

ABHANDLUNGEN

Die Verfassungsentwicklung in Österreich seit 1974

Bundesstaat, Rechtsstaat und Demokratie als Thema
verfassungsrechtlicher Reformen

*Theo Öhlinger *)*

1. Verfassungsreform im österreichischen Verfassungssystem

1.1. Die Bedeutung der Verfassungsänderungen 1974–1977

Das österreichische Bundesverfassungsrecht ist in der Mitte dieses Jahrzehnts auf verschiedenen Ebenen besonders stark in Bewegung geraten. Die Diskussion um eine Verfassungsreform, seit langem schwelend und inspiriert vor allem von den Reformbestrebungen in der Schweiz¹⁾,

*) Dr., o. Professor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

Abkürzungen: AÖR = Archiv des öffentlichen Rechts; AVG = Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1950 in der geltenden Fassung; BG = Bundesgesetz; BGBl. = Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich; BKA = Bundeskanzleramt; BlgNR = Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates; B-VG = Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929; FS = Festschrift; GP = Gesetzgebungsperiode; JBl. = Juristische Blätter; LGBl. = Landesgesetzblatt; ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung; ÖVA = Österreichisches Verwaltungsarchiv; ÖZöR = Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht; ÖZPW = Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft; ÖZW = Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; RdA = Das Recht der Arbeit (österreichische Zeitschrift); RV = Regierungsvorlage; Sten.Prot. = Stenografische Protokolle; ÜG 1920 = Verfassungsgesetz vom 1. 10. 1920 betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung (in der geltenden Fassung); VfGG = Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 in der geltenden Fassung; VfGH = Verfassungsgerichtshof; VfSlg. = Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes; VwGH = Verwaltungsgerichtshof; ZAS = Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; ZfV = Zeitschrift für Verwaltung.

¹⁾ Siehe dazu Adamovich, Zur Lage des österreichischen Bundesverfassungsrechts, JBL 1975, S. 629 ff.; Fessler, Management des Staates, ÖZPW 1975, S. 463 ff.

ist vor den Nationalratswahlen 1975 geradezu zu einem Schlagwort der politischen Auseinandersetzung geworden. Die Verfassungsjudikatur ist mit einigen brisanten Entscheidungen²⁾ stärker in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt. Und schließlich wurde der Verfassungstext selbst in ungewöhnlichem Ausmaß verändert. Letzteres ist das Thema dieses Berichtes.

Bereits die erste der hier zu besprechenden Novellen, die Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974, wurde als eine der tiefgreifenden Reformen des B-VG seit seinem Bestehen bezeichnet³⁾. Eine der vier (!) B-VG-Novellen des Jahres 1974 – ein Rekord selbst im novellierungsfreudigen österreichischen Verfassungssystem⁴⁾ – wurde als »geradezu revolutionärer Schritt« befunden⁵⁾. Es wurden in einigen dieser Novellen »Ansätze für einen Systemwandel« aufgespürt, die »zwar nicht Gesamtänderung im juristischen Sinne (Art. 44 Abs. 2 B-VG), wohl aber wesentliche Veränderungen im inneren Gefüge der Bundesverfassung und ihrer Rundumlandschaft« bedeuten⁶⁾. »Rundumlandschaft« meint hier die für das österreichische Verfassungsrecht charakteristischen Bundesverfassungsgesetze sowie Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen und Staatsverträgen, die das »Stammgesetz«⁷⁾ teils ergänzen, teils durchbrechen und jedenfalls quantitativ bereits weit übertreffen⁸⁾. Auch in diesem, formal dem B-VG völlig gleichwertigen Verfassungsrechtsstoff gibt es im Berichtszeitraum einige bemerkenswerte Neuerungen.

2) Vor allem um die Rundfunkreform und die Fristenlösung. Die »Brisanz« war eine parteipolitische; die Entscheidungen des Gerichtshofes selbst entsprachen durchaus seinem herkömmlichen *judicial self-restraint*; siehe dazu Rosenzweig, Drei Verfassungsgerichte zur Fristenlösung, in: FS Broda (1976), S. 231 ff.

3) R. Novak, Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974 und Verwaltungsorganisation, ÖJZ 1975, S. 281.

4) Nach Ermacora, Verfassungsänderungen 1975, JBl. 1976, S. 79 ff. (86), ist das B-VG seit 1930 dreißigmal novelliert worden, also im Durchschnitt (unter Ausklammerung der Periode zwischen 1933 und 1945) einmal jährlich.

5) Funk, Die Entwicklung des Bundesverfassungsrechtes (1976), S. 17; ähnlich Ermacora, Bundesverfassungsgesetznovelle 1974, JBl. 1975, S. 22 ff.

6) Funk, Tagungsbericht, ZfV 1976, S. 70 ff. (72).

7) BGBl. 1/1930; der Titel »Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929« ist irreführend, da der Text längst nicht mehr diese »Fassung« aufweist.

8) Allein für die Jahre 1970 bis 1974 zählt Ermacora, Die Entwicklung österreichischen Staatsrechtes seit 1966, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF Bd. 24, S. 135 ff., hier Anm. 7, fast 80 derartige bundesverfassungsrechtliche Regelungen auf.

Ein distanzierterer Blick läßt freilich auch eine nüchternere Bewertung zu. Der überwiegende Teil der Novellen enthält »Korrekturen« fest verankerter Institutionen und stellt diese selbst in keiner Weise in Frage. Wo Schritte in Neuland gewagt werden, handelt es sich um äußerst vorsichtige Fortschreibungen bestehender und bewährter Einrichtungen. Die inzwischen bereits bekannt gewordene Praxis tendiert dazu, Reformansätze eher wieder zurückzunehmen als dynamisch bis an die zulässigen Grenzen der Auslegung weiter zu treiben⁹⁾.

1.2. Die Bedingungen einer Verfassungsreform

Die Beschreibung dieser Verfassungsentwicklung kann daher als eine Fallstudie über die Möglichkeiten und Grenzen von Verfassungsreformen verstanden werden. Wie weit die hier gewonnenen Erfahrungen zu verallgemeinern sind, muß freilich dahingestellt bleiben. Sicher kommen spezifische Faktoren des österreichischen Verfassungssystems als beschränkende Bedingungen echter Innovationen im Verfassungsrecht¹⁰⁾ zum Tragen. Es sind dies:

a) der Rahmen eines politischen Systems mit einem »hinkenden« Zweiparteiensystem, konstituiert durch »Lager«, d. h. äußerst straff organisierte und sich auf fast alle Lebensbereiche erstreckende politische Parteien¹¹⁾; hier hat das Verfassungsrecht wegen seiner nur mit Zustimmung beider Großparteien möglichen Abänderbarkeit die Aufgabe, den grundlegenden Konsens sowie die täglichen Kompromisse zwischen den Parteien zu sichern; sowie

b) eine sich selbst als »positivistisch« verstehende Verfassungslehre¹²⁾ und eine davon geprägte Verfassungsjudikatur, die die Interpretation des Verfassungsrechts an eine restriktive und stark historisierende Wortinterpretation binden¹³⁾ und die Anpassung der Verfassung an gesellschaftliche Veränderungen ausschließlich auf den formellen Verfassungsgesetzgeber

⁹⁾ Siehe etwa das Beispiel unten 2.3.

¹⁰⁾ Siehe dazu *Ger mann*, Politische Innovation und Verfassungsreform (1975).

¹¹⁾ Siehe dazu *Pelinka*, Struktur und Funktion der politischen Parteien, in: *Fischer* (Hrsg.), Das politische System Österreichs (1974), S. 31 ff.

¹²⁾ Repräsentativ *R. Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972).

¹³⁾ Paradigmatisch die »Versteinierungstheorie« des VfGH. Danach sind die Begriffe der Bundesverfassung »so auszulegen . . ., wie sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verfassung(-snorm) verstanden wurden« (z. B. VfSlg. 1327/1930, 3227/1957).

abschieben. Die österreichische Verfassung ist damit »geradezu das Musterbeispiel einer sog. ›starrten Verfassung«¹⁴⁾.

Beide Faktoren tendieren zu einer ständig wachsenden Überladung des Verfassungstextes mit Details und einer damit Hand in Hand gehenden Zersplitterung des Verfassungsrechts. Die Verfassungsform, die, wie erwähnt, Verfassungsrecht außerhalb des B-VG in formal gleichwertigen Bundesverfassungsgesetzen, einzelnen »Verfassungsbestimmungen« in einfachen Bundesgesetzen sowie in Form von Staatsverträgen oder einzelnen Bestimmungen solcher Verträge beliebig zuläßt, setzt dem keine Grenze. Die Verfassungslehre kritisiert zwar häufig diese Zersplitterung¹⁵⁾, unreflektiert bleiben aber meist die Bedingungen der Verfassungsrechtsetzung, einschließlich jener, die die Verfassungslehre selbst setzt.

1.3 Der spezifische Beitrag der Verfassungsrechtslehre

Für die durchwegs positivistisch orientierte »herrschende« Verfassungslehre in Österreich ist die Verfassung identisch mit dem positiven Verfassungsrecht, das in der Summe der mit qualifizierter Mehrheit¹⁶⁾ beschlossenen und als solche ausdrücklich gekennzeichneten Bestimmungen der Gesamtrechtsordnung gesehen wird¹⁷⁾. Die Verfassungslehre versteht sich daher nahezu ausschließlich als Verfassungs-Rechtswissenschaft, und sie nimmt dabei durchaus einen der »traditionellen« Jurisprudenz verpflichteten Standort ein. Ihr eigentliches Thema ist die Auslegung und Anwendung der einzelnen Verfassungsrechtsvorschriften, die als »vorgegebener, der Erfahrung zugänglicher Gegenstand«¹⁸⁾ selbst nicht weiter hinterfragt werden. Damit wird die grundlegende Dichotomie des Rechts: Rechtsetzung und Rechtsvollziehung, zum erkenntnisleitenden Modell auch der Verfassungslehre; das Verständnis der Verfassung wird gepreßt in und reduziert auf das Schema: Gesetzgebung und eine durch diese (wie noch zu zeigen sein wird) *idealiter*

¹⁴⁾ Pernthaler, Die Grundrechtsreform in Österreich, AöR 1969, S. 31 ff. (61).

¹⁵⁾ So etwa Adamovich, a. a. O. (Anm. 1), S. 631 (»kaum mehr erträgliches Maß an Zersplitterung«); Klecatsky, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, (2. Aufl.), S. V (»ruinöser Charakter«); Ermacora, a. a. O. (Anm. 8), S. 153 f.

¹⁶⁾ Art. 44 Abs. 1 B-VG.

¹⁷⁾ Zum Selbstverständnis des VfGH jüngst wieder prägnant Melichar, Das Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes über die sogenannte »Fristenlösung«, in: Convivium utriusque iuris, FS Dordett (1976), S. 91 ff. (92).

¹⁸⁾ Winkler, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969), S. 8.

lückenlos und präzise determinierte Vollziehung. Maßgebenden Anteil an der Dominanz dieses Erkenntnismodells dürfte die Tradition der Verfassungsgerichtsbarkeit haben. Der VfGH konnte nach 1945 unmittelbar an eine zum gleichen Verfassungstext bereits ergangene Judikatur aus der Zwischenkriegszeit anknüpfen und übernahm damit auch das dieser Judikatur immanente Wissenschaftsverständnis.

Diese theoretische Position und ihre Konsequenzen kommen deutlich im bisher erschienenen Schrifttum zu den Verfassungsnovellen von 1974 und 1975 zum Ausdruck. Dabei fällt zunächst einmal auf, daß dieses Verfassungsverständnis durchaus auch eine kritische Haltung gegenüber dem vorgegebenen Verfassungstext ermöglicht, allerdings nur unter einem einzigen Aspekt, nämlich dem der Eignung dieses Textes für eine möglichst problemlose Vollziehung. Unter diesem Aspekt muß die Verfassungsgesetzgebung der Jahre 1974 und 1975 geradezu einen Schwall von Beschimpfungen über sich ergehen lassen¹⁹⁾, der sich an der »schlechten Gesetzestechnik«²⁰⁾ dieser Novellen entzündet.

Nun ist die damit verbundene Forderung nach möglichst klaren und präzisen Gesetzen nicht nur populär, sondern auch richtig. Nur dürfen dabei nicht die Bedingungen außer Acht bleiben, unter denen Gesetze heute gemacht werden. Dazu gehören außer den »politischen« Bedingungen einer parlamentarischen Demokratie²¹⁾ auch theoretische Bedingungen, die durch die Verfassungslehre selbst gesetzt werden. Viele Bestimmungen der Verfassungsnovellen 1974/75 enthalten teils Regelungen, die eine bereits bestehende, aber im Verfassungstext nicht hinreichend eindeutig zum Ausdruck kommende Judikatur legalisieren und in diesem Sinn von der Lehre angeregt wurden²²⁾, teils Regelungen, die zwar als rechtspolitisch wünschenswert entweder vom VfGH selbst²³⁾ oder im

¹⁹⁾ Siehe etwa Mayer, in: Mayer/Rill/Funk/Walter, Neuerungen im Verfassungsrecht (1976), S. 10: »gesetzestechnische Fehlleistungen des Verfassungsgesetzgebers, die . . . die mit Recht oft beklagte Zersplitterung des Verfassungsrechts auf ein kaum mehr erträgliches Maß steigert . . .«; » . . . fast provokante Unbekümmertheit des Verfassungsgesetzgebers«; R. Walter, *ibid.*, S. 99: »gesetzestechnische(s) Versagen«.

²⁰⁾ Mayer, a. a. O. (Anm. 19), S. 17.

²¹⁾ Insofern problematisch die in die Diskussion um die Verfassungsänderungen der jüngsten Zeit eingebrachten Vorschläge eines verstärkten Einbaues juristischer Experten in die parlamentarische Gesetzgebung bei Bydlinski, a. a. O. (Anm. 19), S. 110. Sie beruht auf einer unvollziehbaren Trennung von politischer Entscheidung und legistisch-technischer Form.

²²⁾ Siehe das Beispiel bei Mayer, a. a. O. (Anm. 19), S. 14 f.

²³⁾ Das gilt vor allem für die Regelung der Novelle 1975 über Erweiterung der Zuständigkeit des VfGH.

Schrifttum verlangt, auf dem Boden des Wortlauts des geltenden Verfassungstextes aber nicht für realisierbar erachtet wurden. Das entspricht der in dem erkenntnisleitenden Modell tendenziell angelegten Forderung, die Verfassungsanwendung, vor allem auch die Verfassungsgerichtsbarkeit, möglichst lückenlos und präzise zu determinieren, diese zur bloßen »Vollziehung« zu degradieren. Hier hat auch die schon erwähnte »versteinerte« Sicht der Verfassung aus der Perspektive der Verfassungsgerichtsbarkeit einen ihrer theoretischen Ursprünge; sie wälzt jede Anpassung der Verfassung an geänderte Sachverhalte in die Verantwortung des formellen Verfassungsgesetzgebers ab. Die Verfassungsgesetzgebung wird so laufend in Trab gehalten, um den Verfassungstext stets *à jour* zu halten. Das führt – zumindest außerhalb der Neukonstruktion einer Verfassung auf dem Reißbrett des Theoretikers – zwangsläufig zu Kasuistik und Zersplitterung, die ebenso zwangsläufig eine Quelle neuer Interpretationsprobleme und Anpassungsschwierigkeiten bilden. Das mag im Einzelfall verbesserungsfähig sein, ist aber im Prinzip unvermeidbar.

Eine derartige Verfassungspraxis setzt einer Verfassungsreform von vornherein engste Schranken. Innovationen, deren Konsequenzen nicht bereits bis ins letzte durchdacht und im Verfassungstext verankerbar, sondern »zugunsten einer sich entwickelnden Judikatur« offen sind²⁴⁾, bilden in diesem Verfassungssystem einen störenden Fremdkörper. Sie werden in Lehre und Judikatur nicht als Denkanstöße aufgegriffen und dynamisch fortentwickelt, sondern möglichst bruchlos in das bestehende System eingebunden. Die Novellen 1974 bis 1977 liefern dafür einige signifikante Beispiele²⁵⁾.

²⁴⁾ »Daß eine klare verfassungsrechtliche Regelung zugunsten einer sich entwickelnden Judikatur aufgegeben werde, die sich an einem gewissen Leitbild des Rechtsschutzes zu orientieren habe«, ist für Walter, a. a. O. (Anm. 19), S. 107, der entscheidende Einwand gegen die Erweiterung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes durch die Novelle BGBl. 302/1975 – als wäre »eine sich entwickelnde Judikatur« nicht ein unverzichtbares Element einer weniger an formalen Definitionen als am praktischen Rechtsschutz orientierten Rechtsanwendung. Ähnlich auch Mayer, a. a. O. (Anm. 19), S. 14, zu der Neuformulierung des Art. 11 Abs. 2 B-VG, durch die »dem Verfassungsgerichtshof . . . ein außerordentlich weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt (wird), was aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen ist«. Vgl. dagegen die bemerkenswerten Ansätze einer »material-rechtsschutzorientierten Interpretation« und die Kritik am »ausschließlich oder überwiegend rechtsformalstrukturellen Denkmuster« der herrschenden »positivistischen« Lehre durch Funk, a. a. O. (Anm. 19), S. 49 ff.

²⁵⁾ Die Problematik des hier skizzierten Verfassungsverständnisses reicht natürlich viel weiter. Sie wirkt sich insbesondere zerstörend auf jedes »Verfassungsbewußtsein« aus, dessen Mangel speziell im Bereich der Grundrechte ausländischen Beobachtern

Diese an den Verfassungsänderungen von 1974 bis 1977 gewonnene Erfahrung zeigt, daß sich tiefgreifende Verfassungsreformen, die auf eine Konkretisierung angewiesen sind²⁶⁾, nicht auf eine isolierte Änderung des Verfassungstextes beschränken dürften, sondern schon in der Reformphase die wichtigsten Faktoren der Verfassungspraxis (Doktrin, Judikatur, Verwaltung) einbeziehen müßten. Das ist auch bei der jüngsten Verfassungsänderung, der Einführung eines Ombudsmann, nicht geschehen; doch wurde diese Änderung von vornherein auf Zeit und auf Bewährung beschlossen — ein neuer Weg der Verfassungsreform, der, wenn er intensiv durch begleitende Forschung genützt würde, neue Methoden der Verfassungsreform aufzeigen könnte.

2. Die Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974²⁷⁾

Am 10. Juli 1974 beschloß der Nationalrat die umfangreichste der hier zu besprechenden Novellen zum Bundes-Verfassungsgesetz. Sie trat am 1. Jänner 1975 in Kraft. Ihre Entstehung reicht aber bis in das Jahr 1963 zurück²⁸⁾. Damals wurden die Länder und Gemeinden gebeten, auf einen Teil der ihnen aus dem Finanzausgleich zustehenden steuerlichen Einnahmen zur Sanierung eines in eine Krise geratenen Bundeshaushaltes zu verzichten. Sie erklärten sich zu diesem »Notopfer« bereit, knüpften daran aber die Bedingung, daß über einen von den Landeshauptleuten und Landesfinanzreferenten am 22. März 1963 einhellig beschlossenen Forderungskatalog Verhandlungen aufgenommen und diese bis zum Ende des laufenden Finanzausgleichs, d. h. bis zum 1. Jänner 1964, abgeschlossen

auffällt (so etwa Steiner, *Politics in Austria* [1972]). Gerade eine Grundrechtsreform, vor über einem Jahrzehnt in Angriff genommen, findet an der skizzierten Verfassungspraxis eine fast unüberwindliche Schranke. Vgl. dazu Pernthaler, a. a. O. (Anm. 14), S. 60 ff. Jede tiefere Auseinandersetzung mit dieser Problematik führt allerdings in das Spannungsfeld zwischen Richter und demokratischem Gesetzgeber hinein. Die positivistische Bindung an den Verfassungstext kann als *judicial self-restraint* der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Parlament aufgefaßt werden.

²⁶⁾ Selbstverständlich sind Verfassungsänderungen von großem politischen Gewicht denkbar, auf die dies nicht zuträfe: z. B. Beseitigung des Bundesrates und Einführung des Einkammersystems.

²⁷⁾ BGBl. 444/1974.

²⁸⁾ Siehe dazu Bérchtold, *Tendenzen und Aspekte einer Reform des Bundesstaates*, in: *Die Evolution des öffentlichen Rechts*, in: FS Ermacora (1974), S. 21 ff.; Altenstetter, *Der Föderalismus in Österreich* (1969), S. 93 ff.

werden müßten. Tatsächlich bildete das Forderungsprogramm der Bundesländer, mehrmals modifiziert, »konkretisiert« und erneuert, über ein Jahrzehnt hindurch einen Fixpunkt in den Beziehungen zwischen Bund und Ländern. Eine erste RV, die die verfassungsrechtlichen Punkte dieses Forderungsprogramms betraf, gab es zwar schon 1968²⁹⁾, sie blieb aber in den Ausschüssen des Nationalrats »hängen«.

Die Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974 versteht sich selbst als Teilverwirklichung des am 20. Oktober 1970 aus Anlaß des Antretens der Regierung Kreisky neu überreichten Forderungsprogramms³⁰⁾. Ausgeklammert blieben vor allem die finanziellen Forderungen, aber auch eine Reihe institutioneller Wünsche. Die Novelle erweist sich dennoch schon vom Umfang her als eindrucksvoll. In 39 Ziffern wird das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 abgeändert und durch 12 zusätzliche Artikel ergänzt. Ihre Beschlußfassung gab denn auch Anlaß zu überwiegend positiven, manchmal sogar euphorischen Kommentaren³¹⁾. Zweifellos bildet sie in ihrer Gesamttendenz — Stärkung des föderalistischen Elements der Bundesverfassung — einen bemerkenswerten Kontrapunkt zu dem steten Abbröckeln der Länderrechte in zahlreichen Verfassungsakten schon der zwanziger Jahre und vor allem seit 1945³²⁾. Die eigentlichen Schwachstellen des österreichischen Föderalismus wurden aber durch diese Novelle nicht berührt. Das gilt vor allem für die äußerst zentralistisch gestaltete Finanzverfassung, nach der die Kompetenz-Kompetenz zur Gänze bei der einfachen Bundesgesetzgebung liegt und von dieser auch nahezu erschöpfend in Anspruch genommen wurde. (Die Länder verfügen nur über ein sehr kümmerliches Steuerfindungsrecht und sind hauptsächlich auf Zuweisungen des Bundes angewiesen. Damit ist aber jeder eigenständigen Landespolitik ein äußerst enger Spielraum gesetzt). Das gilt ferner für die zweite Kammer der Bundesgesetzgebung, den Bundesrat, der in seiner von der Verfassung zugeordneten Funktion einer Vertretung der Länderinteressen in der Bundesgesetzgebung völlig versagt hat. Das liegt weniger an seinen zugegebenermaßen bescheidenen Kompetenzen — mit wenigen, seine eigene Stellung betreffenden Ausnahmen nur suspensives Veto gegenüber Gesetzesbeschlüssen des National-

²⁹⁾ 818 BlgNR XI. GP.

³⁰⁾ Forderungsprogramm der Bundesländer (hrsg. von der Verbindungsstelle der Bundesländer) (1970).

³¹⁾ Siehe oben Anm. 3.

³²⁾ Ein Prozeß, der bereits als »schleichende Gesamtänderung« der Bundesverfassung interpretiert wurde. Siehe Ermacora, Der Verfassungsgerichtshof (1956), S. 148.

rates, dazu das Recht der Gesetzesinitiative und einzelne Kontrollrechte gegenüber der Bundesexekutive —, sondern an seiner Zusammensetzung. Zwar werden die Mitglieder von den Landtagen entsandt; die parteipolitische Uniformität des Bundesparlamentes (Nationalrates) und der Landesparlamente (die die Dominanz der politischen Parteien in der spezifischen Gestalt eines »hinkenden« Zwei-Parteiensystems innerhalb des politischen Systems Österreichs überhaupt ausdrückt³³) erstreckt sich aber zwangsläufig auch auf den Bundesrat und transformiert diesen zu einem Sprachrohr der politischen Parteien. Es wird im Bundesrat ausschließlich nach Parteifraktionen abgestimmt, und zwar, der hohen Parteidisziplin in Österreich gemäß, seit Jahren ausnahmslos geschlossen und vor allem in Konformität mit den Schwesterfraktionen des Nationalrats. Eine Reform, die den Bundesrat der Kontrolle der politischen Parteien zugunsten des Einflusses der Länder entzieht, ohne die Balance zwischen den Parteien zu beeinflussen und damit eine Chance zu finden, von diesen im Nationalrat akzeptiert zu werden, dürfte aber der Quadratur des Kreises gleichkommen. Eine Vertretung der Länderinteressen gegenüber dem Bund muß daher von diesen unmittelbar wahrgenommen werden. (Die Novelle liefert hier einen interessanten Ansatz³⁴). Schließlich blieben auch auf dem Gebiet der Kompetenzverteilung die echten Schwachstellen ausgeklammert, obgleich kompetenzrechtliche Regelungen einen Schwerpunkt der Novelle bilden, auf den noch zurückzukommen ist³⁵).

Neben den Kompetenzänderungen bringt die Novelle Neuerungen der mittelbaren Bundesverwaltung, d. h. der Besorgung der (äußerst zahlreichen³⁶) Verwaltungskompetenzen des Bundes durch den Landeshauptmann und (prinzipiell, aber nicht ausschließlich — siehe dazu später³⁷) den ihm unterstellten Landesbehörden³⁸). Auch diese Neuerungen erweisen sich in der Praxis weniger radikal als ursprünglich vermutet, doch setzen sie politologisch gesehen insofern richtig³⁹ an, als sie das im politischen System wirksamste Element der österreichischen Bundesstaatlichkeit, die Position der Landeshauptleute, betreffen.

³³) Siehe Pelinka, a.a.O. (Anm. 11).

³⁴) Siehe unten 2.2.; zur Bundesratsproblematik nunmehr informativ: 30 Jahre Bundesrat, hrsg. von der Parlamentsdirektion-Bundesratsdienst (1975).

³⁵) Siehe unten 2.1.

³⁶) Siehe Art. 10 B-VG.

³⁷) Unten 2.2.

³⁸) Art. 102 B-VG.

³⁹) Gemessen an der Zielsetzung der Novelle: Stärkung des Föderalismus.

Schließlich enthält die Novelle eine Neuerung, die in der Tat »revolutionär«⁴⁰⁾ wirken könnte. Es ist dies die Einführung des Typus eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen dem Bund und den Ländern, der dem österreichischen Bundesverfassungsrecht bislang fremd war.

Damit sind auch bereits die Schwerpunkte der Novelle genannt, nach denen die folgende Darstellung (2.1. bis 2.3.) gegliedert ist. Hier sei noch erwähnt, daß das Forderungsprogramm der Bundesländer, das inzwischen zu einem wesentlichen Element der Bund-Länder-Beziehungen in Österreich geworden zu sein scheint, durch ein neues Programm ersetzt wurde⁴¹⁾. Dieses knüpft bewußt an den durch die Novelle erreichten Stand an, läßt daher auch etliche, als unrealisierbar oder unwichtig erwiesene Forderungen der früheren Programme fallen oder modifiziert sie und sucht vor allem eine in der Novelle angeklungene Tendenz festzuhalten und fortzuschreiben: die im Bewußtsein der Öffentlichkeit, aber auch eines einflußreichen Teils der Staatsrechtslehre⁴²⁾ fast vergessene *S t a a t l i c h k e i t* der Länder zurückzugewinnen. Damit mag in der Tat ein Prozeß in Gang gekommen sein, der es rechtfertigt, die Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1974 als *p a r t i e l l e s E l e m e n t* einer »tiefgreifenden Reform«⁴³⁾ zu deuten⁴⁴⁾.

2.1. Änderungen der Kompetenzverteilung

Die Mehrzahl der einzelnen Bestimmungen der Novelle bezieht sich auf die bundesverfassungsgesetzliche Verteilung der Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, und zwar durchwegs im Sinne einer Erweiterung oder Absicherung von Länderzuständigkeiten. Sie haben freilich überwiegend nur den Charakter von *K o r r e k t u r e n*. Die Novelle berührt nicht das System der Kompetenzverteilung im Grundsätzlichen, für das zwei Merkmale charakteristisch sind: eine extreme Zentrierung beim Bund, die vor allem der Gesetzgebungskompetenz der Länder kaum geschlossene größere Sachgebiete, sondern nur Kompetenzp l i t t e r überläßt, sowie — damit zusammen-

⁴⁰⁾ Siehe oben bei Anm. 5.

⁴¹⁾ Forderungsprogramm der Bundesländer 1976 (hrsg. von der Verbindungsstelle der Bundesländer) (1976).

⁴²⁾ Siehe dazu Öhlinger, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität (1976).

⁴³⁾ Siehe Novak, a.a.O. (Anm. 3).

⁴⁴⁾ Siehe Ermacora, a.a.O. (Anm. 8), S. 150, der die Novelle »möglicherweise als Beginn eines Umdenkens« deutet, durch die »eine weitere Verbesserung der bundesstaatlichen Struktur« eintreten könnte.

hängend — eine ungemein komplizierte und äußerst kasuistische Verteilung der Kompetenzen. Die folgende Darstellung wird dazu zwangsläufig einige illustrative Beispiele liefern.

Diese Kasuistik der Kompetenzverteilung wird heute immer mehr zum Hemmschuh notwendiger gesetzlicher Regelungen. Der bestehende Kompetenzkatalog, orientiert an der Realität der Verwaltung um 1920/1925⁴⁵⁾, läßt nämlich immer öfter die zusammenhängende Regelung neuartiger Verwaltungsaufgaben, sei es durch den Bund, sei es durch die Länder, nicht zu. Ein häufiger Ausweg ist die Flucht des Bundesgesetzgebers in seine Gesetzgebungs- und meist auch seine Vollziehungskompetenz begründende Verfassungsbestimmungen außerhalb des B-VG⁴⁶⁾. Sie finden sich vor allem im Wirtschaftslenkungsrecht und sind dort meist zeitlich begrenzt⁴⁷⁾, wobei ihre jeweilige Verlängerung seit den Einparteienregierungen seit 1966 regelmäßig zu einem dramatischen Poker zwischen der Regierungspartei und der (an diesen Gesetzen oft stärker interessierten) Opposition ausartet. In anderen, weiterausgreifenden und daher der Methode von Sonderverfassungsbestimmungen weniger zugänglichen Verwaltungsmaterien wie der Raumordnung oder dem Umweltschutz, die als »komplexe Materien« auf zahlreiche, teils beim Bund, teils bei den Ländern liegende Einzelkompetenzen aufgespaltet werden müssen⁴⁸⁾, blockiert

⁴⁵⁾ Der Kompetenzkatalog trat erst am 1. 10. 1925 in einer durch die B-VG-Novelle 1925 modifizierten Form in Kraft.

⁴⁶⁾ Mit ihren besonders häufigen Änderungen »verlor die Kompetenzverteilung ihr Ordnungskonzept und ist z. T. politisches Fallrecht geworden« — so Welan, Grundsatzgesetzgebung und Ausführungsgesetzgebung, in: Welan/Koja/Gröll/Smekal, Theorie und Praxis des Bundesstaates (1974), S. 22. Wie wenig daran die Novelle 1974 geändert hat, belegt die nur zwei Monate zuvor (während deren parlamentarischer Beratung) beschlossene Änderung der Art. 10 Abs. 1 Ziff. 6 und Art. 11 Abs. 1 B-VG (Schaffung des Kompetenztatbestandes »Assanierung«: Gesetzgebung Bundessache, Vollziehung Landessache). Dazu Mayer, a.a.O. (Anm. 19), S. 10 f. An der Spitze der Forderungsprogramme der Bundesländer steht denn auch seit 1964 die Forderung, Bundesverfassungsgesetze und Verfassungsbestimmungen, durch die die Rechte der Länder beschränkt werden — also Kompetenzverschiebungen von den Ländern zum Bund — an die Zustimmung von zwei Dritteln der Landtage zu binden.

⁴⁷⁾ Siehe beispielsweise die Verfassungsbestimmungen in den Bundesgesetzen BGBl. 258, 259, 260, 298, 299, 318, 319, 320/1976. Vgl. dazu Holzinger, Das neue österreichische Marktordnungsrecht, ÖVA 1977, S. 6 f.; Rill, Grundfragen des österreichischen Preisrechts, ÖZW 1974, S. 97 ff.; ÖZW 1975, S. 65 ff., 97 ff.

⁴⁸⁾ Siehe dazu vor allem VfSlg. 2674/1954; dazu Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971), S. 94, und neuerdings Fröhler/Oberndorfer, Österreichisches Raumordnungsrecht (1975).

diese Kasuistik mehr und mehr dringliche gesetzliche Regelungen überhaupt. Zur Bewältigung dieser Problematik sieht allerdings die Novelle ein speziell darauf abgestimmtes Instrument vor: die Bund/Länder-Vereinbarung, auf deren Tauglichkeit noch näher einzugehen sein wird (unten 2.3.).

Unter den kompetenzrechtlichen Bestimmungen der Novelle ragen zwei Regelungskomplexe über den Charakter marginaler Kompetenzverschiebungen hinaus und sind als echte Reformen zu qualifizieren: Sie betreffen die Gebiete der Verwaltungsorganisation und des Dienstrechtes.

2.1.1. *Verwaltungsorganisation*

Die Novelle beseitigt die Regelung des Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 B-VG, wonach die »Organisation der Verwaltung in den Ländern« der Grundsatzgesetzgebung des Bundes vorbehalten und den Ländern lediglich die Ausführungsgesetzgebung und deren Vollziehung überlassen war⁴⁹⁾. Damit zusammenhängend wird eine Bestimmung des Übergangsgesetzes 1920⁵⁰⁾ (§ 3 Abs. 2 letzter Satz), die die bestehenden Regelungen auf diesem Gebiet bis zu einer bundesverfassungsgesetzlichen Neuordnung »versteinerte«, aufgehoben. Das Zusammenspiel dieser beiden Bestimmungen mit anderen bundesverfassungsgesetzlichen Regelungen ergab eine äußerst komplizierte Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bundesverfassungsgesetzgebung, Bundesgrundsatzgesetzgebung, Landesausführungsgesetzgebung und »freier« Landesgesetzgebung hinsichtlich der Schaffung und Organisation von Landesbehörden⁵¹⁾. Demgegenüber bewirkt die Aufhebung dieser beiden Bestimmungen die Anerkennung der selbständigen Organisationshoheit des Bundes und der Länder.

Damit kommt hinsichtlich der Länder erstmals ein Prinzip zum Durchbruch, das — wie die Erläuterungen der RV⁵²⁾ zu Recht bemerken — der Qualität der Länder als (Glieder-)»Staaten« (zum Unterschied von bloß dezentralisierten Verwaltungseinheiten) entspricht. Die Novelle befreit sohin die Länder von einer jener — im österreichischen Bundesverfassungs-

⁴⁹⁾ Art. I Ziff. 11 der B-VG Novelle BGBl. 444/1974.

⁵⁰⁾ Übergangsgesetz vom 1. 10. 1920 in der Fassung des BGBl. 368/1925.

⁵¹⁾ Siehe K o j a, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer (1967), S. 339 ff.; P e r n t h a l e r, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation (1976), S. 8 f.

⁵²⁾ 182 BlgNR XIII. GP.

recht so zahlreichen⁵³⁾ — »ungerechtfertigten Bevormundungen . . . durch den Bund«, die weiterhin abzubauen das Forderungsprogramm 1976⁵⁴⁾ ausdrücklich proklamiert. Sie fügt sich somit in jenen Prozeß der Wiederentdeckung der Staatsqualität der Länder, der, wie schon erwähnt, durch die Verfassungsnovelle 1974 zumindest einigen Auftrieb erhielt.

2.1.1.1. Die Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern

Die Organisationsgewalt der Länder bleibt aber auch in Hinkunft nicht uneingeschränkt. Schranken kann allerdings nur mehr die Bundesverfassungsgesetzgebung normieren, und sie sind als Ausnahmen gegenüber dem föderalen Baugesetz der Bundesverfassung restriktiv zu interpretieren⁵⁵⁾.

Solche Schranken bestehen bezüglich der Behörden der »allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern«: Ämter der Landesregierungen und Bezirksverwaltungsbehörden. Diese sind Landesorgane, besorgen aber (unter der Leitung und Verantwortung des Landeshauptmanns: Art. 102 Abs. 1 B-VG) auch einen Teil der Verwaltungsaufgaben des Bundes (Art. 10 B-VG) in mittelbarer Bundesverwaltung (wobei diese die Regel und die Errichtung von eigenen Bundesbehörden nur in bestimmten Angelegenheiten zulässig ist: Art. 102 Abs. 2 B-VG). Sie bilden daher eine »Art ›gemeinsame‹ Verwaltungseinrichtung von Bund und Ländern«, die seit 1925 von erheblichen bundesverfassungsgesetzlichen Auflagen zugunsten des Bundes belastet ist⁵⁶⁾.

Besonders intensiv geregelt ist die Organisation der Ämter der Landesregierungen durch ein eigenes »Bundesverfassungsgesetz betreffend Grundsätze für die Errichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierung außer Wien« vom 30. Juli 1925, BGBl. Nr. 289. Dieses B-VG schaltet die Landesgesetzgebung zur Gänze aus und delegiert seine Ausführung der Verordnungsgewalt von Landesregierung und Landeshauptmann im Sinne der älteren Theorie der exekutiven Organisationsgewalt. Die Novelle ließ diese Regelung unberührt⁵⁷⁾. Das Forderungsprogramm

⁵³⁾ So beispielsweise Art. 95 Abs. 2 B-VG (Begrenzung der zulässigen Zahl der Abgeordneten eines Landtages).

⁵⁴⁾ Siehe oben Anm. 41

⁵⁵⁾ Pernthaler, a.a.O. (Anm. 51), S. 11.

⁵⁶⁾ *Ibid.*

⁵⁷⁾ Siehe auch Pernthaler, a.a.O. (Anm. 51), S. 12.

1976 (A/35) sieht die Beseitigung der bestehenden Zustimmungsbefugnis⁵⁸⁾ der Bundesregierung zu einigen dieser Verordnungen (Geschäftseinteilungen und Geschäftsordnungen der Ämter der Landesregierungen, soweit sie sich auf die mittelbare Bundesverwaltung erstrecken) vor.

Die Novelle beseitigte dagegen die verfassungsgesetzliche Versteinerung der alten reichsrechtlichen Vorschriften über die Organisation der — 1920/1925 »verländerten« — Bezirksverwaltungsbehörden und begründete damit eine bedeutsame Gesetzgebungskompetenz der Länder. Durch einen neuen Abs. 10 im Art. 15 B-VG werden aber solche Gesetze an eine Zustimmung der Bundesregierung gebunden⁵⁹⁾⁶⁰⁾, um das Interesse des Bundes an dieser Institution der mittelbaren Bundesverwaltung zu sichern. Ferner bleiben auch einige inhaltliche Bindungen bestehen, die die Einheitlichkeit und subsidiäre Allgemeinzuständigkeit sowohl für Landes- als auch für Bundesagenden sichern. Die Sprengeländerung und Neuerrichtung einer Bezirksverwaltungsbehörde bleibt an die Zustimmung der Bundesregierung gebunden (die ihrerseits bei Änderung der Bezirksgeschäftssprengel der Zustimmung der Landesregierung bedarf⁶¹⁾). Schließlich wird das seit 1920 bestehende, wenn auch mehrfach umformulierte Programm der »Zusammenfassung von Ortsgemeinden zu Gebietsgemeinden, deren Einrichtung nach dem Muster der Selbstverwaltung, sowie die Festsetzung weiterer Grundsätze für die Organisation der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern« in neuerlich leicht modifizierter Form weiterhin der Bundesverfassungsgesetzgebung vorbehalten. Dahinter verbirgt sich ein geradezu klassischer dilatorischer Formelkompromiß. Die »Zusammenfassung von Ortsgemeinden zu Gebietsgemeinden« und »deren Einrichtung nach dem Muster der Selbstverwaltung« ist die Übersetzung der Forderung nach Demokratisierung der (Bezirks-) Verwaltung in die juristische Fachterminologie. Diese Forderung wurde 1918/20 von der Sozialdemokratie in die Verhandlungen um die

⁵⁸⁾ Forderungsprogramm, a.a.O. (Anm. 41), S. 9.

⁵⁹⁾ Art. 15 Abs. 10 B-VG bezieht sich auf alle »die bestehende Organisation der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern« regelnden Landesgesetze, ist aber mangels eines Spielraumes der Landesgesetzgebung bezüglich der Ämter der Landesregierung nur für die Bezirksverwaltungsbehörden relevant.

⁶⁰⁾ Diese Bestimmung ist dem Art. 97 Abs. 2 B-VG nachgebildet, wonach Landesgesetze, die bei der Vollziehung eine Mitwirkung von Bundesorganen vorsehen, der Zustimmung der Bundesregierung bedürfen. Ansonsten hat die Bundesregierung ein suspensives Vetorecht gegenüber Landesgesetzen.

⁶¹⁾ § 8 Abs. 1, 4 und 5 ÜG 1920; siehe auch Pernthaler, a.a.O. (Anm. 51), S. 15; Stolzechner, Zur Organisation der Bezirkshauptmannschaften, ZfV 1976, S. 121 ff.

Bundesverfassung vehement eingebracht, scheiterte aber am Widerstand der bürgerlichen Parteien, die ihren stärksten Verbündeten in der damals entwickelten Demokratietheorie Kelsens und Adolf Merkl's fanden⁶²). Ihr wesentlicher Gehalt: Demokratisierung des Gesamtstaates bedeute Repräsentation des Volkes durch ein gewähltes Parlament, das den Volkswillen in Gesetzesform artikuliere. Unbeeinflusste Vollziehung des Gesetzes sei daher optimale Verwirklichung der Demokratie und werde am ehesten durch einen hierarchisch organisierten Apparat von Berufsbeamten, deren Spitze politisch der Volksrepräsentation verantwortlich sei, gesichert. Mehr als konservativ-politische Widerstände dämpfte diese theoretische Konzeption den Impetus des sozialdemokratischen Demokratisierungsprogramms. Es wurde zwar formell aufrechterhalten, doch fand man sich mit dem Aufschub der Realisierung ab. Art. 120 B-VG besiegelt diesen Kompromiß. Offiziell blieb diese Forderung Bestandteil der Parteiprogramme der Sozialdemokratie und seit 1945 der SPÖ, ohne jemals wieder mit großem Einsatz vorgetragen worden zu sein. Auch die Erneuerung der Demokratie-Diskussion am Ausgang der Sechzigerjahre hat ihr wenig Auftrieb gegeben; das Problem der Verwaltung in der Demokratie wird heute auch in Österreich zu Recht in ganz anderen Dimensionen gesehen⁶³). Daß man sich erst in jüngster Zeit wieder häufiger dieses Programmpunktes besinnt, dürfte primär dadurch motiviert sein, mit der Wahl der Bezirkshauptleute die extrem parteipolitische Personalpolitik mancher Länder korrigieren zu können. Im übrigen stellt aber die Bezirksverwaltung anscheinend eines der intaktesten Elemente in der österreichischen Verwaltungsorganisation dar, die jedenfalls nicht annähernd so in die Verwaltungsreformdiskussion und -bemühungen der letzten Jahre einbezogen wurde, wie einerseits die Gemeinden, andererseits die zentrale Verwaltung von Bund und Ländern.

2.1.1.2. Sonderbehörden

Die neue Organisationshoheit der Länder erstreckt sich auch und vor allem auf die Errichtung von Sonderbehörden einschließlich von Selbstverwaltungskörpern und sonstigen Institutionen einer mittelbaren Staatsverwaltung⁶⁴). Hier beschränkt die neue Kompetenzlage die Organisa-

⁶²) Miehsler, Demokratisierung der Bezirksverwaltung in Österreich, in: FS Kelsen zum 90. Geburtstag (1971), S. 141 ff.

⁶³) Siehe Öhlinger/Matzka, Demokratie und Verwaltung als verfassungsrechtliches Problem, ÖZPW 1975, S. 445 ff.

⁶⁴) Siehe Pernthaler, a.a.O. (Anm. 51), S. 16 ff.

tionshoheit des Bundes, dort nämlich, wo die Vollziehung von Bundesgesetzen Landessache ist (Art. 11 und 12 B-VG), sowie im Vollziehungsbereich des Bundes selbst, soweit diese in mittelbarer Bundesverwaltung durch den Landeshauptmann und die ihm unterstellten Landesbehörden zu erfolgen hat (Art. 102 Abs. 1 B-VG). Hier hat die Aufhebung des Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 B-VG zur Folge, daß die Möglichkeiten des Bundes, die Vollziehung seiner Gesetze durch Landesorgane organisationsrechtlich näher auszugestalten, durch die Aufhebung des Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 B-VG empfindlich eingeschränkt wurden. Wieweit diese Beschränkung reicht, ist aber noch umstritten. Die nunmehr notwendige Differenzierung zwischen materieller Regelung, Festsetzung der behördlichen Zuständigkeit und »innerer« Organisation der Behörde⁶⁵⁾ ist mit einer Fülle von Zweifelsfragen belastet⁶⁶⁾.

Die Bundesgesetzgebung hat die Lösung in einer bedingten Gesetzgebung gesucht, die einerseits detaillierte organisationsrechtliche Regelungen enthält, ihre Verbindlichkeit aber von einer korrespondierenden Annahmeerklärung des Landes abhängig macht, also eine Abart der paktierten Gesetzgebung⁶⁷⁾. Das ist deshalb problematisch, weil das B-VG diesen Kompetenztypus als Sonderfall der allgemeinen Kompetenzverteilung auf eng definierte Bereiche beschränkt⁶⁸⁾ und eine analoge Extension auf andere Sachgebiete nicht zulässig erscheint. Im System der Novelle 1974 wäre es näherliegend, die zugegebenermaßen oft kaum auflösbare Verquickung der materiellrechtlichen Kompetenz des Bundes und der organisationsrechtlichen Kompetenz der Länder⁶⁹⁾ mit Hilfe des durch diese Novelle geschaffenen Vertragstypus zwischen Bund und Ländern (siehe dazu unten 2.3.) zu lösen.

⁶⁵⁾ Vgl. *ibid.*, S. 34 ff.

⁶⁶⁾ Siehe dazu auch Öhlinger, Die rechtlichen Handlungsformen der Straßenpolizei, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1974, S. 289 ff.; Groiss/Schantl/Welan, Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit (Slg 1972), ÖJZ 1975, S. 365 ff.

⁶⁷⁾ So etwa § 110 ff. ForstG (BGBl. 440/1975). »Sieht die Landesgesetzgebung die Betrauung bestimmter Personen mit den Funktionen eines Forstschutzorganes vor, so kommen hierfür nur in Betracht . . .« (im folgenden werden die persönlichen Voraussetzungen sowie die Rechte und Pflichten dieser Organe normiert). Dabei handelt es sich um eine, die mittelbare Bundesverwaltung modifizierende organisationsrechtliche Regelung. Zu dieser Konstruktion allgemein auch Funk, Assanierung und benachbarte Rechtsbereiche, ZfV 1977, S. 10 ff. (15).

⁶⁸⁾ Siehe etwa Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1976), S. 76.

⁶⁹⁾ Siehe dazu auch Öhlinger, a.a.O. (Anm. 66).

2.1.2. Dienstrecht

Eine weitere kompetenzrechtliche Reform der Novelle betrifft das Dienst- und Personalvertretungsrecht. Auch hier wird eine sehr komplizierte Kompetenzlage, die an verschiedene Gesichtspunkte in unsystematischer Weise anknüpfte⁷⁰⁾, beseitigt und eine umfassende, die Gesetzgebungshoheit inkludierende Diensthöhe der Länder begründet. Es gilt nunmehr der Grundsatz, daß das Dienstrecht der Bundesbediensteten Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung, das Dienstrecht der Bediensteten⁷¹⁾ der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände Landessache in Gesetzgebung und Vollziehung ist. Gleichzeitig wurde mit der Dienstrechtskompetenz die Kompetenz bezüglich des Personalvertretungsrechtes synchronisiert (Art. 21 B-VG).

Gewisse Beschränkungen der Landesgesetzgebung bleiben aber auch hier bestehen:

a) Die Gesetze und Verordnungen der Länder dürfen von jenen des Bundes nicht in einem Ausmaß abweichen, das die bundesverfassungsgesetzlich (Art. 21 Abs. 4 B-VG) garantierte Möglichkeit des Wechsels des Dienstes zwischen Bundesländern und Gemeinden wesentlich behindern würde. Es wird Aufgabe der Bundesregierung sein, allenfalls mit Einsprüchen nach Art. 98 B-VG auf die Landesgesetzgebung entsprechend einzuwirken. Dagegen wird eine judizielle Kontrolle dieses Grundsatzes durch den VfGH bestenfalls in Extremfällen in Betracht kommen. Die schon bisher bestehende Kompetenz des Bundes, Einrichtungen zur Erleichterung des Dienstwechsels zu schaffen, bleibt aufrecht (Art. 21 Abs. 4 B-VG). Außerdem können auch Amtstitel für die Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden sowie Gemeindeverbände durch Bundesgesetz einheitlich festgelegt werden (Art. 21 Abs. 5 B-VG). Die Vollziehung von Bundesgesetzen nach Art. 21 Abs. 4 und 5 B-VG ist aber bezüglich der Landes- und Gemeindebediensteten Landessache.

b) Die Kompetenz der Länder zur Regelung des Rechts der Vertragsbediensteten ist umfangmäßig auf Bestimmungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie die sich aus diesem er-

⁷⁰⁾ Nämlich außer an den Dienstgeber auch an die Art der zu besorgenden Aufgaben (Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung) sowie an die rechtliche Qualität des Dienstverhältnisses (öffentlich-rechtlich oder vertraglich).

⁷¹⁾ Damit verknüpft wurde auch eine terminologische »Bereinigung« des B-VG, das nunmehr von »(öffentlich) Bediensteten« im Sinne von öffentlich-rechtlichen »Beamten« und Vertragsbediensteten einerseits und den Beamten im engeren Sinn andererseits spricht.

gebenden Rechte und Pflichten beschränkt. Das entspricht dem Gegenstandsbereich des (Bundes-)Vertragsbedienstetengesetzes 1948. Die Festbeschreibung der Länder auf dieses Regelungsmodell, die an die Auslegungsmethode der Versteinerungstheorie⁷²⁾ gemahnt, soll offensichtlich die Phantasie der Landesgesetzgebung von Experimenten, etwa auf dem Gebiet des Kollektivvertragsrechtes, abhalten.

c) Aus der Landeskompetenz ausgenommen bleiben ferner die Angelegenheiten des Arbeitnehmerschutzes und der Personalvertretung hinsichtlich der in Betrieben tätigen Bediensteten. Diese unterliegen somit weiterhin dem Arbeitnehmerschutzrecht und Arbeitsverfassungsrecht des Bundes.

d) Abweichungen bestehen weiterhin auf dem Gebiet des Dienst- und Personalvertretungsrechts der Lehrer, Erzieher und Kindergärtnerinnen (Art. 14 Abs. 2 und 3 *lit. d* sowie Art. 14 a Abs. 1, Abs. 2 *lit. e* und Abs. 3 *lit. b* B-VG)⁷³⁾.

Das Forderungsprogramm 1976 (A/15) will nunmehr auch die Beseitigung der unter *lit. b*–*d* dargestellten Beschränkungen der Landesgesetzgebungskompetenz, die als »höchst unzuweckmäßig« empfunden wird⁷⁴⁾.

2. 1. 3. Sonstige Kompetenzänderungen

Die Novelle bringt ferner eine Fülle kleinerer Verschiebungen von Kompetenzen zugunsten der Länder. Diese haben nur den Charakter von »Korrekturen«, was auch an der Rechtstechnik ablesbar ist. Nur zum geringeren Teil werden Kompetenztatbestände von einem Artikel der Kompetenzordnung (Art. 10 bis 15 B-VG) in einen anderen übertragen. Zum Teil werden einige der diese Ordnung durchbrechenden Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen aufgehoben, zum überwiegenden Teil aber nur bestehende Kompetenztatbestände »authen-

⁷²⁾ Siehe oben Anm. 13.

⁷³⁾ Siehe dazu die Darstellung bei H. Walter, Die B-VG-Novelle 1974, Österreichische Gemeinde-Zeitung 1974, S. 501 ff. (503).

⁷⁴⁾ In der Absicht der RV lag eine parallellaufende Konzentration der Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung des Arbeitsrechts. Diese konnte sich aber in den Ausschlußberatungen nicht durchsetzen. Siehe Ermacora, a.a.O. (Anm. 5), S. 22 ff. (25); ferner Erkenntnis des VfGH vom 6. 10. 1976, G 10, 11/76, und 1. 12. 1976, G 14/75, mit wichtigen Ausführungen über die Abgrenzung von Dienstrecht und Arbeitsrecht; ferner Machacek/Martinek, Das Landarbeitsrecht und die B-VG-Novelle 1974, in: FS Rabofsky, S. 170; Dirschmied, Das österreichische Landarbeitsrecht und seine verfassungsgesetzlichen Hypothesen, RdA 1976, S. 120, 201.

tisch« interpretiert und auch das wieder überwiegend nicht im Text des B-VG selbst, sondern in begleitenden Regelungen⁷⁵⁾. Damit wird nicht nur ein die Kompetenzen der Länder stetig aushöhlender Erosionsprozeß auf der Ebene der formellen Verfassungsgesetzgebung selbst korrigiert, sondern auch ein parallel gelaufener gleichartiger Prozeß auf der Ebene der Verfassungsjudikatur. Denn oft genug hat der VfGH entgegen dem von ihm offiziell anerkannten Prinzip einer länderfreundlichen Interpretation der Kompetenzartikel judiziert. Das illustrieren die folgenden Beispiele auf dem Gebiet der Polizei.

2. 1. 3. 1. Sicherheitspolizei

Bundessache ist die Gesetzgebung und Vollziehung hinsichtlich der »Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit« (Allgemeine Sicherheitspolizei⁷⁶⁾) »ausgenommen die örtliche Sicherheitspolizei« (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 7 B-VG); letztere – verfassungsgesetzlich definiert⁷⁷⁾ als jener

»Teil der Sicherheitspolizei, der im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet ist, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden« –

fällt in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder und ist zur Gänze⁷⁸⁾ im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu vollziehen (Art. 118 Abs. 3 Ziff. 3 B-VG). Die Novelle überträgt nun folgende Kompetenzen, die bisher vom VfGH der Allgemeinen Sicherheitspolizei zugerechnet wurden, in die Landeskompentenz gemäß Art. 15 B-VG:

a) Maßnahmen zum Schutz gegen die unbefugte Führung der von Ländern und Gemeinden geschaffenen öffentlichen Wappen, Siegel, Titel und Ehrenzeichen,

⁷⁵⁾ Art. II–VIII der Novelle.

⁷⁶⁾ Zur Interpretation dieses Begriffes siehe Adamovich, Verfassungsrechtliche Probleme der Sicherheitspolizei in Österreich, in: FS Merkl (1970), S. 13 ff.; Öhlinger, Kompetenzrechtliche Fragen der Sicherheitsmaßnahmen auf Schipisten, in: FS Kolb (1971), S. 285 ff.

⁷⁷⁾ Art. 15 Abs. 2 B-VG.

⁷⁸⁾ Das wird von einem Teil der Lehre bestritten: Die Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens gehört nicht zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Konsequenterweise dürfte sie dann aber nicht zur örtlichen Sicherheitspolizei gerechnet werden und fällt damit aus dem Kompetenzbereich des Landes überhaupt. Siehe Öhlinger, a.a.O. (Anm. 76), S. 285 ff. (288), und Pernthaler, Raumordnung und Verfassung, Bd. 1 (1975), S. 273.

- b) Verfolgung von Ehrenkränkungen,
- c) Wahrung des öffentlichen Anstandes,
- d) Abwehr ungebührlicherweise hervorgerufenen Lärmes.

Die ersten beiden Tatbestände wurden den Ländern durch eine Art authentischer Interpretation außerhalb des Textes des B-VG übertragen (Art. VIII der Novelle). Die beiden anderen Tatbestände wurden der zuvor zitierten bundesverfassungsgesetzlichen Definition der örtlichen Sicherheitspolizei als explizit demonstrative (»wie die Wahrung . . .«) Erläuterung angefügt. Manche Länder haben diese textliche Gestaltung⁷⁹⁾ als entwicklungsfähigen Ansatz einer wiedererstarkten Landespolizeigewalt interpretiert, die seit der Bundesverfassungsnovelle 1929 fast völlig verkümmert war. Am weitesten ist hier das — in Verfassungsfragen stets sehr eigenständige — Vorarlberg gegangen, das in einem Sicherheitspolizeigesetz⁸⁰⁾ weitreichende Befugnisse der für die örtliche Sicherheitspolizei zuständigen Gemeindeorgane vorgesehen hat. Die Bundesregierung hat dieses Gesetz beim VfGH angefochten, von dessen Entscheidung einiger Aufschluß über die neuen Grenzen zwischen allgemeiner und örtlicher Sicherheitspolizei zu erwarten ist.

2. 1. 3. 2. Änderungen am System der Kompetenzverteilung

Einiges Interesse verdienen jene Regelungen, die nicht einzelne Kompetenztatbestände zwischen Bund und Ländern verschieben, sondern das System dieser Kompetenzverteilung betreffen, obwohl es sich auch hier mehr um Marginalien als um grundlegende Veränderungen handelt.

2. 1. 3. 2. 1. Verwaltungsverfahrensgesetze

Novelliert wurde Art. 11 Abs. 2 B-VG, der die Grundlage eines für Bund und Länder geltenden einheitlichen bundesgesetzlichen Verwaltungsverfahrenrechts (einschließlich eines »allgemeinen« Verwaltungsstrafrechtes und der Verwaltungsvollstreckung) bildet. Die Zulässigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung auch bezüglich der Angelegenheiten, die ansonsten in die Landesgesetzgebungs- und -vollziehungskompetenz fielen, ist dabei an das Kriterium des »Bedürfnisses nach Erlassung

⁷⁹⁾ Vgl. auch Novak, a.a.O. (Anm. 3), S. 286; Walter, a.a.O. (Anm. 73), S. 506.

⁸⁰⁾ LBGl. 49/1975.

einheitlicher Vorschriften« geknüpft, dessen Gegebenheit der VfGH aber nie überprüfte. Die Länder blieben bislang an eine einmal erlassene einheitliche Regelung gebunden, während dem Bund nach der Judikatur abweichende Sonderregelungen uneingeschränkt erlaubt waren. Nunmehr können »abweichende Regelungen . . . in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen . . . getroffen werden«, jedoch stets »nur dann, . . . wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind«. Somit wird einerseits der Bund an die von ihm selbst erlassenen »einheitlichen« Verfahrensvorschriften gebunden, andererseits ein gewisser und vom VfGH kontrollierbarer Spielraum im gleichen Ausmaß auch den Ländern konzidiert⁸¹⁾.

2. 1. 3. 2. 2. Beteiligung der Länder am Abschluß von Staatsverträgen

Schließlich ist hier die Ergänzung des Art. 16 Abs. 1 B-VG zu erwähnen. Art. 16 B-VG verpflichtet die Länder seit jeher, Maßnahmen zu treffen, die in ihrem Kompetenzbereich zur Durchführung von Staatsverträgen erforderlich sind. Damit wird einerseits das ausschließliche Monopol des Bundes abgesichert, Staatsverträge (= völkerrechtliche Verträge) über alle Gegenstände ohne Bindung an die Schranken der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern mit anderen Völkerrechtssubjekten abzuschließen. Andererseits wird dadurch aber die Kompetenzverteilung bezüglich der innerstaatlichen Durchführung völkerrechtlicher Verträge aufrechterhalten; das betrifft sowohl die Erlassung von Ausführungsgesetzen, wenn solche – etwa bei einem nicht unmittelbar anwendbaren Vertrag – nötig sind, als auch Akte der Verwaltung⁸²⁾. Werden allerdings Maßnahmen, die demnach von den Ländern in Erfüllung eines Staatsvertrages zu setzen sind, nicht rechtzeitig erbracht (was »rechtzeitig« ist, wird nicht näher präzisiert), so geht die Zuständigkeit zu solchen Maßnahmen einschließlich der Erlassung von Gesetzen auf den Bund über (Art. 16 Abs. 1 zweiter Satz B-VG; dem Bund steht daher bei der Durchführung von Verträgen

⁸¹⁾ Das entspricht zweifellos praktischen Bedürfnissen. Insofern überschießend und überdies zirkelhaft: Mayer, a.a.O. (Anm. 19), S. 11 ff. Richtig ist dagegen die Kritik Mayers an der Neufassung des Art. 15 Abs. 6 B-VG, auf die hier nicht weiter eingegangen wird. Ebenfalls wird hier nicht eingegangen auf die Aufhebung des Art. 17 Abs. 2 B-VG, die die Parität von Bund und Ländern als Träger der Privatwirtschaftsverwaltung begründet. Siehe dazu auch Mayer, a.a.O., S. 21 f.

⁸²⁾ Öhlinger, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht (1973), S. 159 ff.

ein Aufsichtsrecht über die Länder zu, das sogar ein Weisungsrecht inkludiert: Art. 16 Abs. 2). Diese Devolution war nach der alten Regelung endgültig. Nunmehr tritt die vom Bund auf Grund dieser Devolution getroffene Maßnahme wieder außer Kraft, sobald das Land seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Ein offenes Problem bildet dabei die Frage, wie eine unvollständige oder unrichtige Durchführungsmaßnahme eines Landes zu beurteilen ist.

In diesem Zusammenhang ist eine weitere Stärkung der Länder gegenüber dem völkerrechtlichen Vertragsmonopol des Bundes zu nennen. Gemäß einem neuen Art. 10 Abs. 3 B-VG hat der Bund vor dem Abschluß von Staatsverträgen, die Durchführungsmaßnahmen der Länder erfordern oder in anderer Weise den Kompetenzbereich der Länder »berühren«, diesen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Hier stellt sich die Frage, welche rechtlichen Folgen die Verletzung dieser Bestimmung hat. »Begutachtungsrechte« ähnlicher Art sind der österreichischen Rechtsordnung sehr geläufig. So verpflichten zahlreiche Bundes- und Landesgesetze die Bundes- und Landesregierungen, Gesetzesentwürfe bestimmten Inhalts vor ihrer parlamentarischen Behandlung bestimmten Institutionen, vor allem den gesetzlichen Interessenvertretungen (»Kammern«), zur Begutachtung und Stellungnahme vorzulegen. Nach allgemeiner Ansicht beeinträchtigt aber die Verletzung eines solchen Begutachtungsrechtes nicht das gültige Zustandekommen eines Gesetzes, sondern begründet bestenfalls eine rechtliche und politische Verantwortlichkeit der entsprechenden Regierung gegenüber dem Parlament. Auch Staatsverträge wurden seit jeher regelmäßig einem solchen Begutachtungsverfahren unterzogen, ohne daß aber eine gleichartige Verpflichtung angenommen wurde, so daß ein gelegentliches Abweichen von dieser Praxis kaum ernsthaft moniert wurde.

Der neue Art. 10 Abs. 3 B-VG unterscheidet sich von den bisher bekannten gesetzlichen Regelungen über Begutachtungsrechte in zweifacher Hinsicht. Zum einen handelt es sich hier um eine Norm auf Verfassungsstufe, zum anderen haben die Länder staatsrechtlich doch eine ganz andere Position als Kammern und dgl. Insofern kann zu Recht gefragt werden, ob eine Verletzung dieser Bestimmung Auswirkungen auf die Gültigkeit des Vertrages hat, und zwar sowohl auf völkerrechtlicher Ebene unter dem Aspekt des Art. 46 der Wiener Vertragsrechtskonvention (offenkundige Verletzung einer Vorschrift des innerstaatlichen Rechts über die Vertragsabschlußkompetenz von grundlegender Bedeutung) als auch im innerstaatlichen Bereich. Ohne diese diffizile Problematik hier abschließend erörtern zu können, meine ich doch,

daß überwiegende Argumente gegen die Annahme einer solchen Wirkung im staatlichen wie zwischenstaatlichen Bereich sprechen⁸³).

Weit über das in der Novelle 1974 von den Ländern in Bezug auf völkerrechtliche Verträge Erreichte hinaus geht das Forderungsprogramm 1976, das verlangt, daß die Länder in Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs selbständig zwischenstaatliche Verträge mit Nachbarländern abschließen dürfen. Der Bundesregierung soll allerdings ein Zustimmungsrecht verbleiben. Diese Wünsche haben einigen Auftrieb durch die seit Jahren etablierte transnationale Kooperation einzelner Länder mit Teilstaaten oder Regionen angrenzender Staaten erhalten, die teilweise in vereinsartiger Weise institutionalisiert wurden⁸⁴). Das Ziel dieser Forderung ist es, eine solche ausschließlich freiwillige Kooperation auf eine rechtlich verbindliche Basis stellen und mit rechtlich verbindlichen Anordnungen durchdringen zu können. Es zeichnet sich freilich schon ab, daß die Länder hier einem kaum überwindbaren Widerstand der interessierten Zentralstellen des Bundes begegnen.

2.1.4. Bundes-Verfassungsgesetznovelle BGBl. Nr. 316/1975

Die Novelle 1974 läßt mehrere auf die Kompetenzverteilung bezogene Punkte des Forderungsprogramms unerfüllt, darunter als eine der »verfassungspolitisch bedeutsamsten Forderungen«⁸⁵) die Neuregelung des land- und forstwirtschaftlichen Schulwesens. Das Schulwesen bildete den umstrittensten Punkt der Kompetenzordnung und konnte 1920/25 nur durch ein Provisorium geregelt werden, das Änderungen der geltenden Rechtslage weitgehend nur durch paktierte Gesetze von Bund und Ländern zuließ⁸⁶). Erst 1962 kam es zu einer grundsätzlichen Einigung⁸⁷), die sich jedoch nicht auch auf das land- und forstwirtschaftliche Schulwesen erstreckte. Das hier weitergeltende Erfordernis der paktierten Gesetzgebung erwies sich dabei immer

⁸³) Ebenso Mayer, a.a.O. (Anm. 19), S. 26, und Walter, a.a.O. (Anm. 73), S. 505, allerdings ohne nähere Begründung. Näheres zur Problematik und zur bisherigen Praxis bei Öhlinger, a.a.O. (Anm. 82), S. 267 ff.

⁸⁴) So die Arbeitsgemeinschaft Alpenländer; dazu: Köchler (Hrsg.), Die europäische Aufgabe der Alpenregion (1972).

⁸⁵) Siehe Berchtold, a.a.O. (Anm. 28), S. 23 f.

⁸⁶) § 42 ÜG 1920.

⁸⁷) Art. 14 B-VG.

mehr als Hemmschuh dringlicher Reformen. Die Bemühungen, hier zu einer Neuordnung zu kommen, reichen ebenfalls schon weit zurück und führten bereits 1966 zu einer ersten RV⁸⁸⁾. Rund ein halbes Jahr nach der Novelle 1974 kam es dann auch über diese Materie zu einem Beschluß. Es handelt sich dabei um eine der vier B-VG-Novellen des Jahres 1975, die aus systematischen Gründen bereits hier erwähnt sei. Ihr wesentlicher Gehalt besteht in der Einführung eines Art. 14 a in das B-VG, der die Kompetenzen auf dem Gebiet des land- und forstwirtschaftlichen Schulwesens zwischen Bund und Ländern verteilt. Dies erfolgt ähnlich differenziert und kasuistisch wie die auf das Schulwesen bezogene Kompetenzverteilung des Art. 14 B-VG. Bemerkenswert ist aber, daß Art. 14 a B-VG – anders als Art. 14 B-VG, jedoch im Einklang mit der allgemeinen Kompetenzordnung (Art. 10 bis 12 und 15 B-VG) – eine Generalklausel zugunsten der Länder enthält (Abs. 1). Mit dieser Novelle ist die Neuordnung der Kompetenzen auf dem Gebiet des Erziehungswesens noch immer nicht abgeschlossen⁸⁹⁾.

2. 2. Mittelbare Bundesverwaltung

Zu einem weiteren Schwerpunkt der Novelle lassen sich jene Regelungen zusammenfassen, die eine Stärkung der mittelbaren Bundesverwaltung – das effektivste Element des österreichischen Föderalismus – intendieren.

Zum einen wird der Katalog jener Angelegenheiten, in denen der Bund eigene Behörden errichten darf (nicht muß: Art. 102 Abs. 2 B-VG), um die Tatbestände »Ingenieur- und Ziviltechnikerwesen« und »Bundesstraßen« reduziert. Schon bisher waren diese Angelegenheiten in die mittelbare Bundesverwaltung übertragen, nun ist dies den Ländern bundesverfassungsgesetzlich garantiert.

Der Bund kann – seit der B-VG Novelle 1929 – auch in der mittelbaren Bundesverwaltung Bundesbehörden, insbes. Bundespolizeibehörden, einsetzen. Der Charakter als »mittelbare« Bundesverwaltung bleibt dadurch gewahrt, daß diese Bundesbehörden dem Landeshauptmann unterstellt werden und an seine Weisungen gebunden sind. Diese »begriffliche« Denaturierung der mittelbaren Bundesverwaltung wird

⁸⁸⁾ 38 BlgNR XI. GP.

⁸⁹⁾ Offen ist vor allem noch das Volksbildungswesen. Hier gilt weiterhin das Erfordernis paktierter Gesetze.

nunmehr dadurch beschränkt, daß sie nur mehr mit Zustimmung der Länder bundesgesetzlich angeordnet werden darf, sofern sie sich nicht auf Angelegenheiten beschränkt, die nach Art. 102 Abs. 2 B-VG auch in unmittelbarer Bundesverwaltung besorgt werden könnten. Der schon bisher theoretisch anerkannte Ausnahmecharakter einer solchen Einschaltung von Bundesbehörden in die mittelbare Bundesverwaltung wird dadurch institutionell abgesichert⁹⁰). Bemerkenswert ist diese Regelung aber vor allem deshalb, weil sie eine direkte Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung statt des dafür von der Verfassung vorgesehenen Bundesrates vorsieht. Das liegt auf der Linie der radikalen Forderung nach Beseitigung des Bundesrates in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung und Übernahme seiner Aufgaben durch die Länder selbst⁹¹). Im Bundesrat wurde dies in offensichtlich realer Einschätzung seiner Position nicht einmal kommentiert⁹²).

Eine der »fundamentalsten Reformen der gesamten Novelle«⁹³) betrifft schließlich den administrativen Instanzenzug in der mittelbaren Bundesverwaltung. Bislang galt bundesverfassungsgesetzlich das Prinzip, daß hier ein Rechtsmittelzug bis zum zuständigen Bundesminister geht, sofern nicht der Bundesgesetzgeber ausdrücklich anderes bestimmte (Art. 103 Abs. 4 B-VG). Eine Sonderregelung betraf (seit der Novelle 1929) Wien (Art. 109 B-VG⁹⁴)). Hier war die Bezirks- und Landesinstanz beim Bürgermeister als Landeshauptmann und dem ihm unterstellten Magistrat vereinigt; der Instanzenzug ging immer bis zum Bundesminister, sofern er nicht bereits bei der Bezirksinstanz abgekürzt war; sonst vorgesehene Abkürzungen galten für Wien nicht⁹⁵).

⁹⁰) Dieser Grundsatz ist allerdings seitdem durch mehrere Verfassungsbestimmungen wieder durchbrochen worden. Es handelt sich dabei um Verfassungsbestimmungen, die auch erst die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung herstellen. Siehe oben Anm. 47.

⁹¹) So Klecatsky, *Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen* (1967), S. 257.

⁹²) Sie hat allerdings ein Vorbild im Art. 102 Abs. 4 B-VG, der eine Zustimmung der Länder zur Errichtung eigener Bundesbehörden außerhalb des dazu ermächtigenden Kataloges des Art. 102 Abs. 2 B-VG – was einen Akt des Bundesgesetzgebers voraussetzt – vorsieht.

⁹³) Novak, a.a.O. (Anm. 3), S. 282.

⁹⁴) Dazu Werner, *Neues vom Instanzenzug in Wien*, in: FS Klang (1950), S. 21.

⁹⁵) Ausnahme: Verwaltungsstrafrecht (Art. II § 20 Abs. 2 ÜG 1929: 1. Instanz: Magistrat als Bezirksverwaltungsbehörde, 2. und letzte Instanz ist auch in Wien der Landeshauptmann).

Nunmehr gilt das Prinzip, daß der Instanzenzug beim Landeshauptmann endet, sofern dieser Rechtsmittelbehörde, also nicht selbst erste Instanz ist. Die Bundesgesetzgebung darf Ausnahmen vorsehen; sie darf einen drei- oder mehrgliedrigen Instanzenzug bis zum zuständigen Bundesminister einrichten, muß dies aber ausdrücklich normieren und darf es nur »ausnahmsweise auf Grund der Bedeutung der Angelegenheit« (Art. 103 Abs. 4 B-VG, neue Fassung)⁹⁶). An diese Regelung war eine Reihe von Bundesgesetzen anzupassen; das geschah aus der Sicht der Länder nicht immer in hinreichendem Maß⁹⁷). Es wird nun am VfGH liegen, Kriterien für die ausnahmsweise Zulässigkeit eines Instanzenzuges bis zum Bundesminister zu entwickeln⁹⁸). Die Länder selbst haben in ihrem Forderungsprogramm 1976 (A/27) die ausnahmslose Abkürzung des Instanzenzuges beim Landeshauptmann, sofern dieser bereits Rechtsmittelbehörde ist, verlangt.

2. 3. Verträge zwischen Bund und Ländern

Als »Kernstück« der Novelle und »echtes Novum im österreichischen Verfassungsrecht«⁹⁹) wurde der neue Art. 15 a B-VG¹⁰⁰) bezeichnet. Die eigentliche Neuerung besteht in der Ermächtigung zum Abschluß hoheitlicher Verträge zwischen dem Bund und den Ländern. Bisher

⁹⁶) Das Weisungsrecht des Bundesministers wird durch die Abkürzung des Instanzenzuges nicht berührt.

⁹⁷) Siehe als Beispiel die Gewerberechts-Novelle 1976, BGBl. 253/1976.

⁹⁸) Eine Gleichstellung Wiens erfolgte durch die Neufassung des Art. 109 B-VG. Siehe dazu Novak, a.a.O. (Anm. 3), S. 284.

⁹⁹) Ermacora, a.a.O. (Anm. 5), S. 27.

¹⁰⁰) Art. 15 a B-VG: »(1) Bund und Länder können untereinander Vereinbarungen über Angelegenheiten ihres jeweiligen Wirkungsbereiches schließen. Der Abschluß solcher Vereinbarungen namens des Bundes obliegt je nach dem Gegenstand der Bundesregierung oder den Bundesministern. Vereinbarungen, die auch die Organe der Bundesgesetzgebung binden sollen, dürfen nur von der Bundesregierung mit Genehmigung des Nationalrates abgeschlossen werden, wobei Artikel 50 Absatz 3 auf solche Beschlüsse des Nationalrates sinngemäß anzuwenden ist; sie sind im Bundesgesetzblatt kundzumachen.

(2) Vereinbarungen der Länder untereinander können nur über Angelegenheiten ihres selbständigen Wirkungsbereiches getroffen werden und sind der Bundesregierung unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.

(3) Die Grundsätze des völkerrechtlichen Vertragsrechtes sind auf Vereinbarungen im Sinne des Absatzes 1 anzuwenden. Das gleiche gilt auch für Vereinbarungen im Sinne des Absatzes 2, soweit nicht durch übereinstimmende Verfassungsgesetze der betreffenden Länder anderes bestimmt ist.«

gab es zwischen diesen Gebietskörperschaften nur privatrechtliche Verträge oder, wo es um hoheitliche Aufgaben ging, unverbindliche *gentlemen's agreements*. Mit dieser Neuerung wurde die bisherige Regelung über Vereinbarungen zwischen den Ländern («Gliedstaatsverträge»: früher Art. 107 B-VG¹⁰¹) verknüpft (Abs. 2). Ferner wurde eine eigene Kompetenz des VfGH geschaffen, die sich auf solche Vereinbarungen bezieht (Art. 138 a B-VG¹⁰²). Es handelt sich hier in der Tat um eine theoretisch äußerst interessante Regelung, die eminente Auswirkungen haben könnte. Ob sie die an sie geknüpften hohen Erwartungen erfüllen wird, hängt freilich von der Antwort auf verschiedene Prämissen ab, die an das prinzipielle Bundesstaatsverständnis in Österreich rühren.

»Kernstück« der Novelle ist diese Neuerung in einem mehrschichtigen Sinn. Mehr als jede andere Institution des Bundesstaatsrechtes ist die Institution der Bund/Länder-Vereinbarung auf jene Kooperation ausgerichtet, die es im Bundesstaat zwar natürlich schon immer gegeben hat und geben mußte, deren Notwendigkeit aber mit der wachsenden Komplexität der Staatsaufgaben, die sich um die reinliche Scheidung der Kompetenzen nicht kümmert, eine zentrale Notwendigkeit geworden ist. Insofern deutet das erst jüngere Schlagwort vom kooperativen Föderalismus in der Tat Dimensionen eines qualitativen Wandels des Bundesstaates an. Art. 15 a Abs. 1 B-VG soll diesem Wandel Rechnung tragen. Er könnte damit zum Ansatz einer Neuorientierung des österreichischen Bundesstaatsverständnisses überhaupt werden, das bislang von einem strikten Trennungsgedanken geprägt war.

Dieser Impuls kann von Art. 15 a B-VG aber nur dann ausgehen, wenn sich die Institution der Bund/Länder-Vereinbarung einen einigermaßen festen Platz im österreichischen Rechtsleben sichert und nicht in jene praktische Bedeutungslosigkeit abgedrängt wird, wie sie schon den

¹⁰¹) Dazu grundlegend Rill, Gliedstaatsverträge (1972).

¹⁰²) Art. 138 a B-VG: »(1) Auf Antrag der Bundesregierung oder einer beteiligten Landesregierung stellt der Verfassungsgerichtshof fest, ob eine Vereinbarung im Sinne des Artikels 15 a Absatz 1 vorliegt und ob von einem Land oder dem Bund die aus einer solchen Vereinbarung folgenden Verpflichtungen, soweit es sich nicht um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, erfüllt worden sind.

(2) Wenn es in einer Vereinbarung im Sinne des Artikels 15 a Absatz 2 vorgesehen ist, stellt der Verfassungsgerichtshof ferner auf Antrag einer beteiligten Landesregierung fest, ob eine solche Vereinbarung vorliegt und ob die aus einer solchen Vereinbarung folgenden Verpflichtungen, soweit es sich nicht um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, erfüllt worden sind«.

bisherigen Gliedstaatsverträgen zwischen den Ländern nach Art. 107 B-VG zukam. Das aber setzt, wie noch zu zeigen sein wird, eine grundsätzliche Neuorientierung des Verständnisses der bundesstaatlichen Ordnung voraus. Die Auslegung des Art. 15 a B-VG hat dabei jenes erneuerte Bundesstaatsverständnis bereits vorwegzunehmen, das sie zu initiieren hätte. Das ist ein Zirkel, der sich leicht als Teufelskreis entpuppen könnte. Auch dann noch bliebe Art. 15 a B-VG das »Kernstück« der Novelle, freilich als Symbol einer mißglückten Reform. Hier liegt eine Verantwortung vor allem der Länder, denn unter dem Sachzwang der Komplexität werden in immer mehr Bereichen bundeseinheitliche Regelungen erforderlich werden, die, wenn sie nicht kooperativ erfolgen, zwangsläufig auf Kosten von Länderkompetenzen gehen.

Die RV sieht den vornehmlichen Anwendungsbereich der neu geschaffenen Institution in der Bewältigung sog. »komplexer« Materien (»Querschnittsmaterien«), das sind sachlich in sich geschlossene Verwaltungsgebiete, die jedoch auf verschiedene Tatbestände der bundesstaatlichen Kompetenzordnung aufzuteilen sind¹⁰³), wie die Bereiche der Raumordnung, der umfassenden Landesverteidigung (Art. 9 a B-VG)¹⁰⁴, des Zivilschutzes, des Umweltschutzes oder der Katastrophenhilfe. In all diesen Bereichen hat sich die bestehende Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern als äußerst wirksamer Hemmschuh umfassender und oft dringender Lösungen erwiesen. Bund und Länder sind hier nämlich je nur zu Detailregelungen kompetent, die sich zu sachlich geschlossenen Lösungen nicht zusammenfassen lassen. Die »Querschnittsmaterie« wird damit sehr leicht zur »Weder-Noch«-Materie¹⁰⁵) in dem Sinn, daß die sachlich erforderliche Regelung kompetenzrechtlich verschieden einzuordnende Maßnahmen in unauflösbarer Verquickung umfaßt.

Ob sich das Institut des Art. 15 a Abs. 1 B-VG als ein effizientes Instrument zur Lösung dieser Probleme erweisen kann, hängt vor allem von der Antwort auf folgende Grundfragen ab.

2.3.1. Bindung an die Kompetenzordnung

Das prägende Prinzip des österreichischen Systems der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung ist der Grundsatz strenger Exklusivität und strikter Trennung, negativ formuliert: der prinzi-

¹⁰³) Vgl. dazu Schäffer, a.a.O. (Anm. 48), S. 89 ff.

¹⁰⁴) Siehe dazu unten 4.

¹⁰⁵) Walter/Mayer, a.a.O. (Anm. 68), S. 82.

pielle Ausschluß konkurrierender Zuständigkeiten von Bund und Ländern¹⁰⁶): Zu einer bestimmten Maßnahme kann, von hier unmaßgeblichen Ausnahmen abgesehen, jeweils nur der Bund oder das Land kompetent sein¹⁰⁷).

Art. 15 a Abs. 1 B-VG durchbricht dieses Prinzip nichtkonkurrierender Exklusivität zumindest in formaler Hinsicht, und zwar nicht als isolierte Ausnahme auf einem eng begrenzten Sachgebiet, sondern potentiell auf die gesamte Kompetenzordnung bezogen. Ein hoheitlicher Vertrag zwischen Bund und Ländern inkludiert zwangsläufig die Mitwirkung einer Gebietskörperschaft an der Ausübung von Hoheitsrechten, die kompetenzrechtlich der anderen Gebietskörperschaft zustehen. Die These von der Exklusivität der Kompetenzbereiche ist damit zumindest formal nicht mehr aufrechtzuerhalten. Die entscheidende Frage ist aber, welche Rückwirkungen davon auf das grundlegende Verständnis der Kompetenzverteilung ausgehen. Ein effektives Instrument zur Bewältigung komplexer Kompetenzlagen wird ein Abkommen zwischen dem Bund und den Ländern nur sein können, wenn es Regelungen erlaubt, die nach dem Trennungsprinzip kompetenzrechtlich nicht mehr auflösbar sind (»Weder-Noch-Kompetenzen«), wenn also nicht gefordert wird, daß jedes einzelne Detail eines solchen Abkommens der exklusiven Kompetenz entweder des Bundes oder der Länder zuzuordnen sein muß. Vom Telos der Schaffung des Art. 15 a B-VG her läßt sich eine solche Abschwächung des Exklusivitätsprinzips durchaus legitimieren. In der bisherigen Praxis wurde sie jedoch noch nicht akzeptiert. Nicht zuletzt sind freilich daran bislang alle Versuche gescheitert, zu einer Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern zu gelangen. Denn die legistischen Schwierigkeiten einer Querschnittsmaterie werden damit von der (auch bisher abstimmbaren) Gesetzgebung auf die Vertragsformulierung verlagert. Die von Ermaco¹⁰⁸) artikulierte Hoffnung, daß »dieser mutige Schritt zum modernen kooperativen Bundesstaat nicht im Geflecht formaler Hemmnisse und mangelnder Initiativen hängen« bleibe, hat sich damit noch nicht erfüllt.

2. 3. 2. Transformation

Die Frage, ob durch einen Bund-Länder-Vertrag nach Art. 15 a B-VG eine kompetenzrechtlich »verquickte« Regelung getroffen werden darf, wird freilich nur aktuell, wenn eine solche Regelung unmittelbar anwend-

¹⁰⁶) Vgl. Funk, Die grundlegenden Ordnungsprobleme im System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, JBl. 1976, S. 449 ff. (450 f., 454).

¹⁰⁷) Zu einzelnen, das Prinzip nicht aufhebenden Modifikationen vgl. Schäffer, a.a.O. (Anm. 48), S. 89 ff. ¹⁰⁸) A.a.O. (Anm. 5), S. 30.

bar in dem Sinne ist, daß sie keiner »speziellen« Ausführung durch Bundes- und/oder Landesgesetze — die dann selbstverständlich der Kompetenzordnung folgen müßten — bedarf, um für staatliche Organe und Privatpersonen verbindlich zu werden. Damit wird jenes Problem angeschnitten, das in Österreich üblicherweise unter dem Titel »Transformation« in Analogie zu den völkerrechtlichen Verträgen abgehandelt wird.

Die Formulierung des letzten Satzes im Art. 15 a Abs. 1 B-VG erinnert an die Fassung des Art. 49 Abs. 1 B-VG vor der B-VGNovelle 1964, aus dem die Lehre einhellig abgeleitet hat, daß völkerrechtliche Verträge ohne »spezielle« Transformation Bestandteile des innerstaatlichen Rechts bilden und, soweit dies ihr Inhalt, insbesondere der Grad ihrer Bestimmtheit zuläßt, unmittelbar Staatsorgane aller Art und Privatpersonen berechtigen und verpflichten¹⁰⁹). Eine grammatische wie systematische Interpretation legt eine analoge Schlußfolgerung aus Art. 15 a B-VG somit nahe¹¹⁰). Im übrigen läßt aber der Text des Art. 15 a B-VG nur Schlüsse auf die Rechtslage im Bund zu. Die Länder haben diese Frage selbständig zu regeln¹¹¹), was ein bemerkenswertes Element der bislang von der Bundesverfassung sehr eingeschränkten Verfassungsautonomie der Länder¹¹²) darstellt.

Daß Verträge nach Art. 15 a B-VG zumindest auf Seiten des Bundes — auf eine Analyse der einschlägigen landesverfassungsgesetzlichen Regelungen muß hier verzichtet werden — im Sinne des »Prinzips der generellen Transformation« (Adoptionsprinzip)¹¹³) zu unmittelbar geltenden und, entsprechend ihrem Inhalt, anwendbaren Bestandteilen seiner Rechtsordnung werden, zeigt erst in voller Radikalität die Durchbrechung des alten Trennungsprinzips der Kompetenzordnung und bestätigt die zuvor daraus abgeleiteten Konsequenzen. Wie sehr damit allerdings an Dogmen der österreichischen Verfassungslehre gerührt wird, belegt die Argumentation von Rill¹¹⁴), die in genau umgekehrter Richtung

¹⁰⁹) Dazu ausführlich Öhlinger, a.a.O. (Anm. 82).

¹¹⁰) In diesem Sinne Ermacora, a.a.O. (Anm. 5), S. 28; Walter, a.a.O. (Anm. 73), S. 505.

¹¹¹) Vgl. Rill, a.a.O. (Anm. 19).

¹¹²) Siehe dazu Kojan, a.a.O. (Anm. 51); Pernthaler, Der österreichische Bundesstaat im Spannungsfeld von Föderalismus und formalem Rechtspositivismus, ÖZöR 1969, S. 361 ff.

¹¹³) Siehe dazu auch Öhlinger, a.a.O. (Anm. 82).

¹¹⁴) A.a.O. (Anm. 19), S. 40; Rill kann sich allerdings auf eine nicht weiter begründete Bemerkung in den Erläuterungen der RV stützen.

erfolgt: Von der nicht weiter belegten, weil offenbar als selbstverständlich vorausgesetzten These, daß »Bund-Länder-Verträge teils in Bundes-, teils in Landesrecht zu transformieren sind, daß also jene zur Vertragserfüllung erforderlichen Regelungen, die in die Kompetenz der Länder fallen, gar nicht in Bundesrecht transformiert werden dürfen«, wird entgegen der zugegebenermaßen »prima vista naheliegenden Deutung von Art. 15a Abs. 1 letzter Satz B-VG« auf die — im Text der Prämisse bereits vorweggenommene(!) — Transformationsbedürftigkeit geschlossen.

2. 3. 3. Verfassungsgerichtliche Kontrolle

Nicht wenige Probleme wirft auch der neue Art. 138 a B-VG auf. Dem VfGH sind hier zwei Feststellungskompetenzen übertragen¹¹⁵⁾.

2. 3. 3. 1. Gültigkeit einer Vereinbarung

Daß der VfGH festzustellen hat, ob eine Vereinbarung im Sinne des Art. 15 a B-VG vorliegt, bezieht sich auf die Gültigkeit eines solchen Vertrages. Art. 138 a B-VG scheint damit von jenem Strukturprinzip der österreichischen Normenkontrolle abzuweichen, daß fehlerhafte (rechtswidrige) Rechtsakte nicht absolut nichtig, sondern nur anfechtbar und gegebenenfalls, mit prinzipieller Wirkung *ex nunc*, aufhebbar sind. Allerdings hat der VfGH in neuerer Rechtsprechung deutlich festgestellt, daß dieses Prinzip eben nur soweit reicht, als die positive Rechtsordnung Anfechtungs- und Kontrollmöglichkeiten vorsieht. Einen solchen Rechtsweg eröffnet nun aber Art. 138 a B-VG. Daraus ist zu schließen, daß auch in diesem Fall kein Organ die Ungültigkeit einer Art. 15 a B-VG-Vereinbarung selbständig beurteilen kann, sondern dem VfGH ein Prüfungsmonopol zukommt. Die Feststellung des Nicht-Bestandes einer Vereinbarung wirkt jedoch, abweichend von der (durch die Novelle 1975¹¹⁶⁾ freilich stark modifizierten) Regel bezüglich Gesetzen und Verordnungen, stets und ausnahmslos *ex tunc*, scheidet diese Vereinbarung also rückwirkend aus der Rechtsordnung aus.

Das Abstellen der verfassungsgerichtlichen Prüfung auf die Gültigkeit (nicht »Rechtswidrigkeit«) einer Vereinbarung im Sinne des Art. 15 a Abs. 1

¹¹⁵⁾ Vgl. Rill, a.a.O. (Anm. 19), S. 46.

¹¹⁶⁾ Siehe dazu unten 3.3.3.

B-VG bedeutet ferner, daß nicht jede Rechtsverletzung die Nichtigkeit eines solchen Vertrages bewirkt. Das entspricht ihrer *Vertrags-Struktur*, dergemäß eine Partei darauf vertrauen können muß, daß ihr Partner die für sie maßgeblichen internen Rechtsregeln beachtet. Dabei geht es primär um die Einhaltung der internen Kompetenz- und Verfahrensregelungen, weil ein Abkommen selbst dann nicht rechtswidrig ist, wenn es gegen (Bundes- oder Landes-)Verfassungsrecht verstößt, wenn es nur in dem für »verfassungsändernde« Abkommen vorgesehenen Verfahren zustandekommt. Gleiches gilt für »gesetzändernde« Vereinbarungen. Damit stellt sich eine aus dem Völkerrecht bekannte Fehlerfolgenproblematik, die gemäß Art. 15 a Abs. 3 B-VG in analoger Anwendung der Regeln des völkerrechtlichen Vertragsrechts zu lösen ist. Nach Art. 46 der Wiener Vertragsrechtskonvention, auf die die RV explizit verweist, kommt es dabei darauf an, daß die Rechtsverletzung »manifest« war und eine Regel von »fundamentaler Bedeutung« umfaßte¹¹⁷⁾. Diese beiden Kriterien werden bei Vereinbarungen nach Art. 15 a B-VG allerdings insofern einen strengeren Maßstab als im Völkerrecht ergeben, als die Bundesverfassung eine für Bund und Länder gemeinsame Rechtsordnung bildet, deren Verletzung »so gut wie immer«¹¹⁸⁾ sowohl als »offenkundig« als auch als »fundamental« anzusehen ist.

2. 3. 3. 2. Mangelhafte Erfüllung

Daß der VfGH lediglich »festzustellen« hat, ob eine Vertragspartei ihre Verpflichtungen aus einer Vereinbarung nach Art. 15 a B-VG erfüllt hat, eine Klage »auf Zuhalten des Vertrages« dagegen nicht vorgesehen ist, wurde als rechtsstaatlich mangelhaft kritisiert¹¹⁹⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß die vom VfGH feststellbare Nicht-Erfüllung vor allem in der Unterlassung von Hoheitsakten, insbesondere auch von Gesetzen, bestehen wird. Soll diese vom VfGH suppliert werden können? Das wäre ein echter Bruch mit der österreichischen Verfassungstradition, vor allem auch mit dem Selbstverständnis des VfGH. Die systemkonforme Alternative einer Aufhebung des mangelhaft oder gar nicht erfüllten Abkommens würde aber am Interesse der rechtsschutzsuchenden Partei

¹¹⁷⁾ Vgl. dazu auch Öhlinger, Institutionelle Grundlagen der österreichischen Integrationspolitik in rechtlicher Sicht, in: Öhlinger/Mayrzedt/Kucera, Institutionelle Aspekte der österreichischen Integrationspolitik (1975), S. 24 ff.

¹¹⁸⁾ Rill, a.a.O. (Anm. 19), S. 47.

¹¹⁹⁾ Rill, a.a.O. (Anm. 19), S. 44.

vorbereiten. Dort aber, wo eine Exekutierbarkeit durchaus angebracht erscheint, weil es sich um vermögenswerte Leistungen handelt, ist sie – über Art. 137 B-VG – auch gegeben. Das ist nämlich der Sinn der Ausklammerung vermögensrechtlicher Ansprüche aus Art. 138 a B-VG.

2. 3. 3. 3. Antragslegitimation

Art. 138 a B-VG eröffnet lediglich den unmittelbaren Vertragspartnern den Zugang zum VfGH. Der indirekte Verweis auf Art. 137 B-VG gibt allenfalls sonst »Betroffenen« eine Klage nur bei vermögensrechtlichen Ansprüchen gegenüber einer Gebietskörperschaft. Akzeptiert man die Möglichkeit einer unmittelbaren Verpflichtung von Rechtsunterworfenen¹²⁰⁾ durch solche Vereinbarungen¹²¹⁾, stellt sich die Frage eines adäquaten Rechtsschutzes der so Verpflichteten. Die von Ermacora¹²²⁾ erwogene Argumentation, über Art. 15 a Abs. 3 B-VG die Subsumierbarkeit der Art. 15 a B-VG-Vereinbarung unter den Terminus »Staatsvertrag« im verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzsystem abzuleiten und daraus die Anfechtbarkeit durch Gerichte und – seit der Novelle 1975¹²³⁾ – unter bestimmten Voraussetzungen auch durch den Einzelnen selbst zu erschließen, muß – gemessen am Stil österreichischer Verfassungsjudikatur – als kühn angesehen und daher bezweifelt werden, daß ihr der VfGH folgen wird. Andernfalls ergibt sich freilich eine systemwidrige Lücke im Normenkontrollsystem. Zweifellos legt dies eine rechtspolitische Zurückhaltung in der unmittelbaren Gestaltung der Rechte und Pflichten von Privatpersonen durch solche Vereinbarungen nahe. Daraus schlechthin aber ihre Transformationsbedürftigkeit abzuleiten, würde die Logik dieses Arguments überspannen. Zumindest bliebe zu differenzieren zwischen der unmittelbaren Verpflichtung von Privatpersonen einerseits und von Verwaltungsorganen andererseits.

Gerade dieses Problem belegt aber noch einmal illustrativ die Schwierigkeiten, eine echte Innovation in ein festgefügtes, durch Lehre und Judikatur verfestigtes Verfassungssystem einzuführen. Kaum anderswo erweist sich die österreichische Verfassungsordnung als starrer, unpraktikabler und problembelasteter als in der Verteilung der Kompetenzen

¹²⁰⁾ Ermacora, a.a.O. (Anm. 5), S. 28.

¹²¹⁾ Siehe oben 2.3.2.

¹²²⁾ A.a.O. (Anm. 5); im gleichen Sinn zur alten Regelung über Vereinbarungen der Länder untereinander Walter, a.a.O. (Anm. 12), S. 607.

¹²³⁾ Siehe unten 3.3.2.

von Bund und Ländern. Bedeutende intellektuelle und damit auch finanzielle Ressourcen erfordert allein die schwierige Auslegung der zersplitterten Kompetenztatbestände. Dennoch erweist dieses System sowohl auf der Ebene des gesetzten Verfassungsrechtes als auch und vor allem auf der Ebene der Interpretation durch Lehre und Judikatur ein ungemein starkes Beharrungsvermögen, das system-immanent-evolutiv nur »kosmetische Retuschen«, nicht aber tiefgreifende Reformen – hier den Wandel von einer extrem starren zu einer flexiblen Deutung der Kompetenzverteilung – zuzulassen scheint¹²⁴).

2. 4. Änderungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Novelle stellt schließlich – außerhalb ihres eigentlichen Themas – die Zuständigkeit des VwGH in Disziplinarsachen der öffentlichen Bediensteten durch Beseitigung des diese Zuständigkeit bisher ausschließenden Art. 133 Ziff. 2 B-VG her. Die RV sah nur eine Anpassung dieser Bestimmung an die neue dienstrechtliche Terminologie (siehe oben 2. 1. 2.) vor, wies aber in den Erläuterungen auf ihre rechtsstaatliche Problematik hin und stellte deren Diskussion im Rahmen einer umfassenden Neuordnung des Rechtsschutzes im Bereich der öffentlichen Verwaltung in Aussicht. Damit wurde bereits auf die durch die RV betreffend die Volksanwaltschaft ausgelösten Bestrebungen um eine Erweiterung der Zuständigkeit von VwGH und VfGH verwiesen, die zu der im folgenden dargestellten Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1975, BGBl. Nr. 302, führten (siehe unten 3. 1.). Der Ausschuß zog statt der nur vorläufig gedachten terminologischen Änderung des Art. 133 Ziff. 2 B-VG gleich dessen Aufhebung vor.

Eine zweite Erweiterung der Kompetenzen des VwGH hält sich dagegen im Rahmen des bundesstaatlichen Reformziels dieser Novelle. Das Baurecht ist eine der wenigen intakten Kompetenzen der Länder, doch ragt auch hier eine – eher eigenartige – Bundeskompetenz hinein: Die Vollziehung der entsprechenden Landesgesetze ist (wieder mit Ausnahmen) Bundessache, soweit sie sich auf bundeseigene Gebäude, die öffentlichen Zwecken dienen, bezieht (Art. 15 Abs. 5 B-VG). Die vom Forderungsprogramm der Bundesländer intendierte Aufhebung dieser Bestimmung wurde nicht erfüllt, doch wurde den Landesregierungen das Recht eingeräumt, gegen Bescheide des zuständigen Bundesministers

¹²⁴) Vgl. dazu auch Ger mann, a.a.O. (Anm. 10); seine in der Schweiz gemachten Beobachtungen erfahren in Österreich eine potenzierte Bestätigung.

Beschwerde beim VwGH zu erheben (Art. 131 Abs. 1 Ziff. 3 B-VG). Damit soll eine einheitliche Anwendung der landesrechtlichen Bauvorschriften durch den Bund gesichert werden.

*3. Die Bundes-Verfassungsgesetznovelle vom 15. Mai 1975
über die Erweiterung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes
und des Verfassungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 302*

In der Frühjahrssession der 13. Gesetzgebungsperiode, bereits unter dem Druck der nahenden Wahlen, beschloß der Nationalrat in rascher Aufeinanderfolge vier Novellen zum B-VG. Ihre getrennte Behandlung und Kundmachung spiegelt die interne parlamentarische Arbeitsteilung wider. Jede dieser Novellen stand in einem anderen politischen Kontext und wurde in verschiedenen Ausschüssen z. T. jahrelang beraten. Ihre Verknüpfung hätte zusätzliche politische Ressourcen absorbiert und die Beschlußfassung mit unkalkulierbaren Junktimierungen unterschiedlicher Interessenlagen belastet. In der Sicht der Verfassungstheorie stellt sich dies freilich als »geradezu chaotische Verfassungsentwicklung«¹²⁵⁾ dar.

3. 1. Vorgeschichte

Die umfangreichste und bedeutendste dieser Novellen betrifft die Erweiterung der Zuständigkeit des VwGH und des VfGH. Ihre beiden ineinander verschränkten Schwerpunkte sind die Erweiterung des Beschwerderechts des Einzelnen gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt und eine Neuordnung des Systems der verfassungsgerichtlichen Gesetzes- und Ordnungsprüfung.

Auch die Geschichte dieser Novelle reicht weit zurück, und zwar bis in die Mitte der fünfziger Jahre. Damals entzündete sich an verschiedenen widersprüchlichen Judikaten der Höchstgerichte (»Divergenzen-Problem«) eine intensive Diskussion, die sich bald zu einer allgemeinen Rechtsschutzdebatte ausweitete¹²⁶⁾. Bereits 1959 wurde dem Nationalrat darüber ein Bericht der Bundesregierung vorgelegt (»Diver-

¹²⁵⁾ Ermacora, a.a.O. (Anm. 4), S. 86.

¹²⁶⁾ Ausführliche Literaturnachweise bei Welan/Winkler, Die Normenkontrolle und ihr Ausbau, ÖJZ 1967, S. 645 ff.; Schreiber, Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich (1976).

genzen-Bericht«), dem ein Entwurf einer Bundesverfassungsnovelle angeschlossen war. Ihren Höhepunkt erreichte diese Diskussion, als im März 1967 vom Verfassungsdienst des BKA ein neuerlicher Entwurf einer B-VGNovelle zur Begutachtung versandt wurde. Dieser intendierte sowohl eine Lösung verschiedener Aspekte des Divergenzenproblems als auch die Realisierung jener legislativen Vorschläge, die der VfGH in mehreren Tätigkeitsberichten in die Rechtsschutzdiskussion eingebracht hatte, und griff darüber hinaus mehrere andere offene verfassungsrechtliche Probleme auf. Mit dieser Zielsetzung waren aber die politischen Ressourcen einer Verfassungsreform anscheinend bereits überfordert. Die Einwände im Begutachtungsverfahren waren jedenfalls so heftig, daß im Herbst des gleichen Jahres ein stark reduzierter Entwurf versandt wurde, der auf die Lösung des Divergenzenproblems verzichtete und sich auf die »im Begutachtungsverfahren anerkannten Wünsche des VfGH« beschränkte. Diesen Entwurf traf wieder der Einwand, daß er zu wenig brachte und damit zu weit hinter der in Gang gesetzten Diskussion zurück blieb. Die Bundesregierung verzichtete daraufhin überhaupt auf eine RV, erstattete aber dem Nationalrat einen ausführlichen Bericht, dem der erste Entwurf von 1967 sowie ein neuer, wieder etwas reduzierter Entwurf (im Bericht als »Behelfsentwurf« bezeichnet) angeschlossen waren¹²⁷).

Mit dem Antritt der (Minderheits-)Regierung Kreisky I im Frühjahr 1970 erhielt die Rechtsschutzdiskussion eine neue Wendung. In der Regierungserklärung wurde die schon zuvor mehrfach geäußerte Anregung aufgenommen, den Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung durch eine am nordischen Ombudsman inspirierte Institution zu perfektionieren¹²⁸). Eine diesbezügliche RV wurde zu Beginn der folgenden Gesetzgebungsperiode eingebracht. Sie sah eine Ergänzung des B-VG durch ein neues Hauptstück unter dem Titel »Volksanwaltschaft« vor¹²⁹). Die spätere Kundmachung der B-VGNovelle 1975 nennt diese RV ausdrücklich als die ihr zugrundeliegende Gesetzesinitiative. Beide – Initiative und kundgemachtes Gesetz – stimmen jedoch thematisch nicht in einem einzigen Punkt überein. Was auf den ersten Blick verblüfft, wird aus dem Ausschlußbericht deutlich¹³⁰). In den parlamentarischen

¹²⁷) Siehe auch Ringhofer, Gedanken über einen Entwurf zur Abänderung und Ergänzung des Bundes-Verfassungsgesetzes, in: FS Hellbling (1971), S. 607 ff.; der Text der Entwürfe von 1968 ist abgedruckt bei Marcic, in: FS Gebhard Müller (1970), S. 235 ff.

¹²⁸) Sten. Prot. NR, XII. GP., S. 14; siehe dazu auch unten 5.1.

¹²⁹) 131 BlgNR XIII. GP.

¹³⁰) Siehe 1600 BlgNR XIII. GP.

Beratungen wurde der in den Erläuterungen der RV selbst angesprochene Gedanke aufgegriffen, neben oder statt der Volksanwaltschaft das bestehende Rechtsschutzsystem zu verbessern. Der Ausschuß griff dabei, ohne dies explizit zu sagen, auf die Entwürfe von 1967/68 zurück¹³¹⁾. Während schließlich über die Volksanwaltschaft selbst zunächst keine Einigung zwischen den beiden großen Parteien zustandekam, wurden die übrigen vom Ausschuß vorgeschlagenen Regelungen zum Beschluß erhoben. Sie machen die im folgenden zu erörternde Verfassungsnovelle aus¹³²⁾.

3. 2. Neuerungen der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshofbeschwerde

3. 2. 1. *Beschwerde gegen die Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*

Einer der interessantesten Punkte der Novelle ist die Ausdehnung der Beschwerdemöglichkeit des Einzelnen (»Bescheidbeschwerde«) auf die »Ausübung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt« (Art. 130 Abs. 1, Art. 144 B-VG).

¹³¹⁾ Nach Berchtold, Zur Erweiterung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ÖJZ 1976, S. 589 ff., wurde im Ausschuß auf den »Behelfsentwurf« des Jahres 1968 zurückgegriffen.

¹³²⁾ Die Diskrepanz zwischen RV und kundgemachtem Gesetzesbeschluß ist als »schwerer Mangel transparenter Gesetzgebung« qualifiziert worden (Walter, a.a.O. Anm. 19, S. 80), weil die Motive des Verfassungsgesetzgebers unerkennbar bleiben. Dem ist entgegenzuhalten, daß die üblichen breiten Erläuterungen einer RV nur als Rechtfertigung einer Gesetzesinitiative gegenüber dem eigentlichen »Gesetzgeber«, dem Parlament, zu verstehen sind und die häufig vorgenommene Identifikation dieser Motive mit jenen des Gesetzgebers selbst auch bei unverändertem Wortlaut des Gesetzesbeschlusses höchst problematisch und jedenfalls fiktiv ist. Die (Bundes-)Regierung hat ihre Initiative gegenüber dem Parlament zu begründen, das Parlament hat Gesetze nicht zu begründen, sondern zu beschließen, und zwar *idealiter* so, daß eine weitere Begründung überflüssig ist. Selbstverständlich bleibt die Realität hinter diesem Postulat oft und vielleicht immer öfter zurück. Die Einschränkung möglicher Auslegungsvarianten auf die unter den Materialien meist allein ergiebige RV, die diese zu einer subsidiären Rechtsquelle hochstilisiert, schafft aber zusätzliche Barrieren des Zugangs zum Recht, da sie ein nicht in gleicher Weise »öffentliches« Publikationsorgan zum Maßstab des veröffentlichten Gesetzes macht. Im übrigen ist dem Spezialisten der Zugang zu den Motiven der Verfassungsnovelle 1975 über die Entwürfe 1967/68 kaum weniger erschwert als über die üblichen RV. Zugegeben muß aber werden, daß die Novelle im Parlament unter Zeitdruck zustandegekommen ist und an den Stand der öffentlichen (Fach-)Diskussion vor einem Jahrzehnt angeknüpft hat, ohne deren Weiterentwicklung zu berücksichtigen und ohne der Fachwelt auch nur Gelegenheit zur neuerlichen Stellungnahme zu geben. Das hat ihr im Ergebnis zweifellos geschadet.

Diese Neuerung wurzelt insofern in der Divergenzenproblematik¹³³⁾, als sie eine bisherige Differenz in der Judikatur der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beseitigen will, nämlich die unterschiedliche Auslegung des Begriffs »Bescheid« durch den VwGH einerseits (Art. 130, 131 B-VG) und den VfGH andererseits (Art. 144 B-VG). Während der VwGH für das Vorliegen eines Bescheides ein bestimmtes Maß an Förmlichkeit verlangte — das in etwa in der schriftlichen Fixierbarkeit der behördlichen Anordnung bestand —, ließ der VfGH auch Anfechtungen völlig formloser behördlicher Akte, sog. »faktischer Amtshandlungen«, zu. Dieser vom VfGH gewährte Rechtsschutz war freilich auf dessen Kompetenz, über die Verletzung »verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte« zu erkennen (Art. 144 B-VG), beschränkt. Die Novelle 1975 stellt nunmehr die Beschwerdemöglichkeit außer gegen Bescheide auch gegen die »Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt« sowohl beim VfGH als auch beim VwGH her.

Dabei stellt sich die Frage nach der Identität des neuen Terminus »Ausübung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher¹³⁴⁾ Befehls- und Zwangsgewalt« mit dem in der Judikatur des VfGH entwickelten Begriff der faktischen Amtshandlung. Daß die neue Terminologie, die sich schon im Divergenzenbericht 1959 findet¹³⁵⁾, von dieser Judikatur inspiriert ist, läßt sich aus den Materialien eindeutig nachweisen¹³⁶⁾. Es fragt sich aber, ob damit auch die neuere Entwicklung dieser Judikatur eingefangen wurde. Zwar werden damit zweifelsfrei die »klassischen« Beispiele faktischer Amtshandlungen wie Festnahme, Hausdurchsuchung, Beschlagnahme, Auflösung einer Versammlung udgl. erfaßt¹³⁷⁾. Es finden sich aber in der jüngeren Rechtsprechung auch Beispiele einer Extension dieses Begriffes auf Fälle, die mit »behördlichem Befehl

¹³³⁾ Siehe zuvor 3.1.

¹³⁴⁾ Hier besteht eine terminologische Differenz zwischen den Art. 130 und 144 B-VG, deren Relevanz nicht recht klar ist. Nach B e r c h t o l d, a.a.O. (Anm. 131), S. 591, sollte der Ausdruck »verwaltungsbehördlich« im Zusammenhang mit dem VfGH lediglich den Ausschluß gerichtlicher Akte klarstellen, was hinsichtlich des VwGH von vornherein außer Zweifel stand.

¹³⁵⁾ Dort, wie in den Entwürfen 1967, in der beabsichtigten Neufassung des Art. 144 B-VG, zur bloßen »Absicherung« einer längst verfestigten Judikatur; erst im »dritten Entwurf« 1968 erstmals auch im Art. 130 B-VG.

¹³⁶⁾ Siehe auch H a l l e r, Die Verfassungsnovelle 1975, 1. Teil, in: Arbeitshefte Wirtschaftsuniversität Wien, H. 2 (1976), S. 19.

¹³⁷⁾ Dazu allgemein F u n k, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975).

und Zwang«¹³⁸⁾ nur mehr sehr wenig zu tun haben. Darin war ein Ansatz zu sehen, die Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts auf den Einsatz staatlicher Macht auch dort, wo er nicht in traditionell-hoheitlicher Form erfolgt, zu erstrecken. Damit ist das zentrale österreichische Problem der Privatwirtschaftsverwaltung angesprochen, das ist jegliche Verwaltung, die nicht in den (verfassungs)rechtlich genau umschriebenen Formen der Hoheitsverwaltung (Verordnung, Bescheid, sofortiger Polizeizwang), unabhängig von ihrer – öffentlichen oder lediglich fiskalischen – Zielsetzung, erfolgt¹³⁹⁾. Dieser quantitativ sehr bedeutsame, vielleicht sogar schon dominierende Bereich der öffentlichen Verwaltung ist nicht nur aus der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern¹⁴⁰⁾ und nach jüngster Judikatur anscheinend auch aus dem Legalitätsprinzip¹⁴¹⁾ ausgeklammert, sondern auch aus den speziell auf die öffentliche Verwaltung bezogenen Rechtsschutzinstitutionen¹⁴²⁾. Man muß darin das zentrale Problem des Verwaltungsrechtsschutzes in Österreich sehen¹⁴³⁾. Die Novelle hat es nicht berührt (und belegt damit das bescheidene Innovationspotential heutiger Verfassungsreformen¹⁴⁴⁾). Es wurde sogar die Befürchtung geäußert, eine bereits in der Judikatur angebahnte Entwicklung werde durch die explizite Festschreibung auf die »behördliche Befehls- und Zwangsgewalt« im Sinn »alt-hoheitlicher Staatsmacht« wieder abgeschnürt¹⁴⁵⁾. Demgegenüber ist zu hoffen, daß der VfGH die sowohl historisch wie systematisch-teleologisch¹⁴⁶⁾ nachweisbare Identität seiner neu umschriebenen Kompetenz mit seiner bisherigen Judikatur einschließlich ihres Entwicklungspotentials anerkennt und den Terminus »verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt« zeitgemäß-extensiv interpretiert.

¹³⁸⁾ Zur Fragwürdigkeit dieses Begriffspaares auch Öhlinger, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974), S. 41 ff.

¹³⁹⁾ VfSlg. 3262/1957.

¹⁴⁰⁾ Art. 17 B-VG.

¹⁴¹⁾ Erkenntnis des VfGH vom 13. 12. 1975, B 304/75-12; siehe auch Knitel, Einige Rechtsprobleme des Rundfunks in Österreich, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1976, S. 357 ff.

¹⁴²⁾ Das gilt allerdings nun nicht mehr für die Volksanwaltschaft; siehe dazu unten 5.1.

¹⁴³⁾ Vgl. dazu auch Öhlinger, a.a.O. (Anm. 138); Klecatsky, Der Verwaltungsgerichtshof und die Zukunft der Grundfreiheiten und Menschenrechte, in: Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1976), S. 293 ff. (312 ff.).

¹⁴⁴⁾ Siehe oben 1.

¹⁴⁵⁾ Klecatsky, a.a.O. (Anm. 143), S. 313; eine Einschränkung der bisherigen Judikatur des VfGH erwägt auch Szirba, Zur Anfechtbarkeit faktischer Amtshandlungen, ÖVA 1976, S. 1 ff. (10).

¹⁴⁶⁾ Funk, a.a.O. (Anm. 19), S. 72.

3. 2. 2. *Beschwerde gegen die Anwendung rechtswidriger Gesetze und Verordnungen*

Die Novelle erweitert ferner die Anrufbarkeit des VfGH als Sonderverwaltungsgerichtshof (Art. 144 B-VG). Die Zuständigkeit des VfGH erstreckt sich nunmehr auf die Prüfung individueller Verwaltungsakte (Bescheide und Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt) nicht nur, wenn diese ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletzen, sondern auch – und das ist neu – soweit der Verwaltungsakt in Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages, ergeht. Ob die Behauptung des Beschwerdeführers, daß die ihm gegenüber angewandte Norm rechtswidrig sei, richtig ist, muß in einem inzidenter einzuleitenden Normenprüfungsverfahren (Art. 139, 140 oder 140 a B-VG) geprüft werden, sofern die Verletzung von Rechten des Beschwerdeführers überhaupt als »möglich« und die Gründe, die gegen die Rechtswidrigkeit der Norm vorgebracht werden, einigermaßen plausibel sind (d. h.: beim VfGH »Bedenken« auszulösen vermögen).

Diese Regelung knüpft ebenfalls an bestehende Judikatur an, nämlich an die Rechtsprechung zu den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt. Bei diesen – und das ist die Mehrzahl der im österreichischen Verfassungsrecht gewährleisteten subjektiven Rechte – ist die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen VwGH – der zum Schutz gegen einfach-gesetzwidrige Verwaltungsakte kompetent ist – und dem VfGH – dem der Schutz vor verfassungsgesetzwidrigen Akten obliegt – besonders schwierig. Die Judikatur hat zu dieser Frage unterschiedliche Modelle je nach dem Typus des Gesetzesvorbehaltes¹⁴⁷⁾ entwickelt. Im – zumindest quantitativ – wichtigsten Fall, z. B. bei den hier bedeutsamsten Grundrechten des gesetzlichen Richters und des Eigentums, nimmt der VfGH eine von ihm wahrzunehmende Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes dann an, wenn

a) der Verwaltungsakt ohne jede gesetzliche Grundlage erging; einer Gesetzlosigkeit wird eine »denk unmögliche« Gesetzesanwendung (das ist eine besonders qualifizierte Gesetzesverletzung) gleichgestellt; ist dagegen die Subsumtion des Sachverhaltes unter eine einfach-

¹⁴⁷⁾ Korinek, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, in: FS Merkl (1970), S. 171 f.; Stolzlechner, Abgabengesetze und Eigentumsgarantie, ÖZW 1975, S. 33 ff.

gesetzliche (das Grundrecht näher gestaltende) Norm prinzipiell vertretbar, so kann nur mehr die Frage gestellt werden, ob dieses Gesetz auch richtig angewendet wurde. Dazu ist nicht mehr der VfGH, sondern der VwGH berufen; oder

b) das angewendete Gesetz verfassungswidrig oder eine dazwischengeschaltete Verordnung gesetzwidrig¹⁴⁸⁾ war; Maßstab der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder der Verordnung ist dabei nicht ausschließlich das entsprechende Grundrecht; so verletzt beispielsweise ein Steuerbescheid das grundrechtlich geschützte Eigentum auch, wenn er auf einem kompetenzwidrigen oder einen mangels hinreichender Bestimmtheit dem Art. 18 B-VG widersprechenden Gesetz oder einer nicht gehörig kundgemachten Verordnung beruht¹⁴⁹⁾.

Die Neuerung der Novelle gegenüber dieser Rechtslage besteht darin, daß der Beschwerdeführer nun nur mehr behaupten muß, durch die Anwendung des verfassungswidrigen Gesetzes oder der gesetzwidrigen Verordnung in irgendeinem subjektiven Recht, das nicht auch verfassungsgesetzlich gewährleistet sein muß, verletzt worden zu sein. Damit wird zunächst einmal der Zugang des Einzelnen zum inzidenten Normenkontrollverfahren des VfGH erleichtert. Diese Regelung steht im Zusammenhang mit der im folgenden erörterten Möglichkeit des Einzelnen, Gesetze und Verordnungen direkt beim VfGH anzufechten, wenn diese seine subjektive Rechtssphäre ohne Zwischenschaltung eines behördlichen Bescheides oder gerichtlichen Urteils verletzen. Zusammen gewähren die beiden Bestimmungen bei richtiger Auslegung einen direkten Zugang des Einzelnen zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle jedes Gesetzes, jeder Verordnung und auch jedes völkerrechtlichen Vertrages¹⁵⁰⁾, die in gesetz- oder verfassungswidriger Weise »seine Rechte verletzen«.

Die Neuerung erstreckt sich auch auf die Auswirkung des inzidenten Normenprüfungsverfahrens auf das Beschwerdeverfahren. Bislang bewirkte die Aufhebung einer Verordnung oder eines Gesetzes keineswegs automatisch auch die Aufhebung des Bescheides im Anlaßfall. Vielmehr überprüfte der VfGH diesen Bescheid an der von ihm »bereinigten« Rechtslage und kam dabei häufig zu dem Ergebnis, daß die

¹⁴⁸⁾ Anderer Meinung Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 98; siehe aber VfSlg. 3920, 3924.

¹⁴⁹⁾ Unklar Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 97, der die Anfechtungsmöglichkeit eines Bescheides mit der Behauptung, das mit dem Bescheid angewandte Gesetz sei kompetenzwidrig, nach der alten wie neuen Rechtslage zu verneinen scheint. Siehe dagegen z. B. VfSlg. 6342 und 6349/1970.

¹⁵⁰⁾ Siehe Art. 140 a B-VG.

Beschwerde abzuweisen sei, entweder weil die Aufhebung der generellen Norm dem vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruch jegliche Grundlage entzog, oder aber weil der Verwaltungsakt gemessen an der bereinigten Rechtslage zwar möglicherweise gesetzwidrig war, aber kein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht verletzte¹⁵¹). (Im letzteren Fall konnte allerdings die vom Beschwerdeführer rechtzeitig beantragte Abtretung der Beschwerde an den VfGH zum Erfolg führen). Nunmehr genügt die Verletzung eines subjektiven Rechtes des Beschwerdeführers überhaupt, wenn sie in Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes oder einer gesetzwidrigen Verordnung erfolgte¹⁵²).

3. 3. Neuerungen der Gesetzes- und Verordnungskontrolle

Den zweiten Schwerpunkt der Novelle bildet die Neuordnung des Systems der Gesetzes- und Verordnungsprüfung. Diese Reform steht nicht isoliert neben der Ausweitung der bereits erörterten Beschwerdemöglichkeiten des Einzelnen vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts¹⁵³). Zwar steht im »österreichischen« System der Normenkontrolle, das neben der vom Supreme Court der USA entwickelten Form der *judicial review* einen der beiden Prototypen einer umfassenden richterlichen Normenprüfung darstellt¹⁵⁴), die Sicherung der objektiven Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit im Vordergrund. Doch bildet die Verstärkung des subjektiven Rechtsschutzelementes innerhalb dieses Systems geradezu einen Grundzug der Novelle

¹⁵¹) Siehe etwa VfSlg. 6790/1972, 6955/1972, 7128/1973.

¹⁵²) § 87 Abs. 1 VfGG. Diese dem Wortlaut des Art. 144 B-VG am nächsten kommende Interpretation bedeutet einen erheblichen Einbruch in die Zuständigkeit des VfGH (siehe Berchtold, Vortragsbericht, JBl. 1976, S. 477). Gute Gründe sprechen allerdings auch dafür, daß nunmehr bereits die Anwendung eines als verfassungswidrig erkannten Gesetzes oder einer als gesetzwidrig erkannten Verordnung für die Aufhebung des Bescheides ausreicht, womit die Sache in die Lage zurückversetzt wird, in der sie sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat (VfSlg. 2098/1951, 3274/1957). Dem VfGH bleibt damit die mühselige Prüfung der Bescheide an der bereinigten Rechtslage erspart. (Hall er, a.a.O. Anm. 136, S. 24 f.). Diese ist dann Sache der letztinstanzlichen Verwaltungsbehörde, die dabei an die Rechtsanschauung des VfGH gebunden ist (§ 87 Abs. 2 VfGG).

¹⁵³) Vgl. auch Novak, Verbesserung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, in: FS Wilburg (1975), S. 289 ff. (300 f.).

¹⁵⁴) Cappell etti, Judicial Review in the Contemporary World (1971).

1976. Das wird an der gravierendsten Bestimmung dieser Neuordnung deutlich, an der Einführung der Individualbeschwerde gegen Gesetze und Verordnungen.

3. 3. 1. Erweiterung des Kreises der Anfechtungsberechtigten

Die Novelle bringt insgesamt eine bedeutsame Ausweitung der Anfechtungslegitimation gegenüber Gesetzen und Verordnungen.

Im Gesetzesprüfungsverfahren wird der Kreis der Anfechtungsberechtigten in folgender Weise erweitert (Art. 140 Abs. 1 B-VG):

a) Bundesgesetze können in Hinkunft auch von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates angefochten werden. Die Landesverfassungen werden ermächtigt, das gleiche Recht bezüglich Landesgesetzen einem Drittel der Mitglieder des Landtages einzuräumen. Diese Regelung zielt auf eine Stärkung oppositioneller Minderheiten in den parlamentarischen Körperschaften ab und trägt dem die heutige politische Realität beherrschenden Antagonismus von Regierung und Opposition Rechnung. Sie steht dadurch außerhalb der Zielsetzung der hier zu besprechenden Novelle, jedoch im Zusammenhang mit einer noch zu erörternden weiteren Bundesverfassungsnovelle des gleichen Jahres (siehe unten 4.).

b) Das Recht, einen Antrag auf Überprüfung eines Bundes- oder Landesgesetzes zu stellen, wird ferner über die bisher legitimierten Höchstgerichte hinaus auf alle zur Entscheidung in zweiter Instanz berufenen Gerichte ausgedehnt¹⁵⁵). Das ist vor allem dort bedeutsam, wo ein Instanzenzug nicht bis zum OGH reicht, wie in der Sozialgerichtsbarkeit¹⁵⁶). Eine kleine Lücke bleibt jedoch noch bestehen: die Fälle, in denen es überhaupt keinen Instanzenzug gibt¹⁵⁷). Voraussetzung für den Prüfungsantrag eines jeden Gerichts einschließlich der amtswegigen Einleitung eines Gesetzes- (und natürlich auch Verordnungs-)prüfungsverfahrens durch den VfGH ist weiterhin, daß das Gericht die betreffende Norm anzuwenden hat (inzidente Normenkontrolle)¹⁵⁸).

¹⁵⁵) Es kommt darauf an, ob das Gericht funktionell als 2. Instanz im Anlaßverfahren tätig ist.

¹⁵⁶) Hier ist das Oberlandesgericht Wien letzte Instanz in Leistungsstreitigkeiten.

¹⁵⁷) Das sind Fälle des Bagatellverfahrens, soweit kein Anfechtungsgrund vorliegt (§ 477 Ziff. 1–8, § 501 ZPO); vgl. dazu Haller, Die Neuregelung des Antragsrechtes der Gerichte zur Gesetzesprüfung, Österreichische Richterzeitung 1976, S. 90 ff.

¹⁵⁸) Die von Ermacora, aa.O. (Anm. 4), S. 81, vertretene Meinung, es sei eine abstrakte Normenkontrolle zugunsten der Gerichte eingeführt worden, ist unhaltbar.

c) Schließlich kann seit dem Inkrafttreten der Novelle (1. 7. 1976) jede Person ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit anfechten, sofern sie

aa) durch diese Verfassungswidrigkeit unmittelbar in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, und

bb) das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist.

In ähnlicher Weise ist auch der Kreis der Anfechtungsberechtigten im Verordnungsprüfungsverfahren um jede Person erweitert worden, die durch die Gesetzeswidrigkeit einer Verordnung unmittelbar in ihren Rechten verletzt wird, wenn diese für die betreffende Person ohne weiteren Vollzugsakt – richterliches Urteil oder verwaltungsbehördlicher Bescheid – wirksam geworden ist (Art. 139 Abs. 1 B-VG)¹⁵⁹).

3. 3. 2. Die Individualbeschwerde gegen Gesetze und Verordnungen

Der interessanteste Fall innerhalb der Reform der Anfechtungslegitimation im Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren ist zweifellos der zuletzt genannte Individualantrag zur Gesetzes- und Verordnungsprüfung. Dieser ist nicht uneingeschränkt gewährleistet, sondern an die Tatbestandselemente geknüpft, daß die beschwerdeführende Person unmittelbar durch die Rechtswidrigkeit der Verordnung oder des Gesetzes in ihren Rechten verletzt ist und daß die Verordnung oder das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder die Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Damit wird ineinandergeschachtelt zum Ausdruck gebracht, daß

a) der Antragsteller selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen¹⁶⁰) sein muß, und

b) nicht die Möglichkeit besitzen darf, über ein Gericht einschließlich des VfGH selbst¹⁶¹) die Überprüfung initiieren zu können.

Der Grundgedanke dieser Regelung ist damit klar. Es soll lediglich ein subsidiärer, ein »allerletzter« Rechtsbehelf geschaffen werden. Im

¹⁵⁹) Eine neuerliche Erweiterung der zur Anfechtung von Verordnungen Berechtigten brachte das BG über die Volksanwaltschaft, siehe unten 5. Die Volksanwaltschaft ist berechtigt, Verordnungen von Bundesbehörden anzufechten.

¹⁶⁰) Damit wird auf die Judikatur zum § 90 BVGG angespielt, auf den die Erläuterungen zum »Behelfsentwurf« (siehe oben 3. 1. und Anm. 131) ausdrücklich verweisen. Zu diesem Vorbild siehe auch Haller, Der Individualantrag zur Verordnungs- und Gesetzesprüfung, ZfV 1976, S. 234 ff.

¹⁶¹) Art. 144 B-VG; siehe zuvor 3. 2. 2.

konkreten ergeben sich dennoch eine Fülle von Problemen. So stellt sich bezüglich der Betroffenheit des Einzelnen — von der Verfassung als »Verletzung seiner Rechte« umschrieben — die Frage nach der Abgrenzung zwischen rechtlich geschützten und bloß wirtschaftlich-faktischen Interessen, die auf der Ebene der Gesetze schon deshalb schwieriger ist als auf der Ebene der Bescheide (wo diese Problematik altbekannt ist), weil es hier um eben jenen Maßstab geht, der bei der Bescheidbeschwerde unangefochtene Grundlage der subjektiven Rechte des Einzelnen ist. Wie weit ist ferner die Provokation eines Bescheides als Brücke zur Normenkontrolle des VfGH zumutbar und die direkte Normenanfechtung damit unzulässig? Die Widmung eines Grundstückes zum Grünland, um ein Schulbeispiel zu nennen, »betrifft« den Eigentümer unmittelbar. Verletzt sie ihn aber in »seinen Rechten«? Und muß der Eigentümer einen Bescheid erwirken, wenn er eben nicht bauen, sondern verkaufen will? Sind in diesem Fall komplizierte Umwege über Anträge an Verwaltungsbehörden, die gar nicht das besagen, was der Antragsteller eigentlich will, z u m u t b a r? Die Materialien¹⁶²⁾ wie die vorausgegangene literarische Diskussion legen zur Rechtsschutzproblematik von Flächenwidmungsplänen eine positive Antwort auf die erste, eine verneinende auf die beiden anderen Fragen nahe und liefern damit einen typologischen Maßstab, an dem sich die Judikatur orientieren könnte¹⁶³⁾.

3. 3. 3. *Die Wirkung fehlerhafter Kundmachungen von Verordnungen, Gesetzen und Staatsverträgen*

Eine nach der alten Rechtslage strittige Frage war die nach den Wirkungen fehlerhafter *Kundmachungen* von Verordnungen: absolute Nichtigkeit oder bloße Gesetzeswidrigkeit? Im besonderen bestand in dieser Frage eine Divergenz zwischen VfGH und VwGH. Der VfGH vertrat die Ansicht, daß eine von Verwaltungsbehörden getroffene Anordnung auch dann als (Rechts-)Verordnung zu qualifizieren sei, wenn sie nicht in der vorgeschriebenen Weise kundgemacht worden ist, sofern sich aus ihrem Inhalt ergibt, daß sie für die Allgemeinheit verbindliche Rechts-

¹⁶²⁾ Siehe die Debatte im Nationalrat, Sten. Prot. des NR, XIII. GP., S. 13985 ff., und Berchtold, a.a.O. (Anm. 131), S. 592; Fröhler/Oberndorfer, Der Rechtsschutz im Planungs- und Assanierungsrecht (1975), S. 34 ff.

¹⁶³⁾ Analysen des Individualantrages nach Art. 139 und 140 B-VG, die für diesen Fall zu gegenteiligen Ergebnissen kommen (wie weitgehend Haller, a.a.O. Anm. 160, S. 243), wären demnach zu problematisieren.

normen enthält. Diese Frage stellte sich häufig bei »Durchführungserlassen«, die sich selbst als Anordnungen an nachgeordnete Verwaltungsorgane (in österreichischer Terminologie: Verwaltungsverordnungen) verstanden. Der VfGH stand hier auf dem Standpunkt, daß nicht als Rechtsverordnungen gehörig kundgemachte Erlässe Weisungen und daher für ihn nicht beachtlich seien¹⁶⁴).

Die Novelle geht auf dieses »Divergenzenproblem« ein (und verrät damit wieder ihren historischen Ursprung), freilich in unklarer Weise¹⁶⁵). Neugefaßt wurde Art. 89 Abs. 1 B-VG. Dort hieß es früher, daß Gerichten die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze nicht zustehe. Nunmehr lautet diese Bestimmung: Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge steht, soweit in diesem Artikel nicht anderes bestimmt wird, den Gerichten nicht zu. (Im folgenden wird die Anfechtungslegitimation der Gerichte gegenüber Verordnungen, Gesetzen und Staatsverträgen normiert). Daraus scheint zu folgen, daß Gerichte nunmehr auch Verordnungen, wie bisher schon Gesetze¹⁶⁶), auf ihre ordnungsgemäße Kundmachung hin zu prüfen und bei negativem Ergebnis nicht zu beachten haben. Das gilt gemäß Art. 135 Abs. 4 B-VG auch für den VfGH (dessen Judikatur damit bestätigt erscheint). Andererseits sieht aber Art. 139 Abs. 3 B-VG nunmehr explizit vor, daß der VfGH eine gesetzwidrig kundgemachte Verordnung zur Gänze »aufheben« kann. (Eine analoge Regelung enthält Art. 140 Abs. 3 B-VG bezüglich verfassungswidrig kundgemachter Gesetze). Diese Regelung setzt die Anfechtbarkeit nicht gehörig kundgemachter Verordnungen offensichtlich voraus. Zwei Deutungen des Nebeneinanders dieser beiden Regelungen sind denkbar.

¹⁶⁴) Vgl. Novak, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen (1967), S. 63 ff.

¹⁶⁵) Vgl. auch Wielinger, Die Bedeutung der B-VG Novelle über die Erweiterung der Zuständigkeiten des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes für die Gemeinden, ZfV 1976, S. 64 ff.

¹⁶⁶) Siehe etwa Gottlich, Zur gerichtlichen Prüfung der Kundmachung von Bundesgesetzen, JBl. 1962, S. 25 ff. (26); Hengstschläger, Kundmachungsmangel und absolute Nichtigkeit von Gesetzen, in: Dimensionen des Rechts, Gedächtnisschrift Marcic (1974), S. 759 ff. (761) mit weiteren Nachweisen: Art. 89 Abs. 1 B-VG verbot nach der alten Fassung primär den Gerichten, gehörig kundgemachte Gesetze auf ihre Gültigkeit zu prüfen. Im Umkehrschluß wurde daraus abgeleitet, daß die Gerichte die Gehörigkeit der Kundmachung von Gesetzen zu prüfen hätten.

Es liegt zunächst die Annahme nahe, daß »nicht gehörige« Kundmachung im Sinne des Art. 89 Abs. 1 B-VG etwas anderes meint als »gesetzwidrige« Kundmachung im Sinne des Art. 139 Abs. 3 B-VG und nur besonders qualifizierte oder offensichtliche Gesetzesverletzungen umfaßt. Nur gravierende oder evidente Kundmachungsfehler würden nach dieser Deutung Gerichte berechtigen, Verordnungen als absolut nichtig (= nicht geltend) zu ignorieren, eine erst auf Grund genauere Prüfung feststellbare Mangelhaftigkeit der Kundmachung bliebe dagegen dem Prüfungs- und Verwerfungsmonopol des VfGH nach Art. 139 B-VG vorbehalten. Für diese Interpretation sprechen nicht nur historisch nachweisbare Motive¹⁶⁷⁾, sondern auch teleologische Erwägungen, mündet doch die Frage, ob beispielsweise ein zwar im Amtsblatt, aber nicht im BGBl. publizierter »Erlaß« auch für die Allgemeinheit verbindliche Regelungen enthält und demgemäß mangelhaft kundgemacht ist¹⁶⁸⁾, oft in diffizile Rechtsprobleme.

Dagegen spricht jedoch die parallele Rechtslage bei Gesetzen. Daß die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze den Gerichten nicht zusteht, ist, wie schon erwähnt, altes Recht und wurde stets als Ermächtigung der Gerichte gedeutet, die Kundmachung von Gesetzen in jeder Hinsicht zu prüfen und bei Feststellung eines Kundmachungsfehlers das »Gesetz« als nichtigen Akt zu ignorieren¹⁶⁹⁾. Nunmehr steht dieser Regelung die Bestimmung zur Seite, daß der VfGH u. a. ein Gesetz, das in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde, als Ganzes aufheben kann. Nichts deutet aber darauf hin, daß dadurch eine nicht gehörige Kundmachung von Gesetzen im Sinne des Art. 89 Abs. 1 B-VG (neue Fassung) auf noch qualifiziertere Rechtsverletzungen als auf Verletzungen von Verfassungsvorschriften über die Kundmachung¹⁷⁰⁾ eingeschränkt und damit die Prüfungsbefugnis der Gerichte auf Kundmachungsmängel von Gesetzen weitestgehend reduziert werden sollte¹⁷¹⁾. Die Parallelität der Art. 140 Abs. 3 und Art. 139 Abs. 3 schließt es aber aus, »gehörige« Kundmachung zwar enger als »gesetz-

¹⁶⁷⁾ Siehe Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 83.

¹⁶⁸⁾ § 2 Abs. 1 lit. f BG über das BGBl.

¹⁶⁹⁾ Novak, a.a.O. (Anm. 164), S. 43 mit weiteren Nachweisen.

¹⁷⁰⁾ Art. 49 B-VG.

¹⁷¹⁾ Vgl. auch Hengstschläger, a.a.O. (Anm. 166), S. 769 f.: Eine Unterscheidung zwischen »gehöriger« und »verfassungsgemäßer« Kundmachung eines Gesetzes ist nicht zielführend.

mäßige«, jedoch weiter als »verfassungsmäßige« Kundmachung zu verstehen¹⁷²⁾.

Somit scheint das Verhältnis von Art. 89 Abs. 1 B-VG und dem Abs. 3 der Art. 139 und 140 B-VG nur die Deutung zuzulassen¹⁷³⁾, daß sämtliche Gerichte einschließlich des VfGH, aber unter Ausschluß des VfGH, mangelhaft kundgemachte Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge als nichtige Akte zu ignorieren haben. Dagegen hat der VfGH die Kundmachung solcher Rechtsakte von Amts wegen oder auf Antrag eines sonst Anfechtungsberechtigten (ausgenommen die Gerichte) zu prüfen und gegebenenfalls den mangelhaft kundgemachten Akt aufzuheben. Der Unterschied liegt in den Rechtswirkungen insofern, als die Aufhebung prinzipiell nur *pro futuro (ex nunc)* wirkt. Die Novelle gibt jedoch dem VfGH die Möglichkeit, eine rückwirkende Aufhebung ausdrücklich anzuordnen (siehe unten 3. 3. 4. 4.) und damit die – bislang in sehr problematischer Weise diskrepanten¹⁷⁴⁾ – Rechtsfolgen der »Aufhebung« einerseits und der Annahme absoluter Nichtigkeit *ex tunc* andererseits zu synchronisieren. Die Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung wegen eines Kundmachungsfehlers wird ein Regelfall für eine solche Anordnung der Rückwirkung des VfGH sein müssen.

Ergänzend erscheint auch noch die Annahme vertretbar¹⁷⁵⁾, daß Gerichten eine gewisse Flexibilität im Sinne eines »Ermessens« eingeräumt ist, bei strittigen Kundmachungsfragen statt den Akt zu ignorieren einen Antrag auf Aufhebung beim VfGH zu stellen. Dieser Gedanke knüpft an die bisherige, nach der früheren Verfassungslage freilich umstrittene¹⁷⁶⁾ Judikatur des VfGH an, nicht gehörig kundge-

¹⁷²⁾ Eine solche Differenzierung der Bedeutung der Kundmachung von Gesetzen und Verordnungen schließt der Wortlaut des Art. 89 Abs. 1 B-VG auch durch seine Erweiterung auf Staatsverträge aus, die als einheitliche Gruppe genannt werden, obwohl eine Kontrolle gemäß Art. 140 a B-VG differenziert in einer Anwendung des Art. 139 B-VG oder des Art. 140 B-VG zu erfolgen hat, je nachdem ob Staatsverträge vom NR genehmigt wurden oder nicht.

¹⁷³⁾ Vgl. auch Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 82 ff.; Wielinger, a.a.O. (Anm. 165), S. 64 f.; Haller, Die Verfassungsnovelle 1975, 2. Teil, in: Arbeitshefte Wirtschaftsuniversität Wien, H. 3 (1976), S. 25 f.

¹⁷⁴⁾ Siehe Novak, a.a.O. (Anm. 164).

¹⁷⁵⁾ Anderer Meinung Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 84; differenzierend Haller, a.a.O. (Anm. 173), S. 26.

¹⁷⁶⁾ VfSlg. 2750/1954; siehe dazu Ermacora/Klecatsky/Ringhofer, ÖJZ 1956, S. 625; Gottlich, a.a.O. (Anm. 166), S. 27; Novak, a.a.O. (Anm. 164), S. 44 ff.; nunmehr ist diese Judikatur aber im B-VG (Art. 140 Abs. 3) explizit verankert.

machte Gesetze zu prüfen und gegebenenfalls aufzuheben, nicht aber als absolut nichtige Akte zu verstehen, was der Gerichtshof mit der damit erreichbaren Rechtssicherheit legitimierte¹⁷⁷).

Daß im Art. 89 Abs. 1 B-VG auch Staatsverträge¹⁷⁸) ausdrücklich genannt sind, bringt nur eine zweckmäßige Klarstellung. Zwar ist seit der Verfassungsnovelle 1964¹⁷⁹) die verfassungsgerichtliche Prüfbarkeit von Staatsverträgen mit jener von Gesetzen und Verordnungen, je nachdem, ob der Vertrag vom Parlament genehmigt wurde oder nicht, synchronisiert (Art. 140 a B-VG). Es konnte aber fraglich bleiben, ob der Terminus »Gesetz« im alten Art. 89 Abs. 1 B-VG den parlamentarisch genehmigten Staatsvertrag erfaßte¹⁸⁰). Nunmehr haben die Gerichte die gehörige Kundmachung aller Staatsverträge umfassend zu prüfen¹⁸¹), die Prüfung auf sonstige Mängel hat analog zu Gesetzen und Verordnungen zu erfolgen, je nachdem, ob eine — im BGBl. kundzumachende — Genehmigung durch den Nationalrat erfolgte oder nicht (Art. 89 Abs. 4 B-VG).

3. 3. 4. *Änderungen des Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahrens*

3. 3. 4. 1. Die Wirkung der Klaglosstellung

Nach der alten Rechtslage war bei »Klaglosstellung« — die Behörde hebt den Bescheid auf, gegen den Beschwerde erhoben wurde und der den Anlaß zur Einleitung eines Gesetzes- oder Verordnungsprüfungsverfahrens bildete — dieses Verfahren einzustellen. Das gilt nun nicht

¹⁷⁷) Ein solches Erkenntnis bindet alle Gerichte und enthebt diese der Prüfung der Kundmachung. Art. 89 Abs. 1 B-VG ist in diesem Sinn einschränkend zu interpretieren. Eine eigentliche Antinomie zwischen Art. 89 Abs. 1 und Art. 140 Abs. 7 B-VG (Bindung der Gerichte an aufhebende Erkenntnisse des VfGH) ist darin nicht zu sehen (siehe aber Novak, a.a.O. Anm. 164, S. 50).

¹⁷⁸) Das sind völkerrechtliche Verträge aller Art; siehe Öhlinger, a.a.O. (Anm. 82), S. 103.

¹⁷⁹) Siehe dazu von Grünigen, Die österreichische Verfassungsnovelle über Staatsverträge vom 4. März 1964, ZaöRV Bd. 25 (1965), S. 76 ff.

¹⁸⁰) Siehe dazu Novak, Probleme des Bundesverfassungsgesetzes vom 4. März 1964 über Staatsverträge, JBl. 1969, S. 307 ff. (312). Zur Bedeutung der Kundmachung von Staatsverträgen auch Öhlinger, a.a.O. (Anm. 82), S. 118 ff., 271 f.

¹⁸¹) Die Kundmachungsregeln für Staatsverträge sind differenziert, je nachdem ob der Vertrag vom NR genehmigt wurde oder nicht; siehe dazu Öhlinger, a.a.O. (Anm. 82), S. 308 ff.

mehr in den Fällen, in denen der VfGH das Gesetz- oder Verordnungsprüfungsverfahren von Amts wegen einleitet (Art. 139 Abs. 2 und Art. 140 Abs. 2 B-VG).

Nicht ganz verständlich ist die Beschränkung dieser – sinnvollen – Neuerung auf von Amts wegen eingeleitete Verfahren. Zumindest in einem vom VwGH beantragten Gesetzes- oder Verordnungsprüfungsverfahren sollte das gleiche gelten. Hier ist offensichtlich eine noch nicht ganz ausgereifte Formulierung in das B-VG aufgenommen worden¹⁸²⁾.

3. 3. 4. 2. Bindung an den Anlaßfall

Gelockert wurde die Bindung des VfGH an den Aufhebungsantrag bzw. die Präjudizialität im von Amts wegen eingeleiteten Verfahren. Die Novelle verankert zwar ausdrücklich diese – bisher judikativ angenommene – Bindung¹⁸³⁾, statuiert aber Ausnahmen in drei Fällen. Der VfGH darf¹⁸⁴⁾ nunmehr ein Gesetz oder eine Verordnung zur Gänze aufheben, wenn

a) das ganze Gesetz kompetenzwidrig ist oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde, bzw.

b) die ganze Verordnung der gesetzlichen Grundlage entbehrt, von einer unzuständigen Behörde erlassen oder in gesetzwidriger Weise kundgemacht wurde.

Diese Ausnahmen gelten allerdings nicht für den Fall, daß dies offensichtlich den rechtlichen Interessen jener Partei zuwiderläuft, die selbst eine Gesetzesbestimmung angefochten hat oder deren Fall den Anlaß zu einer amtswegigen Prüfung gegeben hat.

Diese Berücksichtigung subjektiver Interessen ist verständlich, wenn diese auch im konkreten wahrscheinlich meist schwierig feststellbar sind (insofern versteht sich die Einschränkung auf »offensichtliche« Interessen, wenn dies auch die Anwendung dieser Regelung auf seltene

¹⁸²⁾ Siehe Adamovich, Der neue Entwurf einer Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle, in: Mehr Rechtsschutz für den Staatsbürger (1969), S. 59 ff. (69 f.); vgl. auch Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 96.

¹⁸³⁾ Art. 139 Abs. 3 und 140 Abs. 3 B-VG: Der VfGH darf eine Verordnung (ein Gesetz) nur insoweit als gesetzwidrig (verfassungswidrig) aufheben, als ihre (seine) Aufhebung ausdrücklich beantragt wurde oder als sie (es) der VfGH in der bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte.

¹⁸⁴⁾ Eine spezielle Prüfungspflicht ist aber nicht anzunehmen: vgl. Haller, a.a.O. (Anm. 173), S. 40; anderer Meinung Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 88.

Extremfälle reduzieren dürfte). Der Modellfall wäre dann gegeben, wenn ein eine Leistung normierendes Gesetz einzelne Personen(gruppen) in diskriminierender Weise ausschließt. Der Rechtskampf gegen die diskriminierende Regelung soll nicht zur Aufhebung des gesamten Gesetzes und damit zur Vereitelung des angestrebten materiellen Zieles – Empfang dieser Leistung – führen. Damit wird, wenn auch in nur marginaler Weise, ein grundsätzliches Problem der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts im Leistungsstaat angeschnitten. Die Rechtskontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung ist im österreichischen Recht strikt auf die Beseitigung der rechtswidrigen Akte abgestellt und stößt daher dort auf Grenzen, wo diese nicht »Freiheit und Eigentum« beschränken, sondern Leistungen gewähren¹⁸⁵). Vielleicht geht von dieser Regelung der Anstoß aus, den gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber dem Leistungsstaat prinzipiell neu zu durchdenken. Insofern ist sie positiv zu bewerten¹⁸⁶). Nicht ganz verständlich ist aber auch hier wieder die Beschränkung auf von Amts wegen eingeleitete Verfahren¹⁸⁷).

3. 3. 4. 3. Prüfung bereits außer Kraft getretener Gesetze und Verordnungen

Früher bestand für den VfGH nur die Möglichkeit, die Verfassungswidrigkeit bereits außer Kraft getretener Verordnungen auf Antrag eines Gerichts zu prüfen (Art. 89 Abs. 3 B-VG, alte Fassung). Der VfGH hat allerdings in einzelnen Fällen auch bereits formell aufgehobene Gesetzesregelungen, die aber noch auf vor der Aufhebung konkretisierte Fälle anzuwenden waren, in Prüfung gezogen, freilich nach einer nicht ganz konsistenten Judikatur, die zwischen der Existenz einer Norm in der Zeit und ihrer Anwendbarkeit auf in bestimmten Zeiträumen konkretisierte Sachverhalte¹⁸⁸) nicht immer klar unterschieden hat. Nunmehr sieht das

¹⁸⁵) Siehe das bereits erwähnte Beispiel, wo die Aufhebung eines Gesetzes im inzidenten Normprüfungsverfahren auf den Anlaßfall die Wirkung ausübt, daß jede Rechtsgrundlage des Anliegens des Beschwerdeführers beseitigt wird. (Siehe oben bei Anm. 151).

¹⁸⁶) Kritisch bis ablehnend Walter, a.a.O. (Anm. 19), S. 88 f.; Haller, a.a.O. (Anm. 173), S. 41, und Berchtold, a.a.O. (Anm. 131), S. 594.

¹⁸⁷) Die von Haller, a.a.O. (Anm. 173), S. 39, angenommene »Tendenz«, durch die Schlechterstellung einer Partei im Beschwerdeverfahren beim VfGH zu erreichen, daß Normprüfungsverfahren möglichst nicht über diesen Gerichtshof eingeleitet werden, dürfte aber subjektiv nicht beabsichtigt sein.

¹⁸⁸) Siehe dazu Ringhofer, a.a.O. (Anm. 127), S. 620 f.; ders., Strukturprobleme des Rechtes (1966), S. 85 f.

B-VG ausdrücklich eine Prüfungskompetenz des VfGH hinsichtlich bereits außer Kraft getretener Verordnungen und auch Gesetze vor, freilich nur auf Antrag eines Gerichtes oder einer Einzelperson oder bei Einleitung des Verfahrens von Amts wegen¹⁸⁹⁾. Diese Beschränkung der Anfechtungslegitimation erscheint hier berechtigt, weil ein rechtspolitisches Bedürfnis nach Prüfung bereits außer Kraft getretener Normen nur soweit besteht, als diese noch konkret angewendet werden, nicht aber für davon losgelöste abstrakte Auseinandersetzungen über das, was einmal gesetz- oder verfassungswidrig gewesen sein mochte.

3.3.4.4. Wirkung der Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung

Bisher galt nach der Judikatur der Grundsatz, daß die Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung nicht zurückwirkt, ausgenommen auf den »Anlaßfall«¹⁹⁰⁾. Dieses Prinzip war aber durch die Regel durchbrochen, daß Gerichte aufgehobene Verordnungen nicht mehr anzuwenden hatten, auch nicht auf Sachverhalte, die vor der Aufhebung konkretisiert waren¹⁹¹⁾. Im übrigen aber war ein wegen Verfassungswidrigkeit aufgehobenes Gesetz (eine wegen Gesetzwidrigkeit aufgehobene Verordnung) auf Sachverhalte, die vor der Aufhebung konkretisiert worden waren, nach Kundmachung des aufhebenden Erkenntnisses des VfGH weiterhin anzuwenden¹⁹²⁾.

Nummehr ist es Sache des VfGH, über den zeitlichen Anwendungsbereich einer aufgehobenen Rechtsvorschrift zu bestimmen (Art. 139 Abs. 6, Art. 140 Abs. 7 B-VG)¹⁹³⁾. Nur wenn der VfGH eine solche Anord-

¹⁸⁹⁾ Art. 89 Abs. 3, Art. 139 Abs. 4–6 und Art. 140 Abs. 4, 5 und 7 B-VG.

¹⁹⁰⁾ Das ist der konkrete Rechtsfall, der ein Gericht zur Anfechtung bzw. den VfGH zur amtswegigen Prüfung veranlaßt; siehe dazu Novak, a.a.O. (Anm. 164), S. 120.

¹⁹¹⁾ Diese unterschiedliche zeitliche Wirkung der Aufhebung einer Verordnung für Gerichte einerseits, Verwaltungsorgane andererseits »führte in der Praxis zu einer äußerst unerfreulichen und grotesken Kompliziertheit des Rechtsweges« (Wielinger, a.a.O. Anm. 165, S. 68 mit weiteren Nachweisen).

¹⁹²⁾ Grundlegend VfSlg. 1415/1931; siehe dazu Walter, a.a.O. (Anm. 12), S. 741, 750.

¹⁹³⁾ Es ist dies auch für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit bereits außer Kraft getretener Gesetze und Verordnungen anzunehmen. Der Terminus »Aufhebung« bzw. »aufhebendes Erkenntnis«, den Art. 139 Abs. 6 und Art. 140 Abs. 7 B-VG in diesem Zusammenhang gebrauchen, läßt m. E. diese nicht ganz strikte Interpretation durchaus zu. Vgl. auch Wielinger, a.a.O. (Anm. 165), S. 69; Berchtold, a.a.O. (Anm. 131), S. 596; anderer Meinung Haller, a.a.O. (Anm. 173), S. 45; siehe auch Ringhofer, a.a.O. (Anm. 127), S. 618 ff.

nung unterläßt, gilt (nunmehr eindeutig) der Grundsatz, daß ein vom VfGH aufgehobenes Gesetz (eine Verordnung) auf die vor der Aufhebung (genauer: vor der Kundmachung der Aufhebung) bereits konkretisierten Sachverhalte weiterhin anzuwenden ist — ausgenommen stets den Anlaßfall (Wirkung der Aufhebung lediglich *ex nunc* oder *pro futuro*). Der Gerichtshof kann aber nunmehr auch eine Rückwirkung (Wirkung *ex tunc*) beschränkt oder unbeschränkt anordnen; er kann aber auch ganz im Gegenteil — wie schon bisher — eine Frist für das Inkrafttreten der Aufhebung anordnen mit der Wirkung, daß das verfassungswidrige Gesetz oder die als gesetzwidrig erkannte Verordnung auf alle bis zum Ablauf dieser Frist konkretisierten Sachverhalte anzuwenden ist — allerdings wieder mit Ausnahme des Anlaßfalls. Die Frist darf bei Gesetzen wie bisher ein Jahr, bei Verordnungen wie bisher prinzipiell sechs Monate nicht übersteigen; aber — und das ist neu — wenn gesetzliche Vorkehrungen erforderlich sind¹⁹⁴), auch bei Verordnungen auf ein Jahr ausgedehnt werden.

Damit wird der der Normenkontrolle zwangsläufig inhärenten legislativen Funktion des VfGH stärker noch als bisher Rechnung getragen. Der VfGH ist hier nicht nur rein negativer, sondern in beschränktem Maß auch positiver Gesetzgeber, indem er über den zeitlichen Geltungsbereich von Gesetzen und Verordnungen abspricht. Eine ähnliche weitreichende Befugnis bestand bisher nur in der — »als bewährtes Institut«¹⁹⁵) beibehaltenen — Kompetenz, über das Wiederinkrafttreten der durch ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz einstmals außer Kraft gesetzten Bestimmung frei zu bestimmen (nunmehr Art. 140 Abs. 6). Beide Ermächtigungen sind im Hinblick auf die vielfältigen Varianten einer Gesetz- oder Verfassungswidrigkeit von Verordnungen und Gesetzen und die kaum typisierbaren und überschaubaren Verzahnungen solcher Verordnungen und Gesetze mit der Gesamtrechtsordnung durchaus sinnvolle Ergänzungen der verfassungsgerichtlichen Prüfungscompetenz.

Keine Auswirkungen hat diese Neuerung auf Staatsverträge. Hier gilt vielmehr nach wie vor, daß die verfassungsgerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Vertrages ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens — der Gerichtshof kann hier eine Frist bis zu zwei Jahren setzen (Art. 140 a B-VG) — dessen Unanwendbarkeit auch auf vorher konkretisierter Fälle zur Folge hat. Mit der Neuregelung ist daher die Prüfung

¹⁹⁴) Dabei ist etwa an den Fall zu denken, wo eine an sich zweckmäßige Regelung in Verordnungsform einer näheren gesetzlichen Determinierung (Art. 18 Abs. 2 B-VG) bedarf.

¹⁹⁵) Berchtold, Vortragsbericht, JBl. 1976, S. 476 f. (477).

von Verordnungen und Gesetzen einem bisher nur für Staatsverträge geltenden System nähergerückt worden¹⁹⁶⁾197).

3. 4. Abschließende Bewertung

Will man die Novelle abschließend bewerten, so fällt gerade an den zuletzt dargestellten Regelungen das Bemühen auf, bestehende Judikatur legalisierend »abzusichern« und Zweifelsfragen authentisch zu klären. Die dadurch erreichte Dichte des Verfassungstextes wird dabei aber unvermeidbar zu einer neuen Quelle von Zweifelsfragen. Was die echten Neuerungen betrifft, so bilden sie keineswegs revolutionäre Veränderungen, entwickeln aber das bestehende gerichtliche Kontrollsystem von Legislative und Exekutive unter dem Aspekt des Individualrechtsschutzes in nicht unerheblichem Ausmaß weiter. Intensiviert wird damit auch die legislative Funktion des VfGH. Es könnte sein, daß davon Anstöße zu einer allmählichen Wandlung des eigenen Rollenverständnisses des VfGH ausgehen werden. Die schon heute vielfach fiktive Konzeption eines bloß gesetzsvollziehenden Gerichtes wird jedenfalls noch prekärer werden — ein Problem, das nicht dadurch lösbar wird, daß man es leugnet. Sicher wird dadurch die ebenfalls seit langem schwelende Diskussion über Struktur und Organisation des VfGH stimuliert — sie werden ein Reformziel der nächsten Jahre sein.

4. Weitere Verfassungsänderungen des Jahres 1975

Neben der zuvor besprochenen Verfassungsnovelle über die Erweiterung der Zuständigkeit des VwGH und des VfGH, BGBl. Nr. 302, wurde der Text des B-VG im Jahr 1975 noch weitere drei Male novelliert. Man kann in dieser Fülle die Ernte der ersten von einer sozialdemokratischen Mehrheit und Regierung geführten Legislaturperiode sehen, also die Initiativen einer Partei, die zwar während der Ausarbeitung des B-VG den in

¹⁹⁶⁾ Siehe Novak, a.a.O. (Anm. 180), S. 313 f.; ders., a.a.O. (Anm. 153), S. 304.

¹⁹⁷⁾ Die übrigen hier besprochenen Neuerungen der Novelle — Änderung des Kreises der Anfechtungsberechtigten einschließlich der Individualbeschwerde, Prüfung von Kundmachungsmängeln durch Gerichte, Wirkung der Klaglosstellung, gelockerte Bindung an den Anlaßfall (Aufhebungsantrag) und Prüfung bereits außer Kraft getretener Normen — erstrecken sich dagegen auch auf Staatsverträge.

Österreich auch als »Verfassungsminister« fungierenden Kanzler stellte, danach aber als Oppositionspartei oder kleinerer Partner der großen Koalition in Verfassungsfragen auf die Rolle eines »Juniorpartners« beschränkt blieb.

Neben der schon ¹⁹⁸⁾ erwähnten Novelle über das land- und forstwirtschaftliche Schulwesen wurde das B-VG »durch die Einfügung von Bestimmungen über die umfassende Landesverteidigung« – so der amtliche Titel der Novelle vom 10. Juni 1975, BGBl. Nr. 368 – und durch eine die Geschäftsordnung des Nationalrates betreffende Novelle vom 1. Juli 1975, BGBl. Nr. 409, geändert ¹⁹⁹⁾.

Die Novelle vom 10. Juni 1975 verankert ein Bekenntnis zur »umfassenden Landesverteidigung« im B-VG – eine im österreichischen Verfassungsrecht eher seltene Staatszielbestimmung (Art. 9 a B-VG). In diesem Zusammenhang wird ferner die allgemeine Wehrpflicht bundesverfassungsgesetzlich festgelegt, gleichzeitig aber auch das Recht, aus Gewissensgründen den Wehrdienst zu verweigern und statt diesem einen Ersatzdienst zu leisten (Art. 9 a Abs. 3 B-VG). Ferner wurden die Aufgaben des Bundesheeres neu definiert (Art. 79 B-VG) und dabei auch der »Schutz der demokratischen Freiheiten der Einwohner« – wohl als interpretative Korrektur des »Schutzes der verfassungsmäßigen Einrichtungen« sowie der »Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt« – neu genannt.

Die Novelle von 1. Juli 1975 basiert auf einem Initiativantrag der drei im Nationalrat vertretenen Parteien und bezieht sich auf das Geschäftsgesetz 1975, BGBl. Nr. 410, das sie in einzelnen Punkten verfassungsrechtlich »absichern« soll. Sie enthält daher überwiegend technische und keine revolutionären Neuerungen. Das eigentliche Schwergewicht dieser »kleinen Parlamentsreform« lag auf der Ebene der Geschäftsordnung.

Verfassungsrechtlich bedeutsamer ist dagegen ein am folgenden Tag (2. Juli 1975) beschlossenes »Bundesgesetz über die Aufgaben, Finanzierung und Wahlwerbung politischer Parteien (Parteiengesetz)«, BGBl. Nr. 404. Es enthält im Art. I folgende bemerkenswerte Verfassungsbestimmung:

»§ 1. (1) Die Existenz und Vielfalt politischer Parteien sind wesentliche Bestandteile der demokratischen Ordnung der Republik Österreich (Art. 1 B-VG).

¹⁹⁸⁾ Siehe oben 2. 1. 4.

¹⁹⁹⁾ Vgl. dazu auch Ermacora, a.a.O. (Anm. 4), S. 84 f.

(2) Zu den Aufgaben der politischen Parteien gehört die Mitwirkung an der politischen Willensbildung.

(3) Die Gründung politischer Parteien ist frei, sofern bundesverfassungsgesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Ihre Tätigkeit darf keiner Beschränkung durch besondere Rechtsvorschriften unterworfen werden.

(4) Die politischen Parteien haben Satzungen zu beschließen, die in einer periodischen Druckschrift zu veröffentlichen und beim Bundesminister für Inneres zu hinterlegen sind. Aus der Satzung hat insbesondere ersichtlich zu sein, welches ihre Organe sind und welche hievon zur Vertretung nach außen befugt sind, sowie welche Rechte und Pflichten die Mitglieder besitzen. Mit der Hinterlegung der Satzung erlangt die politische Partei Rechtspersönlichkeit«.

Der erste Absatz schreibt jene Lage fest, zu der sich die österreichische Demokratie seit langem entwickelt hat: »Österreich ist heute eine Parteien-demokratie«²⁰⁰). Daß diese Lage im Text der Verfassung keinen kompletären Ausdruck fand²⁰¹), wurde oft als Mangel empfunden und eine ihrer tatsächlichen Bedeutung korrespondierende »Verankerung« der politischen Parteien in der Verfassung gefordert: Nicht weil damit ein vielleicht rechtlich prekärer Zustand »saniert« werden müßte — er ist und war es nicht —, sondern um eine vermutete bewußtseinsdeformierende Diskrepanz zwischen geschriebener Verfassung und »Verfassungsrealität« zu beheben²⁰²).

Es stellt sich freilich die Frage, ob über die »Verankerung« der bestehenden und weder politisch noch rechtlich ernsthaft gefährdeten Parteienvielfalt hinaus dem § 1 Abs. 1 Parteiengesetz auch ein normativer Gehalt zukommt, der durchaus Aktualität erlangen könnte. Es wäre z. B. nicht von der Hand zu weisen, mit dieser Bestimmung gegen jene Bemühungen um ein mehrheitsförderndes Wahlrecht zum Nationalrat²⁰³) zu argumentieren, die anderen als den beiden Großparteien auf absehbare Zeit keine Chance eines Mandates lassen. Ob dieses Argument den VfGH überzeugen

²⁰⁰) So Klecatsky, a.a.O. (Anm. 15), S. 63.

²⁰¹) Vgl. dazu den Bericht der Bundesregierung über die »Stellung der politischen Parteien im öffentlichen Leben«, III-12 BlgNR XII. GP.

²⁰²) Vgl. Pelinka/Welan, Demokratie und Verfassung in Österreich (1971), S. 266 f.; kennzeichnend für die politische Kultur Österreichs ist in der Tat die extreme Dominanz der Parteien in der Gesellschaft mit extrem hohen Mitgliederzahlen einerseits, eine skeptisch-defensive Einstellung zu den Parteien andererseits.

²⁰³) Siehe etwa Neisser/Pelinka (Hrsg.), Für ein mehrheitsförderndes Wahlrecht in Österreich (1971).

könnte, bleibt mehr als fraglich; aber die Positionen der politischen Diskussion bleiben davon nicht unbeeinflusst²⁰⁴).

Abs. 2 ist als rudimentäre Begriffsbestimmung der politischen Partei zu verstehen und im Zusammenhang mit den Abs. 3 und 4 zu sehen, die praktisch eine fast absolute Freiheit der Gründung und der Betätigung politischer Parteien verfassungsrechtlich garantieren²⁰⁵). Politische Parteien haben lediglich bestimmte minimale Formerfordernisse zu erfüllen, die ihre Registrierung ermöglichen sollen. Sie sind aber nicht Vereine im rechtlichen Sinn und unterliegen daher nicht den recht engmaschigen, fast polizeistaatlichen Kontrollbestimmungen des Vereinsgesetzes²⁰⁶). Auch sonst sind gesetzliche Regelungen, die speziell auf politische Parteien zugeschnitten sind, untersagt (Abs. 3 Satz 2)²⁰⁷). Die Usurpation dieser Freiheit durch irgendwelche Organisationen kann nur nach dem Kriterium des Abs. 2 eingeschränkt werden.

²⁰⁴) Die Berechtigung dieser Argumentationen wird durch einen Vergleich mit Art. 21 GG bestätigt. Zur Garantie eines bloß potentiellen Mehrparteiensystems im Sinne der Absage an ein Einparteiensystem (so etwa Berchtold, Das Parteiengesetz – ein Überblick, ÖVA 1976, S. 33 ff.) hätte auch die Formulierung des Abs. 2 genügt. (Vgl. v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz [2. Aufl. 1966] Anm. III. 5. zu Art. 21 GG).

²⁰⁵) Der Hinweis auf anderslautende Bundesverfassungsgesetze dient der Aufrechterhaltung der bestehenden Verbote nationalsozialistischer oder faschistischer Organisationen. Andere »verfassungswidrige Parteien«, deren Verbot durch die Bundesregierung Ermacora, a.a.O. (Anm. 4), S. 85, für zulässig erachtet, gibt es nicht.

²⁰⁶) Vereinsgesetz 1951 (Wiederverlautbarung eines Gesetzes von 1867): weitgehendes Untersagungsrecht, z. B. von »staatsgefährlichen« Vereinen (§ 6); Anzeige jeder Vereinsversammlung an die Behörde, die einen Vertreter entsenden kann, dem auf Verlangen Auskunft über jeden, der sich zu Wort meldet, zu geben ist (§ 15 ff.) u. dgl.

²⁰⁷) Das betrifft jedoch nur einschränkende Regelungen. Der folgende Teil des Parteiengesetzes gewährt den politischen Parteien Förderungsmittel für Zwecke der Öffentlichkeitsarbeit, die jedoch an bestimmte Bedingungen (wie Aufzeichnungen über die Verwendung der Mittel und jährliche Kontrolle durch beeidete Wirtschaftsprüfer, jährliche öffentliche Rechenschaftsberichte über Einnahmen und Ausgaben) geknüpft werden. Solche Regelungen hat der historische Gesetzgeber nicht als »Beschränkung durch besondere Rechtsvorschriften« verstanden. Dagegen beruht die im gleichen Gesetz normierte Begrenzung und Überwachung der Wahlwerbungskosten bei der Nationalratswahl 1975 auf einer eigenen Verfassungsbestimmung (§ 5). § 1 Abs. 3 des Gesetzes bindet somit derartige Beschränkungen in Zukunft an den für eine Verfassungsbestimmung notwendigen Konsens der beiden Großparteien.

5. Die Volksanwaltschaft

5.1. Vorgeschichte

Die Bundesverfassungsnovelle 1975 über die Erweiterung der Zuständigkeit des VwGH und des VfGH ist, wie berichtet, ein Nebenprodukt der Diskussion um die Volksanwaltschaft, auf die sich die Rechtsschutzdebatte um 1970 verlagerte. Erst 1977 wurde diese Volksanwaltschaft selbst durch ein eigenes Bundesverfassungsgesetz realisiert²⁰⁸). Obwohl die Auseinandersetzung über diese Verfassungsinstitution allein auf der amtlichen Ebene über sieben Jahre und die literarische Debatte mehr als eineinhalb Jahrzehnte geführt wurden, blieb vieles bis zuletzt strittig. Das hat den Nationalrat ziemlich in letzter Minute veranlaßt, die Volksanwaltschaft nicht, wie dies alle Vorentwürfe vorsahen, in das Stammgesetz der Bundesverfassung, das B-VG, einzugliedern, sondern ein eigenes und überdies auf sechs Jahre befristetes Gesetz zu beschließen, dessen erster Abschnitt (»Einrichtung der Volksanwaltschaft«, § 1 bis 10) Verfassungsrang besitzt und durch weitere einfachgesetzliche Regelungen ausgeführt wird. Die Volksanwaltschaft wurde damit auf Bewährung geschaffen – ein eigenartiges Beispiel eines Verfassungsexperiments.

Die Geschichte dieser Institution reicht in die bereits in den fünfziger Jahren einsetzende Rechtsschutzdiskussion zurück. Ihre Vaterschaft beanspruchen heute viele²⁰⁹). Man versteht sie am besten als Konzentration jener Gedanken, die eine Verbesserung des Rechtsschutzes gegenüber dem anonymen Moloch »Verwaltung« nicht in einer steten Verfeinerung und damit zwangsläufigen Verkomplizierung und Bürokratisierung der Rechtswege suchten, sondern diesen Zirkel durch einen »ganz anderen Weg« zu durchbrechen hofften²¹⁰). Sie entspringt also einem durchaus angemessenen Mißtrauen von Nichtjuristen und juristischen Outsidern gegenüber jenem rechtlichen Perfektionismus, dessen Entfaltung oft mehr der juristischen Eigenlogik als praktischen Bedürfnissen folgt. (Die Bundesverfassungsnovelle 1975 liefert dafür recht anschauliche Beispiele). Ob die angestrebte Entbürokratisierung des Rechtsschutzes gegenüber der Büro-

²⁰⁸) Bundesgesetz vom 24. 2. 1977 über die Volksanwaltschaft, BGBl. 121/1977. Dazu Änderung des Bezügegesetzes, BGBl. 122/1977.

²⁰⁹) Dazu ausführlich Schönherr, Die Volksanwaltschaft – realistisch betrachtet (1976), S. 9 ff.

²¹⁰) Vgl. Fischer, Der Ombudsmann – gescheitert oder vertagt?, Die Zukunft 1975, H. 12, S. 1 ff.

kratie gelungen ist, wird freilich noch zu fragen sein. Dazu kommt im modernen Staat die Erfahrung, daß ein strikt auf Rechtsfragen beschränkter Schutz gegenüber den weiterreichenden Ermächtigungen und Handlungsspielräumen der leistenden und planenden Verwaltung häufig auf Mißbrauchskontrolle reduziert ist und die eigentlichen Anliegen des Bürgers nicht mehr zu erfassen vermag.

Die Diskussion²¹¹⁾ trat mit der Ankündigung in der Regierungserklärung des ersten Kabinetts Kreisky²¹²⁾, »in Weiterentwicklung des in der Verfassung verankerten Petitionsrechtes eine Anwaltschaft öffentlichen Rechts zu schaffen«, in ein akutes Stadium. Diese Terminologie knüpft einerseits an den bestehenden Petitionsausschuß des Nationalrates, andererseits an einen Vorschlag Kelsen²¹³⁾ an, einen »Verfassungsanwalt« zur amtswegigen Einleitung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle zu schaffen. Das eigentliche Vorbild bildete jedoch der nordische Ombudsman, der in der Rechtsschutzdiskussion der sechziger Jahre immer mehr an Faszination gewann²¹⁴⁾. In der Öffentlichkeit und auch in der juristischen Fachdiskussion tragen denn auch die 1970 von der Bundesregierung angekündigte Institution und alle späteren Varianten bis hin zu der nunmehr etablierten Volksanwaltschaft diesen Namen.

5.2. Organisation

Bereits in der Regierungserklärung 1970 — dort allerdings gegenüber der vorangegangenen Diskussion eher unvermittelt²¹⁵⁾ — findet sich auch ein Merkmal, das alle späteren amtlichen Entwürfe²¹⁶⁾ beibehalten und das wohl die spezifische und im eigenen Land selbst umstrittenste²¹⁷⁾ Ei-

²¹¹⁾ Die Literatur zum Thema Ombudsman ist fast unübersehbar; sie ist aber fast lückenlos verarbeitet bei Schönherr, a.a.O. (Anm. 209), auf den im folgenden jeweils verwiesen wird.

²¹²⁾ Sten. Prot. des NR XII. GP, S. 14; siehe auch oben bei Anm. 128.

²¹³⁾ Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30 ff.

²¹⁴⁾ Dazu ausführlich auch die Erläuterungen zur RV 131 BgNR XIII. GP (siehe oben Anm. 129): »Die neuzuschaffende Einrichtung hat Vorbilder vor allem im skandinavischen Rechtskreis (Ombudsman)«.

²¹⁵⁾ Vgl. Schönherr, a.a.O. (Anm. 209), S. 15.

²¹⁶⁾ Entwurf des BKA vom 10. 2. 1971 über eine Bundesverwaltungsanwaltschaft, in über 13.000 Exemplaren versandt; RV vom 21. 12. 1971; Entwurf des Verfassungsausschusses (siehe oben Anm. 130); RV vom 11. 2. 1976.

²¹⁷⁾ Siehe die zahlreichen Nachweise bei Schönherr (der selbst einer der engagiertesten Kritiker ist) a.a.O. (Anm. 209), S. 35 ff.

genheit der österreichischen Variante des Ombudsman ausmacht. Der österreichische Ombudsman ist eine »Ombudsmannschaft«²¹⁸⁾, ein Dreierkollegium, in dem jede im Nationalrat vertretene Partei repräsentiert ist.

In das Bundesgesetz von 1977 fand folgende Lösung Eingang (§ 7). Die Volksanwaltschaft besteht aus drei Mitgliedern. Diese werden vom Nationalrat auf Grund eines Gesamtvorschlages seines Hauptausschusses (Art. 55 B-VG) gewählt. Im Hauptausschuß haben die drei mandatsstärksten Parteien des Nationalrates²¹⁹⁾ das Recht, je ein Mitglied für diesen Gesamtvorschlag namhaft zu machen. Dieser Vorschlag ist ganz und gar auf das bestehende Parteiensystem zugeschnitten, das in äußerst stabiler Weise aus drei zu gesellschaftlichen »Lagern« verfestigten Parteien (zwei große: SPÖ und ÖVP, und eine kleine, aber auf ein gesichertes Wählerpublikum gestützte: FPÖ) besteht²²⁰⁾. Das Bundesgesetz über die Volksanwaltschaft garantiert jeder dieser drei Parteien eine Vertretung in der Volksanwaltschaft und sichert sie gleichzeitig gegen die Konkurrenz anderer gesellschaftlicher Gruppierungen ab. Das Nominationsrecht aller drei Parteien einerseits, die Notwendigkeit eines Gesamtvorschlages andererseits erzwingt Kompromisse über die Kandidaten, da selbst die kleinste der drei Parteien durch Unterlassung oder Zurückziehung des ihr zustehenden Nominationsrechtes die Wahl blockieren kann. Das Erfordernis des Gesamtvorschlages und damit des Kompromisses über die Kandidaten ist abgeschwächt für den Fall, daß ein Mitglied vorzeitig – die Amtsperiode des Kollegiums beträgt sechs Jahre – ausscheidet. In diesem Fall hat die Wahl durch den Nationalrat ausschließlich auf Vorschlag jener Partei zu erfolgen, die das ausscheidende Mitglied nominiert hatte. Eine über die Mehrheit der Stimmen im Nationalrat verfügende Partei bedarf hier keiner Abstimmung mit den anderen Parteien, eine Minderheitspartei könnte sich auf ein Arrangement mit jener Partei beschränken, deren Stimmen zusammen mit ihren eigenen Abgeordneten eine Mehrheit im Nationalrat bilden.

Innerhalb des Dreierkollegiums wechselt jährlich der Vorsitz zwischen den Mitgliedern »in der Reihenfolge der Mandatsstärke der die Mit-

²¹⁸⁾ Schön herr, a.a.O. (Anm. 209), S. 35.

²¹⁹⁾ Auf den Fall, daß eine der drei Parteien nicht auch in dem vom Plenum nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu bestellenden Hauptausschuß vertreten ist, wurde nicht Rücksicht genommen. Daß damit nicht einmal die nächstliegende Möglichkeit einer Veränderung der bestehenden Parteienstruktur im Parlament bedacht wurde, illustriert die Verankerung der Volksanwaltschaft im bestehenden Parteiensystem.

²²⁰⁾ Vgl. Pelinka, a.a.O. (Anm. 11).

glieder namhaft machenden Parteien« (§ 7 Abs. 3). Welche Aufgaben dem Kollegium und welche den einzelnen Mitgliedern vorbehalten sind, haben die Volksanwälte in einer Geschäftsverteilung einhellig festzulegen (§ 8 Abs. 3 und § 11). § 11 des Gesetzes sieht für kollegiale Beschlüsse die Anwesenheit aller drei Mitglieder vor, läßt aber Vertretungsregeln in der Geschäftsordnung, die sich die Volksanwälte selbst geben, zu.

»Die Volksanwaltschaft ist in Ausübung ihres Amtes unabhängig«, heißt es im § 1 Abs. 3 des Gesetzes in Anlehnung an die Proklamation der Bundesverfassung über die *U n a b h ä n g i g k e i t* der Richter (Art. 87 Abs. 1 B-VG). Von der richterlichen Unabhängigkeit unterscheidet sich jene der Volksanwaltschaft freilich institutionell durch die *b e f r i s t e t e A m t s d a u e r* (sechs Jahre), wobei eine einmalige Wiederwahl zulässig ist. Der Sicherung der Unabhängigkeit der Volksanwaltschaft dient die Personalhöhe der Volksanwälte über ihre Beamten und Hilfskräfte, die jener eines Bundesministers gleicht (§ 8) und der Stellung des Präsidenten des Rechnungshofes (Art. 125 B-VG) nachgebildet wurde. Die Beamten selbst ernannt der Bundespräsident, der dieses Recht hinsichtlich bestimmter Kategorien auf den Vorsitzenden der Volksanwaltschaft delegieren kann. Hilfskräfte, das sind Vertragsbedienstete, Konsulenten etc.²²¹⁾, bestellt der Vorsitzende selbst. Die für die Effizienz der Volksanwaltschaft maßgebliche Zahl von Dienstposten und ihre Einstufung in die verschiedenen Beamtenkategorien nimmt der Nationalrat im jährlichen Dienstpostenplan des Bundes vor.

Ferner bestehen strenge *I n k o m p a t i b i l i t ä t s r e g e l u n g e n*: Die Mitglieder der Volksanwaltschaft dürfen während ihrer Amtstätigkeit weder der Bundesregierung noch einer Landesregierung noch einem allgemeinen Vertretungskörper angehören und keinen anderen Beruf ausüben (§ 7 Abs. 5)²²²⁾.

Die Art der Bestellung der Volksanwälte verankert diese Institution tief in den Strukturen des österreichischen Parteienstaates. Vorteile und Schwächen dieser Konstruktion blieben bis heute äußerst umstritten²²³⁾. Die dadurch hergestellte Verankerung dieser Institution im Parlament und seinen Parteien wird einerseits als Machtressource der Volksanwaltschaft gegenüber der Verwaltung, andererseits als Beschneidung ihrer Unabhängigkeit und Kritikfreudigkeit gegenüber den — den gesamten Staat durchdringenden — Parteiinteressen gedeutet.

²²¹⁾ Walter, a.a.O. (Anm. 12), S. 797.

²²²⁾ Darunter wäre wohl auch eine Lehrtätigkeit zu subsumieren; vgl. Ermacora, Volksanwaltschaft 1977, in: Der Staatsbürger (1977/1), S. 1 f.

²²³⁾ Zahlreiche Nachweise bei Schönherr, a.a.O. (Anm. 209), S. 35 ff.

5. 3. Gegenstände der Kontrolle

Ein ebenfalls bis zuletzt umstrittenes Problem bildete der Umfang der Verwaltungsbereiche, auf die sich die Tätigkeit der Volksanwaltschaft erstrecken sollte. Eine Regelung dieses Themas sieht sich vor das Faktum gestellt, daß das »Unbehagen an der Verwaltung« keineswegs mehr auf den Staat (auch im weitesten Sinn) beschränkt ist, sondern Bürokratien längst alle Grenzen von Staat und Gesellschaft überwuchert haben. So sieht sich heute ein Wohnungswerber in Österreich — um eines der gravierendsten Probleme hierzulande beispielhaft herauszustreichen — einem für viele kaum durchschaubaren Zusammenspiel staatlicher (Bund wie Ländern zuzuordnender), kommunaler und privater Organisationen gegenüber. Was in der Realität unabgrenzbar erscheint, ist freilich einem staatlichen Organ als Grenze vom Verfassungssystem her vorgezeichnet: eben die Trennung von Staat und Gesellschaft. Sie angesichts des hohen Anteils »verstaatlichter« Wirtschaft in Österreich zu ziehen, fällt nicht leicht. Trotzdem war aber von Anfang an klar, daß jedenfalls echte »private« Organisationen (private Wirtschaft, Vereine einschließlich der Gewerkschaften, Presse) der Kontrolle der Volksanwaltschaft entzogen bleiben mußten, wieviel »kollektive Macht« sie auch immer repräsentieren mögen. Das bedeutet freilich einen nicht unerheblichen Startnachteil gegenüber jenen privaten »Ombudsmännern«, vor allem der Presse, die sich — erstes und nicht unerfreuliches Ergebnis der langen Diskussion um diese Institution — bereits allenthalben etabliert haben.

Das nunmehr beschlossene Bundesgesetz zieht freilich die Grenze der Kontrollbereiche der Volksanwaltschaft viel enger, als sie so vom Verfassungs- und Gesellschaftssystem her vorgezeichnet ist. Während sich nach der RV 1976 die Tätigkeit der Volksanwaltschaft noch auf die gesamte Verwaltung erstrecken hätte sollen²²⁴), geht es nach § 1 des Gesetzes nur mehr um die »Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten«. § 9 des Gesetzes ermächtigt die Landesverfassungsgesetzgebung, entweder die Volksanwaltschaft auch für die Verwaltung des betreffenden Landes zuständig zu erklären oder aber eine gleichartige Institution zu schaffen. Eine Verpflichtung zu einer dieser beiden Varianten besteht jedoch nicht. Das ist ein äußerst zweifelhafter Erfolg föderalistischer Bestrebungen, der überdies verfassungssystemwidrig ist. Denn die Bundesverfassung sieht

²²⁴) 94 BlgNR, XIV. GP.

die sonstigen Kontrollinstitutionen gegenüber der öffentlichen Gewalt (Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechnungshof) als gemeinsame Institutionen von Bund und Ländern vor. Dazu kommt, daß gerade die Volksanwaltschaft geschaffen wurde, um die komplizierten Zugänge zum Rechtsschutz und die für den Laien oft schwer verständlichen Zuständigkeitsabgrenzungen der Rechtswege zu vereinfachen. Nun hängt über diesem Weg das Damoklesschwert der Unzuständigkeit nach einem für die Mehrzahl der Bürger kaum verständlichen Kriterium. Beschwerden aber in einer größeren Anzahl von Fällen aus formalen Gründen zurückweisen zu müssen, zerstörte die Idee des Ombudsmann im Kern.

Die im übrigen schwierige juristische Frage, was denn »Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten« überhaupt meint, versucht der Verfassungsausschuß in dem seiner Vorlage beigegebenen Bericht zu klären. Danach fällt unter diesen Begriff die *Hoheitsverwaltung* des Bundes, und zwar sowohl die durch eigene Bundesbehörden (unmittelbare Bundesverwaltung) als auch die durch Landesbehörden (mittelbare Bundesverwaltung) besorgte, ferner auch die hoheitliche Verwaltung durch andere Rechtsträger (Gemeinden, Kammern, Träger der Sozialversicherung, Nationalbank usw.), und zwar sowohl die im eigenen (d. h. weisungsfreien) als auch die im übertragenen (unter der Weisung von — funktionellen — Bundesorganen) Wirkungsbereich besorgte, sofern es sich nur um Hoheitsaufgaben aus dem Bereich der Bundesvollziehung (Art. 10 B-VG) handelt. Es kommt also in der Hoheitsverwaltung nur auf die funktionelle Zuordnung einer Verwaltungstätigkeit zum Bund an. Das bedeutet im Hinblick auf den sehr extensiven Katalog der Bundes-Verwaltungsagenden (Art. 10 Abs. 1 B-VG), die aber nur partiell von eigenen Bundesorganen zu besorgen sind, eine an sich sehr weite Fassung der Zuständigkeit der Volksanwaltschaft, die aber juristisch schwieriger zu bestimmen ist, als es ein organisatorischer Verwaltungsbegriff wäre. Bei der nun einmal akzeptierten Zweiteilung der Volksanwaltschaft nach Bund und Land wäre eine organisatorische Scheidung (Verwaltung durch Bundesorgane oder vom Bund errichtete Rechtsträger einerseits und solche der Länder andererseits, wobei die Gemeinden zum Land gehören) jedenfalls für den Laien klarer und für die Volksanwaltschaft mit weniger schwierigen Rechtsfragen belastet gewesen.

Die Tätigkeit des Bundes als Träger von Privatrechten umfaßt dagegen nach Ansicht des Verfassungsausschusses nur die der juristischen Person »Bund« direkt zuzuordnende Tätigkeit, nicht also auch die Verwaltung

in Formen des Privatrechts durch andere Rechtsträger, mag auch ein rechtlicher Konnex zum Bund gegeben sein (Zusammenhang mit einer funktionell dem Bund zuzurechnenden hoheitlichen Tätigkeit, gesetzliche Regelung durch den Bund, Einrichtung durch den Bund in hoheitlicher oder privat-[handels-]rechtlicher Form). Damit fallen aus der Zuständigkeit der Volksanwaltschaft beispielsweise die verstaatlichte Industrie und der Österreichische Rundfunk (ORF), was anscheinend besonders umstritten war²²⁵). Die Volksanwaltschaft wird dadurch nicht nur mit der Abgrenzung von Bundes- und Landeskompetenzen, sondern auch mit der Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung belastet, über deren Schwierigkeit schon jetzt eine reiche und divergente Judikatur der Höchstgerichte Aufschluß gibt²²⁶).

Gerade auf dem Gebiet der Privatwirtschaftsverwaltung harrt freilich die wichtigste Aufgabe der Volksanwaltschaft, weil hier die gravierendste Lücke im österreichischen System des Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt besteht. Das Zusammenspiel mehrerer, jeweils höchst fragwürdiger²²⁷) Maximen der Judikatur von VwGH und VfGH – Annahme der Hoheitsverwaltung nur, wenn bestimmte, formal typisierte Handlungen (Verordnung, Bescheid, Akte des sofortigen Polizeizwanges) vorliegen oder gesetzlich vorgeschrieben sind; im Zweifel liegt Privatwirtschaftsverwaltung vor; keine explizite Begrenzung bestimmter Verwaltungsbereiche auf die Hoheitsverwaltung – hat diesen Bereich unbegrenzt anwachsen lassen und keineswegs, wie der Terminus vermuten lassen würde, auf echte fiskalische Verwaltung beschränkt. Vielmehr ist auch eine typisch öffentliche Verwaltung Privatwirtschaftsverwaltung, wenn das Verwaltungsorgan nicht gesetzlich mit Zwangsbefugnissen ausgestattet ist²²⁸). Von Gewicht sind vor allem die Subventionsverwaltung und die Vergabe öffentlicher Aufträge, aber auch die staatliche Öffentlichkeitsarbeit.

Nie ernsthaft zur Diskussion stand die Ausklammerung der Gerichtsbarkeit. Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gilt in Österreich

²²⁵) Siehe Ermacora, a.a.O. (Anm. 222).

²²⁶) Siehe die Nachweise bei Klecatsky, a.a.O. (Anm. 15), s. 170 f.; Divergenzen bestehen vor allem zwischen den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts einerseits, die ausschließlich an formale Kriterien anknüpfen, und dem OGH andererseits.

²²⁷) Vgl. auch Öhlinger, a.a.O. (Anm. 138), S. 66 ff.

²²⁸) VfSlg. 3262/1957.

als viel zu prekäres Gut, als daß es irgendwie angetastet werden sollte²²⁹). Auch damit ist aber ein problematischer Grenzbegriff verknüpft, nämlich jener der Justizverwaltung²³⁰).

5. 4. Aufgaben und Befugnisse

Es ist die Aufgabe der Volksanwaltschaft, Mißstände der Verwaltung zu prüfen, und zwar von Amts wegen oder auf Antrag (»Beschwerde«), wozu jedermann berechtigt ist, der von einem Mißstand betroffen ist, soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht (§ 1 Abs. 1 und 2). Was die Volksanwälte selbständig (von Amts wegen) aufgreifen, liegt ausschließlich in ihrem Ermessen, wird aber das Image dieser Institution in der Öffentlichkeit entscheidend prägen.

Jede Beschwerde ist zu prüfen und der Beschwerdeführer vom Ergebnis dieser Prüfung sowie allenfalls getroffenen Veranlassungen zu unterrichten. In dieser Bestimmung ist ein Auftrag des Verfassungsgesetzgebers an die Volksanwaltschaft zu sehen, Beschwerden niemals aus formellen Gründen — wegen Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit — ohne Eingehen in die Sache selbst zurückzuweisen²³¹). Nun ist freilich die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft begrenzt und die Zulässigkeit der Beschwerde an die »Betroffenheit« sowie den Ausschluß eines Rechtsmittels geknüpft. Im Zusammenhalt mit der unbedingten Prüfungspflicht wird auch in diesen Fällen die Volksanwaltschaft den Beschwerdeführer soweit wie möglich über seine Möglichkeiten — Hinweis auf die kompetente Stelle, Belehrung über mögliche Rechtsmittel — rechtzeitig zu beraten haben.

Die Volksanwaltschaft hat ein unbeschränktes Recht zur Akteneinsicht und kann jegliche Auskunft verlangen. Amtsverschwiegenheit kann ihr

²²⁹) Kritisch K n i t e l, Ein »Ombudsrat« für Österreich? in: FS Kolb (1971), S. 193 ff. (198); S c h ö n h e r r, aa.O. (Anm. 209), S. 25.

²³⁰) Dazu jüngst M. N o w a k, Weitreichende Konsequenzen des 1. VfGH-Erkenntnisses zum Rundfunkgesetz (insbesondere für den Justizverwaltungsbegriff), JBl. 1976, S. 529 ff.

²³¹) Der sinngemäß anzuwendende § 6 AVG, demgemäß die Volksanwaltschaft ihre Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen hat und Anbringen, zu deren Erledigung sie nicht zuständig ist, ohne Aufschub auf Gefahr des Einschreiters an die zuständige Stelle weiterzuleiten oder den Einschreiter an diese zu verweisen hat, steht dem nicht entgegen, wäre aber parteienfreundlicher zu handhaben als dies in der gegenwärtigen Verwaltungspraxis geschieht.

gegenüber nicht geltend gemacht werden (§ 2 Abs. 1). Sie selbst unterliegt der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit in gleichem Maß wie das Organ, von dem es Akteneinsicht oder Auskunft verlangte, also ausnahmslos nur, wenn dies das Interesse einer Partei (Privatperson, auf die sich eine Verwaltungstätigkeit bezieht) oder einer Gebietskörperschaft verlangt (Art. 20 Abs. 3 B-VG), wobei aber die Gesetzgebung auch davon entbinden, die Kriterien der Amtsverschwiegenheit aber niemals strenger formulieren darf²³²). Neu definiert ist die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit der Volksanwaltschaft in ihrem jährlichen Tätigkeitsbericht an den Nationalrat: Sie erstreckt sich außer auf Interessen der Parteien nur auf solche der »nationalen Sicherheit«.

Die Volksanwaltschaft kann in konkreten Beschwerdefällen nur »Empfehlungen« erteilen. Daß solche Empfehlungen nur den obersten Verwaltungsorganen (Bundespräsident, Bundesregierung und ihre Mitglieder) gegeben werden können, ist eine schwer verständliche Beschränkung. In vielen Fällen wird nur ein direkter Kontakt mit einer Verwaltungsstelle, selbstverständlich unter Information der obersten Organe, den erwünschten raschen und unbürokratischen Erfolg erreichen können. Im übrigen mißversteht aber die daran geübte Kritik²³³) die Idee der Volksanwaltschaft, nicht Rechtsmittelbehörde mit mehr oder weniger weitreichenden, aber jedenfalls exakt zu definierenden Befugnissen gegenüber der Verwaltung analog dem VfGH oder VfGH, sondern »Gewissen der öffentlichen Verwaltung«²³⁴) zu sein. Je gravierender die Kompetenzen der Volksanwaltschaft wären, desto genauer müßten sie gefaßt und in ihren Konsequenzen durchdacht werden, desto »bürokratischer« wäre demnach das Ergebnis²³⁵). Die Volksanwaltschaft wird sich nur bewähren, wenn sie sich im Bewußtsein der Bevölkerung als »Gegen-Amt« — und auch Gerichte sind Ämter in diesem Sinn — profilieren kann. Das ist eine Aufgabe, die sich nicht gesetzlich definieren läßt, sondern als persönlicher Stil zu entfalten ist. Autorität gegenüber der Verwaltung aus einer starken Verankerung in der öffentlichen Meinung

²³²) VfSlg. 6288/1970.

²³³) Nachweise bei Schönherr, a.a.O. (Anm. 209), S. 50 f. (»Salzamt«, »bestenfalls ein geschäftelhuberischer Beschwichtigungshofrat«).

²³⁴) So die RV 94 BlgNR, XIV. GP, S. 5.

²³⁵) Von den ursprünglich erwogenen Befugnissen rechtlicher Art verblieb nur die, Verordnungen von Bundesbehörden beim VfGH anfechten zu können. Unklar ist, ob der Terminus Bundesbehörden im strikten Sinn, also organisatorisch oder, wie es der globalen Zuständigkeit der Volksanwaltschaft entspräche, funktionell zu verstehen ist.

zu gewinnen, wird daher die eigentliche Aufgabe der ersten Volksanwälte sein. Ob einer Anwaltschaft eine solche persönliche Profilierung überhaupt gelingen kann, wird dabei zur entscheidenden Frage der österreichischen Variation des Ombudsman.

Die wichtigste Aufgabe der ersten Volksanwälte wird daher eine entsprechende Öffentlichkeitsarbeit sein. Hier könnte vor allem der schwedische Ombudsman beispielgebend sein²³⁶). Das Bundesgesetz selbst normiert in dieser Hinsicht nur eine Verpflichtung, dem Nationalrat jährlich zu berichten. Dazu sieht § 13 vor, daß ein überstimmtes Mitglied einen Minderheitsbericht erstatten kann. (Das könnte die Diskussion um die Einführung des Sondervotums in der Verfassungsgerichtsbarkeit stimulieren). Die RV wollte noch explizit den Gang in die Öffentlichkeit verankert wissen, wenn dies von den Volksanwälten »im Interesse der Beseitigung eines von ihr festgestellten Mißstandes für erforderlich« gehalten worden wäre. Daß dies schließlich nicht Gesetz wurde, findet eine Rechtfertigung in der Erkenntnis, daß eine solche »Maßnahme« eine Frage des Stils ist, der rechtlich nicht erzwingbar ist. Den Volksanwälten wurde damit aber nicht die Aufgabe abgenommen, in ein intensives Zwiegespräch mit der Öffentlichkeit zu treten. Hier wird sich letztlich die auf Probe geschaffene Institution bewähren müssen.

Abgeschlossen im März 1977.

²³⁶) Siehe Schönherr, a.a.O. (Anm. 209), S. 35 mit weiteren Nachweisen.

Summary

Constitutional Development in Austria since 1974

Federal State, constitutional State and democracy as
topics of constitutional reform

The Austrian federal constitutional law was modified in the years 1974/75 by five amendments. Apart from this, other constitutional regulations outside the federal constitutional document were adopted in the same period. One of them, the constitutional act concerning the *Volksanwaltschaft* (ombudsman) has been approved of recently.

The voluminous amendment of the year 1974 (BGBl. 444/1974) deals with an extension of the federal institutions. It originates in a "demand programm" set up by the Länder (States) as an equivalent for financial concessions made by them. The division of the competences among the federation (Bund) and the Länder (States) is changed in a very detailed manner by this amendment. Furthermore, the Länder are guaranteed the right to exert influence upon the conclusion of international agreements by the Bund concerning matters which on the domestic level fall within their competence. Moreover, the "indirect federal administration" is extended, that is, the principle according to which certain competences belonging to the federation are executed by authorities of the Länder (*mittelbare Bundesverwaltung*). Finally the possibility to conclude agreements between federation and Länder regarding matters of their current scope of competence, is introduced. These agreements are subject to partial review by the Constitutional Court. The author reaches the conclusion that the real defects of the very centralistic draft of the Austrian federal system are not fundamentally changed by this amendment.

An amendment dating from May 15, 1975 (BGBl. Nr. 302) enlarges the competences of the Administrative and the Constitutional Court. The scope of administrative rulings subject to review by the Administrative Court includes now also the exercise of "immediate command and coercive powers" (*»Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt«*). The most interesting point of this amendment, however, is the introduction of an "individual complaint" against laws and ordinances before the Constitutional Court. The Austrian system of judicial review of laws and ordinances is centered in a Constitutional Court and initially served as a means of solving conflicts between the federation and the Länder. It was for this reason only that the Länder governments could originally initiate proceedings for judicial review of federal laws, and only the federal government could do so with regard to Länder legislation. Only later the scope of organs possessing the right of access to the Constitutional Court was extended also to the two highest courts: the Highest Civil and Criminal Court and to the Administrative Court. Since the coming into force of the

1975 amendment, each court deciding on an appeal may initiate proceedings for review of a federal or a Land law before the Constitutional Court. In addition, every individual citizen is now granted the right to file an application before the Constitutional Court to annul a law because of its unconstitutionality, if his rights had been violated immediately, provided the respective law was effective upon him without a judgment or an administrative ruling having been pronounced. The same possibility exists with regard to ordinances. Finally, also one third of the members of the National Council (Nationalrat) will in future possess the right to demand judicial review of a federal law. Furthermore, one third of the members of a Landtag, if the respective Land constitution so provides, will possess the right to request the Constitutional Court to exercise its powers of review with regard to Land legislation. The amendment also contains a very detailed description of the "law and ordinances review procedure" as well as of the effects of the judgments delivered by the Constitutional Court.

Three further amendments passed during the year 1975 concern the following topics: the principle of comprehensive home defence is anchored in the Constitution, and with it a new regulation of the duties of the federal army (BGBl. Nr. 368); the division of competences between federation and Länder in the field of the agricultural and forestry school system (BGBl. Nr. 316) as well as the constitutional basis of the federal law pertaining to the rules of procedure of the National Council (Geschäftsordnung des Nationalrates, BGBl. Nr. 409 und 410).

In 1975, moreover, a constitutional act was passed containing a new regulation of the position of the political parties. This constitutional act guarantees complete liberty in respect to the founding and the activities of political parties, which may not be restricted by special legal regulations. It provides furthermore for a financing of political parties by public funds.

After a discussion which had been lasting for years, an institution was introduced in 1977 and was established in accordance with the example of the ombudsman: the *Volksanwaltschaft* (BGBl. 121/1977).

The report deals preliminarily with the "extra-judicial" conditions of a constitutional reform: with the party system and above all with the conditions set by a constitutional doctrine regarding itself as positivistic and by a constitutional jurisprudence marked by this concept.

Theo Öhlinger