

Peter BUßJÄGER, Innsbruck*

Die Wiener Schule und die Kompetenzverteilung

The Vienna School of Legal Positivism and the Distribution of Competences

The theory of federalism of the Vienna School of Legal Positivism has had manifold influences on the application of the distribution of competences between the federation and the Länder in Austria. We gain an important insight into the significance of the theory of the federation as an order of separation, combined with the rejection of the principle of homogeneity in favor of explicitly provided principles and obligations of the legal order of the states.

This contribution describes the legacy of the Vienna School of Legal Positivism for the interpretation and application of the distribution of competences in Austria. It has not only provided essential impulses for the normative understanding of the federal state, but also neglected the aspects of federalism that, in its view, are not legally relevant.

Keywords: *distribution of competences – federalism – federation – Vienna School of Legal Positivism*

A. Einleitung

In einer Besprechung¹ des bekannten Jagdrecht-Forstrecht-Erkenntnisses des VfGH² erwartete Pernthaler, dass das Erkenntnis des VfGH „auf scharfe Kritik vonseiten der ‚Wiener Schule‘ stoßen wird.“³ In einer Replik fragte sich Mayer im Gegenzug, „was immer in diesem Zusammenhang mit ‚Wiener Schule‘ gemeint sein mag“,⁴ und unterzog das Erkenntnis des VfGH einer, vielleicht nicht besonders scharfen, so doch eingehenden Kritik, die darauf hinauslief, dass der VfGH wohl auch mit den herkömmlichen Methoden der Kompetenzinterpretation zum selben Ergebnis hätte gelangen können, ohne auf eine Kompetenzausübungsmaxime, das bundes-

staatliche Berücksichtigungsprinzip, ausweichen zu müssen.⁵

Der vorliegende Beitrag versucht indessen, der Frage nachzugehen, „was immer“ die Position der Wiener Schule im Zusammenhang mit der Kompetenzverteilung sein mag.

Die Existenz der Wiener Schule und ihre maßgeblichen Exponenten müssen im gegebenen Zusammenhang nicht näher erläutert werden und können als bekannt vorausgesetzt werden. Es kann daher unmittelbar dazu übergegangen werden, zunächst deren allgemeine Positionierung gegenüber der Rechtsnatur des Bundesstaats zu erläutern (B.) und im Anschluss (C.) ihre rechtsdogmatische Haltung zur Kompetenzverteilung zu analysieren. Nicht unerwähnt sollen aber auch die rechtspolitischen Positionierungen der Wiener Schule in der Kompetenzreform bleiben (D.), bevor die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst werden (E.).

* Der Autor dankt Univ.-Ass. Mag.a Julia Oberdanner, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck, und MMag. Dr. Mathias Eller, Institut für Föderalismus, Innsbruck, für die Unterstützung.

¹ PERNTHALER, Entscheidungsbesprechung 94.

² VfSlg 10.292/1984.

³ PERNTHALER, Entscheidungsbesprechung 94.

⁴ MAYER, Kompetenzinterpretation 513.

⁵ Ebd.; dazu auch BUßJÄGER, Berücksichtigungsprinzip.

B. Die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule

1. Dezentralisationstheorie als normative Bundesstaatstheorie

Die Wiener Schule und ihre wissenschaftliche Analyse der Kompetenzverteilung können nicht ohne Bezug zu der von ihr vertretenen Bundesstaatstheorie, der sog. Dezentralisationstheorie, verstanden werden. Nach Merkls vielzitiertem und grundlegendem Beitrag aus dem Jahre 1921⁶ ist ihr Gegenstück, die Staatenstaatstheorie, nichts anderes als eine „langlebige juristisch-politische Phantasmagorie“.⁷ Die Reine Rechtslehre, so seine Hoffnung, habe jedoch „das ihr aufgebene Vernichtungswerk vielleicht bereits vollbracht“.⁸

Der Bundesstaat ist demnach kein aus verschiedenen (Teil-)Staaten zusammengesetzter Staat, sondern unterscheidet sich vom Einheitsstaat lediglich durch das Ausmaß der Dezentralisation: „Unter Bundesstaat ist ein Staat zu verstehen, der eine gewisse Dezentralisation aufweist, indem Gesetzgebung und Vollziehung auf verschiedene Organisationen (Bund und Länder) verteilt werden.“⁹ Er besteht somit aus räumlich dezentralisierten Rechtsordnungen, bei denen die Staatsfunktionen zwischen einem Oberstaat und den „Gliederstaaten“ aufgeteilt sind, wobei den Gliedern „eine (relativ) selbständige Gesetzgebungsbefugnis und insb. eine (relative) Verfassungsautonomie zukommt“.¹⁰

Für den Bundesstaat ist eben nicht sein ewiges Paradoxon, die Teilung der unteilbaren Souveränität,¹¹ sondern vielmehr „ein Dualismus und

Parallelismus von Organen charakteristisch. Er äußert sich auf der Stufe der Gesetzgebung [...] in dem Nebeneinanderbestehen und Nebeneinanderfunktionieren zweier verschieden organisierter Gesetzgebungstypen, eines zentralen und mehrerer – wenn das Bild gestattet ist – peripherer Gesetzgebungsorgane.“¹² Souveränität kommt der Wiener Schule zufolge lediglich dem Völkerrechtssubjekt zu, soweit Gliedstaaten eine partielle Völkerrechtssubjektivität zukommt, empfangen sie diese durch die jeweilige staatliche Verfassung.¹³

Die Monopolisierung von Souveränität im Nationalstaat hat sich freilich überholt: Das europäische Mehrebenensystem ist von einer Relativierung der Souveränität¹⁴ geprägt, auf die jedenfalls die Reine Rechtslehre und die Wiener Schule keine Antwort artikuliert hat.¹⁵ Die Wiener Schule zeigt sich unberührt von der (vom EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung seit „van Gend & Loos“¹⁶ angenommenen) autopoietischen Entstehung des Europarechts: „Innerhalb einer als normative Einheit verstandenen Ordnung kann es nur eine einzige souveräne Rechtsnorm oder Teilordnung geben (Hervorhebung i.O.), von der alle anderen Normen oder Teilordnungen ihre Geltung ableiten.“¹⁷ Es ist demnach „logisch ausgeschlossen, dass mehrere souveräne Ordnungen zusammen eine Einheit bilden“.¹⁸

Kelsens Doktrin, auf die Merkl Bezug nimmt,¹⁹ sieht daher keinen grundsätzlichen, sondern lediglich graduellen Unterschied zwischen den „selbständigen Ländern“ (Art. 2 Abs. 1 B-VG) und den Gemeinden als territoriale Selbstver-

⁶ MERKL, Kompetenzverteilung 336.

⁷ Ebd. Das Zitat der „Phantasmagorie“ findet sich auch bei THIENEL, Bundesstaatsbegriff 216.

⁸ MERKL, Kompetenzverteilung.

⁹ WALTER, Bundesverfassungsrecht 108.

¹⁰ THIENEL, Bundesstaatsbegriff 250.

¹¹ Vgl. ebd. 224.

¹² MERKL, Kompetenzverteilung 337.

¹³ THIENEL, Bundesstaatsbegriff 224.

¹⁴ BUSSJÄGER, Politischen 96f.

¹⁵ WEBER, Bundesstaat 420.

¹⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 5. 2. 1963, Rs 26/62.

¹⁷ THIENEL, Bundesstaatsbegriff 225.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ KELSEN, Problem der Souveränität 241.

waltungskörper.²⁰ Die Landesverfassungen sind sowohl materiell als auch formell durch die Bundesverfassung delegierte Teilrechtsordnungen.²¹ Diese Theorie wird von Thienel als „normative“ Bundesstaatstheorie bezeichnet, gleichsam zur Unterscheidung von der „komplexen“ Bundesstaatstheorie der – ohne sie so zu nennen – „Innsbrucker Schule“, die auch historische, soziologische und ökonomische Bezüge einfließen lässt.²² Damit ist die normative Bundesstaatstheorie mit sich selbst im Reinen, unverwässert und klar, eben an Normen orientiert, während das Gegenüber in Verdacht steht, die Welt der Normen zu verlassen und damit Methodensynkretismus zu betreiben.²³ Insoweit beispielsweise die Innsbrucker Schule auf den zeithistorischen Entstehungsprozess des Bundesstaates verweist, entgegnet die Wiener Schule, was immer sich vor dem 1. Oktober 1920 abgespielt haben mag, es sei mit der Schaffung des B-VG, das erst den Bundesstaat konstituierte, untergegangen.²⁴

Inwieweit die von Merkl 1921 prophezeite endgültige Entkräftung der Staatenstaatstheorie²⁵ durch die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule gelungen ist, kann schon deshalb dahingestellt bleiben, als die Kritik an der „komplexen Bundesstaatstheorie“ durch Thienel nach 70 Jahren ja gerade beweist, dass sich die Staatenstaatstheorie nicht endgültig durchgesetzt hat. Insgesamt ist jedoch nicht zu verkennen, dass der Theorienstreit in den vergangenen Jahren keine große Aufmerksamkeit mehr auf sich gezogen hat, auch international nicht. Der Frage der Souveränität wird dabei keine Beachtung mehr geschenkt, die Staatsqualität der Glieder ist hingegen im deutschen Sprachraum kaum

bestritten.²⁶ Die Wissenschaft beschäftigt sich vielmehr mit praktischen Fragen der Verfassungsinterpretation, insbesondere der Kompetenzauslegung, was nicht bedeutet, dass theoretische Vorverständnisse nicht immer wieder mitschwingen.

Auch der VfGH hat sich nach außen hin schon früh der Entscheidung entzogen, sich auf die Seite der einen oder anderen Theorie zu schlagen: „Maßgebend sind nicht die verschiedenen einander vielfach widersprechenden Theorien vom Wesen des Bundesstaates, sondern ausschließlich die positiven Bestimmungen des B-VG“, wird in VfSlg 2455/1952 proklamiert. Er folgt im Ergebnis aber doch der Wiener Schule, dass Art. 2 B-VG „zunächst wohl nur die Bedeutung einer programmatischen Erklärung beizumessen ist“, er gesteht der Norm aber doch insoweit normative Bedeutung zu, als „eine Aufhebung wesentlicher Bestimmungen des B-VG, die sich auch in allen anderen bundesstaatlichen Verfassungen finden, als eine Gesamtänderung der Verfassung anzusehen wäre.“²⁷

2. Die rechtliche Irrelevanz des Art. 2 Abs. 1 und 2 B-VG

Aus der Dezentralisationstheorie folgt zwanglos, dass aus Art. 2 B-VG²⁸ jedenfalls für die Auslegung des Bundesstaatsbegriffs und der Bundesstaatlichkeit des B-VG nichts zu gewinnen ist.²⁹ Wenn nämlich den Gliedern keine originäre

²⁰ THIENEL, Bundesstaatsbegriff 215; KOJA, Staatslehre 349.

²¹ THIENEL, Bundesstaatsbegriff 215.

²² Ebd. 216.

²³ Ebd. 245.

²⁴ KOJA, Verfassungsrecht 29.

²⁵ MERKL, Kompetenzverteilung 336, Fn. 1.

²⁶ Vgl. für Deutschland KIMMINICH, in: ISENSEE, KIRCHHOF Rz. 15, 25; ZIPPELIUS, Staatslehre 54; für die Schweiz HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht 296 Rz. 943; HALLER, KÖLZ, GÄCHTER, Staatsrecht 148; STARCK, § 1 Föderalismus 45.

²⁷ Siehe zu diesem Erkenntnis auch Gamper, Die „letzten Dinge“ des Verfassungsrechts: VfSlg 2455/1952, ZÖR 76 (2021), 41-46.

²⁸ Zumindest nicht, was die Abs. 1 und 2 betrifft. Abs. 3 als Resultat der B-VG-Novelle BGBl. I 2/2008.

²⁹ WALTER, Bundesverfassungsrecht 108; THIENEL, Bundesstaatsbegriff 251; PÜRGY, Bundesverfassungsrecht 6; KOJA, Verfassungsrecht 26.

Souveränität zukommt, die „Selbständigkeit der Länder“ sich aus Sicht der Wiener Schule nur als eine Referenz gegenüber der Rolle der Länder im Entstehungsprozess der Bundesverfassung und im Übrigen als „eine bescheidene Andeutung des Gedankens der Souveränität, wie er in der Schweizer Verfassung zum Ausdruck kommt“, erweist,³⁰ die Landesrechtsordnungen vom B-VG delegierte Teilrechtsordnungen sind, bleibt Art. 2 Abs. 1 und 2 nicht mehr als ein Programm.

Die Ausgestaltung des Bundesstaats kann also nur durch Auslegung der den Bundesstaat konkretisierenden Bestimmungen des B-VG selbst geklärt werden. In diesem Sinne führen schon Kelsen, Froehlich, Merkl aus: „Ähnlich wie die Bestimmungen des Art. 1 hat auch die Deklaration: ‚Österreich ist ein Bundesstaat‘ an und für sich keinen relevanten Rechtsinhalt. Die Beantwortung der Frage, ob es dieser Verfassung gelungen ist, aus Österreich einen Bundesstaat zu machen, wird von der jeweiligen Bestimmung des Bundesstaatsbegriffs abhängen.“³¹ Auch der Beifügung „selbständige“ zu den „Ländern“ des Art. 2 Abs. 2 B-VG kommt keine rechtliche Relevanz zu.³²

3. Oberstaat/Gliedstaaten vs. Drei-Kreise-Theorie

Die Wiener Schule differenziert zwischen dem Oberstaat (Bund) und den Gliedern.³³ In einer weiteren Ausprägung wird freilich auch zwischen Oberstaat, Bund und den Gliedern unterschieden, die 3-Kreise-Theorie Kelsens.³⁴ In der

Praxis der Interpretation der Kompetenzverteilung spielt letztere freilich keine besondere Rolle,³⁵ auch wenn sich weiterhin prominente Exponenten der österreichischen Staatsrechtslehre zu ihr bekennen.³⁶

Der VfGH selbst spricht in den wenigen Entscheidungen, in denen die Bundesstaatstheorie durchschimmert, vom „Oberstaat“ und den „Gliedstaaten“,³⁷ in VfSlg 1281/1929 spricht er von der „Dezentralisation der Gesetzgebung“ und nimmt dabei wörtliche Anleihe an dem von der Wiener Schule gebrauchten Terminus.

C. Positionen der Wiener Schule zur Kompetenzverteilung

1. Allgemeines

Die Kompetenzverteilung ist das Herzstück jeder bundesstaatlichen Verfassung.³⁸ Ihre Aufgabe ist es, die Staatsgewalt, worunter die Wiener Schule die Erzeugung und Vollziehung von Rechtsnormen versteht, auf Bund und Glieder zu verteilen.³⁹ Bemerkenswerterweise sind die rechtsdogmatischen Auseinandersetzungen mit der Kompetenzverteilung als solcher eher selten. Im Vordergrund steht das Bemühen um das Verständnis des Verhältnisses von Bundes- und Landesrecht. Im Folgenden werden jedoch die wesentlichen Eckpunkte der Konsequenzen der Bundesstaatstheorie der Wiener Schule für die Kompetenzverteilung diskutiert.

2. Der Bundesstaat als lückenlose Trennungsordnung

Für die Wiener Schule ist der Bundesstaat in erster Linie eine Trennungsordnung: „Der Sinn die-

³⁰ Kelsen, Froehlich, Merkl, Bundesverfassung 67.

³¹ Ebd. 66.

³² Ebd. 67.

³³ Pernthaler, Bundesstaatsrecht 294f; Kojá, Bundesstaat 61; grundsätzlich zu den Bundesstaatstheorien siehe Wiederin, Bundesrecht 12f; Weber, in: Korinek Art. 2 Rz. 12.

³⁴ Pürgy, Bundesverfassungsrecht 6; Kojá, Staatslehre 352; Weber, in: Korinek Art. 2, Rz. 13.

³⁵ Weber, Bundesstaat 418.

³⁶ So etwa Wiederin, Bundesrecht 12.

³⁷ VfSlg 2455/1952; 5,676/1968; 2674/1954; 11.669/1988.

³⁸ Kojá, Staatslehre 357.

³⁹ Ebd.

ser Verteilung der gesetzgeberischen Funktionen auf die unterschiedlichen Organtypen ist *grundsätzlich* (i.O. gesperrt) kein Nacheinander, sondern ein Nebeneinander, grundsätzlich kein Sowohl – als auch, sondern ein Entweder – oder. Und diese reinliche Scheidung der gesetzgeberischen Wirkungskreise ist *ein* (i.O. gesperrt), wenn nicht der Hauptberuf einer Bundesstaatsverfassung.⁴⁰ Die dualistische Konzeption und die Kelsen'sche Drei-Kreise-Theorie unterscheiden sich dabei nicht.⁴¹

Es gibt demnach keine konkurrierenden Kompetenzen (außer eben dort, wo die Bundesverfassung solche der politischen Not folgend vorgesehen hat) und keinen Zugriff beider Gesetzgeber auf dieselbe Sache. Allerdings, selbst wenn die Verfassungen dies anstreben, es gelingt ihnen nicht ganz, „dem legislativen Ideale des Ausschlusses konkurrierender Kompetenzen“ zu entsprechen.⁴² Merkl klingt freilich resignativ, wenn er meint, dass „dieses legislative Problem nicht nur noch ungelöst, sondern vielleicht unlösbar ist.“⁴³ Bemerkenswerterweise wird, obwohl die konkurrierende Kompetenz ein Übel ist, selbst das paradigmatische Beispiel der „gemischten Kompetenz“ im österreichischen Bundesstaatsrecht, die Grundsatzgesetzgebung gemäß Art. 12 B-VG,⁴⁴ von Merkl nicht als konkurrierende Kompetenz betrachtet, „da die eine Kompetenz nur so weit reicht, als nicht die andere Kompetenz in Anspruch genommen ist“.⁴⁵ Dies ist insoweit zutreffend, als die Kompetenz der Länder durch die Grundsatzkompetenz des

Bundes beschränkt wird, bzw. sie zur Anpassung an die Grundsatzgesetzgebung des Bundes verpflichtet sind (Art. 15 Abs. 6 B-VG) und lediglich eine die Grundsatzkompetenz überschneidende Kompetenzausübung des Bundes vor dem VfGH bekämpfen können. Dessen ungeachtet handelt es sich doch um eine Form der konkurrierenden Gesetzgebung.⁴⁶

Merkl erblickte jedoch in der seinerzeitigen⁴⁷ Ausgestaltung des Art. 12 Abs. 1 Z. 8 B-VG, wonach das Elektrizitätswesen und das Wasserrecht, soweit sie nicht unter Art. 10 fielen, Angelegenheiten der Grundsatzkompetenz waren, die Gefahr, dass sich Bund und Länder lahmlegen würden.⁴⁸ Die Verwaltungsgesetzgebung der Länder auf der Grundlage des Art. 15 Abs. 1 B-VG wurde auch als Gefahr gesehen, die Zivilrechtsgesetzgebung des Bundes zu konkurrenzieren und zu paralisieren.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund musste alles Bestreben darauf gerichtet sein, „Doppelkompetenzen“ zu vermeiden.⁵⁰

Der Grundsatz der strikten Kompetenztrennung erfordert eine Lückenlosigkeit der Kompetenzordnung und damit eine Exklusivität der Kompetenzbereiche.⁵¹ All dies dient dem Kampf gegen die geradezu perhorreszierten konkurrierenden Kompetenzen.⁵²

Den Topos der strikten Kompetenztrennung greift Mayer in seiner Kritik am Jagdrecht-Forstrecht-Erkenntnis des VfGH wieder auf:⁵³ Der VfGH hätte auch durch konsequente Anwen-

⁴⁰ MERKL, Kompetenzverteilung 338; MAYER, Kompetenzinterpretation 515; siehe dazu auch PERNTHALER, Kompetenzverteilung 34.

⁴¹ PERNTHALER, Kompetenzverteilung 34.

⁴² MERKL, Kompetenzverteilung 340.

⁴³ Ebd. 340.

⁴⁴ Anzumerken ist, dass der Katalog des Art. 12 B-VG in der Ursprungsfassung des B-VG durchaus umfangreicher war, als er sich heute, insbes. nach der B-VG-Novelle BGBl. I 14/2019, darstellt.

⁴⁵ MERKL, Kompetenzverteilung 342.

⁴⁶ Zur rechtspolitischen Diskussion und den internationalen Vergleich siehe auch BUßJÄGER, Differenz 84f.

⁴⁷ In der ursprünglichen Fassung des B-VG waren diese beiden Kompetenzen, „soweit sie nicht unter Artikel 10 fallen“, in der Grundsatzgesetzgebung angesiedelt. Mit der B-VG-Novelle BGBl. 268/1925 wurden die Angelegenheiten des Wasserrechtes gänzlich in den Art. 10 Abs. 1 Z. 10 B-VG transferiert.

⁴⁸ MERKL, Kompetenzverteilung 344.

⁴⁹ Ebd. 347f.

⁵⁰ Ebd. 351.

⁵¹ PERNTHALER, Kompetenzverteilung 40.

⁵² Ebd. 43.

⁵³ MAYER, Kompetenzinterpretation 518f.

dung der Versteinerungstheorie zum selben Ergebnis gelangen können (und müssen) und sich demnach nicht auf das Glatteis wechselseitiger Berücksichtigung begeben müssen. Wo Normwidersprüche auftreten, sind sie demnach nicht durch Berücksichtigung zu lösen, sondern durch die Klärung, welcher Gesetzgeber seine Kompetenzen überschritten hat – eine prinzipiell durchaus berechtigte Kritik: Tatsächlich ist zunächst zu prüfen, ob ein Normwiderspruch auftreten kann, und erst in zweiter Linie nach Berücksichtigung zu rufen. Aus dieser Beurteilung ergibt sich aber bereits eine wichtige Prämisse: Die Landesgesetzgebung ist in diesem entweder-oder bereits durch die schiere Zahl an Bundeskompetenzen in die Defensive gedrängt – eine Defensive, aus der sie auch bedingt durch die weiteren Positionen der Wiener Schule zur Kompetenzverteilung nicht so leicht wieder herausfindet.

3. Kompetenzinterpretation

Theoriebildung hat, wie gezeigt werden kann, durchaus praktische Auswirkungen. Nach Auffassung Pernthalers⁵⁴ sind die Auswirkungen der Bundesstaatstheorie der Wiener Schule auf die Kompetenzinterpretation noch viel stärker als hinsichtlich des oben beschriebenen Verständnisses des Bundesstaates als Trennungsordnung: Pernthaler erblickt in der Bundesstaatstheorie der Reinen Rechtslehre „ohne Übertreibung [...] die [Hervorhebung i.O.] maßgebliche theoretische Grundlage des Verständnisses und der Handhabung der österreichischen Kompetenzordnung.“⁵⁵

Aus der Bundesstaatstheorie der Reinen Rechtslehre ergibt sich für Pernthaler nicht nur die Ablehnung des Prinzipiendenkens und nicht normativ verankerter Homogenitätsgebote, sondern

vor allem auch die Versteinerungstheorie,⁵⁶ aber auch die Ablehnung von Interpretationsmaximen, wie sie durchaus in anderen Bundesstaaten üblich sind, wie der Theorie der „implied powers“.⁵⁷ Insoweit wäre es unzutreffend, die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule als länderfeindlich zu denunzieren.⁵⁸ Zweifellos ist der Versuch, durch Auslegung der Kompetenzartikel Trennschärfe zu erzielen, eine Ausprägung des Merkl'schen Ansatzes, wenngleich die Entwicklung dieser Auslegungsmaxime⁵⁹ ohne Berufung auf eine bestimmte Bundesstaatstheorie oder einen Autor zustande kam. In VfSlg 1477/1932 wandte der VfGH bereits die Versteinerungstheorie, ohne sie so zu bezeichnen, in der Sache auf die Auslegung des Kompetenzinhaltes der Angelegenheiten des „Gewerbes“ an. In VfSlg 2319/1952 erwiderte er auf den Vorhalt der Vorarlberger Landesregierung, dass eine „Versteinerung der Verfassungsbegriffe“ allgemein unerwünscht sei, dass eine „eindeutige und endgültige Festlegung eines Kompetenzbestandes, also (um mit den Worten der Vorarlberger Landesregierung zu sprechen) dessen ‚Versteinerung‘ nicht nur nicht unerwünscht, sondern geradezu geboten sein kann.“⁶⁰ Auch wenn keine Berufung auf die Wiener Schule oder ihre Exponenten erfolgt: Diese Verfassungsinterpretation ist vom Bestreben geprägt, Trennschärfe in der Kompetenzordnung herzustellen. Dieser Interpretationsmaxime wird außerdem ein tendenziell den Kompetenzumfang der Länder begünstigenden Effekt zugerechnet.⁶¹ Dies trifft insoweit zu, als eine Auslegung nach einem „implied powers“-Prinzip angesichts der Dominanz der explizit angeord-

⁵⁴ PERNTHALER, Kompetenzverteilung 29.

⁵⁵ Ebd. 29.

⁵⁶ Siehe dazu im Besonderen auch GAMPER, Verfassungsinterpretation 172 f.

⁵⁷ PERNTHALER, Kompetenzverteilung 30.

⁵⁸ Dies räumt auch PERNTHALER, Kompetenzverteilung 30, ein.

⁵⁹ Siehe dazu auch WIEDERIN, Versteinerungstheorie 1231.

⁶⁰ Zit. auch ebd. 1231.

⁶¹ FUNK, Kompetenzverteilung 73.

neten Bundeskompetenzen die Generalklausel geradezu aufreiben würde und gilt außerdem nur dann, wenn der VfGH nicht der Verlockung unterliegt, Angelegenheiten der Generalklausel so zu verstehen, als ob es sich um explizit genannte Kompetenzen handelt.⁶²

Auch die föderalistische Auslegungsmaxime wird durchaus von Exponenten vertreten, die sich dogmatisch auf dem Boden der Wiener Schule bewegen.⁶³ Der VfGH wiederholt diese Formel gelegentlich geflissentlich, ohne dass damit weitreichende Konsequenzen verbunden wären.⁶⁴

Die Gesichtspunkttheorie als Weiterentwicklung der Versteinerungstheorie hat daher auch wesentlich mit dem Bundesstaatsverständnis der Wiener Schule zu tun.⁶⁵ Das Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung, das ebenfalls von der Versteinerungstheorie seinen Ursprung nimmt, weicht dagegen die Versteinerungstheorie wiederum erheblich auf⁶⁶ und entfaltet entsprechende zentralistische Dynamik.⁶⁷

Insgesamt findet die Auffassung Pernthalers Bestätigung, dass die Wiener Schule die Interpretation der Kompetenzverteilung durch den VfGH maßgeblich mitbestimmt hat.

4. Ausgewählte Beispiele der Kompetenzverteilung

Im Vergleich zur Kompetenzinterpretation sind die Auswirkungen der Position der Wiener

Schule auf die Kompetenzverteilung als solche eher bescheiden. Es verwundert aber auch angesichts der Dominanz der Dezentralisationstheorie nicht, dass Kompetenzen, die den Bundesstaat als Trennungsordnung unterminieren, wie eben Art. 12 B-VG, eher kritisch gesehen werden: Nicht nur, dass sich bereits Merkl eingehend mit der Problematik des Art. 12 B-VG auseinandersetzte;⁶⁸ die vom VfGH entwickelten Auslegungsgrundsätze mögen zwar länderfreundlich klingen, entfalten aber im Ergebnis wenig Abwehrkraft gegenüber der Tendenz des Grundsatzgesetzgebers, die Inhalte der Grundsatzgesetzgebung im Detail zu regeln.⁶⁹ Überhaupt erweist sich die Grundsatzgesetzgebung als der in der Wissenschaft sichtlich unbeliebteste Kompetenztypus.⁷⁰

Die weiteren Varianten einer konkurrierenden Gesetzgebung in Österreich sind im Übrigen vorwiegend als subjektive Bedarfskompetenz (Art. 11 Abs. 2 und 6 B-VG) oder eine Art versteckte Bedarfskompetenz („Monopolwesen“ [Art. 10 Abs. 1 Z. 4 B-VG], „Angelegenheiten der wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr zu Bundesstraßen erklärten Straßenzüge“, [Art. 10 Abs. 1 Z. 9 B-VG] und „Arbeiter- und Angestelltenschutz der Dienstnehmer“ in diversen Betrieben, „die von land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betrieben werden, sofern in diesen eine bundesgesetzlich zu bestimmende Anzahl von Dienstnehmern dauernd beschäftigt ist“ [Art. 10 Abs. 1 Z. 11 B-VG]) ausgestaltet. Die beiden Beispiele einer objektiven Bedarfskompetenz, die Zuständigkeit des Bundes hinsichtlich nicht gefährlicher Abfälle (Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG) und die Festlegung von Emissionsgrenzwerten für Luftschadstoffe (Art. 11 Abs. 3 B-VG), sind auf

⁶² Siehe VfSlg 5375/1966 und die Kritik von PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 153.

⁶³ KOJA, Staatslehre 358; siehe dazu auch die Formulierung von WALTER, Bundesverfassungsrecht 108, wonach die Proklamation des Bundesstaates in Art. 2 B-VG als „Auslegungsprinzip [...] von Bedeutung sein [wird].“

⁶⁴ Siehe etwa VfSlg 1030/1928; 2066/1950; 2977/1956; 9543/1982; 11.151/1986; 11.393/1987; 13.019/1993.

⁶⁵ PERNTHALER, Kompetenzverteilung 30.

⁶⁶ FUNK, Kompetenzverteilung 77.

⁶⁷ PERNTHALER, Kompetenzverteilung 82; FUNK, Kompetenzverteilung 77.

⁶⁸ MERKL, Kompetenzverteilung 312f.

⁶⁹ Vgl. etwa WELAN, Grundsatzgesetzgebung 51; WALLNÖFER, Elektrizitätsrecht 293f.

⁷⁰ BUßJÄGER, SCHRAMEK, Grundsatzgesetzgebung 12 m.w.N.

Grund einer großzügigen Rechtsprechung des VfGH⁷¹ im Ergebnis zu einer subjektiven Bedarfskompetenz des Bundes mutiert.

Die lex Starzynski (Art. 15 Abs. 9 B-VG), die den Ländern ermöglicht, in Angelegenheiten des Zivil- und Strafrechts „die zur Regelung des Gegenstandes erforderlichen Bestimmungen“ zu erlassen, wird vom VfGH äußerst restriktiv interpretiert. Bemerkenswerterweise warnte bereits Merkl, dass mit dieser Bestimmung „neben der unbeschränkten Bundeskompetenz zur Zivilgesetzgebung für ein nicht näher bestimmtes Teilgebiet derselben eine vermeintlich beschränkte, in Wirklichkeit aber uferlose Landeskompetenz begründet“⁷² wird. „Uferlos“ ist der heutige Art. 15 Abs. 9 B-VG theoretisch tatsächlich, nämlich insoweit, als die Dynamik der Generalklausel theoretisch unbegrenzt neue Regelungsgegenstände erschließen kann, die dann wiederum für eine Zivil- oder Strafrechtsgesetzgebung der Länder in Betracht kommen können. Praktisch ist die Reichweite des Art. 15 Abs. 9 B-VG nach wie vor äußerst begrenzt.

Inwieweit der Versuch der Vermeidung konkurrierender Kompetenzen gerade angesichts des mächtigen Drei-Säulen-Modells der EU-Gesetzgebung mit ihrer gegenüber den Mitgliedstaaten konkurrierenden Gesetzgebung eine zukunftsfähige Lösung ist, ist eine rechtspolitische Frage und sei dahingestellt.⁷³

5. Die Rolle der Generalklausel

Die Generalklausel des Art. 15 Abs. 1 B-VG ist nach der Bundesstaatstheorie der Wiener Schule

eher mit dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde vergleichbar und keineswegs eine dynamische Kompetenz, die aus der partiellen Souveränität des Gliedstaates seine Kraft schöpft. Für Merkl ist die Generalklausel die subsidiäre Kompetenz.⁷⁴ Koja sieht in der Generalklausel immerhin die föderalistische Auslegungsregel begründet.⁷⁵

Dass es keine Versteinerung von Landeskompetenzen⁷⁶ geben darf, räumt auch die Wiener Schule ein.⁷⁷ Freilich: Finden sich Landeskompetenzen aus „Ausnahmetatbeständen“ in Bundeskompetenzen wie etwa hinsichtlich des Gesundheitswesens oder der Luftreinhaltung in Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG oder werden Landeskompetenzen ausdrücklich formuliert (Art. 21 B-VG), versteinert auch die Wiener Schule diese Begriffe, eine Methodik, der Pernthaler/Weber zu Recht entgegneten.⁷⁸

Die Beurteilung der Bedeutung der Landesverfassung als bloße Ausführung der Bundesverfassung hat das Weitere zu einer Geringschätzung der Generalklausel beigetragen. Die Wiener Schule erkennt selbstverständlich, dass Landeskompetenzen nur demonstrativ aufgezählt werden können,⁷⁹ setzt sich aber mit der Bedeutung der Dynamik, die auch in einer durch zahlreiche explizite Kompetenzzuweisungen an den Bund ausgehöhlten Generalklausel stecken, nicht auseinander. Vielmehr handelt es sich bei den in der Generalklausel verbliebenen Kompetenzen nur um „eine bescheidene Anzahl meist minder wichtiger Angelegenheiten“.⁸⁰

⁷¹ VfSlg 13.019/1992. Der VfGH reduziert das „Erfordernis“ in Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG dahingehend, dass der Bundesgesetzgeber „für seine Regelung objektive, mithin sachlich nachvollziehbare Gründe ins Treffen führen kann, die seine Annahme eines Bedürfnisses ‚nach Erlassung einheitlicher Vorschriften‘ hinsichtlich anderer (als gefährlicher) Abfälle rechtfertigen.“

⁷² MERKL, Kompetenzverteilung 348.

⁷³ Näheres dazu findet sich bei BUßJÄGER, Differenz 98f.

⁷⁴ MERKL, Kompetenzverteilung 343.

⁷⁵ KOJA, Staatslehre 358; ähnlich WALTER, Bundesverfassungsrecht 206.

⁷⁶ PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 149.

⁷⁷ MAYER, Kompetenzinterpretation 518; WALTER, Bundesverfassungsrecht 206.

⁷⁸ PERNTHALER, WEBER, Versteinerung 157.

⁷⁹ WALTER, Bundesverfassungsrecht 206.

⁸⁰ KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 80.

Für die Verfassungsautonomie der Länder, die ja in der Generalklausel wurzelt⁸¹ und durch Art. 99 B-VG dahingehend „relativiert“ wird, dass sie nicht der Bundesverfassung widersprechen darf, hatte die oben beschriebene bundesstaatstheoretische Konzeption der Wiener Schule die Konsequenz, dass die Landesverfassungen lange Zeit als Ausführungsgesetze der Bundesverfassung, geradezu im Verhältnis von Grundsatz- und Ausführungsgesetz, betrachtet wurden.⁸² Freilich war diese Position nicht völlig einheitlich: Merkl schrieb, dass die Bundesverfassung den Landesverfassungen lediglich das Minimum der Staatsorganisation vorgebe.⁸³ Der VfGH erkannte immerhin schon früh, dass sich aus Art. 99 B-VG ergab, dass die „Landesverfassungsgesetze aber nichts enthalten [dürfen], was mit ihm [dem B-VG], nicht vereinbar ist“.⁸⁴

5. Das Desiderat der Privatwirtschaftsverwaltung

Die Privatwirtschaftsverwaltung, in der föderalen Praxis Österreichs der bedeutsamste Quell der Gestaltungsfähigkeit der Länder, bleibt in der Betrachtung der Wiener Schule bemerkenswert ausgeblendet. Dies ist nicht allein dadurch zu erklären, dass der Privatwirtschaftsverwaltung erst nach 1945 zunehmend größere Bedeutung zukam. Art. 17 B-VG, der genau das ermöglicht, was die Kompetenzordnung nach Merkl unbedingt vermeiden sollte, nämlich den ungehinderten Zugriff der Kompetenzträger, die sich dabei auch gegenseitig blockieren können, entzieht einen wesentlichen Bereich der Staatsfähigkeit gleichsam der bundesstaatlichen Kompetenzordnung. Dies führt dazu, dass sich der positivistische Blick damit gar nicht erst befasst.

⁸¹ KOJA, Verfassungsrecht 21.

⁸² Ebd. 17 m.w.N.

⁸³ MERKL, Kompetenzverteilung 228; KOJA, Verfassungsrecht 18.

⁸⁴ VfSlg 258/1924.

D. Die Wiener Schule und die Rechtspolitik

1. Allgemeines

Die Wiener Schule weist den Vorwurf, ihre mangelnde Anerkennung einer originären Staatlichkeit der Länder mache die Länder zu vom Bund abhängigen Körperschaften, entschieden zurück:⁸⁵ „Man kann also ohne weiteres zu der theoretischen Auffassung kommen, dass die Glieder eines Bundesstaates nicht Staaten sein können, zugleich aber in diesem Rahmen Vertreter weitgehender föderalistischer Positionen seien.“⁸⁶ In rechtspolitischer Hinsicht stand die Wiener Schule einer Ausweitung von Landeskompetenzen im Allgemeinen dennoch eher kritisch gegenüber. Jedenfalls dürften die oben beschriebenen Bedenken Merkls gegenüber der Grundsatzgesetzgebung eine Verlagerung des Wasserrechts von Art. 12 in Art. 10 mit der B-VG-Novelle 1925 begünstigt haben.

2. Die Wiener Schule und die Kompetenzreform

In den verschiedenen Anläufen für eine Kompetenzreform in Österreich, insbesondere der „Bundesstaatsreform“ 1989–1994⁸⁷ und dem Österreich-Konvent 2003–2005⁸⁸ sowie seinen kleineren Folgeprojekten⁸⁹ spielte der Theorienstreit allenfalls eine subkutane Rolle. Im Österreich-Konvent fokussierten sich die Diskussio-

⁸⁵ KOJA, Bundesstaat 67.

⁸⁶ Ebd. 67.

⁸⁷ Siehe dazu vor allem die Beiträge in: Bundeskanzleramt, Strukturreform.

⁸⁸ Siehe dazu die Informationen auf der Homepage des Österreich-Konvents: „www.konvent.gv.at“. Eine Resümee des Konvents findet sich bei BUßJÄGER, Klippen 1.

⁸⁹ Siehe dazu die Übersicht auf „konvent.gv.at“. Die Arbeitsgruppe Staats- und Verwaltungsreform legte im Juli 2007 den Entwurf einer B-VG-Novelle vor, in dem ein drei Säulen-Modell mit der Generalklausel als gemeinschaftlicher Gesetzgebung vorgesehen war.

nen in dem für die Kompetenzverteilung zuständigen Ausschuss V freilich genau um die Frage, wie mit konkurrierenden Kompetenzen umzugehen sei.⁹⁰ Es bestand Einigkeit, die Vielfalt der Kompetenztypen zu reduzieren und vor allem die unbeliebte Grundsatzgesetzgebung zu beseitigen. Übrig blieben im Wesentlichen verschiedene „3-Säulen-Modelle“, die auf zwei Säulen jeweils exklusiver Kompetenzen des Bundes und der Länder hinausliefen, sowie eine dritte Säule „konkurrierender Kompetenzen“, in denen Bund und Länder unter nach den verschiedenen Modellen jeweils divergierenden Voraussetzungen legerferieren konnten.⁹¹ Am radikalsten ging Wiederin mit zwei extrem kurzen exklusiven Kompetenzbereichen des Bundes und der Länder und einer dritten Säule, in welcher die Generalklausel verankert sein sollte, vor. Der Bundesstaat als Trennungsordnung wäre damit nicht aufgehoben worden, wohl aber hätte die Bundesverfassung ihre Funktion, diese Trennungsordnung zu konstituieren, an den einfachen Bundesgesetzgeber delegiert.⁹² Das Thema, wer die konkurrierende Gesetzgebung dominieren sollte, ließ den Konvent in dieser Frage zu keiner Lösung finden.⁹³ Für die Länder zeigte sich, dass die zisierte Kompetenzverteilung des B-VG von 1920/25 noch immer die sicherste Lösung darstellte.

E. Zusammenfassung

Die Bundesstaatstheorie der Wiener Schule hat enorme Bedeutung für die Praxis der Kompetenzverteilung von Bund und Ländern. Wir danken ihr die wichtige Einsicht in die Bedeutung des Bundesstaates als Trennungsordnung,

⁹⁰ Dazu BUSSJÄGER, Föderalismusreform 15f.

⁹¹ Siehe dazu den Bericht des Österreich-Konvents, Teil 3 Beratungsergebnisse.

⁹² Siehe dazu den Bericht des Österreich-Konvents Teil 4 Textvorschläge 162.

⁹³ BUSSJÄGER, Differenz 126ff.

verbunden mit der Zurückdrängung des Prinzipienkens von Homogenität im Bundesstaat zugunsten explizit vorgesehener Grundsätze und Bindungen der Landesrechtsordnung.

Kritisch ist zu sehen, dass die Bedeutung und Dynamik der Generalklausel verkannt blieb und die Kasuistik der Kompetenzverteilung geradezu übersteigert wurde.

Insgesamt ist das Erbe der Wiener Schule in der Kompetenzverteilung ambivalent zu beurteilen. Sie hat wesentliche Impulse für das normative Verständnis des Bundesstaates gesetzt, gerade dadurch aber auch den Blick auf die ihrer Ansicht nach rechtlich nicht relevanten Aspekte des Föderalismus, wie seine politologischen, historischen und soziologischen Funktionen, verstellt.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Peter BUßJÄGER
 Universität Innsbruck
 Institut für öffentliches Recht,
 Staats- und Verwaltungslehre
 Innrain 52d
 6020 Innsbruck
 peter.bussjaeger@uibk.ac.at
 ORCID-Nr. 0000-0002-0398-926X

Abkürzungen:

i.O. im Original
 VfSlg Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

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

Literatur und Quellen:

Bericht des Österreich-Konvents,
 Teil 3: Beratungsergebnisse
 [http://www.konvent.gv.at/K/DE/ENDB-K/ENDB-K_00001/imfname_036112.pdf],
 Teil 4: Textvorschläge
 [http://www.konvent.gv.at/K/DE/ENDB-K/ENDB-K_00001/imfname_036113.pdf] (16. 5. 2021).

- Peter BUSSJÄGER, Bundesstaatliches Berücksichtigungsprinzip und demokratische Homogenität. Anmerkungen zu zwei gegenläufigen Entscheidungen. VfSlg 10.292/1984 vs VfGH 06.10.2020, G166/2020 ua (G166–168/2020, V340/2020), in: ZÖR 76 (2021) 29–34.
- DERS., Homogenität und Differenz. Zur Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern (Wien 2006).
- DERS., Jenseits des Politischen. Ein Traktat über die Chancen politischen Handelns in Mehrebenensystemen (Wien–Graz 2002).
- DERS., Klippen einer Föderalismusreform (Innsbruck 2005), auch [www.konvent.gv.at/K/DE/WISS-K-00492/imfname_041048.pdf] (16. 5. 2021).
- DERS., Christoph SCHRAMEK, Grundsatzgesetzgebung als Auslaufmodell?, in: Gerhard BAUMGARTNER (Hg.), Jahrbuch Öffentliches Recht 2019 (2019) 11–33.
- Bernd-Christian FUNK, Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Lichte der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (Wien 1976).
- Anna GAMPER, Regeln der Verfassungsinterpretation (Wien 2012).
- Walter HÄFELIN u.a., Bundesstaatsrecht (Zürich 102020).
- Walter HALLER, Alfred KÖLZ, Thomas GÄCHTER, Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre (Zürich 42008).
- Hans KELSEN, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtslehre (Tübingen 1928).
- DERS., Georg FROELICH, Adolf MERKL, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien 1922).
- Otto KIMMINICH, Grundstrukturen des Verfassungsstaates, in: Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF (Hgg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Heidelberg 1987) 1113–1150.
- Friedrich KOJA, Allgemeine Staatslehre (Wien 1993).
- DERS., Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer (Wien 1988).
- DERS., Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, in: Ernst HELBLING, Theo MAYER-MALY, Herbert MIEHSLER (Hgg.), Föderative Ordnung, Bd. III: Theorie und Praxis des Bundesstaates (Wien 1974) 61–126.
- Adolf MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, in: ZÖR 2 (1921) 336–359.
- Heinz MAYER, Neue Wege der Kompetenzinterpretation, in: ÖJZ 41 (1986) 513–520.
- Peter PERNTHALER Entscheidungsbesprechung, in: ÖZW 12 (1985) 91–96.
- DERS., Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich (Wien 1989).
- DERS., Österreichisches Bundesstaatsrecht (Wien 2004).
- DERS., Karl WEBER, Versteinerung von Landeskompetenzen? Ein Beitrag zur Auslegung von Art 15 Abs 1 B-VG, in: Heinz SCHÄFFER (Hg.), Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag (Wien 1983) 149–160.
- Erich PÜRGY, Bundesverfassungsrecht und Landesrecht, in: DERS. (Hg.), Das Recht der Länder, Bd. I (Wien 2012) 1–37.
- Christian STARCK, § 1 Idee und Struktur des Föderalismus im Lichte der Allgemeinen Staatslehre, in: Ines HÄRTEL (Hg.), Handbuch Föderalismus, Bd. I (Berlin Heidelberg 2012) 41–55.
- Rudolf THIENEL, Ein „komplexer“ oder ein normativer Bundesstaatsbegriff?, in: ZÖR 42 (1991) 215–252.
- Klaus WALLNÖFER, Bundesstaatlicher Wert und Unwert von Art 12 B-VG am Beispiel des Elektrizitätsrechts, in: Michael HOLOUBEK, Andrea MARTIN, Stephan SCHWARZER (Hgg.), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? FS Karl Korinek (Wien 2010) 287–309.
- Robert WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Wien 1972).
- Karl WEBER, in: Karl KORINEK u.a. (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 9. Lfg. (Wien 2009).
- DERS., Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung, in: Anna GAMPER u.a. (Hgg.), Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Pernthaler (Wien 2005) 413–428.
- Manfried WELAN, Grundsatzgesetzgebung und Ausführungsgesetzgebung, in: Ernst C. HELBLING, Theo MAYER-MALY, Herbert MIEHSLER (Hgg.), Theorie und Praxis des Bundesstaates (Salzburg 1974) 9–60.
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht (Wien 1995).
- DERS., Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: Herbert HALLER u.a. (Hgg.) Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler (Wien–New York 1997) 1231–1272.
- Reinhold ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft (München 162010).