

## 5. Bundesstaatlichkeit als Teil der nationalen Identität Österreichs

### 5.1 Einleitendes

#### 5.1.1 Österreich als Bundesstaat

Österreich ist nach Art 2 B-VG ein Bundesstaat, der sich aus neun Bundesländern zusammensetzt.<sup>693</sup> Die Bevölkerung Österreichs ist relativ homogen.<sup>694</sup> Die Einrichtung Österreichs als Bundesstaat stellte nach dem Zerfall der Monarchie einen Kompromiss zwischen zentralistischen und föderalistischen Kräften dar,<sup>695</sup> der sich bis heute darin widerspiegelt, dass Österreich zwar im Verfassungsrecht explizit als Bundesstaat bezeichnet wird, aber einen – auch im internationalen Vergleich – hohen Grad an Zentralisierung aufweist:<sup>696</sup>

Zwar liegt die Residualkompetenz nach Art 15 Abs 1 B-VG bei den Ländern, aber die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung weist große Kompetenzbereiche in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund zu.<sup>697</sup> Als zentralistischer Einschlag kann auch das System der mittelbaren Bundesverwaltung gewertet werden, das in Beschreibungen des österreichischen Bundesstaates immer wieder als besonders charakteristisch hervorgehoben wird.<sup>698</sup> Dabei vollziehen Landesbehörden Bundesrecht; sie tun dies aber – anders als etwa nach dem deutschen Modell des Exekutivföderalismus – nicht eigenverantwortlich, sondern unter Bindung an die Weisungen der obersten Bundesbehörden.<sup>699</sup> Diese haben ihre Weisungen an den Landeshauptmann zu richten, der diese an die ihm untergeordneten Landesbehörden weitergibt und insofern eine zentrale Stellung im Rahmen dieses Vollzugsmodells einnimmt.<sup>700</sup>

693 Ein Überblick über die Geschichte des Föderalismus in Österreich findet sich bspw bei *Melichar*, ZÖR 1967, 220 ff; *Weber, K.*, Kriterien 59 ff; einen Überblick über die Entwicklung des bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts bis zum Österreich-Konvent gibt *Holzinger* in FS Schäffer 277 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 289 ff.

694 *Watts*, Federal Systems 34.

695 Zum Beispiel *Sturm* in Griffiths, Handbook 46. Allgemein zur Entstehungsgeschichte des B-VG *Wiederin* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 394 ff.

696 *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 13; *Sturm* in Griffiths, Handbook 47 f; *Erk*, Federalism 17 f, 29; *Esterbauer*, System 75 qualifiziert Österreich als unitarischen Bundesstaat. Vgl weiters etwa *Ermacora*, JBl 1957, 549 f; *Melichar*, ZÖR 1967, 251; *Holzinger* in FS Schäffer 278 f; *Weber, K.* in Schambeck, Bundesstaat 41 ff; *Holzinger* in Schambeck, Bundesstaat 235 f; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 289; *Erk*, Publius 2004, 1 ff; aktuell zB *Pürgy* in Lienbacher/Pürgy, Gesetzgebungskompetenz 15 ff; mit Hinweis auf finanzwissenschaftliche Daten *Bußjäger*, Homogenität 10 ff.

697 *Watts*, Federal Systems 34.

698 *Esterbauer*, System 76; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 14; *Sturm* in Griffiths, Handbook 48 f.

699 Art 102 f B-VG.

700 Art 102 f B-VG.

Dort, wo die Länder über eigene Gesetzgebungsbefugnisse verfügen, üben die Landtage diese aus.<sup>701</sup> Dies betrifft insb auch die Landesverfassungsgesetzgebung – den Ländern kommt nach dem B-VG eine (stark) beschränkte, sog „relative Verfassungsautonomie“ zu: Landesverfassungsrecht darf der Bundesverfassung nicht widersprechen, die auch weitgehende Vorgaben für die Landesorganisation macht (Art 95 ff B-VG).<sup>702</sup>

Die Länder sind über den Bundesrat an der Gesetzgebung des Bundes beteiligt.<sup>703</sup> Im Verfahren der Bundesgesetzgebung kommt diesem allerdings nur ein suspensives Veto zu; er kann daher das Zustandekommen von Bundesgesetzen nur verzögern, nicht verhindern.<sup>704</sup> Hervorgehoben wird immer wieder,<sup>705</sup> dass dem Bundesrat seit 1984 in Fällen, in denen den Ländern durch Verfassungsgesetz Kompetenzen entzogen werden sollen, ein Zustimmungsrecht zukommt. Dieses Zustimmungs- und damit auch Vetorecht bedeutet zumindest in der Theorie eine erhebliche Aufwertung des Bundesrates; de facto wird die Zustimmung durch den Bundesrat aber nur äußerst selten versagt.<sup>706</sup>

Der österreichische Bundesstaat trägt darüber hinaus auch Züge des kooperativen Föderalismus:<sup>707</sup> Dazu zählen auf rechtlicher Ebene vor allem die Vereinbarungen nach Art 15a B-VG, mit denen Bund und Länder verbindliche Vereinbarungen – etwa über die Ausübung der ihnen jeweils zustehenden Kompetenzen – treffen können.<sup>708</sup> Auch informelle Kooperationsformen prägen den österreichischen Bundesstaat; dazu zählt insb die praktisch sehr bedeutsame, rechtlich aber nicht verankerte Landeshauptleutekonferenz.<sup>709</sup>

### 5.1.2 Art 2 B-VG als grundlegende Deklaration der Bundesstaatlichkeit

Die österreichische Bundesverfassung enthält keine Präambel oder andere feierliche Proklamationen über Ziele und Aufbau des Staates. Dennoch können Art 1 und 2 B-VG als grundlegende Festlegungen über den Aufbau des österreichischen

701 Art 95 B-VG.

702 Art 99 B-VG.

703 *Watts*, Federal Systems 34; *Esterbauer*, System 74; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 17; *Sturm* in Griffiths, Handbook 49 f; *Erk*, Federalism 20.

704 Art 42 B-VG; dazu zB *Sturm* in Griffiths, Handbook 50.

705 *Esterbauer*, System 75; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 17; *Sturm* in Griffiths, Handbook 50.

706 Vgl dazu Föderalismusdatenbank, Stand 2017, 20 (258 Zustimmungen, keine Ablehnung seit 1985) (abrufbar unter <[http://www.foederalismus.at/publikationen\\_datendbank.php](http://www.foederalismus.at/publikationen_datendbank.php)>, abgerufen am 16.08.2020). Erstmals erfolgte eine Verweigerung der Zustimmung 2019 (StenPrBR S 889 BlgBR 26. GP) zu einer geplanten Novellierung des Ökostromgesetzes (IA 505/A BlgNR 26. GP).

707 *Esterbauer*, System 78 f; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 16.

708 *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 27 ff; vgl dazu auch AB 991 BlgKNV 4.

709 *Esterbauer*, System 79; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 16, 19 ff; *Sturm* in Griffiths, Handbook 50.

Staates qualifiziert werden.<sup>710</sup> Nach diesen Bestimmungen ist Österreich eine demokratische Republik (Art 1 B-VG) und ein Bundesstaat (Art 2 B-VG).<sup>711</sup>

Für die hier interessierende Forschungsfrage gibt die grundsätzliche Festlegung der Bundesstaatlichkeit an prominenter Stelle des B-VG einen Hinweis darauf, dass bundesstaatliche Aspekte der Rechtsordnung einen Bestandteil der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV ausmachen können. Welche Elemente der Rechtsordnung genau unter Art 4 Abs 2 EUV zu subsumieren sind, kann anhand des Art 2 B-VG allein aber nicht beantwortet werden.

### 5.1.3 Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht

Hinweise auf die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen können sich – abhängig vom jeweiligen Verfassungsrecht – auch aus der Rsp eines Verfassungsgerichts ergeben. Vor einer näheren Untersuchung der österreichischen Bundesstaatlichkeit ist daher darauf einzugehen, welche Rolle der Rechtsprechung des österreichischen VfGH für die Auslegung des Verfassungsrechts zukommt.

Der VfGH hat im Wesentlichen die Aufgabe, staatliches Handeln auf seine Verfassungskonformität zu überprüfen und verfassungswidrige Rechtsakte aufzuheben. Der Überprüfungsbefugnis des VfGH unterliegen dabei auch Verfassungsbestimmungen, die er am Maßstab höherrangigen Verfassungsrechts prüft.<sup>712</sup> Er fungiert insofern insb als negativer (Verfassungs-)Gesetzgeber. Die Aufhebung eines generellen Rechtsaktes verpflichtet zum einen die jeweils zuständige Stelle zur Kundmachung der Aufhebung.<sup>713</sup> Zum anderen sind alle staatlichen Behörden und Gerichte an den Spruch einer solchen Entscheidung gebunden.<sup>714</sup> Der Spruch besteht allerdings lediglich in der Aufhebung der fraglichen Norm; die Gründe für die Aufhebung sind für die genannten Stellen nicht rechtsverbindlich.<sup>715</sup> Normativen Charakter und Bindungswirkung hat also lediglich der Ausspruch, dass ein konkreter Rechtsakt aufgehoben wird (weil er gegen eine genau bezeichnete

710 Vgl dazu *Rill/Schäffer* in Kneihls/Lienbacher, Art 1 B-VG Rz 3 ff; *Oberndorfer* in Korinek/Holoubek, Art 1 B-VG Rz 8; *Weber, K.*, in Korinek/Holoubek, Art 2 B-VG Rz 2.

711 Zu Art 2 B-VG etwa *Bußjäger* in Kahl ea, Art 2 B-VG.

712 So schon *Kelsen/Fröblich/Merkel* 258; weiters zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1157; *Schäffer/Kneihls* in Kneihls/Lienbacher, Art 140 B-VG Rz 15. Siehe zu Art 44 Abs 3 B-VG unten bei 5.1.4 (= 160).

713 Insb Art 139 Abs 5, Art 140 Abs 5 B-VG.

714 Insb Art 139 Abs 6, Art 140 Abs 7 B-VG.

715 *Schäffer/Kneihls* in Kneihls/Lienbacher, Art 140 B-VG Rz 86. Anderes gilt nach § 87 VfGG bei der Aufhebung einer Entscheidung eines Verwaltungsgerichts nach Art 144 B-VG. In diesem Fall sind die zuständigen Behörden und Gerichte verpflichtet, einen der „Rechtsanschauung“ des VfGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um eine einfachgesetzliche Anordnung, die daher im Weiteren für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Stellung des VfGH außer Acht gelassen wird.

Bestimmung des Verfassungsrechts verstößt). Allgemein gehaltene Aussagen, etwa zum Inhalt und der Auslegung einer Verfassungsbestimmung (etwa Art 44 Abs 3 B-VG), die sich insb in der Begründung des VfGH finden, sind nicht rechtsverbindlich.<sup>716</sup>

Wie im Folgenden noch ausführlich dargelegt wird, ist für die Ermittlung der österreichischen nationalen Identität auch relevant, welche Inhalte des positiven Verfassungsrechts von Art 44 Abs 3 B-VG geschützt werden.<sup>717</sup> Da der VfGH über die Einhaltung dieser Bestimmung durch „einfaches“ Verfassungsrecht entscheidet, trifft er in seiner Rsp auch Aussagen dazu, wie Art 44 Abs 3 B-VG zu verstehen ist und kann in diesem Zusammenhang Aussagen über die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV treffen. Seine Rsp kann daher Hinweise auf diese Strukturen enthalten.

Die Konsequenz der voranstehenden Überlegungen ist die folgende: Bei der Bestimmung des Schutzgehalts des Art 44 Abs 3 B-VG kommt der Judikatur des VfGH – wie auch bei der Ermittlung des Inhalts sonstiger Verfassungsbestimmungen – zwar keine normprägende, konstitutive Bedeutung zu. Freilich hat in einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung dennoch eine Auseinandersetzung mit der Argumentation des VfGH bei der Auslegung des Verfassungsrechts zu erfolgen; diese kann va dann, wenn es um die Auslegung von Art 44 Abs 3 B-VG geht, Hinweise auf die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Österreichs enthalten.

#### 5.1.4 Art 44 Abs 3 B-VG und die österreichische Bundesstaatlichkeit

##### 5.1.4.1 Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG und Grundprinzipien

Nach der überwiegenden Auffassung<sup>718</sup> genießt die Bundesstaatlichkeit im österreichischen Verfassungsrecht den höchsten darin vorgesehenen Bestandsschutz: Eine wesentliche Änderung des bundesstaatlichen Aufbaus wäre eine Gesamtänderung der Bundesverfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG und daher nach der Beschlussfassung (mit qualifizierten Mehrheiten) einer Volksabstimmung zu unter-

716 *Schäffer/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 86. Umstritten ist die Qualifikation von „Rechtssätzen“ (§ 56 Abs 4 VfGG), die im Verfahren nach Art 138 Abs 2 B-VG erlassen werden. Dort stellt der VfGH fest, ob die Erlassung eines Rechtsaktes in die Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt. Von Teilen der Lehre wird diesen Rechtsakten Verfassungsrang zugesprochen; zB *Pürgy* in *Pürgy*, *Recht der Länder* Rz 72. Mit überzeugenden Argumenten für die gegenteilige Ansicht *Moritz*, *ÖJZ* 1988, 4f.

717 Dazu sogleich unten bei 5.1.4.3 (= 173).

718 Zum Beispiel *Berka*, *Verfassungsrecht* 48 ff; *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht* 57 f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Bundesverfassungsrecht* 87 ff; *Pernthaler*, *Bundesstaatsrecht* 305 f.

ziehen.<sup>719</sup> Da die Normenhierarchie bei der Bestimmung der nationalen Identität eine Indizfunktion hat, ist die Gesamtänderungsschwelle ein relevanter Anhaltspunkt für die Bestimmung der österreichischen nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV.<sup>720</sup>

Anders als in Deutschland gibt es in Österreich keine verfassungsrechtlich verankerte Ewigkeitsklausel.<sup>721</sup> Dennoch wird daraus, dass Art 44 Abs 3 B-VG ein im Vergleich zur „einfachen“ Verfassungsänderung qualifiziertes Verfahren für die „Gesamtänderung“ der Bundesverfassung vorsieht, geschlossen, dass es Systementscheidungen der Verfassung gibt, die in der Normenhierarchie (nach der derogatorischen Kraft und der rechtlichen Bedingtheit) über dem Rest der Verfassung stehen.<sup>722</sup> Der Begriff der Gesamtänderung wird von der hA<sup>723</sup> qualitativ verstanden, da nicht darauf abgestellt wird, wie viele Bestimmungen der bestehenden Verfassung geändert werden, sondern vielmehr relevant ist, ob diese Änderungen auch zu einer strukturellen Änderung der Verfassungsrechtsordnung führen.<sup>724</sup> Maßgeblich für das Vorliegen einer Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG ist demnach, ob die „Systementscheidungen“ der Verfassungsrechtsordnung geändert werden.

Diese Systementscheidungen der Verfassung werden Grundprinzipien oder „Baugesetze“ der Verfassung genannt. In den folgenden Ausführungen wird dafür der Begriff „Grundprinzipien“ der Bundesverfassung verwendet, wobei an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, dass damit nicht die Zuschreibung von „Prinzipiencharakter“ iSd *Alexys*chen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien<sup>725</sup> beabsichtigt ist. Bei diesen Grundprinzipien handelt es sich vielmehr jeweils um Sammelbegriffe für grundlegende Systementscheidungen der öster-

719 Zum Beispiel *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 160; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305 f; vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht Rz 155 ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 70 ff.

720 Allgemein zur Relevanz von Normenhierarchien oben bei 3.6.4.4.5.2 (= 122) sowie spezifisch für das bundesstaatliche Grundprinzip in Österreich noch unten bei 5.1.4.4.1 (= 176).

721 Teilweise wird in der Literatur zwar überlegt, ob bestimmte Inhalte der österreichischen Bundesverfassung als unabänderlich zu qualifizieren sind; zB *Pernthaler*, Verfassungskern VI; *Öhlinger* in FS *Pernthaler* 284 f; Art 44 Abs 3 B-VG spricht aber gegen derartige Annahmen. So zB auch *Vášek*, Revisionschranken 49; *Hiesel*, ÖJZ 2002, 124 ff; *Mayer* in FS Schäffer 473 ff. Differenziert *Thaler*, ZÖR 2020, 205 ff.

722 Vgl *Rill/Schäffer/Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 44 B-VG Rz 39. Der Schutz dieser grundsätzlichen Entscheidungen ist aber insofern nur relativ, als sie – anders als beim Schutzzinhalt der Ewigkeitsklausel nach Art 79 Abs 3 GG – unter Einhaltung des in Art 44 Abs 3 B-VG vorgesehenen Verfahrens geändert und abgeschafft werden können. Insofern besteht im österreichischen Verfassungsrecht kein Raum für Annahmen dahingehend, dass – sofern das entsprechende Verfahren eingehalten wird – die Abänderung bestimmter Verfassungsinhalte einen „Verfassungsbruch“ darstellt; so aber *Pernthaler*, ZÖR 1969, 361 ff im Hinblick auf die Abschaffung der Selbstständigkeit der Länder bzw ihrer Verfassungsaunomie; ihm folgend *Weber, K.*, Kriterien 84 f.

723 Zum Beispiel *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 64; *Rill* in FS Schäffer 725; *Janko*, Gesamtänderung 61 ff; *Gamper*, Verfassungsinterpretation 160 f; für eine gemischte (materielle und formelle Aspekte erfassende) Deutung *Wiederin* in FS Schäffer 980.

724 Dazu *Rill/Schäffer/Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 44 B-VG Rz 35 f mwN.

725 Zum Beispiel *Alexy*, Theorie 75 ff.

reichischen Bundesverfassung.<sup>726</sup> Der Begriff des Grundprinzips wird hier also im Sinne eines deskriptiven Prinzipienbegriffs verwendet; die in einem Grundprinzip zusammengefassten Systementscheidungen haben aber selbst normativen Charakter, unabhängig davon, ob es sich dabei um (normative) Prinzipien oder Regeln iSv *Alexy* handelt.

Als solche Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung werden etwa die Demokratie, die republikanische Staatsform, die Rechtsstaatlichkeit und die Bundesstaatlichkeit bezeichnet.<sup>727</sup> Zu beachten ist, dass die Grundprinzipien nicht nur die getroffene Systementscheidung für Demokratie, Republik oder Bundesstaatlichkeit umfassen, sondern auch die grundlegende Ausgestaltung ebendieser Grundsätze. Nicht nur eine vollkommene Abschaffung der Demokratie wäre also eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, sondern auch eine inhaltliche Umorientierung, etwa hin zu einer stärker direkt-demokratisch orientierten Staatsform. Bezogen auf die genannten Systementscheidungen stellt also ein Systemwechsel jedenfalls eine Gesamtänderung dar; die Einführung einer systemwidrigen Norm kann eine Gesamtänderung darstellen.

#### 5.1.4.2 Ermittlung des Inhalts von Grundprinzipien

##### 5.1.4.2.1 Relevanz der Verfassungsrechtsordnung

Der Inhalt dieser Grundprinzipien ergibt sich nicht aus vorpositiven Vorstellungen der von ihnen erfassten Gehalte. Was etwa von dem dem österreichischen B-VG zu Grunde liegenden demokratischen Grundprinzip erfasst wird, ist in einer Gesamtschau jener verfassungsrechtlichen Regeln zu ermitteln, die im Zusammenhang mit Demokratie stehen.<sup>728</sup> Man könnte nun behaupten, dass ein Systemwechsel bei Beibehaltung der jeweiligen Systementscheidung – also etwa die Einführung eines direkt-demokratischen Systems bei Beibehaltung des Grundsatzes der Demokratie – keine Gesamtänderung darstellt, da weder das System abgeschafft noch eine systemwidrige Norm geschaffen würde, Art 44 Abs 3 B-VG aber nur die Aufgabe von ganz grundlegenden Entscheidungen und schwerwiegende Systemwidrigkeiten verhindern soll. Das ist nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht zutreffend: Die Entscheidung für ein System – zB die Demokratie – kann nämlich nach dem Konzept des B-VG nicht von ihrem Inhalt getrennt werden; die Systementscheidung für die Demokratie beinhaltet

726 Einen der hier herangezogenen Verwendung entsprechenden theoretischen Prinzipienbegriff verwendet zB *Jakab*, *Language* 377 ff.

727 Dazu *Rill/Schäffer†/Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 44 B-VG Rz 40 ff; *Berka*, *Verfassungsrecht Rz 114*; *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht Rz 63 f*; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Bundesverfassungsrecht Rz 146*.

728 *Rill/Schäffer†/Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 44 B-VG Rz 36.

also bspw auch eine Systementscheidung für eine repräsentative Demokratie. Beurteilt man dies anders, so werden die Systementscheidungen (Demokratie, Rechtsstaat) etc zu leeren Worthüllen, die von der Interpretin bzw dem Interpreten nach Lust und Laune befüllt werden könnten, um so das Vorliegen einer Gesamtänderung zu bejahen oder zu verneinen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist aber bei der Ermittlung der Systementscheidungen – also der Grundprinzipien – auf die Normen der Bundesverfassung Rücksicht zu nehmen.<sup>729</sup> Der Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips kann auch nicht anhand einer der gängigen Bundesstaatstheorien ermittelt werden, weil keine davon für die Entstehung des B-VG prägend war.<sup>730</sup>

729 So zum Bundesstaat etwa auch *Koja*, Staatslehre 352.

730 Es lässt sich nämlich nicht feststellen, dass sich der österreichische Bundesverfassungsgesetzgeber bei der Konstituierung des Bundesstaates eindeutig von einem dieser theoretischen Modelle leiten hätte lassen. Vgl zB AB 991 BlgKNV 1 („Begründung des Staates durch den Zusammenschluss bis dahin unabhängiger Staatsteile“, Hervorhebung durch die Verfasserin), 4 („Verteilung der Staatsfunktionen auf Oberstaat und Gliedstaaten“ – dies könnte sowohl iSe einer hierarchischen Dezentralisation als auch iSe Staatenstaates gedeutet werden; andererseits wird darauf hingewiesen, „daß der Entwurf den Ausdruck ‚Staat‘ und ‚staatlich‘ in einem sowohl den Bund als auch die Länder umfassenden Sinn gebraucht“; ob dies nun wiederum darauf hindeuten soll, dass die Länder als „Staaten“ im herkömmlichen Sinn qualifiziert werden oder aber darauf, dass der Begriff „Staat“, wie er im B-VG verwendet wird, gerade von diesem herkömmlichen Sinn abweicht, ist fraglich). Auch die mehrfache Betonung der „Parität von Bund und Ländern“ (AB 991 BlgKNV 2, 6) gibt keinen eindeutigen Hinweis auf ein präferiertes Vorverständnis, weil diese eben nur dem Grundsatz nach bestehen soll, im Verfassungsrecht bzw dem diskutierten Entwurf also durchaus auch anders angeordnet sein kann. Vgl zB auch *Koja*, Bundesländer 20: „Der Bundesverfassungsgesetzgeber von 1920 wollte einen Bundesstaat nach den damals herrschenden Ideen, allerdings mit bestimmten Modifikationen, schaffen“; 25 (die hohe Dichte an Regelungen betreffend die Landesorganisation sei nicht darauf zurückzuführen, „daß die Schöpfer des B-VG Anhänger einer bestimmten Bundesstaatstheorie, nämlich der sogenannten Dezentralisierungstheorie waren“). Wie hier zB *Weber, K.*, Bundesverwaltung 251 ff; im Gegensatz dazu aus dem genannten AB eine Orientierung an der Staatenstaat-Theorie annehmend *Rill*, Gliedstaatsverträge 69. Diesen Nachweis – und zwar spezifisch dahingehend, dass das österreichische Bundesverfassungsrecht den österreichischen Bundesstaat nach dem Modell eines Staatenstaates einrichten soll – kann auch die Feststellung, dass es (auch) in den Ländern „Staatsgründungsakte“ gab (*Pernthaler*, Staatsgründungsakte 21 ff), nicht erbringen (*Thienel*, ZÖR 1991, 232; wie hier auch *Koja*, Bundesländer 6, 28 f), weil nicht ersichtlich ist, warum derartige Akte für die Auslegung des Bundesverfassungsrechts Relevanz haben sollten. Ebensowenig lässt sich aber behaupten, dass die Konstituierung des Bundesstaates eindeutig eine Verwirklichung eines Dezentralisationsmodells darstellt. Eine Orientierung an der Drei-Kreise-Theorie ist schon aus zeitlichen Gründen nicht naheliegend, da diese von *Kelsen* erst später ausformuliert wurde (*Kelsen* in FS Fleiner 130 ff). Damit bleibt hier festzuhalten, dass die kurz vorgestellten Theorien jedenfalls insofern keinen Mehrwert für die Auslegung des Verfassungsrechts darstellen, als keine davon für sich genommen dem historischen Verfassungsgesetzgeber als Vorbild gedient zu haben scheint. Für die Frage nach dem Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips iSd Art 44 Abs 3 B-VG lässt sich aus ihnen daher im Allgemeinen nichts gewinnen (sofern eine Bundesstaatstheorie für die Prägung einer konkreten verfassungsrechtlichen Vorschrift Patin gestanden hat, wird bei der Auslegung dieser Vorschrift darauf eingegangen). Im Übrigen: Selbst wenn man dem Verfassungsgesetzgeber unterstellen könnte, sich an einer der Theorien orientiert zu haben, ist nicht ersichtlich, inwiefern das den Begriff des gesamtänderungsrelevanten bundesstaatlichen Grundprinzips näher determinieren würde. Nach der Dezentralisationsthese ist im Bundesstaat so gut wie alles möglich und daher auch nichts wesentlich; nach der Staatenstaats-Theorie ist die „Selbstständigkeit“ oder „Staatlichkeit“ der Länder eine tragende Maxime, die aber so unbestimmt ist, dass auch unter diese Begriffe alles (oder nichts) subsumiert werden kann. Am ehesten ließe sich noch anhand der Drei-Kreise-Theorie ein Maßstab dafür festlegen, was gesamtänderungsrelevant ist – nämlich die gesamtstaatliche Rechtsordnung. Wenn man diese aber mit dem gesamten Bun-

Ebenso ist der Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips anhand des bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts und nicht aus einem wie auch immer garteten „Wesen“<sup>731</sup> des Bundesstaates zu ermitteln.<sup>732</sup> Zwar mag es dann, wenn der Verfassungsgesetzgeber auslegungsbedürftige Begriffe verwendet – wie etwa „Bundesstaat“ oder „demokratisch“ – ausnahmsweise sinnvoll sein, zur Ermittlung des Sinngehalts eines Begriffs auf die entsprechende Begriffsverwendung in der allgemeinen Staatslehre zu rekurrieren und diese als Orientierungshilfe zu verwenden.<sup>733</sup> Allerdings ist eben primär auf verfassungsrechtliche Normen Bezug zu nehmen, die auch Inhalte haben können, die nicht dem aus der allgemeinen Staatslehre bekannten Begriffsverständnis entsprechen und trotzdem als grundlegende Systementscheidungen zu qualifizieren sein können.<sup>734</sup>

#### 5.1.4.2.2 Derogationsfragen – Welches Verfassungsrecht ist relevant?

Fraglich ist aber, welche Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts für die Gewinnung des Inhalts der Grundprinzipien herangezogen werden können. Nimmt man auf Grund der zusätzlichen Erzeugungsbedingung in Art 44 Abs 3 B-VG (obligatorische Volksabstimmung) einen höheren Rang der von den Grundprinzipien erfassten Inhalte im Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit an und folgert daraus auch einen höheren Rang im Stufenbau nach der derogatorischen Kraft,<sup>735</sup> so könnte der Inhalt der Grundprinzipien nur durch die ursprüngliche Fassung der Verfassung bzw durch Verfassungsänderungen determiniert werden, die als Gesamtänderung nach Art 44 Abs 3 B-VG beschlossen wurden. Nachfolgende Teiländerungen der Verfassung könnten dann die Inhalte der Grundprinzipien nicht abändern, da andernfalls eine schleichende Aushöhlung des Gesamtänderungserfordernisses des Art 44 Abs 3 B-VG eintreten könnte. Teiländerun-

---

desverfassungsrecht gleichsetzt (zB *Wiederin*, Bundesrecht 40 ff), dann würde das bedeuten, dass jede Verfassungsänderung eine Gesamtänderung darstellt (vgl schon *Öblinger*, Bundesstaat 20 ff). Dies würde aber die Vorsehung mehrerer unterschiedlich ausgestalteter Verfassungsänderungsverfahren ad absurdum führen und ist daher mit dem Zweck des Art 44 Abs 3 B-VG nicht in Einklang zu bringen. Vgl im Übrigen zB *Storr*, ZfV 2009, 538 („Das Wesen des Bundesstaates folgt nicht aus einer Bundesstaatstheorie, sondern aus der Ausgestaltung des bundesstaatlichen Prinzips in der jeweiligen Verfassung“).

731 So aber VfSlg 5676/1968; aktuell zB VfSlg 19.964/2015; ähnlich auch: „Wesen der bundesstaatlichen Organisationsform“, VfSlg 2455/1952; „Natur des Bundesstaates“, VfSlg 2674/1954; „Idee des Bundesstaates“ in VfSlg 1030/1928. Weitere Beispiele bei *Gamper*, Grundordnung 143 ff. Vgl aus der Literatur zB den Beitrag von *Ermacor*, JBl 1957, 521 ff, der den Titel „Über das Wesen des österreichischen Bundesstaates in Theorie und Praxis“ trägt (sich aber nicht mit Art 44 Abs 3 B-VG befasst).

732 Auch ein Versuch, das „Wesen“ des Bundesstaates rechtsvergleichend zu destillieren, ist hier fehl am Platz. So aber etwa *Adamowich* in FS Kojá 215 mwN; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 349.

733 Vgl *Rill/Schäffer* in Kneihls/Lienbacher, Art 1 B-VG Rz 1 f.

734 Dazu zB unten bei 5.3.1 (= 192).

735 Vgl etwa *Rill/Schäffer*/*Rill* in Kneihls/Lienbacher, Art 44 B-VG Rz 39. Ganz allgemein zur Stufenbaulehre inkl Kritik daran *Jakab*, Language 326 ff, der aber die Zweckmäßigkeit einer Betrachtung der Rechtsordnung anhand eines Stufenbaus nach der derogatorischen Kraft bei Verwendung eines adäquaten Derogationsbegriffs bejaht, *Jakab*, Language 353 ff.

gen der Verfassung wären am Maßstab der Grundprinzipien zu messen, bildeten aber keine Grundlage für die Ermittlung ebendieser Prinzipien.

Allein auf Grund des Erfordernisses einer obligatorischen Volksabstimmung für Gesamtänderungen der Bundesverfassung muss allerdings nicht zwingend auf einen höheren Rang des Inhalts der Grundprinzipien (als von diesem Erfordernis erfassten bzw geschützten Inhalten) im Stufenbau nach der derogatorischen Kraft geschlossen werden.<sup>736</sup> Bevor überlegt wird, welche derogatorische Kraft den Inhalten der Grundprinzipien zukommt, ist es zunächst sinnvoll, den hier verwendeten Begriff der Derogation zu erläutern. Dabei beziehen sich die folgenden Überlegungen auf Grund des verfolgten Untersuchungszwecks *va* auf generelle Normen.<sup>737</sup>

Derogation meint im rechtswissenschaftlichen Diskurs allgemein die Abänderung einer Norm.<sup>738</sup> Die Abänderung einer Norm kann entweder dadurch erfolgen, dass die abändernde Norm die Geltung<sup>739</sup> der abgeänderten Norm endgültig aufhebt,<sup>740</sup> oder dadurch, dass eine abändernde Norm die abgeänderte Norm vorübergehend überlagert und so ihre Anwendbarkeit für die Dauer der Anwendbarkeit oder Geltung der abändernden Norm ausschließt.<sup>741</sup> In dieser Konstellation hat also die abgeänderte Norm ihre Geltung nicht verloren und kann wieder in Kraft treten – zur Anwendung kommen –, wenn die abändernde Norm nicht mehr anwendbar ist oder nicht mehr gilt. Beides könnte man grundsätzlich als Derogation bezeichnen.<sup>742</sup> Um Verwechslungen zu vermeiden, wird im Folgenden die erste Konstellation – der endgültige Geltungsverlust – als Derogation *ieS* bezeichnet, die zweitgenannte Konstellation als Überlagerung.<sup>743</sup>

736 Dazu zB *Wiederin*, Bundesrecht 230 ff (freilich unter Verwendung anderer Begrifflichkeiten, erörtert auf 51 ff); einen solchen Schluss im Gegensatz dazu vornehmend zB *Walter*, ÖJZ 1965, 169 f.

737 Und lassen, ebenfalls dem Untersuchungszweck geschuldet, das Unionsrecht außer Betracht.

738 Vgl dazu *Jakab*, Language 354 mwN.

739 Geltung meint Zugehörigkeit zur Rechtsordnung (s dazu zB *Ringhofer*, Strukturprobleme 88 f; ausführlich *Kneibs*, Kundmachung 4 ff; *Schäffer†/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 28; wie hier zB auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 488; *Thienel*, JBl 1994, 27; *Thienel* in *Walter*, Untersuchungen 14); und ist vom Inkrafttreten und der Anwendbarkeit der Norm zu unterscheiden. Ob eine Norm in einer Rechtsordnung gilt, hängt von der Erfüllung der Geltungsbedingungen ab, welche die Rechtsordnung vorsieht. Ob eine Norm in Kraft getreten und auf einen konkreten Fall anwendbar ist, hängt von ihrem Inhalt ab. Die Geltung einer Norm in einer Rechtsordnung ist notwendige Voraussetzung für ihre (rechtmäßige) Anwendbarkeit in verschiedenen Spielarten (vgl *Thienel*, JBl 1994, 27 ff); sieht also eine Rechtsordnung vor, dass eine Norm in einer bestimmten Konstellation angewendet werden soll, dann wird damit vorausgesetzt, dass diese Norm in der fraglichen Rechtsordnung gilt.

740 Vgl dazu ausführlich *Thienel* in *Walter*, Untersuchungen 13 ff.

741 Vgl zB *Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Art 140 B-VG Rz 9, der hinsichtlich verfassungswidriger Gesetze eine vorläufige Zurückdrängung der entgegenstehenden Verfassungsbestimmungen (aber keine „endgültige“ Derogation) annimmt; differenzierend dazu *Thienel* in *Walter*, Untersuchungen 40 ff.

742 Welcher Derogationsbegriff verwendet wird, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage. Vgl etwa die Begriffsbildung bei *Griller*, JRP 2000, 275.

743 Diesen Begriff verwendet auch *Kneibs*, Kundmachung 82, wenn auch mit etwas anderer Bedeutung.

Beides sind aber nach dem hier vertretenen Verständnis Formen der Derogation iwS.

Hinsichtlich beider denkbarer Formen der Derogation iwS kann man außerdem gleichermaßen zwischen der Derogationswirkung und dem Derogationspotential einer Norm unterscheiden. Als Derogationswirkung lässt sich dabei die unmittelbar von einer abändernden Norm auf die abgeänderte Norm ausgehende Wirkung bezeichnen. Als Derogationspotential kann man die Wirkung einer abändernden Norm auf eine abgeänderte Norm bezeichnen, die nicht unmittelbar auf Grund der Geltung oder des Inkrafttretens der abändernden Norm eintritt, sondern von einem weiteren Akt abhängt, etwa von einer Gerichtsentscheidung. Die derogatorische Kraft einer Norm setzt sich nun aus ihrer Derogationswirkung und ihrem Derogationspotential zusammen, die durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein können: So kann etwa ein einfaches Bundesgesetz, das gegen die Bundesverfassung verstößt, solange es anwendbar ist, die entsprechende Verfassungsbestimmung überlagern (Überlagerung, Derogationswirkung), aber nicht ihren endgültigen Geltungsverlust bewirken (weder Derogationswirkung ieS noch Potential zur Derogation ieS).<sup>744</sup>

Versucht man nun, den der österreichischen Rechtsordnung zu Grunde liegenden Stufenbau nach der derogatorischen Kraft zu beschreiben, so sind dabei vor allem die verfassungsrechtlich verankerten Rechtsetzungsbefugnisse der gesetzgebenden Körperschaften und der Verwaltungsbehörden zu berücksichtigen; aber auch die Normprüfungs- und -verwerfungskompetenz des VfGH hat eine maßgebliche Bedeutung dafür. Bei einer gesamthaften Betrachtung dieser Normen wird schnell ersichtlich, dass ein Stufenbau nach der derogatorischen Kraft – zumindest dann, wenn man vom Begriff der Derogation iwS ausgeht – sinnvollerweise nur anhand des Derogationspotentials, nicht aber anhand der Derogationswirkung der Normen gebildet werden kann:

Zunächst kann überlegt werden, welche Normen selbst unmittelbar und endgültig die Geltung anderer Normen ausschließen bzw beenden (Derogationswirkung ieS). Eine solche Wirkung könnte nun für jene Normen angenommen werden, die im selben Verfahren erlassen werden wie die abzuändernden Normen, allerdings später: Die Abänderbarkeit aller generellen Normen ist der österreichischen Rechtsordnung immanent. Das ergibt sich daraus, dass es Verfahren zur Erlassung von Normen gibt; die Verfassung sieht also etwa ein Verfahren zur Bundesgesetzgebung oder zur Abänderung der Verfassung selbst vor. In den Bestimmungen über diese Verfahren ist nicht vorgesehen, dass der jeweilige Rechtsetzer nur regeln darf, was er davor noch nicht geregelt hat. Daraus lässt sich also ableiten, dass es dem Rechtsetzer offensteht, die von ihm in einem vorangehenden Verfahren getroffenen Entscheidungen und die daraus resultie-

744 Vgl zB Rohregger in Korinek/Holoubek, Art 140 B-VG Rz 9.

renden Rechtsakte abzuändern.<sup>745</sup> Diese Befugnis des Rechtsetzers ergibt aber nur dann Sinn, wenn die später erlassene Norm der vorangehenden Norm *isD* *lex posterior* vorgeht.<sup>746</sup> Allerdings wäre diese Derogationswirkung *ieS* einer Norm auf Normen beschränkt, die früher im selben Rechtsetzungsverfahren erlassen worden sind: Die Anordnung unterschiedlicher Rechtsetzungsverfahren – etwa für Bundesgesetze und Bundesverfassungsgesetze – würde nämlich keinen Sinn ergeben, wenn die Nichteinhaltung des für einen bestimmten Rechtsakt vorgesehenen Verfahrens keine Konsequenzen hätte.<sup>747</sup> Versteht man aber wie hier Derogation *ieS* als den durch eine Norm bewirkten endgültigen Geltungsverlust einer anderen Norm, so muss man eingestehen, dass eine Norm in der österreichischen Rechtsordnung zwar in der Theorie den endgültigen Geltungsverlust einer anderen Norm herbeiführen kann, dass die Annahme des Geltungsverlustes praktisch aber häufig inhibiert sein wird:<sup>748</sup> Insb bei Gesetzen sieht ja Art 140 Abs 6 B-VG vor, dass jene Vorschriften, welche durch ein Gesetz aufgehoben wurden, mit der Aufhebung dieses aufhebenden Gesetzes durch den VfGH wieder in Kraft treten.<sup>749</sup> Daraus kann nun aber geschlossen werden, dass die durch das verfassungswidrige Gesetz aufgehobenen Bestimmungen niemals ihre Geltung verloren haben,<sup>750</sup> sondern von dem verfassungswidrigen Gesetz nur „überlagert“ wurden.<sup>751</sup>

745 Ausdrücklich ist die Befugnis zur Abänderung (und eben nicht nur zur Regelung dessen, was vorher noch nicht geregelt wurde) in Art 44 B-VG für Verfassungsgesetze geregelt. Für Gesetze vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 496.

746 Was freilich nicht zwingend nach einer Derogationswirkung *ieS* verlangt; allerdings ist es naheliegend, dass derjenige Rechtsetzer, der einer Norm Geltung verschaffen kann, grundsätzlich auch befugt ist, ihre Geltung wieder zu beseitigen. Für Gesetze vgl wiederum *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 496.

747 Wobei bei der Beurteilung, ob das richtige Verfahren eingehalten wurde, auch materiell-rechtliche Überlegungen eine Rolle spielen: Wird etwa ein Bundesgesetz erlassen, das gegen die bestehende bundesverfassungsrechtliche Kompetenzverteilung verstößt, dann hätte ein Rechtsakt mit diesem Inhalt „richtigerweise“ als Bundesverfassungsgesetz und damit in einem anderen Verfahren beschlossen werden müssen.

748 *Kneibs*, Kundmachung 120 f.

749 Diese Wirkung tritt von Verfassung wegen ein (soweit der VfGH nichts anderes anordnet); *Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Art 140 B-VG Rz 304.

750 Sie sind *isD* des B-VG nur außer Kraft getreten – was eine weiterbestehende Geltung nicht ausschließt, *Thienel*, *JBl* 1994, 29, 32; auch *Haller*, Prüfung 107 ff unterscheidet zwischen Geltung und verbindlicher Kraft (Zeitraum zwischen In- und Außerkräfttreten; allerdings fallen bei ihm Außerkräfttreten [= Ende des Rechtsfolgenbereichs] und Geltungsverlust [= „Aufhebung des Rechtsfolgenbereichs“ ex tunc, *Haller*, Prüfung 118]) tendenziell zusammen; *Wiederin*, Bundesrecht 233 spricht hinsichtlich Art 140 Abs 6 B-VG ebenfalls davon, dass verfassungswidriges Recht verfassungskonformes Recht (zwischenzeitlich) „außer Kraft“ zu setzen vermag (ob dies den [zwischenzeitlichen] Geltungsverlust bedeuten soll, bleibt dort unklar, wird aber an anderer Stelle [insb 237] deutlich). Eine andere Deutungsmöglichkeit wäre jene, dass die Normen zwar ihre Geltung verloren haben, diese aber auf Grund des Auspruchs des VfGH *iVm* Art 140 Abs 6 B-VG neu erlangen (so *Wiederin*, Bundesrecht 234). Nach dem B-VG ist der VfGH aber grundsätzlich nicht als positiver Rechtsetzer konzipiert (vgl *Schäffer†/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 80 ff), was systematisch gegen eine derartige – freilich dennoch nicht völlig undenkbar – Betrachtung spricht.

751 *Schäffer†/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 28 und FN 58a; *Kneibs*, Kundmachung 111 ff; *Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Art 140 B-VG Rz 302 und 9 vertritt zwar, dass der Fall des

Soweit also ein Gesetz verfassungswidrig ist, kann es die Geltung anderer Gesetzesbestimmungen nicht beenden, sondern diese Normen nur überlagern, also ihre Anwendbarkeit ausschließen.<sup>752</sup> Eine Derogationswirkung iES (Geltungsverlust) lässt sich damit nur für verfassungskonforme Normen annehmen.<sup>753</sup> Selbst wenn man die Problematik rund um die (jederzeitige) Feststellbarkeit der Verfassungskonformität außer Acht lässt<sup>754</sup> und von der theoretisch bestehenden Derogationswirkung iES ausgeht, lässt sich im Übrigen kein Stufenbau bilden, da sich die Derogationswirkung iES dann jeweils nur innerhalb einer Kategorie von Rechtsnormen auswirken könnte, nämlich innerhalb jener Normen, die im selben Verfahren erlassen werden müssen.<sup>755</sup> Es kann daraus also lediglich geschlossen werden, dass es unterschiedliche Derogationsbereiche gibt, aber nicht, in welchem Verhältnis diese Bereiche zueinander stehen, welche Bereiche also im Bild vom Stufenbau gesprochen über anderen stehen.

Wiederinkrafttretens nach Art 140 Abs 6 B-VG von dem „Wiederaufleben“ des durch ein verfassungswidriges Gesetz zeitweilig verdrängten Verfassungsrechts zu unterscheiden sei, spricht aber in beiden Fällen davon, dass die jeweiligen Normen „wieder in Wirksamkeit“ treten.

- 752 *Schäffer/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 28 und FN 58a. Anders offenbar die *hA*; s zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 496 (wo von „Derogation“ die Rede ist; in Rz 492 wird aber Derogation nicht als endgültiger Geltungsverlust definiert); *Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Art 140 B-VG Rz 302 und 9 (allerdings terminologisch unklar, dazu schon oben in FN 751); dies auch für verfassungswidriges Verfassungsrecht bejahend *Wiederin*, Bundesrecht 237.
- 753 Selbst bei verfassungskonform zustande gekommenen Gesetzen ist aber die Annahme einer Derogation iES insofern problematisch, als die ursprünglich verfassungskonform zustande gekommene Norm ja – etwa durch eine Änderung der Verfassungsrechtslage – nachträglich invalidieren kann. Auch dann muss es aber bei Gesetzen nach Art 140 Abs 6 B-VG möglich sein, dass durch das invalidierte Gesetz aufgehobene Bestimmungen wieder in Kraft treten – was nach der hier vertretenen Betrachtungsweise (vgl oben bei FN 739) voraussetzt, dass sie noch in Geltung stehen; dazu *Kneibs*, Kundmachung 116. Wenn aber der durch eine Derogation iES bewirkte Geltungsverlust endgültig sein soll, dann können auch ursprünglich verfassungskonform zustande gekommene Normen keine derartige Wirkung auf andere Normen haben, wenn der Eintritt des Geltungsverlustes abhängig von der Verfassungskonformität der Norm ist (die ja selbst zumindest bis zu einer Entscheidung durch den VfGH nicht endgültig feststeht).
- 754 Eine Problematik, die sich – wenn man hier das weiter unten präsentierte Ergebnis der gerade angestellten Überlegungen vorwegnimmt – im Zusammenhang mit der Verfassungskonformität bzw Grundprinzipienkonformität einfacher Verfassungsgesetze ja ohnehin nicht ergibt: Ein Verfassungsgesetz kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht nachträglich prinzipienwidrig werden. Denn die Grundprinzipien sind, wie im Anschluss ausgeführt, grundsätzlich „statisch“ anhand der Stamfassung des B-VG zu ermitteln. Kommt es aber zu einer Gesamtänderung und wird das fragliche Verfassungsgesetz nicht iSd Ziels der Gesamtänderung abgeändert, so ist es dennoch nicht grundprinzipienwidrig, da es ja weiterhin Teil des Bundesverfassungsrechts ist, aus dem die Grundprinzipien abgeleitet werden (dies gilt zumindest, sofern das hier analysierte System des Art 44 Abs 3 B-VG durch die Gesamtänderung nicht angetastet wird). Wird also etwa Österreich durch Gesamtänderung der Bundesverfassung in einen Einheitsstaat umgewandelt, Art 17 B-VG aber beibehalten, so ist diese Bestimmung dadurch nicht grundprinzipienwidrig geworden.
- 755 Wesentlich ist dabei, dass es sich um ein von Verfassung wegen obligatorisches Verfahren handelt, dessen Anwendbarkeit nicht von der Entscheidung eines Verfassungsorgans abhängt; so auch *Schäffer/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG FN 58a. So kann auch die unterschiedliche Derogationswirkung iES von Gesamtänderungen entweder mit obligatorischer Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG oder mit Teiländerungen mit fakultativer Volksabstimmung begründet werden (vgl dazu *Wiederin*, Bundesrecht 232 mwN, der deswegen, weil in beiden Fällen eine Volksabstimmung durchgeführt wird, davon ausgeht, dass die Durchführung der Volksabstimmung nicht das entscheidende Kriterium für die Höherrangigkeit von Grundprinzipien sein kann).

Man kann auch überlegen, welche Normen andere Normen unmittelbar überlagern und so abändern können (Überlagerungswirkung). Auch hier lässt sich aber – zumindest für den Bereich der generellen Normen – kein Stufenbau nach der Überlagerungswirkung bilden; allenfalls wäre zu konstatieren, dass ein derartiger „Stufenbau“ nur eine einzige Ebene hätte, denn jede generelle Norm kann jede andere generelle Norm überlagern und so ihre Anwendbarkeit ausschließen: Verfassungswidrige Gesetze überlagern bis zu ihrer Aufhebung durch den VfGH oder den Gesetzgeber das Verfassungsrecht, gegen das sie verstoßen, weil sie bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich von Verwaltungsbehörden und Gerichten anzuwenden sind;<sup>756</sup> ebenso wie gesetzeswidrige Verordnungen bis zu ihrer Aufhebung durch den VfGH die Gesetze überlagern, gegen die sie verstoßen.<sup>757</sup> Zwischen verschiedenen generellen Normen besteht also hinsichtlich ihrer Überlagerungswirkung keine Rangordnung; als Konfliktlösungsregel kommt die *lex posterior* oder die *lex specialis* zur Anwendung.<sup>758</sup> Die Überlagerungswirkung ist aber insofern unvollkommen, als idR weder der Rechtsetzer selbst noch der VfGH die Überlagerungswirkung beachten müssen: Hinsichtlich des Rechtsetzers ergibt sich das aus dem schon oben vorgetragenen Argument, dass die verfassungsmäßige Anordnung unterschiedlicher Rechtsetzungsverfahren keinen Sinn hätte, wenn die Setzung von Rechtsakten unter Außerachtlassung dieser Vorgaben diese Vorgaben für den Rechtsetzer selbst unbeachtlich machen würde.<sup>759</sup> Ähnliches gilt hinsichtlich der Irrelevanz der Überlagerungswirkung für den VfGH: Nachdem der VfGH nach den Art 139 ff B-VG dazu berufen ist, über die Rechtmäßigkeit genereller Normen zu entscheiden, bleibt für ihn die „überlagerte“ Norm Prüfungsmaßstab und wird insofern eben nicht überlagert. Im Lichte dessen ist auch festzuhalten, dass die Überlagerungswirkung auch hinsichtlich der anderen Gerichte insofern relativiert wird, als diese nach Art 89 Abs 2 B-VG (bei den VwG und dem VwGH iVm Art 135 Abs 4 B-VG) verpflichtet sind, den VfGH anzurufen, wenn sie Zweifel an der Vereinbarkeit einer generellen Norm mit einer anderen generellen Norm mit höherem Derogationspotential<sup>760</sup> haben.

Ein anderes Bild als bei der Analyse der Derogationswirkung bietet sich bei der schematischen Betrachtung des Derogationspotentials genereller Normen in der österreichischen Rechtsordnung. Zunächst kann festgehalten werden, dass es grundsätzlich keine Normen gibt, denen „nur“ Überlagerungspotential im Ver-

756 Vgl dazu zB *Schäffert/Kneib*s in Kneib/s/Lienbacher, Art 140 B-VG Rz 24 mwN.

757 Vgl dazu zB *Aichreiter* in Kneib/s/Lienbacher, Art 139 B-VG Rz 2 mwN.

758 Dass es in diesen Fällen nur zu einer Überlagerung, nicht aber zu einer Derogation iES kommt, ergibt sich insb aus Art 140 Abs 6 B-VG.

759 Würde etwa ein kompetenzwidrig erlassenes Bundesgesetz die einschlägige Bestimmung über die Kompetenzverteilung und das Verfahren zur Änderung der Kompetenzverteilung (also zur Änderung der Verfassung) im dargestellten Sinn überlagern, könnte der Bundesgesetzgeber während der Geltung dieses Bundesgesetzes weitere entsprechende Bundesgesetze erlassen, ohne von den genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden zu sein.

760 Dazu sogleich unten.

hältnis zu anderen Normen zukommt. Dass die (zeitweise) Überlagerung einer abgeänderten Norm durch eine abändernde Norm von einem dazwischentretenen Akt abhängig ist, ist in der Verfassung nicht vorgesehen.

Fraglich ist noch, wie es um das Derogationspotential ieS genereller Normen in der österreichischen Rechtsordnung steht. In den Art 139 ff B-VG ist vorgesehen, dass der VfGH bestimmte Normen, die nicht in Einklang mit anderen Normen stehen, aufheben kann. Daraus ließe sich schließen, dass jene Normen, die im jeweiligen Verfahren Prüfungsmaßstab des VfGH sind, das Potential haben, das Geltungsende jener Normen herbeizuführen, die im fraglichen Verfahren Prüfungsgegenstand sind. Die Derogationswirkung würde in diesen Fällen aber eben nicht schon auf Grund der Geltung der Norm eintreten, die den Prüfungsmaßstab bildet, sondern wäre davon abhängig, dass der VfGH eine Aufhebung ausspricht (daher ist hier von Derogationspotential ieS und nicht von Derogationswirkung ieS die Rede).

Um zu beurteilen, ob generelle Normen in der österreichischen Rechtsordnung im Verhältnis zu anderen generellen Normen das Potential zur Derogation ieS haben, muss man aber fragen, welche Auswirkungen die Aufhebung einer Norm durch den VfGH auf die Geltung dieser Norm hat. Denn nur dann, wenn die verfassungsgerichtliche Aufhebung einer Norm wegen Verstoßes gegen eine andere Norm dazu führt, dass die aufgehobene Norm ihre Geltung verliert, kommt der ersten Norm gegenüber der aufgehobenen Norm Derogationspotential ieS zu. Wie aufgezeigt wurde führt aber die Aufhebung einer generellen Norm durch den VfGH nicht dazu, dass diese mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Aufhebung ihre Geltung verliert.<sup>761</sup> Anders als bei der Aufhebung einer Norm durch den sie erlassenden Rechtsetzer besteht zwar bei vom VfGH aufgehobenen Normen nicht mehr die Möglichkeit des Wiederinkrafttretens nach Art 140 Abs 6 B-VG;<sup>762</sup> es muss daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Norm trotz ihrer Aufhebung im Sinne einer „Reservehaltung“ unbefristet weiter gilt. Allerdings ist die Norm grundsätzlich weiterhin auf bereits verwirklichte Sachverhalte anzuwenden, was ihre Weitergeltung bis zu dem Zeitpunkt voraussetzt, zu dem all diese Sachverhalte „abgehandelt“ sind.<sup>763</sup> Die Aufhebung einer

761 *Kneibs*, Kundmachung 105 f; implizit aber auch schon *Thienel*, JBl 1994, 33, 35, der an den genannten Stellen diskutiert, inwiefern die Wirkung aufhebender Erkenntnisse sich bei bedingten und unbedingten Normen unterscheidet – für beide erwägt er aber nur das Ende bestimmter Aspekte des zeitlichen Geltungsbereichs, nicht ihrer Geltung als solcher (zwischen den beiden Aspekten differenziert er aber explizit, *Thienel*, JBl 1994, 27).

762 Weil die Aufhebung durch den VfGH bzw die entsprechende Kundmachung nicht Gegenstand eines Verfahrens nach Art 140 B-VG sein und daher auch nicht aufgehoben werden kann.

763 *Kneibs*, Kundmachung 105 f; 114 f; *Thienel*, JBl 1994, 33, 35. Anderer Ansicht offenbar *Haller*, Prüfung 118, allerdings nur für den Fall der „Aufhebung des Rechtsfolgenbereichs“ (zur Unterscheidung zwischen Rechtsfolgen- und Bedingungsbereich einer Norm *Haller*, Prüfung 109 ff) – allerdings ist unklar, ob die von *Kneibs* und *Thienel* in Erwägung gezogene Heranziehung aufgehobener Normen als Deutungsschema nicht ohnehin auch dem *Hallerschen* Rechtsfolgenbereich zuzuordnen wäre (der

generellen Norm durch den VfGH kann daher zwar zum (endgültigen) Geltungsverlust der aufgehobenen Norm führen, allerdings tritt dieser Geltungsverlust nicht schon mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Aufhebung ein, sondern erst zu einem späteren, allgemein nur abstrakt bestimmbareren Zeitpunkt.

Auch wenn aber die aufgehobene Norm mit der Aufhebung durch den VfGH nicht sofort ihre Geltung verliert, gehört sie auf Grund der Aufhebung zu einem späteren Zeitpunkt und dann endgültig nicht mehr der österreichischen Rechtsordnung an. Insofern kommt den Normen, die der VfGH in den Verfahren nach Art 139 ff B-VG als Prüfungsmaßstab heranzieht, Derogationspotential ieS hinsichtlich jener Normen zu, die im jeweiligen Verfahren Prüfungsgegenstand sind. Die in den Art 139 ff B-VG verankerten Kompetenzen des VfGH zur Prüfung genereller Normen lassen also auf eine Normenhierarchie – oder anders gewendet, auf einen Stufenbau – nach dem derogatorischen Potential ieS schließen, der der österreichischen Rechtsordnung zu Grunde liegt. Dieser Stufenbau nach dem derogatorischen Potential ieS deckt sich idR mit dem Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit bzw dem Erzeugungszusammenhang, da der VfGH nach den Art 139 ff B-VG Normen wegen Nichteinhaltung der (gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen) Erzeugungsbedingungen aufheben kann.

Es bleibt aus dem Vorgehenden also festzuhalten, dass zwischen Derogation ieS (Herbeiführung des endgültigen Geltungsverlustes) und Überlagerung zu unterscheiden ist; beides kann iwS als Derogation verstanden werden. Zu differenzieren ist außerdem zwischen den Wirkungen und dem Potential einer Norm, die bzw das diese mit Blick auf Derogationsfragen iwS hat. Generellen Normen kommt gegenüber früher erlassenen generellen Normen grundsätzlich<sup>764</sup> Überlagerungswirkung zu; Derogationspotential ieS kommt im Gegensatz dazu nur den bedingenden Normen im Hinblick auf die durch sie bedingten Normen zu. Das Derogationspotential ieS dieser Normen wird durch Entscheidungen des VfGH realisiert. Im Lichte dieser allgemeinen Überlegungen kann nun die Frage beantwortet werden, wie sich die Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung zu (teiländernden) Verfassungsgesetzen verhalten:

Dazu ist zunächst daran zu erinnern, dass die Grundprinzipien der Bundesverfassung durch das Erfordernis der Abhaltung einer Volksabstimmung bei jeder Gesamtänderung der Bundesverfassung geschützt werden, da die Änderung oder Abschaffung der Grundprinzipien eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG darstellt. „Nur“ teiländernde Verfassungsgesetze unterliegen diesem Erfordernis nicht; für sie kommen „nur“ die erhöhten Quoren des Art 44 Abs 1 B-VG zur Anwendung.<sup>765</sup>

---

das Ende der Existenz einer Norm „mit dem Verlust jeglicher rechtlicher Wirkung“ definiert, *Haller*, Prüfung 118).

764 Es sei denn, die frühere Norm ist die *lex specialis*.

765 Die auch bei Gesamtänderungen relevant sind.

Oben wurde nun darauf hingewiesen, dass – auch verfassungskonform zustande gekommene – Normen der österreichischen Rechtsordnung mit Blick auf Normen, die in anderen Erzeugungsverfahren zustande kommen, keine Derogationswirkung i.e.S. zukommt. Zwischen Normen aus verschiedenen Erzeugungsverfahren kann es zwar Überlagerungswirkungen geben; diese sind aber weder für den Verfassungsgesetzgeber noch für den VfGH beachtlich. Umgelegt auf das Verhältnis der Grundprinzipien zu teiländernden Verfassungsgesetzen heißt das nun, dass solche Teiländerungen die Grundprinzipien nicht i.e.S. derogieren können;<sup>766</sup> materiell gesamtändernde Teiländerungen führen also nicht zum Geltungsverlust des durch sie materiell betroffenen Grundprinzips. Ein solcher Geltungsverlust kann nur durch eine formelle Gesamtänderung bewirkt werden. Sehr wohl kann aber eine – unter Missachtung von Art 44 Abs 3 B-VG zustande gekommene – materiell gesamtändernde Teiländerung das von ihr abgeänderte Grundprinzip überlagern; diese Überlagerungswirkung ist aber für den VfGH irrelevant, der bei einer Prüfung der Teiländerung das höhere Derogationspotential i.e.S. des betroffenen Grundprinzips realisieren kann, indem er die Teiländerung als verfassungswidrig aufhebt.

Soll also – um dies an einem plastischen Beispiel zu verdeutlichen – der österreichische Bundesstaat durch eine Teiländerung der Verfassung abgeschafft werden, obwohl wegen der dadurch erfolgenden Abschaffung des bundesstaatlichen Grundprinzips ein Gesamtänderungsverfahren durchzuführen gewesen wäre, dann führt die durch die Teiländerung erfolgte und somit verfassungswidrige Einführung des Einheitsstaates nicht dazu, dass das bundesstaatliche Grundprinzip seine Geltung verliert. Das im Teiländerungsverfahren beschlossene Verfassungsgesetz ist wegen Verstoßes gegen das bundesstaatliche Grundprinzip – das mit Blick auf das Verfassungsgesetz über höheres Derogationspotential i.e.S. verfügt – verfassungswidrig und kann vom VfGH aufgehoben werden.<sup>767</sup>

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Überlagerungswirkung der verfassungswidrig zustande gekommenen materiellen Gesamtänderung in Form eines „einfachen“ Verfassungsgesetzes auch für den (gesamtändernden) Verfassungsgesetzgeber unbeachtlich ist. Dies hat zur Konsequenz, dass der Verfassungsgesetzgeber,

<sup>766</sup> So auch *Schäffer/Kneib*s in Kneib/s/Lienbacher, Art 140 B-VG Rz 15, insb FN 58a.

<sup>767</sup> Anzumerken ist allerdings, dass die Frage, ob das verfassungswidrige Verfassungsgesetz wegen Verstoßes gegen das Grundprinzip aufgehoben werden kann, nicht davon abhängt, ob das Grundprinzip auf Grund des verfassungswidrigen Verfassungsgesetzes seine Geltung verliert: Die Frage der Einhaltung des richtigen Verfahrens wird vom VfGH anhand der Rechtslage zum Zeitpunkt der Erlassung einer Rechtsvorschrift geprüft. Zum Zeitpunkt der Erlassung des verfassungswidrigen Verfassungsgesetzes war aber das Grundprinzip, dessen Abänderung oder Abschaffung die Einhaltung des in Art 44 Abs 3 B-VG vorgesehenen Verfahrens notwendig macht, jedenfalls noch in Geltung und bewirkt damit die Verfassungswidrigkeit des fraglichen Verfassungsgesetzes. Selbst wenn das verfassungswidrige Verfassungsgesetz seine rückwirkende Geltung anordnet, wäre das im Ergebnis nicht anders zu beurteilen: Der VfGH würde dann zuerst die Rückwirkungsbestimmung aufheben (der selbst keine Rückwirkung zukommt), bevor er das übrige Verfassungsgesetz aufhebt.

wenn er im obigen Beispiel den Bundesstaat „wieder einführen“ wollen würde, kein Gesamtänderungsverfahren einzuhalten hätte, da das bundesstaatliche Grundprinzip ja weiterhin gilt und daher durch die „Wiedereinführung“ per Teiländerung nicht wesentlich verändert wird.<sup>768</sup>

Dass eine verfassungswidrigerweise nicht im Gesamtänderungsverfahren beschlossene Verfassungsänderung nichts an der Geltung des von ihr „betroffenen“ Grundprinzips zu ändern vermag, gilt auch für den Fall, dass sämtliche materiellen Anhaltspunkte für die Existenz des Grundprinzips aus der geschriebenen Verfassung eliminiert werden, wie etwa im Beispiel der gänzlichen Abschaffung des Bundesstaates. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es dann an einer „Kundmachung“ des Grundprinzips und diesem damit an der grundlegenden Geltungsvoraussetzung fehle. Denn dass es in der österreichischen Bundesverfassung Grundprinzipien gibt, ergibt sich va aus Art 44 Abs 3 B-VG, der zumindest im Fall der Abschaffung des Bundesstaates ja nicht zwingend mitaufgehoben werden müsste.<sup>769</sup> Der materielle Inhalt des betroffenen Grundprinzips ließe sich aber zwanglos aus den Kundmachungen der dann nicht mehr in Kraft stehenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen ermitteln. Würde also der Bundesstaat durch eine Teiländerung abgeschafft, so wäre der Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips weiterhin aus dem außer Kraft stehenden Bundesverfassungsrecht und den darin befindlichen Normen über den Bundesstaat zu ermitteln.

#### 5.1.4.3 Ergebnis: Maßgeblichkeit von Grundprinzipien für die Anwendbarkeit von Art 44 Abs 3 B-VG

Aus dem Vorangehenden bleibt festzuhalten, dass die Anwendbarkeit des qualifizierten Verfassungsgesetzgebungsverfahrens des Art 44 Abs 3 B-VG davon abhängt, dass ein Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung maßgeblich geändert oder abgeschafft werden soll. Ausgangspunkt für die Ermittlung dieser Grundprinzipien ist nach dem dargelegten Verständnis das B-VG in seiner zum heutigen Zeitpunkt relevanten Stammfassung, durch das die Grundprinzipien konstituiert werden.<sup>770</sup> Die heute relevante Stammfassung ist jene des B-VG

768 Vorausgesetzt, der Bundesstaat wird bei der „Wiedereinführung“ nicht wesentlich anders ausgestaltet. Anzumerken ist dazu auch noch, dass nach der hier vertretenen Ansicht nicht die einzelnen Bestimmungen eines gesamtändernden Verfassungsgesetzes einen höheren Rang genießen, sondern das durch sie konstituierte neue oder abgeänderte Grundprinzip, das wiederum aus einer Gesamtschau des Bundesverfassungsrechts zu ermitteln ist. Insofern stellt sich auch nicht die Frage, ob bei jeder Abänderung einer Einzelbestimmung eines gesamtändernden Verfassungsgesetzes wieder das Gesamtänderungsverfahren einzuhalten ist; so aber *Janko*, Gesamtänderung 102 f.

769 Auch wenn bei einer Elimination sämtlicher bundesstaatlicher Elemente aus der Bundesverfassung wohl auch Art 42 B-VG und damit auch der in Art 44 Abs 3 B-VG enthaltene Verweis auf diese Bestimmung zu streichen wäre.

770 Anderer Ansicht etwa *Janko*, Gesamtänderung 156, der in seiner Darlegung (82 ff) aber von einem gänzlich anderen Derogations- und Stufenbauverständnis ausgeht und auch in weiterer Folge zu gänzlich anderen Ergebnissen kommt, so etwa, dass eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG

1920: Basierend auf der – die historisch erste Verfassung der heutigen Republik Österreich darstellenden<sup>771</sup> – Unabhängigkeitserklärung vom 27.04.1945<sup>772</sup> wurde mit dem Verfassungs-Überleitungsgesetz<sup>773</sup> das B-VG wieder wirksam, hinsichtlich der Grundprinzipien mangels bis zu diesem Zeitpunkt durchgeführter Gesamtänderung idF aus 1920.<sup>774</sup>

dann vorliegt, wenn der Verfassungsgesetzgeber vom „bestehenden gesamtgesellschaftlichen Verfassungskonsens“ abgeht (168, 195). Nach der hier vertretenen Ansicht wird von Art 44 Abs 3 B-VG aber kein derartiger gesellschaftlicher Konsens geschützt, sondern normative Entscheidungen der Verfassung; ebenfalls aA *Pernthaler*, Verfassungskern 8, der seine Überlegungen aber auf allgemeine Überlegungen zur Entstehung der österreichischen Bundesverfassung stützt, ohne darzulegen, warum diese für die Auslegung des Art 44 Abs 3 B-VG von Relevanz sein sollen; im Übrigen nimmt *Pernthaler* an anderer Stelle in derselben Abhandlung wiederum einen höheren Rang der Grundprinzipien an (*Pernthaler*, Verfassungskern 28).

771 So die hA, etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 49; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 37; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 67; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 01.021; *Haller*, Prüfung 99; *Jablonek*, JRP 2001, 40; *Schnitzer*, JRP 2004, 35. AA zB *Wiederin* in Schennach, Föderalismus 194.

772 StGBI 1/1945.

773 Verfassungsgesetz vom 01.05.1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929, StGBI 4/1945. Laut *Wiederin* wurde darüber kein gültiger Beschluss gefasst (*Wiederin* in Schennach, Föderalismus 193) – damit stellt das V-ÜG eine (weitere) Revolution und die eigentlich relevante, historisch erste Verfassung dar (*Wiederin* in Schennach, Föderalismus 194).

774 Wobei diesbezüglich Vieles umstritten ist. Das betrifft zunächst den Zeitpunkt, ab dem das B-VG wieder „wirksam“ bzw relevant wurde und die (Rechts-)Grundlage dafür: Diskutiert wird diesbezüglich der 19.12.1945 (Gesetzesbeschluss über ein Verfassungs-Übergangsgesetz des NR, der aber wegen Widerspruchs des Alliierten Rates nicht kundgemacht wurde; *Rill/Schäffer* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 1 B-VG Rz 36 [FN 112]; *Kneihls*, JRP 2017, 75), der 12.04.1946 (Entschließung des NR; dies andenkend *Schnitzer*, JRP 2004, 24), der 19.06.1946 (sechs Monate nach Zusammentreten des NR – maßgebliche Frist nach Art 4 Abs 2 Verfassungs-Überleitungsgesetz, StGBI 4/1945; zB *Hellbling*, ÖJZ 1947, 211; eventualiter auch *Kneihls*, JRP 2017, 76) und schließlich auch eine „latente“ Wirkung des B-VG schon vor dem 19.12.1945 (so zB *Werner*, ÖJZ 1946, 278; kritisch dazu *Schnitzer*, JRP 2004, 22 f.). Umstritten ist außerdem, ob in der Zeit zwischen 1920 und 1933 entstandene Erzeugungsfehler durch das neuerliche Wirksamwerden des B-VG idF aus 1929 saniert wurden. Dies behauptet etwa *Kneihls*, JRP 2017, 75 f. Anders zB *Haller*, Prüfung 100, der dies mit der Formulierung und der Zielsetzung des (von ihm als maßgeblich erachteten) Verfassungs-Überleitungsgesetzes, StGBI 4/1945 begründet: Demnach sollen die Verfassungsgesetze (nur) wieder in Wirksamkeit gesetzt, nicht aber saniert werden; außerdem sei eine Veränderung der verfassungsrechtlichen Grundlagen (also: der durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützten Grundprinzipien) nicht die Absicht des Verfassungsgesetzgebers gewesen. Tatsächlich sprechen die Indizien eher gegen eine Sanierung etwaiger Erzeugungsfehler: Erachtet man das Verfassungs-Überleitungsgesetz, StGBI 4/1945, als maßgeblich (zB *Wiederin* in Schennach, Föderalismus 194), so ist in dessen Art 1 die Rede davon, dass die Verfassungsgesetze „nach dem Stande der Gesetzgebung vom 5. März 1933“ und „im Sinne der Regierungserklärung, St.G.Bl. Nr. 3 von 1945 wieder in Wirksamkeit gesetzt werden“. Nun hat aber bis zu diesem angesprochenen „Stand der Gesetzgebung“ keine Gesamtänderung idS Art 44 Abs 3 B-VG stattgefunden, weswegen davon auszugehen ist, dass die Grundprinzipien der Bundesverfassung auch nach diesem Stand so ausgestaltet waren wie in der ursprünglichen Fassung des B-VG 1920. Auch in der verwiesenen Regierungserklärung wird von den „Grundsätzen unserer Verfassung von 1920“ gesprochen (StGBI 3/1945, 5). Erachtete man (mit der hL, s oben in FN 771) die Unabhängigkeitserklärung vom 27.04.1945 als historisch erste Verfassung, so wird im Übrigen auch dort in Art I der „Geiste der Verfassung von 1920“ als maßgeblich für die Wiederherstellung der Republik Österreich qualifiziert. Auch dies spricht gegen die Annahme, dass etwaige zwischen 1920 und 1933 eingetretene Erzeugungsfehler „saniert“ werden sollen und die Fassung des B-VG 1929 in der 2. Republik maßgeblich für die Ermittlung des Gehalts der Grundprinzipien idS Art 44 Abs 3 B-VG ist.

Nachfolgende Verfassungsänderungen können nur dann eine für den VfGH und den Verfassungsgesetzgeber beachtliche Veränderung der Grundprinzipien bewirken, wenn sie selbst im Gesamtänderungsverfahren beschlossen wurden. Eine Gesamtänderung hat bisher nur einmal, nämlich beim Beitritt Österreichs zur EU durch das EU-Beitritts-BVG stattgefunden. Bei der Ermittlung des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips ist daher auch zu berücksichtigen, ob es durch dieses BVG zu relevanten Änderungen gekommen ist.<sup>775</sup>

Nicht als Gesamtänderung beschlossene Verfassungsänderungen sind, wenn sie eine Veränderung des bundesstaatlichen Grundprinzips bewirken sollen, verfassungswidrig und führen nicht zu einer wirksamen Veränderung des bundesstaatlichen Grundprinzips als Maßstab für den Verfassungsgesetzgeber und den VfGH.<sup>776</sup>

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die von der Lehre<sup>777</sup> und der Rsp<sup>778</sup> angedachte Möglichkeit einer sog „schleichenden Gesamtänderung“: Dabei wird die Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht durch ein einzelnes (verfassungswidriges) Verfassungsgesetz, sondern durch das Zusammenwirken mehrerer einzelner Verfassungsänderungen bewirkt. Wenn man die Möglichkeit einer solchen schleichenden Gesamtänderung anerkennt, stellt sich allerdings die Frage, wie die durch den kumulativen Effekt mehrerer Verfassungsgesetze bewirkte Verfassungswidrigkeit geltend gemacht werden kann – ob zB nur das letzte Verfassungsgesetz anzufechten bzw aufzuheben wäre oder die Gesamtheit der die Gesamtänderung bewirkenden Verfassungsgesetze. Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Begriff der schleichenden Gesamtänderung missverständlich und zu verwerfen. Die Gesamtänderung wird nämlich nicht schleichend vorgenommen, sondern durch genau jenen Akt, der die Gesamtänderungsgrenze überschreitet; auch nur dieser Akt ist verfassungswidrig. Die Konstruktion einer schleichenden Gesamtänderung, welche durch die Kumulation mehrerer Verfassungsänderungen bewirkt wird, ist nur dann erforderlich, wenn man (anders als hier) davon ausgeht, dass sich der Inhalt der Grundprinzipien mit jeder Verfassungsänderung ändert bzw ändern könnte – nur dann bestünde die Gefahr, dass eine Mehrheit

775 Eine umfassende Untersuchung dieses Aspekts liegt soweit ersichtlich nicht vor; *Burtscher*, EG-Beitritt, kündigt in der Einleitung (16) zwar Entsprechendes an, setzt sich aber in der Folge nur mit einfachverfassungsrechtlichen Fragen und deren Verhältnis zum EG-Recht auseinander (18 ff). Zum Vorliegen einer Gesamtänderung, aber ohne detaillierte Analyse ihres Inhalts mit Blick auf den Bundesstaat etwa auch *Öblinger* in Griller ea, EU-Mitgliedschaft 117. Eine Veränderung des bundesstaatlichen Grundprinzips bezweifelnd *Rill* in Korinek/Rill, Wirtschaftsrecht 16 (FN 35).

776 Anderer Ansicht *Gamper*, Grundordnung 140; *Wiederin*, Bundesrecht 232 ff.

777 Ausführlich dazu zB *Gamper* in Bußjäger, Landesverwaltungsgerichte 8 ff mwN; s auch schon *Erma-cora*, JBl 1957, 550; *Weber*, K., Kriterien 118.

778 Zumindest in der älteren Rsp, zB VfSlg 11.829/1988; VfSlg 11.756/1988; in VfSlg 20.213/2017 wird der Begriff der „schleichenden“ Gesamtänderung hingegen pauschal als Bezeichnung für verfassungswidrige Verfassungsänderungen verwendet (die schleichend sind, weil sie nicht den Weg des Art 44 Abs 3 B-VG gehen).

solcher Änderungen nicht in ihrer Gesamtheit am Grundprinzip gemessen werden kann.

Als Beispiel für eine schleichende Gesamtänderung wird die über Jahre hinweg erfolgte Verschiebung von Kompetenzen der Länder an den Bund qualifiziert.<sup>779</sup> Eine rechtliche Beurteilung der Frage, ob hierbei eine Gesamtänderung vorliegt oder nicht, erfordert zunächst die Definition des Mindestausmaßes an Länderkompetenzen, das nach dem System des B-VG nicht unterschritten werden darf. Werden in drei aufeinander folgenden Jahren durch Verfassungsgesetz 1, 2 und 3 den Ländern jeweils Kompetenzen entzogen, so kommt es dadurch zu einer Kumulation von Kompetenzverlusten. Würde die maßgebliche Grenze des Mindestkompetenzbestands schließlich durch Verfassungsgesetz 3 erreicht, so müsste dieses – und nur dieses – als gesamtänderndes Verfassungsgesetz unter Beachtung von Art 44 Abs 3 B-VG beschlossen werden. Zwar könnte der Mindestkompetenzbestand der Länder auch durch Aufhebung der Verfassungsgesetze 1 und 2 erreicht werden; dennoch sind diese nicht verfassungswidrig: Die Frage, ob nach der Beschlussfassung über ein (Verfassungs-)Gesetz auf Grund des Vorliegens einer Gesamtänderung eine Volksabstimmung durchzuführen ist, ist eine Frage des formellen Rechts, die nach der Rechtslage zum Zeitpunkt des Zustandekommens zu beurteilen ist. Verfassungsgesetz 1 und 2 werden nicht im Nachhinein auf Grund des Inhalts von Verfassungsgesetz 3 verfassungswidrig. Verfassungsgesetz 1 und 2 führen aber auch nicht dazu, dass das aus dem bundesstaatlichen Grundprinzip erwachsende Erfordernis eines Mindestkompetenzmaßes der Länder um die von diesen Verfassungsgesetzen enthaltenen Kompetenzen gemindert wird.

#### 5.1.4.4 Das bundesstaatliche Grundprinzip

##### 5.1.4.4.1 Relevanz für Art 4 Abs 2 EUV

Auf Grund des Inhalts von Art 44 Abs 3 B-VG kommt der normhierarchischen Betrachtung bei der Untersuchung der österreichischen nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV ein hoher Stellenwert zu: Den höchsten Rang im österreichischen Verfassungsrecht nimmt nämlich ein, was „wesentlich“ für das österreichische Verfassungsrecht ist und daher ein Grundprinzip der Bundesverfassung mitkonstituiert. Art 44 Abs 3 B-VG stellt also auf Grundstrukturen (auch) der Bundesstaatlichkeit ab und knüpft das Erfordernis einer Gesamtänderung an die Abänderung dieser Grundstrukturen. Art 4 Abs 2 EUV verfolgt einen ganz ähnlichen Ansatz, indem für die Achtungspflicht auf die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen abgestellt wird. Da also die durch Art 44

<sup>779</sup> Zum Beispiel Wallnöfer in FS Korinek 292 mwN; Weber, K., Kriterien 118.

Abs 3 B-VG bewirkte Normenhierarchie genau wie Art 4 Abs 2 EUV auf grundlegende Strukturen abstellt, liegt es nahe, den Inhalt der durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützten Grundprinzipien als grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren. Die Identifizierung der bundesstaatsrelevanten nationalen Identität Österreichs geht daher Hand in Hand mit der Identifizierung des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips.

Eine Untersuchung des bundesstaatlichen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung hat, wie oben dargelegt wurde,<sup>780</sup> beim bundesstaatsrelevanten Verfassungsrecht der Stammfassung<sup>781</sup> des B-VG anzusetzen. Im Folgenden wird das österreichische Verfassungsrecht anhand des oben erarbeiteten Untersuchungsrahmens dahingehend analysiert, welche seiner bundesstaatsrelevanten Elemente grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV darstellen. Im Rahmen dessen wird auch immer wieder zu fragen sein, ob es sich bei einer Norm um einen Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips handelt. Dabei wird im Lichte der oben<sup>782</sup> herausgearbeiteten Kriterien für die systematische Untersuchung der Struktur eines bundesstaatlichen Systems bewusst nicht an Systematisierungen angeknüpft, die es bisher in der Lehre gab; auch die Rsp des VfGH wird bewusst nicht als systematischer Ausgangspunkt der Untersuchung herangezogen.<sup>783</sup> Dennoch soll zu Übersichtszwecken im Folgenden in gebotener Kürze dargestellt werden, was die „herkömmliche“ Darstellung des bundesstaatlichen Grundprinzips kennzeichnet, bevor eine zweckmäßigere Darstellung im Rahmen des oben skizzierten Untersuchungsrahmens versucht wird.

#### 5.1.4.4.2 Die herkömmliche Darstellung des bundesstaatlichen Grundprinzips

##### 5.1.4.4.2.1 Art der Darstellung

In den meisten systematischen Darstellungen des österreichischen Bundesstaatsrechts wird zwischen einer Erörterung des bundesstaatlichen Grundprinzips und einer Darstellung bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts getrennt.<sup>784</sup> Die Aus-

780 Bei 5.1.4.2.1 (= 162).

781 Siehe dazu 5.1.4.3 (= 173).

782 Bei 3.6.4.4 (= 114).

783 Eine entsprechende Übersicht insb über die Rsp des VfGH bietet zB *Gamper*, Grundordnung 143 ff.

784 Zum Beispiel *Berka*, Verfassungsrecht 48 ff (Grundprinzip), 123 ff (Kompetenzverteilung, Finanzverfassung, kooperativer Bundesstaat); 188 ff (Bundesrat, Landtage); 238 ff (unmittelbare und mittelbare Bundesverwaltung, Landesverwaltung); 387 ff (Kompetenzgerichtsbarkeit); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht 57 f (Grundprinzip); 114 ff (Bundesstaat); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss 87 ff (Grundprinzip), 156 ff (Kompetenzverteilung); 224 ff (Bundesrat); 281 ff (Vollziehung des Bundes); 388 ff (Vollziehung der Länder); das bundesstaatliche Grundprinzip in die Erörterung des bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts teilweise integrierend *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305 f (Grundprinzip); 283 ff (Bundesstaat).

einandersetzung mit der Literatur zum bundesstaatlichen Grundprinzip wird durch terminologische Unklarheiten erschwert.<sup>785</sup> Manche Abhandlungen zum „Bundesstaatsprinzip“<sup>786</sup> haben gar nicht eine Befassung mit einem aus Art 44 Abs 3 B-VG ableitbaren Grundprinzip zum Gegenstand, sondern beschreiben allgemein den Zustand und die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der österreichischen Bundesstaatlichkeit.<sup>787</sup> Häufig wird als „bundesstaatliches Prinzip“ erkennbar auch die Verwirklichung eines (aus der allgemeinen Staatslehre entnommenen) Idealtypus des Bundesstaates verstanden.<sup>788</sup> Andere Untersuchungen streben (möglicherweise) an, sich (auch) mit den durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützten Gehalten zu befassen, machen dies aber nicht explizit, sondern sprechen nur von Essentialia des (österreichischen) Bundesstaates oder führen aus, dass der österreichische Bundesstaat ohne dieses oder jenes Merkmal kein Bundesstaat mehr wäre<sup>789</sup> – ob dies eine Gesamtänderungsrelevanz iSd Art 44 Abs 3 B-VG zur Folge haben soll, ist häufig der Beurteilung durch die Leserin bzw den Leser überlassen.<sup>790</sup>

785 Vgl allgemein zu terminologischen Unklarheiten insb in der Bundesstaatsdiskussion durch die Vertreter:innen der „komplexen Bundesstaatstheorie“ *Thienel*, ZÖR 1991, 229 f.

786 Zum Beispiel *Holzinger* in Berka, Verfassungsreform 71.

787 Dahingehend unklar etwa *Pernthaler*, differenzierter Bundesstaat 15 f, der dort von den „wichtigsten verfassungsrechtlichen Prinzipien“ spricht, die dazu dienen sollen, das im Bundesstaat zum Ausdruck kommende „Ausgleichssystem“ zu verwirklichen; als solche Prinzipien nennt er etwa die Bundestreue (bzw als ungeschriebenes Äquivalent: das Berücksichtigungsprinzip) oder die bundesstaatliche Homogenität. Wie sich dies zu Art 44 Abs 3 B-VG verhält, bleibt unklar. Ähnlich unklar ist die Qualifikation des Subsidiaritätsprinzips als „theoretisches Baugesetz der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung und ein fundamentales Organisationsprinzip jeder föderalistischen und konföderalistischen Ordnung“ (*Pernthaler*, differenzierter Bundesstaat 18 f). Ebenfalls keine ersichtliche Relevanz für Art 44 Abs 3 B-VG hat die Deklaration eines „föderalistische[n] Prinzip[s] der *Eigenverantwortlichkeit*“ (*Pernthaler* in FS Häfelin 360, Hervorhebung im Original). Eine Auseinandersetzung mit dem in ihrem Beitrag eingangs erwähnten Bundesstaatsprinzip vermisst man auch bei *Stolzlechner/Stoll*, bbl 2016, 77 ff, die lediglich die punktuelle Durchbrechung einzelner bundesstaatsrelevanter Verfassungsnormen durch das Durchgriffs-BVG BGBLI 125/2015 konstatieren. Auch eine Untersuchung über das „Wesen des Bundesstaates“ (*Ermacor*, JBl 1957 521 ff und 549 ff) muss die bundesstaatliche Organisation nicht zwingend mit einem Grundprinzip iSd Art 44 Abs 3 B-VG in Verbindung bringen.

788 Zum Beispiel *Kelsen/Fröblich/Merkl* 194, wo die Regelungen des B-VG über die Organisation der Landesvollziehung erörtert werden, zu denen dann festgehalten wird, es handle sich dabei „vom Standpunkte des bundesstaatlichen Prinzips um eine gewisse Anomalie“. Vgl weiters die Auseinandersetzung mit dem bundesstaatlichen Prinzip in der Verfassungsrechtswissenschaft der 1. Republik, die bei *Kobl* in Schennach, Föderalismus 128 ff nachgezeichnet wird; eine Bezugnahme auf Art 44 Abs 3 B-VG erfolgt dort nicht. Nicht ganz klar ist der Zusammenhang zwischen Bundesstaatstheorien und allgemeinen Ausführungen zum bundesstaatlichen (Grund?-)Prinzip bei *Bußjäger* in Kahl ea, Art 2 B-VG Rz 1 ff.

789 Zum Beispiel *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 299.

790 Vgl in diesem Stil etwa *Wielinger* in FS Koja 497 („Verfassungsautonomie der Glieder als zentrales Element der Bundesstaatlichkeit“); *Pernthaler* in FS 75 Jahre B-VG 659 („*Selbstständigkeit der Länder* als eine Voraussetzung des Bundesstaates“ [Hervorhebung im Original]); *Holzinger* in FS 60 Jahre Verbindungsstelle 270 („Wesensmerkmal des Bundesstaates ist die Verfassungsautonomie der Teilstaaten“), 275 (Gesetzgebungskompetenzen der Gliedstaaten als „wesentliches Element jedes Bundesstaates“), 276 („[a]us verfassungsrechtlicher Sicht bildet die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung ein wesentliches Element des Bundesstaates“). In eine ähnliche Richtung geht es auch, wenn Inhalte des Verfassungsrechts als „bundesstaatswidrig“ bezeichnet werden, ohne dass

Sofern es sich bei den Darstellungen um gesamthafte Überblicke und nicht um die Diskussion spezifischer Einzelfragen<sup>791</sup> handelt, wird hinsichtlich des bundesstaatlichen Grundprinzips idR stark auf die Rsp des VfGH Bezug genommen<sup>792</sup> und diese (mit oder ohne Begründung) kritisiert oder befürwortet.<sup>793</sup> Andere Elemente des bundesstaatlichen Grundprinzips als jene, die bereits in der Rsp des VfGH diskutiert wurden, werden nur selten zum Gegenstand gemacht.<sup>794</sup> Die Ausführungen sind – was sicherlich zu einem großen Teil platzmäßigen Beschränkungen geschuldet ist – idR sehr voraussetzungsvoll.<sup>795</sup>

Allerdings gibt es einige Ausnahmen, was die Darstellung des bundesstaatlichen Grundprinzips angeht. *Rill* etwa setzt sich mit diesem vertieft auseinander und legt dabei offen, von welchen theoretischen Prämissen er ausgeht.<sup>796</sup> Seine

klar gemacht wird, ob damit eine Diskrepanz zwischen bundesstaatstheoretischen Vorstellungen und dem geltenden Verfassungsrecht oder aber ein Verstoß gegen Art 44 Abs 3 B-VG behauptet wird; vgl etwa *Pernthaler*, differenzierter Bundesstaat 33, der die umfassenden Vorgaben des Bundesverfassungsrechts für die Landes(verwaltungs)organisation als „bundesstaatswidrig“ bezeichnet; *Pernthaler*, ZÖR 1998, 7 (Landesautonomie sei im Gegensatz zur derzeitigen verfassungsrechtlichen Ausgestaltung „nach der Grundvorstellung des Bundesstaates richtigerweise als ‚Selbstständigkeit‘ [...] zu konstruieren“ [Hervorhebung im Original]). Ebenfalls unklar ist, ob (*Pernthaler*, ZÖR 1998, 13) aus der Nennung verfassungsrechtlicher Schranken für Reformen des Bundesstaates (ua Vorrangstellung des Landeshauptmanns) auf eine Bindung des Verfassungsgesetzgebers iSd Art 44 Abs 3 B-VG geschlossen werden soll. Ähnlich unklar auch *Pernthaler* in *Pernthaler/Weber*, Bundesaufsicht 37 („Ausgehen ist vom Prinzip der Trennung und Selbständigkeit der Staatsfunktionen von Bund und Ländern im Bundesstaat, das der Bundesverfassung unbestreitbar zugrunde liegt [...] [a]lle Abweichungen von diesem Grundprinzip des österreichischen Bundesstaatsrechts müssen ausdrücklich verfassungsrechtlich angeordnet werden“). Eindeutig im Gegensatz dazu *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 349 („Die Mitwirkung der Länder an der Staatsgewalt, insb an der Gesetzgebung, des Bundes gehört zum *Wesen des Bundesstaates* und ist deshalb Bestandteil des bundesstaatlichen Prinzips“ [Hervorhebung im Original]).

791 Wie etwa bei *Adamovich* in FS Kojas 213 ff, der sich trotz des umfassend klingenden Titels seines Beitrags („Über das bundesstaatliche Prinzip“) nur mit der Frage auseinandersetzt, ob rechtsvergleichende Überlegungen bzw Überlegungen im Rahmen der allgemeinen Staatslehre für die Bestimmung des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips Relevanz haben sollen (er bejaht dies, s insb *Adamovich* in FS Kojas 215).

792 Zum Beispiel *Willi*, ZÖR 2008, 330 f; *Gamper*, Grundordnung 135 ff.

793 Zum Beispiel *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305.

794 Insofern anders *Hellbling* in *Hellbling*, Bundesstaat 35 ff, der alle bisherigen Änderungen des B-VG auf ihre Gesamtänderungsrelevanz überprüft und sich dabei nicht maßgeblich an der Rsp des VfGH orientiert. Allerdings ist nicht ganz klar, wie er zu der Annahme kommt, dass jede Veränderung im Bund-Länder-Verhältnis gesamtänderungsrelevant sei (39; siehe auch die Beispiele in der nächsten FN).

795 Als Beispiel sei hier genannt: *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 349 („Die Mitwirkung der Länder an der Staatsgewalt, insb an der Gesetzgebung, des Bundes gehört zum *Wesen des Bundesstaates* und ist deshalb Bestandteil des bundesstaatlichen Prinzips“; „zum *Wesen* der bundesstaatlichen Organisationsform gehört und damit unter dem Schutz der Gesamtänderung der Bundesverfassung [...] steht“ [Hervorhebung im Original]); *Hellbling* in *Hellbling*, Bundesstaat zB 42 („ist verfassungsrechtlich bedenklich, da durch eine Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes und zum Nachteil der Länder herbeigeführt wurde und so eine Verletzung des *bundesstaatlichen* wie auch des *föderalistischen* Prinzips eingetreten ist“ [Hervorhebungen im Original]), 44 („verkürzt ein Recht eines Bundesorgans, ändert mithin etwas an dem Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern und widerspricht demnach dem *bundesstaatlichen* Prinzip“ [Hervorhebung im Original]), 45 („schafft eine zusätzliche Last für ein Landesorgan und widerspricht daher dem bundesstaatlichen und auch dem föderalistischen Prinzip“), jeweils ganz ähnlich auch 47, 55, 58, 62, 66 f, 77, 79, 80 f, 84 ff, 116 f.

796 *Rill* in FS Schäffer 717 ff.

Analyse unterscheidet sich auch dadurch von anderen, dass er nicht die Rsp des VfGH zum Ausgangspunkt nimmt, sondern eigeninitiativ darüber nachdenkt, welche Varianten eines Ausbaus<sup>797</sup> oder Abbaus<sup>798</sup> der Bundesstaatlichkeit eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG darstellen würden. Allerdings – das ist dem Untersuchungsinteresse seiner Abhandlung geschuldet – nimmt er als Maßstab für mögliche Verfassungsänderungen häufig auf das demokratische Grundprinzip Bezug,<sup>799</sup> das seiner Ansicht nach eine Schranke für Veränderungen der Bundesstaatlichkeit darstellt.<sup>800</sup> Insofern stellt seine Untersuchung eher eine Abhandlung über verschiedene Schranken für Veränderungen des Bundesstaates dar als eine umfassende Analyse des bundesstaatlichen Grundprinzips.

Über das bundesstaatliche Grundprinzip hinausgehend wird das bundesstaatsrelevante Verfassungsrecht bzw der österreichische Bundesstaat an vielen Stellen systematisierend erörtert. Dabei zeigt sich, dass es verschiedene Zugänge zu einer solchen Systematisierung gibt und dass es insb auch verschiedene Zugänge dazu gibt, was (noch) bundesstaatsrelevantes Verfassungsrecht darstellt.<sup>801</sup>

#### 5.1.4.4.2.2 Inhalt der Darstellung

##### 5.1.4.4.2.2.1 Scheinbar unumstrittene Inhalte

Bei den Darstellungen des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips lassen sich einige Gemeinsamkeiten und viele Unterschiede ausmachen.

Grundsätzlich unbestritten ist lediglich, dass eine Kompetenzverteilung,<sup>802</sup> eigenständige Gesetzgebungsbefugnisse von Bund und Ländern<sup>803</sup> sowie die Mit-

797 Rill in FS Schäffer 726 ff.

798 Rill in FS Schäffer 731 ff.

799 Rill in FS Schäffer 727 (bei der Beurteilung dessen, ob eine Mitwirkung der Länder an der Bundesverfassungsgesetzgebung zulässig wäre); 728 (bei der Beurteilung möglicher Varianten zur Umgestaltung des Bundesrates); 730 (dort werden das demokratische, das rechtsstaatliche und das liberale Prinzip erwähnt, um zu begründen, dass das bundesstaatliche Prinzip es nicht legitimiere, den Anwendungsbereich bestimmter Grundsätze [Legalitätsprinzip, Weisungsbindung, Grundrechtsbindung] nur auf den Bund zu beschränken bzw für Bund und Länder unterschiedliche Ausgestaltungen vorzusehen).

800 Rill in FS Schäffer 726, 729.

801 Auf die Problematik hinweisend, dass fast alle Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts bundesstaatsrelevant sind und eine erschöpfende Behandlung der damit in Zusammenhang stehenden Fragen daher schwer durchführbar ist, *Pernthaler* in FS 75 Jahre B-VG 659; dies wird im Übrigen auch dadurch illustriert, dass *Pernthalers* Werk mit dem Titel „Österreichisches Bundesstaatsrecht“ eine umfassende Aufarbeitung des (abgesehen von wenigen Ausnahmen gesamten) österreichischen Verfassungsrechts darstellt.

802 *Berka*, Verfassungsrecht Rz 164; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 70 (in Anlehnung an den VfGH); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 247; ZB *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305 (in Anlehnung an den VfGH); Rill in FS Schäffer 734; *Weber, K.*, in *Korinek/Holoubek*, Art 2 B-VG Rz 2 (in Anlehnung an den VfGH); *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 11; VfSlg 2455/1952. Aktuell dazu zB *Gamper*, BRGÖ 2021, 345 f.

803 *Berka*, Verfassungsrecht Rz 165; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 70; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 160; VfSlg 2455/1952. Hinsichtlich der Länder gehört dazu nach über-

wirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes<sup>804</sup> Teile des bundesstaatlichen Grundprinzips ausmachen.

Bei einer näheren Betrachtung zeigt sich aber, dass die diesbezügliche Übereinstimmung nur an der Oberfläche besteht: So finden sich zB keine tiefgehenden Einlassungen dazu, wie denn eine solche Kompetenzverteilung auszusehen hat, um dem bundesstaatlichen Grundprinzip zu entsprechen – würde etwa eine verfassungsrechtliche Bestimmung, welche die Ausgestaltung der Kompetenzverteilung zur Gänze einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern überlässt, dem bundesstaatlichen Grundprinzip in diesem Sinn genügen? Auch dort, wo die Rede davon ist, dass es (Bund und) Ländern möglich sein muss, Gesetzgebungsbefugnisse „autonom“<sup>805</sup> bzw „selbstständig“<sup>806</sup> auszuüben, wird zumeist nicht näher definiert, was dies bedeutet.<sup>807</sup> Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass unterschiedliche Bundesstaatstheorien der betreffenden Autorinnen und Autoren hier zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen könnten – obwohl rein semantisch dieselben Begriffe verwendet werden.

---

wiegender Ansicht auch (relative) Verfassungsautonomie; statt vieler zB *Pürgy* in *Pürgy*, *Recht der Länder Rz 11*, 23 ff. Vgl. weiters *Öhlinger* in *Hummer*, *Paradigmenwechsel* 79 f, der davon ausgeht, dass eine Reduktion der Landesgesetzgebungsbefugnisse auf die landesspezifische Ausführung von Bundesgesetzen (ähnlich dem derzeitigen Modell des Art 12 B-VG) eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen würde.

- 804 Zum Beispiel *Berka*, *Verfassungsrecht Rz 164*; *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht Rz 70*; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Grundriss Rz 160*, 412; *Pernthaler*, *Bundesstaatsrecht* 305, 349; *Jabloner*, *JRP* 2001, 43; *Rill* in *FS Schäffer* 726, 728; *Weber, K.*, in *Korinek/Holoubek*, *Art 2 B-VG Rz 2* (in Anlehnung an den VfGH); *Pürgy* in *Pürgy*, *Recht der Länder Rz 11*; *Pernthaler/Rath-Kathrein* in *FS Rill* 1995, 202, 206; *VfSlg* 2455/1952.
- 805 Zum Beispiel *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht Rz 70*: „Existenz der Länder als autonome Träger der Staatsgewalt“; „Beseitigung eines substantiellen autonomen Wirkungsbereichs der Länder“. Weiters zB *Pernthaler* in *FS 75 Jahre B-VG*, der Autonomie definiert als „echte Selbstordnungsfähigkeit, die inhaltlich nicht vorgeprägt, sondern nur durch Bundesverfassungsrecht begrenzt ist“ (*Pernthaler* in *FS 75 Jahre B-VG* 668, ebenso *Pernthaler*, *differenzierter Bundesstaat* 13) – damit bleibt allerdings offen, wie weit denn nun die Begrenzung durch das Bundesverfassungsrecht reicht. Etwas anders nuanciert, im Ergebnis aber hinsichtlich der Relevanz für Art 44 Abs 3 B-VG ebenfalls unklar, definiert *Pernthaler*, *ZÖR* 1969, 375 die Autonomie der Länder als „ursprüngliche und nicht als abgeleitete rechtliche Selbstordnungsfähigkeit [...], die allerdings durch Bundesverfassungsrecht begrenzt werden kann“ (Hervorhebung im Original).
- 806 Zum Beispiel *Berka*, *Verfassungsrecht Rz 164* (dort wird die Unklarheit des Begriffs „selbstständig“ noch durch den Nachsatz „und in weitgehender Unabhängigkeit voneinander“ verstärkt).
- 807 Eine umfassende Auseinandersetzung mit der Frage, was die Selbstständigkeit der Länder bedeutet, findet sich bei *Pernthaler* in *FS 75 Jahre B-VG* 658 ff; etwas kürzer, aber im Wesentlichen gleichlautend, auch bei *Pernthaler*, *differenzierter Bundesstaat* 11 ff. Allerdings bleiben auch die Ausführungen dort eher abstrakt, wenn etwa dargelegt wird, dass Selbstständigkeit bedeute, dass „die Staatlichkeit der Länder nicht vom Bund bestimmt, koordiniert oder auch nur beaufsichtigt wird, sondern aus dem politischen Prozeß in den Ländern selbst gestaltet und verantwortet werden soll“ (*Pernthaler* in *FS 75 Jahre B-VG* 667, gleichlautend *Pernthaler*, *differenzierter Bundesstaat* 12); auch der Hinweis, die Selbstständigkeit der Länder sei „neben der Eigenständigkeit der Bundesgewalt das wichtigste Grundprinzip im Bundesstaat“ (669), determiniert die inhaltliche Bedeutung der Selbstständigkeit nicht näher (und bleibt auch hinsichtlich der Beantwortung der Frage, inwiefern die Selbstständigkeit der Länder für die Gesamtänderungsschwelle des Art 44 Abs 3 B-VG relevant ist, unklar); ebenfalls eher unklar *Pernthaler*, *Bundesstaatsrecht* 459 f.

## 5.1.4.4.2.2 Strittige Inhalte

Zu den genannten Teilaspekten des bundesstaatlichen Grundprinzips, bei denen es wenigstens noch an der Oberfläche Übereinstimmung zu geben scheint, kommen zahlreiche weitere Aspekte hinzu, bei denen es offensichtliche Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Literatur bzw zwischen dieser und dem VfGH gibt. Dies betrifft etwa die Frage, inwiefern die mittelbare Bundesverwaltung einen Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips ausmacht. Der VfGH bejaht dies<sup>808</sup> – in einer Entscheidung, die nicht zuletzt auf Grund ihres Argumentationsstils viel Kritik nach sich gezogen hat.<sup>809</sup> In seiner Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung kommt *Schäffer* etwa zu dem Ergebnis, dass die mittelbare Bundesverwaltung keinen Bestandteil des von Art 44 Abs 3 B-VG geschützten bundesstaatlichen Grundprinzips ausmache.<sup>810</sup> Zahlreiche andere Autorinnen und Autoren wiederum konstatieren zwar ebenfalls, dass die mittelbare Bundesverwaltung nicht per se durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützt wäre, erachten aber die Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung zu Gunsten einer rein unmittelbaren Bundesverwaltung als Verletzung des bundesstaatlichen Grundprinzips<sup>811</sup> und/oder halten fest, dass die Ersetzung der mittelbaren Bundesverwaltung durch Landesverwaltung (iSd des Art 11 B-VG) keine Gesamtänderung darstellen würde.<sup>812</sup> Tragendes Argument dafür ist im Wesentlichen, dass die mittelbare Bundesverwaltung den Ländern (beschränkten) Einfluss auf die Vollziehung von Bundesgesetzen ermögliche, der nicht verringert werden könne, ohne eine Gesamtänderung der Bundesverfassung zu bewirken.<sup>813</sup>

Strittig ist auch, inwiefern die Regelungen über Änderungen im Bestand der Länder einen Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips ausmachen: Art 2 Abs 3 B-VG regelt inzwischen, dass eine Änderung im Bestand der Länder „auch“ einer verfassungsgesetzlichen Regelung der Länder bedarf.<sup>814</sup> Mit dem

808 VfSlg 11.403/1987. Nicht ausgesprochen kritisch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 160; aktuell zB *Egger*, ÖJZ 2018, 901.

809 Zum Beispiel *Schäffer*, ZfV 1988, 361 ff; ausführlich auch *Jablonek*, Mitwirkung 39 ff; vgl weiters *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305 f.

810 *Schäffer*, ZfV 1988, 368 ff. Ähnlich auch *Jablonek*, Mitwirkung 42.

811 Zum Beispiel *Rill* in FS Schäffer 736.

812 *Rill* in FS Schäffer 730; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 306; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 72; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 10.008, 13.008; eine Tendenz in diese Richtung andeutend *Berka*, Verfassungsrecht Rz 164; eine „einschneidende Änderung“ der mittelbaren Bundesverwaltung als Gesamtänderung qualifizierend *Koja*, Bundesländer 21.

813 *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 306; *Rill* in FS Schäffer 735 f.

814 Siehe dazu *Bußjäger*, ZÖR 2009, 115 ff. Zur Regelung des Art 3 Abs 2 B-VG 1920 s etwa *Vašek*, Revisionsschranken 160 ff; ebenso bedürfen seit BGBl I 2/2008 Einschränkungen der in Art 2 und 3 B-VG normierten Mitwirkungsrechte der Länder nach Art 2 Abs 3 B-VG auch verfassungsgesetzlicher Regelungen der Länder. Der Bundesstaat wurde dadurch „wehrhaft“ (*Vašek*, Revisionsschranken 186), weil der gesamtändernde Bundesverfassungsgesetzgeber die dort genannten Mitwirkungsrechte nicht mehr abschaffen kann. Dies steht in Konflikt mit dem demokratischen Prinzip; dazu ausführlich *Vašek*, Revisionsschranken 184 ff.

Begriff des Bestands der Länder ist deren territoriale Zusammensetzung gemeint; Änderungen im Bestand der Länder wären also etwa die Teilung eines Landes oder die Aufnahme eines neuen Landes in den Bund.<sup>815</sup> Vom Begriff der Änderung im Bestand der Länder ist somit auch jede zahlenmäßige Veränderung der Länder erfasst. Auf Grund von Art 2 Abs 3 B-VG ist klar, dass eine solche Änderung im Bestand der Länder einer bundesverfassungsrechtlichen Regelung bedarf, aber noch nichts darüber gesagt, ob es sich dabei um eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG handelt. Dasselbe gilt im Übrigen für die in Art 3 Abs 2 B-VG 1920 enthaltene Vorgängerregelung, die ebenfalls eine besondere Erzeugungsform für Grenzänderungen vorsah, selbst aber keine Aussage über die Gesamtänderungsrelevanz solcher Änderungen enthielt.<sup>816</sup> Für das Vorliegen einer volksabstimmungspflichtigen Gesamtänderung zumindest bei der Beseitigung eines oder mehrerer Bundesländer wird ins Treffen geführt, dass der österreichische Bundesstaat maßgeblich durch die historische Tradition der Länder bzw Kronländer geprägt sei.<sup>817</sup> Allerdings wird gleichzeitig eingestanden, dass ein Drittel der heute bestehenden Länder (Niederösterreich, Wien, Burgenland) keine entsprechende Tradition vorweisen kann.<sup>818</sup>

Zum Teil<sup>819</sup> wird auch eine „föderalistische Auslegungsmaxime“ als Teil eines bundesstaatlichen Grundprinzips qualifiziert,<sup>820</sup> deren Inhalt es sein soll, dass Bestimmungen des Verfassungsrechts – insb solche der Kompetenzverteilung – im Zweifel zu Gunsten der Länder auszulegen sind.<sup>821</sup>

Umstritten ist weiters die Frage, inwiefern eine Landesbürgerschaft einen Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips ausmacht – der VfGH verneinte dies,<sup>822</sup> Teile der Lehre kritisieren ihn dafür.<sup>823</sup>

815 Vgl dazu RV 312 BlgNR 23. GP, 5 sowie *Weber, K.*, in *Korinek/Holoubek*, Art 2 B-VG Rz 15/1 ff. Für reine Grenzänderungen zwischen den Bundesländern ist Art 3 Abs 3 B-VG einschlägig.

816 Dazu *Vašek*, Revisionsschranken 160 ff.

817 *Rill* in FS Schäffer 732.

818 *Rill* in FS Schäffer 732.

819 Dies verneinend *Gamper*, Grundordnung 172, der zufolge die föderalistische Auslegungsmaxime nicht Bestandteil, sondern Konsequenz des bundesstaatlichen Grundprinzips ist.

820 Nicht ganz eindeutig *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 289 („dem Bundesstaat entspricht es [...]“, allerdings wird nicht explizit auf Art 44 Abs 3 B-VG Bezug genommen); *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 3228 („theoretisch höchst bedeutsam“); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* Grundriss Rz 299 (in Anlehnung an den VfGH); *Werner*, JBl 1960, 163 („steht mit dem föderalistischen Prinzip unserer Bundesverfassung im Zusammenhang“); VfSlg 2977/1956. Dagegen *Wiederin*, ZfV 2015, 240.

821 Kritisch dazu zB *Gamper* in *Gamper*, Kompetenzverteilung 599 f.

822 VfSlg 2455/1952; dazu ausführlich *Gamper*, Grundordnung 192 ff.

823 Kritisierend insb *Pernthaler/Weber*, Landesbürgerschaft 30 ff, die dabei insb darauf Bezug nehmen, dass die Landesbürgerschaft ein „Ausfluss der Staatlichkeit der Länder“ sei. Vgl auch *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 306; weiters *Hellbling* in *Hellbling*, Bundesstaat 38 (der davon ausgeht, dass die Aufteilung in eine Bundes- und Landesbürgerschaft selbst ein eigenes Grundprinzip darstellt).

Das vom VfGH<sup>824</sup> entwickelte bundesstaatliche Berücksichtigungsprinzip wird schließlich von Teilen der Literatur (zumindest) im Nahebereich des bundesstaatlichen Grundprinzips angesiedelt,<sup>825</sup> während andere Stimmen in der Literatur schon an der einfach-verfassungsrechtlichen Grundlage für die Rsp des VfGH zweifeln.<sup>826</sup>

Vereinzelt wird das 1984 eingeführte Zustimmungsrecht des Bundesrates zu Verfassungsgesetzen, mit denen die Zuständigkeiten der Länder verringert werden (Art 44 Abs 2 B-VG), als Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips qualifiziert.<sup>827</sup>

#### 5.1.4.4.2.3 (Selbstverständliche und daher?) wenig beachtete Inhalte?

Dann gibt es wiederum Elemente, die, soweit ersichtlich, vollkommen unbestritten sind; und vielleicht, weil sie so selbstverständlich sind, finden sie in manchen überblicksmäßigen Darstellungen des bundesstaatlichen Grundprinzips gar keine Erwähnung. Dazu zählt zB der Bestand von Ländern als Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips (und damit in Zusammenhang stehend die Frage, ob der konkrete Bestand der Bundesländer von Art 44 Abs 3 B-VG geschützt wird).<sup>828</sup>

Ein weiterer, bei der Darstellung des bundesstaatlichen Grundprinzips oft vernachlässigter<sup>829</sup> Aspekt betrifft die Frage, inwiefern die bundesstaatliche Relativierung des Gleichheitssatzes einen Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips iSd Art 44 Abs 3 B-VG ausmacht.<sup>830</sup>

Schließlich hat der VfGH zahlreiche Kompetenzen mit bundesstaatlicher Relevanz,<sup>831</sup> deren Bedeutung für das bundesstaatliche Grundprinzip auch nur selten

824 Zum Beispiel VfSlg 10.292/1984, 15.552/1999, aktuell zB VfSlg 19.954/2015. Statt vieler dazu zusammenfassend *Pürgy* in *Pürgy*, *Recht der Länder* Rz 68 ff.; *Lebitsch-Buchsteiner*, *Rücksichtnahmepflicht* mwN.

825 Zum Beispiel *Novak* in *FS Häfelin* 337 ff, 349 (zur diesbezüglichen Rsp des VfGH: „das Prinzipielle des bundesstaatlichen Prinzips wird ausgeleuchtet und in greifbare Massstäbe umgesetzt“); nicht ganz eindeutig *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht* Rz 169.

826 *Weiser*, *Berücksichtigung* insb 160 ff.

827 *Bußjäger*, *Zustimmungsrechte* 73 f.

828 Vgl aber zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Grundriss* Rz 183: „Weitgehende Veränderungen im Bestand der Länder werden eine Gesamtänderung der Verfassung bedeuten“; sowie *Bußjäger* in *Kahl* ea, *Art 2 B-VG* Rz 23 ff.

829 Siehe aber die umfassende Auseinandersetzung bei *Bußjäger*, *JBl* 2007, 292; vgl weiters zB VfSlg 8247/1978.

830 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Grundriss* Rz 1356 (in Anlehnung an den VfGH). Nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip gestellt bei *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht* Rz 802.

831 Etwa jene zur Kompetenzfeststellung nach Art 138 Abs 2 B-VG (eingeführt mit BGBl 268/1925); aber auch Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren nach Art 139 und 140 B-VG haben eine bundesstaatliche Konnotation, weil derartige Verfahren jeweils wechselseitig vom Bund bzw von den Ländern im Hinblick auf Landes- bzw Bundesrechtsakte eingeleitet werden können. Vgl zu all dem etwa *Gamper* in *Gamper*, *Kompetenzverteilung* 575 ff.

diskutiert wird.<sup>832</sup> Auch die Relevanz anderer Konfliktlösungsregeln<sup>833</sup> für auftretende Konflikte zwischen Bundes- und Landesrechtsakten für das bundesstaatliche Grundprinzip wird soweit ersichtlich nicht thematisiert.

#### 5.1.4.4.2.2.4 Nicht mehr vertretene (Extrem-)Ansichten

Schließlich gibt es noch Ansichten, die heute, soweit ersichtlich, nicht mehr ernsthaft vertreten werden. Dazu gehört zB die Überlegung, dass jede Änderung der Kompetenzverteilung eine Änderung des bundesstaatlichen Grundprinzips und damit gesamtänderungspflichtig sei.<sup>834</sup> Ebenfalls nicht mehr vertreten wird ein Verständnis des bundesstaatlichen Grundprinzips, wonach jede Veränderung im Bund-Länder-Verhältnis – und damit im Ergebnis: jede Abänderung von bundesstaatsrelevantem Verfassungsrecht – eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG begründet.<sup>835</sup> Derartige Ansichten verkennen den Zweck des in Art 44 Abs 3 B-VG normierten Gesamtänderungsverfahrens, das eben nicht auf alle Verfassungsänderungen zur Anwendung kommen soll.

#### 5.1.4.4.2.2.5 Probleme des herkömmlichen Zugangs

Wie in den vorangehenden Ausführungen zu zeigen versucht wurde, bringen die herkömmlichen Zugänge zur Darstellung des österreichischen Bundesstaatsrechts und insb des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips iSd Art 44 Abs 3 B-VG einige Probleme mit sich.

So zeigt ein Blick in die gängigen Lehrbücher zum österreichischen Verfassungsrecht, dass Vieles als „bundesstaatsrelevant“ qualifiziert werden kann.<sup>836</sup>

832 Vgl aber zB *Jabloner*, JRP 2001, 43; ohne Bezugnahme auf Art 44 Abs 3 B-VG *Klecatsky* in *Hellbling*, *Föderalismus* 167 ff („Welch hohe Bedeutung der Bundesverfassungsgesetzgeber von Anbeginn unserer demokratischen Republik an der föderalistischen Struktur der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts beigemessen hat [...]“); *Pernthaler/Weber*, *Der Staat* 1982, 589 (die die mangelnde Behandlung des Themas problematisieren).

833 Vgl dazu *Wiederin*, *Bundesrecht* 70 ff. Zum Berücksichtigungsprinzip s aber schon oben bei 5.1.4.4.2.2 (= 182).

834 Dies unter Zugrundelegung der *Kelsenschen* Drei-Kreise-Theorie annehmend *Öhlinger*, *Bundesstaat* 20 f – er tut dies allerdings va, um die „betont föderalistische Tendenz“ (*Öhlinger*, *Bundesstaat* 11) der Drei-Kreise-Theorie vorzuführen. Ohne theoretische Reflexion, vom Ergebnis her aber ähnlich *Hellbling* in *Hellbling*, *Bundesstaat* 39.

835 *Hellbling* in *Hellbling*, *Bundesstaat* zB 42 („ist verfassungsrechtlich bedenklich, da durch eine Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundes und zum Nachteil der Länder herbeigeführt wurde und so eine Verletzung des *bundesstaatlichen* wie auch des *föderalistischen* Prinzips eingetreten ist“ [Hervorhebungen im Original]), 44 („verkürzt ein Recht eines Bundesorgans, ändert mithin etwas an dem Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern und widerspricht demnach dem *bundesstaatlichen* Prinzip“ [Hervorhebung im Original]), 45 („schafft eine zusätzliche Last für ein Landesorgan und widerspricht daher dem bundesstaatlichen und auch dem föderalistischen Prinzip“).

836 Auf die Problematik hinweisend, dass fast alle Bestimmungen des Bundesverfassungsrechts bundesstaatsrelevant sind und eine erschöpfende Behandlung der damit in Zusammenhang stehenden Fragen daher schwer durchführbar ist, *Pernthaler* in *FS* 75 Jahre B-VG 659; dies wird im Übrigen

Dabei wird der Bundesstaat aber regelmäßig nicht in all seinen Facetten dargestellt, weil etwa die Zusammenhänge zwischen bundesstaatlicher Organisation und Grundrechten oder auch jene zwischen der bundesstaatlichen Organisation und der Einwirkung des Völkerrechts außenvorgelassen oder zumindest nur sehr knapp behandelt werden.

Die Auswahl jener Aspekte des Bundesstaates, die Relevanz für eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG haben könnten, orientiert sich im Gegensatz dazu fast ausschließlich an der existierenden Rsp des VfGH und ist insofern sehr limitiert, sowohl was den Umfang der Auseinandersetzung betrifft als auch im Hinblick auf die argumentative Auseinandersetzung mit den konkreten Aspekten. Dies liegt auch daran, dass der VfGH selbst in seiner Rsp zT apodiktisch vorgeht und auf abstrakte Maßstäbe wie das „Wesen des Bundesstaates“<sup>837</sup> Bezug nimmt.

Dort, wo auf das bundesstaatliche Grundprinzip als Gesamtänderungsschwelle iSd Art 44 Abs 3 B-VG eingegangen wird, kommt es (auch beim VfGH<sup>838</sup>) außerdem häufig zu einer Vermischung von Argumenten aus der allgemeinen Staatslehre (in Form eines Abgleichs mit einem Idealtyp eines Bundesstaats) bzw der vergleichenden Föderalismus- und Bundesstaatsforschung.<sup>839</sup> Häufig wird auch die Zuschreibung als „bundesstaatsfreundlich“ mit „länderfreundlich“ gleichgesetzt.<sup>840</sup>

Abgesehen von Hinweisen auf die praktische Relevanz eines Aspekts des Bundesstaatsrechts oder von Hinweisen darauf, dass ein Element des Bundesstaates auch in allen anderen Bundesstaaten vorzufinden sei, fehlt es idR an einem (offengelegten) Maßstab dafür, welche Aspekte des bundesstaatsrelevanten Ver-

auch dadurch illustriert, dass *Perntalers* Werk mit dem Titel „Österreichisches Bundesstaatsrecht“ eine umfassende Aufarbeitung des (abgesehen von wenigen Ausnahmen gesamten) österreichischen Verfassungsrechts darstellt.

837 Zum Beispiel VfSlg 5676/1968; aktuell zB VfSlg 19.964/2015; ähnlich auch: „Wesen der bundesstaatlichen Organisationsform“, VfSlg 2455/1952; „Natur des Bundesstaates“, VfSlg 2674/1954; „Idee des Bundesstaates“ in VfSlg 1030/1928. Weitere Beispiele bei *Gamper*, Grundordnung 143 ff. Vgl aus der Literatur zB den Beitrag von *Ermacor*, JBl 1957, 521 ff, der den Titel „Über das Wesen des österreichischen Bundesstaates in Theorie und Praxis“ trägt (sich aber wiederum nicht mit Art 44 Abs 3 B-VG befasst).

838 Zum Beispiel VfSlg 2455/1952, wo für die Ermittlung des bundesstaatlichen Grundprinzips als relevant erachtet wird, was in anderen bundesstaatlichen Verfassungen normiert ist.

839 *Perntaler*, Bundesstaatsrecht 349 („Die Mitwirkung der Länder an der Staatsgewalt, insb an der Gesetzgebung, des Bundes gehört zum *Wesen des Bundesstaates* und ist deshalb Bestandteil des bundesstaatlichen Prinzips“ [Hervorhebung im Original]) und 350, wo er ausführt, dass die Mitwirkung des Bundes an der Landesgesetzgebung nicht Teil des bundesstaatlichen Prinzips sei, weil „[d]iese zentrale Kontrolle der Landesgesetzgebung [...]weder in den USA noch in anderen typischen Bundesstaaten vorgesehen“ sei und daher eine „Eigenart der österreichischen Bundesverfassung“ darstelle; weiters zB 483, wo festgestellt wird, dass sich in allen Bundesstaaten eine „Bundesaufsicht“ finden lasse und diese daher „zum Inhalt des bundesstaatlichen Baugesetzes“ zähle.

840 Anders *Gamper*, Grundordnung 179, die eine entsprechende Differenzierung vornimmt. Ebenfalls anders offenbar *Hellbling* in *Hellbling*, Bundesstaat, 37 ff der vom Bestehen eines „bundesstaatlichen“ (= bundesfreundlichen) und eines „föderalistischen“ (= länderfreundlichen) Prinzips der Bundesverfassung auszugehen scheint.

fassungsrechts so grundlegend für die verfassungsrechtliche Konstituierung des Bundesstaates sind, dass ihre Abschaffung oder Abänderung eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG darstellen würde. Nicht ganz nachvollziehbar ist auch, wenn eine Gesamtänderung nur deswegen verneint wird, weil der Bundesstaat durch eine diskutierte Maßnahme „gestärkt“ würde<sup>841</sup> – denn auch eine „Stärkung“ des Bundesstaates könnte ja uU eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen. Die Qualifizierung als gesamtänderungsrelevant erscheint daher oft willkürlich (bzw judikaturgetrieben). Auffällig ist auch die Häufigkeit, mit der die zentralistische Ausgestaltung des österreichischen Bundesstaates als für diesen charakteristisch qualifiziert wird<sup>842</sup> – diese Feststellung hat aber idR nicht zur Folge, dass die betreffenden Autorinnen und Autoren (auch) zentralistische Aspekte der bundesstaatlichen Organisation als gesamtänderungsrelevant qualifizieren.<sup>843</sup>

### 5.1.5 Vorgehensweise zur Ermittlung der bundesstaatlichen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV

Die genannten Probleme sind möglicherweise eine Ursache dafür, dass es in Österreich bisher keine umfassende Aufarbeitung des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips gibt. Tatsächlich erweist es sich als schwierig, einen Maßstab dafür zu finden, welche Elemente des bundesstaatsrelevanten Verfassungsrechts gesamtänderungsrelevant iSd Art 44 Abs 3 B-VG sind, gerade wenn man – wie in der vorliegenden Untersuchung – keinen materiellen Bundesstaatsbegriff zu Grunde legt und sich nicht nur mit einer Aufarbeitung der bestehenden Rsp des VfGH begnügen möchte.

Gerade hier kann sich nun der oben skizzierte Untersuchungsrahmen bewähren, der an der Kompetenzverteilung ansetzt und die Aspekte eines Bundesstaates danach ordnet, ob sie Voraussetzungen der Kompetenzverteilung, konkrete verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Kompetenzverteilung oder Konsequenzen der Kompetenzverteilung sind.

841 Zum Beispiel *Bußjäger*, Zustimmungsrechte 73; *Hellbling* in Hellbling, Bundesstaat 87.

842 Zum Beispiel *Ermacora*, JBl 1957, 549 f; *Melichar*, ZÖR 1967, 251; *Holzinger* in FS Schäffer 278 f; *Weber, K* in Schambeck, Bundesstaat 41 ff; *Holzinger* in Schambeck, Bundesstaat 235 f; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 289; *Erk*, Publius 2004, 1 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 13.011, 13.020 ff; mit Hinweis auf finanzwissenschaftliche Daten *Bußjäger*, Homogenität 10 ff.

843 Tendenziell etwas anders *Pürgy* in Pürgy, Recht der Länder Rz 11, der die Kompetenzverteilung und die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung als Aspekte des bundesstaatlichen Grundprinzips qualifiziert, dann aber ausführt, dass sich gerade bezüglich dieser Aspekte zeige, „dass Österreich ein relativ schwach ausgebildeter Bundesstaat ist“. Ebenfalls anders *Gamper* in Gamper, Kompetenzverteilung 600, die explizit darauf hinweist, dass die zentralistische Ausgestaltung der österreichischen Kompetenzverteilung dagegen sprechen könnte, eine „föderalistische Auslegungsmaxime“ mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip zu begründen.

Dass dieser Ansatz gerade auch für den österreichischen Bundesstaat zielführend sein kann, wird dadurch nahegelegt, dass die Existenz einer Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in Literatur<sup>844</sup> und Rsp<sup>845</sup> ganz unbestritten als „Wesensmerkmal“ eines Bundesstaates und damit als Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips qualifiziert wird.

Einen eindeutigen Maßstab dafür, was denn nun als Gesamtänderung des bundesstaatlichen Grundprinzips iSd Art 44 Abs 3 B-VG qualifiziert werden kann und was nicht, bietet der Untersuchungsrahmen zwar nicht – er ist eben genau das: ein Rahmen, der dazu dient, Problemstellungen überhaupt als solche zu identifizieren. Für die Lösung der durch ihn sichtbar werdenden Probleme bietet er keine eindeutige Antwort; Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen, bleibt Auslegungssache.

Für die Beantwortung der hier eigentlich interessierenden Frage nach den bundesstaatsrelevanten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV können im Übrigen wie oben dargelegt politikwissenschaftliche Charakterisierungen des österreichischen Bundesstaates und andere spezielle verfassungsrechtlich vorgesehene Erzeugungsverfahren Hinweise darauf geben, dass etwas als Bestandteil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren ist. Insofern ist das – im Einzelnen sehr schwierig abgrenzbare – bundesstaatliche Grundprinzip zwar ein zentraler,<sup>846</sup> aber nicht der einzige Anhaltspunkt für die Bestimmung der bundesstaatlichen Identität Österreichs.

## 5.2 Strukturelle Voraussetzungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung

Der österreichische Bundesstaat setzt sich nach Art 2 Abs 2 B-VG aus neun Bundesländern zusammen. Die Existenz des Bundes ergibt sich implizit aus zahlreichen Regelungen des B-VG.<sup>847</sup> Im Folgenden soll zunächst diskutiert werden, ob das österreichische Verfassungsrecht, und dabei insb auch das bundesstaatliche Grundprinzip, die Existenz der Länder dauerhaft sicherstellt, bevor Entsprechendes für den Bund überlegt wird.

Zunächst lässt sich ganz allgemein festhalten, dass ein „Bundesstaat“, in dem es keine Länder, sondern nur den Bund gibt, kein Bundesstaat im eigentlichen

844 Berka, Verfassungsrecht Rz 164; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 70 (in Anlehnung an den VfGH); Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss Rz 247; ZB Perntaler, Bundesstaatsrecht 305 (in Anlehnung an den VfGH); Rill in FS Schäffer 734; Weber, K., in Korinek/Holoubek, Art 2 B-VG Rz 2 (in Anlehnung an den VfGH); Pürgy in Pürgy, Recht der Länder Rz 11.

845 Grundlegend VfSlg 2455/1952.

846 Vgl. Obwexer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 32.

847 Zum Beispiel Art 2 Abs 1 B-VG, Art 3 bis 5 B-VG, Art 10 ff B-VG (Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern), Art 24 ff (Gesetzgebung des Bundes), Art 60 ff B-VG (Vollziehung des Bundes).

Sinn wäre. Insofern ist die Existenz von Ländern wesensmäßige Voraussetzung für die Bundesstaatlichkeit. Eine vollkommene, ersatzlose Abschaffung der Länder wäre eine Abschaffung der Bundesstaatlichkeit und damit auf Grund der Abschaffung des bundesstaatlichen Grundprinzips eine nach Art 44 Abs 3 B-VG volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung der Bundesverfassung.

Man kann sich aber auch die spezifischere Frage stellen, ob die Anzahl der Länder als Voraussetzung des österreichischen Bundesstaates durch das bundesstaatliche Grundprinzip geschützt wird. Wäre dies der Fall, so würde eine Änderung in der Zahl der Länder eine volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen.<sup>848</sup> Art 2 Abs 3 B-VG regelt inzwischen, dass eine Änderung im Bestand der Länder „auch“ einer verfassungsgesetzlichen Regelung der Länder bedarf.<sup>849</sup> Mit dem Begriff des Bestands der Länder ist deren territoriale Zusammensetzung gemeint; Änderungen im Bestand der Länder wären also etwa die Teilung eines Landes, die Zusammenlegung von Ländern, der Ausschluss eines Landes oder die Aufnahme eines neuen Landes in den Bund.<sup>850</sup> Vom Begriff der Änderung im Bestand der Länder ist somit auch jede zahlenmäßige Veränderung der Länder erfasst. Art 2 Abs 3 B-VG legt fest, dass eine solche Änderung im Bestand der Länder einer bundesverfassungsrechtlichen Regelung bedarf, trifft aber keine Aussage dazu, ob auch Art 44 Abs 3 B-VG in diesem Fall zur Anwendung kommen soll. Gleiches gilt für die in Art 3 Abs 2 B-VG 1920 enthaltene Vorgängerregelung, die ebenfalls eine besondere Erzeugungsform für Grenzänderungen vorsah, selbst aber keine Aussage über die Gesamtänderungsrelevanz solcher Änderungen enthielt.<sup>851</sup> Art 114 B-VG 1920 enthielt eine Regelung über die Entstehung des selbstständigen Landes Wien durch paktierte Gesetze Niederösterreichs und des Wiener Gemeinderates, von der 1921 Gebrauch gemacht wurde.<sup>852</sup>

Gegen die Annahme einer Gesamtänderung spricht zunächst, dass eine veränderte Zahl an Ländern nichts am Vorliegen der bundesstaatlichen Grundvoraussetzung ändert, nämlich der Existenz mehrerer föderaler Hoheitsträger. Auch

848 Behend *Rill* in FS Schäffer 732, allerdings noch zur Rechtslage vor BGBl 2008/2, mit dem Art 2 Abs 3 B-VG erlassen wurde.

849 Siehe dazu *Bußjäger*, ZÖR 2009, 115 ff. Zur Regelung des Art 3 Abs 2 B-VG 1920 s etwa *Vášek*, Revisionschranken 160 ff; ebenso bedürfen seit BGBl I 2/2008 Einschränkungen der in Art 2 und 3 B-VG normierten Mitwirkungsrechte der Länder nach Art 2 Abs 3 B-VG auch verfassungsgesetzlicher Regelungen der Länder. Der Bundesstaat wurde dadurch „wehrhaft“ (*Vášek*, Revisionschranken 186), weil der gesamtändernde Bundesverfassungsgesetzgeber die dort genannten Mitwirkungsrechte nicht mehr abschaffen kann. Dies steht in Konflikt mit dem demokratischen Prinzip; dazu ausführlich *Vášek*, Revisionschranken 184 ff.

850 Vgl dazu RV 312 BlgNR 23. GP, 5 sowie *Weber, K.*, in *Korinek/Holoubek*, Art 2 B-VG Rz 15/1 ff. Für reine Grenzänderungen zwischen den Bundesländern ist Art 3 Abs 3 B-VG einschlägig.

851 Dazu *Vášek*, Revisionschranken 160 ff.

852 Durch das Verfassungsgesetz vom 29.12.1921, mit dem ein selbstständiges Land Wien gebildet wird (Trennungsgesetz), übereinstimmend Wr LGBl 153/1921 und NÖ LGBl 346/1921. Dazu *Kelsen/Fröblich/Merkel* 222 ff.

darüber hinausgehend wird das bundesstaatliche System des B-VG durch den Ausschluss eines Landes oder die Aufnahme eines neuen Landes an sich nicht berührt – die Aufteilung der Kompetenzen und die wechselseitige Mitwirkung an der Gesetzgebung und der Vollziehung kann dem Grunde nach<sup>853</sup> weiter so erfolgen wie bei einem Bestand von neun Ländern. Geändert wird ja im Fall der Aufnahme oder des Ausschlusses eines Landes nur der territoriale Geltungsbereich des B-VG. Auch die Teilung oder Zusammenlegung eines Landes bzw. von Ländern sind nicht anders zu beurteilen. Im Fall der Teilung entsteht ein neues Teilgebiet, das früher einem landesrechtlichen Regime unterlag, dem es nunmehr entzogen sein soll. Und auch im Fall der Zusammenlegung wird ein Gebiet, das vorher mehreren Landesrechtsordnungen unterlag, nur mehr von einer dominiert – diese kann eine vollkommen neu geschaffene Landesrechtsordnung oder die eines der zusammengelegten Länder sein. In den beiden letztgenannten Fällen der Teilung oder Zusammenlegung von Ländern ist zwar mit komplexeren Übergangsproblemen zu rechnen – diese ändern aber per se nichts am bundesstaatlichen System des B-VG und geraten damit nicht in Konflikt mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip; ob einzelne (hypothetische) Lösungen für derartige (hypothetische) Übergangsprobleme mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip vereinbar sind, ist eine hypothetische Frage, die hier nicht abschließend beantwortet werden kann.<sup>854</sup> Ein Indiz, das gegen die Annahme einer Gesamtänderung spricht, liegt auch in dem bereits erwähnten Art 114 B-VG 1920, der ein eigenes Verfahren (paktierte Gesetzgebung) für die Entstehung eines selbstständigen Landes vorsah; die Teilung Niederösterreichs erfolgte dementsprechend gestützt auf Art 114 B-VG 1920 und ohne Gesamtänderungsverfahren – jedoch ist fraglich, ob aus dieser für einen ganz konkreten Fall geschaffenen Sonderregelung allgemeine Schlüsse für das erforderliche Verfahren bei zukünftigen Veränderungen der Zahl der Länder gezogen werden können.

Das Vorliegen einer volksabstimmungspflichtigen Gesamtänderung zumindest bei der Beseitigung eines oder mehrerer Bundesländer wird damit begründet, dass der österreichische Bundesstaat maßgeblich durch die historische Tradition der Länder bzw. Kronländer geprägt sei.<sup>855</sup> Allerdings wird gleichzeitig eingestan-

853 Auch wenn etwa die Beschiedung des Bundesrates neu zu regeln wäre.

854 Denkbar wäre etwa, dass das neu entstehende Land für einen Übergangszeitraum bestimmte Privilegien erhält (etwa finanzausgleichsrechtlicher Natur), dass das ehemals geltende Landesrecht übergangsmäßig „weiter gilt“ oder dass das „neue“ Land berechtigt ist, die Organisationsstruktur anderer Länder mitzunutzen. Zu beachten wäre in derartigen Konstellationen insb das Gebot der Gleichbehandlung der Länder (durch den Bund), das allerdings bei entsprechender sachlicher Rechtfertigung Ausnahmen zulässt. Die Lösung der Übergangsprobleme könnte auch mit anderen Grundprinzipien in Konflikt geraten. Insofern sind die Teilung oder Zusammenlegung von Bundesländern Vorgänge, die schon daher „gesamtänderungsnahe“ sind und bei denen den Schranken des Art 44 Abs 3 B-VG besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist.

855 *Rill* in FS Schäffer 732.

den, dass ein Drittel der heute bestehenden Länder (Niederösterreich, Wien, Burgenland) keine entsprechende Tradition vorweisen kann.<sup>856</sup>

Seit BGBl I 2/2008 sieht Art 2 Abs 3 B-VG vor, dass eine Änderung im Bestand der Länder verfassungsgesetzlicher Regelungen der Länder bedarf.<sup>857</sup> Man könnte nun behaupten, dass diese Anordnung des Verfassungsgesetzgebers die Erforderlichkeit der Annahme eines Schutzes des Bestands der Länder über das Gesamtänderungserfordernis des Art 44 Abs 3 B-VG schmälert.<sup>858</sup> Allerdings ist der Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips ohne Beachtung dieser rezenten Verfassungsänderung zu bestimmen; das genannte Argument ist daher dafür nicht relevant.<sup>859</sup>

Im Ergebnis spricht die historische Kleinteiligkeit des österreichischen Bundesstaates eher dafür, die Beseitigung eines oder mehrerer Länder sowie die Aufnahme eines neuen Landes oder die Teilung oder Zusammenlegung bestehender Länder als Änderung des bundesstaatlichen Grundprinzips zu qualifizieren, die jeweils die Anwendung von Art 44 Abs 3 B-VG zur Folge hat. Jedenfalls kann der derzeitige Bestand der Länder als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV verstanden werden: Selbst wenn man – anders als hier – nicht davon ausgeht, dass der Bestand der Länder dem Schutz des bundesstaatlichen Grundprinzips unterliegt, so gibt das in Art 2 Abs 3 B-VG geregelte besondere Verfahren einen sehr starken Hinweis darauf, dass der Bestand der Länder innerhalb der österreichischen Verfassungsrechtsordnung einen besonderen Stellenwert hat.

Es bleibt zu fragen, ob und wie das österreichische Verfassungsrecht die Existenz des Bundes absichert. Die vollkommene Abschaffung des Bundes würde eine Abschaffung des Bundesstaates bedeuten und daher nicht im Einklang mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip stehen. Gleiches gilt auch für eine Ersetzung des Bundes und der ihn konstituierenden Bundesverfassung durch einen völkerrechtlichen Vertrag, mit dem die Länder eine staatenbundartige Verbindung eingehen: Bei der Abschaffung der Bundesverfassung zu Gunsten eines solchen Vertrags handelt es sich – nicht zuletzt<sup>860</sup> – wegen der damit verbundenen Abschaffung des bundesstaatlichen Grundprinzips um eine volksabstimmungspflichtige Gesamt-

856 *Rill* in FS Schäffer 732.

857 Zutreffend kritisch dazu aus Perspektive des demokratischen Grundprinzips *Vašek*, Revisionssschranken 184 ff; vgl auch *Rill* in FS Schäffer 722, 727. Ebenfalls die (von *Vašek* problematisierte) Bindung des gesamtändernden Verfassungsgesetzgebers annehmend *Bußjäger*, ZÖR 2009, 119 f.

858 Etwa weil es die Länder auf Basis des Art 2 Abs 3 B-VG nunmehr ohnehin „selbst“ in der Hand haben, sich gegen ihre drohende Beseitigung zu wehren.

859 Außerdem sieht Art 2 Abs 3 B-VG vor, dass eine Änderung im Bestand der Länder „auch“ landesverfassungsgesetzlicher Regelungen bedarf; das Erfordernis der Erlassung von Landesverfassungsgesetzen kann daher kumulativ neben andere bereits bestehende Erfordernisse (wie zB jene aus Art 44 Abs 3 B-VG) treten.

860 Durch einen derartigen Vorgang wären wohl auch das demokratische Prinzip (zB durch die „Verneinung“ der Existenz eines einheitlichen Bundesvolkes iSd Art 1 B-VG, durch den vollkommenen Wegfall der Bundesgesetzgebung) oder das rechtsstaatliche Prinzip (zB durch den vollkommenen Wegfall

änderung der Bundesverfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG. Die Existenz des Bundes stellt daher auch eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV dar.

### 5.3 Strukturelle Anforderungen an die Ausgestaltung der Kompetenzverteilung

#### 5.3.1 Abänderung der Kompetenzverteilung

Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung ist im Verfassungsrecht geregelt; ihre Abänderung hat daher in der Form von Verfassungsrecht (Art 44 Abs 1 B-VG) zu erfolgen. Dabei kommen den Ländern nur über den Bundesrat Einflussmöglichkeiten zu.

Der heute bestehende Art 44 Abs 2 B-VG, wonach Verfassungsgesetze, mit denen die Zuständigkeiten der Länder eingeschränkt werden,<sup>861</sup> nur mit (qualifizierter) Zustimmung des Bundesrates beschlossen werden dürfen, wurde erst mit BGBl 490/1984 eingefügt. Ursprünglich räumte diese Regelung auch ein Zustimmungsrecht des Bundesrats bei verfassungsändernden Staatsverträgen ein, mit denen die Zuständigkeit der Länder eingeschränkt wird,<sup>862</sup> das allerdings mit der Abschaffung verfassungsändernder Staatsverträge durch BGBl I 2/2008 obsolet wurde.

Die Kompetenzen der Länder waren nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG 1920 (nur) durch zwei Mechanismen geschützt: Erstens bestand ein solcher Schutz durch die Möglichkeit der Erhebung eines suspensiven Vetos durch den Bundesrat nach Art 42 B-VG, und zweitens wurden die Länderkompetenzen potentiell auch durch das Erfordernis einer Volksabstimmung geschützt: Bei einem Eingriff in das nach dem bundesstaatlichen Grundprinzip geforderte Mindestmaß an Länderkompetenzen<sup>863</sup> lag eine Gesamtänderung der Bundesverfassung vor, die nach Art 44 Abs 2 B-VG 1920 jedenfalls einer Volksabstimmung zu unterziehen war. Außerdem hatte der Bundesrat die Möglichkeit, nach Art 44

---

der derzeit in der Bundesverfassung garantierten Grundrechte und der Verfassungsgerichtsbarkeit) verletzt.

861 Es ist umstritten, ob Art 44 Abs 2 B-VG nur auf Verfassungsgesetze zur Anwendung kommt, mit denen die Gesetzgebung und Vollziehung betreffende Kompetenzverteilung zu Ungunsten der Länder eingeschränkt wird (so die überwiegende Ansicht, zB *Rill/Schäffer†/Rill* in Kneihls/Lienbacher, Art 44 B-VG Rz 28) oder aber auf sämtliche Verfassungsgesetze, die den Handlungsspielraum der Länder in irgendeiner Weise einschränken (so *Bußjäger*, Zustimmungsrechte 24 ff, zusammenfassend 35 f). Meines Erachtens ergibt sich aus dem Wortlaut des Art 44 Abs 2 B-VG, der auf die Einschränkung der „Zuständigkeit der Länder in Gesetzgebung oder Vollziehung“ abstellt (eine Formulierung, die auch bei der Kompetenzverteilung der Art 10 bis 15 B-VG regelmäßig verwendet wird) sowie aus den Aussagen in der RV (RV 446 BlgNR XVI. GP, 6), dass ersterer Ansicht der Vorzug zu geben ist.

862 Art 50 Abs 3 B-VG i dF BGBl 490/1984; vgl auch RV 446 BlgNR XVI. GP, 6.

863 Dazu unten ab 5.3.2 (= 194).

Abs 2 B-VG 1920 auch über Teiländerungen der Verfassung, also etwa auch eine Kompetenzverschiebung zu Lasten der Länder, die Durchführung einer Volksabstimmung zu beantragen. Diese beiden Instrumente zum Schutz der Länderkompetenzen sind allerdings insofern als „schwach“ zu beurteilen, als das Veto des Bundesrates durch einen Beharrungsbeschluss des Nationalrats (Art 42 Abs 4 B-VG 1920) entkräftet werden konnte und der Bundesrat den Ausgang einer Volksabstimmung nicht selbst beeinflussen kann. Er hatte es daher in beiden Fällen im Ergebnis nicht selbst in der Hand, ob die Kompetenzverschiebung zustande kam oder nicht.

Fraglich ist, ob der Befund, dass den Ländern selbst und auch dem Bundesrat nach dem B-VG 1920 keine Möglichkeit zur Verfügung stand, um eine Kompetenzverschiebung zu Lasten der Länder eigeninitiativ zu verhindern, als wesentlich für den österreichischen Bundesstaat qualifiziert werden konnte. Gerade weil es in allgemeinen Bundesstaatslehren als typisch für Bundesstaaten qualifiziert wird, dass die Gliedstaaten über die ihnen zustehenden Befugnisse mitentscheiden dürfen,<sup>864</sup> ist das Fehlen einer solchen Mitentscheidungsbefugnis der Länder und damit die Abweichung vom „Idealtypus“ im österreichischen Bundesstaat bemerkenswert. Es handelte sich dabei um eine Ausprägung des dem österreichischen Bundesstaat immer wieder zugeschriebenen Attributs, besonders zentralistisch zu sein. Ob die durch die Einfügung des heutigen Art 44 Abs 2 B-VG bewirkte Änderung dieser sehr zentralistischen Ausgestaltung des österreichischen Bundesstaates als „Gesamtänderung“ iSd Art 44 Abs 3 B-VG zu qualifizieren war, ist fraglich, wird aber weder in der Literatur<sup>865</sup> noch in der Rsp<sup>866</sup> angenommen.

Da die Zustimmung nach Art 44 Abs 2 B-VG erst einmal versagt wurde<sup>867</sup> und die Bestimmung daher nur sehr geringe praktische Relevanz hat, ihr mangels

864 Zum Beispiel *Pernthaler* in FS Holzinger, 625, der dies zum einen aus dem Begriff des Bundesstaates ableiten will und zum anderen auf Grund von insb Art 44 Abs 2 B-VG auch für den österreichischen Bundesstaat als zutreffend erachtet.

865 *Vášek*, Revisionsschranken 178; *Bußjäger* geht erstens davon aus, dass die Einführung von Art 44 Abs 2 B-VG ohne Gesamtänderung möglich war, da durch diese Bestimmung der Bundesstaat „gestärkt“ würde, Art 44 Abs 3 B-VG aber nur eine einfachverfassungsrechtliche „Schwächung“ der durch ihn geschützten Prinzipien verhindern möchte (*Bußjäger*, Zustimmungsrechte 73 f). Gegen diese Ansicht spricht aber, dass nach der hier vertretenen Ansicht das bundesstaatliche Grundprinzip die spezifische Ausgestaltung des österreichischen Bundesstaates schützt, auch wenn diese besonders zentralistisch ist. Insofern kann nicht von einer „Schwächung“ des Bundesstaates gesprochen werden, wenn die Rechte der Länder beschränkt sind bzw werden, sondern höchstens von einer „Veränderung“. Als eine solche „Veränderung“ ist aber auch die Stärkung der Position der Länder zu werten. Zweitens meint *Bußjäger*, dass eine Abschaffung von Art 44 Abs 2 B-VG heute gesamtänderungspflichtig wäre (*Bußjäger*, Zustimmungsrechte 73 f). Dagegen spricht das nach dem hier vertretenen und oben ausführlich dargelegten Verständnis (oben bei 5.1.4.2.2 [= 164]) ein nicht im Verfahren nach Art 44 Abs 3 B-VG begründeter Bestandteil der Rechtsordnung nicht dem Schutz des Art 44 Abs 3 B-VG unterliegen kann.

866 Soweit aus dem RIS ersichtlich, gibt es keine Rsp des VfGH zu Art 44 Abs 2 B-VG.

867 Vgl dazu Föderalismusdatenbank, Stand 2017, 20 (258 Zustimmungen, keine Ablehnung seit 1985) (abrufbar unter <[http://www.foederalismus.at/publikationen\\_datensbank.php](http://www.foederalismus.at/publikationen_datensbank.php)>, abgerufen am

diesbezüglicher Rsp des VfGH in dieser auch keine Bedeutung zugemessen werden kann und Art 44 Abs 2 B-VG nicht vom Gesamtänderungserfordernis des Art 44 Abs 3 B-VG geschützt wird, gibt es keine relevanten Hinweise darauf, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV handelt.

### 5.3.2 Einräumung autonomer Kompetenzen

#### 5.3.2.1 Fragestellung

In einem nächsten Schritt wird diskutiert, ob bzw inwieweit die Einräumung autonomer Kompetenzen an die föderalen Einheiten eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV darstellt. Dies wird durch zweierlei nahegelegt: Erstens ist die Verteilung der Kompetenzen auf mehrere föderale Hoheitsträger Sinn und Zweck der bundesstaatlichen Organisation Österreichs. Zweitens werden die Kompetenzverteilung und die durch sie eingeräumten „autonomen“ oder „selbstständigen“ Kompetenzen immer wieder als Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips iSd Art 44 Abs 3 B-VG qualifiziert.<sup>868</sup> Allerdings bleibt unklar, was die Einräumung „autonomer“ Kompetenzen bedeutet. Dies soll im Folgenden geklärt werden, um auf dieser Basis den diesbezüglichen Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips auf seine Relevanz für Art 4 Abs 2 EUV überprüfen zu können.

#### 5.3.2.2 Komplementarität der Kompetenzverteilung

Die Autonomie von Bund und Ländern im österreichischen Bundesstaat äußert sich zunächst insb darin, dass sowohl der Bund als auch die Länder über Kompetenzbereiche verfügen, in welchen ihnen das Recht zur selbstständigen Gesetzgebung und/oder Vollziehung zusteht.<sup>869</sup> Seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>870</sup> verfügen die Länder auch über einen Anteil an der Gerichtsbar-

16.08.2020). Erstmals erfolgte eine Verweigerung der Zustimmung 2019 (StenPrBR S 889 BlgBR 26. GP) zu einer geplanten Novellierung des Ökostromgesetzes (IA 505/A BlgNR 26. GP).

868 *Berka*, Verfassungsrecht Rz 164; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 70 (in Anlehnung an den VfGH); *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 247; Zum Beispiel *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305 (in Anlehnung an den VfGH); *Rill* in FS Schäffer 734; *Weber, K.*, in Korinek/Holoubek, Art 2 B-VG Rz 2 (in Anlehnung an den VfGH); *Pürgy* in Pürgy, Recht der Länder Rz 11; VfSlg 2455/1952.

869 Insb nach den Art 10 bis 15 B-VG. Vgl dazu allgemein *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht 235 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 394 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 313 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 247 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 19.001 ff; *Pürgy* in Pürgy, Recht der Länder Rz 31 ff.

870 Mit BGBl I 51/2012. Zur Vorgeschichte der Reform vgl zB *Berka*, Verfassungsrecht Rz 896 ff.

keit – wenn auch nur in erster Instanz.<sup>871</sup> Maßgeblich für die Bestimmung des Ausmaßes der Autonomie bzw Selbstständigkeit von Bund und Ländern ist daher in erster Linie die föderale Kompetenzverteilung.

Hinsichtlich des Bestehens eines autonomen Bereichs von Bund und Ländern ist zunächst festzustellen, dass jede Stärkung der Länder eine Schwächung des Bundes et vice versa bedeutet. Dies ergibt sich daraus, dass nach dem Konzept des österreichischen B-VG alle denkbaren Kompetenzen auf Bund und Länder verteilt sind; soweit etwas nicht andernorts explizit einem der beiden Hoheitsträger zugeordnet ist, fällt es nach Art 15 Abs 1 B-VG in die Subsidiärkompetenz der Länder.<sup>872</sup> Nun ist sicherlich nicht jegliche Verschiebung von Kompetenzen in die eine oder andere Richtung eine Gesamtänderung der Bundesverfassung qua Beeinträchtigung des bundesstaatlichen Grundprinzips.<sup>873</sup> Nach überwiegender Ansicht wäre die Gesamtänderungsschwelle aber jedenfalls dann überschritten, wenn entweder dem Bund oder den Ländern<sup>874</sup> gar keine Kompetenzen mehr zukämen – damit wäre die Bundesstaatlichkeit in Österreich abgeschafft; in einem Fall zu Gunsten eines Einheitsstaates, im anderen Fall in Form der Abschaffung des Bundes und des Zerfalls des Bundesstaates. Spannender als diese beiden Extreme – nicht jede Verschiebung von Kompetenzen ist eine Gesamtänderung; der Entzug der „letzten“ Kompetenz ist jedenfalls eine Gesamtänderung – ist aber die Frage, ab wann eine gehäufte oder aber sehr umfassende Kompetenzverschiebung eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken würde. Die Ausführungen in der Literatur dazu sind eher spärlich und notgedrungenerweise nicht sehr konkret. Auch in dieser Untersuchung soll und kann keine Analyse derart erfolgen, dass die Übertragung der Kompetenzen X und Y eine Gesamtänderung bewirken würde, die Übertragung der Kompetenzen A und B aber (noch) nicht.<sup>875</sup> Allerdings lassen sich einige strukturelle Überlegungen anstellen.

### 5.3.2.3 Autonome Kompetenzen in allen Bereichen der Staatsgewalt?

So ist zunächst zu fragen, ob das Bestehen von autonom wahrzunehmenden Kompetenzen in allen drei Bereichen der Staatsgewalt – Gesetzgebung, Verwal-

871 Dazu zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 650; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 906; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 972/12.

872 Zum Beispiel *Berka*, Verfassungsrecht Rz 402.

873 Dies unter Zugrundelegung der *Kelsenschen* Drei-Kreise-Theorie annehmend *Öhlinger*, Bundesstaat 20 f – er tut dies allerdings va, um die „betont föderalistische Tendenz“ (*Öhlinger*, Bundesstaat 11) der Drei-Kreise-Theorie vorzuführen. Ohne theoretische Reflexion, vom Ergebnis her aber ähnlich *Hellbling* in *Hellbling*, Bundesstaat 39.

874 Vgl *Weber*, K., Kriterien 118; ausführlich auch *Gamper* in *Lienbacher/Pürgy*, Gesetzgebungskompetenz 57 ff.

875 Eine Untersuchung aller denkbaren Kombinationen würde erstens keine weiterführenden Einsichten über die Struktur des österreichischen Bundesstaates bringen und überdies auf Grund der sehr großen – und durch die Schaffung neuer Kompetenztatbestände beliebig erweiterbaren – Zahl möglicher Kombinationen ein den angestrebten Rahmen sprengendes Endlosprojekt darstellen.

tung, Gerichtsbarkeit – vom bundesstaatlichen Grundprinzip geschützt wird. Wäre es also – ohne Durchführung eines Gesamtänderungsverfahrens nach Art 44 Abs 3 B-VG – zulässig, dass den Ländern sämtliche Gesetzgebungskompetenzen entzogen werden? In dieser Pauschalität ist dies zu verneinen. Aber wäre eine vollkommene Abschaffung der Gesetzgebungskompetenzen ohne Gesamtänderung der Bundesverfassung möglich, wenn dafür die Verwaltungskompetenzen der Länder gestärkt würden, etwa durch Überführung der Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung in die Landesverwaltung?<sup>876</sup> Anders formuliert: Kann der gesamtändernde Charakter des vollkommenen Entzugs der Länderkompetenzen in einem Bereich der Staatsgewalt durch eine Aufwertung anderer Bereiche ausgeschlossen werden?

Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch das zu verneinen. Es entspricht nämlich dem ursprünglichen Konzept der Bundesstaatlichkeit im B-VG, dass sowohl die Länder als auch der Bund in Gesetzgebung und Verwaltung zumindest in Teilbereichen eigene Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten wahrnehmen. Ein vollkommener Ausschluss der Zuständigkeiten der Länder in der Gesetzgebung wäre daher auch trotz Aufwertung der Verwaltungskompetenzen als Gesamtänderung zu qualifizieren, da es mit dieser Änderung zu einem Systemwechsel kommen würde.<sup>877</sup> Gleiches gilt für eine Abschaffung sämtlicher Verwaltungskompetenzen bei gleichzeitigem Zuwachs an Gesetzgebungskompetenzen.<sup>878</sup>

Die Gerichtsbarkeit nimmt bei der Frage der aus dem bundesstaatlichen Grundprinzip erwachsenden Notwendigkeit des Bestehens autonomer Kompetenzen eine Sonderstellung ein: Nach dem ursprünglichen System des B-VG 1920

876 Vgl etwa die Ausführungen *Öhlingers* zur Einführung eines Modells des Vollzugsföderalismus zur Bewältigung des Einflusses des Unionsrechts in *Öhlinger*, in Hummer, Paradigmenwechsel 79 f.

877 Ähnlich *Öhlinger*, in Hummer, Paradigmenwechsel 80, der allerdings nicht eine vollkommene Abschaffung der Landesgesetzgebung zu Gunsten der Landesverwaltung, sondern eine damit verbundene Verstärkung der Ausführungsgesetzgebung der Länder andiskutiert. Am Ergebnis des Vorliegens einer Gesamtänderung würde es nach der hier vertretenen Ansicht auch nichts ändern, wenn das Legalitätsprinzip gelockert und damit der Vollziehung im Verhältnis zur Gesetzgebung größere Bedeutung zukäme; diese Variante und die höhere Wahrscheinlichkeit einer Zustimmung der Länder zum Entzug von Gesetzgebungskompetenzen unter diesen Bedingungen anerkennend *Weichselbaum* in FS *Öhlinger* 656.

878 In beiden Fällen ist außerdem zu bedenken, dass die Abschaffung von Gesetzgebungs- oder Verwaltungskompetenzen auch Auswirkungen auf die Kompetenzen der Länder im Bereich der (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit haben wird; bei der – sehr unwahrscheinlichen – Konstellation, dass sämtliche Verwaltungskompetenzen der Länder abgeschafft, dafür aber die Landesgesetzgebungskompetenzen gestärkt werden, stellt sich die Frage, ob dann die Landesverwaltungsgerichte über die Vollziehung des Landesrechts durch Bundesbehörden entscheiden sollten. In der umgekehrten Konstellation hätten die Länder keine Gesetzgebungsbefugnisse mehr; ihnen würden dafür etwa die Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung als eigenständig wahrzunehmende Landesverwaltung übertragen. Eben diese Landesverwaltung könnte dann weiterhin von den Landesverwaltungsgerichten kontrolliert werden. Zur Frage, inwiefern die Kompetenzverteilung im Bereich der Gerichtsbarkeit im Zusammenhang mit Art 44 Abs 3 B-VG und dem bundesstaatlichen Grundprinzip überhaupt Bedeutung hat, s. sogleich.

ist die (ordentliche) Gerichtsbarkeit Sache des Bundes; der VwGH und der VfGH sind ebenfalls im B-VG geregelt.<sup>879</sup> Hinsichtlich der zuletzt genannten Gerichtshöfe ist unklar, ob es sich dabei um Organe des Bundes,<sup>880</sup> „gemeinsame Organe“<sup>881</sup> oder aber um „zwischen Bund und Ländern geteilte“ Organe handelt.<sup>882</sup> Dies ist freilich für die hier diskutierte Frage der Gesamtänderung insofern unerheblich, als den Ländern schon nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG im Hinblick auf diese Gerichtshöfe nur sehr beschränkte Mitwirkungsmöglichkeiten – nämlich über die Mitwirkung des Bundesrates an Verfassungsänderungen und der Ernennung von Mitgliedern des VfGH – zukamen. Von einer „autonomen Gerichtsbarkeit“ der Länder kann also auch in Bezug auf diese beiden Gerichtshöfe nicht die Rede sein – was wiederum einen zentralistischen Einschlag der österreichischen Bundesstaatlichkeit darstellte.

Seit der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit kommt aber den Ländern auch ein eigenständig wahrzunehmender Bereich der Gerichtsbarkeit zu, nämlich die Organisation der Landesverwaltungsgerichte und deren Tätigkeit.<sup>883</sup> Die Landesverwaltungsgerichte unterstehen aber weiterhin dem VwGH – dieser ist nach dem Revisionsmodell (Art 133 Abs 4 B-VG) zwar nur für Entscheidungen über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zuständig; eine solche liegt aber nach der genannten Vorschrift insb auch dann vor, wenn es zu einer Frage noch keine Rsp des VwGH gibt. Dass weiterhin eine Bindung an eine einheitliche Oberinstanz besteht, erhält in beschränktem Ausmaß den zentralistischen Charakter der Organisation der Gerichtsbarkeit und spricht dafür, dass die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus Perspektive des bundesstaatlichen Grundprinzips keinen eine Gesamtänderung nach sich ziehenden Systemwechsel mit sich gebracht hat.<sup>884,885</sup> Gleichzeitig ist aber zu bedenken, dass auch eine

879 Vgl dazu ausführlich *Schramek*, Gerichtsbarkeit 135 ff, 164 f.

880 Dies andenkend, aber jedenfalls verneinend *Klecatsky* in *Hellbling*, Föderalismus 167.

881 So zB *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 117.

882 Ausführlich dazu *Jablöner* in *Schambeck*, Bundesstaat 136 ff, der die genannten Gerichtshöfe je nach ausgeübter Funktion differenziert einordnet.

883 Dazu zB *Schramek*, Gerichtsbarkeit 150 ff.

884 Daraus, dass es schon vor der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle in Verwaltungsangelegenheiten eine von den Ländern nicht unmittelbar beeinflussbare, gerichtliche Oberinstanz (den VwGH) gab, lässt sich auch schließen, dass der durch die Einführung bewirkte Verlust an (zweitinstanzlichen) Verwaltungskompetenzen nicht so schwer wiegt, dass man daraus auf eine Gesamtänderung schließen muss. Schon vor der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle war die Verwaltungskompetenz der Länder in mit Bescheid zu erledigenden Angelegenheiten darauf beschränkt, Entscheidungen zu treffen, die in weiterer Folge aufgehoben werden können. Auch die im Vergleich zum VwGH erweiterte meritorische Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte wiegt in dieser Hinsicht mE nicht schwer.

885 Auf die mittelbare Bundesverwaltung als Teil des Zusammenwirkens von Bund und Ländern wird unten eingegangen (5.3.3.3 [= 215]); s dazu zB *Gamper* in *Bußjäger*, Landesverwaltungsgerichte 13 ff; *Kneibls/Schmidlechner*, JRP 2016, 21. *Gamper* verneint im Übrigen im Ergebnis ebenfalls eine Gesamtänderung aus dem Titel des bundesstaatlichen Grundprinzips, wenn sie auch – entgegen dem hier vertretenen Ansatz – eine „Aufrechnung“ der Verwaltungskompetenzen der Länder mit den neuen Gerichtsbarkeitskompetenzen der Länder für zulässig erachtet; *Gamper* in *Bußjäger*, Landesverwaltungsgerichte 14. Eine „Aufrechnung“ der genannten Kompetenzen wäre nach der hier vertretenen

Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern keine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen würde – unabhängig davon, ob dieser Verlust an Länderkompetenzen durch Kompetenzzuwächse in anderen Bereichen kompensiert würde.

Das bundesstaatliche Grundprinzip verlangt also mit Blick auf die verschiedenen Staatsgewalten nach dem Bestehen von Länderkompetenzen im Bereich der Gesetzgebung und Verwaltung; Länderkompetenzen im Bereich der Gerichtsbarkeit werden vom bundesstaatlichen Grundprinzip nicht gefordert; das bundesstaatliche Grundprinzip wurde auch durch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle insofern nicht verändert.<sup>886</sup> Die vollkommene Aushöhlung der Landeskompetenzen in den beiden erstgenannten Bereichen wäre eine Gesamtänderung. Das gilt umgekehrt auch für die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenzen des Bundes.

#### 5.3.2.4 Autonome Kompetenzen in bestimmten Sachbereichen?

In einem weiteren Schritt kann gefragt werden, ob das bundesstaatliche Grundprinzip nach der Zuordnung bestimmter Sachgebiete an den Bund bzw die Länder verlangt, ob es also etwa ein durch das bundesstaatliche Grundprinzip geschütztes „Hausgut“ der Länder gibt. Dabei ist zunächst zu betonen, dass die Frage, ob das bundesstaatliche Grundprinzip die Zuordnung bestimmter Sachbereiche an Bund oder Länder gebietet, von der Frage zu unterscheiden ist, ob es (einfach) verfassungsrechtlich geboten ist, bestimmte Sachbereiche dem Bund oder den Ländern zuzuordnen.<sup>887</sup>

nen Ansicht aber nur „staatsfunktionsintern“ zulässig und daher dann denkbar, wenn man zumindest Teile der Tätigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit – insb, wenn diese Sachentscheidungen fallen – als Verwaltung und nicht als Gerichtsbarkeit qualifiziert (dazu *Kneihls/Schmidlechner*, JRP 2016, 10 ff). Den gesamtändernden Charakter der Einführung der Verwaltungsgerichte ebenfalls verneinend *Öhlinger* in *Fischer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 68.

886 Das bundesstaatliche Grundprinzip wurde nach der hier vertretenen Ansicht auch durch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle insofern nicht verändert; so im Ergebnis auch *Gamper* in *Bußjäger*, Landesverwaltungsgerichte 12 ff; *Schramek*, Gerichtsbarkeit 222 ff. Darauf hinweisend, dass das bundesstaatliche Grundprinzip aber die Zuordnung von Gerichtsbarkeitskompetenzen an die Länder auch nicht ausschließt, *Rill* in *FS Schäffer* 734.

887 Eine Regelung des zweitgenannten Typs wäre etwa Art 102 B-VG, der vorsieht, dass bestimmte Angelegenheiten in der mittelbaren Bundesverwaltung zu vollziehen sind. Umgekehrt kann man die Frage stellen, ob es Angelegenheiten gibt, die zwingend in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen sind – obwohl oder gerade weil sie in Art 102 (Abs 2) B-VG gar nicht genannt werden. *Höllbacher* diskutiert das in Anlehnung an *Thienel* etwa für den Bereich des Dienstrechts und Personalvertretungsrecht der Bundesbediensteten, das in Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG dem Bund zugeordnet wird und von diesem seit jeher in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird, obwohl diese Angelegenheit nicht in Art 102 Abs 2 B-VG genannt ist und zum unmittelbaren Bundesvollzug auch keine Zustimmung der Länder eingeholt wurde (*Höllbacher*, Bundesverwaltung 133 ff mwN). Neben einem historischen Argument nimmt *Höllbacher* zur Begründung der Rechtmäßigkeit der Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung auch darauf Bezug, dass diese Angelegenheit sinnvollerweise nicht in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen werden kann (*Höllbacher*, Bundesverwaltung 134, 137). Das mag stimmen, bedeutet aber nicht, dass eine Vollziehung durch Landesbehörden in diesem Be-

Das Bestehen bestimmter, auf Grund der Art der Angelegenheit Bund oder Ländern zuzuordnender Angelegenheiten wird man bejahen müssen, wenn man die Maßgeblichkeit des Subsidiaritätsprinzips für das österreichische B-VG annimmt.<sup>888</sup> Wenn nämlich das B-VG von dem Grundsatz geleitet ist, dass der Bund nur dann tätig werden soll, wenn und soweit dies zur Erreichung eines öffentlichen Interesses erforderlich ist, dann wäre es unzulässig, Angelegenheiten an den Bund zu übertragen, die ebenso gut oder gar besser von den Ländern besorgt werden können. Allerdings gibt es im B-VG keinen positiv-rechtlichen Anhaltspunkt dafür, dass ein Subsidiaritätsprinzip für die Kompetenzverteilung maßgeblich sein soll. Gerade die unten im Detail zu besprechenden Bedarfskompetenzen bzw. Erforderlichkeitsklauseln sprechen vielmehr dafür, dass der Gedanke der Kompetenzausübung nur bei Erforderlichkeit auch nur in den explizit normierten Fällen zum Tragen kommen soll, etwa bei der Gesetzgebung für das Verwaltungsverfahren nach Art 11 Abs 2 B-VG. Auch die im Zusammenhang mit der Selbstverwaltung explizit normierten Garantien eines eigenen Wirkungsbereichs (Art 118 Abs 2, 120a Abs 1 B-VG), die grundsätzlich als Verwirklichung des Subsidiaritätsgedankens qualifiziert werden können,<sup>889</sup> sprechen gegen die Annahme eines ungeschriebenen, für das gesamte B-VG geltenden Subsidiaritätsprinzips. Daraus lässt sich also auch nichts für eine durch das bundesstaatliche Grundprinzip gebotene Zuordnung von Kompetenzbereichen an Bund oder Länder gewinnen.

Als durch das bundesstaatliche Grundprinzip garantierter Kompetenzbereich der Länder könnte allerdings die Landesverfassungsgesetzgebung in Betracht kommen.<sup>890</sup> Den Ländern kommt schon nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG eine relative – nämlich nach Art 99 B-VG durch das Bundesverfassungs-

---

reich gänzlich undenkbar ist. Es mag also durchaus verfassungsrechtlich geboten sein, die genannten Angelegenheiten in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen. Argumente dafür, dass es auch auf Grund des bundesstaatlichen Grundprinzips geboten sei, diese Angelegenheiten vom Bund (und zwar in unmittelbarer Bundesverwaltung) vollziehen zu lassen, sind nicht ersichtlich. Eine entsprechende Änderung der Kompetenzverteilung wäre damit keine Gesamtänderung der Bundesverfassung.

888 So etwa *Adamovich* in FS Kojas 217. Ihm ist entgegenzuhalten, dass sich aus der Systemscheidung für den Bundesstaat eben nur ableiten lässt, dass die Kompetenzen zwischen mehreren Hoheitsträgern aufgeteilt werden; die Frage, ob im Zweifel eher eine zentrale oder eine dezentrale Kompetenz anzunehmen ist, kann allein unter Rückgriff auf die Entscheidung für eine bundesstaatliche Organisation nicht beantwortet werden. Im Kontext des B-VG ist außerdem zu veranschlagen, dass der Verfassungsgesetzgeber den österreichischen Bundesstaat von Anfang an zentralistisch ausgestaltet hat, was auch eine Zweifelsregel zu Gunsten des Bundes nahelegen könnte. Ohne rechtsdogmatische Begründung ebenfalls die Relevanz des Subsidiaritätsprinzips im österreichischen Verfassungsrecht annehmend *Perntbaler*, differenzierter Bundesstaat 18 f.

889 *Perntbaler*, Bundesstaatsrecht 217 (explizit nur zu Art 118 Abs 2 B-VG).

890 *Wielinger* in FS Kojas 497 spricht bspw von der „Verfassungsautonomie der Glieder als zentrales Element der Bundesstaatlichkeit“; vgl weiters zB *Schramek*, Gerichtsbarkeit 122 ff. Siehe außerdem VfSlg 16.241/2001.

recht beschränkte<sup>891</sup> – Verfassungsautonomie zu. Auch wenn es für einen Bundesstaat im Allgemeinen nicht essentiell sein mag, dass die Gliedstaaten über eine eigene Verfassung verfügen, so ist diese – wenn auch im dargelegten Sinn beschränkte – Verfassungsautonomie der Länder doch ein Wiedererkennungsgesamtmerkmal des österreichischen Bundesstaates.<sup>892</sup> Eine weitere materielle Beschränkung der Gestaltungsfreiheit oder gar die vollkommene Abschaffung von Landesverfassungen durch den Bundesverfassungsgesetzgeber wäre damit nach der hA eine Gesamtänderung der Bundesverfassung.<sup>893</sup>

Umgekehrt kann man sich aber auch die Frage stellen, ob es bestimmte Kompetenzbereiche gibt, die im österreichischen Bundesstaat jedenfalls dem Bund zukommen müssen. Als solche Bereiche kommen etwa die Bundesverfassungsgesetzgebung, bundesweite Wahlen<sup>894</sup> oder auch die Vertretung nach außen<sup>895</sup> in Frage.<sup>896</sup> Legt man einen dreigliedrigen Bundesstaatsbegriff zu Grunde, so wären dies typischerweise Aufgaben, die vom Gesamtstaat wahrzunehmen sind. An sich ist aber auch ein Bundesstaat denkbar, in dem derart gesamtstaatliche Aufgaben von den Ländern wahrgenommen werden, indem etwa die Bundesverfassung (nur) durch Zusammenwirken der Länder geändert werden kann oder die Länder schwerpunktmäßig die Außenvertretung wahrnehmen.<sup>897</sup> Für das Bestehen eines Bundesstaates an sich ist es also nicht essentiell, dass die genannten Befugnisse gerade vom Bund wahrgenommen werden. Fraglich ist aber, ob es eine strukturelle Veränderung des *österreichischen* Bundesstaates wäre, wenn einer der genannten Kompetenzbereiche vollkommen dem Bund entzogen und ausschließlich den Ländern zur Besorgung übertragen würde. Dabei ist zu veranschlagen, dass Kompetenzen wie jene betreffend die Bundesverfassung nicht ohne damit zusammenhängende Änderungen hinsichtlich des Verfahrens zur Verfassungsgesetzgebung an die Länder übertragen werden könnten. Würde nun aber zB vorgesehen, dass eine Änderung der Bundesverfassung nur dann möglich ist, wenn die Landtage übereinstimmende Gesetzesbeschlüsse fassen, so wäre dies eine wesentliche Änderung des bundesstaatlichen (va aber auch

891 Eine Auslegung, wonach es sich bei Art 99 B-VG „nur“ um eine mit Art 28 GG vergleichbare bundesstaatliche Homogenitätsklausel handelt (so *Pernthaler/Weber*, Der Staat 1982, 583), überzeugt schon auf Grund der inhaltlichen Unterschiede zwischen diesen Bestimmungen nicht: Art 99 B-VG verbietet eine „Berührung“ der (gesamten) Bundesverfassung durch Landesverfassungsrecht; Art 28 GG bindet hingegen die Landesverfassungsgesetzgeber nicht an das gesamte Grundgesetz, sondern nur die explizit genannten Grundsätze bzw Grundrechte. Im Übrigen kann auch das Vorliegen von „Parität“ zwischen Bundes- und Landesverfassungsrecht nicht mit Art 99 B-VG begründet werden (vgl aber *Pernthaler/Weber*, Der Staat 1982, 583), da Art 99 B-VG eine Bedingung für die Rechtmäßigkeit von Landesverfassungsrecht festlegt.

892 Vgl dazu *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 459 ff.

893 Zum Beispiel *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 11, 23 ff; *Öhlinger* in *Hummer*, Paradigmenwechsel 79 f; *Rill* in *FS Schäffer* 737.

894 Vgl zu beidem derzeit Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG.

895 Derzeit Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG.

896 Zur Frage des Dienstrechts des Bundes s oben bei FN 887.

897 So etwa in Belgien nach Art 167 BV.

des demokratischen) Systems in Österreich und damit eine Gesamtänderung der Bundesverfassung.<sup>898</sup>

Ähnliches gilt etwa auch für die derzeit in Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG genannte Verfassungsgerichtsbarkeit. Es wäre an sich schon denkbar, dass die Organisation des VfGH und die relevanten Verfahrensregelungen nur durch die Länder in Form von übereinstimmenden Beschlüssen der Landtage geändert werden können. Dies wäre aber eine grundlegende Änderung des bundesstaatlichen Systems,<sup>899</sup> da dann jedes Land die Möglichkeit hätte, Änderungen der fraglichen Materien „zu blockieren“, was über die bestehenden Mitwirkungsrechte des Bundesrates deutlich hinausginge.<sup>900</sup>

Für Angelegenheiten, die bundesweit einheitlich geregelt werden müssen, damit es überhaupt ein verbindendes Element in der Rechtsordnung gibt und es nicht zum Zerfall des österreichischen Bundesstaates kommt – wie etwa Angelegenheiten der Bundesverfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, bundesweite Wahlen – gebietet daher das bundesstaatliche Grundprinzip nicht unbedingt eine Kompetenzzuschreibung an den Bund. Allerdings wäre eine Kompetenzübertragung an die Länder nur nach Durchführung eines Gesamtänderungsverfahrens rechtmäßig, da im Fall der Notwendigkeit der Einstimmigkeit der Beschlussfassung durch die Länder in diesen Angelegenheiten die Stellung jedes einzelnen Landes im Vergleich zum ursprünglichen Konzept des B-VG erheblich aufgewertet würde. Im Fall des Erfordernisses einer einstimmigen Beschlussfassung durch die Länder sowie im Fall von Mehrheitsentscheidungen müssten überdies neue Formen des Zusammenwirkens der Länder<sup>901</sup> in die Bundesverfassung eingeführt werden.<sup>902</sup>

Näher zu diskutieren ist weiters die Rolle der Außenvertretungsbefugnis. Diese kam bereits nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 dem Bund zu. Wie unten im Detail erörtert wird,<sup>903</sup> hat die Ausübung der Außenvertretungskompetenz und insb der darauf basierende Abschluss von Staatsverträgen nach dem Konzept des B-VG 1920 weitreichende Auswirkungen auf die sonstige Kompetenzausübung

898 In der hier angenommenen Konstellation müssen die Länder bzw der Landtag einstimmig vorgehen; umgekehrt betrachtet hat also ein einzelnes Land es in der Hand, eine Änderung der Bundesverfassung zu verhindern. Die Stellung der Länder bei der Bundesverfassung würde also durch eine derartige Änderung ganz neu gewichtet. Unter Umständen wäre das Vorliegen einer Änderung des bundesstaatlichen Grundprinzips zu verneinen, wenn ein System der Mehrheitsentscheidung durch die Länder eingeführt würde.

899 So wie im Übrigen auch die Abschaffung einer zentralen Verfassungsgerichtsbarkeit zu Gunsten von neun Landesverfassungsgerichtsbarkeiten eine wesentliche Änderung (auch) des bundesstaatlichen Grundprinzips wäre.

900 Im Übrigen ist eine solche Form der gemeinsamen Ländergesetzgebung, die dann bundesweit einheitlich und unmittelbar gilt, in dieser Form im B-VG nicht vorgesehen.

901 Zum Beispiel eine gemeinsam ausgeübte Gesetzgebungskompetenz der Landtage für Änderungen der Bundesverfassung.

902 Was nicht zwingend im Lichte des bundesstaatlichen Grundprinzips, wohl aber im Lichte des demokratischen Grundprinzips zu einer Anwendbarkeit des Art 44 Abs 3 B-VG führen könnte.

903 Unten bei 5.3.2.5.2.3 (= 206).

durch die föderalen Hoheitsträger: Die Länder wurden nach Art 16 Abs 1 B-VG 1920 (heute: Art 16 Abs 4 B-VG) dazu verpflichtet, die vom Bund, gestützt auf die Außenvertretungskompetenz, eingegangenen Verpflichtungen einzuhalten und umzusetzen. Dass das B-VG 1920 eine derartige Regelung enthält, macht deutlich, dass es dem Verfassungsgesetzgeber ein Anliegen war, ein einheitliches Auftreten der Republik Österreich nach außen und eine effektive Durchführung eingegangener Verpflichtungen nach innen sicherzustellen. Dies ist insb deswegen bemerkenswert, weil mit der Außenkompetenz grundsätzlich auf alle Materien zugegriffen werden kann, wie ebenfalls unten im Detail erörtert wird.<sup>904</sup> Auf Grund der strukturellen Unterschiede zwischen der Außenvertretungskompetenz und sonstigen „Materienkompetenzen“ hätte eine Verschiebung der Außenvertretungskompetenz vom Bund an die Länder Konsequenzen für das gesamte System der Kompetenzverteilung. Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass eine entsprechende Verfassungsänderung unter Beachtung des Art 44 Abs 3 B-VG beschlossen werden müsste.<sup>905</sup>

Diskussionswürdig erscheint schließlich auch noch die sog „Lex Starzynski“.<sup>906</sup> Nach dieser haben die Länder die Befugnis, ausnahmsweise zivil- und strafrechtliche Bestimmungen zu erlassen, sofern diese zur Regelung einer Angelegenheit erforderlich sind, die in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt. Der Verfassungsgeber geht also davon aus, dass Situationen eintreten können, in denen eine Gesetzgebungskompetenz ohne die Kompetenz zur Erlassung zivil- und strafrechtlicher Regelungen nicht effektiv ausgeübt werden kann. Daraus lässt sich im Umkehrschluss schließen, dass es im System der österreichischen Kompetenzverteilung keinen (ungeschriebenen) Grundsatz gibt, nach dem jedem Kompetenzträger neben den ihm explizit zugewiesenen Kompetenzen auch (ungeschriebene) Kompetenzen zukommen, soweit sie zur Wahrnehmung der erstgenannten Kompetenzen unerlässlich sind. Zudem lässt die genannte Regelung den Schluss zu, dass das Fehlen einer ausnahmsweise vorhandenen Kompetenz zur Erlassung von Sonderzivil- und -strafrecht die jeweiligen Gesetzgebungskompetenzen der Länder, deren Effektivierung die Erlassung von Sonderzivil- oder -strafrecht dienen soll, wirkungslos machen würde. Der Verfassungsgeber geht daher erkenntlich davon aus, dass wirksame Regelungen in manchen Konstellationen nach ergänzenden zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen verlangen, so etwa, wenn ein Ge- oder Verbot durch eine strafrechtliche Sanktion flankiert wird.

904 Unten bei 5.3.2.5.2.1 (= 204).

905 Dieses Ergebnis ergibt sich insb auch daraus, dass im B-VG 1920 nicht nur eine entsprechende Kompetenzzuordnung an den Bund erfolgte, sondern es auch daran anknüpfende detaillierte Regeln über die Konsequenzen dieser Kompetenz für die Länder gibt, namentlich Art 16 B-VG 1920.

906 Art 15 Abs 5 B-VG 1920, heute Art 15 Abs 9 B-VG.

Würde man nun den Ländern die Möglichkeit nehmen, solche ergänzenden Vorschriften zu erlassen, so wäre nach der Vorstellung des Verfassungsgebers eine effektive Wahrnehmung ihrer jeweiligen Gesetzgebungskompetenzen nicht mehr gewährleistet. Art 15 Abs 9 B-VG stellt sich damit als spezifische Bedarfskompetenz dar, und zwar deswegen, weil die Zulässigkeit der Ausnutzung dieser Gesetzgebungskompetenz davon abhängt, dass ihre Ausübung zur effektiven Ausübung einer anderen Gesetzgebungskompetenz erforderlich ist.<sup>907</sup> Es soll also nicht ein „kompetenzverteilungsfremder“ oder neutraler Bedarf gestillt werden, sondern ein aus der Kompetenzverteilung selbst erwachsender Bedarf, nämlich jener nach effektiver Ausübung der primären Gesetzgebungskompetenzen. Erachtet man die *Lex Starzynski* aus der Perspektive des Verfassungsgesetzgebers als notwendige Voraussetzung dafür, dass andere Kompetenzen effektiv ausgeübt werden können, so lässt sich durchaus vertreten, dass zumindest der Gedanke hinter dieser bereits im B-VG 1920 vorgesehenen Effektivitätssicherungsklausel vom bundesstaatlichen Grundprinzip geschützt wird. Das heißt nun nicht, dass die derzeitige Kompetenzverteilung im Zivil- und Strafrecht – Kompetenz des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, ausnahmsweise Kompetenz der Länder nach Art 15 Abs 9 B-VG – nicht ohne Gesamtänderung der Bundesverfassung abgeändert werden könnte. Eine Gesamtänderung läge vielmehr nur dann vor, wenn Bund oder Ländern die Kompetenz entzogen würde, die Effektivität ihrer Gesetzgebung durch ergänzende zivil- und strafrechtliche Bestimmungen sicherzustellen. Keine Gesamtänderung wäre also etwa die Umkehr der bestehenden Kompetenzverteilung in diesem Bereich.<sup>908</sup>

Das heißt also, dass das bundesstaatliche Grundprinzip mit wenigen Ausnahmen – namentlich der Vertretung nach außen zu Gunsten des Bundes und der Landesverfassungsgesetzgebung zu Gunsten der Länder – grundsätzlich nicht nach der Zuordnung bestimmter Sachbereiche an bestimmte Hoheitsträger verlangt. Teilweise wäre aber, wie gerade dargelegt, eine Umkehrung der bestehenden Kompetenzverteilung notwendigerweise mit weiteren Verfassungsänderungen zu verknüpfen, die gesamthaft betrachtet eine wesentliche Veränderung des bundesstaatlichen Grundprinzips herbeiführen würden – so etwa, wenn die Länder für die Gesetzgebung im Bereich der Bundesverfassung zuständig gemacht würden. Mit Ausnahme dieser diskutierten spezifischen Konstellationen wäre es aber denkbar, die bestehende Kompetenzverteilung mittels Verfassungsänderung so umzudrehen, dass die Bundeskompetenzen nach Art 10 B-VG zu Landeskompetenzen werden und die Generalklausel des Art 15 B-VG den Bund als subsidiärkompetenten Hoheitsträger benennt. Eine solche Umkehrung der Kompetenz-

907 Dazu *Lukan* in Kneihls/Lienbacher, Art 11 Abs 2 B-VG Rz 23 ff.

908 Ebenfalls unproblematisch wäre etwa die Einführung einer (konkurrierenden) Bedarfskompetenz des Bundes für den Bereich des Zivil- und Strafrechts, da die Länder hier ja ebenfalls weiterhin erforderliche Regelungen für ihren Bereich erlassen könnten.

verteilung wäre keine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Allein deswegen, weil bestimmte Sachgebiete den Ländern oder dem Bund entzogen werden, liegt also idR noch keine Gesamtänderung der Bundesverfassung vor.

### 5.3.2.5 *Autonome Kompetenzen und Determinierung durch Völker- und Unionsrecht*

#### 5.3.2.5.1 *Allgemeines*

Wenn es im Lichte des bundesstaatlichen Grundprinzips grundsätzlich zwar keine „absolut“ dem Bund oder den Ländern zuzuordnenden Sachgebiete gibt, so kann dennoch gefragt werden, ob bei der Beurteilung der Frage, ob noch ein ausreichender Autonomiebereich des Bundes bzw der Länder vorliegt, verschiedene Sachgebiete unterschiedlich zu gewichten sind. Diese Frage stellt sich nicht mit Blick auf bestimmten Sachgebieten nach der „Natur der Sache“ anhaftende Eigenschaften, sondern im Lichte der Determinierung des Tätigwerdens von Bund bzw Ländern durch das Völkerrecht und insb das Unionsrecht. Ist also die Schwelle zur Gesamtänderung etwa dann überschritten, wenn den Ländern das Gesetzgebungsrecht nur noch in Bereichen zukommt, in denen es bereits unionsrechtliche Rechtsvorschriften – eventuell sogar Verordnungen – gibt?

Im Kern läuft die hier diskutierte Frage darauf hinaus, was denn nun eigentlich mit der vom bundesstaatlichen Grundprinzip geschützten „selbstständigen“ bzw „autonomen“ Wahrnehmung von Gesetzgebungs- und Verwaltungsbefugnissen gemeint ist: Verlangt das bundesstaatliche Grundprinzip danach, dass es einen Mindestbestand an Kompetenzen gibt, in denen Bund und Länder ohne „äußere“ Einmischung entscheiden können, oder schützt das bundesstaatliche Grundprinzip nur vor einer Einmischung durch den gegenbeteiligten föderalen Hoheitsträger? Diese Frage stellt sich hinsichtlich der Determinierung durch das Unionsrecht gleichermaßen wie hinsichtlich der Determinierung durch das Völkerrecht. Im Folgenden soll dies zunächst anhand der Regelungen über völkerrechtliche Verträge und dann anhand des Unionsrechts besprochen werden.

#### 5.3.2.5.2 *Staatsverträge*

##### 5.3.2.5.2.1 *Ausgangslage: Transkompetente Kompetenz des Bundes zum Abschluss von Staatsverträgen*

Schon das B-VG 1920 sah in seinem Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG vor, dass der Bund zuständig für den Abschluss sämtlicher Staatsverträge ist. Bereits damals waren sich die Verfassungsgeber des Problems bewusst, das dadurch entstehen konnte, dass der Bund eine völkerrechtliche Verpflichtung in einem Bereich eingeht, für

den nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung die Länder zuständig sind.<sup>909</sup> Entsprechend wurde bereits in Art 16 B-VG 1920 erstens eine verfassungsrechtliche Pflicht der Länder zur Umsetzung der vom Bund eingegangenen völkerrechtlichen Pflichten normiert und zweitens ein der mittelbaren Bundesverwaltung entsprechendes Überwachungsrecht des Bundes für eben jene Angelegenheiten angeordnet.<sup>910</sup> Nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG konnte also der Bund mittels Staatsvertrags – der freilich nur nach Willensübereinstimmung mit anderen Staaten zustande kommen kann – die inhaltliche, materielle Determinierung von Landeskompetenzen bewirken und so die Kompetenzen der Länder beschränken. Die Beschränkung der Länder erfolgt dabei nicht nur materiell dadurch, dass der Staatsvertrag vorgibt, wie bestimmte Angelegenheiten zu regeln sind, sondern auch organisatorisch, da dem Bund die besagten Überwachungsrechte zukommen, er also insb Weisungen an Landesorgane erteilen kann. Die Länder sind also dann, wenn der Bund einen völkerrechtlichen Vertrag über einen Gegenstand abgeschlossen hat, der nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung in ihre Zuständigkeit fällt, bei der Ausübung dieser Zuständigkeit inhaltlich und weisungsmäßig gebunden.<sup>911</sup>

Es gibt keine Regelung im B-VG 1920, die den Bund beim Tätigwerden nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG, also dem Abschluss von Staatsverträgen, mit Blick auf die Kompetenzen der Länder Beschränkungen unterwirft; es ist etwa nicht vorgesehen, dass bestimmte Kompetenzen der Länder nicht mittels Staatsvertrags determiniert werden dürfen. In der österreichischen Bundesverfassung gibt es auch keine explizit verankerte Pflicht zur wechselseitigen (Bundes-)Treue, die eine solche Rücksichtnahmepflicht begründen könnte; die implizite Annahme einer solchen Treuepflicht ist aber nur dort statthaft, wo es normative Anhaltspunkte dafür gibt. Genau solche Anhaltspunkte fehlen im Zusammenhang mit der Außenkompetenz des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1929. Auch das vom VfGH entwickelte Berücksichtigungsprinzip<sup>912</sup> ist hier nicht einschlägig – dort geht es ja darum, dass ein Hoheitsträger seine Kompetenz nur mit Rücksicht auf die bestehenden Kompetenzen des gegenbeteiligten Hoheitsträgers ausüben soll. Im Zusammenhang mit seiner Außenkompetenz und iVm Art 16 B-VG hat es der Bund aber ja gerade in der Hand, den Ländern Kompetenzen zu entziehen bzw die Ausübung der Kompetenzen durch die Länder zu determinieren.<sup>913</sup>

909 Vgl dazu *Jakab/Kirchmair* in Kneihls/Lienbacher, Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG Rz 1.

910 Beides findet sich in der geltenden Fassung des B-VG, namentlich in Art 16 Abs 4 und 5 B-VG.

911 Die Weisungsbindung besteht freilich nur insofern, als die Länder zur Durchführung eines Staatsvertrags Verwaltungsfunktionen ausüben müssen; dazu *Weber* in Kneihls/Lienbacher, Art 16 B-VG Rz 70. Eine Weisungsbindung der Landtage ist in Art 16 B-VG nicht vorgesehen.

912 Siehe insb VfSlg 15.552/1999; dazu noch unten bei 5.4.2.2 (= 224).

913 Vgl dazu *Weber* in Kneihls/Lienbacher, Art 16 B-VG Rz 65 ff.

### 5.3.2.5.2.2 Reichweite der Kompetenz – Begriff des Staatsvertrags

Die Kompetenz des Bundes geht aber eben nur so weit wie Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG reicht. Eine Beschränkung der Kompetenz des Bundes könnte also eventuell auf Grund einer Versteinerung<sup>914</sup> des Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG angenommen werden. Allerdings ist fraglich, inwiefern dieser Kompetenztatbestand einer Versteinerung zugänglich ist:

Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 verleiht dem Bund die Kompetenz für „äußere Angelegenheiten mit Einschluß der politischen und wirtschaftlichen Vertretung gegenüber dem Ausland, insbesondere Abschluß aller Staatsverträge“. Aus der Nennung „aller“ Staatsverträge kann geschlossen werden, dass eine Beschränkung des Bundes auf Staatsverträge, wie sie zum Zeitpunkt der Erlassung der Kompetenzverteilung bestanden haben, gerade nicht beabsichtigt war. Eine Beschränkung auf für damalige Zeit „typische“ Staatsverträge würde keine beschränkende Wirkung haben, da es auch zum damaligen Zeitpunkt bereits viele verschiedene Arten von Staatsverträgen gab.<sup>915</sup> Dafür, dass bspw auch eher „technische“ Staatsverträge und nicht nur etwa Friedensverträge vom Begriff des Staatsvertrags iSd Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 erfasst sein sollen, spricht im Übrigen auch, dass Art 50 Abs 1 B-VG 1920 (anders als Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920) dem allgemeinen Begriff des Staatsvertrags jenen des „politischen Staatsvertrags“ zur Seite stellt.

### 5.3.2.5.2.3 Reichweite der Kompetenz – Unmittelbare Anwendbarkeit von Staatsverträgen

Fraglich ist noch, ob die ursprüngliche Kompetenz des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 auch die Befugnis umfasst, unmittelbar anwendbare Staatsverträge abzuschließen. Nach Art 49 und 50 B-VG 1920 sind politische Staatsverträge nach Genehmigung durch den Nationalrat und Kundmachung im Bundesgesetzblatt durch den Bundeskanzler in Österreich verbindlich. Die Möglichkeit der Abgabe eines Erfüllungsvorbehalts durch den Nationalrat wurde

914 Zur Versteinerungstheorie *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 275 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 429 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 332 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 296; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 19.090 ff; *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 63 ff; *Gamper*, Verfassungsinterpretation 172 ff. Vgl dazu weiters zB *Thurner*, Kompetenzverteilung 24 ff sowie bei 5.4.2.1 (= 220).

915 Neben Friedensverträgen etwa auch andere, sehr „technische“ Verträge; bspw den Vertrag zur Gründung eines allgemeinen Postvereins (RGI 1875, XXXI. Stück vom 19.06.1875, 213; in dem Vertrag wird ein einheitliches Postgebiet festgelegt und bspw angeordnet, wie hoch Briefe zu frankieren sind) oder die Donau-Schiffahrts-Acte (RGI 1858, V. Stück vom 30.01.1958, 83; ein Anhang des Vertrags enthält ein Formular für die Ausgestaltung des Schiffspatents).

erst mit der B-VG Novelle 1964<sup>916</sup> eingeführt. Dem B-VG 1920<sup>917</sup> liegt also ein sog „Adoptionsprinzip“ zu Grunde,<sup>918</sup> das sowohl mit dem zur Zeit der Verfassung des B-VG vorherrschenden, von der Wiener Schule geprägten monistischen Konzept des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht<sup>919</sup> als auch mit einem dualistisch geprägten Verständnis vereinbar ist.<sup>920</sup> Auf Grund des Vorherrschens eines monistischen Verständnisses zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit gar nicht explizit problematisiert.<sup>921</sup> Staatsverträge wurden aber als Gesetzen grundsätzlich gleichgestellte Rechtsform erachtet.<sup>922</sup> Die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung von Rechtsunterworfenen durch staatsvertragliche Bestimmungen wurde bereits zum damaligen Zeitpunkt für möglich gehalten.<sup>923</sup>

Der Bund ist also nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 berechtigt, auch Staatsverträge abzuschließen, die unmittelbar anwendbar sind bzw teilweise unmittelbar anwendbare Bestimmungen enthalten.<sup>924</sup> Voraussetzung dafür ist die (textliche) Eignung einer Vorschrift zur unmittelbaren Anwendbarkeit; seit 1964 tritt das Nichtvorliegen eines Erfüllungsvorbehalts als Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit hinzu.

Enthält ein vom Bund in einem in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallenden Bereich abgeschlossener Staatsvertrag eine unmittelbar anwendbare Bestimmung, so wird dadurch das Gesetzgebungsrecht der Länder insoweit ausgeschlossen.<sup>925</sup> Im Lichte dessen, dass der Eintritt dieser Rechtsfolge schon nach dem B-VG 1920<sup>926</sup> vorgesehen war, kann dies nicht gegen das bundesstaatliche Grundprinzip verstoßen.<sup>927</sup> Den Ländern kommen nach dem Konzept des B-VG 1920 also nur insofern „autonome“ Kompetenzen zu, als der Bund nicht von sei-

916 BGBl 59/1964.

917 So wie dem B-VG 1920.

918 Dazu *Öhlinger*, Vertrag 127 ff.

919 Dazu *Öhlinger*, Vertrag 100 ff, 116 ff. Vgl weiters zB *Potacs*, ZÖR 2010, 121 ff; *Gragl*, ZÖR 2015, 668 ff; *Jestaedt* in Herzig, Europarecht 13 ff; *Jakab*, Der Staat 2007, 284.

920 *Öhlinger*, Vertrag 127.

921 *Kelsen/Fröhlich/Merkl* 134; *Öhlinger*, Vertrag 137 ff mwN.

922 *Kelsen/Fröhlich/Merkl* 136.

923 *Öhlinger*, Vertrag 100 mwN; vgl auch *Kelsen/Fröhlich/Merkl* 134.

924 Vgl auch *Berchtold*, JBl 1967, 245.

925 *Melicher*, ZÖR 1967, 239 spricht von einer „Verdünnung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder“.

926 Ebenso wie nach dem B-VG 1920.

927 Da das bundesstaatliche Grundprinzip die Länder vor einem solchen Entzug ihrer Zuständigkeiten nicht schützt, ist auch keine prinzipienkonforme Auslegung (dazu *Gamper*, Verfassungsinterpretation 232 ff) des (nunmehrigen) Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG dahingehend geboten, dass der Nationalrat verpflichtet wäre, beim Vorliegen einer zur unmittelbaren Anwendbarkeit geeigneten Bestimmung in einem Staatsvertrag, der in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, einen Erfüllungsvorbehalt abzugeben, um das Gesetzgebungsrecht der Länder wenigstens in formeller Hinsicht zu erhalten. Zum Zustimmungsrecht des Bundesrates nach Art 50 Abs 2 Z 2 bzw Abs 4 B-VG gleich unten 5.3.2.5.2.4 (= 208).

ner transkompetenten Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen Gebrauch gemacht hat.

Aus dem Versuch einer „Versteinerung“ des Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 lässt sich also keine Beschränkung der Kompetenzen des Bundes ableiten. Mit Blick darauf, dass der Bund die neugegründete Republik umfassend und effektiv nach außen vertreten können sollte, ist dies auch konsequent. In weiterer Folge lässt sich eine Beschränkung der Kompetenz des Bundes auch nicht durch Wegfall des Wortes „aller“ mit der BVG-Novelle 1988<sup>928</sup> begründen, da das Ziel dieser textlichen Änderung nur war, die neugeschaffene (parallele) Kompetenz der Länder nach Art 16 B-VG auch im Text des Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG sichtbar zu machen. Durch den gesamtändernden EU-Beitritt wurde mit Blick auf die gerade diskutierte Fragestellung nichts geändert.<sup>929</sup>

#### 5.3.2.5.2.4 Beschränkung der Bundeskompetenz durch Zustimmung- und Stellungnahmerechte

Fraglich ist, ob eine wirksame Beschränkung der Kompetenz des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 durch spätere Verfassungsrechtsänderungen verfügt wurde: 1974 wurde den Ländern vor dem Abschluss von Staatsverträgen, die den selbstständigen Wirkungsbereich der Länder berühren, ein Stellungnahmerecht eingeräumt.<sup>930</sup> 1988 wurde gleichzeitig mit der Ermächtigung der Länder zum Abschluss von Länderstaatsverträgen auch ein Zustimmungsrecht<sup>931</sup> des Bundesrates hinsichtlich politischer Staatsverträge verankert,<sup>932</sup> welche Angelegenheiten betreffen, die in den selbstständigen Wirkungsbereich der Länder fallen.<sup>933</sup> Art 50 Abs 4 B-VG sieht inzwischen außerdem ein qualifiziertes Zustimmungsrecht des Bundesrates vor, soweit es um Änderungen der vertraglichen Grundlagen der EU geht.<sup>934</sup> 2008 wurde dann, nachdem ähnliche Bestimmungen bereits im Zusammenhang mit der Mitwirkung Österreichs an der Rechtsetzung

928 BGBl 685/1988.

929 Die Außenkompetenz des Bundes wurde zwar im unionsrechtlichen Innenverhältnis zwischen EU und Österreich insofern eingeschränkt, als eine Ausübung der Außenkompetenz in Bereichen, die in die ausschließliche Außenkompetenz der EU fallen, unionsrechtswidrig wäre. Dadurch ändert sich aber erstens nichts an der aus der Souveränität Österreichs erwachsenden umfassenden Außenkompetenz der Republik Österreich und zweitens bleibt auch das Verhältnis zwischen Bund und Länder in Angelegenheiten der Außenkompetenz unverändert.

930 Art 10 Abs 3 B-VG idF BGBl 444/1974.

931 Ein Stellungnahmerecht bestand bereits nach Art 50 Abs 2 iVm Art 42 B-VG 1920. Vgl dazu *Öblinger*, Vertrag 288 ff.

932 Art 50 Abs 1 B-VG idF BGBl 685/1988; s nunmehr Art 50 Abs 2 Z 2 B-VG sowie Art 50 Abs 4 B-VG hinsichtlich der vertraglichen Grundlagen der EU.

933 Eine Regelung von Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Länder fallen, liegt auch dann vor, wenn der Staatsvertrag nicht unmittelbar anwendbar ist, sondern Durchführungsmaßnahmen notwendig macht. Zur Ähnlichkeit dieser Bestimmung mit Art 44 Abs 2 B-VG *Bußjäger*, ZÖR 2013, 114.

934 Eingeführt mit BGBl I 2/2008.

der Europäischen Union verankert worden waren,<sup>935</sup> ein qualifiziertes Stellungnahmerecht der Länder hinsichtlich Staatsverträgen normiert: Nach Art 10 Abs 3 B-VG<sup>936</sup> hat der Bund den Ländern vor Abschluss eines Staatsvertrags, der ihre Angelegenheiten betrifft, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Geben die Länder eine einheitliche Stellungnahme ab, so ist der Bund an diese gebunden und darf von ihr nur aus zwingenden außenpolitischen Gründen abweichen.<sup>937</sup>

Die gerade erwähnten Stellungnahme- und Zustimmungsrechte beschränken den Bund bei der Ausübung der Außenvertretungskompetenz; sie werden aber dennoch nicht als Gesamtänderung der Bundesverfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG qualifiziert.<sup>938</sup>

#### 5.3.2.5.2.5 Zwischenergebnis: Staatsverträge des Bundes und bundesstaatliches Grundprinzip

Die Kompetenz des Bundes zum Abschluss von Staatsverträgen war nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG nicht an die interne Kompetenzverteilung gebunden: Der Bund konnte Staatsverträge auch hinsichtlich Angelegenheiten abschließen, welche in Gesetzgebung und/oder Vollziehung in die Zuständigkeit der Länder fallen. Die Länder sind im Gegenzug verfassungsrechtlich verpflichtet, diese Staatsverträge umzusetzen. Trotz dieser „Schieflage“ hatten die Länder nach dem ursprünglichen Konzept keine verfassungsrechtlichen Möglichkeiten, um auf den Bund beim Abschluss von Staatsverträgen betreffend Länderkompetenzen Einfluss zu nehmen.

Wie dargelegt wurde, ist diese Staatsvertragskompetenz des Bundes umfangreich angelegt; der Bund durfte bereits gestützt auf Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG 1920 alle denkbaren Arten von Staatsverträgen abschließen. Außerdem war es bereits nach dem B-VG 1920 zulässig, dass vom Bund abgeschlossene Staatsverträge – auch in Bereichen, die nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung Landeskompentzen darstellen – unmittelbar anwendbar sind. Dem Bund war es also nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG möglich, (insb Gesetzgebungs-)Kompetenzen der Länder und die Kompetenzausübung durch die Länder staatsvertraglich zu determinieren. Hervorzuheben ist, dass den Ländern nach dem ursprünglichen Konzept des B-VG bei diesem Vorgang keinerlei Mitwirkungs-, Stellungnahme- oder gar Zustimmungsrechte zukamen. Der Bund war daher weder auf Grund verfahrensrechtlicher Vorgaben noch durch inhaltliche

935 Zum Beispiel Art 10 Abs 5 B-VG idF BGBl 276/1992; s nunmehr Art 23d Abs 2 B-VG.

936 IdF BGBl I 2 /2008.

937 Wobei dieses Erfordernis zu Gunsten der Sicherung der im völkerrechtlichen Verkehr notwendigen Flexibilität nicht restriktiv auszulegen ist; s *Wiederin* in Korinek/Holoubek, Art 10 Abs 3 B-VG Rz 12.

938 Vgl etwa (implizit, da dies nicht andenkend) *Bußjäger*, ZÖR 2013, 123.

Beschränkungen verpflichtet, auf etwaige Länderinteressen, die durch den Abschluss eines Staatsvertrags betroffen sein konnten, Rücksicht zu nehmen.

Wenn aber die Kompetenz des Bundes zum Abschluss von Staatsverträgen schon nach dem B-VG 1920 unbeschränkt war, so schließt das bundesstaatliche Grundprinzip nicht aus, dass die Kompetenzen der Länder durch vom Bund abgeschlossene Staatsverträge weitgehend oder gar vollständig determiniert werden. Wenn also das bundesstaatliche Grundprinzip nach eigenständigen Kompetenzen der Länder verlangt, kann es sich dabei nur um eine durch die Kompetenzausübung des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG bedingte Forderung handeln. Im theoretischen Extremfall bedeutet dies also: Der Abschluss eines Staatsvertrags des Bundes, der die Ausübung der letzten den Ländern noch zustehenden Kompetenzen vollständig determiniert, verstößt nicht gegen das bundesstaatliche Grundprinzip.<sup>939</sup> Ebenso wenig verstößt eine verfassungsrechtliche Kompetenzverschiebung, die zur Folge hätte, dass die Länder nur noch staatsvertraglich determinierte Kompetenzen wahrnehmen können, gegen das bundesstaatliche Grundprinzip. Und schließlich verletzt der Bund auch dann nicht das bundesstaatliche Grundprinzip, wenn er – was wiederum eher eine theoretische Überlegung ist – sämtliche Angelegenheiten, die in die Kompetenzen der Länder fallen, mittels unmittelbar anwendbaren Staatsvertrags regelt.

### 5.3.2.5.3 Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen

Es stellt sich weiters die Frage, ob bzw. inwieweit das bundesstaatliche Grundprinzip die Determinierung der Kompetenzausübung durch zwischenstaatliche Einrichtungen zulässt, an die hoheitliche Befugnisse übertragen wurden. Im B-VG 1920 gab es dazu keine explizite Regelung. Die Befugnis zur Übertragung von Hoheitsrechten an zwischenstaatliche Einrichtungen wurde 1981 mit Art 9 Abs 2 B-VG in das österreichische Verfassungsrecht aufgenommen.<sup>940</sup> Die Befugnis des Bundes, Hoheitsrechte mittels Gesetzes oder Staatsvertrages zu übertragen, war aber damals noch auf Hoheitsrechte des Bundes beschränkt. Mit der B-VG Novelle 2008 fiel diese Beschränkung weg.<sup>941</sup>

Es wurde allerdings nachgewiesen, dass dem Verfassungsgeber des B-VG 1920 die Übertragung von einzelnen Hoheitsrechten durch Staatsvertrag und Gesetz bereits bekannt war;<sup>942</sup> der Einführung von Art 9 Abs 2 B-VG kam insofern keine konstitutive Bedeutung für die entsprechende Befugnis des Bundes zu.<sup>943</sup> Da-

939 Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, ob man Staatsverträge als möglichen Gegenstand einer Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG qualifiziert oder nicht – da in der genannten Konstellation gar keine Gesamtänderung vorliegt, stellt sich diese Frage nämlich nicht.

940 BGBl 350/1981.

941 BGBl I 2/2008.

942 Griller, Hoheitsrechte 132 ff mwN.

943 Griller, Hoheitsrechte 134.

raus lässt sich aber in Weiterführung der oben zu Staatsverträgen angestellten Überlegungen schließen, dass der Bund schon nach dem B-VG 1920 dazu befugt war, durch Übertragung von Hoheitsbefugnissen durch Staatsvertrag die Landeskompetenzen bzw die Kompetenzausübung der Länder einzuschränken<sup>944</sup> bzw zu determinieren.<sup>945</sup> Eine „Aushöhlung“ der Kompetenzen der Länder durch staatsvertragliche Übertragung von Hoheitsbefugnissen an Organe zwischenstaatlicher Einrichtung verstößt nach diesem Konzept also nicht gegen das bundesstaatliche Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung.

Eine Beschränkung des Bundes mit Rücksicht auf die autonomen Befugnisse der Länder erfolgte erst durch die Einführung von Art 9 Abs 2 B-VG, der in seiner ursprünglichen Fassung<sup>946</sup> eine Übertragung von Hoheitsrechten der Länder nicht zuließ.<sup>947</sup> Da der Bund auch nach dieser Bestimmung Landesrecht mittels Übertragung von Hoheitsrechten durch Staatsvertrag determinieren konnte, ist aber nicht davon auszugehen, dass es durch die inzwischen wieder aufgegeben Beschränkung auf Hoheitsrechte des Bundes<sup>948</sup> zu einer wesensmäßigen Änderung des bundesstaatlichen Grundprinzips – das eben die Kompetenzverteilung idR nur nach „innen“, nicht aber nach außen schützt – gekommen ist.

#### 5.3.2.5.4 Unionsrecht

Schließlich ist die Frage der Determinierung der Kompetenzausübung bzw der Einschränkung von Kompetenzen auch noch mit Blick auf das Unionsrecht zu diskutieren. Dabei ist zunächst zwischen dem Primärrecht und dem Sekundärrecht zu differenzieren.

Das Primärrecht der Union basiert auf völkerrechtlichen Verträgen, in der Terminologie des B-VG also auf Staatsverträgen. Es gilt daher für das Primärrecht und dessen Auswirkungen auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung das oben zu Staatsverträgen Gesagte: Weder die Determinierung der Landeskompetenzausübung noch der Entzug von Landeskompetenzen durch unmittelbar anwendbare Bestimmungen des Primärrechts konfliktieren mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip. Beides ist bereits im Konzept des Bundesstaates des B-VG 1920 angelegt. Das bundesstaatliche Grundprinzip schützt insofern nicht vor einem Kompetenzverlust der Länder zu Gunsten der EU.

Hinsichtlich des Sekundärrechts der EU gilt das zur Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen Gesagte: Eine solche Übertragung, die eine Determinierung der Kompetenzausübung der Länder bzw einen Entzug

944 Wenn die ausgeübten Hoheitsbefugnisse in der österreichischen Rechtsordnung unmittelbar wirken.

945 Wenn die ausgeübten Hoheitsbefugnisse ins Landesrecht umzusetzen sind.

946 BGBl 350/1981.

947 Ausführlich dazu *Griller*, Hoheitsrechte 149 ff.

948 Entfallen mit BGBl I 2/2008.

der Landeskompetenzen zur Folge hat, verletzt das bundesstaatliche Grundprinzip nicht. Die oben aufgeworfene Frage, ob die vollständige Determinierung von Landeskompetenzen durch Unionssekundärrecht eine Verletzung des bundesstaatlichen Grundprinzips bedeuten würde, ist also zu verneinen. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass die Ausübung der Kompetenzen durch Richtlinienrecht determiniert wird, sondern auch dann, wenn der gesamte Bereich der Landesgesetzgebungskompetenzen durch Verordnungen geregelt und den Ländern somit ihr eigenständiges Gesetzgebungsrecht entzogen wird.

Hinsichtlich des hier diskutierten Aspekts des bundesstaatlichen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung, namentlich der Notwendigkeit des Bestehens autonomer Kompetenzbereiche von Bund und Ländern, hätte der EU-Beitritt also mangels Beeinträchtigung des bundesstaatlichen Grundprinzips ohne Gesamtänderungsverfahren vollzogen werden können. Dieser Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips wurde daher durch den gesamtändernden EU-Beitritt auch nicht verändert.

### 5.3.2.6 Ergebnis

Eine konkret „bezahlte“ Antwort auf die Frage, wie viele Kompetenzen dem Bund oder den Ländern entzogen werden dürfen, damit noch keine Gesamtänderung vorliegt, muss die vorliegende Untersuchung schuldig bleiben – allein schon die Aufzählung der verschiedenen denkbaren Kombinationen von Kompetenzverlusten und -gewinnen würde den Rahmen sprengen. Eine solche Beurteilung kann sinnvollerweise nur im Einzelfall anhand der jeweils beabsichtigten Änderung vorgenommen werden. Aus den vorangehenden Ausführungen können aber folgende strukturelle Maßstäbe für eine Beurteilung des Vorliegens einer Gesamtänderung gewonnen werden:

Erstens sind Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen jeweils für sich genommen zu beurteilen und nicht untereinander „ausgleichsfähig“; eigenständige Gerichtsbarkeitsbefugnisse der Länder waren im B-VG 1920 nicht angelegt und sind vom bundesstaatlichen Grundprinzip auch nicht geschützt.

Zweitens gibt es nur wenige Sachgebiete, die auf Grund ihrer Eigenart nach dem bundesstaatlichen Grundprinzip jedenfalls Bund oder Ländern zuzuordnen sind (nämlich die Vertretung nach außen und die Landesverfassungen); idR kommt es für die Frage des Vorliegens einer Beeinträchtigung des bundesstaatlichen Grundprinzips durch eine Kompetenzverschiebung nicht auf das Sachgebiet an, das davon betroffen ist.

Drittens besteht die Autonomie der Länder nach dem Konzept des B-VG nur insoweit, als der Bund nicht von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat, Staatsverträge abzuschließen bzw. Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu übertragen. Der nach dem bundesstaatlichen Grundprinzip grundsätzlich be-

stehende Schutz von Länderkompetenzen wirkt also dann und insoweit nicht, als der Bund von den genannten Außenbefugnissen Gebrauch gemacht hat. Werden Länderkompetenzen durch derartige Bundesakte beschränkt oder entzogen, liegt aus der Perspektive des bundesstaatlichen Grundprinzips keine Gesamtänderung vor. Auch eine Aushöhlung von Länderkompetenzen durch Unionsrecht ist daher nach dem bundesstaatlichen Grundprinzip ohne Durchführung eines Gesamtänderungsverfahrens zulässig.

Damit, dass es sich bei den vorgenannten Aspekten um Bestandteile des bundesstaatlichen Grundprinzips handelt, lässt sich begründen, dass es sich dabei auch um grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV handelt. Dabei ist aber bereits an dieser Stelle anzumerken, dass selbst dann, wenn man dies annimmt, der Schutz der Autonomie bzw der autonomen Kompetenzen gerade nicht im Verhältnis zur EU greift. Die weitreichende Befugnis des Bundes, die Kompetenzen der Länder durch Übertragung von Befugnissen an die EU zu determinieren, verhindert grundsätzlich, dass die Autonomie der Länder gegenüber der EU geltend gemacht werden kann.

### 5.3.3 Zusammenwirken der föderalen Hoheitsträger

#### 5.3.3.1 Fragestellung

Innerhalb des österreichischen Bundesstaates gibt es nicht nur Bereiche, in denen die föderalen Hoheitsträger unabhängig voneinander tätig werden, sondern auch zahlreiche Arten des Zusammenwirkens der Hoheitsträger. Diese finden sich insb in Form von Informations-,<sup>949</sup> Stellungnahme<sup>950</sup>- und Zustimmungsrechten<sup>951</sup> sowie bestimmten Kompetenzverteilungstypen<sup>952</sup> innerhalb des Verfassungsrechts. Nun sind sicherlich nicht alle Formen des Zusammenwirkens grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV. In der Literatur und Rsp des VfGH wird aber dem Bundesrat, der mittelbaren Bundesverwaltung sowie Vereinbarungen nach Art 15a B-VG ein besonderer Stellenwert für das bundesstaatliche Gefüge zugemessen. Diese drei Aspekte werden daher im Folgenden dahingehend analysiert, ob sie auch durch Art 4 Abs 2 EUV geschützt werden.

949 Zum Beispiel Art 23d Abs 1 B-VG, Art 23g Abs 3 B-VG, Art 16 Abs 2 B-VG.

950 Zum Beispiel Art 10 Abs 3 B-VG.

951 Zum Beispiel Art 15 Abs 10 B-VG, Art 97 Abs 2 B-VG (jeweils Zustimmungsrechte des Bundes zu Landesgesetzen); Art 14b Abs 4 B-VG; Art 94 Abs 2 B-VG; Art 102 Abs 1 und 4 B-VG; Art 130 Abs 2 B-VG; Art 131 Abs 4 B-VG; Art 135 Abs 1 B-VG (Zustimmungsrechte der Länder zu Bundesgesetzen, ausführlich dazu *Pürgy* in FS Korinek 261 ff); zu Art 44 Abs 2 B-VG siehe schon oben bei 5.3.1 (= 192), ebenso zu Art 2 Abs 3 B-VG bei 5.2 (= 188).

952 Art 11 und 12 B-VG.

5.3.3.2 *Bundesrat*

Als ein Charakteristikum von Bundesstaaten im Allgemeinen,<sup>953</sup> aber auch des österreichischen Bundesstaates<sup>954</sup> im Besonderen wird die Mitwirkung der Gliedstaaten an der Gesetzgebung des Bundes qualifiziert.<sup>955</sup> In Österreich erfolgt diese Mitwirkung durch den Bundesrat, dessen Zusammensetzung und wesentliche Befugnisse bereits im B-VG 1920 geregelt waren. Der österreichische Bundesrat setzt sich aus Vertreterinnen und Vertretern der Landesbürger:innen zusammen, die von den Landtagen im Verhältnis ihrer Bürger:innenzahl gewählt werden.<sup>956</sup> Gesetzesbeschlüsse des Nationalrates<sup>957</sup> sind dem Bundesrat zuzuleiten, der dagegen Einspruch erheben kann; erhebt der Bundesrat Einspruch gegen einen Gesetzesbeschluss, kann der Nationalrat das Gesetz dennoch mit Beharrungsbeschluss beschließen.<sup>958</sup> Dem Bundesrat kommt also das Recht zur Erhebung eines suspensiven Vetos zu.<sup>959</sup> Die Bestimmungen über das suspensive Veto kommen grundsätzlich auch bei Beschlüssen des Nationalrates zur Anwendung, mit denen der Abschluss eines Staatsvertrags genehmigt wird.<sup>960</sup>

In einigen Fällen hat der Bundesrat qualifizierte Mitwirkungsbefugnisse, so etwa bei der Änderung der Art 34 und 35 B-VG.<sup>961</sup> Mit BGBl 490/1984 wurde

953 Zum Beispiel *Bußjäger* in Kneihls/Lienbacher, Art 42 Abs 1–4 B-VG Rz 1.

954 *Berka*, Verfassungsrecht Rz 164; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 70; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 160, 412; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305, 349; *Jabloner*, JRP 2001, 43; *Rill* in FS Schäffer 726, 728; *Weber, K.*, in Korinek/Holoubek, Art 2 B-VG Rz 2 (in Anlehnung an den VfGH); *Pürgy* in Pürgy, Recht der Länder Rz 11; *Pernthaler/Rath-Kathrein* in FS Rill 1995, 202, 206; VfSlg 2455/1952.

955 Aus vergleichender Föderalismusperspektive *Watts*, Federal Systems 34; *Esterbauer*, System 74; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, Federalism 17; *Sturm* in Griffiths, Handbook 49 f.

956 Dazu *Labuda* in Schambeck, Bundesstaat 348 ff; weiters zB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 414 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 584 ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 293 ff; so schon geregelt in den Art 34 und 35 B-VG 1920, die bis heute im Wesentlichen unverändert geblieben sind. Die konkrete Zusammensetzung des Bundesrates und die Stellung der Mitglieder des Bundesrates werden nach der hier vertretenen Ansicht nicht auf dem ursprünglichen Stand „versteinert“, sondern können geändert werden; wird etwa eine Bindung an Aufträge der entsendenden Landtage eingeführt, kommt es dadurch noch nicht zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung wegen Veränderung des bundesstaatlichen Grundprinzips; problematisch könnte dies uU mit Blick auf den vom demokratischen Grundprinzip geschützten Grundsatz des freien Mandats sein. Siehe zur Fragestellung *Pernthaler/Rath-Kathrein* in FS Rill 1995, 202 ff.

957 Ausgenommen die in Art 42 Abs 5 B-VG genannten Beschlüsse.

958 Art 42 B-VG 1920, der bis heute im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Dazu *Bußjäger* in Kneihls/Lienbacher, Art 42 Abs 1–4 B-VG Rz 22 ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 431; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 462; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 619; weiters zB *Hummer, G.* in Schambeck, Bundesstaat 367 ff.

959 *Bußjäger* in Kneihls/Lienbacher, Art 42 Abs 1–4 B-VG Rz 3; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 291; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 462; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 619.

960 Art 50 Abs 2 B-VG 1920, heute Art 50 Abs 3 B-VG; zum Sonderfall des Art 50 Abs 2 Z 2 bzw Abs 4 B-VG schon oben bei 5.3.2.5.2.4 (= 208).

961 Nach Art 35 Abs 4 B-VG ist für die Änderung dieser Artikel neben einer Mehrheit im Bundesrat die Zustimmung der Vertreterinnen und Vertreter von mindestens vier Ländern notwendig; nach dem B-VG 1920 bezog sich dieses qualifizierte Beschlussfassungserfordernis nur auf Art 35 (Art 35 Abs 4 B-VG 1920). Im B-VG 1929 fand sich keine vergleichbare Bestimmung.

überdies in Art 44 Abs 2 B-VG festgelegt, dass Verfassungsänderungen, welche die Zuständigkeiten der Länder einschränken, einer qualifizierten Zustimmung des Bundesrates bedürfen; dies galt nach Art 50 Abs 3 B-VG idF BGBl 490/1984 auch für die Genehmigung von verfassungsändernden Staatsverträgen durch den Nationalrat, welche die Zuständigkeiten der Länder einschränken.<sup>962</sup> Der Bundesrat muss außerdem – sowohl nach dem B-VG 1920 als auch nach heutiger Rechtslage – der Auflösung eines Landtags durch den Bundespräsidenten zustimmen.

Eine ersatzlose Abschaffung des Bundesrates wäre jedenfalls<sup>963</sup> eine Gesamtänderung der Bundesverfassung;<sup>964</sup> nicht jedoch die Substituierung des Bundesrates durch andere Formen der Ländermitwirkung an der Bundesgesetzgebung.<sup>965</sup>

Im Lichte all dessen lässt sich die Existenz des Bundesrates als Form der Ländermitwirkung an der Bundesgesetzgebung als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifizieren.

### 5.3.3.3 Mittelbare Bundesverwaltung

Bund und Länder wirken auch in der Verwaltung zusammen. Als Zusammenwirken können dabei Verflechtungen in der Verwaltungsorganisation qualifiziert werden, die *va* durch Weisungszusammenhänge, Überwachungsrechte und Devolutionen bewirkt werden. Auch Instanzenzüge von einer Landesbehörde an eine Bundesbehörde könnten als derartiges Zusammenwirken qualifiziert werden; Instanzenzüge finden sich aber im Allgemeinen seit der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 nur noch ausnahmsweise.

Auch die mittelbare Bundesverwaltung ist ein Beispiel für das Zusammenwirken von Bund und Ländern in der Verwaltung: Die Länder vollziehen Bundesgesetze, sind dabei aber an die Weisungen des zuständigen Bundesministers

962 Zur heutigen Rechtslage s oben bei 5.3.2.5.2.4 (= 208).

963 Auch die Art 34 und 35 B-VG deuten nicht in eine andere Richtung: Zwar sieht Art 35 Abs 4 B-VG ein besonderes Zustimmungs- und Beschlussfassungserfordernis für Abänderungen der Art 34 und 35 B-VG vor. Selbst wenn man Art 34 und 35 B-VG gänzlich abschaffen würde (wobei sich dann die Frage stellte, ob das überhaupt als Abänderung iSd Art 35 Abs 4 B-VG zu qualifizieren wäre), wäre der Bundesrat noch an anderen Stellen im B-VG verankert (zB Art 36 ff B-VG). Insofern trifft Art 35 Abs 4 B-VG keine (abschließende) Regelung für den Fall der gänzlichen Abschaffung des Bundesrates. Im Übrigen kann auch aus dem Bestehen eines „Selbstschutzmechanismus“ des Bundesrates (wie Art 35 Abs 4 B-VG einer ist) nicht darauf geschlossen werden, dass Art 44 Abs 3 B-VG den Bundesrat nicht ebenfalls als grundlegende bundesstaatliche Institution schützen möchte. Vgl dazu die äquivalenten Überlegungen zu Art 2 Abs 3 B-VG oben bei 5.2 (= 188).

964 So auch *Berka*, Verfassungsrecht Rz 164; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 70; *Mayer/Kucko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 160, 412; *Perntaler*, Bundesstaatsrecht 305, 349; *Jablonek*, JRP 2001, 43; *Rill* in FS Schäffer 726, 728; *Weber, K.*, in *Korinek/Holoubek*, Art 2 B-VG Rz 2 (in Anlehnung an den VfGH); *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 11; *Perntaler/Rath-Kathrein* in FS Rill 1995, 202, 206; VfSlg 2455/1952.

965 So zB auch *Rill* in FS Schäffer 733.

gebunden.<sup>966</sup> Dieser hat seine Weisungen allerdings nach Art 103 Abs 1 B-VG ausschließlich an die Landeshauptleute zu richten, die sie dann ggf an die untergeordneten Behörden weitergeben.<sup>967</sup> Allerdings: Die mittelbare Bundesverwaltung ist nur eine mögliche Form des Zusammenwirkens von Bund und Ländern. Allein daraus, dass sie große praktische Bedeutung hat,<sup>968</sup> muss noch nicht darauf geschlossen werden, dass sie grundlegend für den österreichischen Bundesstaat und daher jedenfalls durch das bundesstaatliche Grundprinzip geschützt ist. Der VfGH bejahte die Relevanz der mittelbaren Bundesverwaltung für das bundesstaatliche Grundprinzip<sup>969</sup> – in einer Entscheidung, die auch auf Grund ihres Argumentationsstils viel Kritik nach sich gezogen hat.<sup>970</sup> *Schäffer* kommt in seiner Befassung mit dieser Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die mittelbare Bundesverwaltung keinen Bestandteil des von Art 44 Abs 3 B-VG geschützten bundesstaatlichen Grundprinzips ausmache.<sup>971</sup> Zahlreiche andere Autorinnen und Autoren führen zwar ebenfalls aus, dass die mittelbare Bundesverwaltung nicht per se durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützt wäre, erachten aber die Abschaffung der mittelbaren Bundesverwaltung zu Gunsten einer rein unmittelbaren Bundesverwaltung als Verletzung des bundesstaatlichen Grundprinzips<sup>972</sup> bzw halten fest, dass die Ersetzung der mittelbaren Bundesverwaltung durch Landesverwaltung (iSd des Art 11 B-VG) keine Gesamtänderung darstellen würde.<sup>973</sup> Das ausschlaggebende Argument dafür ist, dass die mittelbare Bundesverwaltung den Ländern (beschränkten) Einfluss auf die Vollziehung von Bundesgesetzen ermögliche, der nicht verringert werden könne, ohne eine Gesamtänderung der Bundesverfassung zu bewirken.<sup>974</sup> *Öhlinger/Eberhard* führen aus, dass es dem „Typus“ Bundesstaat eher entspräche, wenn die Länder Bundesrecht – so, wie bei Art 11 B-VG – „autonom“ vollziehen; die mittelbare Bundesverwaltung sei ein Kennzeichen der zentralistischen Struktur Österreichs.<sup>975</sup> Wenn man wie hier nicht einen allgemeinen Typus des Bundesstaates als maßgeblich für die Bestimmung des Inhalts des bundesstaatlichen Grundprinzips erachtet, sondern dieses

966 Dazu zB *Berka*, Verfassungsrecht Rz 723; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 837 ff-.

967 Zum Beispiel *Berka*, Verfassungsrecht Rz 725; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 838; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 304.

968 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 302.

969 VfSlg 11.403/1987. Nicht ausgesprochen kritisch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss Rz 160; aktuell zB *egger*, ÖJZ 2018, 901.

970 Zum Beispiel *Schäffer*, ZfV 1988, 361 ff; ausführlich auch *Jablonec*, Mitwirkung 39 ff; vgl weiters *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 305 f.

971 *Schäffer*, ZfV 1988, 368 ff. Ähnlich auch *Jablonec*, Mitwirkung 42.

972 Zum Beispiel *Rill* in FS Schäffer 736.

973 *Rill* in FS Schäffer 730; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 306; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 72; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 10.008, 13.008; eine Tendenz in diese Richtung andeutend *Berka*, Verfassungsrecht Rz 164; eine „einschneidende Änderung“ der mittelbaren Bundesverwaltung als Gesamtänderung qualifizierend *Koja*, Bundesländer 21.

974 *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 306; *Rill* in FS Schäffer 735 f.

975 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 303.

als Schutz der Spezifika des österreichischen bundesstaatlichen Verfassungsrechts versteht, dann lässt sich aber argumentieren, dass gerade der zentralistische Zug, der in der mittelbaren Bundesverwaltung zum Ausdruck kommt, kennzeichnend für den österreichischen Bundesstaat ist und die mittelbare Bundesverwaltung aus diesem Grund durch das bundesstaatliche Grundprinzip geschützt wird. Im Unterschied zur vorgenannten Ansicht hätte dies zur Konsequenz, dass die mittelbare Bundesverwaltung nicht zu Gunsten autonomer Landesverwaltung abgeschafft werden dürfte.

Wie auch immer: Die mittelbare Bundesverwaltung hat nach der Rsp des VfGH und der rechtswissenschaftlichen Literatur als zentrale Form des Vollzugs von Bundesrecht in Österreich einen hohen Stellenwert für die Verwirklichung der österreichischen Bundesstaatlichkeit und steht in engem Zusammenhang mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip. Dies wird auch durch einen Blick in die vergleichende Föderalismusforschung bestätigt.<sup>976</sup> Insofern lässt sich argumentieren, dass die mittelbare Bundesverwaltung zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV zählt.<sup>977</sup>

#### 5.3.3.4 Kooperation und Vereinbarungen nach Art 15a B-VG

Eine weitere Form des Zusammenwirkens sind die sog „staatsrechtlichen Vereinbarungen“ zwischen Bund und Ländern, die nach der geltenden Rechtslage auf Basis von Art 15a B-VG abgeschlossen werden können. Vereinbarungen nach Art 15a B-VG können zwischen dem Bund und einem oder mehreren Ländern (Abs 1) oder nur zwischen den Ländern (Abs 2) geschlossen werden. Die Vereinbarungen wirken grundsätzlich nicht unmittelbar, verpflichten aber die Vertragsparteien dazu, in ihrem jeweiligen Wirkungsbereich Maßnahmen zur Erfüllung der Vereinbarung zu treffen.<sup>978</sup> Vereinbarungen nach Art 15a B-VG werden daher typischerweise eingesetzt, um Angelegenheiten aufeinander abgestimmt zu regeln, die sowohl in den Kompetenzbereich des Bundes als auch in den Kompetenzbe-

976 Esterbauer, System 76; Bußjäger in Bischof/Karlhofer, Federalism 14; Sturm in Griffiths, Handbook 48 f.

977 Dies klingt auch bei Obwexer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 32 an.

978 Thienel in Korinek/Holoubek, Art 15a B-VG Rz 93; Pürgy in Pürgy, Recht der Länder Rz 76.

reich eines Landes<sup>979</sup> bzw der Länder<sup>980</sup> fallen. Staatsrechtliche Vereinbarungen nach Art 15a B-VG dienen somit der Sicherstellung der effektiven Wahrnehmung der eigenen Kompetenz durch Koordination der eigenen Kompetenzausübung mit der fremden Kompetenzausübung.<sup>981</sup> Die Verbindlichkeit der Vereinbarungen wird insb durch Art 138a B-VG untermauert, der eine Kompetenz des VfGH zur Feststellung des Bestehens und der Erfüllung<sup>982</sup> einer Vereinbarung vorsieht.<sup>983</sup>

Mit Blick auf das bundesstaatliche Grundprinzip stellt sich nun die Frage, ob die Befugnis zum Abschluss solcher Vereinbarungen ein wesentliches Element des österreichischen Bundesstaates ist.

In Beantwortung dieser Frage können folgende Überlegungen angestellt werden: Der Abschluss von Vereinbarungen nach Art 15a B-VG ist heute für das reibungslose Funktionieren des Bundesstaates von großer Wichtigkeit und praktischer Bedeutung.<sup>984</sup> Das allein vermag Art 15a Abs 1 B-VG jedoch noch nicht zum Schutzgegenstand des bundesstaatlichen Grundprinzips zu erheben. Die für die effektive eigene Kompetenzausübung so wichtige Koordination mit der „fremden“ Kompetenzausübung konnte aber auch schon vor der Einführung von Art 15a B-VG stattfinden, und zwar zwischen Bund und Ländern im Rahmen von privatrechtlichen Vereinbarungen sowie durch unverbindliche politische Absprachen;<sup>985</sup> die Länder konnten schon nach Art 107 B-VG 1920 untereinander Vereinbarungen schließen.<sup>986</sup>

Der Mehrwert von Art 15a B-VG ergibt sich also va aus der in Kombination mit Art 138a B-VG entstehenden Verbindlichkeit der Vereinbarungen.<sup>987</sup> Diese Verbindlichkeit ist aber insofern unvollständig, als ein Erkenntnis des VfGH, mit dem festgestellt wird, dass eine der Vertragsparteien ihre Verpflichtungen nicht

979 Insb dann, wenn es um die Förderung von spezifischen Projekten geht, s etwa die Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Niederösterreich über die Errichtung und den Betrieb des Universitätszentrums für Weiterbildung (Donau-Universität Krems), BGBl 501/1994, oder die Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Burgenland zur Erhaltung und Weiterentwicklung des Nationalparks Neusiedler See-Seewinkel, BGBl I 75/1999. Die Durchführung eines konkreten Projektes kann auch bei Beteiligung mehrerer Länder und des Bundes mittels Vereinbarung nach Art 15a B-VG koordiniert werden, s etwa Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern Niederösterreich, Oberösterreich und Wien über Vorhaben des Hochwasserschutzes im Bereich der österreichischen Donau, BGBl II 67/2007.

980 Siehe etwa die Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Abgeltung stationärer medizinischer Versorgungsleistungen von öffentlichen Krankenanstalten für Insassen von Justizanstalten, BGBl I 4/2019 idF BGBl I 88/2017.

981 Vgl RV 182 BlgNR 13. GP, 19.

982 Mit Ausnahme von vermögensrechtlichen Ansprüchen; diese sind nach Art 137 B-VG geltend zu machen.

983 Zum Beispiel *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 18.016.

984 *Lienbacher/Pürgy* in Pürgy, Recht der Länder Rz 21.

985 Vgl dazu *Thienel* in Korinek/Holoubek, Art 15a B-VG Rz 1 mwN.

986 Dazu *Rill*, Gliedstaatsverträge 59 ff. Art 107 B-VG 1920 wurde mit der Einführung von Art 15a B-VG durch Art 15a Abs 2 B-VG ersetzt.

987 RV 182 BlgNR 13. GP, 21.

erfüllt hat, nicht vollstreckt werden kann.<sup>988</sup> Für den Fall der Nichterfüllung sind auch keine anderen Sanktionen oder eine vom jeweiligen Vertragspartner rügbare Verantwortlichkeit nach Art 142 B-VG vorgesehen. Dies hängt – abgesehen davon, dass es sich beim Erkenntnis des VfGH um ein Feststellungserkenntnis handelt, das typischerweise nicht vollstreckungsfähig ist – damit zusammen, dass eine Erfüllung von sich aus Vereinbarungen nach Art 15a B-VG ergebenden Verpflichtungen, soweit sie keine vermögensrechtlichen Verpflichtungen sind, idR durch Erlassung von Gesetzen zu erfolgen hat und unklar ist, wie in derartigen Fällen eine Exekution stattfinden sollte.<sup>989</sup> Abgesehen von vermögensrechtlichen Verpflichtungen hängt die Erfüllung von Vereinbarungen nach Art 15a B-VG somit – trotz bestehender Verbindlichkeit – vom Vorhandensein des politischen Willens zur Erfüllung ab. Insofern haben Vereinbarungen nach Art 15a B-VG nur einen geringen Mehrwert gegenüber rechtlich unverbindlichen politischen Absprachen, deren Umsetzung ja ebenfalls vom Vorhandensein entsprechenden politischen Willens abhängt.

Daher kann nach der hier vertretenen Ansicht – ohne die große praktische Bedeutung von Vereinbarungen nach Art 15a (Abs 1) B-VG zu verkennen – nicht davon ausgegangen werden, dass es durch die Einführung von Art 15a B-VG zu einer grundlegenden Änderung des österreichischen bundesstaatlichen Systems gekommen ist, denn Koordination der wechselseitigen Kompetenzausübung von Bund und Ländern war nämlich auch ohne Art 15a B-VG möglich. Sie wurde durch Art 15a B-VG nur formalisiert und verrechtlicht.

Gleichzeitig lässt sich aber auch nicht bestreiten, dass die Existenz von Kooperationsmöglichkeiten – egal, wie diese formell rechtlich ausgestaltet sind – grundlegend für den österreichischen Bundesstaat ist;<sup>990</sup> ob dies auch als von Art 44 Abs 3 B-VG geschützter Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips ist, ist unklar – zu dieser Frage gibt es auch keine Rsp des VfGH. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass es sich dabei um grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV handelt.

## 5.4 Konsequenzen der Kompetenzverteilung

### 5.4.1 Fragestellung

Während in den vorangehenden Ausführungen diskutiert wurde, welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, damit es eine föderale Kompetenzverteilung

988 Vgl dazu etwa *Thienel* in Korinek/Holoubek, Art 138a B-VG Rz 30.

989 *Thienel* in Korinek/Holoubek, Art 138a B-VG Rz 30.

990 *Esterbauer*, System 78 f; *Bußjäger* in Bischof/Karlhofer, *Federalism* 16, 27 ff. Vgl dazu auch AB 991 BlgKNV 4.

geben kann und welche Anforderungen das österreichische bundesstaatliche System an die konkrete Kompetenzverteilung stellt, soll im Folgenden analysiert werden, welche strukturellen Konsequenzen die Existenz einer bundesstaatlichen Kompetenzverteilung hat und was sich daraus für die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV ergibt. Dabei ist wiederum besonderer Stellenwert auf die Frage zu legen, inwieweit das durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützte bundesstaatliche Grundprinzip von diesen Fragen betroffen ist.

## 5.4.2 Kompetenzabgrenzung und Konfliktlösung

### 5.4.2.1 Abgrenzung und Abgrenzbarkeit von Kompetenzbereichen

Im Folgenden soll diskutiert werden, wie die Abgrenzbarkeit und Abgrenzung von Kompetenzen im österreichischen Bundesstaat funktioniert und welchen Bezug diese Fragen zum bundesstaatlichen Grundprinzip haben. Dazu ist zunächst wieder darauf hinzuweisen, dass das Ziel der folgenden Ausführungen nicht eine Darstellung der konkreten Abgrenzung in verschiedenen Sachbereichen ist, sondern die Erörterung und Analyse struktureller Fragen. Die oben<sup>991</sup> angesprochene Frage der Abgrenzbarkeit der Kompetenzen stellt sich in allen Kompetenzverteilungen gleichermaßen und muss daher für die österreichische Kompetenzverteilung nicht eigens erörtert werden.<sup>992</sup> Es genügt darauf hinzuweisen, dass auch die österreichische Kompetenzverteilung mit den Problemen der sprachlichen Ungenauigkeit und der mangelnden Vorhersehbarkeit zukünftiger Entwicklungen konfrontiert ist.<sup>993</sup>

Was die Abgrenzung der Kompetenzen der Hoheitsträger voneinander angeht, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es im österreichischen Kompetenzverteilungssystem grundsätzlich keine „konkurrierenden“ bzw parallelen<sup>994</sup> Kompetenzen gibt; es ist also idR nur ein Hoheitsträger zur Regelung einer Angelegenheit kompetent.<sup>995</sup> Diese Systementscheidung wird insb auf Grund der in Art 15 Abs 1 B-VG verankerten Subsidiärkompetenz der Länder deutlich. Aus dieser

991 Bei 4.4.4.2.1 (= 151).

992 Siehe dazu auch schon *Merkel*, ZÖR 1921, 340 ff, der eine eindeutige Trennung der Kompetenzen durch die Kompetenzverteilung als (möglicherweise) unerreichbares Ziel des Verfassungsgesetzgebers qualifiziert.

993 Diesen Problemen wird durch die Möglichkeit einer Verfassungsänderung sowie durch die Einrichtung des VfGH als Kompetenzgericht begegnet.

994 Zum Begriff oben bei 4.4.4.2.1 (= 151). In der österreichischen Literatur ist idR von „konkurrierenden“ Kompetenzen die Rede, wenn es darum geht, dass Bund und Ländern dieselbe Kompetenz zukommt. Ein Ausschluss der Kompetenz des einen Hoheitsträgers, sobald der andere Hoheitsträger seine Kompetenz in Anspruch nimmt, ist damit aber nicht impliziert; insofern entspricht dies dem oben definierten Begriff der parallelen Kompetenzen.

995 So auch *Funk*, JBl 1976, 451 mit Hinweis auf die entsprechende Rsp des VfGH.

ergibt sich nämlich, dass Kompetenzen der Länder zumindest immer dann bestehen, wenn keine entsprechende Kompetenz des Bundes vorgesehen ist. Insofern stehen die Kompetenzen von Bund und Ländern in einem Entweder-Oder-Verhältnis zueinander.<sup>996</sup>

Das schließt allerdings nicht aus, dass es in Einzelfällen dennoch zu Konstellationen kommen kann, in denen Bund und Ländern dieselbe Kompetenz<sup>997</sup> zu- steht; es gibt auch in der österreichischen Kompetenzverteilung also vereinzelt konkurrierende Kompetenzen. Dies ist etwa im Zusammenhang mit Art 11 Abs 2 B-VG<sup>998</sup> sowie Art 136 Abs 2 B-VG der Fall. Auch die in Art 15 Abs 9 B-VG verankerte Kompetenz der Länder zur Erlassung der erforderlichen zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen tritt neben die entsprechende Zivil- bzw Strafrechtskompetenz des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.<sup>999</sup> Diese Fälle der konkurrierenden Kompetenzen sind aber Ausnahmen, die insb dazu dienen, die effektive Wahrnehmung einer anderen Kompetenz sicherzustellen.<sup>1000</sup> Ausnahmecharakter kommt auch den Bestimmungen zu, die das Bestehen einer konkurrierenden Kompetenz dadurch bewirken, dass der Bund zur Setzung von eigentlich in die Zuständigkeit der Länder fallenden Maßnahmen ermächtigt wird, wenn diese ihren völker-, unionsrechtlichen oder grundsatzgesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkommen.<sup>1001</sup>

Trotz dieser vereinzelt angeordneten konkurrierenden Kompetenzen ist es zutreffend, mit der herrschenden Lehre<sup>1002</sup> davon zu sprechen, dass die österreichische Kompetenzverteilung dem Grundsatz nach keine konkurrierenden Kompetenzen vorsieht. Insb die gerade genannten Bestimmungen, mit denen es zu konkurrierenden Kompetenzen kommt, waren alle auf sehr enge Bereiche beschränkt und verfolgten eine klare Zielsetzung: Im Fall des Art 15 Abs 9 B-VG 1920 soll die Effektivität der Kompetenzausübung dadurch sichergestellt werden, dass den Ländern auch die Erlassung der zur konkreten Kompetenzausübung

996 Vgl *Merkel*, ZÖR 1921, 338.

997 Vgl dazu *Wiederin*, Bundesrecht 89 ff. Ein Unterschied zwischen Bundes- und Länderkompetenz besteht freilich immer: Der Bund kann eine Kompetenz idR für das gesamte Bundesgebiet ausüben, während die Länder auf ihr jeweiliges Gebiet beschränkt sind.

998 Die Qualifikation als „echte“ Zuständigkeitskonkurrenz verneint *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 371 mit dem Argument, dass der Bundesgesetzgeber eine einer abweichenden Landesregelung entsprechende Bestimmung nur nach Erlassung dieser Bestimmung in das Verfahrensrecht aufnehmen könnte; für die hier interessierenden Zwecke ist dieser zeitliche Aspekt aber irrelevant; bedeutsam ist lediglich, dass Bund und Länder in bestimmten Konstellationen gleichlautende Regelungen erlassen dürften. Eine Kompetenzkonkurrenz bejahend *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 257; *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 46.

999 Ausführlich dazu und zur Frage, ob eine echte Konkurrenz zwischen Art 15 Abs 9 B-VG und Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG besteht, *Khakzadeh*, ZÖR 2003, 358 ff mwN; eine Kompetenzkonkurrenz bejahend zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 257; *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 46.

1000 Siehe dazu schon oben bei 5.3.2.4 (= 198).

1001 Art 16 Abs 4 B-VG, Art 23d Abs 5 B-VG, Art 15 Abs 6 B-VG.

1002 So schon *Merkel*, ZÖR 1921, 338; *Krzizek*, JBl 1952, 125; weiters zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 257; *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 46.

erforderlichen zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen erlaubt wird.<sup>1003</sup> In den Fällen des Art 15 Abs 6 B-VG 1920 und Art 16 Abs 1 B-VG 1920 wird es dem Bund ermöglicht, Handlungen zu setzen, die eigentlich in die Zuständigkeit der Länder fallen, um die Verwirklichung der Vorgaben eines Grundsatzgesetzes bzw eines Staatsvertrags zu erreichen. Die Kompetenz der Länder zur Setzung dieser Handlungen bleibt aber weiterhin aufrecht, da das Ziel der Verwirklichung der jeweils einzuhaltenden Vorgaben ja auch durch ein Tätigwerden des jeweiligen Landes erreicht werden kann. Die Zielsetzungen und der enge Anwendungsbereich der konkurrierenden Kompetenzen bestätigen ihren Ausnahmeharakter im österreichischen bundesstaatlichen System und lassen es daher als zutreffend erscheinen, die wechselseitige Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger als systemprägenden Grundsatz und damit als Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips zu verstehen. Dies bedeutet nun nicht, dass in der österreichischen Kompetenzverteilung keine konkurrierenden Kompetenzbestimmungen geschaffen werden dürfen. Zumindest die vereinzelte Anordnung konkurrierender Kompetenzen steht daher nicht im Widerspruch zum bundesstaatlichen Grundprinzip. Eine wegen der dadurch bewirkten Abänderung des bundesstaatlichen Grundprinzips als Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG zu qualifizierende Verfassungsänderung läge aber dann vor, wenn das Kompetenzverteilungssystem gänzlich auf konkurrierende Kompetenzen umgestellt würde. Außerdem ist bei der Auslegung von Kompetenzbestimmungen im Zweifel eher davon auszugehen, dass diese keine konkurrierende Kompetenz einräumen.<sup>1004</sup>

In einem zweiten Schritt ist aber auch zu fragen, ob es nach der österreichischen Kompetenzverteilung zulässig ist, dass mehrere Hoheitsträger ein und denselben Sachverhalt regeln. Das B-VG selbst gibt darauf keine (explizite) Antwort; es ist vielmehr eine Frage der Auslegung der Kompetenzverteilung, ob mehrere Hoheitsträger ein und denselben Lebenssachverhalt – zB die Errichtung einer Tischlerei – jeweils zulässigerweise und kompetenzkonform regeln können sollen – im genannten Beispiel etwa der Bund nach der Gewerbekompetenz (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) bzw die Länder auf Grund der ihnen nach Art 15 Abs 1 B-VG zustehenden Baurechtskompetenz. Der VfGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass derartige Regelungen ein und desselben Lebenssachverhalts unter

1003 Siehe schon oben entsprechend auch zu Art 11 Abs 2 B-VG, Art 136 Abs 2 B-VG, bei 5.3.2.4 (= 198).

1004 Nachdem gerade die Festlegung der Zuständigkeit des Bundes oder der Länder Gegenstand einer Kompetenzbestimmung ist, wird sich aus dieser idR recht klar ergeben, ob der Bund und/oder die Länder zuständig sein sollen; insofern besteht für die oben angeführte Zweifelsregel wenig Anwendungspotential, wenn es um die Auslegung einer einzelnen Kompetenzbestimmung geht. Wenn aber etwa die Reichweite zweier Kompetenztatbestände fraglich ist, bei denen einer eine Landeskompetenz und einer eine Bundeskompetenz vorsieht, dann sind diese Kompetenztatbestände nach der hier vertretenen Ansicht im Zweifel eher abgrenzend und nicht überlappend zu verstehen.

unterschiedlichen Kompetenz Gesichtspunkten zulässig sind.<sup>1005</sup> Dem Gerichtshof zufolge ist es also nach der österreichischen Kompetenzverteilung möglich, dass ein und derselbe Lebenssachverhalt kumulativ von mehreren Hoheitsträgern geregelt wird. Auch die österreichische Lehre akzeptiert die vom VfGH etablierte sog. „Gesichtspunktetheorie“ weitgehend.<sup>1006</sup>

Eine Begründung dafür, warum die österreichische Kompetenzverteilung es zulassen soll, dass ein und derselbe Lebenssachverhalt unter unterschiedlichen Kompetenz Gesichtspunkten – mit anderen Worten also: mit unterschiedlichen Regelungsintentionen – geregelt wird, findet man allerdings in der Judikatur nicht. Der VfGH verstrickte sich selbst im Laufe seiner (früheren)<sup>1007</sup> Judikatur in Widersprüche, wenn er einerseits den Regelungszweck einer zu erlassenden oder erlassenen Regelung für unbeachtlich erklärt,<sup>1008</sup> soweit es um die kompetenzrechtliche Einordnung dieser Regelung geht, aber andererseits mit der Gesichtspunktetheorie im Ergebnis für die Frage nach der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit einer Regelung auf das Bestehen unterschiedlicher Regelungszwecke abstellt.<sup>1009</sup> Um eine Verankerung der Gesichtspunktetheorie im positiven Verfassungsrecht bemüht sich bspw. *Weiser*, die unter Anwendung der Versteinerungstheorie darauf hinweist, dass sich Regelungen gleicher Sachverhalte bezüglich gewisser Gesichtspunkte auch im Versteinerungsmaterial finden.<sup>1010</sup> Daher geht sie davon aus, dass die Gesichtspunktetheorie ein „allgemeiner Grundsatz des Kompetenzrechts“<sup>1011</sup> sei. Sie selbst gesteht aber ein, dass die Ableitung eines derartigen allgemeinen Grundsatzes aus einzelnen Bestimmungen des Versteinerungsmaterials, die Regelungen bezüglich gewisser Gesichtspunkte beinhalten, nicht zwingend ist.<sup>1012</sup> Naheliegender ist es nach der hier vertretenen Ansicht, die Frage, ob eine Kompetenz die Befugnis zur abschließenden Regelung eines Sachverhalts vermittelt oder aber die Regelung desselben Sachverhalts aus anderen Gesichtspunkten und gestützt auf andere Kompetenzen zulässt, für die jeweils in Frage stehenden Kompetenzen im Einzelfall zu beantworten.<sup>1013</sup>

1005 Zum Beispiel VfSlg 1478/1932, 4348/1963, 19.568/2011; weitere Nachweise bei *Weiser*, Berücksichtigung 142 ff.

1006 Zum Beispiel *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 334 f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 297; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 280 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 434 ff.

1007 Seit VfSlg 10.831/1986 stellt der VfGH bei der kompetenzrechtlichen Einordnung einer Regelung explizit auf deren Zweck ab.

1008 So zB VfSlg 6344/1970; dazu *Funk*, JBl 1976, 452.

1009 Zum Beispiel VfSlg 7516/1975; dazu *Funk*, JBl 1976, 457.

1010 *Weiser*, Berücksichtigung 153 ff.

1011 *Weiser*, Berücksichtigung 157.

1012 *Weiser*, Berücksichtigung 157.

1013 Vgl dazu auch *Wiederin*, ZfV 2015, 240.

Selbst wenn man aber mit der hL<sup>1014</sup> und Rsp<sup>1015</sup> davon ausgeht, dass die österreichische Kompetenzverteilung als allgemeinen Grundsatz Regelungen bezüglich gewisser Gesichtspunkte zulässt, ist damit noch nicht gesagt, dass eine verfassungsrechtliche Abkehr von dieser Gesichtspunktetheorie eine wesentliche Veränderung des bundesstaatlichen Grundprinzips und damit eine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG darstellen würde. Zunächst einmal ist fraglich, wie der Verfassungsgesetzgeber die angesprochene Abkehr von der Gesichtspunktetheorie bewerkstelligen könnte – da die Gesichtspunktetheorie nicht explizit verankert ist, müsste der Verfassungsgesetzgeber entweder einen Großteil der Kompetenzverteilung abändern oder aber eine allgemeine Verfassungsnorm erlassen, welche Mehrfachregelungen bezüglich unterschiedlicher Gesichtspunkte identer Sachverhalte verbietet. In beiden Fällen käme es also zu umfangreichen Änderungen der Kompetenzverteilung. Das alleine reicht aber noch nicht aus, um eine Veränderung der Grundzüge des österreichischen Bundesstaates anzunehmen. Eine gesamtänderungspflichtige Beeinträchtigung des bundesstaatlichen Grundprinzips läge zwar zB dann vor, wenn im Zuge dieser Änderungen das oben angesprochene Mindestmaß an Länderkompetenzen aufgegeben würde.<sup>1016</sup> Das hat allerdings nichts mit der Gesichtspunktetheorie per se und ihrer Bedeutung für den österreichischen Bundesstaat zu tun. Anders formuliert: Es gibt keinen ersichtlichen Grund, warum gerade die Gesichtspunktetheorie von grundlegender Bedeutung für den österreichischen Bundesstaat sein sollte – ihre Abschaffung wäre aber auf Grund der derzeit vorherrschenden Anwendung der Gesichtspunktetheorie mit umfassenden Änderungen der Kompetenzverteilung verbunden; ob diese gesamtänderungspflichtig sind oder nicht, könnte nur unter Berücksichtigung ihrer konkreten Ausgestaltung beurteilt werden. Der Inhalt der Gesichtspunktetheorie kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht als Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips qualifiziert werden.

#### 5.4.2.2 *Konfliktpotential und Konfliktlösung*

In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, wie das österreichische Bundesverfassungsrecht mit auftretenden bundesstaatlichen Konflikten umgeht.<sup>1017</sup> Zunächst stellt sich die Frage, ob es im Bundesverfassungsrecht materielle Konfliktlösungsregeln gibt. Zu denken ist dabei zum Beispiel an eine Regel mit dem

1014 Zum Beispiel *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 66; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 275 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 429 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 332 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Verfassungsrecht Rz 296; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I Rz 19.090 ff; vgl dazu weiters zB *Turner*, Kompetenzverteilung 24 ff.

1015 Zum Beispiel VfSlg 13.234/1992; 10.292/1984.

1016 Zum aus dem bundesstaatlichen Grundprinzip erwachsenden Erfordernis eines Mindestmaßes an Kompetenzen der Länder (und des Bundes) siehe schon oben ab 5.3.2 (= 194).

1017 Theoretische Überlegungen dazu wiederum oben bei 4.4.4.2.2 (= 153).

Inhalt „Bundesrecht bricht Landesrecht“.<sup>1018</sup> Ein Blick in die Bundesverfassung zeigt, dass eine solche Regel nicht explizit verankert ist. Nach der überwiegenden Ansicht sind eventuell auftretende Konfliktfälle zwischen Bundesrecht und Landesrecht nach dem Grundsatz der *lex posterior* bzw. der *lex specialis* zu lösen.<sup>1019</sup>

Allerdings treten eindeutige Konfliktfälle (Konflikte im engeren Sinn)<sup>1020</sup> relativ selten auf. Dies ist darin begründet, dass, wie oben dargelegt, konkurrierende Kompetenzen in der österreichischen Rechtsordnung einen Ausnahmefall darstellen. Zu einer Kompetenzkonkurrenz kann es, wie oben bereits erwähnt, zB in den Fällen des Art 11 Abs 2 B-VG sowie Art 136 Abs 2 B-VG kommen, wenn insbesondere ein Landesgesetzgeber von seiner Kompetenz zur Abweichung von einheitlichen Verfahrensvorschriften Gebrauch macht.

Dass in diesem Fall die abweichende Regelung der einheitlichen Verfahrensvorschriften vorgehen soll, ergibt sich aber bereits aus der Ermächtigung zur Abweichung von einheitlichen Verfahrensvorschriften, die andernfalls sinnlos wäre.<sup>1021</sup> Insofern muss hier der Vorrang einer abweichenden vor der einheitlichen Verfahrensvorschrift gar nicht mit der *lex-specialis*-Regel begründet werden, sondern ergibt sich aus den genannten verfassungsrechtlichen Normen. Das soeben Gesagte gilt gleichermaßen für die Befugnis der Landesgesetzgeber zur Erlassung der erforderlichen zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen nach Art 15 Abs 9 B-VG. Ebenso lässt sich auch der Vorrang der vom Bund nach Art 16 Abs 4, Art 23d Abs 5 und Art 15 Abs 6 B-VG gesetzten Maßnahmen vor entsprechenden (völker-, unionsrechts- bzw grundsatzgesetzwidrigen) Landesmaßnahmen begründen.

Eine Sonderregelung gibt es mit Art 99 B-VG überdies für das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsrecht und Landesverfassungsrecht. Nach dieser Bestimmung muss sich nämlich das Landesverfassungsrecht an die Vorgaben des Bundesverfassungsrechts halten, da es andernfalls bundesverfassungswidrig ist und damit vom VfGH aufgehoben werden kann.

Darüber hinaus geht der VfGH von der Existenz einer weiteren materiellen Konfliktlösungsregel aus, nämlich dem sog „Berücksichtigungsprinzip“.<sup>1022</sup> Dieses Berücksichtigungsprinzip beinhaltet nach Ansicht des VfGH eine Berück-

1018 Der Frage nach dem Bestehen von Regeln zur Lösung von Konflikten zwischen Bundes- und Landesrecht ausführlich nachgehend *Wiederin*, Bundesrecht 70 ff.

1019 Zusammenfassend *Wiederin*, Bundesrecht 268 f, mit zahlreichen weiteren Nachweisen davor.

1020 Zu diesem Begriff oben bei 4.4.4.2.2 (= 153).

1021 Vgl den ähnlichen Gedanken von *Wiederin*, der der Frage nachgeht (und sie bejaht), ob (und wie) die auf Art 11 Abs 2 B-VG gestützten einheitlichen Verfahrensgesetze des Bundes den davor erlassenen Landesrechtsakten vorgehen, *Wiederin*, Bundesrecht 91 f.

1022 ZB VfSlg 10.292/1984, 15.552/1999, aktuell zB VfSlg 19.954/2015. Statt vieler dazu zusammenfassend *Pürgy* in *Pürgy*, Recht der Länder Rz 68 ff; *Lebitsch-Buchsteiner*, Rücksichtnahmepflicht 10 ff; *Thurner*, Kompetenzverteilung 52 ff; zutreffend kritisch *Weiser*, Berücksichtigung 29 ff.

sichtigungsbefugnis<sup>1023</sup> sowie eine Berücksichtigungspflicht.<sup>1024</sup> Die Berücksichtigungsbefugnis ermöglicht es einem Hoheitsträger, im Rahmen seiner Kompetenzen auch kompetenzfremde Ziele bzw öffentliche Interessen zu verfolgen.<sup>1025</sup> Die Berücksichtigungspflicht verlangt von den föderalen Hoheitsträgern, bei der Ausübung ihrer Kompetenzen auf die Ausübung der Kompetenzen des jeweils gegenbeteiligten Hoheitsträgers ausreichend Rücksicht zu nehmen.<sup>1026</sup> Insbesondere dürfen die Regelungen des jeweils gegenbeteiligten Hoheitsträgers nicht „torpediert“ werden.<sup>1027</sup> Regelungen, die gegen dieses Berücksichtigungsprinzip und dabei insbesondere gegen die Berücksichtigungspflicht verstoßen, sind nach Ansicht des VfGH verfassungswidrig.<sup>1028</sup>

Eine stichhaltige dogmatische Begründung für die Existenz eines Berücksichtigungsprinzips im österreichischen Verfassungsrecht findet sich in der Rsp des VfGH nicht, wie erst kürzlich in der Literatur aufgezeigt wurde.<sup>1029</sup> Nach Ansicht des VfGH müsse es der Bundesverfassung unterstellt werden, „die Grundlage einer harmonisierenden Rechtsordnung“<sup>1030</sup> zu sein. Der VfGH geht also vom Bestehen eines Gebots einer widerspruchsfreien Rechtsordnung aus, das durch die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit einer einen Konflikt herbeiführenden Norm effektuiert wird. Für die Existenz dieses Gebots findet sich nach der hier vertretenen Ansicht aber kein Anhaltspunkt im Verfassungsrecht.<sup>1031</sup> Das Verfassungsrecht enthält zwar Vorschriften über die Auflösung von Konflikten zwischen Normen mit unterschiedlichem Derogationspotential. Sofern zwei Normen im Stufenbau nach der derogatorischen Kraft nicht in einem Über- bzw Unterordnungsverhältnis zueinander stehen – wie das etwa auf das Verhältnis von Bundes- zu Landesgesetzen zutrifft<sup>1032</sup> oder auf jenes zwischen einer Verordnung eines Bundesministers und einem Landesgesetz –, enthält das Verfassungsrecht aber im Allgemeinen keine Aussage zur Lösung eventuell auftretender Konflikte. Insbesondere ist der VfGH nicht dazu berufen, darüber zu entscheiden, ob etwa

1023 ZB VfSlg 4486/1963.

1024 ZB VfSlg 10.292/1984, 15.552/1999.

1025 Dazu ausführlich *Weiser*, Berücksichtigung 29 ff; weiters zB *Berka*, Verfassungsrecht, Rz 468; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 344 f; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 285 f.

1026 Dazu ausführlich *Weiser*, Berücksichtigung 93 ff; weiters zB *Berka*, Verfassungsrecht, Rz 469; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 345 f; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 287.

1027 ZB VfSlg 18.096/2007.

1028 Vgl zB VfSlg 19.954/2015.

1029 *Weiser*, Berücksichtigung insb 160 ff; ebenfalls den Mangel einer dogmatischen Begründung für das Berücksichtigungsprinzip rügend *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 298.

1030 VfSlg 15.552/1999.

1031 So auch *Weiser*, Berücksichtigung 170 ff, die zutreffend ausführt, dass gerade die Einführung von Art 15a B-VG als freiwilliges Koordinierungsinstrument im Jahr 1975 im Lichte des damaligen Stands der VfGH-Rsp nahelegt, dass der Verfassungsgesetzgeber jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht vom Bestehen einer Koordinierungs- bzw Berücksichtigungspflicht ausging. Auch in der Stammfassung des B-VG finden sich keine anderen Anhaltspunkte für eine derartige Berücksichtigungspflicht.

1032 Vgl dazu *Wiederin*, Bundesrecht 70 ff mwN.

ein Bundesgesetz in Einklang mit einem Landesgesetz steht – dies wäre aber die Konsequenz der Annahme einer Berücksichtigungspflicht iSd Rsp des VfGH. Kommt es häufig zu einer Ausübung von Kompetenzen, die Normenkonflikte nach sich zieht, so steht es dem Bundesverfassungsgesetzgeber frei, die Kompetenzverteilung zur Verhinderung solcher Konflikte in der Zukunft abzuändern. Mangels Verankerung im Verfassungsrecht erübrigt sich auch die Frage, ob die vom VfGH zu Unrecht angenommene Berücksichtigungspflicht Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips ist.<sup>1033</sup>

### 5.4.3 Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger

#### 5.4.3.1 Fragestellung

Wie bereits oben erörtert wurde, ist es die zentrale Konsequenz einer föderalen Kompetenzverteilung, dass die Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger (in sachlicher, aber auch in territorialer Hinsicht) beschränkt werden.<sup>1034</sup> Im Folgenden wird jeweils untersucht, wie das Bundesverfassungsrecht mit dieser Beschränktheit im Lichte umfassender verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Handlungsverpflichtungen umgeht.

#### 5.4.3.2 Beschränkte Kompetenzen vs verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtungen

##### 5.4.3.2.1 Allgemeines und theoretische Grundlegung

Die Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger könnte insb dort zum Problem werden, wo die Hoheitsträger verfassungsrechtlich zur Setzung bestimmter Handlungen verpflichtet werden. Werden nämlich die Hoheitsträger verfassungsrechtlich zur Setzung von Handlungen verpflichtet, die sie nach der ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Kompetenzverteilung nicht setzen dürfen, dann verlangt die Verfassung von den Hoheitsträgern Unmögliches – was dem Verfassungsgesetzgeber aber idR nicht zugesonnen werden kann. Es ist daher im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Handlungsverpflichtungen jeweils zu überlegen, ob diese nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen

1033 Selbst wenn man also das Bestehen eines bundesstaatlichen Berücksichtigungsprinzips im österreichischen Verfassungsrecht bejaht, so wäre nicht ersichtlich, wieso dieses Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips sein sollte. Für das Funktionieren des Bundesstaates ist lediglich essentiell, dass das Verfassungsrecht und insb die in ihm enthaltene Kompetenzverteilung eingehalten wird. Verhindert die bestehende Kompetenzverteilung die effektive Wahrnehmung der Kompetenzen eines Hoheitsträgers, so kann sie durch den Verfassungsgesetzgeber abgeändert werden. Der Annahme einer Berücksichtigungspflicht bedarf es nicht.

1034 Oben bei 4.4.4.2.3 (= 154).

Kompetenzverteilung bestehen oder aber die Kompetenzverteilung abändern. Auch Letzteres wäre möglich, da die Kompetenzverteilung ebenfalls („nur“) im Verfassungsrang steht;<sup>1035</sup> wenn nun aber eine nicht auf die nach der Kompetenzverteilung bestehenden Kompetenzen beschränkte, sondern eine umfassende Handlungsverpflichtung der Hoheitsträger angeordnet wird, dann kann diese Verpflichtung auch kompetenzbegründend wirken. Es handelt sich dabei dann um eine Änderung der Kompetenzverteilung. Ob durch eine verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtung eine Änderung der Kompetenzverteilung oder aber eine Verpflichtung nur im Rahmen der bestehenden Kompetenzverteilung bewirkt werden soll, ist durch Auslegung der jeweiligen Handlungsverpflichtung zu ermitteln. Dies soll im Folgenden für verschiedene Typen von Handlungsverpflichtungen beispielhaft überprüft werden. Zuvor ist aber noch die Frage zu beantworten, was dies nun mit dem bundesstaatlichen Grundprinzip zu tun hat.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die wechselseitige Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger als zentrale Konsequenz der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung auch Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips. Das bundesstaatliche Grundprinzip kann auch als Auslegungsmaßstab für (einfaches) Verfassungsrecht dienen, etwa dann, wenn es um die Frage geht, ob durch eine verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtung eine Veränderung der Kompetenzverteilung bewirkt werden soll oder nicht. Wenn sich eine verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtung an alle föderalen Hoheitsträger richtet, also Bund und Länder gleichermaßen verpflichtet, dann könnte aber, wenn man einen kompetenzändernden Gehalt dieser Verpflichtung annimmt, nicht mehr klar getrennt werden, welcher Hoheitsträger für die Erfüllung der Verpflichtung zuständig ist; es wären also alle genannten Hoheitsträger für die Erfüllung der Verpflichtung zuständig, und es käme zu einer Kompetenzkonkurrenz. Diese entspräche nicht mehr dem Grundsatz der wechselseitigen Beschränktheit der Kompetenzen der Hoheitsträger. Das heißt nun nicht, dass eine solche Kompetenzkonkurrenz im Lichte des bundesstaatlichen Grundprinzips keinesfalls zulässig sein kann – schon im B-VG 1920 waren ja wie oben ausgeführt<sup>1036</sup> in beschränktem Ausmaß Kompetenzkonkurrenzen angeordnet. Im Zweifel spricht aber der Grundsatz der wechselseitigen Beschränktheit der Kompetenzen der Hoheitsträger dafür, eine verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtung nicht als Kompetenzbestimmung zu qualifizieren, wenn dies das Bestehen einer konkurrierenden Kompetenz von Bund und Ländern zur Folge hätte. Dies soll im Folgenden mit Bezug auf Staatszielbestimmungen und Grundrechte besprochen werden.

1035 Wenngleich Änderungen zu Lasten der Länder auch der Zustimmung des Bundesrates nach Art 44 Abs 2 B-VG bedürfen; s dazu schon oben bei 5.3.1 (= 192).

1036 Bei 5.4.2.1 (= 220).

Für die hier interessierende Fragestellung, ob solche Handlungsverpflichtungen die Kompetenzverteilung ändern, können Staatszielbestimmungen und grundrechtliche Handlungspflichten zusammen besprochen werden. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden verfassungsrechtlichen Handlungspflichten liegt darin, dass Staatszielbestimmungen von den Rechtsunterworfenen nicht unmittelbar durchgesetzt werden können<sup>1037</sup> – dieser Unterschied hat aber für die Frage des Eintritts einer Kompetenzänderung keine Bedeutung. Davon zu trennen sind jene Gehalte der Grundrechte, die nicht das Ob des Tätigwerdens eines Hoheitsträgers determinieren, wohl aber das Wie: Die Erwerbsfreiheit verpflichtet den Bund bspw nicht dazu, Öffnungszeitenbeschränkungen zu erlassen; tut der Bund dies, so gibt die Erwerbsfreiheit aber vor, wie dieser Eingriff verfassungskonform zu erfolgen hat. Dieser Unterschied bei der Verpflichtung – in einem Fall hinsichtlich des Ob des Tätigwerdens, im anderen Fall hinsichtlich des Wie – hat möglicherweise auch für die Frage des Verhältnisses der Handlungsverpflichtung zu den beschränkten Kompetenzen der Hoheitsträger Bedeutung.

#### 5.4.3.2.2 Staatszielbestimmungen (und unbedingte grundrechtliche Handlungspflichten – „Ob“)

Staatszielbestimmungen verpflichten die unterverfassungsrechtlichen Rechtsetzer zur Verfolgung bestimmter Ziele;<sup>1038</sup> sie werden von sonstigen (grundrechtlichen) Handlungsverpflichtungen *va* dadurch begrifflich abgegrenzt, dass sie mangels Vermittlung subjektiver Rechte von den Rechtsunterworfenen nicht unmittelbar gerichtlich durchgesetzt werden können.<sup>1039</sup>

Staatszielbestimmungen lassen sich – ebenso wie grundrechtliche Handlungspflichten – idR leicht mit der Kompetenzverteilung in Einklang bringen, indem man die unterverfassungsrechtlichen Rechtsetzer im Rahmen der ihnen jeweils zustehenden Handlungsermächtigungen zur Verfolgung des durch die Staatszielbestimmung angestrebten Ziels verpflichtet qualifiziert.<sup>1040</sup> Von einer Abänderung der Kompetenzverteilung und damit einer partiellen Überwindung der Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger könnte nur dann ausgegangen werden, wenn es dafür in der Formulierung der Staatszielbestim-

1037 Dazu *Bertel* in Breitenlechner ea, Stabilität 144 f; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 90; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 206; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1333; vgl auch *Sommermann*, Staatsziele 326 ff.

1038 Zum Beispiel § 1 bis 6 BVG Umweltschutz; Art 7 Abs 1 3. Satz BVG; Art 7 Abs 2 1. Satz B-VG; Art 8 Abs 2 B-VG; Art 13 Abs 2 und 3 B-VG.

1039 *Bertel* in Breitenlechner ea, Stabilität 144 f; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 90; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 206; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1333; vgl auch *Sommermann*, Staatsziele 326 ff.

1040 Vgl dahingehend auch *Bertel* in Breitenlechner ea, Stabilität 145 f.

mung konkrete Anhaltspunkte gibt.<sup>1041</sup> Solche kompetenzändernden „Staatszielbestimmungen“ gibt es, soweit ersichtlich, nur in Art 16 Abs 4 B-VG und Art 23d Abs 5 B-VG: Das Ziel der genannten Bestimmungen ist die Einhaltung bzw Erfüllung des Unions- bzw Völkerrechts (durch die Länder). Gegen die Qualifikation dieser Ziele als Staatsziele spricht nicht, dass diese Ziele an sich zunächst inhaltsleer sind und die Festlegung materieller Zielsetzungen erst durch das Unions- bzw Völkerrecht erfolgt. Allerdings unterscheiden sich die genannten Bestimmungen dadurch von den klassischen Staatszielbestimmungen des österreichischen Verfassungsrechts. Angestrebtes Ziel dieser Bestimmungen ist die Erfüllung völkerrechtlicher Verträge der Republik (Art 16 Abs 4 B-VG) bzw der unionsrechtlichen Verpflichtungen (Art 23d Abs 5 B-VG). In beiden Fällen werden jeweils nur die Länder zur Erreichung dieses Ziels verpflichtet – insofern kommt es noch zu keiner Kompetenzänderung, da die Länder nur im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen verpflichtet werden. Im Fall der Nichterfüllung dieser Verpflichtung geht die Kompetenz der Zielerreichung verfehlenden Landes auf den Bund über. Dasselbe Konzept kommt nach Art 15 Abs 6 B-VG auch im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Länder zur Ausführung von (Bundes-)Grundsatzgesetzen zum Tragen. Die genannten Bestimmungen sind aber jedenfalls insofern keine typischen Staatszielbestimmungen, als durch Art 16 Abs 4 B-VG und Art 23d Abs 5 B-VG bzw Art 15 Abs 6 B-VG jeweils nur die Länder verpflichtet werden; der Bund ist als Adressat der jeweiligen Verpflichtung nicht explizit genannt.<sup>1042</sup> Außerdem kommt es durch die bewirkte Kompetenzänderung nur vorübergehend zu einer Kompetenzkonkurrenz, da der Bund die Kompetenz zur Setzung einer Handlung wieder verliert, wenn das fragliche Land die entsprechende Maßnahme (staatsvertrags-, unionsrechts- bzw grundsatzgesetzkonform) nachholt.

In vielen anderen – gerade auch den „typischen“ – Staatszielbestimmungen finden sich aber keine Hinweise für einen kompetenzändernden Gehalt dieser Normen. Häufig ist sogar das Gegenteil der Fall: Als Verpflichtete werden explizit (ua) der Bund und die Länder genannt, was jeweils darauf schließen lässt, dass diese nur innerhalb der ihnen zustehenden Kompetenzen zur Erreichung des Staatsziels verpflichtet werden sollen.<sup>1043</sup> Lediglich wenn etwa nur die „Republik“, „der Staat“ oder „alle staatlichen Stellen“ als Verpflichtete einer Staatsziel-

1041 Vgl spiegelbildlich zur Frage des „Auftragscharakters“ von Kompetenznormen *Stettner*, Kompetenzlehre 60 ff.

1042 Zwar ist der Bund ebenfalls zur Einhaltung der völkervertraglichen und unionsrechtlichen Verpflichtungen verpflichtet, dies ergibt sich aber nicht aus Art 16 Abs 4 B-VG bzw Art 23d Abs 5 B-VG.

1043 Zum Beispiel § 1 bis 6 BVG Umweltschutz; Art 7 Abs 1 3. Satz BVG; Art 7 Abs 2 1. Satz B-VG; Art 8 Abs 2 B-VG; Art 13 Abs 2 und 3 B-VG.

bestimmung genannt werden,<sup>1044</sup> könnte man eine über die Kompetenzgrenzen hinausgehende Verpflichtung annehmen, die also das Entstehen konkurrierender Kompetenzen zur Erfüllung der Verpflichtung bewirkt. Um das Bestehen einer solchen Verpflichtung und damit auch eine Kompetenzänderung bejahen zu können, muss es aber darüber hinausgehende Anhaltspunkte dafür geben, weil die genannte Begriffsverwendung allein nicht zwingend für eine derartige Auslegung spricht und die Systematik der österreichischen Kompetenzverteilung in derartigen Fällen nahelegt, dass keine konkurrierenden Kompetenzen bestehen.<sup>1045</sup> Zumindest bei den hier überblicksmäßig untersuchten Staatszielbestimmungen finden sich keine derartigen Anhaltspunkte.<sup>1046</sup> Die Erfüllung dieser Staatszielbestimmungen hat daher im Rahmen der geltenden Kompetenzverteilung zu erfolgen.

Man könnte allerdings fragen, ob durch die gemeinsame Verpflichtung der föderalen Hoheitsträger zur Erreichung eines einheitlichen Ziels auch eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit zur Zielerreichung angeordnet wird. In diese Richtung könnte man es etwa deuten, wenn „die Republik“ als Verpflichtete einer Staatszielbestimmung genannt wird und der Begriff der Republik nachfolgend durch die Nennung von Bund und Ländern spezifiziert wird.<sup>1047</sup> Der „Mehrwert“ der Verwendung des Begriffs „Republik“ könnte in diesen Fällen nämlich darin gesehen werden, dass Bund und Länder nicht nur unabhängig voneinander in ihrem jeweiligen (beschränkten) Kompetenzbereich zur Zielerreichung verpflichtet werden, sondern zu gemeinsamem Zusammenwirken. Ob der Verfassungsgesetzgeber dies in jedem Fall der Verwendung des Begriffs „Republik“ beabsichtigt hat, ist fraglich. In Art 13 Abs 2 B-VG hat der Verfassungsgesetzgeber jedenfalls eine andere Formulierung gewählt, um eine Koordinierungspflicht der Hoheitsträger zum Ausdruck zu bringen: Dort ist<sup>1048</sup> explizit angeordnet, dass Bund und Länder ihre Haushaltsführung im Hinblick auf die davor genannten Ziele der Haushaltsführung „zu koordinieren“ haben. Allerdings wird in der genannten Bestimmung auch nicht die Republik als Verpflichtete genannt, sondern ausdrücklich nur Bund und Länder. Daraus, dass eine Koordinierungspflicht dort explizit angeordnet wird, kann also mangels Verwendung des Begriffs „Republik“ nicht geschlossen werden, dass die Bezeichnung der „Republik“ als Staatszielverpflichtete allein keine Koordinierungspflicht ausdrücken soll; vielmehr wäre es auch denkbar, dass der Verfassungsgesetzgeber eine andernorts bereits in der Nennung der „Republik“ als Verpflichtete inhärente

1044 Dies ist etwa bei manchen Grundrechten, aus denen Schutzpflichten abgeleitet werden können, der Fall.

1045 Siehe dazu oben bei 5.4.2.1 (= 220).

1046 Siehe oben bei FN 1038 (= 225).

1047 So zB in § 1 bis 6 BVG Umweltschutz; Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG; Art 8 Abs 2 B-VG.

1048 Seit BGBl I 1/2008.

Koordinierungspflicht hier explizit bzw auf andere Art zum Ausdruck bringen wollte.

Eine Kompetenzänderung wäre etwa dann anzunehmen, wenn eine Staatszielbestimmung etwas anordnet, das nach der geltenden Kompetenzverteilung nicht möglich ist. So etwa, wenn die Länder verpflichtet werden, eine gemeinsame einheitliche Behörde für einen Bereich einzurichten, der in ihre Vollzugskompetenz fällt. Denn nach der geltenden Kompetenzverteilung kommt den Ländern weder jeweils einzeln noch gemeinsam eine solche Kompetenz zu; insb geht die hM davon aus, dass die Einrichtung gemeinsamer Behörden der Länder durch Vereinbarung nach Art 15a B-VG nicht zulässig ist.<sup>1049</sup> Werden nur die Länder verpflichtet, so stellt sich die Frage der konkurrierenden Kompetenz im Verhältnis zum Bund nicht.<sup>1050</sup> Denkbar wäre etwa auch eine an den Bund adressierte verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Errichtung einer alle staatlichen Förderungen umfassenden Transparenzdatenbank, die dann ebenfalls eine neue Kompetenz des Bundes begründen würde. Beiden genannten Beispielen ist aber eben gemeinsam, dass jeweils nur ein Teil der föderalen Hoheitsträger verpflichtet wird und sich daher die Frage der Entstehung konkurrierender Kompetenzen nicht stellt.

#### 5.4.3.2.3 *Bedingte grundrechtliche Handlungspflichten („Wie“)*

Fraglich ist auch, wie sich die Beschränktheit der Kompetenzen zu den bedingten grundrechtlichen Handlungspflichten verhält. Dabei geht es hier weniger um die Frage, ob Grundrechte auch Kompetenzen einräumen – das wird idR zu verneinen sein, da Grundrechte idR das Bestehen einer Kompetenz des Staates zum Tätigwerden voraussetzen, diese aber nicht gewähren.<sup>1051</sup> Freilich gilt auch hier, dass jedes Grundrecht einzeln und im Detail analysiert werden müsste, um einen etwaigen kompetenzrechtlichen Gehalt ausschließen zu können.<sup>1052</sup>

Hier soll aber auf eine andere Fragestellung eingegangen werden, nämlich darauf, ob ein Grundrechtseingriff durch die Beschränktheit der Kompetenzen gerechtfertigt werden kann. Diese Frage stellt sich, weil im Rahmen der Prüfung eines Eingriffs in Grundrechte, die unter Gesetzesvorbehalt stehen, auf seine Rechtmäßigkeit idR eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt wird. Dabei wird gefragt, ob der Eingriff ein öffentliches Interesse verfolgt, zur Erreichung dieses Ziels geeignet und auch erforderlich – also das gelindeste zum Ziel führen-

1049 Vgl dazu *Thienel* in Korinek/Holoubek, Art 15a B-VG Rz 40 ff mwN.

1050 Allerdings wäre fraglich, wie die Länder die ihnen dann gemeinsam zukommende Kompetenz wahrnehmen könnten.

1051 Wie auch umgekehrt die Kompetenzbestimmungen die grundrechtlichen Vorgaben in aller Regel nicht duplizieren. Vgl dazu *Kneibs*, ZfV 2004, 308.

1052 Vgl zur spiegelbildlichen Diskussion um einen Grundrechtseingriffe legitimierenden Gehalt von Kompetenznormen *Stettner*, Kompetenzlehre 54 ff.

de Mittel – ist.<sup>1053</sup> Wie ist es nun aber zu beurteilen, wenn ein Eingriff zwar das gelindeste zum Ziel führende Mittel ist, das der eingreifende Hoheitsträger kompetenzkonform setzen kann, es aber außerhalb seines Kompetenzbereichs weniger eingriffsintensive Maßnahmen gibt? Anders formuliert: Kommen als gelindere Mittel nur solche in Betracht, die der eingreifende Hoheitsträger kompetenzkonform setzen kann?

Als Beispiel kann dabei folgender Fall dienen: Der Bundesgesetzgeber beabsichtigte, gestützt auf seine Monopolkompetenz nach Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG, E-Zigaretten zu monopolisieren.<sup>1054</sup> Neben anderen öffentlichen Interessen, die hier nicht interessieren, sollte dies auch dem Jugendschutz dienen.<sup>1055</sup> Tatsächlich bestanden aber schon zum Zeitpunkt der Monopolisierung durch den Bundesgesetzgeber in einigen Landesjugenschutzgesetzen Verbote dahingehend, E-Zigaretten an Jugendliche zu verkaufen.<sup>1056</sup> Diese Verbote ermöglichten es den betroffenen Händlerinnen und Händlern, unter Beachtung der Altersgrenze dennoch E-Zigaretten zu verkaufen. Die vom Bundesgesetzgeber angestrebte Monopolisierung hingegen verunmöglichte jeden weiteren Verkauf von E-Zigaretten durch nicht lizenzierte Tabaktrafikantinnen und Tabaktrafikanten. Mit Blick auf die einschlägige Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) ist die Verkaufsbeschränkung in den Landesjugenschutzgesetzen daher eindeutig als weniger eingriffsintensives Mittel zur Erreichung des Ziels des Jugendschutzes zu qualifizieren.

Gestützt auf die Monopolkompetenz<sup>1057</sup> kann der Bundesgesetzgeber aber eben nur monopolisieren – das gelindere Mittel der Verkaufsbeschränkung (des Verbots des Verkaufs an Jugendliche) fällt nicht in seine Kompetenz. Führt allein schon die Möglichkeit, dass irgendein österreichischer Hoheitsträger ein gelinderes Mittel einsetzen könnte dazu, dass die Monopolisierung durch den Bund als nicht erforderlich und daher als Verletzung der Erwerbsfreiheit zu qualifizieren ist?

Nach der hier vertretenen Ansicht ist das zu bejahen, und zwar deswegen, weil andernfalls die Grundrechte durch entsprechende Aufteilung der Kompetenzen vollkommen ausgehöhlt werden könnten: Es wären dann im Rahmen der

1053 Statt vieler zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 716.

1054 Vgl dazu *Koppensteiner/Weber*, ÖZW 2016, 32 ff.

1055 RV 360 BlgNR 25. GP, 28. Nach der Ansicht des VfGH ist es dem Bundesgesetzgeber nicht verwehrt, kompetenzfremde Interessen – wie hier etwa den Jugendschutz – mitzubersichtigen; VfSlg 20.002/2015.

1056 Hier wird davon ausgegangen, dass diese Verkaufsverbote kompetenzkonform sind; allerdings könnten dagegen insoweit Bedenken bestehen, als diese Verbote Gewerbetreibende betreffen; vgl etwa VfSlg 19.583/2011, VfSlg 10.050/1984.

1057 Ob der Bundesgesetzgeber gestützt auf die Gewerbekompetenz befugt wäre, entsprechende Regelungen zu erlassen, wird hier nicht näher untersucht und hat auch für die grundsätzliche Erörterung der hier diskutierten Frage – kann die Beschränktheit der Kompetenzen eines Hoheitsträgers einen Grundrechtseingriff rechtfertigen – keine Bedeutung. Auf VfSlg 19.583/2011, VfSlg 10.050/1984, wonach dem Bundesgesetzgeber unter dem Kompetenztitel Gewerbe in gewissen Bereichen auch eine beschränkte Jugendschutzkompetenz zukommt, wurde hingewiesen.

Erforderlichkeitsprüfung nur jene gelinderen Mittel zu berücksichtigen, welche in die Kompetenz des eingreifenden Hoheitsträgers fallen. Würde also die Kompetenzverteilung etwa dahingehend abgeändert, dass der Bund für (alle oder auf bestimmte Produkte bezogene) Verkaufsverbote zuständig ist, die Länder aber für alle anderen Verkaufsbeschränkungen, dann könnte ein Verkaufsverbot des Bundes niemals als nicht erforderlich qualifiziert werden, da dem Bund selbst eben keine gelinderen Mittel zur Verfügung stünden. Dass eine solche Unterwanderung der Grundrechte durch den kompetenzverteilenden Verfassungsgesetzgeber möglich sein soll, ist zu bezweifeln, insb dann, wenn es um Grundrechte geht, zu deren Schutz sich die Republik Österreich als Gesamtstaat verpflichtet hat – wie etwa bei den Grundrechten der EMRK. Außerdem stehen, wie eingangs erwähnt, die Grundrechte und die Kompetenzverteilung im selben (Verfassungs-)Rang innerhalb der österreichischen Rechtsordnung; sie beeinflussen einander wechselseitig. Eine Auslegung der Grundrechte bzw eine Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche die verteilten Kompetenzen so behandelt, als gäbe es keine anderen Kompetenzen, erscheint ebenso unzulässig wie eine Auslegung der Kompetenzverteilung, die jede Kompetenzausübung als grundrechtskonform versteht. Die Kompetenzverteilung kann also, anders formuliert, nicht den Grundrechtsschutz schmälern.

Daher ist nach der hier vertretenen Ansicht davon auszugehen, dass bei der im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in ein unter Gesetzesvorbehalt stehendes Grundrecht vorzunehmenden Erforderlichkeitsprüfung sämtliche denkbaren gelinderen Mittel zu berücksichtigen sind, und nicht nur jene, welche in die Kompetenz des eingreifenden Hoheitsträgers fallen. Insofern ist also die Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger keine Rechtfertigung für einen Grundrechtseingriff.<sup>1058</sup>

#### 5.4.3.3 *Beschränkte Kompetenzen vs nicht verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtungen*

Das Besondere an den gerade diskutierten verfassungsrechtlichen Handlungsverpflichtungen ist, dass jene Stelle, die die Handlungsverpflichtung anordnet, es auch in der Hand hat, die Kompetenzverteilung zu ändern. Wird daher im Verfassungsrecht eine Handlungsverpflichtung angeordnet, die nach der bestehenden Kompetenzverteilung nicht erfüllt werden kann, so gibt es grundsätzlich zwei verfassungskonforme Lösungsvarianten: Entweder wirkt die Handlungsverpflichtung kompetenzbegründend oder die Verpflichtung besteht nur im Rahmen der

<sup>1058</sup> Dies führt aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu einer verfassungsrechtlichen Kooperationspflicht der föderalen Hoheitsträger. Siehe dazu die äquivalente Argumentation zur deutschen Rechtslage bei 6.4.3.3 (= 310).

vorliegenden Kompetenzverteilung. Welche Variante vorzuziehen ist, kann auf Grund der Gleichrangigkeit der verfassungsrechtlichen Handlungsverpflichtung und der ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Kompetenzverteilung nur im Einzelfall auf Grund der Auslegung der Handlungsverpflichtung (und der Kompetenzverteilung) beurteilt werden.

Fraglich ist nun aber, wie sich die durch die Kompetenzverteilung bewirkte Beschränktheit der föderalen Hoheitsträger auf die Erfüllung völker- oder unionsrechtlicher Verpflichtungen auswirkt. Diese Konstellation ist insofern eine andere, als der Inhalt der völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen nicht einseitig vom Verfassungsgesetzgeber (unter Berücksichtigung der bestehenden Kompetenzverteilung) festgesetzt werden kann.

Hinsichtlich des Völkerrechts ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach die innerstaatliche Aufteilung der Kompetenzen grundsätzlich keine Auswirkungen auf die umfassende Souveränität und die daraus folgende völkerrechtliche Vertragsschlusskompetenz der Republik Österreich hat.<sup>1059</sup> Die Erfüllung der vom Bund für den Gesamtstaat eingegangenen Verpflichtungen in jenen Bereichen, welche in die Zuständigkeit der Länder fallen, wird durch Art 16 Abs 4 und 5 B-VG sichergestellt. Obwohl also ein völkerrechtlicher Vertrag selbst nicht die Kompetenzverteilung abändern kann, um die Erfüllbarkeit der in ihm enthaltenen Verpflichtung sicherzustellen, bietet das österreichische Verfassungsrecht mit Art 16 Abs 4 und 5 B-VG ein ausreichendes Instrumentarium, um die umfassende Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen trotz der bestehenden Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger sicherzustellen. Ultima ratio dieses Instrumentariums ist die „Entschränkung“ der Handlungsfähigkeit des Bundes auch nach innen, der dann, wenn ein Land eine zur Umsetzung eines völkerrechtlichen Vertrags erforderliche Maßnahme nicht setzt, befugt ist, diese Maßnahme ersatzweise selbst zu setzen.

Mit Blick auf das Unionsrecht ist das grundsätzlich ähnlich zu beurteilen: Die Republik Österreich ist als Gesamtstaat Mitglied der EU. Verpflichtungen, die sich aus dem Unionsrecht ergeben, müssen innerstaatlich umgesetzt bzw erfüllt werden. Dass insb das Sekundärrecht auch dazu verpflichtet kann – und nach dem österreichischen B-VG auch darf –, die österreichische Verfassung abzuändern, ergibt sich inzwischen implizit aus Art 23e Abs 3 und 4 B-VG, wo für derartige Fälle besondere Mitwirkungsrechte des Nationalrates bzw Bundesrates bei der Willensbildung der österreichischen Vertreterinnen und Vertreter im Rat vorgesehen sind. Auch für unionsrechtliche Verpflichtungen kommt es im Übrigen nach Art 23d Abs 5 B-VG zu einer „Entschränkung“ der Kompetenzen des Bundes: Setzt ein Land die zur Umsetzung des Unionsrechts erforderlichen Rechtsakte nicht, so geht die Kompetenz dazu – nach Entscheidung des EuGH –

1059 Dazu oben bei 3.2.2 (= 67).

auf den Bund über. Dies gilt für primärrechtliche Verpflichtungen genau wie für solche, die sich aus Sekundärrechtsakten ergeben.

Fraglich ist nun, inwiefern die genannten „Entschränkungen“ der Kompetenzen des Bundes Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips sind. Für Art 16 Abs 4 B-VG – der seinem Inhalt nach auch im ursprünglichen Konzept des B-VG vorgesehen war – ist das zu bejahen, weil dadurch der stark zentralistische Zug des B-VG im Zusammenhang mit der Außenpolitik bzw mit völkerrechtlichen Verträgen auch nach innen umgesetzt wird, was für das Verhältnis von Bund und Ländern zueinander von grundlegender Bedeutung ist.<sup>1060</sup>

Hinsichtlich Art 23d Abs 5 B-VG ist das möglicherweise anders zu beurteilen: Würde diese Bestimmung wegfallen, würden die Länder in großen Teilen des EU-Rechts nicht „frei“, sondern würden auf Grund von Art 16 B-VG wiederum einer Umsetzungsverpflichtung unterliegen, die über Art 16 Abs 4 B-VG vom Bund durchgesetzt werden kann.<sup>1061</sup> Insofern wurde durch die Einfügung eines Äquivalents zu Art 16 Abs 4 B-VG für das EU-Recht die bundesstaatliche Struktur Österreichs nicht grundlegend verändert.<sup>1062</sup> Es lässt sich aber sagen, dass die in Art 16 (Abs 4) B-VG zum Ausdruck kommende zentralistische Tendenz des B-VG im Zusammenhang mit der Außenpolitik durch Art 23d (Abs 5) B-VG bestätigt wird. Im Übrigen war die Einführung des Art 23d Abs 5 B-VG auch nicht allein deswegen eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, weil darin als Voraussetzung des Eintritts des Kompetenzübergangs an den Bund eine Entscheidung des EuGH verlangt wird,<sup>1063</sup> da der für den österreichischen Bundesstaat prägende zentralistische Zug dadurch nicht verloren geht – vielmehr entspricht Art 23d Abs 5 B-VG zusätzlich dem Konzept des Unionsrechts mit dem EuGH als zentraler Auslegungsinanz und ist daher eine „unionsfreundliche“ zentralistische Regelung – ebenso wie Art 16 Abs 4 B-VG als „völkerrechtsfreundliche“ zentralistische Regelung qualifiziert werden kann.

1060 Wenngleich die Bestimmung in der Praxis bedeutungslos ist; vgl dazu *Weber* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 16 B-VG Rz 1, 79.

1061 Diese Bestimmung wäre vorrangig für das Primärrecht von Relevanz; die dort enthaltene Loyalitätspflicht des Art 4 Abs 3 EUV könnte aber auch herangezogen werden, um Art 16 B-VG mittelbar für Sekundärrecht relevant zu machen.

1062 Was – mangels Einhaltung des Gesamtänderungsverfahrens des Art 44 Abs 3 B-VG bei Einführung der Bestimmung bzw ihrer Vorgängerbestimmungen – auch verfassungswidrig wäre. Auch weil Art 23d Abs 5 B-VG eine Entscheidung des EuGH verlangt, bevor es zu einem Kompetenzübergang an den Bund kommt, wurde keine Gesamtänderung bewirkt, da damit lediglich der Zeitpunkt des Kompetenzübergangs nach hinten verschoben wird, dem Bund aber nach Vorliegen einer EuGH-Entscheidung immer noch die Möglichkeit bleibt, auf diese zu reagieren und eine unionsrechtskonforme Rechtslage auch gegen den Willen des betroffenen Landes herzustellen.

1063 Dazu ausführlich *Egger* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 23d B-VG Rz 98 ff.

#### 5.4.3.4 Ergebnis

Die Beschränktheit der Kompetenzen der föderalen Hoheitsträger ist eine zentrale Konsequenz des Bestehens einer föderalen Kompetenzverteilung. Als Grundsatz der wechselseitigen Beschränktheit verstanden kann die Beschränktheit als Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips qualifiziert werden und insofern als Zweifelsregel dienen: Bestimmungen des Verfassungsrechts sind im Zweifel nicht so auszulegen, dass sie eine konkurrierende Kompetenz von Bund und Ländern begründen.

Die Beschränktheit der Kompetenzen kann aber nicht – und zwar auch nicht als Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips – zur innerstaatlichen Rechtfertigung der Nichterfüllung völkerrechtlicher Verträge oder unionsrechtlicher Verpflichtungen dienen, da insb für diese Fälle Ausnahmen von der Beschränktheit vorgesehen sind. Außerdem müssen sich die föderalen Hoheitsträger bei von ihnen zu verantwortenden Grundrechtseingriffen im Rahmen einer Erforderlichkeitsprüfung auch jene gelinderen Mittel „vorwerfen“ lassen, die kompetenzkonform nur von einem anderen föderalen Hoheitsträger gesetzt werden können, da andernfalls der Grundrechtsschutz durch die Kompetenzverteilung unterlaufen werden könnte.

Selbst wenn man also die Beschränktheit der Kompetenzen als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert – was durch die hier vertretene Erfassung dieses Grundsatzes durch das bundesstaatliche Grundprinzip bzw Art 44 Abs 3 B-VG nahegelegt wird –, hat dies nicht zur Konsequenz, dass die aus der Kompetenzverteilung resultierende Beschränktheit der Kompetenzen die Nichterfüllung unionsrechtlicher Verpflichtungen rechtfertigen kann.

### 5.4.4 Notwendigkeit der Ermöglichung von Vielfalt durch Differenzierung

#### 5.4.4.1 Fragestellung

Die österreichische föderale Kompetenzverteilung verteilt Kompetenzen auf Bund und Länder. Fällt eine Kompetenz in den Zuständigkeitsbereich der Länder, dann soll es diesen im österreichischen Bundesstaat möglich sein, jeweils selbstverantwortlich vielfältige Regelungen zu erlassen. Vielfalt in diesem Sinn bedeutet auch, dass es möglich sein muss, dass die Länder sich voneinander unterscheidende Regelungen erlassen,<sup>1064</sup> selbst wenn die tatsächlichen Umstände bzw die von

1064 So auch *Bußjäger*, JBl 2007, 289, 292.

den Regelungen betroffenen Sachverhalte im Wesentlichen gleich sind.<sup>1065</sup> Es ist ja eines der Ziele der vorgesehenen Autonomie der Länder, bei im Wesentlichen gleicher Ausgangslage auch unterschiedliche Ergebnisse erreichen zu können.<sup>1066</sup> Dieses – durch Art 2 B-VG und die Bestimmungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung implizit in der Verfassung verankerte – Ziel der Vielfalt steht aber in einem möglichen Spannungsverhältnis zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Ansprüchen auf Gleichbehandlung, allen voran dem Gleichheitssatz nach Art 7 B-VG. Im Folgenden ist daher zu analysieren, wie sich das bundesstaatliche Ziel der Ermöglichung von Vielfalt, das auf Ebene der Kompetenzverteilung durch Zuordnung von Kompetenzen zu den Ländern erreicht werden soll, zu diesen Gleichheitsgarantien verhält. Zu diskutieren sind auch andere verfassungsrechtliche Normen wie etwa Art 4 B-VG, die nach einer Form von Einheit verlangen und damit in einem Spannungsverhältnis zum bundesstaatlichen Ziel der Vielfalt stehen.

Auf Basis dieser Analysen soll die Frage beantwortet werden können, ob die Ermöglichung bundesstaatlicher Vielfalt zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV zu zählen ist.

#### 5.4.4.2 Bundesstaatliche Vielfalt und Gleichheitssatz

Die zentrale Gleichheitsgarantie des österreichischen Verfassungsrechts bildet der in Art 7 Abs 1 B-VG verankerte Gleichheitssatz. Demnach sind alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich. Der Gleichheitssatz bindet den Gesetzgeber, aber auch die Vollziehung. Im Folgenden soll va die Bindung der Gesetzgebung analysiert werden. Auf Grund der zu beantwortenden Frage, wie sich der Gleichheitssatz zu dem bundesstaatlichen Ziel der Ermöglichung von Vielfalt verhält, interessiert dabei wiederum vorrangig, aber nicht ausschließlich die Bindung der Landesgesetzgeber durch den Gleichheitssatz. Konkret stellt sich die Frage, ob es mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist, wenn für einen Sachverhalt zB im Land Salzburg eine Rechtsfolge vorgesehen ist, aber im Land Tirol für einen – abgesehen davon, dass er in Tirol verwirklicht wird – identen Sachverhalt eine andere Rechtsfolge. Beispiele für derartige Konstellationen finden sich zahlreich, so etwa, wenn eine Maßnahme wie die Errichtung eines Carports in einem Bundesland baurechtlich bewilligungspflichtig ist, in einem anderen aber bewilligungsfrei oder nur anzei-

1065 Anders ist dies aus Perspektive des Zwecks der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zu beurteilen, wenn etwa der Bund in einem in seine Kompetenz fallenden Bereich länderspezifische Regelungen erlassen möchte: Derart partikuläres Bundesrecht kann nicht „allein“ mit dem Zweck der Zuordnung einer Kompetenz zum Bund legitimiert werden.

1066 So zB auch VfSlg 8161/1977 (länderspezifische Situationen für den Rechtsunterworfenen liegen im „Wesen der bundesstaatlichen Aufteilung von Gesetzgebungs- und Vollziehungszuständigkeiten“); VfSlg 1462/1932 (dass „in den verschiedenen Ländern verschiedene Steuern eingehoben werden können, ist in der Natur und dem Wesen des Bundesstaates begründet“).

gepflichtig. Interessant sind aber auch Konstellationen, in denen Bund und Länder auf Grund der Kompetenzverteilung<sup>1067</sup> zur Regelung ähnlicher Gegenstände berufen sind und sich die Frage stellt, ob diese einander so stark ähneln, dass sie im Lichte des Gleichheitssatzes auch gleich zu behandeln sind. Als Beispiel dafür kann das Glücksspielrecht genannt werden, bei dem bestimmte Bereiche in die Kompetenz des Bundes fallen, andere wiederum („kleines“ Glücksspiel) in die Kompetenz der Länder.<sup>1068</sup> Die folgenden Überlegungen nehmen aber den erstgenannten Fall – unterschiedliche Landesregelungen – zum gedanklichen Ausgangspunkt; die Schlussfolgerungen lassen sich im Wesentlichen auf die zweite Konstellation – Bund und Länder regeln „Ähnliches“ im Rahmen ihrer Kompetenzen – übertragen.

Würde man in den oben beispielhaft angeführten Fällen landesweise unterschiedlicher Regelungen die Gleichheitswidrigkeit eines der beiden Landesgesetze bejahen, so hätte der Gleichheitssatz enormes vereinheitlichendes Potential. Sich voneinander unterscheidende Regelungen der Länder wären dann nämlich nur verfassungsrechtlich zulässig, wenn sie mit unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten in den jeweiligen Landesgebieten gerechtfertigt werden könnten. Das Landesrecht würde sich dann nur noch durch die formell tätig werdende Rechtssetzungsautorität und die daraus folgende Zuordnung zur Landesrechtsordnung von partikulärem Bundesrecht unterscheiden. Außerdem würden die Landesgesetzgeber in ihrer Entscheidungsfreiheit durch die Handlungen der anderen Landesgesetzgeber insoweit beschränkt, als sie ihre Regelungen an die jeweils „günstigste“ anzupassen hätten.<sup>1069</sup>

Um die dargestellte Problematik analysieren zu können, ist es sinnvoll, zunächst den Inhalt des Gleichheitssatzes zu umreißen. Insb in der Lehrbuchliteratur wird der durch die Judikatur des VfGH geprägte Schutzgehalt des Gleichheitssatzes oft so umschrieben, dass es dem Gesetzgeber verwehrt ist, Gleiches ohne sachliche Rechtfertigung ungleich zu behandeln bzw umgekehrt Ungleiches ohne sachliche Rechtfertigung gleich zu behandeln.<sup>1070</sup> Der VfGH leitet aus dem Gleichheitssatz außerdem ein an den Gesetzgeber gerichtetes „Sachlichkeitsgebot“ ab.<sup>1071</sup> Weiters wird in der Lehre ausgeführt, der Gleichheitssatz

1067 Oder der Auslegung der Kompetenzverteilung; s insb zur Gesichtspunktetheorie schon oben bei 5.4.2.1 (= 220).

1068 Vgl dazu §§ 4 f Glücksspielgesetz, BGBl 6210/1989 idF BGBl I 107/2017.

1069 Zumindest theoretisch; praktisch wäre fraglich, ob bzw wie festgestellt werden kann, welche Regelung idS die „günstigste“ ist. Die Frage, welches Regime das Maß der Dinge sein soll, ansprechend *Bußjäger*, JBl 2007, 293.

1070 Vgl zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 761 ff; *Berka/Binder/Kneibs*, Grundrechte 532; *Bezemek* in Heißl, Handbuch Rz 12/20; vgl weiters *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1357; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1636 ff.

1071 Zum Beispiel VfSlg 20.218/2017; VfSlg 20.036/2015; VfSlg 19.751/2013; VfSlg 14.362/1995. Aus der aktuellen Literatur dazu Holoubek, ZÖR 2019, 873 ff.

habe „keinen Schutzbereich“,<sup>1072</sup> was zur Folge habe, dass jeder Eingriff in den Gleichheitssatz zugleich eine Verletzung des Gleichheitssatzes sei. Dass sich sehr wohl ein Schutzbereich des Gleichheitssatzes ausmachen lässt und dass Eingriffe in diesen Schutzbereich rechtfertigbar sind, hat *Pöschl* nachgewiesen.<sup>1073</sup> Auch wenn man sich an die Formel hält, welche die überwiegende Ansicht aus einer (verkürzten) Betrachtung der Judikatur des VfGH gewinnt, ist aber jedenfalls die Frage der sachlichen Rechtfertigung – welche bei *Pöschl* bei bestimmten Eingriffen die Verletzung des Gleichheitssatzes ausschließen kann<sup>1074</sup> – für die Beurteilung der Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes von Relevanz. Unumstritten ist dabei, dass sich eine solche sachliche Rechtfertigung sowohl aus tatsächlichen als auch aus bestehenden rechtlichen Unterschieden ergeben kann.<sup>1075</sup>

Bei Anwendung der genannten Kurzformel auf das obige Beispiel könnte man prima vista zu dem Schluss kommen, dass ein Landesgesetz, das – ohne sachliche Rechtfertigung – einen Sachverhalt anders behandelt als ein anderes Landesgesetz einen gleichen Sachverhalt, gegen Art 7 B-VG verstößt. Es ist aber einer der grundlegenden Zwecke bundesstaatlicher Organisation, dass Regelungunterschiede im Bereich der Länderkompetenzen auch dann zulässig sein sollen, wenn sich die tatsächlichen Gegebenheiten in den Ländern nicht maßgeblich voneinander unterscheiden.<sup>1076</sup> Der Sinn der Zuordnung einer Kompetenz zu den Ländern – bzw der Nichtzuordnung zum Bund – ist es ja gerade, den Ländern die eigenverantwortliche und voneinander unabhängige Gestaltung ihrer Rechtsordnungen zu ermöglichen. Genau dieser Zweck der föderalen Kompetenzverteilung würde aber vereitelt werden, wenn Landesrechtsakte allein deswegen für gleichheitswidrig erklärt würden, weil es in einem anderen Land anders ausgestaltete Rechtsakte betreffend dasselbe Problem gibt. Auch die hA und die Rsp des VfGH gehen nicht davon aus, dass die vorliegende Konstellation zu einer Gleichheitswidrigkeit eines der beiden Landesgesetze führt:

Der VfGH geht in ständiger Rsp davon aus, dass der gerade angedachte Vergleich zwischen landesrechtlichen Regelungen bzw auch zwischen Bundes- und Landesrecht nicht zulässig ist. Dies begründet er va in der älteren Judikatur mit „der Natur und dem Wesen des Bundesstaates“;<sup>1077</sup> später stützt er die Unzu-

1072 Zum Beispiel *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte 518 ff, 529.

1073 Siehe insb zusammenfassend als Schema für die Prüfung, ob eine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegt, *Pöschl*, Gleichheit 890 f. Vgl dazu weiters *Holoubek* in *Korinek/Holoubek*, Art 7 B-VG Rz 59 ff; *Holoubek*, ZÖR 2019, 879 f.

1074 *Pöschl*, Gleichheit 887 ff.

1075 Statt vieler *Holoubek*, ÖZW 1991, 77, 81; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/24; *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte 538 ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch Rz 33 f.

1076 So zB auch VfSlg 8161/1977 (länderweise unterschiedliche Situationen für den Rechtsunterworfenen liegen im „Wesen der bundesstaatlichen Aufteilung von Gesetzgebungs- und Vollziehungszuständigkeiten“); VfSlg 1462/1932 (dass „in den verschiedenen Ländern verschiedene Steuern eingehoben werden können, ist in der Natur und dem Wesen des Bundesstaates begründet“).

1077 Vgl VfSlg 1462/1932, wo es der Sache nach aber um die Frage einer Verletzung des Art 4 B-VG ging. Zu diesem s noch unten bei 5.4.4.4 (= 252). Ähnlich auch VfSlg 8161/1977 (länderweise un-

lässigkeit des Vergleichs auch explizit auf das bundesstaatliche Grundprinzip.<sup>1078</sup> Diese Ansicht des VfGH wird in der Lehre weitgehend geteilt und wenig problematisiert.<sup>1079</sup>

Vom Ergebnis her ist dies überzeugend; fraglich ist aber, wie dieses Ergebnis zu begründen ist. Der VfGH hält sich diesbezüglich eher bedeckt.<sup>1080</sup> In der Literatur wird die Rsp etwa so verstanden, dass der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Bundesstaatlichkeit mit Blick auf den Gleichheitssatz dadurch Folge geleistet wird, dass die bundesstaatliche Organisation Österreichs schon die Vergleichbarkeit verschiedener landesrechtlicher Regelungen ausschließe.<sup>1081</sup> Der Gleichheitssatz verpflichte „die Landesgesetzgeber nur dazu, in *ihrem* Hoheits- und Wirkungsbereich Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln“<sup>1082</sup>. Verschiedene Sachverhalte oder Personengruppen seien also schon deswegen nicht wesentlich gleich, weil sie unter die Hoheit unterschiedlicher Landesrechtsetzer fallen.

Diese Argumentation ist nicht restlos überzeugend. Es ist nämlich kein Spezifikum des Gleichheitssatzes, dass er die föderalen Hoheitsträger nur innerhalb ihres jeweiligen Kompetenzbereichs bindet, sondern gilt für alle verfassungsrechtlichen Anordnungen gleichermaßen: Auch andere Grundrechte oder Staatszielbestimmungen können die föderalen Hoheitsträger nur dazu verpflichten, Handlungen innerhalb ihres Kompetenzbereichs zu setzen (oder zu unterlassen); denn

verschiedene Situationen für den Rechtsunterworfenen liegen im „Wesen der bundesstaatlichen Aufteilung von Gesetzgebungs- und Vollziehungszuständigkeiten“).

1078 VfSlg 8247/1978; VfSlg 9116/1981; aktuell zB VfGH 20.06.2015, E 163/2014.

1079 Zum Beispiel *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1356; *Öblinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 802 (unterschiedliche Regelungen sind einem föderalen System „immanent“); *Berka* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 7 B-VG Rz 62; *Holoubek* in *Korinek/Holoubek*, Art 7 B-VG Rz 152; *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte 543 f sprechen nur davon, dass der VfGH davon ausgeht, dass derartige Regelungen „nicht gleichheitswidrig“ sind.

1080 Zum Beispiel VfSlg 14.846/1997: „Dazu genügt es, auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hinzuweisen, der zufolge das bundesstaatliche Prinzip die Anwendung des Gleichheitssatzes auf das Verhältnis der Regelungen verschiedener Gesetzgeber, so hier des Bundesgesetzgebers und eines Landesgesetzgebers, zueinander ausschließt“, unter Hinweis auf VfSlg 8161/1977 (länderweise verschiedene Rechtslagen liegen „im Wesen der bundesstaatlichen Aufteilung von Gesetzgebungs- und Vollziehungszuständigkeiten“) und VfSlg 9116/1981 (bundesstaatliches Prinzip schließe „die Anwendung des Gleichheitssatzes auf das Verhältnis der Regelungen verschiedener Gesetzgeber, so hier des Bundesgesetzgebers und eines Landesgesetzgebers, zueinander“ aus); in letztgenannter Entscheidung wird wiederum auf VfSlg 7038/1973 („die verfassungsgesetzlich verankerte Gesetzgebungshoheit der Bundesländer“ räume diesen „im Rahmen der verfassungsgesetzlichen Bestimmungen volle Gestaltungsfreiheit in materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht ein“; es sei „daher verfassungsgesetzlich nicht ausgeschlossen [...], daß auf einem Sachgebiet [zB wie hier dem Straßenrecht] sowohl im Vergleich zu anderen Bundesländern als auch im Vergleich zum Bund verschiedenartige Regelungen getroffen werden) und VfSlg 8247/1978 (das bundesstaatliche Prinzip schließe „die Anwendung des Gleichheitssatzes auf das Verhältnis der Regelungen verschiedener Gesetzgeber zueinander aus“ – inkl Hinweis auf VfSlg 7038/1973, also die gerade zuvor genannte Entscheidung).

1081 *Pöschl*, Gleichheit 206; weiters zB *Bußjäger*, JBl 2007, 292 f; *Khakzadeh* in *Kahl* ea, Art 7 B-VG Rz 40.

1082 *Pöschl*, Gleichheit 206 f bzw FN 7 (Hervorhebung im Original). Ähnlich auch *Holoubek* in *Korinek/Holoubek*, Art 7 B-VG Rz 152; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch Rz 55.

dort, wo den föderalen Hoheitsträgern keine Kompetenz zukommt, können sie auch nicht tätig werden. Es wäre daher sinnlos, sie in diesem Bereich zur Einhaltung bestimmter Vorgaben zu verpflichten. Eine über die bestehende Kompetenzverteilung hinausgehende Bindung kann nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig die Kompetenzverteilung abgeändert wird, was aber verfassungsrechtliche Handlungsverpflichtungen idR nicht tun.<sup>1083</sup> Bei der hier zu beantwortenden Frage geht es aber ja auch nicht um die *Reichweite* der Bindung des Gleichheitssatzes, sondern um den Prüfungsmaßstab, also den *Inhalt* des Gleichheitssatzes.

Gewissermaßen spezifisch für den Gleichheitssatz ist, dass bei der Beurteilung des Vorliegens einer Verletzung des Gleichheitssatzes meist ein Vergleich zwischen verschiedenen tatsächlich geltenden oder hypothetischen Normen angestellt wird. Dieser Vergleich stützt sich im Wesentlichen darauf, dass Art 7 B-VG gebietet, dass alle Staatsbürger:innen vor dem Gesetz gleich sind. Allein daraus lässt sich ebenso wenig ableiten, dass ein Vergleich zwischen verschiedenen Landesrechtsordnungen per se unzulässig sein soll, wie sich daraus ergibt, dass die Gleichbehandlung nur im Rahmen *eines* Gesetzes gelten soll, Ungleichbehandlungen, die durch das Zusammenspiel verschiedener Gesetzgebungsakte erfolgen, aber zulässig seien. Viel eher legt die Formulierung in Art 7 B-VG das Gegenteil nahe, schließlich liegt der Norm ein auf das betroffene Rechtssubjekt zentrierter Ansatz zu Grunde.<sup>1084</sup> Eine Ungleichbehandlung liegt also dann vor, wenn ein Rechtssubjekt im Vergleich zu einem anderen Rechtssubjekt durch ein oder mehrere Gesetze ungleich behandelt wird. Das Anstellen eines Vergleiches setzt ja auch nicht zwingend voraus, dass der Gesetzgeber befugt ist, jene Maßnahme zu setzen, mit der seine eigene verglichen wird.

Auch bei der Beurteilung der Erforderlichkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs in Grundrechte, die unter Gesetzesvorbehalt stehen, wird ein Vergleich mit anderen geltenden oder hypothetischen Normen angestellt. Besteht ein im Vergleich zum eingreifenden Gesetz gelinderes Mittel zur Erreichung des durch den Eingriff angestrebten Ziels, so ist der Eingriff eine Grundrechtsverletzung. Oben wurde nun diskutiert, ob bei dieser Prüfung nur jene Mittel als gelindere Mittel zu beurteilen sind, die der eingreifende Gesetzgeber selbst kompetenzkonform setzen kann.<sup>1085</sup> Dies wurde im Wesentlichen mit der Begründung verneint, dass andernfalls eine Unterwanderung des Grundrechtsschutzes durch eine entsprechende Ausgestaltung der Kompetenzverteilung möglich wäre.

Gleiches gilt – zumindest auf die Spitze getrieben – nun auch für die Beurteilung des Gleichheitssatzes. Schließt man die Möglichkeit eines Vergleiches zwischen verschiedenen Landesrechtsordnungen oder diesen und der Bundesrechts-

1083 Dazu oben bei 5.4.3.2 (= 227).

1084 Insb *Pöschl*, Gleichheit 881 f.

1085 Bei 5.4.3.2.3 (= 232).

ordnung bei der Gleichheitsprüfung kategorisch aus, so könnte der Verfassungsgesetzgeber die Kompetenzverteilung derart umgestalten, dass offensichtliche Gleichheitswidrigkeiten nicht mehr wegen Verstoßes gegen Art 7 B-VG verfassungswidrig werden. So etwa, indem er anordnet, dass der Bund für die Gesetzgebung zuständig sei, soweit Männer betroffen sind,<sup>1086</sup> während alle Angelegenheiten betreffend Frauen in die Kompetenzen der Länder fallen. Regelungen, die Männer betreffen, könnten dann nicht mehr mit Regelungen verglichen werden, die Frauen betreffen.

Das hier anhand eines Extrembeispiels verdeutlichte Argument trägt allerdings weniger stark, soweit es um die Vergleichbarkeit verschiedener Landesrechtsordnungen miteinander geht. Denn die Abgrenzung der Kompetenzbereiche der Länder voneinander folgt ja nicht sachlichen, sondern territorialen Gesichtspunkten.<sup>1087</sup> Wenn der Verfassungsgesetzgeber eine Kompetenz den Ländern zuordnet, dann ist es ja gerade der Sinn dieser Zuordnung, dass ein und dieselbe Sache in den verschiedenen Landesrechtsordnungen und damit in den jeweiligen Landesgebieten unterschiedlich geregelt werden können soll. Daraus muss man aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht notwendigerweise die Konsequenz ziehen, dass ein Vergleich zwischen verschiedenen Landesrechtsordnungen bei der Gleichheitsprüfung von vorneherein unzulässig ist:

Es erscheint systematisch<sup>1088</sup> besser vertretbar, davon auszugehen, dass die Bundesstaatlichkeit – genauer: der Zweck der Kompetenzverteilung – eine sachliche Rechtfertigung für auftretende Ungleichbehandlungen im Verhältnis verschiedener Landesrechtsordnungen zueinander bzw zwischen Bundes- und Landesrechtsordnung darstellt. Diese sachliche Rechtfertigung gründet auf dem Zweck der Bundesstaatlichkeit und der Kompetenzverteilung, der in der Ermöglichung von Vielfalt besteht und damit auch nach der Zulässigkeit von Regelungsunterschieden (auch) bei im Wesentlichen gleicher Sachlage verlangt. Die angedachte sachliche Rechtfertigung ist ein Ausfluss des bundesstaatlichen Grundprinzips und daher im Rahmen einer systematischen Interpretation bei der Anwendung der verfassungsrechtlichen Norm des Art 7 B-VG jedenfalls zu berücksichtigen,

1086 Für die hier angestellte theoretische Überlegung ist es dabei unerheblich, wie eine solche Abgrenzung in der Praxis funktionieren sollte.

1087 Theoretisch wäre es aber auch denkbar, dass der Verfassungsgesetzgeber „asymmetrische“ Kompetenzbestimmungen erlässt, die nur einem Land die Kompetenz zur Setzung bestimmter Handlungen verleihen, während die Kompetenz im Übrigen beim Bund verbleibt. So etwa, wenn dem Land Salzburg die Kompetenz zur Regelung aller Angelegenheiten betreffend das Forstwesen im Land Salzburg zugeordnet würde. Bei konsequenter Handhabung der in der hL vertretenen Ansicht zum hier diskutierten Problem dürften dann Regelungen im Bundesforstgesetz nicht mit jenen im Salzburger Forstgesetz verglichen werden.

1088 Insb mit Blick auf die oben angestellten Überlegungen zur „Vorwerfbarkeit“ gelinderer Mittel, die nicht in den Kompetenzbereich eines Hoheitsträgers fallen, bei 5.4.3.2.3 (= 232). Vgl aber auch die *Pöschl* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch Rz 43, die darauf hinweist, dass sich Ermächtigungen zur Differenzierung auch aus dem Verfassungsrecht ergeben können (dabei nimmt sie insb auf Grundrechte des StGG Bezug).

mit dem Ergebnis, dass Ungleichbehandlungen durch verschiedene Landesrechtsordnungen nicht schon allein auf Grund der Tatsache, dass es sie gibt, gleichheitswidrig sind. Das schließt es freilich nicht aus, die einzelnen landesrechtlichen Normen darüber hinausgehend und ohne Anstellung eines Vergleichs zu anderen Landesrechtsordnungen auf ihre Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz zu prüfen, so etwa im Lichte des oben kurz angesprochenen allgemeinen Sachlichkeitsgebots.<sup>1089</sup>

Außerdem hat die hier angedachte Möglichkeit einer mit dem Zweck der Kompetenzverteilung und dem bundesstaatlichen Grundprinzip begründeten sachlichen Rechtfertigung der angesprochenen Ungleichbehandlungen das Potential, die oben kurz skizzierten Fälle, in denen der Verfassungsgesetzgeber die Kompetenzverteilung zur Aushöhlung des Gleichheitssatzes umgestaltet, adäquat zu behandeln. Wenn nämlich der Verfassungsgesetzgeber die Kompetenzverteilung nicht ändert, um den bundesstaatlichen Grundgedanken der Vielfalt zu verwirklichen, sondern lediglich die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes ausschließen möchte, dann fällt auch die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung für diesen Bereich weg. Alle sich auf einen derartigen Kompetenztatbestand – im obigen Beispiel etwa die Bundeskompetenz für „Männerangelegenheiten“ – stützenden Akte wären daher potentiell gleichheitswidrig, sofern die bewirkten Ungleichbehandlungen nicht durch andere als in der Kompetenzverteilung gelegene sachliche Gründe gerechtfertigt werden können. Der Wegfall der aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung resultierenden sachlichen Rechtfertigung resultiert dabei, das sei nochmals hervorgehoben, nicht etwa aus einer im Vergleich zu den Kompetenzbestimmungen bestehenden „Höherrangigkeit“ des Gleichheitssatzes, sondern einfach daraus, dass Kompetenzbestimmungen, die nur das Ziel haben, den Gleichheitssatz auszuhöhlen, nicht dem Schutz des bundesstaatlichen Grundprinzips unterliegen. Im Ergebnis würde dies bedeuten: Sich auf den Gleichheitssatz aushöhlende Kompetenzbestimmungen – im Beispiel: Bundeszuständigkeit für Männer, Landeszuständigkeit für Frauen – stützende Rechtsakte können unmittelbar auf Grund des Vergleichs mit anderen derartigen Rechtsakten (eines anderen Hoheitsträgers) gleichheitswidrig sein, weil sie nicht von der Rechtfertigung durch das bundesstaatliche Grundprinzip profitieren. Die Kompetenzbestimmungen selbst stehen im selben Rang wie der Gleichheitssatz und sind daher nicht gleichheitswidrig.<sup>1090</sup> Dass es im Einzelfall schwierig sein mag nachzuweisen, dass eine Kompetenzbestimmung der Aushöhlung des Gleichheitssatzes dient, vermag die hier vertretene Ansicht nicht zu entkräften. Ein Anhaltspunkt dafür, dass eine Kompetenzbestimmung nicht die Verwirk-

1089 So auch *Holoubek* in Korinek/Holoubek, Art 7 B-VG Rz 152.

1090 In derartigen Fällen wäre es aber naheliegend, dass andere Grundprinzipien – wie zB das rechtsstaatliche Grundprinzip – der Erlassung solcher Kompetenzbestimmungen entgegenstehen.

lichung bundesstaatlicher Ziele, sondern eine Aushöhlung des Gleichheitssatzes zum Ziel hat, kann sein, dass wie im Beispiel bei der Kompetenzabgrenzung an eines der in Art 7 Abs 1 B-VG genannten verpönten Diskriminierungsmerkmale angeknüpft wird.

Abgesehen von der gerade diskutierten Konstellation, in welcher die Kompetenzverteilung gerade den Zweck verfolgt, den Gleichheitssatz auszuhöhlen, trägt die hier vorgeschlagene, durch das bundesstaatliche Grundprinzip vermittelte Rechtfertigung länderweise unterschiedlicher Regelungen aber immer. Es kommt für die Rechtfertigung auch nicht auf den Vergleich mit einer anderen Bezugsgröße – etwa der Regelung eines anderen Landes oder des Bundes – an, sondern eben allein darauf, dass die Regelung eine Verwirklichung der in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung angelegten bundesstaatlichen Vielfalt darstellt.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Ermöglichung von Unterschieden in der Rechtsetzung ein wesentliches Ziel der österreichischen Bundesstaatlichkeit und eine Konsequenz der Kompetenzverteilung und damit auch Bestandteil des bundesstaatlichen Grundprinzips ist. Das bundesstaatliche Grundprinzip ist insofern bei der Auslegung des Art 7 B-VG zu berücksichtigen und bietet eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen im Bundesstaat.<sup>1091</sup>

Daraus ergibt sich im Übrigen auch kein Widerspruch zu dem oben zur Unbeachtlichkeit der Kompetenzverteilung bei der Beurteilung der Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffes Gesagten:<sup>1092</sup> Dort (und auch hier für die Annahme der Vergleichbarkeit verschiedener Landesrechtsordnungen) ging es um die Frage, ob die Kompetenzverteilung an sich die im Rahmen der anzustellenden Vergleiche<sup>1093</sup> heranziehbaren hypothetischen oder tatsächlichen Maßnahmen auf jene beschränken kann, die innerhalb der Kompetenzen des betroffenen Hoheitsträgers liegen. Dies wurde in beiden Fällen verneint. Im Zusammenhang unterschiedlicher Regelungen gleicher Sachverhalte durch die Länder geht es aber um die Konsequenz der Kompetenzverteilung, nämlich um die konkrete Kompetenzausübung durch die Länder. Aus der tatsächlichen Kompetenzausübung eines Landes darf nun aber nicht „automatisch“ auf die Gleichheitswidrigkeit der tatsächlichen Kompetenzausübung eines anderen Landes geschlossen werden. An der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Regelungen ändert dies aber nach der hier vertretenen Ansicht nichts.

---

1091 Nicht berührt wird dadurch die Verpflichtung des Bundes- und der Landesgesetzgeber, in sich sachliche Regelungen zu treffen; dazu *Bußjäger*, JBl 2007, 294.

1092 Bei 5.4.3.2.3 (= 232).

1093 Beim Gleichheitssatz bei der Gleichheitsprüfung; bei Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt im Rahmen des Vergleichs einer eingreifenden Maßnahme mit gelinderen Mitteln.

#### 5.4.4.3 Bundesstaatliche Vielfalt und andere Gleichheitsgarantien

Es erscheint grundsätzlich unproblematisch, die gerade angestellten Überlegungen auf andere verfassungsrechtliche Gleichheitsgarantien zu übertragen, sofern diese nicht, wie etwa Art 4 B-VG, selbst einen spezifisch auf den Bundesstaat zugeschnittenen Inhalt haben.<sup>1094</sup> Allerdings ist fraglich, inwiefern die durch das bundesstaatliche Grundprinzip bewirkte Rechtfertigung bestimmter Ungleichbehandlungen im Bundesstaat auch bei jenen Gleichheitsgarantien zum Tragen kommt, die ihren Ursprung nicht im österreichischen Verfassungsrecht haben, gleichwohl aber von den österreichischen föderalen Hoheitsträgern zu beachten sind.

Zu denken ist dabei etwa an Art 14 EMRK<sup>1095</sup> und Art 20 GRG.<sup>1096</sup> Hinsichtlich der EMRK stellt sich diese Frage, weil es sich dabei (auch) um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt. Während also bei der Auslegung von Art 14 EMRK als Norm des nationalen österreichischen Verfassungsrechts nichts dagegen spricht, das bundesstaatliche Grundprinzip als Basis für die Rechtfertigung bestimmter Ungleichbehandlungen heranzuziehen, stellt sich die Frage, ob auch der EGMR verpflichtet wäre, Art 14 EMRK im Lichte der österreichischen Bundesstaatlichkeit auszulegen – und insoweit zu relativieren. Ob die landesweit unterschiedliche Regelung ähnlicher Sachverhalte eine Diskriminierung iSd Art 14 EMRK darstellen kann, ist fraglich:

Nach Art 14 EMRK ist nicht jede Ungleichbehandlung bei der Ausübung eines Konventionsrechts<sup>1097</sup> konventionswidrig, sondern nur solche, die an ein „verpöntes“ Merkmal anknüpfen. Art 14 EMRK selbst nennt einige verpönte Merkmale, allerdings ist die dortige Aufzählung nur demonstrativ.<sup>1098</sup> Dass die Aufzählung der verpönten Merkmale nicht abschließend ist, führt aber nicht dazu, dass sämtliche irgendwie garteten Ungleichbehandlungen nicht mit Art 14

1094 Zu diesem gleich unten bei 5.4.4.4 (= 252).

1095 Relevant ist grundsätzlich auch das 12. ZP MRK, das ein allgemeines Diskriminierungsverbot enthält; dieses wurde aber von Österreich noch nicht ratifiziert (Stand 27.12.2021).

1096 Dazu aus unionsrechtlicher Perspektive sowie unter Berücksichtigung anderer Gleichheitsgarantien des Unionsrechts ausführlich bei 9.2 (= 393).

1097 Damit die „Ausübung“ eines Konventionsrechts durch eine staatliche Maßnahme beeinträchtigt wird, muss die staatliche Maßnahme dieses Konventionsrecht weder verletzen noch in den Schutzbereich des Rechtes eingreifen; es muss lediglich einen Zusammenhang zwischen der Maßnahme und dem fraglichen Konventionsrecht geben; dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 26 Rz 5; *Peters/König* in *Dörr/Grote/Marauhn*, Art 14 EMRK Rz 31 ff; *Sauer* in *Karpenstein/Mayer*, Art 14 EMRK Rz 16 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, Art 14 EMRK Rz 3 ff; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Art 14 EMRK Rz 5 ff; *Schweizer* in *Pabel/Schmahl*, Art 14 EMRK Rz 47 ff; EGMR 13.06.1979, *Marckx/Belgium*, 6833/74.

1098 Was sich aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ vor der Aufzählung ergibt; so auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 26 Rz 11; *Sauer* in *Karpenstein/Mayer*, Art 14 EMRK Rz 26; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, Art 14 EMRK Rz 13; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Art 14 EMRK Rz 16; *Schweizer* in *Pabel/Schmahl*, Art 14 EMRK Rz 76; vgl auch *Peters/König* in *Dörr/Grote/Marauhn*, Art 14 EMRK Rz 194 ff; aA *Sachs*, ZÖR 1984, 333 ff.

EMRK in Einklang stehen. Nach überzeugender Auffassung muss die Vornahme einer Differenzierung bei der Ausübung eines Konventionsrechts, damit sie unter Art 14 EMRK fällt, einen personalen Bezug aufweisen.<sup>1099</sup> Ein personaler Bezug liegt nach *Pöschl* dann vor, wenn die differenzierenden Merkmale solche sind, die vom Betroffenen nicht oder nicht zumutbar beeinflusst werden können und für seine Identität prägend sind.<sup>1100</sup> Als derartiges Merkmal kann zB der Wohnsitz einer Person<sup>1101</sup> oder die Lage ihres Eigentums<sup>1102</sup> qualifiziert werden.<sup>1103</sup> Insofern könnte es etwa eine von Art 14 EMRK erfasste Diskriminierung darstellen, wenn ein Land Stipendien nur an Landesbürger:innen bzw Personen mit Wohnsitz im jeweiligen Bundesland vergibt,<sup>1104</sup> es in anderen Ländern aber keine vergleichbaren Stipendien gibt.<sup>1105</sup> Ebenso könnte es problematisch sein, wenn in einem Land für Grundabtretungen eine wesentlich niedrigere Entschädigung ausgezahlt wird als für vergleichbare Grundabtretungen in einem anderen Land.

Aus Perspektive der EMRK wird in beiden genannten Fällen im Recht einer (einheitlichen) Vertragspartei an den Wohnsitz einer Person bzw an die Lage ihres Eigentums angeknüpft, mit jeweils unterschiedlichen Konsequenzen für die Ausübung eines EMRK-Rechtes.<sup>1106</sup> Anzumerken ist dabei, dass weder die Rechtslage in dem einen noch jene im anderen Land für sich genommen konventionswidrig sein muss,<sup>1107</sup> damit Art 14 EMRK anwendbar ist. Bereits die unterschiedliche – jeweils aber für sich genommen konventionskonforme – Behandlung ähnlicher Fälle kann im Lichte des Art 14 EMRK konventionswidrig sein.<sup>1108</sup>

1099 Wie sich insb aus einem Vergleich mit den explizit genannten Differenzierungsmerkmalen ergibt; vgl dazu *Pöschl*, Gleichheit 629, 647 f mwN.

1100 *Pöschl*, Gleichheit 647.

1101 EGMR 23.10.1990, Darby/Sweden, 11581/85; EGMR 23.07.1968, Case „Relating to certain aspects of the laws in the use of languages in Belgium“/Belgium, 1474/62 et al.

1102 Auch die Lage des Eigentums kann in manchen Fällen – insb, wenn es um Liegenschaften geht – in nicht zumutbarerweise beeinflusst werden.

1103 Ähnlich die Konstellation in VfSlg 19.904/2014, wo es ua um die Frage der Vereinbarkeit des Wiener Leichen- und Bestattungsgesetzes mit Art 14 EMRK ging; in diesem Gesetz wurden für Leichen von in Wien verstorbenen oder tot aufgefundenen Personen besondere „Unterbringungsvorschriften“ angeordnet.

1104 Personen, die ihren Hauptwohnsitz im jeweiligen Land haben, sind verfassungsunmittelbar auf Grund von Art 6 Abs 2 B-VG Landesbürger:innen des jeweiligen Landes; ob auch ein „einfacher“ Wohnsitz im Land die Landesbürgerschaft begründet, ist nach Art 6 Abs 2 B-VG im jeweiligen Landesrecht festzulegen.

1105 Die Anwendbarkeit von Art 14 EMRK auf einen derartigen Fall ist nicht davon abhängig, ob ein Stipendium nach der EMRK (etwa auf Grund von Art 8 EMRK oder Art 1 1.ZP EMRK) verpflichtend zu zahlen ist, sondern bereits dann gegeben, wenn der Staat freiwillig eine Leistung gewährt, die in Zusammenhang mit einem EMRK-Recht steht; so auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 26 Rz 6.

1106 In beiden Fällen wäre hier an das Eigentumsrecht aus Art 1 1.ZP EMRK zu denken.

1107 Die EMRK verlangt grundsätzlich nicht danach, dass Stipendien gewährt werden, und Art 1 1. ZP EMRK lässt den Vertragsparteien bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigung für Enteignungen einen Ermessensspielraum.

1108 Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 26 Rz 4 f.

Allerdings können unter Art 14 EMRK fallende Diskriminierungen gerechtfertigt werden;<sup>1109</sup> dabei kommt den Vertragsparteien der EMRK ein weiter Ermessensspielraum zu.<sup>1110</sup> Wie bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die unter (materiellem) Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte der EMRK verlangt der EGMR zur Rechtfertigung einer Diskriminierung die Verfolgung eines angemessenen Ziels, das durch die diskriminierende Maßnahme auch erreicht werden muss.<sup>1111</sup> Es kommt somit bei der Frage der Vereinbarkeit einer Diskriminierung mit Art 14 EMRK zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Das Spezifische an der hier diskutierten Konstellation ist, dass die Diskriminierung, die durch länderweise unterschiedliche Regelungen bewirkt werden kann, für sich genommen kein Ziel hat; die Diskriminierung wird ja durch zwei unterschiedliche Landesrechtsetzer bewirkt, die idR kein gemeinsames Ziel verfolgen. Wenn also etwa das Land Steiermark Landesbürger:innen ein Stipendium gewährt, das Land Kärnten aber nicht, dann liegt der aus den unterschiedlichen Regelungen entstehenden Unterscheidung kein gemeinsam verfolgtes rechtfertigendes öffentliches Interesse zu Grunde.<sup>1112</sup> Die Diskriminierung ist vielmehr Folge einer innerstaatlichen organisationsrechtlichen Entscheidung, nämlich jener zu Gunsten der Bundesstaatlichkeit und ihrer Realisierung in den Landesrechtsordnungen.

Die Realisierung einer bestimmten innerstaatlichen Organisationsform stellt bei den Grundrechten der EMRK, die unter explizitem materiellem Gesetzesvorbehalt stehen, keine ausreichende Rechtfertigung für einen Eingriff in die entsprechenden Grundrechte dar; die materiellen Gesetzesvorbehalte verlangen nach der Verfolgung explizit genannter materieller öffentlicher Interessen durch eingreifende Maßnahmen. Solche materiellen öffentlichen Interessen sind etwa

- 1109 *Pöschl*, Gleichheit 649 ff; *Sauer* in *Karpenstein/Mayer*, Art 14 EMRK Rz 32 ff; *Peters/König* in *Dörr/Grote/Marauhn*, Art 14 EMRK Rz 217 ff; *Schweizer* in *Pabel/Schmah*, Art 14 EMRK Rz 38 ff, 64 ff.
- 1110 Vgl *Pöschl*, Gleichheit 632 mwN; *Walter/Vordermayer* in *JBÖR* 2015, 150 ff; *Sauer* in *Karpenstein/Mayer*, Art 14 EMRK Rz 38; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Art 14 EMRK Rz 12; allgemein zum Konzept des margin of appreciation *Reid*, *Guide* Rz 3-004; zur strengeren Prüfung durch den EGMR bei bestimmten Diskriminierungsmerkmalen *Peters/König* in *Dörr/Grote/Marauhn*, Art 14 EMRK Rz 225 ff.
- 1111 Zum Beispiel EGMR 23.10.1990, *Darby/Sweden*, 11581/85; dazu *Grabenuarter/Pabel*, EMRK § 26 Rz 14 ff.
- 1112 Auch wenn ein rechtfertigendes Ziel in solchen Konstellationen durchaus denkbar wäre: Würde etwa der Bund nur den Ansässigen eines bestimmten Bundeslandes ein Stipendium gewähren, dann könnte er damit das Ziel verfolgen, den dortigen Bildungsstandort zu stärken; dass es nur in Wien eine „U-Bahn-Steuer“ gibt, lässt sich durch die Tatsache rechtfertigen, dass es in den anderen Bundesländern (bzw Gemeinden) keine U-Bahn gibt. Der EGMR erachtet regionale Unterscheidungen für zulässig bzw als denkbare rechtfertigende Interessen, soweit es tatsächliche regionale Unterschiede gibt, die sich mit der vorgenommenen Unterscheidung sachlich verknüpfen lassen, so zB, wenn in einer Region die Mehrheitsprache zur Amtssprache erklärt wird, in einer anderen hingegen eine andere (Mehrheits-)Sprache; vgl EGMR 23.07.1968, *Case „Relating to certain aspects of the laws in the use of languages in Belgium“/Belgium*, 1474/62 et al.

die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes etc.

Dass die Realisierung einer bestimmten innerstaatlichen Organisationsform bei den unter expliziten materiellen Gesetzesvorbehalten stehenden Grundrechten der EMRK nicht als rechtfertigendes Ziel herangezogen werden kann, bedeutet aber noch nicht zwingend, dass dies auch bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Diskriminierung im Lichte des Art 14 EMRK zutrifft: Denn für dieses Grundrecht findet sich gerade kein expliziter Gesetzesvorbehalt. Nun könnte man die Systematik der Gesetzesvorbehalte der EMRK ins Treffen führen, die sich aus einer Gesamtschau aller materiellen Gesetzesvorbehalte ergibt, und daraus schließen, dass die Entscheidung für eine innerstaatliche Organisationsform gerade nicht rechtfertigend wirken kann. Ebenso könnte man aber auch vertreten, dass die bei Art 14 EMRK möglichen Rechtfertigungen über das hinausgehen, was in den materiellen Gesetzesvorbehalten verankert ist; insofern könnte dann auch eine aus der bundesstaatlichen Organisationsform resultierende Diskriminierung als gerechtfertigt und daher in Einklang mit Art 14 EMRK stehend anzusehen sein.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Entscheidung für eine bestimmte innerstaatliche Organisationsform – hier: den Bundesstaat – eine Diskriminierung iSd Art 14 EMRK rechtfertigen kann, ist auch zu veranschlagen, dass der EGMR den Vertragsparteien bei der Entscheidung, ob ein unterscheidendes Merkmal eine Diskriminierung rechtfertigen kann, tendenziell einen weiten Ermessensspielraum einräumt.<sup>1113</sup> Dies würde eher dafür sprechen, auch die Bundesstaatlichkeit als Rechtfertigung zu akzeptieren. Gleichzeitig bestünde bei einer derartigen Auslegung von Art 14 EMRK erhebliches Missbrauchspotential. Eine Vertragspartei der EMRK könnte ihre Staatsorganisation so ändern, dass bestimmte sprachliche, ethnische oder religiöse Minderheiten als „Land“ zusammengefasst und dann anders behandelt werden.

Bei einem solchen Missbrauchsversuch läge aber im Ergebnis wieder eine Anknüpfung an eines der explizit genannten verpönten Differenzierungsmerkmale vor. Im Übrigen lässt sich die Behauptung der „missbräuchlichen“ Untergliederung Österreichs in Länder durch die historische Entwicklung des österreichischen Bundesstaates genauso entkräften wie durch die Tatsache, dass die Länder eben nicht anhand ethnischer (bzw. „rassischer“) oder anderer, nach Art 14

1113 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 26 Rz 16; *Peters/König* in *Dörr/Grote/Maruhn*, Art 14 EMRK Rz 228 ff; *Pöschl*, Gleichheit 632 mwN; *Sauer* in *Karpenstein/Mayer*, Art 14 EMRK Rz 38; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Art 14 EMRK Rz 12; allgemein zum Konzept des margin of appreciation *Reid*, Guide Rz 3-004.

EMRK explizit verpönter Merkmale abgegrenzt werden, sondern nach im Wesentlichen historisch bedingten territorialen Gesichtspunkten.<sup>1114</sup>

Der EGMR selbst hat sich, soweit ersichtlich, einmal (kurz) zur hier diskutierten Frage geäußert und geht dort davon aus, dass föderal bedingte Ungleichheiten nicht per se gegen Art 14 EMRK verstoßen.<sup>1115</sup> Im Lichte dessen, dass die Bundesstaatlichkeit nach Ansicht vieler auch der Stärkung von Demokratie und Freiheit dient<sup>1116</sup> und es eine grundlegende Entscheidung eines Staates ist, sich bundesstaatlich zu organisieren, spricht viel dafür, dass der EGMR den Vertragsparteien diesbezüglich auch weiterhin Ermessensspielraum zugesteht und Art 14 EMRK nicht als Schranke für bundesstaatliche Vielfalt auslegen wird. Zwingend ist dieses Ergebnis aber auf Basis der EMRK nicht; der Charakter der EMRK als völkerrechtlicher Vertrag würde eher dafür sprechen, Normen des innerstaatlichen Organisationsrechtes nicht als Rechtfertigung für eine Vertrags- bzw Konventionsverletzung gelten zu lassen.<sup>1117</sup> Bei einer derartigen Auslegung hätte Art 14 EMRK potentiell gravierende Auswirkungen auf die Bundesstaatlichkeit.<sup>1118</sup> Hinzuweisen ist auch darauf, dass sich ähnliche Fragen im Zusammenhang mit dem 12. ZP der EMRK stellen, das in Art 1 ein allgemeines Diskriminierungsverbot enthält. Allerdings wurde das 12. ZP von Österreich bisher nicht ratifiziert.

Ein ähnliches Problem gibt es auch bei der GRC. Bei dieser handelt es sich um Unionsrecht im Rang von Primärrecht. Im Gegensatz zu Art 14 EMRK normiert allerdings Art 20 GRC einen allgemeinen Gleichheitssatz, nach dem alle Personen vor dem Gesetz gleich sind. Zwar handelt es sich dabei um Unionsrecht, das nur in den Grenzen des Art 51 Abs 1 GRC und damit (auch) bei der Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten zur Anwendung kommt. Allerdings geht der VfGH bekannter Maßen seit VfSlg 19.632/2012 davon aus, dass Grundrechte der GRC, die strukturell und inhaltlich ein Äquivalent zu (nationalen österreichischen) verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten darstellen, im

1114 Im Übrigen ist eine Gliederung eines Bundesstaates nach solchen Gesichtspunkten durch die EMRK nicht ausnahmslos verboten; vgl schon oben in FN 1112 (= 248).

1115 EGMR 03.06.2008, *Siveri et Chinelli/Italy*, 13148/04: „la Cour note que la possibilité qu’une région réglemente certaines matière de manière différente par rapport à d’autres régions ou à l’administration centrale est une conséquence inévitable de l’autonomie législative reconnue aux régions. Elle ne saurait, en tant que telle, être constitutive d’une violation de l’article 14 de la Convention.“

1116 Statt vieler zB *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 308 f; *Koja*, Staatslehre 347; *Weber, K.*, Kriterien 32 ff.

1117 Siehe dazu oben bei 3.2.2 (= 67).

1118 Die wiederum ua über Art 16 B-VG schlagend werden könnten: So könnte der Bund etwa dann, wenn die unterschiedliche Rechtslage in zwei oder mehreren Ländern gegen Art 14 EMRK verstößt, mittels Art 16 Abs 4 B-VG (temporär) eine einheitliche Rechtslage herbeiführen. Allerdings ist fraglich, ob eine derartige Handhabung des Art 16 Abs 4 B-VG mit dem im bundesstaatlichen Grundprinzip geschützten Grundsatz der Ermöglichung von Vielfalt vereinbar ist, insb, wenn der Bund von dieser Möglichkeit extensiv gebraucht macht. Gegen eine vereinzelte Heranziehung von Art 16 Abs 4 B-VG kann das bundesstaatliche Grundprinzip mE aber (noch) nicht ins Treffen geführt werden.

durch Art 51 Abs 1 GRC abgesteckten Anwendungsbereich des Unionsrechts Prüfungsmaßstab in verfassungsgerichtlichen Verfahren sein können. Art 20 GRC entspricht, abgesehen von seinem persönlichen Anwendungsbereich,<sup>1119</sup> Art 7 Abs 1 1. Satz B-VG und kann daher zumindest insoweit, als sich die persönlichen Anwendungsbereiche decken – wenn es also um Unionsbürger:innen geht<sup>1120</sup> – vom VfGH als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.<sup>1121</sup> Würde der VfGH nun aber ein Gesetz am Maßstab des Art 20 GRC prüfen, so hätte er dabei die Rsp des EuGH zu beachten bzw diesen ggf im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen, wenn Unklarheiten über die Auslegung des Art 20 GRC bestehen. Der VfGH dürfte das bundesstaatliche Grundprinzip bei der Prüfung einer Ungleichbehandlung im Lichte des Art 20 GRC nur dann als Rechtfertigung heranziehen, wenn der EuGH eine derartige Auslegung des Art 20 GRC für zulässig hält.

Nach der hier vertretenen Ansicht wäre der EuGH wiederum verpflichtet, dies zu tun, da er auf Grund der Pflicht zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten iSd Art 4 Abs 2 EUV bei der Auslegung des Art 20 GRC auch diesen Aspekt des österreichischen bundesstaatlichen Grundprinzips respektieren muss, wie weiter unten im Detail erörtert wird.<sup>1122</sup> Im Ergebnis wird also der VfGH auch bei der Prüfung von Rechtsakten im Lichte des Art 20 GRC das bundesstaatliche Grundprinzip (iVm Art 4 Abs 2 EUV) als sachliche Rechtfertigung für bestimmte, bundesstaatlich indizierte Ungleichbehandlungen heranziehen können.

1119 Art 7 Abs 1 1. Satz B-VG spricht von Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern und ist unionsrechtskonform auf Grund von Art 18 AEUV auch auf Unionsbürger:innen zu erstrecken; Art 20 GRC erfasst als Grundrechtsträger:innen alle Personen.

1120 Hier wird der persönliche Anwendungsbereich des Art 7 B-VG im Lichte des Art 18 AEUV auf Unionsbürger:innen erstreckt. Allerdings ist grundsätzlich fraglich, wie dies seit VfSlg 19.632/2012 zu beurteilen ist: Maßgeblicher Grund für die Erstreckung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Staatsbürgerrechte auf Unionsbürger:innen war ja, dass ansonsten eine nach Art 18 AEUV unzulässige Diskriminierung auf Grund der Staatsbürgerschaft vorläge. Wenn sich Unionsbürger:innen nun aber vor dem VfGH auf den – inhaltlich äquivalenten – Art 20 GRC berufen könnten, dann wäre eine Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs des Art 7 B-VG nicht mehr erforderlich. Dies setzt allerdings voraus, dass der VfGH das Bestehen der Äquivalenz von Art 20 GRC und Art 7 B-VG nicht allein schon deswegen verneint, weil die beiden Normen unterschiedliche persönliche Anwendungsbereiche haben, denn andernfalls könnten sich Unionsbürger:innen vor dem VfGH ja wiederum nicht auf Art 20 GRC berufen und wären damit auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

1121 Dazu *Köchle/Pavlidis* in Holoubek/Lienbacher, Art 20 GRC Rz 53.

1122 Dazu ausführlich ab 9.2 (= 393). Würde der EuGH das bundesstaatliche Grundprinzip nicht als Rechtfertigung für bestimmte, bundesstaatlich indizierte Ungleichbehandlungen gelten lassen, so müsste man die Frage stellen, ob dann zwischen Art 20 GRC mit Art 7 Abs 1 1. Satz B-VG überhaupt noch strukturelle Äquivalenz iSd Judikatur des VfGH besteht. Dies wäre wohl zu verneinen, mit dem Ergebnis, dass der VfGH Art 20 GRC nicht als Prüfungsmaßstab heranziehen könnte – innerstaatliche Normen, zB Landesgesetze, die gegen Art 20 GRC verstießen, wären aber unionsrechtswidrig und unangewendet zu lassen.

#### 5.4.4.4 Bundesstaatliche Vielfalt und einheitliches Wirtschaftsgebiet

Im vorliegenden Zusammenhang ist außerdem auf jene Bestimmungen des österreichischen Verfassungsrechts einzugehen, die nach wirtschaftlicher Einheitlichkeit im Bundesgebiet verlangen. An erster Stelle ist dazu Art 4 B-VG zu nennen, der in seinem Abs 1 anordnet, dass das Bundesgebiet ein „einheitliches Währungs-, Wirtschafts- und Zollgebiet“ bildet. Abs 2 ordnet an, dass innerhalb des Bundesgebiets weder „Zwischenzolllinien“ noch „sonstige Verkehrsbeschränkungen“ errichtet werden dürfen. Diese Bestimmung war bereits im B-VG 1920 enthalten und wurde seither auch nicht geändert.

In enger Verbindung zu Art 4 B-VG stehen außerdem Art 7 Abs 4 und Art 8 Abs 4 F-VG: Nach Art 8 Abs 4 F-VG ist die Abgabenhöhe der Länder dadurch beschränkt, dass Abgaben, die die Einheit des Währungs-, Wirtschafts- und Zollgebietes verletzen oder in ihrer Wirkung Zwischenzolllinien oder sonstigen Verkehrsbeschränkungen gleichkommen, unzulässig sind. Art 7 Abs 4 F-VG räumt dem Bundesgesetzgeber eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz ein, um Erschwerungen des Verkehrs oder der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Ländern und Landesteilen zu verhindern.

Art 4 B-VG und die genannten Bestimmungen des F-VG können als besondere Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes verstanden werden:<sup>1123</sup> Es sind zwar auch Maßnahmen denkbar, die gegen Art 4 B-VG verstoßen, aber nicht als Gleichheitsproblem verstanden werden müssen, so etwa, wenn alle Länder gleichartige Verkehrsbeschränkungen oder „Abschottungsregelungen“ erlassen würden. IdR wird aber eine Beeinträchtigung der Einheit des Wirtschaftsgebietes dadurch bewirkt werden, dass ein Land andere oder strengere Maßnahmen erlässt als die anderen Länder.

Als besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes können die Verbote des Art 4 B-VG insofern verstanden werden, als sie im Gegensatz zum Gleichheitssatz die bundesstaatliche Organisation Österreichs explizit berücksichtigen und zum Regelungsgegenstand haben:<sup>1124</sup> Durch die genannten Bestimmungen sollen (auch) bestimmte Ausprägungen der bundesstaatlichen Vielfalt untersagt werden,<sup>1125</sup> nämlich insb solche, die die Einheit des Wirtschaftsgebiet beeinträchtigen würden. Als derartige Maßnahmen können nun va Maßnahmen mit starkem territorialem Bezug qualifiziert werden, wie etwa die Abgrenzung eines Landesgebietes durch Verkehrsbeschränkungen oder Einfuhrverbote.<sup>1126</sup> Da also in Art 4 B-VG

1123 Wenngleich sie, anders als der Gleichheitssatz, keinen vom Einzelnen durchsetzbaren Anspruch beinhalten; vgl dazu *Storr* in Kneihls/Lienbacher, Art 4 B-VG Rz 15.

1124 Auch *Azizi*, ÖJZ 1985 102 qualifiziert Art 4 B-VG als „spezielles Gleichheitsgebot“.

1125 Den Gedanken anerkennend, dass Art 4 B-VG auch jegliche regional differenzierte Regelung verbieten könnte, aber unter Verweis auf systematische Erwägungen sofort verwerfend *Azizi*, ÖJZ 1985, 100, 102.

1126 Vgl *Storr* in Kneihls/Lienbacher, Art 4 B-VG Rz 26.

explizit auf die bundesstaatliche Struktur Rücksicht genommen wird, kann hier nicht von einer durch das bundesstaatliche Grundprinzip bewirkten Rechtfertigung bundesstaatlicher (territorialer) Ungleichbehandlungen (insb durch die Landesgesetzgeber<sup>1127</sup>) ausgegangen werden. Entfällt aber diese Rechtfertigungsmöglichkeit, bedürfen (ungleiche) Regelungen, die die Einheit des Wirtschaftsgebietes betreffen, einer anderen sachlichen Rechtfertigung. In diese Richtung deutet auch die jüngere Judikatur des VfGH:

Zwar ging der VfGH in seiner älteren Rsp bei der Frage, ob Art 4 B-VG verletzt wird, noch allgemein davon aus, dass allein die Bundesstaatlichkeit bzw das Wesen des Bundesstaates das Bestehen unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen rechtfertige und eine Verletzung des Art 4 B-VG daher ausgeschlossen sei.<sup>1128</sup> In seiner neueren Judikatur prüft der VfGH aber eigens, ob eine landesrechtliche Maßnahme eine in Art 4 B-VG verpönte Maßnahme darstellt; dazu prüft er etwa, ob es durch die Maßnahme zu einer besonderen Behinderung des landesgrenzüberschreitenden Verkehrs komme<sup>1129</sup> oder eine Verkehrsbeschränkung „intendiert“ sei.<sup>1130</sup> Ist dies nicht der Fall, so sind nach dem VfGH länderspezifische unterschiedliche Regelungen zulässig.<sup>1131</sup> Liegt hingegen eine Beschränkung vor, die grundsätzlich dem Verbot des Art 4 B-VG unterliegt,<sup>1132</sup> so kann es für diese nach der Judikatur des VfGH eine sachliche Rechtfertigung geben – diese ergibt sich aber nicht allein aus der vom bundesstaatlichen Grundprinzip grundsätzlich (außerhalb des Anwendungsbereichs des Art 4 B-VG) geforderten Notwendigkeit der Ermöglichung von Vielfalt im Bundesstaat.

Es bleibt damit festzuhalten, dass unter Art 4 B-VG fallende Maßnahmen – also solche, die die Einheit des Wirtschafts-, Währungs- und Zollgebietes beeinträchtigen oder als Zwischenzolllinien bzw Verkehrsbeschränkungen zu qualifizieren sind – nicht durch das bundesstaatliche Grundprinzip und die dadurch geschützte Zulässigkeit unterschiedlicher Regelungen gerechtfertigt werden können. Soweit die Einheit des Wirtschaftsgebietes es verlangt, werden dadurch auch die Bundes- und die Landesrechtsordnungen vereinheitlicht; bundesstaatliche Vielfalt wird ausgeschlossen. Allerdings gehen der VfGH und ein Teil der

1127 Auch der Bund bzw der Bundesgesetzgeber wird durch Art 4 B-VG verpflichtet; allerdings bedürfen territorial beschränkte Maßnahmen des Bundes (partikuläres Bundesrecht) bereits auf Grund von Art 7 B-VG einer besonderen Rechtfertigung; vgl dazu *Storr* in *Kneihns/Lienbacher*, Art 4 B-VG Rz 15.

1128 VfSlg 1462/1932; VfSlg 6755/1972.

1129 VfSlg 14.644/1996.

1130 VfSlg 11.979/1989.

1131 Zum Beispiel VfSlg 14.644/1996; VfSlg 12.939/1991; VfSlg 11.979/1989.

1132 Siehe dazu etwa VfSlg 17.777/2006, wo der VfGH eine Bestimmung des OÖ L-AWG zu beurteilen hatte, die ein Verbot der Ablagerung von (nicht-gefährlichen) Abfällen, die nicht in OÖ entstanden sind, in OÖ vorsah.

Lehre<sup>1133</sup> von einem sehr engen Anwendungsbereich des Art 4 B-VG aus, was dem Ausnahmecharakter der Bestimmung entspricht.

Fraglich ist noch, ob Art 4 B-VG selbst als Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips zu qualifizieren ist. Dafür könnte sprechen, dass Art 4 B-VG für einen wichtigen Bereich eine Ausnahme von dem Grundsatz normiert, dass bundesstaatliche Vielfalt zulässig sein soll. Nachdem dieser Grundsatz, wie oben ausgeführt, selbst Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips ist, wäre es sinnvoll, auch die Ausnahme vom Grundsatz als Teil des bundesstaatlichen Grundprinzips zu qualifizieren. Auch inhaltlich lässt es sich gut begründen, dass die Aufgabe der Einheit des Wirtschaftsgebiets, wie sie durch Art 4 B-VG geschützt wird, zu einer wesentlichen Veränderung des österreichischen Bundesstaates führen und daher eine nach Art 44 Abs 3 B-VG volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung darstellen würde.<sup>1134</sup>

Fraglich ist aber, ob alle Details des Art 4 B-VG vom bundesstaatlichen Grundprinzip geschützt und daher nur erschwert abänderbar sind. Das könnte man etwa für die Gebote der Einheit des Zoll- und Währungsgebiets (inzwischen) mit Blick auf den gesamtändernden EU-Beitritt verneinen: Zwar wurde durch den EU-Beitritt der Grundsatz der Einheit des österreichischen Zoll- und Währungsgebietes nicht aufgegeben. Allerdings hat die Einheit des österreichischen Zoll- und Währungsgebietes durch die Eingliederung in die Zoll- und Währungsunion an Bedeutung verloren, da der EU in beiden dieser Bereiche ausschließliche Zuständigkeiten zukommt.<sup>1135</sup> Die Abschaffung von Art 4 B-VG in diesem Bereich würde daher in der Sache nicht zu einer Änderung führen – die Einheit des österreichischen Zoll- und Währungsgebietes wäre dennoch gewährleistet. Geht man davon aus, dass der durch Art 4 B-VG bewirkte Schutz der Einheit des Zoll- und Währungsgebietes vor dem EU-Beitritt zum Inhalt des bundesstaatlichen Grundprinzips gehört hat, so wurde dieser Inhalt durch den gesamtändernden Beitritt zur EU überlagert. Art 4 B-VG könnte daher – solange Österreich Mitglied der EU und insb auch der Währungsunion ist – hinsichtlich der Einheit der Zoll- und Währungsunion rechtmäßigerweise ohne Gesamtänderungsverfahren aufgehoben werden.<sup>1136</sup> Dies spricht dagegen, Art 4 B-VG als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren.

1133 *Storr* in Kneihls/Lienbacher, Art 4 B-VG Rz 16 ff mwN, 26.

1134 Auch *Storr* geht davon aus, dass Art 4 B-VG für den Verfassungsgesetzgeber „grundlegende Bedeutung“ hatte; *Storr* in Kneihls/Lienbacher, Art 4 B-VG Rz 5; allerdings erschließt sich dies ihm zufolge weniger aus der inhaltlichen Bedeutung der Bestimmung als aus ihrer prominenten Stellung am Anfang des B-VG.

1135 Vgl dazu *Storr* in Kneihls/Lienbacher, Art 4 B-VG Rz 27 ff.

1136 Infolge eines EU-Austritts oder der Auflösung der EU wäre aber die Einheit des österreichischen Zoll- und Währungsgebietes verfassungsrechtlich sicherzustellen.

#### 5.4.4.5 Ergebnis

Aus den vorangehenden Überlegungen lässt sich festhalten, dass sich die durch den Bundesstaat und die bundesstaatliche Kompetenzverteilung bedingte Regelungsvielfalt gegenüber verfassungsrechtlichen Gleichheitsgarantien idR durchzusetzen vermag. Dies resultiert nach Ansicht des VfGH aus dem bundesstaatlichen Grundprinzip. Dies spricht dafür, die durch die Bundesstaatlichkeit bewirkte Relativierung von Gleichheitsanforderungen als grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren.

### 5.5 Zusammenfassung: Die bundesstaatliche Identität Österreichs

Im vorangehenden Kapitel wurden Aspekte der bundesstaatlichen Identität Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV identifiziert. Um die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen des österreichischen Bundesstaates zu ermitteln, wurde dazu auf die Rsp des VfGH und das durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützte bundesstaatliche Grundprinzip sowie auf Charakterisierungen des österreichischen Bundesstaates in der vergleichenden Föderalismusforschung Bezug genommen. Auf diese Art wurden folgende Aspekte der bundesstaatlichen Identität identifiziert:

Der derzeitige Bestand der Länder kann als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur iSd Art 4 Abs 2 EUV verstanden werden: Selbst wenn man – anders als hier – nicht davon ausgeht, dass der Bestand der Länder dem Schutz des bundesstaatlichen Grundprinzips unterliegt, so gibt das in Art 2 Abs 3 B-VG geregelte besondere Verfahren einen sehr starken Hinweis darauf, dass der Bestand der Länder innerhalb der österreichischen Verfassungsrechtsordnung einen besonderen Stellenwert hat.

Weiters wurden der Bundesrat und die mittelbare Bundesverwaltung als grundlegende verfassungsmäßige Strukturen iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert.

Aus den vorangehenden Überlegungen lässt sich festhalten, dass sich die durch den Bundesstaat und die bundesstaatliche Kompetenzverteilung bedingte Regelungsvielfalt gegenüber verfassungsrechtlichen Gleichheitsgarantien idR durchzusetzen vermag. Dies resultiert nach Ansicht des VfGH aus dem bundesstaatlichen Grundprinzip. Dies spricht dafür, die durch die Bundesstaatlichkeit bewirkte Relativierung von Gleichheitsanforderungen als grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV zu qualifizieren.

Weiters wurde diskutiert, inwiefern das bundesstaatliche Grundprinzip die Autonomie von Bund und insb Ländern schützt. Das wesentliche Ergebnis dieser Überlegungen ist, dass selbst dann, wenn man die diesbezüglichen Aspekte des bundesstaatlichen Grundprinzips als Bestandteil des Art 4 Abs 2 EUV qua-

lifiziert, der Schutz der Autonomie bzw der autonomen Kompetenzen gerade nicht im Verhältnis zur EU greift. Die weitreichende Befugnis des Bundes, die Kompetenzen der Länder durch Übertragung von Befugnissen an die EU zu determinieren, verhindert grundsätzlich, dass die Autonomie der Länder gegenüber der EU geltend gemacht werden kann.

Schließlich wurde auch festgehalten, dass die durch die Kompetenzverteilung bewirkte Beschränktheit der Kompetenzen der einzelnen föderalen Hoheitsträger auf innerstaatlicher Ebene nicht als Rechtfertigung für die Nichteinhaltung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen – etwa der Grundrechte – dienen kann. Insofern kann die Beschränktheit der Kompetenzen auch nicht als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur herangezogen werden, um auf unio-naler Ebene die Nichterfüllung von EU-Recht zu rechtfertigen.