehlich, Merkl, Bundesverfassung 67.

<sup>31</sup> Ebd. 66.

<sup>32</sup> Ebd. 67.

<sup>33</sup> Pernthaler, Bundesstaatsrecht 294f; Kojá, Bundesstaat 61; grundsätzlich zu den Bundesstaatstheorien siehe Wiederin, Bundesrecht 12f; Weber, in: Korinek Art. 2 Rz. 12.

<sup>34</sup> Pürgy, Bundesverfassungsrecht 6; Kojá, Staatslehre 352; Weber, in: Korinek Art. 2, Rz. 13.

<sup>35</sup> Weber, Bundesstaat 418.

<sup>36</sup> So etwa Wiederin, Bundesrecht 12.

<sup>37</sup> VfSlg 2455/1952; 5,676/1968; 2674/1954; 11.669/1988.

<sup>38</sup> Kojá, Staatslehre 357.

<sup>39</sup> Ebd.

ser Verteilung der gesetzgeberischen Funktionen auf die unterschiedlichen Organtypen ist *grundsätzlich* (i.O. gesperrt) kein Nacheinander, sondern ein Nebeneinander, grundsätzlich kein Sowohl – als auch, sondern ein Entweder – oder. Und diese reinliche Scheidung der gesetzgeberischen Wirkungskreise ist *ein* (i.O. gesperrt), wenn nicht der Hauptberuf einer Bundesstaatsverfassung.<sup>40</sup> Die dualistische Konzeption und die Kelsen'sche Drei-Kreise-Theorie unterscheiden sich dabei nicht.<sup>41</sup>

Es gibt demnach keine konkurrierenden Kompetenzen (außer eben dort, wo die Bundesverfassung solche der politischen Not folgend vorgesehen hat) und keinen Zugriff beider Gesetzgeber auf dieselbe Sache. Allerdings, selbst wenn die Verfassungen dies anstreben, es gelingt ihnen nicht ganz, „dem legislativen Ideale des Ausschlusses konkurrierender Kompetenzen“ zu entsprechen.<sup>42</sup> Merkl klingt freilich resignativ, wenn er meint, dass „dieses legislative Problem nicht nur noch ungelöst, sondern vielleicht unlösbar ist.“<sup>43</sup> Bemerkenswerterweise wird, obwohl die konkurrierende Kompetenz ein Übel ist, selbst das paradigmatische Beispiel der „gemischten Kompetenz“ im österreichischen Bundesstaatsrecht, die Grundsatzgesetzgebung gemäß Art. 12 B-VG,<sup>44</sup> von Merkl nicht als konkurrierende Kompetenz betrachtet, „da die eine Kompetenz nur so weit reicht, als nicht die andere Kompetenz in Anspruch genommen ist“.<sup>45</sup> Dies ist insoweit zutreffend, als die Kompetenz der Länder durch die Grundsatzkompetenz des

Bundes beschränkt wird, bzw. sie zur Anpassung an die Grundsatzgesetzgebung des Bundes verpflichtet sind (Art. 15 Abs. 6 B-VG) und lediglich eine die Grundsatzkompetenz überschneidende Kompetenzausübung des Bundes vor dem VfGH bekämpfen können. Dessen ungeachtet handelt es sich doch um eine Form der konkurrierenden Gesetzgebung.<sup>46</sup>

Merkl erblickte jedoch in der seinerzeitigen<sup>47</sup> Ausgestaltung des Art. 12 Abs. 1 Z. 8 B-VG, wonach das Elektrizitätswesen und das Wasserrecht, soweit sie nicht unter Art. 10 fielen, Angelegenheiten der Grundsatzkompetenz waren, die Gefahr, dass sich Bund und Länder lahmlegen würden.<sup>48</sup> Die Verwaltungsgesetzgebung der Länder auf der Grundlage des Art. 15 Abs. 1 B-VG wurde auch als Gefahr gesehen, die Zivilrechtsgesetzgebung des Bundes zu konkurrenzieren und zu paralysieren.<sup>49</sup> Vor diesem Hintergrund musste alles Bestreben darauf gerichtet sein, „Doppelkompetenzen“ zu vermeiden.<sup>50</sup>

Der Grundsatz der strikten Kompetenztrennung erfordert eine Lückenlosigkeit der Kompetenzordnung und damit eine Exklusivität der Kompetenzbereiche.<sup>51</sup> All dies dient dem Kampf gegen die geradezu perhorreszierten konkurrierenden Kompetenzen.<sup>52</sup>

Den Topos der strikten Kompetenztrennung greift Mayer in seiner Kritik am Jagdrecht-Forstrecht-Erkenntnis des VfGH wieder auf:<sup>53</sup> Der VfGH hätte auch durch konsequente Anwen-

<sup>40</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 338; MAYER, Kompetenzinterpretation 515; siehe dazu auch PERNTHALER, Kompetenzverteilung 34.

<sup>41</sup> PERNTHALER, Kompetenzverteilung 34.

<sup>42</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 340.

<sup>43</sup> Ebd. 340.

<sup>44</sup> Anzumerken ist, dass der Katalog des Art. 12 B-VG in der Ursprungsfassung des B-VG durchaus umfangreicher war, als er sich heute, insbes. nach der B-VG-Novelle BGBl. I 14/2019, darstellt.

<sup>45</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 342.

<sup>46</sup> Zur rechtspolitischen Diskussion und den internationalen Vergleich siehe auch BUßJÄGER, Differenz 84f.

<sup>47</sup> In der ursprünglichen Fassung des B-VG waren diese beiden Kompetenzen, „soweit sie nicht unter Artikel 10 fallen“, in der Grundsatzgesetzgebung angesiedelt. Mit der B-VG-Novelle BGBl. 268/1925 wurden die Angelegenheiten des Wasserrechtes gänzlich in den Art. 10 Abs. 1 Z. 10 B-VG transferiert.

<sup>48</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 344.

<sup>49</sup> Ebd. 347f.

<sup>50</sup> Ebd. 351.

<sup>51</sup> PERNTHALER, Kompetenzverteilung 40.

<sup>52</sup> Ebd. 43.

<sup>53</sup> MAYER, Kompetenzinterpretation 518f.

dung der Versteinerungstheorie zum selben Ergebnis gelangen können (und müssen) und sich demnach nicht auf das Glatteis wechselseitiger Berücksichtigung begeben müssen. Wo Normwidersprüche auftreten, sind sie demnach nicht durch Berücksichtigung zu lösen, sondern durch die Klärung, welcher Gesetzgeber seine Kompetenzen überschritten hat – eine prinzipiell durchaus berechtigte Kritik: Tatsächlich ist zunächst zu prüfen, ob ein Normwiderspruch auftreten kann, und erst in zweiter Linie nach Berücksichtigung zu rufen. Aus dieser Beurteilung ergibt sich aber bereits eine wichtige Prämisse: Die Landesgesetzgebung ist in diesem entweder-oder bereits durch die schiere Zahl an Bundeskompetenzen in die Defensive gedrängt – eine Defensive, aus der sie auch bedingt durch die weiteren Positionen der Wiener Schule zur Kompetenzverteilung nicht so leicht wieder herausfindet.

### 3. Kompetenzinterpretation

Theoriebildung hat, wie gezeigt werden kann, durchaus praktische Auswirkungen. Nach Auffassung Pernthalers<sup>54</sup> sind die Auswirkungen der Bundesstaatstheorie der Wiener Schule auf die Kompetenzinterpretation noch viel stärker als hinsichtlich des oben beschriebenen Verständnisses des Bundesstaates als Trennungsordnung: Pernthaler erblickt in der Bundesstaatstheorie der Reinen Rechtslehre „ohne Übertreibung [...] die [Hervorhebung i.O.] maßgebliche theoretische Grundlage des Verständnisses und der Handhabung der österreichischen Kompetenzordnung.“<sup>55</sup>

Aus der Bundesstaatstheorie der Reinen Rechtslehre ergibt sich für Pernthaler nicht nur die Ablehnung des Prinzipiendenkens und nicht normativ verankerter Homogenitätsgebote, sondern

vor allem auch die Versteinerungstheorie,<sup>56</sup> aber auch die Ablehnung von Interpretationsmaximen, wie sie durchaus in anderen Bundesstaaten üblich sind, wie der Theorie der „implied powers“.<sup>57</sup> Insoweit wäre es unzutreffend, die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule als länderfeindlich zu denunzieren.<sup>58</sup> Zweifellos ist der Versuch, durch Auslegung der Kompetenzartikel Trennschärfe zu erzielen, eine Ausprägung des Merkl'schen Ansatzes, wenngleich die Entwicklung dieser Auslegungsmaxime<sup>59</sup> ohne Berufung auf eine bestimmte Bundesstaatstheorie oder einen Autor zustande kam. In VfSlg 1477/1932 wandte der VfGH bereits die Versteinerungstheorie, ohne sie so zu bezeichnen, in der Sache auf die Auslegung des Kompetenzinhaltes der Angelegenheiten des „Gewerbes“ an. In VfSlg 2319/1952 erwiderte er auf den Vorhalt der Vorarlberger Landesregierung, dass eine „Versteinerung der Verfassungsbegriffe“ allgemein unerwünscht sei, dass eine „eindeutige und endgültige Festlegung eines Kompetenzbestandes, also (um mit den Worten der Vorarlberger Landesregierung zu sprechen) dessen ‚Versteinerung‘ nicht nur nicht unerwünscht, sondern geradezu geboten sein kann.“<sup>60</sup> Auch wenn keine Berufung auf die Wiener Schule oder ihre Exponenten erfolgt: Diese Verfassungsinterpretation ist vom Bestreben geprägt, Trennschärfe in der Kompetenzordnung herzustellen. Dieser Interpretationsmaxime wird außerdem ein tendenziell den Kompetenzumfang der Länder begünstigenden Effekt zugerechnet.<sup>61</sup> Dies trifft insoweit zu, als eine Auslegung nach einem „implied powers“-Prinzip angesichts der Dominanz der explizit angeord-

<sup>54</sup> PERNTHALER, Kompetenzverteilung 29.

<sup>55</sup> Ebd. 29.

<sup>56</sup> Siehe dazu im Besonderen auch GAMPER, Verfassungsinterpretation 172 f.

<sup>57</sup> PERNTHALER, Kompetenzverteilung 30.

<sup>58</sup> Dies räumt auch PERNTHALER, Kompetenzverteilung 30, ein.

<sup>59</sup> Siehe dazu auch WIEDERIN, Versteinerungstheorie 1231.

<sup>60</sup> Zit. auch ebd. 1231.

<sup>61</sup> FUNK, Kompetenzverteilung 73.

neten Bundeskompetenzen die Generalklausel geradezu aufreiben würde und gilt außerdem nur dann, wenn der VfGH nicht der Verlockung unterliegt, Angelegenheiten der Generalklausel so zu verstehen, als ob es sich um explizit genannte Kompetenzen handelt.<sup>62</sup>

Auch die föderalistische Auslegungsmaxime wird durchaus von Exponenten vertreten, die sich dogmatisch auf dem Boden der Wiener Schule bewegen.<sup>63</sup> Der VfGH wiederholt diese Formel gelegentlich geflissentlich, ohne dass damit weitreichende Konsequenzen verbunden wären.<sup>64</sup>

Die Gesichtspunkttheorie als Weiterentwicklung der Versteinerungstheorie hat daher auch wesentlich mit dem Bundesstaatsverständnis der Wiener Schule zu tun.<sup>65</sup> Das Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung, das ebenfalls von der Versteinerungstheorie seinen Ursprung nimmt, weicht dagegen die Versteinerungstheorie wiederum erheblich auf<sup>66</sup> und entfaltet entsprechende zentralistische Dynamik.<sup>67</sup>

Insgesamt findet die Auffassung Pernthalers Bestätigung, dass die Wiener Schule die Interpretation der Kompetenzverteilung durch den VfGH maßgeblich mitbestimmt hat.

#### 4. Ausgewählte Beispiele der Kompetenzverteilung

Im Vergleich zur Kompetenzinterpretation sind die Auswirkungen der Position der Wiener

Schule auf die Kompetenzverteilung als solche eher bescheiden. Es verwundert aber auch angesichts der Dominanz der Dezentralisationstheorie nicht, dass Kompetenzen, die den Bundesstaat als Trennungsordnung unterminieren, wie eben Art. 12 B-VG, eher kritisch gesehen werden: Nicht nur, dass sich bereits Merkl eingehend mit der Problematik des Art. 12 B-VG auseinandersetzte;<sup>68</sup> die vom VfGH entwickelten Auslegungsgrundsätze mögen zwar länderfreundlich klingen, entfalten aber im Ergebnis wenig Abwehrkraft gegenüber der Tendenz des Grundsatzgesetzgebers, die Inhalte der Grundsatzgesetzgebung im Detail zu regeln.<sup>69</sup> Überhaupt erweist sich die Grundsatzgesetzgebung als der in der Wissenschaft sichtlich unbeliebteste Kompetenztypus.<sup>70</sup>

Die weiteren Varianten einer konkurrierenden Gesetzgebung in Österreich sind im Übrigen vorwiegend als subjektive Bedarfskompetenz (Art. 11 Abs. 2 und 6 B-VG) oder eine Art versteckte Bedarfskompetenz („Monopolwesen“ [Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG], „Angelegenheiten der wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr zu Bundesstraßen erklärten Straßenzüge“, [Art. 10 Abs. 1 Z. 9 B-VG] und „Arbeiter- und Angestelltenschutz der Dienstnehmer“ in diversen Betrieben, „die von land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betrieben werden, sofern in diesen eine bundesgesetzlich zu bestimmende Anzahl von Dienstnehmern dauernd beschäftigt ist“ [Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG]) ausgestaltet. Die beiden Beispiele einer objektiven Bedarfskompetenz, die Zuständigkeit des Bundes hinsichtlich nicht gefährlicher Abfälle (Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG) und die Festlegung von Emissionsgrenzwerten für Luftschadstoffe (Art. 11 Abs. 3 B-VG), sind auf

<sup>62</sup> Siehe VfSlg 5375/1966 und die Kritik von PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 153.

<sup>63</sup> KOJA, Staatslehre 358; siehe dazu auch die Formulierung von WALTER, Bundesverfassungsrecht 108, wonach die Proklamation des Bundesstaates in Art. 2 B-VG als „Auslegungsprinzip [...] von Bedeutung sein [wird].“

<sup>64</sup> Siehe etwa VfSlg 1030/1928; 2066/1950; 2977/1956; 9543/1982; 11.151/1986; 11.393/1987; 13.019/1993.

<sup>65</sup> PERNTHALER, Kompetenzverteilung 30.

<sup>66</sup> FUNK, Kompetenzverteilung 77.

<sup>67</sup> PERNTHALER, Kompetenzverteilung 82; FUNK, Kompetenzverteilung 77.

<sup>68</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 312f.

<sup>69</sup> Vgl. etwa WELAN, Grundsatzgesetzgebung 51; WALLNÖFER, Elektrizitätsrecht 293f.

<sup>70</sup> BUßJÄGER, SCHRAMEK, Grundsatzgesetzgebung 12 m.w.N.

Grund einer großzügigen Rechtsprechung des VfGH<sup>71</sup> im Ergebnis zu einer subjektiven Bedarfskompetenz des Bundes mutiert.

Die lex Starzynski (Art. 15 Abs. 9 B-VG), die den Ländern ermöglicht, in Angelegenheiten des Zivil- und Strafrechts „die zur Regelung des Gegenstandes erforderlichen Bestimmungen“ zu erlassen, wird vom VfGH äußerst restriktiv interpretiert. Bemerkenswerterweise warnte bereits Merkl, dass mit dieser Bestimmung „neben der unbeschränkten Bundeskompetenz zur Zivilgesetzgebung für ein nicht näher bestimmtes Teilgebiet derselben eine vermeintlich beschränkte, in Wirklichkeit aber uferlose Landeskompetenz begründet“<sup>72</sup> wird. „Uferlos“ ist der heutige Art. 15 Abs. 9 B-VG theoretisch tatsächlich, nämlich insoweit, als die Dynamik der Generalklausel theoretisch unbegrenzt neue Regelungsgegenstände erschließen kann, die dann wiederum für eine Zivil- oder Strafrechtsgesetzgebung der Länder in Betracht kommen können. Praktisch ist die Reichweite des Art. 15 Abs. 9 B-VG nach wie vor äußerst begrenzt.

Inwieweit der Versuch der Vermeidung konkurrierender Kompetenzen gerade angesichts des mächtigen Drei-Säulen-Modells der EU-Gesetzgebung mit ihrer gegenüber den Mitgliedstaaten konkurrierenden Gesetzgebung eine zukunftsfähige Lösung ist, ist eine rechtspolitische Frage und sei dahingestellt.<sup>73</sup>

## 5. Die Rolle der Generalklausel

Die Generalklausel des Art. 15 Abs. 1 B-VG ist nach der Bundesstaatstheorie der Wiener Schule

eher mit dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde vergleichbar und keineswegs eine dynamische Kompetenz, die aus der partiellen Souveränität des Gliedstaates seine Kraft schöpft. Für Merkl ist die Generalklausel die subsidiäre Kompetenz.<sup>74</sup> Koja sieht in der Generalklausel immerhin die föderalistische Auslegungsregel begründet.<sup>75</sup>

Dass es keine Versteinerung von Landeskompetenzen<sup>76</sup> geben darf, räumt auch die Wiener Schule ein.<sup>77</sup> Freilich: Finden sich Landeskompetenzen aus „Ausnahmetatbeständen“ in Bundeskompetenzen wie etwa hinsichtlich des Gesundheitswesens oder der Luftreinhaltung in Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG oder werden Landeskompetenzen ausdrücklich formuliert (Art. 21 B-VG), versteinert auch die Wiener Schule diese Begriffe, eine Methodik, der Pernthaler/Weber zu Recht entgegneten.<sup>78</sup>

Die Beurteilung der Bedeutung der Landesverfassung als bloße Ausführung der Bundesverfassung hat das Weitere zu einer Geringschätzung der Generalklausel beigetragen. Die Wiener Schule erkennt selbstverständlich, dass Landeskompetenzen nur demonstrativ aufgezählt werden können,<sup>79</sup> setzt sich aber mit der Bedeutung der Dynamik, die auch in einer durch zahlreiche explizite Kompetenzzuweisungen an den Bund ausgehöhlten Generalklausel stecken, nicht auseinander. Vielmehr handelt es sich bei den in der Generalklausel verbliebenen Kompetenzen nur um „eine bescheidene Anzahl meist minder wichtiger Angelegenheiten“.<sup>80</sup>

<sup>71</sup> VfSlg 13.019/1992. Der VfGH reduziert das „Erfordernis“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG dahingehend, dass der Bundesgesetzgeber „für seine Regelung objektive, mithin sachlich nachvollziehbare Gründe ins Treffen führen kann, die seine Annahme eines Bedürfnisses ‚nach Erlassung einheitlicher Vorschriften‘ hinsichtlich anderer (als gefährlicher) Abfälle rechtfertigen.“

<sup>72</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 348.

<sup>73</sup> Näheres dazu findet sich bei BUßJÄGER, Differenz 98f.

<sup>74</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 343.

<sup>75</sup> KOJA, Staatslehre 358; ähnlich WALTER, Bundesverfassungsrecht 206.

<sup>76</sup> PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 149.

<sup>77</sup> MAYER, Kompetenzinterpretation 518; WALTER, Bundesverfassungsrecht 206.

<sup>78</sup> PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 157.

<sup>79</sup> WALTER, Bundesverfassungsrecht 206.

<sup>80</sup> KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 80.



Für die Verfassungsautonomie der Länder, die ja in der Generalklausel wurzelt<sup>81</sup> und durch Art. 99 B-VG dahingehend „relativiert“ wird, dass sie nicht der Bundesverfassung widersprechen darf, hatte die oben beschriebene bundesstaatstheoretische Konzeption der Wiener Schule die Konsequenz, dass die Landesverfassungen lange Zeit als Ausführungsgesetze der Bundesverfassung, geradezu im Verhältnis von Grundsatz- und Ausführungsgesetz, betrachtet wurden.<sup>82</sup> Freilich war diese Position nicht völlig einheitlich: Merkl schrieb, dass die Bundesverfassung den Landesverfassungen lediglich das Minimum der Staatsorganisation vorgebe.<sup>83</sup> Der VfGH erkannte immerhin schon früh, dass sich aus Art. 99 B-VG ergab, dass die „Landesverfassungsgesetze aber nichts enthalten [dürfen], was mit ihm [dem B-VG], nicht vereinbar ist“.<sup>84</sup>

## 5. Das Desiderat der Privatwirtschaftsverwaltung

Die Privatwirtschaftsverwaltung, in der föderalen Praxis Österreichs der bedeutsamste Quell der Gestaltungsfähigkeit der Länder, bleibt in der Betrachtung der Wiener Schule bemerkenswert ausgeblendet. Dies ist nicht allein dadurch zu erklären, dass der Privatwirtschaftsverwaltung erst nach 1945 zunehmend größere Bedeutung zukam. Art. 17 B-VG, der genau das ermöglicht, was die Kompetenzordnung nach Merkl unbedingt vermeiden sollte, nämlich den ungehinderten Zugriff der Kompetenzträger, die sich dabei auch gegenseitig blockieren können, entzieht einen wesentlichen Bereich der Staatsfähigkeit gleichsam der bundesstaatlichen Kompetenzordnung. Dies führt dazu, dass sich der positivistische Blick damit gar nicht erst befasst.

<sup>81</sup> KOJA, Verfassungsrecht 21.

<sup>82</sup> Ebd. 17 m.w.N.

<sup>83</sup> MERKL, Kompetenzverteilung 228; KOJA, Verfassungsrecht 18.

<sup>84</sup> VfSlg 258/1924.

## D. Die Wiener Schule und die Rechtspolitik

### 1. Allgemeines

Die Wiener Schule weist den Vorwurf, ihre mangelnde Anerkennung einer originären Staatlichkeit der Länder mache die Länder zu vom Bund abhängigen Körperschaften, entschieden zurück:<sup>85</sup> „Man kann also ohne weiteres zu der theoretischen Auffassung kommen, dass die Glieder eines Bundesstaates nicht Staaten sein können, zugleich aber in diesem Rahmen Vertreter weitgehender föderalistischer Positionen seien.“<sup>86</sup> In rechtspolitischer Hinsicht stand die Wiener Schule einer Ausweitung von Landeskompetenzen im Allgemeinen dennoch eher kritisch gegenüber. Jedenfalls dürften die oben beschriebenen Bedenken Merkls gegenüber der Grundsatzgesetzgebung eine Verlagerung des Wasserrechts von Art. 12 in Art. 10 mit der B-VG-Novelle 1925 begünstigt haben.

### 2. Die Wiener Schule und die Kompetenzreform

In den verschiedenen Anläufen für eine Kompetenzreform in Österreich, insbesondere der „Bundesstaatsreform“ 1989–1994<sup>87</sup> und dem Österreich-Konvent 2003–2005<sup>88</sup> sowie seinen kleineren Folgeprojekten<sup>89</sup> spielte der Theorienstreit allenfalls eine subkutane Rolle. Im Österreich-Konvent fokussierten sich die Diskussio-

<sup>85</sup> KOJA, Bundesstaat 67.

<sup>86</sup> Ebd. 67.

<sup>87</sup> Siehe dazu vor allem die Beiträge in: Bundeskanzleramt, Strukturreform.

<sup>88</sup> Siehe dazu die Informationen auf der Homepage des Österreich-Konvents: „www.konvent.gv.at“. Eine Resümee des Konvents findet sich bei BUßJÄGER, Klippen 1.

<sup>89</sup> Siehe dazu die Übersicht auf „konvent.gv.at“. Die Arbeitsgruppe Staats- und Verwaltungsreform legte im Juli 2007 den Entwurf einer B-VG-Novelle vor, in dem ein drei Säulen-Modell mit der Generalklausel als gemeinschaftlicher Gesetzgebung vorgesehen war.

nen in dem für die Kompetenzverteilung zuständigen Ausschuss V freilich genau um die Frage, wie mit konkurrierenden Kompetenzen umzugehen sei.<sup>90</sup> Es bestand Einigkeit, die Vielfalt der Kompetenztypen zu reduzieren und vor allem die unbeliebte Grundsatzgesetzgebung zu beseitigen. Übrig blieben im Wesentlichen verschiedene „3-Säulen-Modelle“, die auf zwei Säulen jeweils exklusiver Kompetenzen des Bundes und der Länder hinausliefen, sowie eine dritte Säule „konkurrierender Kompetenzen“, in denen Bund und Länder unter nach den verschiedenen Modellen jeweils divergierenden Voraussetzungen legerferieren konnten.<sup>91</sup> Am radikalsten ging Wiederin mit zwei extrem kurzen exklusiven Kompetenzbereichen des Bundes und der Länder und einer dritten Säule, in welcher die Generalklausel verankert sein sollte, vor. Der Bundesstaat als Trennungsordnung wäre damit nicht aufgehoben worden, wohl aber hätte die Bundesverfassung ihre Funktion, diese Trennungsordnung zu konstituieren, an den einfachen Bundesgesetzgeber delegiert.<sup>92</sup> Das Thema, wer die konkurrierende Gesetzgebung dominieren sollte, ließ den Konvent in dieser Frage zu keiner Lösung finden.<sup>93</sup> Für die Länder zeigte sich, dass die zisierte Kompetenzverteilung des B-VG von 1920/25 noch immer die sicherste Lösung darstellte.

## E. Zusammenfassung

Die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule hat enorme Bedeutung für die Praxis der Kompetenzverteilung von Bund und Ländern. Wir danken ihr die wichtige Einsicht in die Bedeutung des Bundesstaates als Trennungsordnung,

<sup>90</sup> Dazu BUSSJÄGER, Föderalismusreform 15f.

<sup>91</sup> Siehe dazu den Bericht des Österreich-Konvents, Teil 3 Beratungsergebnisse.

<sup>92</sup> Siehe dazu den Bericht des Österreich-Konvents Teil 4 Textvorschläge 162.

<sup>93</sup> BUSSJÄGER, Differenz 126ff.

verbunden mit der Zurückdrängung des Prinzipienkens von Homogenität im Bundesstaat zugunsten explizit vorgesehener Grundsätze und Bindungen der Landesrechtsordnung.

Kritisch ist zu sehen, dass die Bedeutung und Dynamik der Generalklausel verkannt blieb und die Kasuistik der Kompetenzverteilung geradezu übersteigert wurde.

Insgesamt ist das Erbe der Wiener Schule in der Kompetenzverteilung ambivalent zu beurteilen. Sie hat wesentliche Impulse für das normative Verständnis des Bundesstaates gesetzt, gerade dadurch aber auch den Blick auf die ihrer Ansicht nach rechtlich nicht relevanten Aspekte des Föderalismus, wie seine politologischen, historischen und soziologischen Funktionen, verstellt.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Peter BUßJÄGER  
 Universität Innsbruck  
 Institut für öffentliches Recht,  
 Staats- und Verwaltungslehre  
 Innrain 52d  
 6020 Innsbruck  
 peter.bussjaeger@uibk.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0002-0398-926X

## Abkürzungen:

i.O. im Original  
 VfSlg Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf]

## Literatur und Quellen:

Bericht des Österreich-Konvents,  
 Teil 3: Beratungsergebnisse  
 [http://www.konvent.gv.at/K/DE/ENDB-K/ENDB-K\_00001/imfname\_036112.pdf],  
 Teil 4: Textvorschläge  
 [http://www.konvent.gv.at/K/DE/ENDB-K/ENDB-K\_00001/imfname\_036113.pdf] (16. 5. 2021).

- Peter BUSSJÄGER, Bundesstaatliches Berücksichtigungsprinzip und demokratische Homogenität. Anmerkungen zu zwei gegenläufigen Entscheidungen. VfSlg 10.292/1984 vs VfGH 06.10.2020, G166/2020 ua (G166–168/2020, V340/2020), in: ZÖR 76 (2021) 29–34.
- DERS., Homogenität und Differenz. Zur Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern (Wien 2006).
- DERS., Jenseits des Politischen. Ein Traktat über die Chancen politischen Handelns in Mehrebenensystemen (Wien–Graz 2002).
- DERS., Klippen einer Föderalismusreform (Innsbruck 2005), auch [www.konvent.gv.at/K/DE/WISS-K-00492/imfname\_041048.pdf] (16. 5. 2021).
- DERS., Christoph SCHRAMEK, Grundsatzgesetzgebung als Auslaufmodell?, in: Gerhard BAUMGARTNER (Hg.), Jahrbuch Öffentliches Recht 2019 (2019) 11–33.
- Bernd-Christian FUNK, Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Lichte der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (Wien 1976).
- Anna GAMPER, Regeln der Verfassungsinterpretation (Wien 2012).
- Walter HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht (Zürich <sup>10</sup>2020).
- Walter HALLER, Alfred KÖLZ, Thomas GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre (Zürich <sup>4</sup>2008).
- Hans KELSEN, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtslehre (Tübingen 1928).
- DERS., Georg FROELICH, Adolf MERKL, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien 1922).
- Otto KIMMINICH, Grundstrukturen des Verfassungsstaates, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (Hgg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Heidelberg 1987) 1113–1150.
- Friedrich KOJA, Allgemeine Staatslehre (Wien 1993).
- DERS., Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer (Wien 1988).
- DERS., Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, in: Ernst HELBLING, Theo MAYER-MALY, Herbert MIEHSLER (Hgg.), Föderative Ordnung, Bd. III: Theorie und Praxis des Bundesstaates (Wien 1974) 61–126.
- Adolf MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: ZÖR 2 (1921) 336–359.
- Heinz MAYER, Neue Wege der Kompetenzinterpretation, in: ÖJZ 41 (1986) 513–520.
- Peter PERNTHALER Entscheidungsbesprechung, in: ÖZW 12 (1985) 91–96.
- DERS., Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich (Wien 1989).
- DERS., Österreichisches Bundesstaatsrecht (Wien 2004).
- DERS., Karl WEBER, Versteinerung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art 15 Abs 1 B-VG, in: Heinz SCHÄFFER (Hg.), Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag (Wien 1983) 149–160.
- Erich PÜRGY, Bundesverfassungsrecht und Landesrecht, in: DERS. (Hg.), Das Recht der Länder, Bd. I (Wien 2012) 1–37.
- Christian STARCK, § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, in: Ines HÄRTEL (Hg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I (Berlin Heidelberg 2012) 41–55.
- Rudolf THIENEL, Ein „komplexer“ oder ein normativer Bundesstaatsbegriff?, in: ZÖR 42 (1991) 215–252.
- Klaus WALLNÖFER, Bundesstaatlicher Wert und Unwert von Art 12 B-VG am Beispiel des Elektrizitätsrechts, in: Michael HOLOUBEK, Andrea MARTIN, Stephan SCHWARZER (Hgg.), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? FS Karl Korinek (Wien 2010) 287–309.
- Robert WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Wien 1972).
- Karl WEBER, in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 9. Lfg. (Wien 2009).
- DERS., Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung, in: Anna GAMPER u.a. (Hgg.), Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Perenthaler (Wien 2005) 413–428.
- Manfried WELAN, Grundsatzgesetzgebung und Ausführungsgesetzgebung, in: Ernst C. HELBLING, Theo MAYER-MALY, Herbert MIEHSLER (Hgg.), Theorie und Praxis des Bundesstaates (Salzburg 1974) 9–60.
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht (Wien 1995).
- DERS., Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: Herbert HALLER u.a. (Hgg.) Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler (Wien–New York 1997) 1231–1272.
- Reinhold ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft (München <sup>16</sup>2010).

Ewald WIEDERIN, Wien

## Die Innsbrucker Schule und die Kompetenzverteilung

### *The Innsbruck School and the distribution of competences*

*The Innsbruck School, with Peter Pernthaler at its head, has made Austrian federalism an important topic of constitutional discussion; it has filled gaps in its jurisprudential coverage; and, not least, it has developed concepts for enhancing federalism which policymakers have implemented into the constitution.*

**Keywords:** *distribution of competences – federal statehood – federalism – indestructability of the states – interpretation of competences – planning*

### I. Die Begründung einer Schule

Die Innsbrucker Schule wäre wohl nicht entstanden ohne einen Ruf der Universität Wien, den Peter Pernthaler im Jahre 1974 ausschlug. Für seine Entscheidung, in Innsbruck zu bleiben, war u.a. eine großzügige Berufungsabwehr maßgeblich. Sie schloss die Gründung eines Forschungsinstituts mit ein und bot so die Basis für die Begründung einer wissenschaftlichen Schule, die Pernthaler fortan mit der ihm eigenen Konsequenz in Angriff nahm.

Was eine wissenschaftliche Schule ausmacht, ist nicht leicht zu bestimmen: eine Mehrzahl selbständig forschender Personen; Themen, die sie miteinander verbinden, ähnliche methodische Zugänge und Überzeugungen; wechselseitige Hilfe und Unterstützung, in der Arbeit wie im Fortkommen, die von der Fachdiskussion bis hin zur Seilschaft reicht. In aller Regel geht es bei der Bildung von Schulen auch nicht ohne Vermachtung ab, indem Schülerinnen und Schüler von einem Lehrer auf Methoden geprägt oder zu Themen vergattert werden, die sie aus freien Stücken nicht in Angriff genommen hät-

ten.<sup>1</sup> Vor allem braucht es indes eine Wahrnehmung, sei es von innen oder von außen, die ein forschendes Kollektiv als Schule propagiert oder registriert. Bei der Innsbrucker Schule ist beides der Fall.<sup>2</sup>

Ähnlich schwer ist zu sagen, wer zu einer bestimmten Schule zählt. Folgt man Peter Pernthaler, so gehören neben ihm selbst unter anderem Karl Weber und Fried Esterbauer der Innsbrucker Schule an.<sup>3</sup> In der einschlägigen Belegfußnote werden überdies Werke von Felix Ermacora und Theo Öhlinger angeführt,<sup>4</sup> die beide in Innsbruck habilitiert wurden und der Schule nahestehen, ihr bei Betrachtung von außen jedoch ebenso wenig zugehören wie Hans R. Klecatsky und Siegbert Morscher. Zu den weiteren, ungenannt bleibenden Mitgliedern sind hingegen fraglos Anna Gamper und Peter Bußjäger zu

<sup>1</sup> Näher HÄBERLE, Vermachtungsprozesse 167ff.

<sup>2</sup> Für eine Charakterisierung von innen PERNTHALER, Bundesstaatsrecht 296; für eine Zuschreibung von außen BETHGE, Buchbesprechung 743, und VAŠEK, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsstrafen 5, 141ff.

<sup>3</sup> PERNTHALER, Bundesstaatsrecht 296.

<sup>4</sup> Ebd. 296 Fn. 39.

zählen, die sich bei Pernthaler habilitierten und die ihm in seinen Funktionen nachfolgten – Gamper auf dem Lehrstuhl, Bußjäger in der Leitung des Instituts.<sup>5</sup>

Die Begründung der Innsbrucker Schule sollte sich als Glücksfall erweisen, für Peter Pernthaler ebenso wie für den österreichischen Föderalismus.

## II. Raum und Verfassung: Pernthalers Zugang zum Bundesstaat

Die Entscheidung, sich intensiv mit Föderalismus und Bundesstaatlichkeit zu befassen, kann Peter Pernthaler im Jahre 1974 nicht schwergefallen sein. Denn sowohl thematisch als auch biographisch fügte sich der Bundesstaat ideal in seine wissenschaftlichen Interessen ein. Nachdem er den Boden und dessen Stellenwert im Recht anno 1968 zum Thema seiner Antrittsvorlesung an der Universität für Bodenkultur Wien gemacht hatte, sah er darin nachgerade ein Lebensthema, um das fortan sein gesamtes Œuvre kreiste.<sup>6</sup> Alles öffentliche Recht beginnt mit dem Teilen, mit dem Ziehen von Grenzen, mit der Zuordnung von Gebiet, mit der Verbindung von Menschen zu politischen Körpern, mit der Aufteilung von Aufgaben auf diese. Staatlichkeit ist im Grund nichts weiter als Gebietshoheit, auf den Boden angewiesen, mit ihm aufs Innigste verbunden. Im Bundesstaat kommt als Faszinosum hinzu, dass die Gebietshoheit zwischen Bund und Ländern geteilt wird. Teilung von Herrschaft gibt es überdies dort, wo bestimmte Aufgaben den Gemeinden vorbehalten sind und andere auf eine übernationale Ebene verlagert werden. Die Gemeinde und die Europäische

Union schwingen deshalb in Pernthalers Beschäftigung mit dem Raum und dem Bundesstaat von Beginn an mit. Pernthaler dachte in mehreren Ebenen, lange Jahre, bevor das Wort Mehrebenensystem zum Schlagwort wurde, tiefer schürfend, als dies im Gefolge wissenschaftlicher Moden möglich ist.

Im Boden trifft Staatlichkeit als „imperium“ freilich auch auf das Eigentum, das gestern als „dominium“ dessen Quelle war und das ihm heute als Grundrecht Schranken setzt. Menschen interessieren Pernthaler in erster Linie in ihren Beziehungen zum Boden und zur Gemeinschaft: als Bürger eines Gemeinwesens, als Mitglieder einer Ethnie, einer Familie oder einer Religion, als Eigentümer einer Liegenschaft oder eines Unternehmens. Sein Fokus liegt weniger auf der Freiheit, er liegt auf Rechtsinstituten, Institutionen und Organisationen, die stärker auf das Recht angewiesen sind als die Freiheit und die sowohl durch das Recht gehegt als auch gegen den Zugriff des Rechts wie der Freiheit verteidigt werden müssen.

In den Bänden zu „Raumordnung und Verfassung“ arbeitete sich Pernthaler an der Raumplanung ab: im ersten Band die Typen und Formen der Planungsmaßnahmen ermittelnd, die Gebietshoheit und deren Brechungen im modernen Verfassungsstaat erklärend, die territorialen Grenzziehungen und deren Bedeutung rekonstruierend, die Kompetenzverteilungen zwischen Bund und Ländern sowie zwischen Staat und Gemeinden penibel vermessend, die internationale und transnationale Zusammenarbeit skizzierend.<sup>7</sup> Der zweite Band weist die Raumordnung als Produkt demokratischer Prozesse aus, stellt sie der Grundrechtsordnung gegenüber und erläutert, wie die Bürgerin Rechtsschutz ansprechen kann.<sup>8</sup> Innerhalb dieses monumentalen Werks, dessen Konzeption auf die

<sup>5</sup> Seit diesem Wechsel hat sich das Engagement der Schule stärker von der Kompetenzverteilung in die vergleichende Föderalismusforschung verlegt.

<sup>6</sup> Das ist schon herausgearbeitet bei SOMEK, Wissenschaft vom Verfassungsrecht Rz. 31.

<sup>7</sup> PERNTHALER, Raumordnung 1 29ff., 56ff., 83ff., 238ff., 340ff.

<sup>8</sup> Ebd. 2, 21ff., 254ff., 362ff.

frühen 1970er-Jahre zurückgeht,<sup>9</sup> aber auch in den sonstigen bisherigen Arbeiten war der Bundesstaat ein Aspekt unter vielen.<sup>10</sup> Fortan rückte ihn Pernthaler stärker in das Zentrum.<sup>11</sup> Das 1975 gegründete Institut für Föderalismusforschung gab dafür eine geeignete Plattform ab.

### III. Dienst an der Praxis als Auftrag

Dass die westlichen Bundesländer Tirol, Vorarlberg und Salzburg sich just im Jahre 1975 bereit erklärten, ein auf Föderalismusforschung ausgerichtetes wissenschaftliches Institut zu begründen und finanziell zu tragen, hat im Rückblick nachvollziehbare Gründe. Kurz zuvor waren die Länder aus ihrer politischen Lethargie erwacht, hatten den Bund mit einem Forderungspaket konfrontiert und konnten mit der B-VG-Novelle 1974<sup>12</sup> erste Erfolge einfahren. Das neue Selbstbewusstsein legte es nahe, ein Institut einzurichten, um es als Denkfabrik zu nutzen. Doch wer

---

<sup>9</sup> Abgeschlossen wurde es durch einen im Jahr 1990 erschienenen dritten Band, der die jüngeren Entwicklungen nachträgt und dabei auch den von der UVP-Richtlinie ausgehenden Innovationsdruck verarbeitet: PERNTHALER, Raumordnung 3, insbes. 550ff.

<sup>10</sup> Ausnahme von dieser Regel ist der Besprechungsaufsatz zu KOJA, Verfassungsrecht der Bundesländer, aus dem Jahr 1969, auf den unter VI. zurückzukommen sein wird.

<sup>11</sup> Es mag sein, dass er sich damit auch aus einer Sackgasse manövrieren wollte, in die er geraten war. Im Projekt „Raumordnung und Verfassung“ hatte er die gängige Sichtweise des Verhältnisses von Verfassung und Gesetz radikal umgekehrt: Statt nach den verfassungsrechtlichen Grenzen zu fragen, die der Raumordnung gesteckt sind, sah er die Verfassung als deren materiell-rechtliche Programmierung an, SOMEK, Wissenschaft vom Verfassungsrecht Rz. 31. Der Ertrag dieses Ansatzes hielt sich freilich in Grenzen, weil sich die finale Determinierungskraft der Verfassung in Grenzen hält. Zum Bundesstaat ließ und lässt sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive viel mehr sagen.

<sup>12</sup> BGBl. 444/1974, druckfehlerberichtigt durch BGBl. I 194/1999.

Geld in die Hand nimmt, erwartet eine Gegenleistung, damals wie heute. Im konkreten Fall wurde wohl eine wissenschaftliche Aufarbeitung der österreichischen Bundesstaatlichkeit erwartet, die für die Praxis anschlussfähig war.

Die das Institut begründenden Länder hätten für diese Aufgabe keine geeignetere Person finden können als Peter Pernthaler. Denn er war und ist kein normativer Systematiker, dem das Recht genug ist und der es in seinen Binnenzusammenhängen zu erfassen sucht, sondern ein Dialektiker, der neben dem Recht einen Lebenssachverhalt brauchte, auf den es sich bezieht, und der nicht nur wissen, sondern auch in der Praxis wirken wollte.

Seit den 1920er-Jahren hatte der VfGH zur bundesstaatlichen Kompetenzverteilung eine reiche Rechtsprechungstätigkeit entfaltet, in der er als neutraler Schiedsrichter zwischen Bund und Ländern die Kompetenzgrenze so exakt wie möglich zu bestimmen versuchte.<sup>13</sup> Die wissenschaftliche Aufarbeitung dieser Judikatur lag jedoch im Argen,<sup>14</sup> und die B-VG-Novelle 1974 hatte neue Fragen aufgeworfen, die einer Lösung harhten. Allzu oft ist Drittmittelforschung anwendungsorientierte Auftragsforschung, die in der Sache wenig Neues, geschweige denn Innovatives bringt. Pernthaler ging seine Aufgabe anders an. Er wandte sich einerseits brachliegenden, andererseits neu aufgebrochenen Kompetenzproblemen zu, denen Aktualität und Bedeutung zukam, die im Grunde aber zeitlos waren, und ging ihnen in Pionierarbeiten auf den Grund.

Beim Gros dieser Arbeiten handelt es sich um Monographien, die überwiegend in der Schriftenreihe des Instituts erschienen, welche bis heute das Hauptpublikationsorgan der Innsbru-

---

<sup>13</sup> Fulminanter Auftakt mit VfSlg. 328/1924; vgl. weiters VfSlg. 414/1925, 720/1926, 1064/1928, 1114/1928, 1119/1928, 1208/1929, 1477/1932.

<sup>14</sup> Symptomatisch die dürre Skizze bei WERNER, Kompetenzartikel.

cker Schule geblieben ist. Den Auftakt bildete eine dichte Broschüre zur Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation,<sup>15</sup> die den Bundesstaat quer schneidet und seine organisatorischen Verzahnungen offenlegt.<sup>16</sup> Es folgte eine Arbeit zu den Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, in der dieser merkwürdige, mittlerweile aus der Verfassung verschwundene Behördentypus als Ansatz einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit gewürdigt ist.<sup>17</sup> Bücher zur Finanzverfassung,<sup>18</sup> zur Landesbürgerschaft,<sup>19</sup> zum Zivilrechtswesen,<sup>20</sup> zu den Landes-Hypothekenbanken<sup>21</sup> und zu den Kammern<sup>22</sup> wandten sich ausgewählten Bereichen zu; Orientierungsarbeiten zur Krise der Kompetenzverteilung<sup>23</sup> und zum differenzierten Bundesstaat<sup>24</sup> zogen kritische Bilanz.

An zweiter Stelle sind Aufsätze zu nennen, die an Detailproblemen ansetzten, dabei aber zu Grundfragen vordrangen und exemplarisch Lösungen herausarbeiteten, die auch andernorts weiterhalfen. Die bahnbrechenden Arbeiten zur Zuständigkeitsverteilung im Prostitutionswesen<sup>25</sup> und in der Volksbildung,<sup>26</sup> zum Verhältnis von militärischem Sperrgebiet und Naturschutzgebiet<sup>27</sup> sowie zum Verhältnis von Art. 15 Abs. 9 und Art. 97 Abs. 2 B-VG<sup>28</sup> seien pars pro toto genannt.

Auf diese Weise gelang es, im Verein mit zeitgleich einsetzenden Bemühungen in Wien,<sup>29</sup> viele der weißen Flecken auf der Landkarte der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zu kartographieren. Darin liegt ein immenses Verdienst. Wer sich heute mit Fragen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung beschäftigt, der registriert voll Staunen, dass ungefähr die Hälfte der einschlägigen Spezialliteratur von einem vergleichsweise kleinen Personenkreis aus Innsbruck stammt.

Auch in qualitativer Hinsicht lassen die Arbeiten zu wünschen nichts übrig. Neben einem problemorientierten Zugang zeichnen sie sich durch einen pragmatischen Ansatz aus, der das Recht als lebendiges Ordnungselement begreift, das die Realität einfangen und sich nach ihr ausrichten muss, nicht nur in der Rechtssetzung, sondern auch in der Auslegung. Dementsprechend orientieren sich die Arbeiten durchwegs an der Rechtsprechung, ohne sie unkritisch zu übernehmen, und arbeiten sich an ihr akribisch ab. Nachgerade herausragend in der Judikaturverarbeitung sind die Bände zu Raumordnung und Verfassung, die ein prägnantes Panorama der kompetenzrechtlichen Landschaft bieten, das an das Innsbrucker Rundgemälde über die Bergiselschlacht gemahnt.

## IV. Methodische Stringenz als Forderung

In methodischer Hinsicht überraschen die Arbeiten durch Sparsamkeit, ja fast schon durch Abstinenz in der Reflexion. Wo andere ausführliche methodische Bekenntnisse ablegen und ihren Standort markieren, schildert Pernthaler das ihn umtreibende Sachproblem und setzt un-

<sup>15</sup> PERNTHALER, Verwaltungsorganisation.

<sup>16</sup> Diese Charakterisierung verdanke ich Josef Müllner.

<sup>17</sup> PERNTHALER, Kollegialbehörden.

<sup>18</sup> DERS., Finanzverfassung.

<sup>19</sup> DERS., WEBER, Landesbürgerschaft.

<sup>20</sup> PERNTHALER, Zivilrechtswesen.

<sup>21</sup> DERS., Landes-Hypothekenbanken.

<sup>22</sup> DERS., Kammern im Bundesstaat.

<sup>23</sup> DERS., Kompetenzverteilung in der Krise.

<sup>24</sup> DERS., Der differenzierte Bundesstaat.

<sup>25</sup> DERS., Angelegenheiten der Prostitution.

<sup>26</sup> DERS., WEBER, Volksbildungswesen.

<sup>27</sup> PERNTHALER, Militärisches Sperrgebiet.

<sup>28</sup> DERS., Festlegung eines Wirkungskreises.

<sup>29</sup> Drehscheibe war dort mit der Wissenschaftlichen Abteilung der damaligen Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft ein zweiter Thinktank außerhalb der Universitätslandschaft.

mittelbar zu dessen Lösung an. Mit abstrakten Positionsbestimmungen hält er sich hingegen zurück, selbst in den Überblicksdarstellungen, die aus seiner Befassung mit dem Bundesstaat die Summe ziehen.<sup>30</sup> Auch eine Fundamentalkritik der weitgehend vom VfGH entwickelten und in Anschlag gebrachten Theorien, Topoi und Methoden sucht man bei ihm vergeblich, denn das hätte nur die Anschlussfähigkeit seiner Analysen gefährdet.<sup>31</sup> Dementsprechend stellt er seine methodischen Werkzeuge auch nicht danach zusammen, ob sie den Ländern nützen oder schaden; mitunter – wenn auch selten genug – werden Judikate des VfGH auch dafür kritisiert, dass sie eine Bundeskompetenz verneinen.<sup>32</sup> Auffällig ist jedoch, dass die Versteinerungsmethode in seinen Ableitungen selten bis gar nicht zum Einsatz kommt.<sup>33</sup> Soweit vorgefundenes Rechtsmaterial in der Rechtsprechung eine Rolle spielt, nimmt er es ernst, aber das Aufsuchen und Gewinnen tief unter historischen Gesteinsschichten verborgener Schätze ist seine Sache nicht. Wesentlich lieber arbeitet er mit Gesichtspunkten, die dem Leben näherstehen, weil sie eine Realanalyse des Sachbereichs voraussetzen, und die im Ergebnis in aller Regel den Ländern in die Hände spielen.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> PERNTHALER, ESTERBAUER, *Föderalismus* 340ff.; PERNTHALER, *Bundesstaatsrecht* 331ff.

<sup>31</sup> Vgl. etwa PERNTHALER, *Angelegenheiten der Prostitution* 289, wo er im Sinne einer „realistische[n] Betrachtungsweise“ zwei Unterscheidungen des VfGH zum Einsatz bringt, die „theoretisch wenig stichhältig sein mögen“.

<sup>32</sup> PERNTHALER, *Kompetenzverteilung in der Krise* 15f., 150, zu VfSlg 10.831/1986.

<sup>33</sup> Gelegentlich wird ihr Einsatz gefordert, etwa für die Auslegung des Tatbestandes „Bundesverfassung“ in Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG: PERNTHALER, *Bundesstaat im Spannungsfeld* 367. Diesem Petitum folgten jedoch keine Taten.

<sup>34</sup> Vgl. nur FUNK, *System* 51. In späteren Arbeiten äußert PERNTHALER jedoch auch – zutreffende – Kritik an ihr: vgl. DERS., *Raumordnung* 3 290, DERS., *Kompetenzverteilung in der Krise* 75ff. Starke Affinität zur

So pragmatisch Pernthaler und seine Schüler den methodischen Festlegungen des VfGH folgten, so dogmatisch insistierten sie jedoch auf Folgerichtigkeit. Mit viel Scharfsinn und Verve haben Pernthaler und Weber sich gegen die Versteinerung von Landeskompetenzen gewandt<sup>35</sup> und die Überdehnung des Homogenitätsprinzips im Dienstrecht angeprangert,<sup>36</sup> hat Pernthaler gegen die Strenge in der Auslegung der *lex Starzyński* angeschrieben.<sup>37</sup> Mitunter, wenn gleich kurz und selten, blitzt sogar grundsätzlicher Dissens in Methodenfragen auf, wenn die Auffassung des VfGH, seine im Verfahren nach Art. 138 Abs. 2 B-VG geschöpften Rechtssätze stünden im Range von Bundesverfassungsgesetzen, zurecht als rechtsgrundlagenlose Selbstermächtigung kritisiert wird.<sup>38</sup>

## V. Trennung und Verflechtung als dialektische Gegensätze

So ernst Pernthaler Grenzziehungen nahm und so penibel er die Kompetenzsphären von Bund und Ländern gegeneinander absteckte, so sehr war er davon überzeugt, dass Trennungen im Bundesstaat nicht verabsolutiert werden dürfen. Nicht minder wichtig sind Überbrückungen und Verbindungen, weil es ohne sie keine funktionsfähige Gesamteinheit geben kann. Unermüdlich wies Pernthaler auf verbindende und koordinierende Elemente hin,<sup>39</sup> und früh schon arbeitete er ein föderalistisches Bindungsprinzip aus, das

Gesichtspunktetheorie hingegen wieder bei BUSSJÄGER, *Naturschutzkompetenz* 38f.

<sup>35</sup> PERNTHALER, WEBER, *Versteinerung*.

<sup>36</sup> PERNTHALER, WEBER, *Homogenitätsprinzip*.

<sup>37</sup> PERNTHALER, *Zivilrechtswesen* 61ff. Kritik an seinem Gegenentwurf bei WIEDERIN, *Bundesrecht und Landesrecht* 144 Fn. 456.

<sup>38</sup> In aller Knappheit PERNTHALER, *Finanzverfassung* 57, und DERS., WEBER, *Versteinerung* 152; ausführlicher PERNTHALER, *Bundesstaatsrecht* 323f.

<sup>39</sup> PERNTHALER, *Kompetenzverteilung in der Krise* 47ff. m.w.N.



die Bundes- wie die Landesgesetzgebung verpflichtet, bei ihren Normierungen alle sachlich einschlägigen Regelungen der gegenbeteiligten Gesetzgebung zu beachten und diesen innerhalb des eigenen Zuständigkeitsbereichs volle Wirksamkeit zu verschaffen.<sup>40</sup> Das Berücksichtigungsprinzip des VfGH brachte er mit der deutschen Rechtsprechung zur Bundestreue in Verbindung<sup>41</sup> und entwickelte es in einer das Verhältnis von militärischem Sperrgebiet und Naturschutzgebiet ausleuchtenden Fallstudie<sup>42</sup> zu einer wechselseitigen Koordinationspflicht fort. Die Pflicht zur bundesstaatlichen Rücksichtnahme, die der VfGH wenig später aus der Taufe hob,<sup>43</sup> war damit der Sache nach vorweggenommen. Stärker als der VfGH insistierte Pernthaler jedoch darauf, dass Rücksichtnahme nicht in Gestalt umschlagen darf.<sup>44</sup> Sie muss sich darauf beschränken, die maßgeblichen Festlegungen des föderalen Gegenübers zu respektieren und sie im eigenen Bereich zu effektuieren.<sup>45</sup>

## VI. Die Unzerstörbarkeit der Länder als These und als politisches Ziel

Methodische Zurückhaltung schließt jedoch ein Vorverständnis nicht aus, das überall dort, wo um Verständnis gerungen wird, ganz unvermeidlich ist. Pernthaler legte das seine schon in den frühen Arbeiten offen. Die Staatlichkeit der Länder betrachtet er als eine ursprüngliche und unabgeleitete, die sich aus den nach 1918 ohne jede zentralstaatliche Ermächtigung erfolgten

Verfassungsgebungen in den Ländern speist.<sup>46</sup> Das B-VG hat diese Souveränität der Länder nicht beschnitten, sondern dadurch anerkannt, dass es deren Konstituierung, statt sie selber vorzunehmen, den Landesverfassungen überlässt.<sup>47</sup> Unter dem B-VG stehen Bund und Länder einander grundsätzlich gleichwertig gegenüber.<sup>48</sup> Die in Art. 99 B-VG zum Ausdruck kommende materielle Superiorität der bundesverfassungsrechtlichen Bestimmungen ist deshalb für Pernthaler nur eine Seite der Medaille. Zugleich bringt diese Bestimmung für ihn die Subsidiarität der bundesverfassungsrechtlichen Institutionen zum Ausdruck: Diese müssen den Ländern sowie ihren Verfassungen Raum zur Entfaltung lassen, und daraus soll wiederum die Garantie eines unantastbaren Kernbereichs resultieren, ohne den von Verfassungsautonomie gar nicht sinnvoll gesprochen werden könne.<sup>49</sup> Diese Überzeugung machte es ihm unmöglich, einen Rangunterschied zwischen Bundes- und Landesverfassungsrecht ohne Vorbehalte zu akzeptieren.

Schon in dieser Ableitung schimmert die Vorstellung eines unantastbaren Kernes von Länderstaatlichkeit durch, die Pernthaler im damaligen Stadium noch über Art. 44 Abs. 3 B-VG argumentierte.<sup>50</sup> Rasch erkannte er aber klar, dass auf diesem Weg eine Existenzgarantie nicht zu erreichen war. Stattdessen setzte er an einer vorgefundenen Unzerstörbarkeit der Länder an,<sup>51</sup>

<sup>40</sup> DERS., Raumordnung 1, 219f., 222.

<sup>41</sup> Ebd. 1, 216.

<sup>42</sup> PERNTHALER, Militärisches Sperrgebiet 5f.

<sup>43</sup> VfSlg. 10.292/1984.

<sup>44</sup> Vgl. PERNTHALER, Kommentar 95, wo er die gebotene Rücksichtnahme auf Missbrauchsverhütung und Exzessverbot beschränkt. In dieselbe Richtung zielt RASCHAUER, Kommentar 30: Torpedierungsverbot.

<sup>45</sup> PERNTHALER, Raumordnung 1, 219.

<sup>46</sup> DERS., Rechtsstaat und Heer 126 mit Fn. 26.

<sup>47</sup> DERS., Bundesstaat im Spannungsfeld 370ff.; WEBER, Kriterien 85f.

<sup>48</sup> PERNTHALER, Finanzverfassung 51; DERS., Kompetenzverteilung in der Krise 38ff.

<sup>49</sup> DERS., Bundesstaat im Spannungsfeld 365ff.; WEBER, Kriterien 84f.

<sup>50</sup> PERNTHALER, Bundesstaat im Spannungsfeld 373.

<sup>51</sup> PERNTHALER, Der differenzierte Bundesstaat 5; ebenso, wenngleich anders nuanciert, WEBER, mittelbare Bundesverwaltung 257ff.

die er historisch unterfüttert hatte<sup>52</sup> und in weiterer Folge mit einem harten, unabänderlichen Kern der Verfassung in Verbindung brachte.<sup>53</sup> Verfassungsrechtlich ging und geht diese Ableitung nicht auf.<sup>54</sup>

Politisch war Pernthaler hingegen Erfolg beschieden, wie in anderen Zusammenhängen auch. Waren schon die Aufwertung des Bundesrates im Jahr 1984 durch die Zuerkennung eines Zustimmungsrecht zu Kompetenzänderungen zu Lasten der Länder<sup>55</sup> sowie die Einführung der Landesstaatsverträge im Jahre 1988<sup>56</sup> durch sein Wirken im Hintergrund mitbeeinflusst, so trifft dies noch mehr auf das im Jahre 2008 eingeführte neue Verfahren für Änderungen im Bestand der Länder und ihrer Mitwirkungsrechte bei Grenzänderungen<sup>57</sup> zu. In einem gemeinsam mit Anna Gamper erstatteten Gutachten für den Österreich-Konvent hatte er sich zur These verstiegen, dass die in Art. 3 Abs. 2 B-VG vorgesehene paktierte Verfassungsgesetzgebung noch nicht einmal im Wege der Gesamtänderung der Bundesverfassung beseitigt werden dürfe, sondern überdies paktierte Verfassungsgesetze aller neun Länder voraussetze.<sup>58</sup> In der Neufassung des Art. 2 Abs. 3 B-VG durch die Novelle 2008 machte sich der Bundesverfassungsgesetzgeber diese Auffassung im Ergebnis zu eigen. Diese

neue Bestimmung war der politische Preis, den die Länder für die Verfassungsbereinigung verlangten und den der Bund zu zahlen bereit war. Der österreichische Bundesstaat ist damit zwar noch immer nicht unzerstörbar geworden. Die Hürden, die seiner Abschaffung im Wege stehen, sind allerdings schwer zu überwinden. Denn ungeachtet verfassungsändernder Mehrheiten in Nationalrat und Bundesrat und ungeachtet einer Zustimmung des Bundesvolkes ist die Abschaffung zum Scheitern verurteilt, solange in nur einem von neun Bundesländern eine starke Minderheit am Bundesstaat festhalten will.<sup>59</sup> Im praktischen Ergebnis kommt dies einer Unabänderlichkeit sehr nahe.

## VII. Resümee: Die Verdienste einer Schule

Was mir als Würdigung einer Schule aufgetragen war, ist mir zur Hommage geraten: Die Innsbrucker Schule mit Peter Pernthaler an der Spitze hat den Bundesstaat zu einem zentralen Thema der Verfassungsdogmatik gemacht, indem sie Lücken in seiner dogmatischen Erfassung geschlossen und methodische Einseitigkeiten der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung korrigiert hat. Sie hat die österreichische Bundesstaatlichkeit aber auch politisch signifikant gestärkt, indem sie Konzepte zu deren Aufwertung entwickelt und die Länder damit zum Jagen getragen hat. Auch wenn es sich erst auf den dritten Blick erschließt: Kein anderer Rechtswissenschaftler nach 1945 hat in der österreichischen Bundesverfassung tiefere Spuren hinterlassen als Peter Pernthaler.

<sup>52</sup> PERNTHALER, ESTERBAUER, Entstehung 129ff.; PERNTHALER, Staatsgründungsakte 19ff. Für eine Bewertung vgl. SCHENNACH, Staatsgründung 44f.

<sup>53</sup> PERNTHALER, Verfassungskern 7ff.

<sup>54</sup> Eingehende Kritik bei VAŠEK, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionschranken 148ff.; ebenso nunmehr GAMPER, Änderung und Schranken 70ff.

<sup>55</sup> Art. 44 Abs. 2 B-VG i.d.F. BGBl. 490/1984. Dazu PERNTHALER, Forderungsprogramm 22ff., und RV 446 BlgNR XVI. GP 5.

<sup>56</sup> Art. 16 B-VG i.d.F. BGBl. 685/1988; dazu PERNTHALER, Forderungsprogramm 24f., BERCHTHOLD, Verhandlungen 87ff., und RV 607 BlgNR XVII. GP 6.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 3 B-VG idF BGBl. I 2/2008.

<sup>58</sup> PERNTHALER, GAMPER, Stellungnahme 3ff.; zurückhaltender GAMPER, Regionen 401ff.

<sup>59</sup> Näher BUSSJÄGER, Grenzänderung und Bundesstaat 119ff.; GAMPER, Hierarchiefragen 174ff.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Ewald WIEDERIN  
 Universität Wien  
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht  
 Juridicum, Schottenbastei 10-16  
 1010 Wien  
 ewald.wiederin@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0003-0594-1267

## Abkürzungen:

BlgNR Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates  
 VfSlg Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

## Literatur:

Klaus BERCHTHOLD, Die Verhandlungen zum Förderungsprogramm der Bundesländer seit 1956 (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 42, Wien 1988).

Herbert BETHGE, Buchbesprechung, in: Die Öffentliche Verwaltung 53 (2000) 743–744.

Peter BUSSJÄGER, Die Naturschutzkompetenzen der Länder (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 63, Wien 1995).

DERS., Grenzänderung und Bundesstaat. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Neuregelung der Art 2 und 3 B-VG mit der Novelle BGBl I 2/2008, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 64 (2009) 115–131.

Bernd-Christian FUNK, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 17, Wien 1980).

Anna GAMPER, Die Regionen mit Gesetzgebungshoheit. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Föderalismus und Regionalismus in Europa (Frankfurt a.M. u.a. 2004).

DIES., Hierarchiefragen der Verfassungsänderung, in: Clemens JABLONER u.a. (Hg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag (Wien 2019) 161–183.

DIES., Änderung und Schranken der Verfassung, in: Peter BUSSJÄGER, Anna GAMPER, Arno KAHL (Hgg.), 100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz. Ver-

fassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext (Wien 2020) 49–78.

Peter HÄBERLE, Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlergemeinschaften, in: Helmuth SCHULZE-FIELIETZ (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Berlin 2007) 159–174.

Friedrich KOJA, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer (= Forschungen aus Staat und Recht 1, Wien–New York 1967).

Peter PERNTHALER, Der Rechtsstaat und sein Heer. Strukturelemente der österreichischen Wehrverfassung; mit vergleichenden Hinweisen auf die Wehrordnungen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland (Wien 1964).

DERS., Der österreichische Bundesstaat im Spannungsfeld von Föderalismus und formalem Rechtspositivismus, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 19 (1969) 361–379.

DERS., Ist die Festlegung eines Wirkungskreises der Zivil- und Strafgerichte gemäß Art 15 Abs 9 B-VG eine „Mitwirkung von Bundesorganen“ im Sinne des Art 97 Abs 2 B-VG?, in: JBl 91 (1972) 68–76.

DERS., Raumordnung und Verfassung, Bd. 1: Raumordnung als Funktion und Schranke der Gebietshoheit (= Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Raumforschung und Raumplanung 18, Wien 1975).

DERS., Die Zuständigkeit zur Regelung der Angelegenheiten der Prostitution, in: ÖJZ 30 (1975) 287–293.

DERS., Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 4, Wien 1976).

DERS., Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 4, Wien 1977).

DERS., Militärisches Sperrgebiet und Naturschutz. Ein Beispiel des Verfassungsgebotes der Koordination im Raumordnungsrecht, in: Zeitschrift für Verwaltung 23 (1977) 1–9.

DERS., Raumordnung und Verfassung, Bd. 2: Raumordnung, demokratischer Prozess und Rechtsschutz (= Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Raumforschung und Raumplanung 19, Wien 1978).

DERS., Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 14, Wien 1979).

- DERS., Das Forderungsprogramm der österreichischen Bundesländer (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 19, Wien 1980).
- DERS., Österreichische Finanzverfassung. Theorie – Praxis – Reform (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 33, Wien 1984).
- DERS., Kommentar [zu VfSlg 10.292/1984], in: Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1985) 94–96.
- DERS., Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 40, Wien 1987.)
- DERS., Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 46, Wien 1989).
- DERS., Raumordnung und Verfassung, Bd. 3: Neuere Entwicklungen (= Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Raumforschung und Raumplanung 30, Wien 1990).
- DERS., Kammern im Bundesstaat. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Gesichtspunkte einer stärkeren Föderalisierung der Kammern in Österreich (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 68, Wien 1996).
- DERS., Der Verfassungskern. Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur (Wien 1998).
- DERS., Österreichisches Bundesstaatsrecht. Lehr- und Handbuch (Wien 2004).
- DERS., Die Föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken für die Länder (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 43, Wien 1988).
- DERS., Das Konzept des differenzierten Bundesstaates – Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche, in: DERS. (Hg.), Neue Wege der Föderalismusreform (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 51, Wien 1992) 117–240.
- DERS., Fried ESTERBAUER, Die Entstehung des österreichischen Bundesstaates als geschichtlicher Vorgang und staatstheoretisches Problem, in: Montfort (1973) 128–156.
- DERS., Fried ESTERBAUER, Der Föderalismus, in: Herbert SCHAMBECK (Hg.), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (Berlin 1980) 325–345.
- DERS., Anna GAMPER, Stellungnahme zur Beseitigung der paktierten Verfassungsgesetzgebung gem Art 3 Abs 2 B-VG (2004, veröffentlicht im Anhang zum Bericht des Ausschusses II des Österreich-Konvents 11/AUB-K vom 8. 7. 2004 [[http://www.konvent.gv.at/K/DE/AUB-K/AUB-K\\_00011/pmh.shtml](http://www.konvent.gv.at/K/DE/AUB-K/AUB-K_00011/pmh.shtml)] (11. 2. 2021)).
- DERS., Karl WEBER, Über die Rechtslage auf dem Gebiete der Vollziehung des Volksbildungswesens, in: Zeitschrift für Verwaltung (1979) 458–463.
- DERS., Karl WEBER, Landesbürgerschaft und Bundesstaat. Der Status des Landesbürgers als Kriterium des Bundesstaates und Maßstab der Demokratie in den Ländern (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 28, Wien 1983).
- DERS., Karl WEBER, Versteinerung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art 15 Abs 1 B-VG, in: Heinz SCHÄFFER, Klaus KÖNIG, Kurt RINGHOFER (Hgg.), Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift für Erwin Melichar zum 70. Geburtstag (Wien 1983) 149–160.
- DERS., Karl WEBER, Landeskompetenzen und bundesstaatliches Homogenitätsprinzip im Dienstrecht, in: Oswald MARTINEK, Gustav WACHTER (Hgg.), Arbeitsleben und Rechtsordnung. Festschrift Gerhard Schnorr zum 65. Geburtstag (Wien 1988) 557–577.
- Bernhard RASCHAUER, Kommentar [zu VfSlg 11.393/1987], in: Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 15 (1988) 29–30.
- Martin P. SCHENNACH, Die Staatsgründung 1918 und die Länder, in: Peter BUSSJÄGER, Julia OBERDANNER (Hgg.), 3. November 1918 – Die Länder und der neue Staat. Beiträge zur Festveranstaltung „100 Jahre selbständiges Land Vorarlberg“ (Wien, Hamburg 2019) 39–56.
- Alexander SOMEK, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in: Armin von BOGDANDY, Pedro Cruz VILLALÓN, Peter M. HUBER (Hgg.), Handbuch Jus Publicum Europaeum, Bd. 2: Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht (Heidelberg 2008) 637–662.
- Markus VAŠEK, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung. Dargestellt am demokratischen, republikanischen und bundesstaatlichen Prinzip (= Schriften zum österreichischen und europäischem Recht 4, Wien 2013).
- Karl WEBER, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschlands und Österreichs (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 18, Wien 1980).
- DERS., Die mittelbare Bundesverwaltung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung der Organisation der Verwaltung des Bundes im Bereich der Länder außer Wien. Zugleich eine Ge-

schichte der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern außer Wien (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 41, Wien 1987).

Leopold WERNER, Die Kompetenzartikel der Bundesverfassung in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, in: JBl 82 (1960) 161–165.

Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland (= Forschungen aus Staat und Recht 111, Wien–New York 1995).

Clemens JABLONER, Wien\*

# Kompetenzrechtliche Restposten

## Rechtssätze, Paktierungen, Deckungsklauseln und Bund-Länder-Vereinbarungen

### *Remnants in the Distribution of Competences*

*For the distribution of competences between the federal state and the Länder, the Austrian constitution provides some quite distinctive constructions, some of which go back to the monarchy. The present article describes the various constellations.*

**Keywords:** Constitutional Court – distribution of competences – joint legislation

## I. Einleitung

Das folgende Referat<sup>1</sup> soll unsere Tagung abrunden und einige unmittelbare oder mittelbare Rechtsquellen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung vorstellen: Als verfassungsrechtliche Rechtsquelle sui generis sind zunächst die kompetenzfeststellenden Rechtssätze des VfGH zu nennen (II.). Danach geht es um die Konstruktionen einer „paktierten Gesetzgebung“ (III.). Einen besonderen Typus bilden „Kompetenzdeckungsklauseln“ (IV). Mit den Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG tritt ein Instrument hinzu, das mit der Kompetenzverteilung mittelbar zusammenhängt (V.).

## II. Rechtssätze des VfGH

Dass der VfGH sogar die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu prüfen hat, gilt als der „Höhepunkt seiner Funktion als Garant der Verfassung“.<sup>2</sup> Diese Zuständigkeit stand zu Anfang

noch in einem sehr engen Zusammenhang mit der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Die Rechtsprechung des VfGH ist daher für die Handhabung der Kompetenzverteilung von eminenter Bedeutung. Soweit diese Judikatur allerdings in Verfahren ergeht, in denen geltendes Bundes- oder Landesrecht geprüft wird, fehlt ihr die allgemeine Bindungswirkung und daher die Qualität als Rechtsquelle im engeren Sinn.<sup>3</sup>

Besonders konstruiert ist allerdings die Kompetenzfeststellung nach Art. 138 Abs. 2 B-VG. In diesem Verfahren stellt der VfGH „auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung fest, ob ein Akt der Gesetzgebung oder Vollziehung in die Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt“.<sup>4</sup> Die spezifische Voraussetzung dieser Kompetenz liegt darin, dass der angesprochene „Akt“ noch keine geltende Rechtsnorm ist, vielmehr ihr Entwurf, also potenzielles Recht. Der Rechtssatz, in dem der VfGH seine Ansicht zusammenfasst, wird – ob-

<sup>1</sup> Für wertvolle Mitarbeit danke ich Frau Mag.a. Magdalena Csarman, BA.

<sup>2</sup> KELSEN, Österreichisches Staatsrecht 214.

<sup>3</sup> Art. 140 B-VG etc., vgl. grundlegend SCHÄFFER, Rechtsquellen und Rechtsanwendung 68 f. m.w.N.

<sup>4</sup> Zur Entstehung dieser – mit der B-VG Novelle 1925, BGBl. 268, eingefügten – Zuständigkeit vgl. ZELLENBERG, in: KORINEK u.a. Art. 138/2 B-VG, Rz. 2.

schon die Rechtsnatur keineswegs von vornherein eindeutig ist – von der herrschenden Lehre als verfassungsrechtliche Quelle verstanden. Gerne wird der – etwas zweifelhafte – Ausdruck „authentische Interpretation“ gebraucht.<sup>5</sup>

Es fällt auf, dass diese Zuständigkeit des VfGH im Laufe der Zeit an Bedeutung verloren hat. So hat es in den letzten beiden Jahrzehnten seit 2000 keine Entscheidung des VfGH in einem solchen Verfahren mehr gegeben.<sup>6</sup> Dies trifft zusammen mit der insgesamt abnehmenden Bedeutung bundesstaatlicher Kompetenzprobleme, die wohl auf die ansteigende Bedeutung der Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG oder auf informelle Verfahren der Kompetenzabgrenzung, vielleicht auch auf das vom VfGH entwickelte bundesstaatliche „Berücksichtungsprinzip“<sup>7</sup> zurückzuführen ist.

Für Fragen der bundesstaatlichen Vollziehung hat die Zuständigkeit nach Art. 138 Abs. 2 B-VG stets nur eine ganz kleine Rolle gespielt.<sup>8</sup> Abgesehen davon, dass hier nur selten bundesstaatliche Zweifelsfälle auftreten (können), hat der VfGH eine sehr hohe prozessuale Hürde errichtet.<sup>9</sup>

### III. Paktierte Gesetzgebung

#### A. Allgemeines

Die paktierte Gesetzgebung ist eine aus der Doppelmonarchie stammende Form der Rechtserzeu-

gung<sup>10</sup>, die noch gelegentlich in die Gegenwart herüberraagt. Kelsen/Froehlich/Merkl schreiben, dass diese Rechtstechnik „für das staatsrechtliche Verhältnis zwischen Österreich und Ungarn in der ehemaligen Monarchie charakteristisch war, nur dass es sich dort – bei der Regelung der sogenannten dualistischen Angelegenheiten – um übereinstimmende Gesetze zweier in jeder Beziehung koordinierter und in keinem bundesstaatlichen Verhältnis stehender Staaten handelte“.<sup>11</sup> In der österreichischen Reichshälfte war diese Form nicht vorgesehen, sodass sie eigentlich erst durch den republikanischen Verfassungsgesetzgeber eingeführt wurde.

#### B. Grenzfragen

Das B-VG sah bis zur B-VG Novelle 2008 BGBl. I 2/2008 in Grenzfragen zunächst eine paktierte *Verfassungsgesetzgebung* („übereinstimmende Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder“)<sup>12</sup> vor, und zwar sowohl für Änderungen des Bundesgebietes, die zugleich Änderungen eines Landesgebietes waren, als auch für Änderungen einer Landesgrenze innerhalb des Bundesgebietes (Art. 3 Abs. 2). Die aktuelle Regelung unterwirft Änderungen des Bundesgebiets – die zwangsläufig auch Änderungen eines Landesgebiets sein müssen – einem anderen Regime: Staatsverträgen mit Zustimmung der Länder (Art. 3 Abs. 2). Grenzänderungen innerhalb des Bundesgebiets bedürfen übereinstimmender Ge-

<sup>5</sup> Vgl. eingehend und mit allen Hinweisen ebd. Rz. 26–34.

<sup>6</sup> Vgl. die Aufzählung der Rechtssätze bei LANNER, *Kodex Verfassungsrecht* 2020/21, 110f.

<sup>7</sup> Vgl. ÖHLINGER, EBERHARD, *Verfassungsrecht*, Rz. 284–288.

<sup>8</sup> VfSlg 896/1927, und 1990/1950, sowie die zurückgewiesenen Anträge: VfSlg 1637/1948, 9822/1983 und 11.038/1986.

<sup>9</sup> Vgl. später zum Kompetenztatbestand „Volksbildung“.

<sup>10</sup> § 2 des Staatsgrundgesetzes vom 21.12. 1867 betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung, RGBl. 146/1867; zum Begriff „übereinstimmend“ vgl. ULBRICH, *Staatsrecht* 101.

<sup>11</sup> KELSEN, FROEHLICH, MERKL, *Bundesverfassung* 69.

<sup>12</sup> Einen Verweis auf die Möglichkeit übereinstimmender *Landesverfassungsgesetze* enthält Art. 15a Abs. 3 B-VG; durch eine solche Paktierung kann die Anwendung der Grundsätze des völkerrechtlichen Vertragsrechtes auf 15a-Vereinbarungen der Länder untereinander gem. Abs. 2 leg. cit. ausgeschlossen werden. Siehe dazu noch unten unter V. A.

setze des Bundes und der betroffenen Länder, für lediglich Grenzvereinigungen innerhalb des Bundesgebietes genügen übereinstimmende Gesetze der betroffenen Länder, auch hier haben wir es mit Paktierungen zu tun. Auf Bundesseite ist somit eine einfachgesetzliche Regelung (mit qualifizierter Mehrheit gem. Art. 3 Abs. 4 B-VG) notwendig, die Rechtsstufe auf Landesebene bestimmen die Landesverfassungen.<sup>13</sup>

Die Stammfassung des B-VG enthielt noch eine weitere Kompetenz zur paktierten – einfachen – Gesetzgebung in Art. 114 B-VG: „Ein selbständiges Land Wien kann durch übereinstimmende Gesetze des Wiener Gemeinderates, des Landtages von Niederösterreich-Land gebildet werden“. Da dies erfolgte, gehört diese Regelung nicht mehr dem Rechtsbestand an.<sup>14</sup>

### C. Straßenpolizei

Eine weitere lebende Ermächtigung zur paktierten Gesetzgebung finden wir in Art. 15 Abs. 4 B-VG: „Inwieweit in den Angelegenheiten der Straßenpolizei mit Ausnahme der örtlichen Straßenpolizei (Art. 118 Abs. 3 Z 4) und der Strom- und Schifffahrtspolizei auf Binnengewässern mit Ausnahme der Donau, des Bodensees, des Neusiedlersees und der Grenzstrecken sonstiger Grenzgewässer für das Gebiet einer Gemeinde, in dem die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, der Landespolizeidirektion die Vollziehung übertragen wird, wird durch übereinstimmende Gesetze des Bundes und des betreffenden Landes geregelt.“<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Vgl. ÖHLINGER, EBERHARD, Verfassungsrecht, Rz. 223.

<sup>14</sup> Die formelle Aufhebung erfolgte durch die B-VG-Novelle 1925, BGBl. 267/1925; ausführlich zum Thema KELSEN, FRÖHLICH, MERKL, Bundesverfassung 222–228.

<sup>15</sup> Vgl. dazu näher WIEDERIN, in: KORINEK u.a. Art. 15 Abs. 4.

### D. Volksbildung

Schließlich findet sich eine geradezu archaische Ermächtigung zur paktierten Gesetzgebung in § 42 Abs. 2, lit. f des Übergangsgesetzes 1920:<sup>16</sup> Dort ging es um eine vom B-VG 1920 unerledigte Sache, nämlich die Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des „Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesens“ (Art. 14 B-VG, Stammfassung). Angeordnet wurde, dass „die Staatsgesetze, einschließlich der früheren Reichsgesetze, nur durch übereinstimmende Gesetze des Bundes und der Länder abgeändert werden können“, dazu bestanden bestimmte Ausnahmen. Dieser sehr große Rechtsbereich wurde durch die Regelungen auf dem Gebiet des allgemeinen Schulwesens (1962: Art. 14 B-VG) sowie des land- und forstwirtschaftlichen Schulwesens (1974: Art. 14a B-VG) sukzessive neu geregelt, wobei verfassungspolitisch die paktierte Gesetzgebung durch im Nationalrat nunmehr notwendige Zweidrittelmehrheiten bis zu einem gewissen Grad ersetzt wurde.<sup>17</sup> Der Rest wurde mit Art. VIII der B-VG Novelle 1962/215 weitergeführt, und zwar die Kompetenz zur (hoheitlichen) Regelung des Volksbildungswesens.

Dieser Kompetenztatbestand wurde in den späten 1970er-Jahren rechtspolitisch relevant, als das Bedürfnis bestand, die Angelegenheiten der „Fernschulen“ – die unstrittig unter den Kompetenztatbestand „Volksbildung“ fallen – hoheitlich zu regeln. Nun besteht hier zwar eine eindeutige Zuständigkeit zur Gesetzgebung in Form der Paktierung, höchst unklar ist aber die Zuständigkeit zur Vollziehung solcher Gesetze. Die Problematik war in der Literatur bereits ein-

<sup>16</sup> BGBl. 2/1920; für die vollständige Verweisungskette siehe auch § 16 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, StGBI. 1/1918.

<sup>17</sup> Zur Entwicklung dieser Kompetenztatbestände vgl. im Einzelnen HENGSTSCHLÄGER, Bildungswesen 597, passim und WIESER, in: KORINEK u.a. Art. 14 B-VG, Rz. 1–23.



gehend behandelt worden, mit divergenten Ansichten prominenter Fachvertreter.<sup>18</sup> Dazu bestand eine vereinzelt, undeutliche Rechtsprechung des VfGH.<sup>19</sup> 1979 legte die Bundesregierung die Frage dem VfGH zur Kompetenzfeststellung vor, scheiterte aber aus formalen Gründen. Während dieses Verfahrens wurde die literarische Debatte weitergeführt.

Die ausufernde Rechtsfrage kann im Zuge dieser Skizze nicht gelöst, sondern allenfalls nur skizzenhaft vorgestellt werden. Sie ist in Bernd Wiesers Kommentar zu Art. 14 B-VG ausführlich nachzulesen.<sup>20</sup> Darüber hinaus kann auf den Akt des VfGH zum Kompetenzfeststellungsverfahren KII-III/79 (VfSlg 9822/1983) zurückgegriffen werden.<sup>21</sup> Dort sind nicht weniger als 13 Ausarbeitungen der Verfassungsdienste des Bundeskanzleramtes und der Länder zu finden.<sup>22</sup> Man hat durchaus den Eindruck, dass die Auseinandersetzung den beteiligten Verfassungsjuristen Freude bereitet hat. Pernthaler und Weber trafen mit ihrer Feststellung, dass unser Kompetenztatbestand „wohl der eigentümlichste und zugleich komplizierteste Bestandteil unserer Bundesverfassung (sei), dessen Rechtstechnik und dessen Auslegung schier un-

lösbar Probleme aufgibt“, jedenfalls voll ins Schwarze.<sup>23</sup>

In Betracht kommen vier Varianten: Zuständigkeit 1. des Bundes, 2. der Länder, 3. zwischen Bund und Ländern gespalten und 4. erst zu pak-tieren. Wir nehmen also an einer Zeitreise durch die neuere österreichische Verfassungsgeschichte teil und sind zu einer Art „retrospektiver“ Rechtsdogmatik aufgefordert: Hätte es in Cisleithanien ein Bedürfnis nach Regelung der Volksbildung gegeben, wer wäre für die Vollziehung zuständig gewesen?

Tatsächlich wurde die Volksbildung in der späten Monarchie zu einem wichtigen Element des Bildungswesens, und es mag ein besonderes sozialdemokratisches Interesse gegeben haben, die Volksbildung im B-VG sichtbar zu machen.<sup>24</sup> Aber ob deshalb der Bund oder die Länder vollziehen sollten und welches Interesse die bürgerliche Seite gehabt haben mag, lässt sich daraus nicht erschließen.<sup>25</sup>

Der einzige historische Reiseführer ist eine Kommentarstelle bei Kelsen/Froehlich/Merkl, wonach für die Vollziehung der in § 42 Abs. 2, lit. f ÜG 1920 genannten Angelegenheiten die Landesordnungen von 1861 maßgebend wären.<sup>26</sup> Wörtlich heißt es: „Für die Aufteilung der Vollziehungskompetenz zwischen Bund und Ländern gelten die Bestimmungen der Landesordnungen von 1861. Diese lauten übereinstimmend – im Nachstehenden sind die §§ 18 und 19

<sup>18</sup> Für eine Bundeskompetenz etwa ERMACORA, Volksbildungssachen 2; ADAMOVICH, Handbuch 151; ZEIZINGER, Schulrechtskompetenzen 198; für eine Länderkompetenz etwa WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht 230; FUNK, Ordnungsprobleme 455f.

<sup>19</sup> VfSlg 2670/1954; 3234/1957.

<sup>20</sup> WIESER, in: KORINEK u.a. Art. 14 B-VG.

<sup>21</sup> Hon.-Prof. Ministerialrat Dr. Josef Pauser sei hier gedankt.

<sup>22</sup> Der Antrag der Bundesregierung, Äußerungen aller Länder, eine Replik der Bundesregierung und eine Duplik der NÖ Landesregierung. Der Verfasser dieses Beitrags durfte die Bundesregierung in diesem Verfahren vertreten. Die Äußerungen der Landesregierungen werden im Folgenden mit „Steiermark“ etc. wiedergegeben.

<sup>23</sup> PERNTHALER, WEBER, Volksbildungswesen 458.

<sup>24</sup> Zur Entwicklung der Volksbildung in Österreich, speziell in Wien, vgl. EHS, Kelsen und politische Bildung.

<sup>25</sup> Auch die Materialien zum B-VG (Sitzungsprotokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses, Protokolle und Bericht des Verfassungsausschusses, StenProt der KNV) bieten keine Aufschlüsse über Parteiinteressen.

<sup>26</sup> KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 322.

der niederösterreichischen Landesordnung wiedergegeben – folgendermaßen: [...]“.<sup>27</sup>

Nun führen uns die Kommentatoren mit diesem Hinweis zwar in das möglicherweise richtige Zimmer, nehmen uns dort aber leider nicht die Binde von den Augen. Denn es bleibt zweifelhaft, was nun den Landesordnungen zu entnehmen ist. Auf die Interpretation dieser Stelle, respektive der verwiesenen Landesordnungen, bezieht sich ein größerer Teil der Argumente. Es werden aber auch davon unabhängige Gedankenstränge verfolgt.

Für die Zuständigkeit des Bundes wird zunächst das StGG-ARVG, RGBl. 145/1867 ins Treffen geführt. Überzeugend ist das freilich nicht, weil dieses Staatsgrundgesetz die Kompetenzen des Kaisers gegenüber der Volksvertretung abgrenzt und nicht auf die quasi föderale Struktur der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder Bezug nimmt.<sup>28</sup>

Ein anderes selbstständiges Argument für die Bundeszuständigkeit ist das in Art. 17 des StGG-ARStb, RGBl. 142/1867 verankerte oberste Aufsichts- und Leitungsrecht des Reichs rücksichtlich des gesamten Unterrichts- und Erziehungswesens“ über Schulangelegenheiten. Zutreffend wird dagegen argumentiert, dass es sich dabei nicht um eine Kompetenzbestimmung handelte, „sondern [...] eine gegen die auf das Konkordat von 1855 gestützten Ansprüche der katholischen Kirche auf einen dominierenden Einfluss auf das Unterrichtswesen gerichtete Norm“.<sup>29</sup> Allenfalls könnte man daraus eine Struktur ähnlich der Bundesaufsicht in Art. 11 und 15 Abs. 8 B-VG vermuten. Wie manche Landesregierungen aufzeigten, würde dies freilich auf eine Kompetenz des Bundes zur Erlassung von Verordnungen

hindeuten, da das Konzept des Art. 11 B-VG solches vorsieht.<sup>30</sup>

Nun zu den Landesordnungen: Überwiegend wird der Hinweis bei Kelsen/Fröhlich/Merkl so verstanden, dass aus den Landesordnungen eine Zuständigkeit der Länder folgt.<sup>31</sup> So fügt Walter hinzu, dass die „Vollziehung (autonome) Landessache“ gewesen sei.<sup>32</sup>

Dass die Kommentatoren gemeint haben, man solle die Landesordnungen konsultieren, um ihnen die Zuständigkeit des Bundes zu entnehmen, wirkt ja einigermaßen kontraintuitiv. Nimmt man eine Landeszuständigkeit an, so hätte man am Kompetenztatbestand „Schulangelegenheiten“ anzuknüpfen. Nach der Auseinanderfaltung der einschlägigen Kompetenzen in Art. 14 B-VG – „Schul-, Erziehungs- und Volksbildungswesen“ – müsste man allerdings den Ausdruck „Schulangelegenheiten“ weit auslegen, um dorthin zu gelangen. Man könnte eine Art „systematische Fortentwicklung“ versuchen, also danach fragen, ob man in der Monarchie die Volksbildungsangelegenheiten als solche der Schule betrachtet hätte; denkbar wäre es auch zu behaupten, dass die Ausdifferenzierung der Kompetenzen in Art. 14 die Bedeutung von „Schulangelegenheiten“ nicht rückwirkend verengt habe.<sup>33</sup>

Liest man den Kompetenztatbestand hingegen eng und klammert die Volksbildungsangelegenheiten aus, so könnte man – und zu diesem Ergebnis kommt Wieser – wiederum auf eine Kompetenz des Bundes schließen.<sup>34</sup> Aber auch damit wäre nicht das letzte Wort gesprochen: Zwar hatte das System des Februarpatents mit den Landesordnungen eine Generalzuständigkeit des Reichs vorgesehen – wobei fraglich ist,

<sup>27</sup> In § 18 Abs 2 Z 2 werden als Landessachen die „Kirchen- und Schulangelegenheiten“ genannt.

<sup>28</sup> Kärnten, Steiermark.

<sup>29</sup> Steiermark und Niederösterreich.

<sup>30</sup> Salzburg und Wien.

<sup>31</sup> Alle Länder außer Kärnten; vgl. auch Fn. 34.

<sup>32</sup> WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht 230.

<sup>33</sup> So Oberösterreich und Vorarlberg.

<sup>34</sup> WIESER, in: KORINEK u.a. Art. 14 B-VG, Rz. 148. So auch die Bundesregierung.

ob sich diese überhaupt auf Angelegenheiten der Vollziehung beziehen konnte –, das Staatsgrundgesetz über die Reichsvertretung kehrte allerdings die Generalklausel zugunsten der Länder wieder um.<sup>35</sup> Wir kommen also interpretatorisch nicht so recht vom Fleck.

Einen interessanten Ansatz hat – auf Pernthaler/Weber reagierend – Brauner entwickelt. In der Monarchie habe zuletzt in zahlreichen Fällen erst der (einfache) Gesetzgeber die Zuständigkeit zur Vollziehung bestimmt, indem er die Behörden festlegte; diese konnten Landes- aber auch gesamtstaatliche Organe sein.<sup>36</sup> Diese Sichtweise ist ein wenig rechtshistorisch inspiriert, indem sie auf historische Fakten abstellt, aber doch recht einnehmend. Zwar steht ihr prima vista der Hinweis auf die Landesordnungen entgegen, folgt man dennoch dieser Erwägung, dann könnte man annehmen, dass die Zuständigkeit zur Vollziehung der Volksbildungsangelegenheiten eben gleichfalls zu paktieren wäre.<sup>37</sup> Diese müsste sich wohl aber in das System der Art. 10 und 11 B-VG, also unmittelbare oder mittelbare Bundesverwaltung oder Landesvollziehung, einfügen.

Es ist eigentlich die ideale Situation für einen Antrag an den VfGH nach Art. 138 Abs. 2 B-VG. Tatsächlich hat die Bundesregierung 1979 den Entwurf einer Verordnung über die für die Fernschulen maßgebenden Lehrpläne dem VfGH vorgelegt. Freilich wollte sich dieser nicht darauf einlassen, sondern sah sich erst dann für zuständig, wenn eine reale gesetzliche Grundlage die Erlassung einer Verordnung ermöglichen würde. Der vorgelegte Entwurf darf also gewissermaßen nicht allzu potenziell sein. Damit kam

<sup>35</sup> § 12 StGG-RV, RGBl. 141/1867; vgl. Steiermark; Diese Grundproblematik, die die Kompetenzverteilung der Dezember-Verfassung belastete, kümmerte Kelsen noch 1923 rückblickend ungemein intensiv – vgl. Kelsen, Österreichisches Staatsrecht 34.

<sup>36</sup> BRAUNER, Kompetenzfrage 215; so im Ansatz auch Kärnten.

<sup>37</sup> Ebd. 215.

die Sache zum Erliegen, und es gab anscheinend keine weiteren Versuche, hier hoheitliche Regelungen auf den Weg zu bringen. Es ist auch wenig realistisch, dass sich Bund und Länder auf ein gemeinsames Gesetz verständigen und zugleich die Kompetenz zur Vollziehung durch entsprechend passive Konstruktionen offenlassen.

## D. Quasi-Paktierung?

Im Zusammenhang mit der paktierten Gesetzgebung ist noch assoziativ auf die Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung nach Art. 12 B-VG einzugehen. Entgegen einem Teil der Lehre, der von Grundsatzregelungen verlangt, dass sie nicht unmittelbar anwendbar wären,<sup>38</sup> nimmt der VfGH an, dass als Grundsätze auch Detailregelungen erlassen werden können, die Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für das Bundesgebiet regeln.<sup>39</sup> Diese Vorschriften sind zwar ohne korrespondierende Landesgesetze unanwendbar, wären es aber nach ihrem Determinationsgrad. In solchen Fällen läuft das System auf letztlich auf eine Paktierung hinaus. Für derart duplizierte Regelungen finden sich im Übrigen zahlreiche Beispiele aus der Gesetzgebung in Art. 12-Materien.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> WALTER, Österr. Bundesverfassungsrecht 204.

<sup>39</sup> Zuletzt mit VfSlg 20.359/2019.

<sup>40</sup> Etwa im Krankenanstaltenrecht, wo zahlreiche Bestimmungen des Grundsatzgesetzes (KAKuG) Wort für Wort den Ausführungsbestimmungen der landesgesetzlichen Vorschriften entsprechen. So lauten z.B. sowohl § 6d Wiener Krankenanstaltengesetz 1987 als auch § 3c KAKuG wie folgt: „Bei der Errichtung und beim Betrieb von Krankenanstalten, die ganz oder teilweise der Forschung und Lehre einer Medizinischen Universität bzw. einer Universität, an der eine Medizinische Fakultät eingerichtet ist, dienen, sind die Erfordernisse der medizinischen Forschung und Lehre zu berücksichtigen. Das Zusammenwirken beim Betrieb der Krankenanstalt ist in einer Vereinbarung zwischen dem Träger der Krankenanstalt und dem Träger der Medizinischen Universität bzw. der Universität, an der eine Medizinische Fakultät eingerichtet ist, näher zu regeln.“

## IV. Kompetenzdeckungsklauseln

Die sog. „Kompetenzdeckungsklauseln“ gehören zur „Kompetenzverteilung hinter der der Kompetenzverteilung“,<sup>41</sup> also um es modisch auszudrücken: zum „Darknet“ der Kompetenzverteilung. Es handelt sich dabei um vorangestellte Verfassungsbestimmungen in einfachen Bundesgesetzen, die – entgegen der allgemeinen Kompetenzverteilung – dem Bund die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz für die Bestimmungen eines konkreten Gesetzes einräumen.<sup>42</sup> Solche Regelungen finden sich vor allem – aber nicht nur – im Wirtschaftslenkungsrecht.<sup>43</sup> Dort wurden sie rechtspolitisch notwendig, nachdem der Bundesgesetzgeber die Kompetenz nach Art. 10 Abs. 1 Z. 15 B-VG („Kriegsfolgentatbestand“) nicht mehr heranziehen konnte, das Bedürfnis nach entsprechenden Regelungen aber weiter bestand.<sup>44</sup>

Wesentlich ist, dass zwei Haupttypen dieser Kompetenzen unterschieden werden: Eine statische Form, die lediglich das nachfolgende Bundesgesetz kompetenzrechtlich saniert und eine dynamische Variante, die den Bundesgesetzgeber auch zu Änderungen ermächtigt.<sup>45</sup> Vom kompetenztheoretischen Standpunkt her gesehen bildet dieser Typus insoweit eine Besonderheit, als kein abstrakter Kompetenztatbestand normiert wird, wie es sonst der Fall ist, sondern

<sup>41</sup> So die treffende Bezeichnung bei WIEDERIN, Kompetenzverteilung 218.

<sup>42</sup> Vgl. zum Folgenden allgemein NEUDORFER, Kompetenzdeckungsklauseln.

<sup>43</sup> Siehe z.B. § 1 ÖkostromG 2012 BGBl I 75/2011 oder etwa § 1 EnergielenkungsG 2012 BGBl I 41/2013, aber auch Art. 1 BauKG idF BGBl I 42/2007 für den Bereich des Bauwesens oder Art. 1 Abs. 2 BeinstG-Novelle BGBl 721/1988 (zurückgehend auf das InvalideneinstellungsG 1969 BGBl 22/1970) im Arbeits- und Sozialrecht. Weitere zahlreiche Beispiele finden sich bei NEUDORFER, Kompetenzdeckungsklauseln, insbes. 113–117.

<sup>44</sup> Vgl. ebd. 114–115.

<sup>45</sup> Vgl. WIEDERIN, Kompetenzverteilung 222–224.

der Umfang der Kompetenz genau aus dem nachfolgenden einfachen Gesetz respektive dessen zulässigen Änderungen abgelesen werden kann. Genau genommen knüpft die Kompetenz an einen bereits vorliegenden Sachverhalt, nämlich ein bestimmtes Gesetz, an.<sup>46</sup>

Die Kompetenzdeckungsklauseln sind reich an verfassungsdogmatischen Auslegungsfragen, auf die hier nur global hingewiesen werden kann.<sup>47</sup>

Verfassungspolitisch gesehen sind die in Rede stehenden Konstruktionen weniger ein Element der Zersplitterung der Kompetenzverteilung als vielmehr bereits die Reaktion auf diese.<sup>48</sup> Erweist sich eine einheitliche Bundesregelung als notwendig und letztlich unstrittig, so führt an solchen Klauseln kein Weg vorbei. Auf die zusätzliche Erzeugungsschranke in Art. 44 Abs. 2 B-VG – Zustimmung des Bundesrates in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Drittel der abgegebenen Stimmen – sei hingewiesen.

## V. Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG

### A. Allgemeines

Bereits das B-VG 1920 kannte in Art. 107 Vereinbarungen der Länder untereinander; Vorbild war Art. 7 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.<sup>49</sup> Die Ermächtigung im B-VG erlangte freilich keine besondere Bedeutung.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Vgl. ebd. 218.

<sup>47</sup> Sie werden detailliert und durchwegs überzeugend von NEUDORFER, Kompetenzdeckungsklauseln, behandelt.

<sup>48</sup> So ebd. 145.

<sup>49</sup> Zum Vorbildcharakter der Schweizer Verfassung vgl. KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 221.

<sup>50</sup> Zur praktischen Bedeutung der Gliedstaatsverträge vor 1975 vgl. z.B. ÖHLINGER, Verträge im Bundesstaat 8–9.

Erst die B-VG-Novelle 1974 hat eine neue verfassungsrechtliche Basis für Gliedstaatsvereinbarungen geschaffen: Art. 15a B-VG.<sup>51</sup> Die Bestimmung ist knapp gehalten, der rechtliche Gehalt lässt sich wie folgt skizzieren: Bund und Länder sowie die Länder untereinander können über Angelegenheiten ihres jeweiligen Wirkungsbereichs Vereinbarungen schließen. Zum Abschluss der Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern ist seitens des Bundes je nach dem Gegenstand die Bundesregierung oder ein bzw. ein oder mehrere Bundesminister zuständig; soweit solche Vereinbarungen auch die Organe der Bundesgesetzgebung binden sollen, dürfen sie nur von der Bundesregierung mit Genehmigung des Nationalrates abgeschlossen werden, wobei auf solche Beschlüsse des Nationalrates Art. 50 Abs. 3 B-VG sinngemäß anzuwenden ist. Das auf Landesseite zum Abschluss der Vereinbarung zuständige Organ ist im Sinne einer „Verfassungsautonomie“ der Länder im B-VG nicht geregelt.<sup>52</sup>

Art. 15a Abs. 3 B-VG eröffnet einen mittelbaren Anwendungsbereich der Grundsätze des völkerrechtlichen Vertragsrechts.<sup>53</sup> Es ist auf Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Ländern jedenfalls anzuwenden, auf Vereinbarungen der Länder untereinander nur dann, wenn nicht durch übereinstimmende Verfassungsgesetze der Länder anderes bestimmt ist.<sup>54</sup> Zugleich mit Art. 15a B-VG wurde auch eine Rechtskontrolle durch den VfGH eingeführt (Art. 138a B-VG). Bei Bund-Länder-Vereinbarungen stellt der VfGH auf Antrag der Bundesregierung oder einer beteiligten Landesregierung fest, ob eine Vereinbarung vorliegt, und ob die aus einer sol-

chen Vereinbarung folgende Verpflichtung erfüllt worden ist. Hinsichtlich Vereinbarungen der Länder untereinander gilt die Zuständigkeit des VfGH nur dann, wenn sie in der Vereinbarung vorgesehen ist. Für vermögensrechtliche Ansprüche besteht die besondere Zuständigkeit des VfGH nach Art. 137 B-VG, also die sog. „Kausalgerichtsbarkeit“. Diese Zuständigkeit des VfGH gilt freilich für horizontale Konkordate auch unabhängig vom Willen der Vertragsparteien.<sup>55</sup>

Der verfassungsdogmatische Gehalt des Art. 15a B-VG ist von Literatur und Judikatur weitestgehend aufgearbeitet.<sup>56</sup> Aus der jüngeren Rechtsprechung des VfGH erfließt etwa, dass 15a-Vereinbarungen für Privatwirtschaftshandeln zulässig sind, sofern damit öffentliche Zwecke erfüllt werden,<sup>57</sup> sowie dass Gliedstaatsverträge keine höherrangigen Normen sind, die mit Blick auf (einfaches) Landesrecht einen Prüfungsmaßstab darstellen könnten<sup>58</sup> und dass (einfaches) Bun-

<sup>51</sup> BGBl. 444/1974.

<sup>52</sup> Vgl. die Übersicht bei BREITWIESER, Vereinbarungen 836–839.

<sup>53</sup> Vgl. grundlegend ÖHLINGER, Verträge, und jüngst RESCH, Auslegung von Gliedstaatsverträgen 504–505.

<sup>54</sup> Paktierte (Verfassungs)gesetzgebung! Siehe bereits oben Fn. 12.

<sup>55</sup> Dies ergibt sich aus der Anwendbarkeit des Art. 137 B-VG bereits auf Vereinbarungen nach Art. 107 – vgl. RILL, Gliedstaatsverträge 648, im Zusammenhang mit dem Wortlaut des Art. 138a Abs. 2 B-VG, der die Zuständigkeit des VfGH nur für nicht-vermögensrechtliche Fragen in die Disposition der Länder stellt.

<sup>56</sup> Für die ersten Jahre vgl. bei JABLONER, Gliedstaatsverträge 225–255 sowie THIENEL, in: KORINEK u.a. Art. 15a B-VG, und die dort eingangs zit. Lit., für die jüngste Zeit den im Folgenden zit. „Leitfaden“. Dieser stammt von einer 2013 bis 2014 tätigen Arbeitsgruppe, die sich aus Vertreter/innen der Länder, einem Vertreter des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienstes und der Verbindungsstelle der Bundesländer zusammensetzte. Der Leitfaden wurde in Buchform publiziert (new academic press), ist aber auch online auf der Seite des BKA-VD abrufbar [<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/agenda/verfassung/legistik/vereinbarung-gemaess-artikel-15a-bvg.html>]. Inhaltlich entspricht er einem wesentlich überarbeiteten Rundschreiben des BKA-VD; vgl. ARBEITSGRUPPE, Leitfaden 1f. sowie JABLONER, Gliedstaatsverträge 228 und die dortige Anlage A zum damaligen Rundschreiben.

<sup>57</sup> VfSlg 14.945/1997.

<sup>58</sup> VfSlg 14.146/1995.

desrecht und dessen Materialien offenbar auch zur Auslegung von Gliedstaatsverträgen herangezogen werden können.<sup>59</sup>

## B. Die Verbindung zur Kompetenzverteilung

Die Schaffung des Art. 15a B-VG stand im Zeichen des „kooperativen Föderalismus“:<sup>60</sup> In den Materialien<sup>61</sup> heißt es einleitend, dass der Grundgedanke des Bundesstaates darin bestünde, trotz staatlicher Einheit, die sich im Bund manifestiert, eine bestimmte Selbständigkeit gewisser Gebiete, nämlich der Länder, zu gewährleisten. Die Konzeption führe in einem gewissen Sinne zu einer Trennung von Bund und Ländern, da beide Gebietskörperschaften ihre jeweiligen naturgemäß verschiedenen Interessen geltend zu machen hätten. Obwohl Bund und Länder niemals in einer Weise voneinander unabhängig gewesen seien, dass auf die wechselseitigen Interessen nicht hätte Rücksicht genommen werden müssen, zeige sich doch in neuerer Zeit in zunehmendem Maße die Notwendigkeit einer engeren Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern auf bestimmten Gebieten. Von der verfassungsrechtlichen Literatur wurde die neue Ermächtigung als „Kernpunkt“ der Reform der Bundesstaatlichkeit und als „Symbol eines erneuten Bundesstaatsverständnisses“ gewürdigt.<sup>62</sup>

Die Einbeziehung der Gliedstaatsverträge in die vorliegende Abhandlung rührt daher, dass die Einführung der vertikalen Konkordate in einem sehr engen Zusammenhang mit der „Abstimmung der Kompetenzausübung“ gesehen wurde.<sup>63</sup> Die österreichische Bundesverfassung kennt bekanntlich – von hier nicht relevanten

Ausnahmen abgesehen – keine konkurrierenden Kompetenzen und keine (endgültigen) Derogationsverhältnisse zwischen Bundes- und Landesgesetzen.<sup>64</sup> Obzwar nun die Kompetenzbereiche grundsätzlich impermeabel sind, kommt es dennoch deshalb zu Problemen der „Kompetenzabstimmung“, da das jeder Kompetenzverteilung innewohnende Element, dass ein Sachverhalt unter verschiedenen Gesichtspunkten geregelt werden kann, vom VfGH und der legislativen Praxis immer eher extensiv verstanden wurde.<sup>65</sup> Dies führt in vielen Fällen zu einer kumulativen Anwendbarkeit von Bundes- und Landesgesetzen auf einen Sachverhalt. Dabei können sich – ohne dass man sich mit der theoretisch schwierigen Frage auseinandersetzt, ob es nicht doch zu Normenkonflikten kommt und wie diese zu lösen sind<sup>66</sup> – zumindest rechtspolitisch unerwünschte Situationen ergeben. Ein anderes wesentliches Motiv waren die sog. „Querschnittsmaterien“, also Kompetenzbereiche, die rechtspolitisch immer stärker in den Vordergrund treten, aber weder dem Bund noch den Ländern zur Gänze zugeordnet sind, wie etwa Umweltschutz oder Raumordnung.

Eine echte, also unmittelbare, Funktion als kompetenzrechtliche Quelle könnten die Vereinbarungen aber nur dann erlangen, wenn sie verfassungsändernd und unmittelbar anwendbar wären. Mit Blick auf den Verweis in Art. 15a Abs. 1 auf Art. 50 Abs. 3 B-VG war es in der Tat einige Zeit strittig, ob 15a-Vereinbarungen auch verfassungsändernd oder -ergänzend sein können. Aber schon im „Jagdrechts/Forstrechtserkenntnis“ sprach der VfGH aus, Art. 15a B-VG ermächtige nicht zum Abschluss von Vereinba-

<sup>59</sup> VfSlg 19.434/2011 und dazu kritisch RESCH, Auslegung 512.

<sup>60</sup> Vgl. zuletzt BUßJÄGER, Kooperativer Föderalismus.

<sup>61</sup> Vgl. 182 BlgNR 13. GP, 19.

<sup>62</sup> Vgl. namentlich ÖHLINGER, Verträge 10.

<sup>63</sup> Vgl. z.B. RILL, Abschluss, Transformation und Durchsetzung 27.

<sup>64</sup> Vgl. WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 70–72, 79–89.

<sup>65</sup> Sog. Gesichtspunktetheorie des VfGH, vgl. z.B. die bei MAYER, KUCSKO-STADLMAYER, STÖGER, Grundriss, Rz. 297 zit. Rechtsprechung des VfGH.

<sup>66</sup> Zu dieser Diskussion vgl. DAVY, Rücksichtnahmegebot; MAYER, Kompetenzinterpretation sowie WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 203–205.

rungen, die die Kompetenzverteilung des B-VG ändern. Im Verfahren hatte nämlich die Bundesregierung, um eine zu weite Überlappung der Kompetenzbereiche hintanzuhalten, auf die Möglichkeit hingewiesen, mittels solcher Vereinbarungen die Kompetenzlage zu bereinigen. Der VfGH entwickelte stattdessen das „Berücksichtigungsprinzip“.<sup>67</sup> Mit der B-VG Novelle 2008<sup>68</sup> sind die entsprechenden Wortfolgen betreffend verfassungsändernde Staatsverträge in Art. 50 Abs. 3 B-VG weggefallen. Die Verweisung kann seitdem nur mehr für politische und gesetzesändernde bzw. -ergänzende Staatsverträge gelten. Damit ist eine verfassungsändernde Wirkung von Gliedstaatsverträgen nunmehr endgültig ausgeschlossen.<sup>69</sup> Die kompetenzrechtliche Funktion der Vereinbarungen nach Art. 15a besteht daher eigentlich nur mehr darin, komplementäre Gesetzgebung zu koordinieren.<sup>70</sup> Als ein Beispiel für eine Vereinbarung, die dem ursprünglichen Ziel des Art. 15a entspricht, mag die Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über den höchstzulässigen Schwefelgehalt im Heizöl dienen.<sup>71</sup>

### C. Sonstige Funktionen

Dabei hat der Gebrauchswert des Art. 15a keineswegs gelitten: In der Tat hat es in den letzten Jahrzehnten eine deutliche Zunahme an Abschlüssen von Art. 15a-Vereinbarungen gegeben, es wurden nicht weniger als 178 solcher Vereinbarungen abgeschlossen, davon 80 zwischen

dem Bund und den Ländern.<sup>72</sup> Das Instrument des Art. 15a wird also weidlich genutzt.

Im Laufe der Zeit wurden (und werden) mit Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG jedoch meist Zwecke verfolgt, die nicht mehr in einem direkten Zusammenhang mit Kompetenzfragen stehen: Zunächst verlangt ja das B-VG „selbst“ zuweilen den Abschluss einer 15a-Vereinbarung, und zwar in Art. 23d Abs. 4 und Art. 116a Abs. 6 B-VG.<sup>73</sup> Ein weiteres wichtiges Anwendungsfeld ergibt sich aus der Notwendigkeit, Richtlinien der Europäischen Union gemeinsam umzusetzen.<sup>74</sup> Die Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bauwesen<sup>75</sup> oder die Vereinbarung über Endenergieeffizienz<sup>76</sup> sind Beispiele hierfür. Eine weitere Randgruppe an 15a-Vereinbarungen betrifft die Einrichtung von länderübergreifenden Organisationen, zum Beispiel eine gemeinsame Filmbewertungskommission<sup>77</sup> oder einen Tierzuchtrat.<sup>78</sup>

Eine besondere Stellung nimmt – mit seinem starken europarechtlichen Bezug – der Österreichische Stabilitätspakt 2012 ein, der die Budgetverpflichtungen Österreichs gegenüber der Europäischen Union innerstaatlich „umsetzt“ und

<sup>67</sup> VfSlg 10.292/1984.

<sup>68</sup> BGBl. I 1/2008.

<sup>69</sup> Vgl. ADAMOVICH u.a., Staatsrecht 1, Rz. 04.007; Arbeitsgruppe, Leitfaden 15–16.

<sup>70</sup> PERNTHALER, Zukunft 77–78, bezeichnet die Verneinung des Verfassungsrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit als die beiden „Tiefschläge“, die „einer transkompetenten Aufgabenerfüllung von Bund und Ländern“ versetzt wurden.

<sup>71</sup> BGBl. 369/1989, zuletzt geändert durch BGBl. 133/1994.

<sup>72</sup> Vgl. dazu zuletzt Institut für Föderalismus, Bericht 190–191.

<sup>73</sup> Vgl. Arbeitsgruppe, Leitfaden 18.

<sup>74</sup> Vgl. ebd. 18–19; BREITWIESER, Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG 841–842.

<sup>75</sup> Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Zusammenarbeit im Bauwesen (Umsetzung der EG-Bauproduktenrichtlinie; Richtlinie des Rates der EG vom 21. 12.1988-89/106/EWG), z.B. Tiroler LGBL 37/1993, OÖ LGBL 52/1993.

<sup>76</sup> Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zur Umsetzung der Richtlinie 2006/32/EG über Energieeffizienz, z.B. BGBl. 5/2011.

<sup>77</sup> Vereinbarung über die Einrichtung der Gemeinsamen Filmbewertungskommission der Länder, z.B. Stmk LGBL 23/1979.

<sup>78</sup> Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Einrichtung einer gemeinsamen Sachverständigenkommission in Tierzuchtangelegenheiten (Tierzuchtrat), z.B. Tiroler LGBL 76/2008.

absichert.<sup>79</sup> Gleichwohl handelt es sich dabei um keinen klassischen Gliedstaatsvertrag gemäß Art. 15a B-VG, denn im Hinblick auf die notwendige Beteiligung der Gemeinden musste eine eigene verfassungsrechtliche Grundlage<sup>80</sup> geschaffen werden.<sup>81</sup>

Schließlich werden Gliedstaatsverträge auch zur Junktimierung von finanziellen Förderungen abgeschlossen, wie zum Beispiel die Vereinbarung über die gemeinsame Förderung der 24-Stunden-Pflege.<sup>82</sup>

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Clemens JABLONER  
Universität Wien  
Institut für Rechtsphilosophie  
Schenkenstraße 8-10  
1010 Wien  
Clemens.jabloner@univie.ac.at  
ORCID-Nr. 0000-0002-5308-8750

## Abkürzungen:

BlgNR Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates  
ÜG Übergangsgesetz  
VfSlg Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>

## Literatur:

Ludwig ADAMOVICH, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (= Rechts- und Staatswissenschaften 3, Wien–New York 61971).

DERS. u.a., Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1: Grundlagen (Wien–New York 2011).

Arbeitsgruppe zu Vereinbarungen nach Artikel 15a B-VG der Verfassungsdienste des Bundes und der Länder, Verbindungsstelle der Bundesländer (Hg.), Vereinbarungen gemäß Art. 15a B-VG. Ein Leitfaden für die Praxis (Wien 2015).

Wilhelm BRAUNEDER, Zur Kompetenzfrage auf dem Gebiet des Volksbildungswesens, in: ZfV 5 (1980) 209–215.

Carmen BREITWIESER, Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG, in: Erich SCHWEIGHOFER u.a. (Hgg.), Zeichen und Zauber des Rechts. Festschrift für Friedrich Lachmayer (= Editions Weblaw 5 = Liber amicorum 2, Bern 2014) 831–857.

Peter BUßJÄGER (Hg.), Kooperativer Föderalismus in Österreich. Beiträge zur Verflechtung von Bund und Ländern (= Institut für Föderalismus 111, Wien 2010).

Ulrike DAVY, Die Bedeutung des bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebotes für Normenkonflikte, in: ÖJZ 42 (1986) 225–234, 298–302.

Tamara EHS, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat (= Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts 29, Wien 2007).

Felix ERMACORA, Vollziehung in Volksbildungssachen, in: Der Staatsbürger. Schrift für Rechtsschutz und Grundfreiheiten der Person. Beil. der „Salzburger Nachrichten“ 13 (1960) 1–2.

Bernd-Christian FUNK, Die grundlegenden Ordnungsprobleme im System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: JBl 17/18 (1976) 449–464.

Johannes HENGSTSCHLÄGER, Das Bildungswesen, in: Herbert SCHAMBECK (Hg.), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (Berlin 1980) 597–628.

Institut für Föderalismus (Hg.), 44. Bericht über den Föderalismus in Österreich (2019) [[https://foederalismus.at/contentit4/uploads/Foederalismus\\_Bericht\\_44.pdf](https://foederalismus.at/contentit4/uploads/Foederalismus_Bericht_44.pdf)] (19.2.2021).

Clemens JABLONER, Gliedstaatsverträge in der österreichischen Rechtsordnung, in: ZÖR 40 (1989) 225–255.

Hans KELSEN, Österreichisches Staatsrecht (Tübingen 1923, ND Aalen 1981).

DERS., Georg FROELICH, Adolf MERKL (Hgg.), Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien–Leipzig 1922).

Christoph LANNER (Bearb.), Kodex Verfassungsrecht 2020/21 (Wien 492020).

Heinz MAYER, Neue Wege der Kompetenzinterpretation?, in: ÖJZ 42 (1986) 513–520.

<sup>79</sup> BGBl. I 30/2013.

<sup>80</sup> BGBl. I 61/1998.

<sup>81</sup> Vgl. z.B. MATZINGER, Pflegelösung 116.

<sup>82</sup> Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die gemeinsame Förderung von 24-Stunden-Pflege, BGBl. I 59/2009; vgl. Arbeitsgruppe, Leitfaden 19.



- DERS., Gabriele KUCSKO-STADLMAYER, Karl STÖGER, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (Wien <sup>11</sup>2015).
- Anton MATZINGER, Ein neuer Stabilitätspakt und die Pflegelösung, in: RFG Sonderheft 25 Jahre Finanzausgleich (2011/26) 115–119.
- Sonja NEUDORFER, Kompetenzdeckungsklauseln außerhalb des B-VG, in: Sebastian SCHMID u.a. (Hgg.), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (= Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht 1, Wien 2011) 111–150.
- Theo ÖHLINGER, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 24, Wien 1982).
- DERS., Verträge im Bundesstaat (= Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung 9, Wien 1978).
- DERS., Harald EBERHARD, Verfassungsrecht (Wien <sup>12</sup>2019).
- Peter PERNTHALER, Die Zukunft der Gliedstaatsverträge, in: BUßJÄGER (Hg.), Föderalismus 75–87.
- DERS., Karl WEBER, Über die Rechtslage auf dem Gebiet des Volksbildungswesens, in: ZfV 4 (1979) 458–462.
- Reinhard RESCH, Die Auslegung von Gliedstaatsverträgen gemäß Art 15a B-VG, in: Christoph KIE-TAIBL, Rudolf MOSLER, Harun PAČIĆ (Hgg.), Gedenkschrift Robert Rebhahn (Wien 2019) 503–514.
- Heiz Peter RILL, Abschluss, Transformation und Durchsetzung von Verträgen gemäß Art. 15a B-VG, in: Heinz MAYER u.a. (Hgg.), Neuerungen im Verfassungsrecht. Bundesstaat und Rechtsstaat in den Verfassungsnovellen 1974 und 1975 (Wien 1976) 27–48.
- DERS., Gliedstaatsverträge. Eine Untersuchung nach österreichischem und deutschem Recht (= Forschungen aus Staat und Recht 17, Wien 1972).
- Heinz SCHÄFFER, Rechtsquellen und Rechtsanwendung (= Verhandlungen des Fünften Österreichischen Juristentages 1973, Bd. 1/1. Teil B: Gutachten, Wien 1973).
- Rudolf THIENEL, Art. 15a, in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar Bd. I/2 (Wien 2012).
- Josef ULBRICH, Das österreichische Staatsrecht (= Das öffentliche Recht der Gegenwart 10, Tübingen <sup>4</sup>1909).
- Robert WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht: System (Wien 1972).
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland (= Forschungen aus Staat und Recht 111, Wien–New York 1995).
- DERS., Die Kompetenzverteilung hinter der Kompetenzverteilung, in: ZÖR 66 (2011) 215–232.
- DERS., in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar Bd. I/2 (Wien 2012).
- Bernd WIESER, Art. 14 B-VG, in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar Bd. I/2 (Wien 2012).
- Herbert ZEIZINGER, Die Entwicklung der Schulrechtskompetenzen, in: JBl 100 (1978) 193–301.
- Ulrich E. ZELLENBERG, Art. 138/2 B-VG, in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar Bd. I/5 (Wien 2012).

Michael POTACS, Wien

## Die Kompetenzverteilung und die EU

### *The Distribution of Competences and the EU*

*The fragmentation of the Austrian distribution of competences between the federal government and the Länder does not offer favourable framework conditions for the adoption of Union law in the state legal system. The requirement of a uniform application of Union law exerts a certain centralising pressure on the legal orders of the Member States. As a result, several modifications of the distribution of competences in favour of the federal government have taken place since Austria joined the EU. If this development continues, it could lead to a gradual change in the nature of the distribution of competences between the federal government and the Länder in Austria.*

**Keywords:** *centralising pressure – double obligation of the legislator – federal state blindness*

### I. Einleitung

Im Jahre 2001 wurde die Republik Österreich in einem Vertragsverletzungsverfahren vom EuGH verurteilt, weil eine Arbeitnehmerschutzrichtlinie zwar auf Bundesebene durch eine Verordnung der Bundesregierung über den Schutz von Bundesbediensteten umgesetzt wurde, aber „die auf der Ebene der Länder zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Verfahren der Gesetz- und Verordnungsgebung noch immer nicht abgeschlossen“ waren.<sup>1</sup> Zu ihrer Verteidigung machte die Bundesregierung geltend, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung in Österreich durch ein „besonders hohes Maß an Zersplitterung“<sup>2</sup> zwischen Bund und Ländern gekennzeichnet sei, was die Umsetzung erschwere. Der EuGH hielt dem freilich entgegen, „dass sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Mitgliedstaat nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung einschließlich solcher, die

sich aus seinem bundesstaatlichen Aufbau ergeben, berufen kann, um die Nichteinhaltung der in einer Richtlinie festgelegten Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen“.<sup>3</sup>

Der EuGH spricht damit die sogenannte „Bundesstaatsblindheit“<sup>4</sup> der EU an, die vor allem bei der Umsetzung von EU-Richtlinien zum Tragen kommt.<sup>5</sup> Denn mit den Worten des EuGH steht es jedem Mitgliedstaat frei, „die Kompetenzen so zu verteilen, wie er es für zweckmäßig hält, und eine Richtlinie mittels Maßnahmen durchzuführen, die von regionalen oder örtlichen Behörden getroffen werden“.<sup>6</sup> Die „Gesamtverantwortung“<sup>7</sup> des Bundes gegenüber der EU für die Umsetzung und den Vollzug des Unionsrechts bleibt dadurch freilich unberührt. Dennoch hat

<sup>1</sup> EuGH Rs. C-111/00 (Kommission/Österreich), Slg 2001, I-7555, Rz. 7.

<sup>2</sup> Ebd. Rz. 10.

<sup>3</sup> EuGH Rs. C-111/00 (Kommission/Österreich), Slg 2001, I-7555, Rz. 12; ebenso EuGH Rs. C-357/03 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2004:681, Rz. 10; EuGH Rs. C-358/03 (Kommission/Österreich), Slg 2004, I-12055, Rz. 13.

<sup>4</sup> GAMPER, Bundesstaatsblindheit 148 m.w.N.

<sup>5</sup> Dazu näher ÖHLINGER, POTACS, EU-Recht 125ff.

<sup>6</sup> EuGH Rs. C-131/88 (Kommission/Deutschland), Slg 1991, I-825, Rz. 71.

<sup>7</sup> RANACHER, Durchführung von EU-Recht 265.

Österreich bereits anlässlich des EU-Beitrittes durch Einfügung von Art. 23d in das B-VG<sup>8</sup> klargestellt, dass für die Durchführung des Unionsrechts die innerstaatliche Kompetenzverteilung maßgeblich bleibt.<sup>9</sup> Die folgenden Ausführungen sind den damit verbundenen Problemen und Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung in Österreich gewidmet.

## II. Ausgangslage

Zum besseren Verständnis ist dazu die Ausgangslage in Bezug auf die Kompetenzverteilung in Österreich in Erinnerung zu rufen: Diese ist durch eine Aufzählung zahlreicher Kompetenztatbestände und eine Generalklausel zugunsten der Länder gekennzeichnet. An manchen Stellen der Verfassung finden sich sogenannte „Bedarfskompetenzen“<sup>10</sup> des Bundes, denen zufolge der Bund bei einem Bedürfnis nach einheitlicher Regelung die Gesetzgebung an sich ziehen darf. Im Wesentlichen besitzen die Kompetenztatbestände aber gemäß der herrschenden „Versteinerungstheorie“<sup>11</sup> einen verhältnismäßig starren Sinngehalt, der durch die Möglichkeit

einer „intrasystematischen Fortentwicklung“<sup>12</sup> nur begrenzt abgeschwächt wird. Das Ergebnis dieser Kompetenzverteilung ist die im erwähnten EuGH-Verfahren angesprochene „Zersplitterung“, die gerade beim Vollzug des Unionsrechts deutlich zutage tritt. Denn die Regelungen der Union richten sich völlig undifferenziert an die Mitgliedstaaten schlechthin und tragen deren internen Zuständigkeitsabgrenzungen in keiner Weise Rechnung.

Damit bietet die österreichische Kompetenzverteilung der Umsetzung von EU-Richtlinien von ihrem Ansatz her mit den Worten von Heinz Peter Rill „alles andere als günstige Rahmenbedingungen“,<sup>13</sup> denn EU-Richtlinien stellen nach dem System der Bundesverfassung häufig „Querschnittmaterien“<sup>14</sup> dar,<sup>15</sup> für deren Umsetzung sowohl der Bund als auch die Länder zuständig sind. Auch ist nicht auszuschließen, dass sich bestimmte Richtlinien bei ihrer Umsetzung als „Weder-Noch“-Materien erweisen,<sup>16</sup> bei denen nach der Rechtsprechung des VfGH auf Grund der „untrennbaren Verzahnung“<sup>17</sup> von Bundes- und Landeskompetenzen keine der beiden Gebietskörperschaften zur Regelung zuständig ist. In dieser Situation vermögen Bestrebungen nicht zu überraschen, für die Umsetzung von Richtlinien im Rahmen des österreichischen Verfassungsrechts möglichst den Bund zuständig zu machen. Ein Ansatz dafür wären die (freilich nur begrenzt zur Verfügung stehenden) Bedarfskompetenzen des Bundes, doch wurde in der Lehre ein „Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften“ allein aus unionsrechtli-

<sup>8</sup> BGBl. 1013/1994; siehe dazu RV 27 BlgNR 19. GP, 9f: „Da ein Vorhaben im Rahmen der europäischen Integration auf Grund der österreichischen Verfassungsrechtslage und Kompetenzverteilung nicht ausschließlich den Ländern oder dem Bund zugewiesen werden kann, soll die Möglichkeit der Mitwirkung der Länder daran geknüpft werden, dass ‚auch‘ Angelegenheiten der Länder betroffen sein müssen.“ In Art. 23d Abs. 5 B-VG ist ein (vorläufiger) Zuständigkeitsübergang auf den Bund für den Fall vorgesehen, dass ein Land seiner Umsetzungsverpflichtung nicht nachkommt und Österreich dafür auf Grund eines Vertragsverletzungsverfahrens vom EuGH verurteilt wurde; näher zu dieser Bestimmung ÖHLINGER, POTACS, EU-Recht 125ff.

<sup>9</sup> MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung 139.

<sup>10</sup> Z.B. MAYER, KUCSKO-STADLMAYER, STÖGER, Grundriss Rz. 262.

<sup>11</sup> Dazu eingehend WIEDERIN, Versteinerungstheorie 1231.

<sup>12</sup> ÖHLINGER, EBERHARD, Verfassungsrecht Rz. 277.

<sup>13</sup> So RILL, Grundlagen des Vergaberechts 70, konkret in Bezug auf das Vergaberecht.

<sup>14</sup> Dazu etwa ÖHLINGER, EBERHARD, Verfassungsrecht Rz. 273 m.w.N.

<sup>15</sup> Näher RANACHER, Durchführung von EU-Recht 267; MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung 141; ÖHLINGER, POTACS, EU-Recht 127f.

<sup>16</sup> Siehe MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung 145.

<sup>17</sup> VfSlg 13322/1992.

chen Erwägungen mit guten Gründen verneint.<sup>18</sup> Das wirft den Blick auf andere denkbare Wege, eine möglichst weitgehende Kompetenz des Bundesgesetzgebers bei der Umsetzung von Unionsrecht herbeizuführen.

### III. Doppelte Bindung des Gesetzgebers

Davon ausgehend könnte für die Begründung einer Bundeskompetenz zur Umsetzung auch die „Öffnung“ der Verfassungsordnung gegenüber der EU in Erwägung gezogen werden. Diese „Öffnung“ erfolgte grundsätzlich durch das EU-Beitritts-BVG, das nach den Erläuterungen zu seiner Regierungsvorlage auch das bundesstaatliche Prinzip der Bundesverfassung modifizierte.<sup>19</sup> Nach diesen Erläuterungen ermächtigt das EU-Beitritts-BVG zur Übernahme all jener Inhalte des Unionsrechts, „welche dem österreichischen Bundesverfassungsrecht, insbesondere aber den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung, widersprechen“.<sup>20</sup> Im Einklang damit geht der VfGH davon aus, dass „im Fall eines Widerspruchs“<sup>21</sup> zwischen Verfassung und Unionsrecht die verfassungsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich außer Kraft gesetzt sind. Umgekehrt entspricht es ständiger Rechtsprechung des VfGH, dass der Gesetzgeber bei der Ausführung von Unionsrecht jedenfalls insoweit an „bundesverfassungsrechtliche Vorgaben gebunden bleibt, als eine Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch diese nicht inhibiert wird“.<sup>22</sup> In einem spektakulären Erkenntnis aus dem Jahre 2003 hat der VfGH

dargelegt, dass dieser Grundsatz der „doppelten Bindung“<sup>23</sup> des Gesetzgebers auch in Bezug auf die Kompetenzverteilung zum Tragen kommt.

Konkret ging es dabei um eine Regelung in der GewO, die in Umsetzung der IPPC-Richtlinie vorschrieb, dass bei der Genehmigung von Betriebsanlagen „Energie effizient verwendet wird“. Das Problem ist nun, dass die „Energieeffizienz“ eine „Querschnittsmaterie“ darstellt: Als umweltpolitische Maßnahme ist sie Bundes-sache,<sup>24</sup> unter dem Aspekt eines wirtschaftlichen Einsatzes von Energie hingegen Landeskompetenz.<sup>25</sup> Der VfGH erachtete eine undifferenzierte Regelung über den effizienten Einsatz von Energie in der GewO als verfassungswidrig. Denn die Frage nach der innerstaatlichen Gesetzgebungszuständigkeit bestimme „sich ausschließlich auf Grund der nationalen Verfassungsrechtsordnung, in Österreich speziell der Kompetenztatbestände gemäß Art 10 bis 15 B-VG, ohne dass diese durch oder zum Zweck der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht (nunmehr Unionsrecht; Anm.) verändert wären“ – erscheint es doch für den VfGH „schlechterdings ausgeschlossen, dass die verfassungsrechtlichen Vorschriften über die Kompetenzverteilung die Umsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen [nunmehr unionsrechtlichen] Norm [...] durch den einfachen Gesetzgeber inhibieren“.<sup>26</sup>

Diese Auffassung ist im Hinblick auf Richtlinien zu „Querschnittsmaterien“ durchaus nachvollziehbar, weil sich diese grundsätzlich im Wege eines (wenngleich mitunter schwierigen) Zu-

<sup>18</sup> So LIENBACHER, Europäisches Abfallrecht 10, in Bezug auf die abfallrechtliche Bedarfskompetenz in Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG.

<sup>19</sup> RV BlgNR 18. GP, 4.

<sup>20</sup> RV 1546 BlgNR 18. GP, 6.

<sup>21</sup> VfSlg 20209/2018.

<sup>22</sup> Z.B. VfSlg 15106/1998, ebenso VfSlg 17022/2003 m.w.N.

<sup>23</sup> Dazu ÖHLINGER, POTACS, EU-Recht 131f. m.w.N.

<sup>24</sup> Siehe dazu die nunmehrige Regelung in § 77a Abs. 1 Z. 1 GewO, wonach im Genehmigungsbescheid „alle geeigneten Vorsorgemaßnahmen gegen Umweltverschmutzungen“ zu treffen sind, insbes. auch „durch die effiziente Verwendung von Energie“.

<sup>25</sup> Nach MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung 145, besteht sogar Grund zur Annahme, die Angelegenheit könne in die Nähe einer „Weder-Noch-Materie“ gerückt werden.

<sup>26</sup> VfSlg 17022/2003.

sammenwirkens der Bundes- und Landesgesetzgeber umsetzen lassen. Problematischer ist die Sache allerdings in Bezug auf (freilich seltene) „Weder-Noch-Materien“ oder Regelungen, wo das EU-Recht eine zentralisierte Umsetzung im Bereich von Landeskompetenzen fordert. Als Beispiel darf hier auf die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL verwiesen werden, in der die Einrichtung einer „einzigen Regulierungsbehörde“<sup>27</sup> pro Mitgliedstaat gefordert wird. Das Problem mit dieser Bestimmung besteht für Österreich nun darin, dass das „Elektrizitätswesen“ eine Angelegenheit des Art. 12 B-VG ist, wo der Bund nur eine Grundsatzgesetzgebung besitzt, mit der sich aber keine Regulierungsbehörde einrichten lässt. Nach Meinung des VfGH bedarf es auch in einem solchen Fall „des Tätigwerdens des Verfassungsgesetzgebers“<sup>28</sup> was im Hinblick auf die Einrichtung der E-Control auch geschehen ist.<sup>29</sup>

Doch sei im Hinblick auf die erwähnten Erläuterungen zum EU-Beitritts-BVG die Frage gestattet, ob von Verfassungs wegen für derartige Fälle (ebenso wie im Übrigen auch bei „Weder-Noch-Materien“) nicht auch eine andere Lösung vorstellbar gewesen wäre – liegt doch auch hier ganz ohne Zweifel ein „Widerspruch“ der Verfassung zum Unionsrecht vor, dessen Übernahme ohne Verfassungsänderung durch das EU-Beitritts-BVG aber ermöglicht werden soll. Frei-

<sup>27</sup> Siehe Art. 57 Abs. 1 RL 2019/944/EU (ABl L 158/178); davor Art. 35 Abs. 1 RL 2009/72/EG (ABl L 211/80). In Art. 23 Abs. 1 der Energiebinnenmarkt-RL 2003/54/EG (ABl L 176/49) war noch davon die Rede, „eine oder mehrere zuständige Stellen mit der Aufgabe als Regulierungsbehörde zu betrauen“.

<sup>28</sup> So der VfGH in VfSlg 17022/2003 in Bezug auf den Fall, dass „die IPPC-Richtlinie – wie im Verfahren und insb. in der mündlichen Verhandlung mit Blick auf die Erwägungsgründe 16 und 17 sowie Art. 6 und 7 der IPPC-Richtlinie erwogen wurde – die Einführung eines einheitlichen Verfahrens verlangen sollte, das von einer Behörde durchzuführen sein sollte“.

<sup>29</sup> Siehe die Verfassungsbestimmung in § 1 Energie-Control-Gesetz.

lich besagt eine „Öffnung“ der Verfassung gegenüber Unionsrecht nur, dass der einfache Gesetzgeber tätig werden darf. Sie sagt für sich genommen noch nichts darüber aus, ob dies der Bundes- oder Landesgesetzgeber zu sein hat. Eine Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers könnte bei den in Rede stehenden Fällen auf Grund des unionsrechtlichen „Äquivalenzgrundsatzes“<sup>30</sup> überlegt werden, weil die Richtlinien eine bundeseinheitliche Umsetzung verlangen. Allerdings soll diese Gedankenführung hier auch nicht weiter vertieft werden, weil die vom VfGH getroffene Lösung für solche Fälle („Tätigwerden des Verfassungsgesetzgebers“) jedenfalls vertretbar erscheint und sich überdies als herrschende Auffassung<sup>31</sup> etabliert hat.

## IV. Verfassungsentwicklung

### A. Allgemeines

Freilich stellen Fälle, die im Sinne der Rechtsprechung des VfGH ein „Tätigwerden des Verfassungsgesetzgebers“ zur Umsetzung einer Richtlinie zwingend notwendig machen, die Ausnahme dar. Dagegen ist eine Umsetzung von Richtlinien sowohl durch die Bundes- als auch durch die Landesgesetzgebung häufig erforderlich, weil Richtlinien, wie schon erwähnt, vielfach „Querschnittsmaterien“ betreffen. Damit geht ein gewisses Koordinierungsbedürfnis einher, für das die Verfassung mit den in Art. 15a B-VG geregelten Vereinbarungen an sich ein Instrumentarium zur Verfügung stellen würde. Bemerkenswerterweise wurde davon zur Richtlinienumsetzung, soweit ersichtlich, nur einmal mit der Grundversorgungsvereinbarung<sup>32</sup> Ge-

<sup>30</sup> Dazu ÖHLINGER, POTACS, EU-Recht 120f m.w.N.

<sup>31</sup> Siehe z.B. RANACHER, Durchführung von EU-Recht 274; MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung 146; HOLOUBEK, Doppelte Bindung 607; ÖHLINGER, POTACS, EU-Recht 127.

<sup>32</sup> Dazu RANACHER, Durchführung von EU-Recht 278.

brauch gemacht, die mittlerweile aber auch schon ausgelaufen ist. Als Plattform für eine Koordination aller auf Bundes- und Landesebene anstehenden Umsetzungsaktivitäten dient allerdings seit dem Jahr 2003 eine sogenannte Umsetzungskommission, die auf Initiative des Bundeskanzleramtes auf Beamtenebene eingerichtet wurde.<sup>33</sup> Vor allem aber wurde im Hinblick auf die Umsetzung von EU-Recht auch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung der Verfassung mehrfach geändert, was ich nun im Überblick darstellen möchte.

## B. Umweltverträglichkeitsprüfung

Bereits vor dem EU-Beitritt im Jahre 1993 wurden mit Blick auf die UVP-Richtlinie<sup>34</sup> in Art. 10<sup>35</sup> und Art. 11<sup>36</sup> B-VG Kompetenztatbestände für die „Umweltverträglichkeitsprüfung“ eingefügt.<sup>37</sup> Diese Neuregelungen waren notwendig geworden, weil die davor in Geltung gestandene Kompetenzrechtslage der mit der UVP bezweckten Genehmigungskonzentration im Wege stand.<sup>38</sup> Im Ergebnis war mit diesen Regelungen freilich eine Stärkung der Bundeskompetenz verbunden, weil damit die verfassungsrechtlichen Grundlagen für eine bundesgesetzliche Regelung der UVP-Verfahren einschließlich der im Zuge solcher Verfahren erfolgten Genehmigungen geschaffen wurden.

## C. Wahlen und Bürgerinitiativen

Anlässlich des Beitrittes zur EU wurde Ende 1994 durch Einfügung eines entsprechenden Kompetenztatbestandes in Art. 10 B-VG der

Bund in Gesetzgebung und Vollziehung für die „Wahlen zum Europäischen Parlament“ zuständig gemacht.<sup>39</sup> Die Schaffung dieses Kompetenztatbestandes wurde notwendig, weil diese Wahlen nach dem System der Kompetenzverteilung gemäß Art. 15 B-VG ansonsten in die Landeskompetenz gefallen wären, was aber kein wirklich befriedigendes Ergebnis dargestellt hätte.<sup>40</sup> Viele Jahre später wurde dieser Kompetenztatbestand um einen weiteren für „Europäische Bürgerinitiativen“ ergänzt<sup>41</sup>, die durch den Vertrag von Lissabon unionsrechtlich eingeführt wurden.

## D. Elektrizität

Bereits im Jahre 1998 kam es zur nächsten Kompetenzverschiebung anlässlich der Umsetzung der ersten Elektrizitätsbinnenmarkt-RL<sup>42</sup> durch das EIWOG.<sup>43</sup> Nach Art. 12 B-VG hat der Bund, wie schon erwähnt, lediglich die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung im „Elektrizitätswesen“, was jedoch als unzureichend angesehen wurde. Dementsprechend wurde durch eine Verfassungsbestimmung zur Erlassung, Aufhebung und Vollziehung einer Reihe von Vorschriften des EIWOG der Bund für zuständig erklärt, wovon für die Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes wichtige Regelungen wie die Bestimmung der Systemnutzungstarife erfasst waren. Damit war eine weitere Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes verbunden, die durch spätere energierechtliche Novellen (wie etwa der erwähnten Schaffung einer zent-

<sup>33</sup> Ebd. 281; ROSNER, Europa der Regionen 303.

<sup>34</sup> Siehe AB 1142 BlgNR 18. GP, 3.

<sup>35</sup> Art. 10 Abs. 1 Z. 9, abermals geändert durch BGBl I 2004/153.

<sup>36</sup> Art. 11 Abs. 6 bis 9, abermals geändert durch BGBl I 2000/114 und BGBl I 2013/95.

<sup>37</sup> BGBl 508/1993.

<sup>38</sup> ENNÖCKL, RASCHAUER, Umweltverträglichkeitsprüfung 298.

<sup>39</sup> BGBl 1994/1013.

<sup>40</sup> In AB 58 BlgNR 19. GP, 1 heißt es daher: „Die näheren Bestimmungen über das Wahlverfahren sollen durch Bundesgesetz geregelt werden.“

<sup>41</sup> BGBl. I 12/2012.

<sup>42</sup> RL 96/92/EG (ABl L 1997/20).

<sup>43</sup> BGBl. I 143/1998.

ralen Regulierungsbehörde) noch verstärkt wurde.<sup>44</sup>

## E. Vergaberecht

Ein wichtiger Schritt wurde durch die Schaffung einer neuen Kompetenzgrundlage für das weitgehend durch Richtlinien der EU vorherbestimmte „öffentliche Auftragswesen“ (Vergaberecht) in Art. 14b B-VG im Jahre 2002 gesetzt.<sup>45</sup> Bis zu dieser Novelle war die Kompetenz zur Regelung des Vergabeverfahrens einschließlich der Einräumung subjektiver Rechte sowie des Rechtsschutzes zwischen Bund und Ländern aufgeteilt<sup>46</sup> bzw. – um es mit den Worten des VfGH zu sagen – „zersplittert“ gewesen.<sup>47</sup> Der gesamte Inhalt der Vergaberichtlinien der EU musste demnach sowohl vom Bund als auch von allen Ländern umgesetzt werden, was zweifellos eine große Herausforderung bedeutete. Durch die Novelle wurde insoweit eine „Vereinheitlichung“ vorgenommen, als nunmehr die Regelung des Verfahrens einschließlich der Einräumung subjektiver Rechte in die Bundesgesetzgebung fällt, während die gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes zum Teil Bundes- und zum Teil Landessache ist.<sup>48</sup> Das bedeutete gewiss eine Vereinfachung der Umsetzung, doch war auch damit eine weitere Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes verbunden.

## F. Netz- und Informationssicherheit

Nicht ganz unerwähnt soll schließlich bleiben, dass auch zur Umsetzung der Richtlinie zur Gewährleistung eines hohen Sicherheitsniveaus

von Netz und Informationssystemen in der EU (NIS-RL)<sup>49</sup> mit einer eigenen Verfassungsbestimmung im Netz- und InformationssystemsicherheitsG<sup>50</sup> aus dem Jahre 2018 in Gesetzgebung und Vollziehung der Bund zuständig gemacht wird. Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage handelt es sich auch dabei um eine „Querschnittsmaterie“, bei der zwar überwiegend, aber nicht in allen Punkten eine Bundeszuständigkeit gegeben ist.<sup>51</sup> Durch die neue Kompetenzbestimmung wurde den Ländern freilich auch diese eingeschränkte Kompetenz genommen.

## G. Datenschutz

Vor allem aber ist noch zu erwähnen, dass im Jahre 2019 in Art. 10 B-VG ein Kompetenztatbestand „allgemeine Angelegenheiten des Datenschutzes“ eingefügt wurde.<sup>52</sup> Auch hier war die Kompetenz bis zur Novelle zwischen Bund und Ländern geteilt,<sup>53</sup> was sich aber nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Novelle im Hinblick auf die Umsetzung der Datenschutzrichtlinie als „unzweckmäßig“ erwies, zumal der den Ländern verbliebene Gestaltungsspielraum „äußerst gering“ gewesen sei. Nunmehr wurde den Ländern auch noch dieser Gestaltungsspielraum genommen, um den Bund in die Lage zu versetzen, die DSGVO und die Datenschutzrichtlinie „einheitlich und vollständig“ durchzuführen bzw. umzusetzen.<sup>54</sup> Letztlich hat auch diese Novelle gezeigt, dass die Anforderungen des Unionsrechtes Kompetenzverschiebungen zugunsten des Bundes begünstigen.

<sup>44</sup> Siehe nunmehr die Aufzählung in § 1 EIWOG sowie § 1 Energie-Regulierungsbehördengesetz (BGBl. I 121/2000) und nunmehr § 1 Energie-ControlG.

<sup>45</sup> BGBl. I 99/2002.

<sup>46</sup> Dazu VfSlg 15286/1998.

<sup>47</sup> VfSlg 20301/2018.

<sup>48</sup> Ausführlich zur nunmehrigen Kompetenzrechtslage VfSlg 20301/2018 und dazu FRUHMANN, Regelung des Landes 151.

<sup>49</sup> RL (EU) 206/1148 (ABl L 194/1).

<sup>50</sup> § 1 BGBl. I 111/2018.

<sup>51</sup> RV 369 BlgNR 26. GP, 2.

<sup>52</sup> BGBl. I 14/2019.

<sup>53</sup> Siehe zur bisherigen Kompetenzrechtslage ausführlich JAHNEL, Datenschutzrecht Rz. 3/1ff.

<sup>54</sup> RV 301 BlgNR 26. GP, 3f.

## V. Schlussbemerkung

Es lässt sich also kaum bestreiten, dass die Europäische Integration einen spürbaren Zentralisierungsdruck auf die bundesstaatliche Kompetenzverteilung der österreichischen Verfassungsordnung ausübt. Das bringt mich zu meinen Schlussbemerkungen, die ich so formulieren möchte: Gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV achtet die EU die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten, zu der in Österreich auch der bundesstaatliche Charakter gehört. Doch gerade für die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in Österreich bedeutet die Unionsrechtsordnung eine unverkennbare Herausforderung. Verena Madner hat es auf den Punkt gebracht: Final ausgerichtete und dynamische Kompetenzen der EU korrespondieren einfach nicht mit einer relativ starren Kompetenzverteilung in Österreich,<sup>55</sup> die sich noch dazu weitgehend an Begriffsbildern des frühen 20. Jahrhunderts orientiert.

Eine umfassende Reform der Kompetenzverteilung mit Blick auf die Anforderungen der EU wird in absehbarer Zeit kaum eine Lösung bieten. Denn die Diskussion im Verfassungskonvent hat gezeigt, dass sich die Länder aus verständlichen Gründen gegen damit verbundene weitreichende Zentralisierungen sträuben.<sup>56</sup> Eher zu erwarten ist daher ein pragmatisches Vorgehen, das freilich für Österreich nicht untypisch ist und von Karl Popper als Methode des „schrittweisen Umbaus“<sup>57</sup> („piecemeal engineering“) bezeichnet wurde. Dazu gehört bis auf weiteres vor allem, die Schwierigkeiten einer unter dem Druck der Einheitlichkeit und Gleichförmigkeit stehenden Umsetzung in „Querschnittsmaterien“ zunächst einmal in Kauf zu nehmen. Durchaus möglich sind aber auf Grund der bisherigen Erfahrung weitere schrittweise Kompetenzverschiebungen zugunsten des Bun-

des, um eine einheitliche und den Anforderungen des Unionsrechts entsprechende Umsetzung zu begünstigen. Diese Kompetenzverschiebungen mögen im Einzelnen nicht spektakulär erscheinen. Es ist aber nicht auszuschließen, dass sie am Ende des Weges den Charakter der österreichischen Kompetenzverteilung doch sichtbar verändern werden.

## Korrespondenz:

Prof.Dr.Dr. Michael POTACS  
 Universität Wien  
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht  
 Schottenbastei 10-16 (Juridicum)  
 A-1010 Wien  
 michael.potacs@univie.ac.at  
 ORCID-Nr. 0000-0002-0740-1945

## Abkürzungen:

ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
EIWOG	Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz
RL	Richlinie
Rs.	Rechtssache
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
 [http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf]

## Literatur:

- Daniel ENNÖCKL, Nicolas RASCHAUER, Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), in: Daniel ENNÖCKL, Nicolas RASCHAUER, Wolfgang WESSELY (Hgg.) Handbuch Umweltrecht. Eine systematische Darstellung (Wien 2019) 296–364.
- Michael FRUHMANN, Regelung des Landes hängt von vorheriger materieller Vergaberegulierung des Bundes ab, in: Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht 4/39 (2019) 150–155.

<sup>55</sup> MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung 140.

<sup>56</sup> Ebd. 151.

<sup>57</sup> POPPER, Offene Gesellschaft 214.



- Anna GAMPER, Bundesstaatsblindheit, in: Konrad LACHMAYER, Lukas BAUER (Hgg.), Praxiswörterbuch Europarecht (Wien 2008) 148.
- Michael HOLOUBEK, Doppelte Bindung und Richtlinienumsetzung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 73 (2018) 603–619.
- Dietmar JAHNEL, Handbuch Datenschutzrecht (Wien 2010).
- Georg LIENBACHER, Europäisches Abfallrecht und Gesetzgebungskompetenz der Länder, in: Michael POTACS, Paolo RONDO-BROVETTOUA (Hgg.), Beiträge zur Abfallwirtschaft in Kärnten. Rechtliche und ökonomische Aspekte (Wien 2002) 1–17.
- Verena MADNER, Staatliche Kompetenzverteilung und Gemeinschaftsrecht, in: Stefan GRILLER u.a. (Hgg.), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt. Festschrift für Heinz Peter Rill zum 70. Geburtstag (Wien 2010) 137–159.
- Heinz MAYER, Gabriele KUCSKO-STADLMAYER, Karl STÖGER, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (Wien <sup>11</sup>2015).
- Theo ÖHLINGER, Harald EBERHARD, Verfassungsrecht (Wien <sup>12</sup>2019).
- DERS., Michael POTACS, EU-Recht und staatliches Recht (Wien <sup>7</sup>2020).
- Karl R. POPPER, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1: Der Zauber Platons (München<sup>6</sup> 1980).
- Christian RANACHER, Durchführung von EU-Recht (insbesondere Gemeinschaftsrecht) durch die Länder und Ersatzvornahme des Bundes, in: Waldemar HUMMER, Walter OBWEXER (Hgg.), 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs – Bilanz und Ausblick (Wien 2006) 257–295.
- Heinz Peter RILL, Die kompetenzrechtlichen Grundlagen des Vergaberechts, in: DERS., Stefan GRILLER (Hgg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (Wien 2000) 55–78.
- Andreas ROSNER, Europa der Regionen oder Aushöhlung des Föderalismus? – Mitwirkungsmöglichkeiten der Länder auf europäischer und bundesstaatlicher Ebene, in: Annegret EPPLER, Andreas MAURER (Hgg.), Europapolitische Koordination in Österreich. Inter- und intrainstitutionelle Regelwerke, Funktionen und Dynamiken (Innsbruck 2019) 287–305.
- Ewald WIEDERIN, Anmerkungen zur Versteinierungstheorie, in: Herbert HALLER, Günther WINKLER (Hgg.), Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler (Wien 1997) 1231–1272.

Sebastian SCHMID, Salzburg

# Reformpläne und -versuche seit dem Österreich-Konvent

## *Reform plans and attempts at reform since the 'Austria Convention'*

*This paper discusses plans and attempts to reform the existing distribution of competences between the Austrian federal state and the Länder over the past 20 years. The Austrian Constitutional Convention held its meetings from 2003–2005. It resulted in a proposal for a new Austrian Constitution; however, very little of the comprehensive reform project has been implemented so far. With regard to the distribution of competences, current reforms seem to be the outcome of day-to-day-policy lacking an overall approach. The elimination of Art. 12 from the Federal Constitution (framework legislation), the transfer of the responsibility for the implementation of laws from the federal state to the Länder, and a new procedure to consensually share legislative powers ('consensus legislation') are part of the discussion.*

**Keywords:** consensus legislation – distribution of competences – framework legislation

## I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag behandelt Pläne und Versuche für Kompetenzreformen in den letzten 15 bis 20 Jahren. Spielt man die Geschehnisse in diesem Zeitraum im Zeitraffer ab, zeigt sich folgende Entwicklung: Mit der Einsetzung des Österreich-Konvents (2003 bis 2005) kam es zu einer gemeinsamen Kraftanstrengung der Fachöffentlichkeit, die auch auf eine umfassende Reform der Kompetenzordnung abzielte.<sup>1</sup> Ab 2007 tagte eine Expertengruppe beim Bundeskanzleramt, die 2008 einen Entwurf zur Reform des Bundesstaates vorlegte.<sup>2</sup> Sichtbarstes Ergebnis all dieser Bemühungen war die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2014. Der angekündigte<sup>3</sup>

große Staatsumbau blieb aus, zu relevanten Änderungen der Kompetenzordnung kam es nicht. Danach ist der Ruf nach einer umfassenden Kompetenzreform verhallt. Die Pläne zur Einführung eines Drei-Säulen-Modells und zur Neuformulierung der Kompetenztatbestände<sup>4</sup> wurden schubladisiert. Seither vorgenommene Änderungen an der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung betrafen einzelne konkrete Reformvorhaben.<sup>5</sup> Die teilweise Abschaffung der

---

Kompetenztatbestände“ (240) oder eine „umfassende Staats- und Verwaltungsreform“ im Regierungsprogramm der 26. GP (13).

<sup>4</sup> Siehe 168/ME BlgNR 23. GP, 1 und die Stellungnahme zu einer Kompetenzverteilung nach dem „Drei-Säulen-Modell“ von Ewald WIEDERIN im Österreich-Konvent (94/AVORL-K).

<sup>5</sup> Verschiebung der Tierschutzkompetenz von Art. 15 Abs. 1 B-VG zu Art. 11 Abs. 1 Z. 8 B-VG (BGBl. I 2004/118); Beseitigung der Kompetenzdeckungsklausel im Zivildienstgesetz und Einfügung eines Kompetenztatbestands „Zivildienst“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 15 B-VG (BGBl. I 2005/106); Einfügung eines neuen Kompetenztatbestands „Europäische Bürgerinitiativen“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 1a B-VG (BGBl. I 2012/12);

<sup>1</sup> Siehe [www.konvent.gv.at](http://www.konvent.gv.at) (20. 9. 2021).

<sup>2</sup> 168/ME BlgNR 23. GP, 1.

<sup>3</sup> Es hat sich etabliert, dass Regierungsprogramme die Kompetenzverteilung als Reformobjekt benennen und Änderungen ankündigen, etwa im Regierungsprogramm für die 23. GP die Einführung des Drei-Säulen-Modells (24), in jenem der 24. GP die „[z]eitgemäße Beschreibung und Abgrenzung der einzelnen

wechselseitigen Zustimmungsrechte zwischen Bund und Ländern<sup>6</sup> und die Neuordnung der Behörden im Bildungsbereich<sup>7</sup> sind Beispiele dafür. Ein diesen Reformschritten übergeordneter Plan ist nicht erkennbar.

Zuletzt haben sich weitere überschaubare Kompetenzbereiche herauskristallisiert, in denen Reformbestrebungen erfolgversprechend scheinen. Dies betrifft zunächst die Abschaffung von

---

Zusammenfassung der auf verschiedene Gesetze verstreuten verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen des Sozialentschädigungsrechts im B-VG in einem neuen Kompetenztatbestand „Sozialentschädigungsrecht“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG (BGBl. I 2013/59); Einfügung eines neuen Kompetenztatbestands „Ausbildungspflicht Jugendlicher“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG (BGBl. I 2016/62); Klarstellung, dass Universitätsangelegenheiten nicht mehr von der Generalklausel des Art. 14 Abs. 1 B-VG erfasst sind (BGBl. I 2017/138); Verschiebung des Kompetenztatbestands „Schutz der Pflanzen gegen Krankheiten und Schädlinge“ von Art. 12 Abs. 1 Z. 4 B-VG zu Art. 15 Abs. 1 B-VG (BGBl. I 2019/14); Verschiebung der Kompetenztatbestände „Bodenreform, insbesondere agrarische Operationen und Wiederbesiedelung“, „natürliche Heilvorkommen“, „vom gesundheitlichen Standpunkt aus an Kurorte sowie Kuranstalten und Kureinrichtungen zu stellende Anforderungen“ und „Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge“ von Art. 12 B-VG zu Art. 15 Abs. 1 B-VG (BGBl. I 2019/14); Verschiebung des Kompetenztatbestands „Arbeiterrecht sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz, soweit es sich um land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt“ von Art. 12 Abs. 1 Z. 6 B-VG zu Art. 11 Abs. 1 Z. 9 B-VG (BGBl. I 2019/14); Verschiebung des Kompetenztatbestands „öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten“ von Art. 12 Abs. 1 Z. 2 B-VG zu Art. 10 Abs. 1 Z. 6 B-VG (BGBl. I 2019/14); Verschiebung des Kompetenztatbestands „Bevölkerungspolitik, soweit sie nicht unter Art. 10 fällt“ von Art. 12 Abs. 1 Z. 1 B-VG zu Art. 10 Abs. 1 Z. 17 B-VG (BGBl. I 2019/14); Einfügung einer umfassenden Datenschutzkompetenz des Bundes in Art. 10 Abs. 1 Z. 13 B-VG anstelle der Länderkompetenz gem. Art. 15 Abs. 1 B-VG hinsichtlich manueller Daten (BGBl. I 2019/14).

<sup>6</sup> BGBl. I 2019/14.

<sup>7</sup> BGBl. I 2017/138.

Art. 12 B-VG, mit der bereits begonnen wurde.<sup>8</sup> Bei den Vollziehungskompetenzen ist eine Verschiebung vom Bund zu den Ländern im Gespräch.<sup>9</sup> Daneben ist es auch zur Einführung eines neuen Kompetenzmodells gekommen, welches ein konsensuales Vorgehen von Bund und Ländern verlangt.

## II. Abschaffung Art. 12 B-VG

Durch BGBl. I 2019/14 wurde mit der „Entflechtung“<sup>10</sup> der Kompetenztatbestände in Art. 12 Abs. 1 B-VG begonnen. Gemeint ist damit die Aufteilung der darin genannten Tatbestände in die alleinige Gesetzgebungskompetenz des Bundes oder der Länder und langfristig die Abschaffung des Kompetenztyps. Dass der Reformhebel an dieser Stelle angesetzt wurde, ist nicht überraschend, wurde einer geteilten Gesetzgebung doch schon seit ihrer Einführung Zweifel entgegen gebracht.<sup>11</sup> Die aus Sicht von Reformbestrebungen relevante Frage ist daher, aufgrund welcher Überlegungen sich dieser Kompetenztypus einst etablierte und ob diese Beweggründe heute auch noch ihre Berechtigung haben.

Bemerkenswert ist zunächst, dass die seinerzeitige Einführung der Rahmengesetzgebung nicht

---

<sup>8</sup> Siehe Fn. 5.

<sup>9</sup> Siehe etwa ÖHLINGER, Bundesstaatsreform 9.

<sup>10</sup> So RV 301 BlgNR 26. GP, 1.

<sup>11</sup> In den Debatten im Abgeordnetenhaus und im Herrenhaus, abgedruckt in: Die neue Gesetzgebung Österreichs, 2, 103ff., wurde insbes. die Unbestimmtheit des Begriffs „Grundsätze“ bemängelt und die Sorge geäußert, dass die Ausführungsgesetzgebung den Ländern in den betroffenen Materien nur eine schwache Position gegenüber der Zentralgewalt einräume, vgl. auch WEYR, Rahmengesetze 52 (Die Rahmengesetzgebung und die Teilung der gesetzgebenden Kompetenzen bezüglich ein und derselben Materie stellen „im allgemeinen und vom legislativ-technischen Standpunkte im besonderen nicht Wünschenswertes“ dar) und 56 („unnatürliche Zerreißung einer einheitlichen Materie“).

als bewusste Entscheidung erscheint, sondern eher als zufällige Entwicklung. Etwas versteckt zwischen den übrigen Kompetenztatbeständen sollte nach dem Oktoberdiplom 1860<sup>12</sup> die Gesetzgebung „über die Grundsätze des Zettelbankwesens“ und jene „in Betreff der Grundsätze des Post-, Telegraphen- und Eisenbahnwesens“ unter Mitwirkung des Reichsrats erfolgen (Pkt. II). Auch das Grundgesetz über die Reichsvertretung 1861 wies die Gesetzgebung über die „Grundsätze des Post-, Eisenbahn- und Telegraphenwesens“ dem Reichsrat zu.<sup>13</sup> Über die Bedeutung dieser Vorschriften und ihre Handhabung ist wenig bekannt. Dass damit jedenfalls kein fertiges Konzept in die Rechtsordnung eingeführt wurde, welches sich als Kompetenzverteilungsmechanismus in der Praxis etablierte, zeigt die Diskussion, die 1867 vor der Änderung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung<sup>14</sup> im Abgeordnetenhaus geführt wurde.<sup>15</sup> Geplant war damals unter anderem eine Erweiterung der Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung.<sup>16</sup> Die darüber geführte Debatte zeigt den Kenntnisstand und damit die ganze Ahnungslo-

sigkeit unter den Abgeordneten über die Bedeutung einer Gesetzgebung in den Grundsätzen, augenscheinlich belegt durch die Wortmeldung des Abgeordneten Eugen Megerle von Mühlfeld: „Es ist mir merkwürdig vorgekommen, daß von der Feststellung der Grundsätze nur in einem Punkte [...] gesprochen wird; überall sonst fehlt eine derartige Beschränkung. Ich habe mir allerdings vorgestellt, was die Folge dessen sei, und mir scheint, es ist ein ganz richtiger Schluß: überall, wo nicht eine solche Beschränkung bestimmt wird, sind die bezüglichen Angelegenheiten und Gegenstände vollständig im Allgemeinen sowohl als im Besonderen, im Principe sowohl als in der Ausführung Reichssache.“<sup>17</sup>

Dieses schrittweise Herantasten zu einer zwischen Reich und Ländern geteilten Gesetzgebung lässt die dahinterstehenden Motive verschwimmen. Im politischen Diskurs wurde vor allem von der Zentralgewalt ins Treffen geführt, dass so die Verschiedenheiten der Länder berücksichtigt werden könnten.<sup>18</sup> Franz Weyr trat dem in seiner 1913 veröffentlichten umfassenden Studie zur Rahmengesetzgebung entgegen und sah die eigentliche Absicht darin, „das österreichische Recht möglichst zu unifizieren“.<sup>19</sup> Vor dem historischen Hintergrund sind derartige Bestrebungen der Zentralgewalt nicht verwunderlich, war die Monarchie doch zusehends mit einem anti-gravitierenden Potential in den Ländern konfrontiert. Einheit des Reichs durch Einheit des Rechts war hier ein naheliegender Gedanke.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> RGBl. 1860/226; siehe dazu den Beitrag von Thomas SIMON in diesem Band.

<sup>13</sup> § 10 lit. B, I. Beilage zu RGBl. 1861/20 (Februar-Patent 1861).

<sup>14</sup> Gesetz vom 21. 12. 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. 2. 1861 abgeändert wird, RGBl. 1867/141.

<sup>15</sup> Auch Franz WEYR stellte in seiner 1913 erschienenen Studie zur Rahmengesetzgebung im Hinblick auf die „Praxis sowie ihre Motive“ in der Monarchie fest, dass man „einen einheitlichen Standpunkt, d.h. eine feststehende Rechtsüberzeugung [...] schwer konstatieren“ wird können. „Man findet vielmehr ein fortwährendes Tasten und Schwanken, ein verschleiern der eigentlichen Motive, durch allerlei juristische Argumentationen recht oder schlecht gestützt“, WEYR, Rahmengesetze 52.

<sup>16</sup> § 11 lit. b („allgemeine Bestimmungen in Bezug auf Vorspannleistungen, Verpflegung und Einquartierung des Heeres“), lit. i („Feststellung der Grundsätze des Unterrichtswesens bezüglich der Volksschulen und Gymnasien“) und lit. l („Grundsätze der Organisation der Gerichts- und Verwaltungsbehörden“).

<sup>17</sup> Abgedruckt in: Die neue Gesetzgebung Österreichs, 2, 135.

<sup>18</sup> Siehe z.B. 43 BlgHH 6. GP 9. Session 1880, 31 (zum Gesetzentwurf, betreffend, die grundsätzlichen Bestimmungen über die Commassation landwirtschaftlicher Grundstücke): Durch die geteilte Gesetzgebung werde „den speciellen Verhältnissen der einzelnen Länder volle Rechnung getragen“.

<sup>19</sup> WEYR, Rahmengesetze 74, zuvor bereits 57.

<sup>20</sup> Vgl. etwa die Wortmeldung des Abgeordneten HERRMANN in der Debatte zu § 11 lit. l GG über die

Für den Ausbau<sup>21</sup> der geteilten Gesetzgebung gab es noch einen weiteren Grund. Diese Form der Kompetenzverteilung erwies sich nämlich als taugliche Kompromissvariante für die Aufteilung politisch umstrittener Angelegenheiten. Musterbeispiel dafür ist die Schulgesetzgebung, die nach § 11 lit. I GG-RV 1867 in den Grundsätzen dem Reich und ansonsten den Ländern zukommen sollte.<sup>22</sup> Über keine andere Bestimmung dieses Gesetzes wurde im Abgeordneten- und im Herrenhaus mehr diskutiert.<sup>23</sup> Wenn die Zuteilung einer Materie zum einen oder zum anderen Gesetzgeber politisch nicht möglich war, wurde sie eben „auf dem in Österreich überhaupt sehr beliebten Kompromisswege“<sup>24</sup> auf beide aufgeteilt.

Trotz Verwirrung und Kritik wurde die Grundsatzgesetzgebung in das B-VG 1920 übernommen.<sup>25</sup> Zeitdruck<sup>26</sup> und der Wunsch nach materieller Kontinuität der (Verfassungs-) Rechtsordnung<sup>27</sup> waren wohl die ausschlaggebenden Faktoren für die Überleitung dieses Kompetenztyps in das B-VG 1920. Obwohl die seinerzeitigen Zweifel über die Abgrenzung von Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung im-

mer noch bestanden,<sup>28</sup> fand eine klärende Debatte in den Vorberatungen zum B-VG 1920 nicht statt.<sup>29</sup> Jedenfalls im Hinblick auf die Übernahme dieses Kompetenztyps in die neue Verfassungsrechtsordnung schien daher ein „Maximum an Konsens“ zu bestehen.<sup>30</sup>

Ganz anders sah es bei der Diskussion über die zukünftigen Inhalte des Art. 12 B-VG aus. Hier weichen die verschiedenen Vorentwürfe beträchtlich voneinander ab und wie die Kompetenzverteilung überhaupt wurde auch die Zuordnung von Angelegenheiten zu Art. 12 B-VG intensiv diskutiert.<sup>31</sup> Betroffen waren insbes. das Schul-, Wasserrechts- und Elektrizitätswesen sowie die Bodenreform. Die Bruchlinien verliefen dabei zwischen Bund und Ländern und zwischen den Parteien. Die Tendenz war dabei, dass anfänglich zahlreiche Materien Art. 12 B-VG zugewiesen,<sup>32</sup> im Laufe der Verhandlungen aber etliche dieser Angelegenheiten in die ausschließliche Kompetenz des Bundes überführt wurden.<sup>33</sup> Diese Entwicklung setzte sich fort, indem in den folgenden Jahrzehnten Angelegenheiten, die nach dem B-VG 1920 noch Art. 12 zugeordnet waren, teilweise den Ländern und teilweise

---

Reichsvertretung (abgedruckt in *Die neue Gesetzgebung Österreichs*, 2, 189): „Wer also einen Staat will, der soll auch anerkennen, daß Einheit des Rechts eine Nothwendigkeit sei.“ Ähnlich auch die Wortmeldung des Mitglieds des Herrenhauses HARTIG (252).

<sup>21</sup> Ungeachtet einer verfassungsrechtlichen Grundlegung etablierte sich in der Monarchie eine Praxis der Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung auch in anderen Materien; vgl. WELAN, *Grundsatzgesetzgebung* 14.

<sup>22</sup> Siehe heute noch Art. 14 Abs. 2 B-VG.

<sup>23</sup> Vgl. *Die neue Gesetzgebung Österreichs*, 2, 182ff., 245ff., 300ff. Zur Entwicklung und den historischen Umständen im Bereich der Bildungs- und Unterrichtspolitik siehe OSTERKAMP, *Vielfalt ordnen* 273ff.

<sup>24</sup> WEYR, *Rahmengesetze* 60.

<sup>25</sup> Vgl. KELSEN, FROELICH, MERKL, *Bundesverfassung* 80.

<sup>26</sup> WELAN, *Grundsatzgesetzgebung* 15.

<sup>27</sup> Vgl. KELSEN, *Staatsrecht* 161.

---

<sup>28</sup> Dies geht aus den Vorberatungen zur Kompetenzverteilung hervor; vgl. ERMACORA, *Entstehung* 161 und 177.

<sup>29</sup> ERMACORA, *Quellen* 288f.; WALTER, *Bundesverfassungsrecht* 204 (Fn. 104). Bereits dem an alle deutsch-österreichischen Staatsämter, den Staatsrechnungshof und die Statistische Zentralkommission gerichteten Schreiben der Staatskanzlei vom 16. 10. 1919 (abgedruckt in ERMACORA, *Entstehung* 4ff.) wurde ein „Schema“ angehängt, das die Grundsatzgesetzgebung als Kompetenztyp vorsah. Einwände dagegen wurden in den Antwortschreiben nicht formuliert.

<sup>30</sup> WELAN, *Grundsatzgesetzgebung* 19.

<sup>31</sup> Siehe die Zusammenfassung ebd. 19ff.

<sup>32</sup> Siehe z.B. die auf Grundlage der Befragung der Staatsämter erstellte Übersicht über vorgeschlagene Art. 12-Materien bei ERMACORA, *Entstehung* 124ff.

<sup>33</sup> Vgl. die Stellungnahme von Otto Ender auf der Länderkonferenz 1920 (abgedruckt in ERMACORA, *Entstehung* 191).

dem Bund übertragen wurden.<sup>34</sup> Art. 12 B-VG büßte dadurch Schritt für Schritt seine Bedeutung als Haupttyp der Kompetenzverteilung ein.<sup>35</sup>

Was kann man nun von diesen historischen Gegebenheiten für die geplante „Entflechtung“ der Kompetenztatbestände in Art. 12 B-VG lernen? Zunächst war und ist dieser Kompetenztyp ein Auffangbecken für Gesetzgebungsmaterien, für deren exklusive Zuordnung zur Zentralgewalt oder zu den Gliedstaaten sich kein politischer Konsens findet. Aus verfassungspolitischer Sicht ist daher das Vorhandensein einer solchen Third Option sinnvoll, weil so politisch umstrittene Kompetenzfragen gelöst werden können. Sobald sich allerdings eine Verfassungsmehrheit für eine restlose Aufteilung der in Art. 12 B-VG (noch) geregelten Tatbestände findet,<sup>36</sup> fällt diese Funktion weg; eine kompetenzrechtliche Kompromissvariante braucht es dann nicht mehr.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Siehe dazu die Übersicht bei WALLNÖFER, Art 12 B-VG 319.

<sup>35</sup> So WELAN, Grundsatzgesetzgebung 24.

<sup>36</sup> Der Österreich-Konvent war deshalb nicht der Ort für einen solchen Kompromiss, weil die politischen Entscheidungsträger zwar nominell Teilnehmer des Konvents waren, sich aber zum Teil zur Gänze vertreten haben lassen; vgl. KONRATH, Dann bleibt es eben so 351, und die Wortmeldung von Georg LIENBACHER am Symposium „Verfassungsrevision. Überlegungen zu aktuellen Reformbemühungen“, abgedruckt in THALER, STOLZLECHNER, Verfassungsrevision 88.

<sup>37</sup> Damit sollen aber Kompetenztypen, nach denen Bund und Länder Zugriff auf eine Materie haben, nicht schlechthin abgelehnt werden. Abgesehen von der Kompromissfunktion können für ein solches Modell andere Gründe sprechen, etwa ganz einfach, dass dies in manchen Angelegenheiten die bessere Lösung ist als eine exklusive Zuordnung (z.B. bei der Bedarfsgesetzgebung im Verwaltungsverfahrensgem. Art. 11 Abs. 2 B-VG). Auch die dritte Säule im bereits angesprochenen Drei-Säulen-Modell basiert auf derartigen Überlegungen, doch sprechen einige der hier formulierten Einwände dagegen, die Grundsatzgesetzgebung, wie in Art. 12 Abs. 4 B-VG i.d.F. 168/ME BlgNR 23. GP 2 vorgeschlagen, in die dritte Säule aufzunehmen.

Die Normhistorie zeigt weiters, dass die Grundsatzgesetzgebung ihrem Ursprung nach ein Instrument zur Herstellung von Rechtseinheit war. Die Feststellung der Grundsätze durch den Reichsrat diente auch dazu, Verselbständigungstendenzen in den Ländern der Monarchie entgegenzuwirken. In gesellschaftlich wichtigen Bereichen sollte die Rechtsentwicklung von Wien aus erfolgen und eben nicht an Wien vorbei. Diese Funktion als Instrument zur Herstellung und Erhaltung staatlicher Einheit hat Art. 12 B-VG verloren. Das heutige Österreich ist mit dem Vielvölkerstaat der Monarchie nicht vergleichbar, und die Gefahr eines Auseinanderfallens des Staates besteht aktuell nicht.

Schließlich hat es sich als theoretische Annahme erwiesen, dass die Aufgaben des Bundes- und des Landesgesetzgebers bei einer geteilten Gesetzgebung funktional abgrenzbar wären. Wo die Trennlinie zwischen einer (noch) grundsätzlichen und einer (bereits) ausführenden Regelung verläuft, ist mit rationalen Argumenten kaum feststellbar. Auch musste die Vorstellung eines abgestimmten, *harmonischen Zusammenwirkens*<sup>38</sup> zweier Gesetzgebungsakte in der Realität oftmals einer Kompetenzarrogation seitens des Bundes weichen.<sup>39</sup> Unter diesen Voraussetzungen bietet aber die geteilte Gesetzgebung keine Vorteile gegenüber der exklusiven. Es bleibt eine sehr aufwändige Verdoppelung des Gesetzgebungsverfahrens ohne legislativen Mehrwert.

### III. Verschiebung von Vollziehungskompetenzen zu den Ländern

Das in der Kompetenzverteilung des B-VG angelegte Übergewicht des Bundes gegenüber den Ländern ist bekannt und als „Problemlage“

<sup>38</sup> 43 BlgHH 6. GP 9. Session 1880, 31.

<sup>39</sup> Siehe SCHROEDER, WEBER, Kompetenzrechtsreform 24; WALLNÖFER, Wert und Unwert 293f.

identifiziert.<sup>40</sup> Beachtlich ist, dass zum Ausgleich dieser Disbalance kaum eine Verschiebung von Gesetzgebungskompetenzen vom Bund zu den Ländern gefordert wird. Damit verbleibt als Handlungsfeld für eine kompetenzrechtliche Stärkung der Länder vor allem<sup>41</sup> die Vollziehung. Konkret geht es um Varianten, bei denen die Gesetzgebung, wie derzeit schon, beim Bund konzentriert ist und die Länder zur Vollziehung dieser Gesetze zuständig sind.

Am umfassendsten werden diese Modelle durch die Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung und eine Zuordnung der betroffenen Vollziehungszuständigkeiten zu Art. 11 B-VG verwirklicht. Die Vorarbeiten dafür lieferte die Strukturreformkommission, deren Sitzungen zwischen 21. Juni 1989 und 20. Dezember 1990 stattfanden.<sup>42</sup> Eine politische Einigung enthielt das Perchtoldsdorfer Paktum von 1992. Es folgten vom Bund und von der Landeshauptleutekonferenz erstellte Entwürfe einer Novelle zum B-VG, die eine (weitgehende) Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung enthielten, ein Ministerialentwurf,<sup>43</sup> eine zustimmende Erklärung von Seiten der Landeshauptleutekonferenz am 10. März 1996 und eine Aufnahme in das Regierungsprogramm der österreichischen Bundesregierung für die 22. Gesetzgebungsperiode.<sup>44</sup> Eine Umsetzung der Reform erfolgte dennoch nicht, und nicht zum ersten Mal wurde ein fertig ausgearbeitetes Reformvorhaben im politi-

schen Entscheidungsprozess begraben.<sup>45</sup> Wenig überraschend wurden in der Folge im Österreich-Konvent entsprechende Überlegungen im zuständigen Ausschuss 6 – wiederum mit Zustimmung der Landeshauptleute – früh unterbunden, weil nunmehr ein Konsens über die Beibehaltung der mittelbaren Bundesverwaltung erzielt wurde.<sup>46</sup>

Da somit die Debatte um die Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung, derzeit jedenfalls, zu Ende ist, bleibt für die angedachte Verschiebung von Vollziehungskompetenzen vom Bund zu den Ländern nicht viel übrig. Es geht um bestimmte Aufgaben einzelner Bundesbehörden, etwa des Bundesdenkmalamts, des Bundessozialamts oder der Wildbach- und Lawinenverbauung, die künftig in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen werden sollen.<sup>47</sup> Eine besondere wissenschaftliche Begleitung braucht es für die Verwirklichung dieser Vorhaben nicht, weil diese sich nahtlos in das für Österreich traditionelle Modell eines Vollzugsföderalismus einfügen.

#### IV. Konsensgesetzgebung

Die Mitwirkung von Bund und Ländern bei Maßnahmen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft ist von Anfang an Bestandteil der Kompetenzverteilung im B-VG.<sup>48</sup> Dabei stellt das Zusammenwirken von Gesamtstaat und

<sup>40</sup> Vgl. WEBER, Reform 929.

<sup>41</sup> Eine weitere Möglichkeit wäre die verstärkte Einbeziehung der Länder in die Bundesgesetzgebung, etwa durch eine Aufwertung des Bundesrats.

<sup>42</sup> Siehe die Empfehlung im Schlussbericht der Strukturreformkommission, wonach die Auflassung der mittelbaren Bundesverwaltung und Überführung der betreffenden Materien in die Kompetenztypen des Art. 11 B-VG *besonders empfohlen* werde (abgedruckt in BKA/VD, Neuordnung 531); vgl. auch SCHÄFFER, Kompetenzverteilungssysteme 283f.

<sup>43</sup> 388/ME BlgNR 18. GP, 1.

<sup>44</sup> Dazu TAUBER, Bundesstaatsreform 707ff. und EB 388/ME BlgNR 18. GP, 1ff.

<sup>45</sup> Hauptgrund dafür mag gewesen sein, dass SPÖ und ÖVP bei den Nationalratswahlen 1994 die Verfassungsmehrheit verloren haben. Auch wird gemutmaßt, dass der mit einer Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung einhergehende Machtverlust für die Landeshauptleute ein Grund für das Scheitern der Reform gewesen ist.

<sup>46</sup> Bericht des Ausschusses 6 Reform der Verwaltung vom 23. 3. 2004 (6/AUB-K) 12; siehe auch KONRATH, Dann bleibt es eben so 359.

<sup>47</sup> Siehe z.B. das Regierungsprogramm für die 26. GP, 17.

<sup>48</sup> Vgl. JABLONER, Mitwirkung 34ff.

Gliedstaaten bei der Bundesgesetzgebung in einem Bundesstaat den Normalfall dar und erfolgt durch die beiden Parlamentskammern. Dass in Österreich daneben dennoch Raum für andere, die Zustimmung der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft vorschreibende Formen der Gesetzgebung besteht, liegt daran, dass der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren nicht über effektive Einfluss- und Mitsprachemöglichkeiten verfügt. Diese schwache Stellung der Länder wird teilweise durch andere Kompetenztypen ausgeglichen, etwa durch die paktierte Gesetzgebung oder eben neuerdings durch Formen der konsensualen Gesetzgebung.

Im vorliegenden Zusammenhang geht es darum, dass Bundes- oder Landesgesetze nur mit Zustimmung der jeweils anderen Gebietskörperschaft kundgemacht werden dürfen.<sup>49</sup> In den letzten Jahren sind hier gegenläufige Entwicklungen erkennbar: Einmal kam es zur Abschaffung derartiger Zustimmungsrechte,<sup>50</sup> mit dem Ziel, Raschheit und Effizienz zu erhöhen.<sup>51</sup> In anderen Bereichen, die ausschließlich die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung betreffen, hat sich demgegenüber ein Gesetzgebungsverfahren etabliert, das eine sehr enge Abstimmung verlangt. Ohne Konsens zwischen Bund und Ländern ist das Inkrafttreten eines Gesetzes in diesen Angelegenheiten ausgeschlossen. Angesprochen ist das Verfahren gemäß Art. 14b Abs. 4 (Vergabewesen) und Art. 113 Abs. 10 B-VG (Bildungsdirektionen). Ein erster Vorläufer dieses besonderen Gesetz-

gebungsverfahrens findet sich im B-VG 1920 und zwar in Art. 102 Abs. 4, der heute unverändert in Kraft steht. Dort ist vorgesehen, dass die Errichtung von eigenen Bundesbehörden für andere als die in Art. 102 Abs. 2 B-VG bezeichneten Angelegenheiten „nur mit Zustimmung der beteiligten Länder“ erfolgen darf. Wie es zur Aufnahme dieser Bestimmung in die Verfassung kam, ist kaum dokumentiert. Man war sich offenbar darüber im Klaren, dass ohne eine solche Vorschrift jede Schaffung neuer Bundesbehörden eine Verfassungsänderung erfordert hätte.<sup>52</sup> Dies wollte man vermeiden, gleichzeitig aber der unmittelbaren Bundesverwaltung nicht Tür und Tor öffnen. Die Lösung war eine aus Sicht des Bundes restriktive Ergänzungskompetenz, weil er auf die Zustimmung der beteiligten Länder angewiesen war.<sup>53</sup> Die Zustimmung war als interner Akt konzipiert und nicht als Gegenzeichnung, weil man die Abhängigkeit des jeweiligen Gesetzgebers von der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft „nicht allzusehr nach außen zum Ausdruck bringen wollte“.<sup>54</sup>

Diese und vergleichbare Bestimmungen<sup>55</sup> waren Vorbild für das in Art. 14b Abs. 4<sup>56</sup> und Art. 113 Abs. 10 B-VG<sup>57</sup> vorgesehene Gesetzgebungsver-

<sup>49</sup> Vgl. Art. 42a i.V.m. Art. 14b Abs. 4, Art. 94 Abs. 2, Art. 102 Abs. 4, Art. 113 Abs. 4 und 10, Art. 130 Abs. 2, Art. 131 Abs. 4 und Art. 135 Abs. 1 B-VG sowie Art. 98 i.V.m. Art. 94 Abs. 2, Art. 97 Abs. 2, Art. 113 Abs. 4, Art. 131 Abs. 5 B-VG und Art. 11 Abs. 3 Satz 3 F-VG.

<sup>50</sup> Siehe BGBl. I 2019/14.

<sup>51</sup> So RV 301 BlgNR 26. GP, 1. Das Regierungsprogramm für die 26. GP spricht i.d.Z. von „verfassungsrechtlich verankerten gegenseitigen Blockademöglichkeiten“, ebd. 17.

<sup>52</sup> Vgl. die Wortmeldung des Obmanns des Unterausschusses des Verfassungsausschusses, Otto BAUER, in der 8. Sitzung am 21. 8. 1920, abgedruckt in: ERMACORA, Quellen 331.

<sup>53</sup> Es war wohl eine bewusste Entscheidung, dass die Zustimmungskompetenz einem Landesorgan und nicht etwa dem Bundesrat eingeräumt wurde (was laut KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 218, „sehr naheliegen“ würde). Denn für den gegenteiligen Fall, dass ein Landesgesetz Bundesinteressen betraf, war in Art. 97 Abs. 2 B-VG vorgesehen, dass die Zustimmung der Bundesregierung eingeholt werden musste.

<sup>54</sup> KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 202, zu Art. 97 Abs. 2 B-VG.

<sup>55</sup> Art. 129a Abs. 2 B-VG i.d.F. BGBl. 1988/685.

<sup>56</sup> BGBl. I 2002/99.

<sup>57</sup> BGBl. I 2017/138.



fahren.<sup>58</sup> Neuartig ist daran, dass der Bund bereits bei der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs die Länder einbinden muss. Diese Mitwirkungsmöglichkeit bezieht sich auf die „Vorbereitung von Gesetzesvorhaben“ und nicht etwa (erst) auf das Begutachtungsverfahren und stellt für den Bund eine Rechtspflicht dar. Dadurch soll den Ländern Gelegenheit gegeben werden, „ihre in der Vollziehungspraxis gemachten Erfahrungen bereits im Stadium der Erarbeitung von entsprechenden Gesetzesentwürfen einzubringen“.<sup>59</sup> Dass sich der Bund an diese Kooperationsverpflichtung hält, ist insofern garantiert, als die betroffenen Bundesgesetze „nur mit Zustimmung der Länder“ kundgemacht werden dürfen.<sup>60</sup> Da eine Einschränkung auf die „beteiligten“ Länder nicht vorgesehen ist, bedarf es der Zustimmung aller Länder,<sup>61</sup> eine weitere Neuheit im österreichischen Verfassungsrecht.

Ob es sich dabei um ein zukunftsweisendes Modell für eine Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern handelt, wird in der Literatur unterschiedlich gesehen.<sup>62</sup> Die Antwort auf diese Frage muss differenziert gegeben werden. Sofern sich die getroffenen Regelungen auf Lebensbereiche beziehen, in denen die Betroffenen vor gleichen Herausforderungen stehen und gleiche Bedürfnisse haben, ist positiv, dass am Ende des Verfahrens ein Gesetz steht, das im gesamten Bundesgebiet zur Anwendung kommt. Freilich wäre das auch durch ein im regulären Gesetzgebungsverfahren erlassenes Bundesgesetz zu erreichen. Positiv ist möglich-

erweise auch, dass weder Bund noch Länder als Verlierer dastehen. Der Bund kann auf seine Gesetzgebungskompetenz verweisen und aus Sicht der Länder gleichen die frühzeitige Mitwirkungsmöglichkeit und das Zustimmungserfordernis den Kompetenzverlust auf Gesetzgebungsebene aus.

Die Kompromisstauglichkeit des Modells ist augenscheinlich, doch hat sie einen hohen Preis. Ein Entscheidungsverfahren, in dem alle mitreden und keiner überstimmt werden darf, ist behäbig und missbrauchsanfällig. Das sind keine guten Voraussetzungen für eine Staatsfunktion, der ohnedies ein Bedeutungsverlust gegenüber Verwaltung und Gerichtsbarkeit attestiert wird.<sup>63</sup> Seine Berechtigung hat dieses Modell daher nur als Kompromissvariante in traditionell kompetenzrechtlich zersplitterten Angelegenheiten und als Kooperationsmodell für Rechtsgebiete, die sowohl den Bund als auch die Länder etwas angehen.<sup>64</sup> In dieser Nische kann der Nutzen einer gemeinsamen Entscheidung die verfahrensrechtlichen Nachteile überwiegen. Damit scheint eine Brücke zur oben behandelten Grundsatzgesetzgebung geschlagen. Beide Modelle erfüllen die Funktion einer gesetzgeberischen Kompromissvariante und die Vermutung liegt nahe, dass die Abschaffung der einen mit der Einführung der anderen in Zusammenhang steht.

## V. Zusammenfassung und abschließende Bemerkungen

1. Aus rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Sicht scheint zur Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern alles gesagt. Schwächen des derzeitigen Systems wurden identifi-

<sup>58</sup> AB 1118 BlgNR 21. GP, 10; ausführlich für das öffentliche Auftragswesen KLEISER, Vergaberecht 449ff.; KLAUSHOFER, Art 14b B-VG 630ff.; für die Bildungsdirektionen STOLZLECHNER, Bildungsdirektionen.

<sup>59</sup> AB 1118 BlgNR 21. GP, 10.

<sup>60</sup> Gem. Art. 14b Abs. 5 B-VG gilt dies auch für Durchführungsverordnungen zu einem solchen Gesetz.

<sup>61</sup> AB 1118 BlgNR 21. GP, 10.

<sup>62</sup> Zustimmend BUSSJÄGER, Reform und Zukunft 6; KLEISER, Vergaberecht 457; kritisch KLAUSHOFER, Art 14b B-VG 644; MUZAK, B-VG Art. 14b B-VG Rz. 7.

<sup>63</sup> ÖHLINGER, Der Rechtsstaat 10f.

<sup>64</sup> Zu denken ist hier an Unionsrecht, dessen Umsetzung in die Zuständigkeit von Bund und Ländern fällt.

ziert,<sup>65</sup> Konzepte einer Neuordnung entworfen<sup>66</sup> und die verfahrensmäßigen Schritte zur politischen Umsetzung einer Reform vorgezeichnet.<sup>67</sup> Die Realität ist allerdings, dass Änderungen der Kompetenzverteilung in den letzten 15 bis 20 Jahren nur punktuell vorgenommen wurden. Darin kann freilich auch etwas Positives gesehen werden. Wenn staatliche Strukturen, die seit über 100 Jahren Bestand haben, geändert werden, ist Zurückhaltung nicht fehl am Platz. Es soll ja am Ende eine funktionsfähigere Ordnung der Aufgabenverteilung stehen, als es die aktuelle ist. Wenn nach Abwägung aller Varianten eine bewusste Entscheidung für die Beibehaltung der aktuellen Kompetenzordnung getroffen wird, ist dagegen nichts einzuwenden. Das ist aber aktuell nicht der Fall.

2. Im Beobachtungszeitraum sind alle Bemühungen um eine umfassende Kompetenzänderung im Sand verlaufen. Dies spricht für eine Reform in kleinen Schritten. Sollen diese zu einer substantiellen Neugestaltung führen, dann braucht es aber einen Plan, aus dem sich die übergeordneten Ziele ergeben. Bei den zuletzt vorgenommenen kompetenzrechtlichen Änderungen ist eine dahinterstehende Reformidee nicht erkennbar.

3. Gute Argumente für eine Beibehaltung von Art. 12 B-VG gibt es nicht. Es ist daher sinnvoll und erfolgversprechend, an dieser Stelle den Reformhebel anzusetzen. Eine Bundesstaatsreform hat man damit allerdings nicht herbeigeführt.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Vgl. FUNK, Leistungsmängel 101ff.; MERKL, Problem 350 („kaum überbietbare Kasuistik der Kompetenzverteilung in der österreichischen Verfassung“); PERNTHALER, Kompetenzverteilung; SCHÄFFER, Neuordnung 8f.; mit zahlreichen weiteren Verweisen WEBER, Reform 924 (Fn. 3), 929f.

<sup>66</sup> Vgl. SCHÄFFER, Neuordnung 14ff.; WEBER, Reform 934ff.; SCHROEDER, WEBER, Kompetenzrechtsreform 19ff.; Bericht Ausschuss V vom 4. 3. 2004 (5/AUB-K), abrufbar unter [www.konvent.gv.at](http://www.konvent.gv.at) (20. 9. 2021).

<sup>67</sup> Vgl. KONRATH, Dann bleibt es eben so 351ff.; LIENBACHER, Verfassungsreform 42; SCHÄFFER, Neuordnung 19ff.

<sup>68</sup> Vgl. ÖHLINGER, Bundesstaatsreform 9.

4. Nachdem umfassende Bemühungen zur Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung nicht erfolgreich waren, ist die Debatte um eine Kompetenzreform im Bereich der Vollziehung vorerst beendet. Kleine Verschiebungen vom Bund zu den Ländern würden als kosmetische Eingriffe im österreichischen Modell eines Vollzugsföderalismus aufgehen.

5. Das in Art. 14b Abs. 4 und Art. 113 Abs. 10 B-VG geregelte Modell einer Konsensgesetzgebung ist keine Weiterentwicklung des Bundesstaats und hat auch nicht das Potential, ein Haupttyp der Kompetenzverteilung zu werden. Bedenken bestehen vor allem deshalb, weil die Gefahr einer wechselseitigen, nicht auflösbaren Blockade zwischen Bund und Ländern groß ist. Für besondere Verwaltungsgebiete kann sich dieses Modell aber als eine taugliche Methode zu ihrer kompetenzrechtlichen Regelung erweisen.

6. Zum Schluss ein Appell an die politischen Entscheidungsträger: Es macht keinen Sinn, die Kompetenzverteilung ständig schlecht zu reden, Kompetenzreformen einzufordern und in regelmäßigen Abständen Konvente, Kommissionen und Expertengruppen zur Entwicklung neuer Kompetenzverteilungsmodelle einzusetzen, wenn dann der politische Konsens für die Beschlussfassung der Konzepte nicht hergestellt werden kann. Das hinterlässt Frustration, Ernüchterung und Müdigkeit bei den Beteiligten und ist eine Ressourcenverschwendung. Die relevanten politischen Entscheidungsträger müssen daher zu jedem Zeitpunkt am Reformprozess teilnehmen, sich einbringen und am Schluss zu den erzielten Ergebnissen stehen. Die Ausarbeitung von Konzepten durch Vertreter der Verwaltung und der Wissenschaft allein hat sich nicht als erfolgreich herausgestellt, weil die bestehende Kluft zur politischen Ebene selten überwunden werden kann. Dies liegt daran, dass sich das Handeln politischer Akteure zum Teil nach anderen Gesetzmäßigkeiten richtet als jenes der Legisten. Während die einen auch Machtgesichtspunkte und Wählerverhalten be-

rücksichtigen, können sich die anderen allein auf rationale Überlegungen und Zweckmäßigkeitserwägungen stützen. Reformbestrebungen haben besonders dann Aussicht auf Erfolg, wenn beide Sichtweisen vertreten sind und in ständigem Austausch stehen.

## Korrespondenz:

Univ.-Prof. Dr. Sebastian SCHMID, LL.M. (UCL)  
Paris Lodron Universität Salzburg  
Fachbereich Öffentliches Recht,  
Völker- und Europarecht  
Kapitelgasse 5-7  
5020 Salzburg  
sebastian.schmid@plus.ac.at  
ORCID-Nr. <https://orcid.org/0000-0002-4924-5856>

## Abkürzungen:

AVORL-K	Ausschussvorlage im Österreich-Konvent
AUB-K	Ausschussbericht des Österreich-Konvents
BlgHH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
EB	Erläuternde Bemerkungen
i.d.Z.	in diesem Zusammenhang
ME	Ministerialentwurf

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
[<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>]

## Literatur:

Bundeskanzleramt–Verfassungsdienst (Hg.), Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich (Strukturreformkommission) (Wien 1990).  
Peter BUSSJÄGER, Reform und Zukunft des Föderalismus – ein Konzept der Modernisierung des österreichischen Bundesstaates (Innsbruck 2002).  
Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, 2 Bde. (Wien 1868).  
Felix ERMACORA, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920) (Wien 1967).

DERS., Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Materialien und Erläuterungen. Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern. Erarbeitung und Beschlussfassung (Wien 1986).  
Bernd-Christian FUNK, Leistungsmängel der bestehenden Kompetenzverteilung, in: BKA/VD (Hg.), Neuordnung 47–138.  
Clemens JABLONER, Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Landesgesetzgebung (Wien 1989).  
Hans KELSEN, Österreichisches Staatsrecht (Tübingen 1923).  
DERS., Georg FROELICH, Adolf MERKL, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien 1922, ND Wien 2003).  
Reinhard KLAUSHOFER, Art 14b B-VG, in: ZfV 6 (2003) 630–644.  
Christoph KLEISER, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht, in: ÖJZ 58 (2003) 449–457.  
Christoph KONRATH, Dann bleibt es eben so: Föderalismus und Kompetenzverteilung als Themen des Österreich-Konvents, in: ÖZP 34 (2005) 351–365.  
Georg LIENBACHER, Verfassungsreform durch Konventsmethode?, in: JRP 13 (2005) 42–51.  
Adolf J. MERKL, Das rechtstechnische Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: ZöR 2 (1921) 336–359.  
Gerhard MUZAK, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht (Wien 2020).  
Theo ÖHLINGER, Der Rechtsstaat. Geschichte – Gegenwart – Gefährdung, in: Sebastian SCHMID u.a. (Hgg.), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (Wien 2011) 1–24.  
Theo ÖHLINGER, Weit entfernt von einer Bundesstaatsreform, in: Wiener Zeitung v. 25. 7. 2018, 9.  
Jana OSTERKAMP, Vielfalt ordnen. Das föderale Europa der Habsburgermonarchie (Vormärz bis 1918) (München 2020).  
Peter PERNTHALER, Kompetenzverteilung in der Krise (Wien 1989).  
Heinz SCHÄFFER, Bundesstaatliche Kompetenzverteilungssysteme im rechtsvergleichenden Überblick, in: BKA/VD (Hg.), Neuordnung 139–287.  
DERS., Überlegungen zur Neuordnung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: DERS., Harald STOLZLECHNER (Hgg.), Reformbestrebungen im Österreichischen Bundesstaatssystem (Wien 1993) 7–27.  
Werner SCHROEDER, Karl WEBER, Die Kompetenzrechtsreform. Aus österreichischer und europäischer Perspektive (Wien 2006).

- Harald STOLZLECHNER, Die neuen Bildungsdirektionen – besondere Behörden für ein besonderes Verwaltungsgebiet, in: ZfV (2019) 3–15.
- Robert TAUBER, Die Bundesstaatsreform – vom Perchtoldsdorfer Paktum bis heute, in: Ludwig ADAMOVICH u.a. (Hgg.), Festschrift Gerhart Holzinger (Wien 2017) 707–720.
- Michael THALER, Harald STOLZLECHNER (Hgg.), Verfassungsrevision. Überlegungen zu aktuellen Reformbemühungen (Wien 2008).
- Klaus WALLNÖFER, Bundesstaatlicher Wert und Unwert von Art 12 B-VG am Beispiel des Elektrizitätsrechts, in: Michael HOLOUBEK, Andrea MARTIN, Stephan SCHWARZER (Hgg.), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift Karl Korinek zum 70. Geburtstag (Wien–New York 2010) 287–309.
- DERS., Art 12 B-VG, in: Arno KAHL, Lamiss KHAKZADEH, Sebastian SCHMID (Hgg.), Bundesverfassungsrecht. Kommentar (Wien 2021).
- Robert WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Wien 1972).
- Karl WEBER, Möglichkeiten und Grenzen der Reform der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung vor dem Hintergrund der Bemühungen um einen Vertrag über die europäische Verfassung, in: Metin AKYÜREK u.a. (Hgg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift Heinz Schäffer (Wien 2006) 923–943.
- Manfried WELAN, Grundsatzgesetzgebung und Ausführungsgesetzgebung, in: Ernst C. HELBLING, Theo MAYER-MALY, Herbert MIEHSLER (Hgg.), Theorie und Praxis des Bundesstaates (Salzburg–München 1974) 9–60.
- Franz WEYR, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte (Leipzig–Wien 1913).

