Die Organisation des Verfassungsstaats

Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Julian Krüper

in Verbindung mit

Wolfgang Bock, Hans Michael Heinig
und Heike Merten

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-157519-8 / eISBN 978-3-16-157522-8
DOI 10.1628/978-3-16-157522-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlags.

Inhaltsverzeichnis

Geburtstagsblatt für Martin Morlok	V
--	---

Teil 1

Macht, Herrschaft und Verfassung

Rolf Gröschner

Der Souverän im Raum der Republik. Ein dreidimensionales Bild der Demokratielehre Martin Morloks	3
---	---

Kye Il Lee

Verfassungsrechtliche Republikklausel in Südkorea und Deutschland . .	19
---	----

Wolfgang Bock

Gewalt des Rechts oder Recht der Gewalt? Tatsächliche Voraussetzungen rechtsgegründeter Gemeinwesen	37
--	----

Hans Michael Heinig

Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat. Ein Beitrag aus einem gescheiterten „Dialog der Rechtskulturen“.	67
--	----

Julian Krüper

Herrschaft und Wissen. Steht die Demokratie vor einer kognitiven Wende?	75
--	----

Markus H. Müller-Walter

Die Organisation von Plebisziten im postfaktischen Zeitalter oder Wissen ist Macht, nichts wissen macht auch nichts. Die Entscheidung um die Herausnahme des Riedberger Horns aus der Schutzzone C des Landesentwicklungsprogramms Bayern als Beispiel	93
---	----

Paolo Ridola

Dimensionen und Funktion der Grundrechte in der italienischen Verfassungsordnung	111
---	-----

<i>Johannes Dietlein</i>	
Ein „Grundrecht auf Sonntagsruhe“? Überlegungen zur dogmatischen Begründbarkeit eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Sonn- und Feiertagsschutz	125
<i>Charlotte Kreuter-Kirchhof</i>	
Die Abweichungsgesetzgebungskompetenz der Länder	141
<i>Dieter Wiefelspütz</i>	
Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (PUAG) . . .	157
<i>Christoph Schönberger</i>	
Die Befragung der Bundesregierung durch den Deutschen Bundestag. Zur kommunikativen Verantwortlichkeit der Mitglieder der Bundesregierung gegenüber dem Parlament	173
<i>Sophie Schönberger</i>	
Unabhängigkeit von sich selbst? Organisationsrechtliche Fragen bei Entscheidungen des politischen Systems in eigener Sache	191
<i>Mehrdad Payandeh</i>	
Die Entplenarisierung des Bundestages. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen parlamentsinterner Entscheidungsdelegation . . .	205
<i>Heiko Sauer</i>	
Zur Wehrfähigkeit parlamentarischer Selbstentleibung im Organstreit	227
<i>Franz Merli</i>	
Die Verflüssigung des Staatsorganisationsrechts in Österreich	247
<i>Ralf Kölbel</i>	
„Revolving Doors“ als institutionelle Korruption im legislatorischen Feld	261
<i>Jörg Luther</i>	
Verfassungsgerichtspräsidenten	277
<i>Christoph Engel</i>	
Organisationen als Akteure	295

Teil 2

*Pluralismus und politische Parteien**Mai Cheng*

Verfassung als institutioneller Rahmen für den Wettbewerb
der pluralistischen Eliten. 305

Kerstin von der Decken

Begriff, Voraussetzungen und Rechtsstatus europäischer
politischer Parteien. Eine Bestandsaufnahme der europäischen
Parteienlandschaft Mitte 2018. 317

Hans Herbert von Arnim

Die Regeln der Macht regeln die Machthaber selbst – und haben
so den exzessiven Parteienstaat geschaffen. 335

Thomas Poguntke

Innerparteiliche Demokratie: Varianten und Entwicklungen 353

Jochen Hofmann-Hoeppe

Innere Ordnung in Partei und Fraktion 365

Heike Merten

Ist- und Soll-Zustand der Parteistiftungsfinanzierung.
Ein Beitrag zur Ordnung des Parteienrechts. 395

Arne Pilniok

Der Bundestagspräsident als Parteienfinanzierungsbehörde. Ein Beitrag
zur Organisation der Politikfinanzierung im Verfassungsstaat 413

Manfred Stelzer

Der Unabhängige Parteien-Transparenz-Senat 435

Teil 3

*Wahlen und Regierung**Dian Schefold*

„Mehrheitsprämie“ für die stärkste Partei? Italienische Erfahrungen
und die Wahlrechtsgleichheit 453

<i>Christian Vogel</i>	
Überlegungen zur Wahl mit gebundenen Listen	467
<i>Sven Hölscheidt</i>	
Die Wahlperiode des Deutschen Bundestages	483
<i>Hans H. Klein</i>	
Regierungsbildung	501
<i>Brun-Otto Bryde</i>	
Regierungsbildung im Vielparteienparlament	511
<i>Andrea De Petris</i>	
Ermittler, Vermittler, Schiedsrichter: Die Rolle des deutschen Staats- oberhaupt in der ersten politischen Krise nach einer Bundestagswahl. .	521
<i>Joachim Wieland</i>	
Öffentlichkeitsarbeit der Regierung in Zeiten der Digitalisierung	533
<i>Peter M. Huber</i>	
Öffentlichkeitsarbeit von Amtsträgern zwischen Neutralitätsgebot und Wettbewerbsverzerrung	551

Teil 4

Verwaltung und Organisation

<i>Lothar Michael</i>	
Vom Organisationsrecht automatisierter Verwaltung als Verfassungsauftrag	569
<i>Klaus-Dieter Drüen</i>	
Verfassungsvorgaben für die Organisation der Finanzverwaltung	587
<i>Friedrich Schoch</i>	
Der Verwaltungsverbund im deutschen Öffentlichen Recht.	605
<i>Alexander Blankenagel</i>	
Verwaltungsgerichtliche Schiedsgerichtsbarkeit: Eine vernach- lässigte Achillesferse der Public-Private-Partnership	619

*Teil 5
Rückblick und Ausblick*

<i>Hartmut Bauer</i>	
Verfassungsziel „Innere Einheit“	637
Publikationsverzeichnis.	671
Autorenverzeichnis	685

Die Verflüssigung des Staatsorganisationsrechts in Österreich

Franz Merli

A. Die Verflüssigung der Grundrechte als Vergleichsfolie

Regeln werden im Laufe ihres Lebens oft flexibler, flüssiger. Wenn sie länger gelten und auf eine Vielzahl unterschiedlicher und unvorhergesehener Sachverhalte Anwendung finden, erweisen sie sich in ihrer ursprünglichen Gestalt manchmal als zu starr, um ihren Zweck zu erfüllen. Dann werden Fallgruppen unterschieden, Ausnahmen hinzugefügt, Entweder-oder-Logiken durch Mehr-oder-Weniger-Logiken überlagert, und manche formale Regel verwandelt sich in ein materielles Prinzip.

Ein bekanntes Beispiel dafür bilden die Grundrechte. Weil man sich auf keinen Grundrechtskatalog einigen konnte, übernahm das Bundes-Verfassungs-gesetz (B-VG) von 1920 den Grundrechtskatalog des Staatsgrundgesetzes von 1867 (der kürzlich sein 150-jähriges Bestehen feiern konnte). Dessen Freiheitsgarantien stehen regelmäßig unter Gesetzesvorbehalten, die zunächst ganz formal verstanden wurden: Gab es eine gesetzliche Ermächtigung, war die entsprechende Maßnahme eben zulässig. *Kelsen* hielt solche Grundrechte für überflüssig: „Denn hier wird die verfassungsmäßige Garantie der Freiheitssphäre sofort dadurch wieder aufgehoben, daß durch die Verfassung die einfache Gesetzgebung zu den Eingriffen in die Freiheitssphäre delegiert wird.“¹ In der Rechtsprechung fand sich diese Vorstellung z.B. noch in einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) aus 1956 über die Zulässigkeit eines Verstaatlichungsgesetzes, wo es zum Eigentum hieß:

„Art. 5 des Staatsgrundgesetzes stellt wohl das Eigentum unter den Schutz der Verfassung, indem er dessen Unverletzlichkeit garantiert. Allein diese Eigentums-garantie ist durch den Vorbehalt zugunsten der Enteignung nach Maßgabe gesetzlicher Anordnung eingeschränkt. Das erste Verstaatlichungsgesetz liegt als Fall einer Enteignung unmittelbar durch das Gesetz („Legalenteignung“) im Rahmen dieses Vorbehaltes.“

Zugleich fügt der VfGH aber noch hinzu, dass eine (hier nicht vorliegende)

„Verstaatlichung der gesamten Unternehmungen mit großem Kapitalbedarf und der gesamten Grundstoffindustrie deshalb dem Gesetzgeber verwehrt war, weil dann das ver-

¹ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 156.

fassungsgesetzlich gewährleistete Recht des Staatsbürgers auf Freiheit der Erwerbstätigkeit (Art. 6 StGG.) in diesem Sektor praktisch beseitigt worden wäre.“²

Das war neu, und daraus entwickelte sich ein Verbot für die Gesetzgebung, den „Wesensgehalt“ eines Grundrechts „auszuhöhlen“ oder ihn auch nur zu „berühren“, doch wurde nie so ein Fall gefunden, und die Grenze blieb eine bloß theoretische.³ Das änderte sich erst, als der VfGH 1984 eine Wirtschaftslenkungsmaßnahme als verfassungswidrig aufhob, weil sie „nicht durch das öffentliche Interesse geboten und auch sonst sachlich nicht zu rechtfertigen“ sei.⁴ In der Folge wurde daraus, nicht zuletzt unter dem Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention und nach deutschen Vorbildern, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, nach dem gesetzliche Einschränkungen von Freiheiten „durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen“ sein müssen.⁵

Der Prozess ist intensiv beobachtet und beschrieben worden.⁶ Weniger Aufmerksamkeit fand allerdings, wie weit auch das Staatsorganisationsrecht ähnlichen Wandlungen ausgesetzt war.⁷ Auf diese Entwicklung soll hier ein kurzer Blick geworfen werden.

² VfSlg 3118/1956, S. 544.

³ Z. B. VfSlg 4163/1962, 4486/1963, 5150/1965, 5208/1966, 6780/1972, 7306/1974, 8195/1977, 9911/1983.

⁴ VfSlg 10.179/1984, S. 303.

⁵ So z. B. die Formel für die Erwerbsfreiheit aus VfSlg 11.749/1988, S. 713, zuletzt in VfGH 14.03.2018, G 227/2017.

⁶ Umfassend: *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1991; kürzere Übersichten: *Holoubek*, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des VfGH, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg.), 70 Jahre Republik. Grund- und Menschenrechte in Österreich, 1991, S. 43; *Novak*, Grundrechtsverständnis und Verfassungswandel in Österreich, in: Acham/Norr/Schefold (Hrsg.), Der Gestaltungsanspruch der Wissenschaft. Aufbruch und Ernüchterung in den Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften auf dem Weg von den 1960er zu den 1980er Jahren, 2006, S. 547; *Heller*, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2010, S. 437 ff.; *Grabenwarter*, JBl 2018, 417.

⁷ Auch wenn viele der im Folgenden genannten Erscheinungen für sich aufmerksam registriert wurden, dominiert insgesamt noch immer das Selbstbild vom textfixierten, historisch versteinerten und teleologiefreudlichen Umgang mit der Verfassung: z. B. *Wiederin*, Verfassungsinterpretation in Österreich, in: Lienbacher (Hrsg.), Verfassungsinterpretation in Europa, 2011, S. 81 m. w. N. Ansätze, Abweichungen davon auch jenseits der Grundrechte gemeinsam zu betrachten, finden sich bei *Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Holoubek/Gutknecht/Schwarzer/Martin (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, 2002, S. 105 (114 ff.); *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht, in: Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber (Hrsg.), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, 2014, S. 85 (86 f.).

B. Verflüssigungsprozesse im Staatsorganisationsrecht

I. Die Gesamtänderung der Bundesverfassung

Ein frühes Beispiel ist die Auslegung der „Gesamtänderung“ der Bundesverfassung. Nach Art. 44 Abs. 3 (ursprünglich Abs. 2) B-VG ist „jede Gesamtänderung der Bundesverfassung, eine Teiländerung aber nur, wenn dies von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird, [...] einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen.“ Normale Änderungen der Bundesverfassung brauchen daher in der Regel nur eine Zweidrittelmehrheit im Nationalrat und eine einfache Mehrheit im Bundesrat, Gesamtänderungen dagegen auch noch die Zustimmung des Bundesvolkes selbst.

Was nun eine Gesamtänderung ist, war von Anfang an umstritten. Schon *Kelsen*, *Fröblich* und *Merkel* notieren in ihrem Kommentar unterschiedliche Möglichkeiten:

„Im materiellen Sinne eine grundlegende Änderung der in den Verfassungsgesetzen niedergelegten Grundlagen des Staatswesens, namentlich der Staatsform oder der bundesstaatlichen Organisation. Im formellen Sinne die Erlassung eines Verfassungsgesetzes, durch welches das Bundes-Verfassungsgesetz, sei es mit oder ohne allen anderen Verfassungsgesetzen, zur Gänze ersetzt werden soll, wobei allerdings auch eine Verfassungsänderung im materiellen Sinne erforderlich erscheint.“⁸

In der Folge gab es einige Autoren, die an einer formalen Sicht festhielten, die Mehrheit allerdings neigte einer inhaltlichen Betrachtung zu,⁹ und mit der ersten verfassungsgerichtlichen Entscheidung zum Thema war der Streit zugunsten der materialen Lesart entschieden: Unter einer Gesamtänderung wird man, so der VfGH,

„eine solche Änderung verstehen müssen, die einen der leitenden Grundsätze der Bundesverfassung berührt. Als solche Grundsätze kommen das demokratische, das rechtsstaatliche und das bundesstaatliche Prinzip in Betracht.“¹⁰

Damit war eine wesentliche Klärung erreicht und zugleich die Grundlage für eine Hierarchie im Verfassungsrecht geschaffen: zwischen einfachem Verfassungsrecht und solchem, das zu den Grundprinzipien gehörte und nur nach einer Volksabstimmung geändert werden durfte und deshalb, wenn die Volksabstimmung unterlassen wurde, auch verfassungswidrig¹¹ war. Was freilich im Einzelnen zu dieser verfassungsrechtlichen „Grundordnung“, den „Baugeset-

⁸ *Kelsen/Fröblich/Merkel*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich V: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, S. 124.

⁹ Nachweise bei *Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG, 1988, S. 19 ff.

¹⁰ VfSlg 2455/1952, S. 575.

¹¹ Zu einem (wenngleich umstrittenen) Beispiel verfassungswidrigen Verfassungsrechts VfSlg 16.237/2001.

zen“ der Verfassung oder dem „Verfassungskern“ gehört und ab wann eine Veränderung in eine Gesamtänderung umschlägt, ist nicht leicht auszumachen und wird in Lehre und Rechtsprechung immer wieder neu verhandelt.¹²

II. Die Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen

Nach Art. 18 Abs. 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. Das B-VG enthält also einen Totalvorbehalt zugunsten des Gesetzes, der über seine grundrechtlichen Äquivalente hinausreicht. Dass Art. 18 B-VG so wichtig geworden ist, verdankt die Vorschrift aber auch und vor allem der Tatsache, dass ihr darüber hinaus eine Pflicht der Gesetzgebung entnommen wird, Ermächtigungen ausreichend zu „determinieren“. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot ergeben erst gemeinsam das Legalitätsprinzip.

Das war aber nicht immer so.¹³ Als die Bestimmung erlassen wurde, war von einem Determinierungsgebot nicht die Rede; es hatte vielmehr den Anschein, dass jede noch so abstrakte gesetzliche Regelung zur Deckung des Verwaltungshandelns ausreichte. *Merkel* schrieb:

„Die wichtigste Voraussetzung einer demokratischen Verwaltung ist eben die Herrschaft des demokratisch erzeugten Gesetzes über die Verwaltung. Nichts anderes bezweckt aber das Legalitätsprinzip. Freilich garantiert es nur eine formale, nicht eine materielle Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Aber selbst diese minimale Orientierung der Verwaltung am Gesetze, die bloße Gewähr, daß keine Verwaltungshandlung, ohne durch das Gesetz ermöglicht zu sein, erfolgen kann, bedeutet im Vergleiche mit dem Zustande der völligen Ungebundenheit der Verwaltung durch das Gesetz einen wesentlichen Gewinn vom Standpunkte des Gesetzgebers.“¹⁴

Das Determinierungsgebot entstand Schritt für Schritt in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, zunächst für die spezielle Ermächtigung des

¹² Dazu z.B. *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof, 1995; *Barfuß*, Grenzen der Verfassungsänderung, Gutachten zum 13. ÖJT, 1997, 1/1; *Pernthaler*, Der Verfassungskern, 1998; *Gamper*, Die verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem, 2000; *Janko*, Die Gesamtänderung der Bundesverfassung, 2004; *Jablonek*, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, in: *Olechowski/Zeleny* (Hrsg.), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt, 2013, 129; *Rill/Schäffer/Rill*, in: *Kneihns/Lienbacher* (Hrsg.), *Rill-Schäffer-Kommentar* (20. Lfg, 2018), Art. 44 B-VG Rn. 33 ff. Für eine Kombination von formeller und materieller Lesart der Gesamtänderung zuletzt *Wiederin*, Gesamtänderung, Totalrevision und Verfassunggebung, in: *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg.), *FS Schäffer*, 2006, S. 961 (962): Gesamtänderung sowohl als gänzliche als auch wesentliche Änderung der Verfassung.

¹³ Zum Folgenden *Novak*, Das „differenzierte Legalitätsprinzip“ in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Funk/Klecatsky/Loebenstein/Mantl/Ringhofer* (Hrsg.), *FS Adamovich*, 1992, S. 491; *Mörth*, Das Legalitätsprinzip. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht, im Erscheinen, Teil III.

¹⁴ *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 170.

Art. 18 Abs. 2 B-VG zur Erlassung von Durchführungsverordnungen (damals „im Rahmen der Gesetze“: Damit sich die Verordnung auf das Gesetz stützen kann, muss dieses „inhaltlich hinreichend bestimmt“ sein,

„müssen schon aus dem Gesetz allein [...] alle wesentlichen Momente der beabsichtigten Regelung ersehen werden. Nicht nur das ‚Ob‘, sondern auch das ‚Wie‘ der Normierung muß in Gesetzesform bestimmt sein.“¹⁵

Mangelnde Bestimmtheit machte damals freilich noch nicht die gesetzliche Ermächtigung, sondern nur ihre Inanspruchnahme durch die Verwaltung, also die darauf gestützte Verordnung, rechtswidrig. Eine Determinierungspflicht der *Gesetzgebung* sprach der VfGH dann in einer Entscheidung von 1950 aus: Es entspreche

„nicht den Anforderungen des Art. 18 Abs. 2 B.-VG., wenn ein Gesetz der Verwaltungsbehörde die Ermächtigung erteilt, zu seiner Durchführung nähere Bestimmungen durch Verordnung zu erlassen, ohne daß zugleich der Inhalt dieser Regelung wenigstens in seinen wesentlichen Grundzügen angegeben wird. Eine solche ‚formalgesetzliche Delegation‘ widerspricht der Verfassung und kann daher nicht durch ein einfaches Bundes- oder Landesgesetz, sondern nur durch ein Bundesverfassungsgesetz erteilt werden.“¹⁶

1958 erstreckte der VfGH die Determinierungspflicht von Verordnungen auf die Einräumung von Ermessen bei der Erlassung von Bescheiden (Verwaltungsakten), denn anders könne nicht kontrolliert werden, ob das Ermessen, wie in Art. 130 B-VG vorgesehen, im Sinne des Gesetzes ausgeübt wurde:

„Zusammenfassend ist festzustellen, daß Art. 130 B.-VG. dem Gesetzgeber die Verpflichtung auferlegt, den Sinn von Gesetzen, die zur Ermessensübung ermächtigen, so zum Ausdruck zu bringen, daß die Beurteilung der Frage möglich ist, ob im Einzelfall das Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt worden ist. Gesetze, bei denen ein Urteil darüber nicht möglich ist, sind verfassungswidrig.“¹⁷

1961 stütze der VfGH die Forderung nach Bestimmtheit erstmals auf Art. 18 Abs. 1 B-VG¹⁸ und erhob sie schließlich auch außerhalb von Ermessensfällen.¹⁹ Damit galt die Determinierungspflicht nun tatsächlich für die „gesamte staatliche Verwaltung“.

In der Folge differenzierte der VfGH die Intensität der geforderten Determinierung von Fall und Fall oder nach Rechtsgebiet oder mit Rücksicht auf europarechtliche Vorgaben; es wurde Teil eines „differenzierten Legalitätsprinzips“,²⁰ das man auch rechtstechnisch als Prinzip, oder als Ensemble mehrerer

¹⁵ VfSlg 176/1923, S. 14.

¹⁶ VfSlg 1928/1950, S. 62.

¹⁷ VfSlg 3317/1958, S. 48.

¹⁸ VfSlg 4020/1961.

¹⁹ VfSlg 4037/1961.

²⁰ *Novak* (Fn. 13); *Eberhard*, ZfV 2013, 727; aktuelle Übersicht z.B. bei *Berka*, Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 500ff.

Prinzipien, verstehen kann. So ist es in unzähligen Entscheidungen zur „Zentralnorm der demokratischen Rechtsstaatlichkeit“²¹ geworden, und doch schwer fassbar und Gegenstand grundlegender Kontroversen geblieben.²²

III. Die Steuerungsbefugnis oberster Verwaltungsorgane

Nach Art. 20 Abs. 1 B-VG wird die Verwaltung unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der der Länder, also in der Regel der Regierungsmitglieder, geführt. Die übrigen Organe sind, von Ausnahmen abgesehen, an die Weisungen ihrer jeweils Vorgesetzten und letztlich der obersten Organe gebunden. Die Weisungsbindung der Verwaltungsorgane ist für das österreichische Verfassungsrecht zentral. Lang wurde sie als Definitionsmerkmal betrachtet, das die Verwaltung von der Gerichtsbarkeit unterschied,²³ und zugleich gilt die Weisungsmöglichkeit als Voraussetzung für die politische Verantwortlichkeit der obersten Verwaltungsorgane: Weil sie Weisungen gegenüber nachgeordneten Organen geben können, sind sie auch für deren Handeln gegenüber dem Parlament verantwortlich.

Zu den verfassungsrechtlich geregelten Ausnahmen von der Weisungsbindung gehörten bis vor kurzem eine für sogenannte „Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag“: gesetzlich eingerichtete Verwaltungsbehörden, denen ein Richter angehörte, deren übrige Mitglieder ebenfalls weisungsfrei waren und deren Entscheidungen im Verwaltungsweg nicht aufgehoben oder geändert und regelmäßig auch nicht beim Verwaltungsgerichtshof angefochten werden konnten. Der Behördentyp stammt noch aus der Monarchie, spielte nun aber eine große Rolle, um Anforderungen des Art. 6 EMRK an den Verwaltungsrechtsschutz zu erfüllen, und wurde für unabhängige Regulierungsbehörden nach EU-Vorgaben genutzt; im Ergebnis gab es mehr als hundert solcher Behörden.²⁴

Der VfGH sah diese Entwicklung ab Ende der 1990er Jahre zunehmend kritisch. In einer Entscheidung zur Telekom-Control-Kommission hielt er fest:

„Nun hat der VfGH allerdings schon im Erkenntnis 11.500/1987 dargelegt, daß die in der Bundesverfassung als Möglichkeit vorgesehene Einrichtung von Kollegialbehörden im Sinne des Art. 133 Z 4 B-VG eine Ausnahme nicht nur von der Leitungsbefugnis der obersten Organe (Art. 20 Abs. 1 B-VG), sondern auch vom System der nachprüfenden

²¹ Rill, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar (1.Lfg, 2001), Art. 18 B-VG Rn. 1.

²² Z.B. Wielinger, Was darf der Gesetzgeber? in: Mayer (Hrsg.), FS Walter, 1991, S. 755; Raschauer, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht, in: Grillner/Korinek/Potacs (Hrsg.), FS Rill, 1995, S. 515; Mörth (Fn. 13).

²³ Dazu z.B. Merkl (Fn. 14), S. 42; Novak, Weisungsprinzip und Verwaltungsbegriff, in: Schäffer/König/Ringhofer (Hrsg.), FS Melichar, 1983, S. 359.

²⁴ Übersicht bei Grabenwarter, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg. 1999), Art. 133 B-VG Rn. 36ff. Aus der Diskussion z.B. Grabenwarter/Holoubek, ZfV 2000, 194.

Kontrolle der Verwaltung des Bundes und der Länder durch den VfGH darstellt und daß es verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist, diese Kontrolle in wesentlichen Teilen durch die Einrichtung solcher Kollegialbehörden zu ersetzen. Deren Zahl steigt neuerdings im Bereich des Bundes an. Auch das Gewicht der von ihnen zu besorgenden Angelegenheiten nimmt deutlich zu, was insbesondere dort staatsrechtliche Probleme aufwirft, wo die Aufgabe der (unmittelbaren) Verwaltungsführung mit der Funktion der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zusammenfällt.²⁵

Für die Telekom-Control-Kommission fand der VfGH zwar eine Rechtfertigung, sah

„sich bei dieser Gelegenheit jedoch veranlaßt, darauf aufmerksam zu machen, daß nach dem gegenwärtigen Stand seiner Überlegungen Ausmaß und Gewicht der von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag zu besorgenden Aufgaben sich der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen inzwischen so weit genähert haben, daß die Einrichtung solcher Behörden, welche die Besorgung wesentlicher Staatsaufgaben in größerem Umfang aus der (insbesondere parlamentarischen) Verantwortlichkeit der zur Leitung der Verwaltung berufenen obersten Organe entläßt und der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof entzieht, nach beiden Richtungen bereits einer besonderen Rechtfertigung durch gewichtige Gründe bedarf.“²⁶

Kurz darauf hob er ein Gesetz zur Schaffung der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde mangels besonderer Rechtfertigungsgründe auf, denn die Verfassung überlasse die Einrichtung weisungsfreier Behörden nicht einfach der Gesetzgebung, sondern verlange eine Begründung für die Abweichung von ihrem Grundmodell:

„[D]ie Einrichtung kollegialer Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag gemäß Art. 20 Abs. 2 und Art. 133 Z 4 B-VG [ist] von Verfassungen wegen nur ausnahmsweise zulässig [...], weil diese im Hinblick auf die damit verbundene Durchbrechung der Leitungs- und Weisungsbefugnis der obersten Organe der Vollziehung und im Hinblick auf die dadurch bedingte Ausnahme von der parlamentarischen Kontrolle einer besonderen Rechtfertigung bedarf.“²⁷

Nach einer weiteren Entscheidung sind diese Behörden zur Erlassung von Verordnungen anders als reguläre Verwaltungsbehörden nicht schon aus Art. 18 Abs. 2 B-VG generell ermächtigt, sondern bedürfen dafür einer sonderverfassungsrechtlichen Grundlage.²⁸

²⁵ VfSlg 15.427/1999, S. 87.

²⁶ VfSlg 15.427/1999, S. 88.

²⁷ VfSlg 15.886/2000, S. 1184. Verfassungswidrig war nicht nur ihre weisungsfreie Einrichtung wegen des Zusammenfallens von (unmittelbarer) Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle in ein und derselben Behörde, sondern – als Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip – auch der Ausschluss des Rechtswegs zum Verwaltungsgerichtshof. Die Neuregelung mit einem weisungsfreien Bundeskommunikationssenat als Berufungsbehörde über einer monokratisch eingerichteten und dem Bundeskanzler unterstellten Verwaltungsbehörde fand der Gerichtshof in VfSlg 16.625/2002 dann verfassungskonform.

²⁸ VfSlg 17.961/2006.

Inzwischen hat sich der Verfassungsgesetzgeber des Problems angenommen und im neugefassten²⁹ Art. 20 Abs. 2 B-VG die gesetzliche Weisungsfreistellung ausdrücklich auf bestimmte Funktionen (sachverständige Prüfung, Rechtskontrolle, Wettbewerbssicherung, Wirtschaftsaufsicht, Medienaufsicht, Dienst- und Disziplinarrecht und Wahldurchführung) beschränkt und außerdem dort erlaubt, „soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist“; zugleich ist

„ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten und [mit Ausnahmen] das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzuberaufen“.

Parlamentarische Ausschüsse können die Leiter weisungsfreier Behörden des Bundes nunmehr befragen (Art. 52 Abs. 1a B-VG).³⁰ Die „Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag“ sind als eigener Behördentyp abgeschafft und weitgehend von den neu eingerichteten Verwaltungsgerichten erster Instanz ersetzt worden.³¹

Von expliziten Verfassungsänderungen unberührt geblieben ist bislang das parallele Problem von Ausgliederungen. Auch die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf eigens gegründete juristische Personen öffentlichen Rechts außerhalb der Gebietskörperschaften oder auf staatseigene Kapitalgesellschaften wirft die Frage nach der demokratischen Verantwortlichkeit auf, besonders wenn sie mit einer Beleihung mit Hoheitsaufgaben einhergeht.³² Ausgliederungen gab es zwar auch schon vorher, seit den 1990er Jahren erfreuten sie sich jedoch besonders großer Beliebtheit. Auch hier setzte der VfGH schließlich Grenzen: Ausgliederungen sind zwar zulässig, müssen aber dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes und dem Effizienzgebot der Verwaltung genügen und auch ein Weisungsrecht der obersten Verwaltungsorgane vorsehen.³³ Sie dürfen nur vereinzelte Aufgaben betreffen, erzeugen ohne ausdrückliche Rege-

²⁹ B-VG-Novelle BGBl I 2008/2.

³⁰ Zur neuen Rechtslage *Öhlinger*, JRP 2008, 85; *Baumgartner*, ZfV 2009, 742; *Fischerlehner*, JBl 2010, 420; *Wimmer*, Demokratische Legitimation und parlamentarische Kontrolle einfachgesetzlich weisungsfrei gestellter Verwaltungsorgane, in: *Holoubek/Martin/Schwarzer* (Hrsg.), FS Korinek, 2010, S. 3; *Pabel*, ÖZW 2011, 20. Zur Vereinbarkeit des Unterrichtsrechts mit Unabhängigkeitsvorgaben der EU z.B. *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in: *Storr* (Hrsg.), Neue Impulse für die Energiewirtschaft. Reform des Energierechts, 2012, S. 99; *Hautzenberg*, ZTR 2016, 128; *Samonig*, *juridicum* 2016, 46; *Ennsner/Giera/Rummel*, ZfV 2016, 276; *Mayrhofer*, ÖZW 2017, 44.

³¹ B-VG-Novelle BGBl I 2012/51.

³² Z.B. *Raschauer*, *ecolex* 1994, 434; *Holoubek*, ÖZW 2000, 33; *Korinek*, ÖZW 2000, 46; *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, Gutachten zum 15. ÖJT, 2003, I/1; *Horner*, Ausgliederung und Ingerenz, 2004.

³³ VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001, 17.241/2004, 19.728/2012.

lung nicht auch die Befugnis zu Verordnungserlassung und sind in Kernbereichen der staatlichen Verwaltung überhaupt unzulässig.³⁴

Mag auch unklar geblieben sein, was diese Kernbereiche ausmacht oder ob wirklich in allen Fällen ein Weisungsrecht erforderlich ist,³⁵ so ist der Grundgedanke doch derselbe wie bei den unabhängigen Behörden: Über die einzelnen verfassungsrechtlichen Vorschriften hinaus gibt es ein verfassungsrechtliches „System des Aufbaus der staatlichen Verwaltung“³⁶, eine „Grundstruktur der Verwaltungsorganisation“³⁷, ein „Organisationskonzept“³⁸ oder ein „Organisationsmodell“ des B-VG³⁹, nach dem Verwaltungsaufgaben von den Organen der Gebietskörperschaften besorgt werden, alle Organe der Verwaltung gegenüber den obersten Verwaltungsorganen weisungsgebunden und für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und diese ihrerseits für ihre Tätigkeit den gesetzgebenden Organen gegenüber verantwortlich sind. Alle abweichenden Konstruktionen sind Ausnahmen dazu, die einer Rechtfertigung ähnlich jener für Eingriffe in Grundrechte bedürfen, und letztlich müssen die konkreten Vorteile der Abweichung mit dem Verlust an demokratischer Ingerenz abgewogen werden. Die hierarchische Verwaltungsorganisation ist also ein Prinzip geworden.⁴⁰

IV. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern

Wenn es etwas Hartes und Starres gibt, dann ist das die Verteilung der Zuständigkeiten im österreichischen Bundesstaat. Sie kennt grundsätzlich keine konkurrierenden Zuständigkeiten, trennt die Kompetenzen vielmehr streng, kleinteilig und vollständig und die einzelnen Tatbestände werden dazu noch histo-

³⁴ VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001, 16.995/2003, 17.341/2004, 19.307/2011.

³⁵ Vgl. z.B. *Raschauer*, ZfV 2005, 18; *Holoubek* (Fn. 30), S. 110ff.; *Wiederin*, Die Beilehung, in: *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/ders./Wimmer* (Hrsg.), Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd. 2: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt, 2017, S. 31 (58f.).

³⁶ VfSlg 14.473/1996, S. 295. Ansatzweise auch schon VfSlg 3685/1960, S. 61, wo der VfGH wegen bei Erlassung des B-VG vorgefundener Fälle annahm, „daß der Bundes-Verfassungsgesetzgeber es stillschweigend als verfassungsrechtlich zulässig ansah, für vereinzelte Aufgaben Organe von Nicht-Gebietskörperschaften mit der Vollzugsgewalt des Bundes oder eines Landes auszustatten“, aber auch von Einschränkungen „aus dem durch den Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der Verwaltung“ sprach.

³⁷ VfSlg 17.961/2006, S. 535.

³⁸ VfSlg 15.733/2000, S. 111; 16.400/2001, S. 969; 17.023/2003, S. 674; 17.101/2004, S. 45; 19.728/2012, S. 728; 19.885/2014, S. 657.

³⁹ VfSlg 20.000/2015, S. 1237.

⁴⁰ Vgl. z.B. *Baumgartner*, Ausgliederung und öffentlicher Dienst, 2006, S. 252ff.; *Lachmayer*, JBl 2007, 750; *Raschauer*, Die Zulässigkeit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf ausgegliederte Rechtsträger und Private vor dem Hintergrund der parlamentarischen Kontrolle, in: *Bußjäger* (Hrsg.), Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung, 2009, S. 19 (26ff.); *Kneibs*, Ausgliederungen im europäischen Umfeld, in: *Griller/ders./Madner/Potacs* (Hrsg.), FS Rill, 2010, S. 195; *Lienbacher* (Fn. 7), S. 87; *Merli*, Einwirkungen des Unionsrechts auf die Verwaltungsorganisation, in: *Griller/Kahl/Kneibs/Obwexer* (Hrsg.), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs, 2015, S. 475 (493ff.).

risch („versteinern“) ausgelegt.⁴¹ Das Ergebnis ist „unübersichtlich, wenig flexibel und in vielen Punkten nicht mehr zeitgemäß“.⁴²

Zur Abmilderung wurden im Lauf der Zeit verschiedene Sonderregelungen geschaffen, z. B. neue Tatbestände außerhalb des B-VG,⁴³ mehr „Bedarfskompetenzen“ als eine Art von konkurrierenden Bundeskompetenzen⁴⁴ und die Ermächtigung zu vertraglichen Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern über die Kompetenzausübung (Art. 15a B-VG). Auch der VfGH, der durch seine Rechtsprechung wesentlich zu dem Problem beigetragen hat, ist manchmal davon abgewichen: So hat er sich etwa bei der Abgrenzung des „Kraftfahrwesens“ von der „Straßenpolizei“ oder von Organisations- und Sachgesetzgebung auf das Kriterium der überwiegenden Zugehörigkeit eingelassen und damit die strenge Trennung verlassen.⁴⁵ Das half zwar bei der Zuordnung von Maßnahmen zu einzelnen Kompetenzen, nicht aber gegen die Zersplitterung einheitlicher Lebensbereiche in unkoordinierte historische Tatbestände.

In dieser Lage entwickelte der VfGH die Figur der „Berücksichtigung“ kompetenzfremder Belange.⁴⁶ Zunächst erlaubte er die Berücksichtigung von Zwecken und Interessen, die gesetzlich zu regeln an sich der anderen Gebietskörperschaft zukam, bei eigenen Regelungen: So hielt er etwa eine landesrechtliche Regelung für unbedenklich, die das Aufstellen von Plakattafeln nicht nur an Kriterien des Straßen- und Landschaftsbildes (einer Landeskompetenz) band, sondern auch davon abhängig machte, dass der Verkehr nicht behindert wurde (was an sich unter die Straßenpolizeikompetenz des Bundes fällt).⁴⁷ Ebenso

⁴¹ Z. B. *Funk*, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, 1980. Zur früheren Rolle der Kompetenzverteilung als machtsbeschränkender Ersatz für die unterentwickelten Grundrechte *Merli*, Wirtschaftsgestaltung und Wirtschaftslenkung im Gewerbebereich, in: Makswit/Schoch (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Finanzordnung im internationalen und nationalen Recht/Vom Gewerbepolizeirecht zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1986, S. 249 (255); *Wiederin*, Verfassungsrechtliche Probleme des Beitragsrechts, in: Tomandl/Schrammel (Hrsg.), Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 60, 2015, S. 99 (109).

⁴² *Berka* (Fn. 20), S. 124.

⁴³ Viele Beispiele in: Doralt (Hrsg.), *Kodex Verfassungsrecht*, 44. Aufl. 2017/18, Abschnitt 3.b.

⁴⁴ Z. B. die Bundeskompetenz für das Verwaltungsverfahren (auch der Länder), „[s]oweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird“, die zugleich abweichende Regelungen der Sachgesetzgebung erlaubt, „wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“ (Art. 11 Abs. 2 B-VG). Zu damit verbundenen Abwägungen z. B. *Khakzadeh-Leiler*, ZÖR 2003, 351 (371); *Lukan*, ZfV 2014, 12 (16 ff.).

⁴⁵ VfSlg 8013/1977, 8466/1978; dazu *Funk* (Fn. 41), S. 45 ff. Vgl. auch VfSlg 10.403/1985: kompetenzwidriger Missbrauch der Abgabeform, wenn die Abgabe so umfassend in eine fremde Materie hineinwirkt, dass sie als Regelung dieser Materie gewertet werden muss.

⁴⁶ Zum Folgenden *Weiser*, Berücksichtigung im Bundesstaat, 2017. Vgl. auch *Funk* (Fn. 41), S. 51 ff.; *Mayer*, Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration, 1985, S. 34 ff.; *Schäffer*, ZfV 1985, 357; *Pernthaler*, Kompetenzverteilung in der Krise, 1989, S. 59 ff.; *Bußjäger*, RdU 2000, 87.

⁴⁷ VfSlg 4620/1963.

durfte die Landesgesetzgebung die raumordnungsrechtliche Zulässigkeit von Einkaufszentren davon abhängig machen, dass die Nahversorgung nicht gefährdet war, obwohl dieses Interesse unter die Gewerbekompetenz des Bundes fiel; kompetenzrechtlich unzulässig sei nur, ausschließlich kompetenzfremde Interessen heranzuziehen.⁴⁸

In weiteren Entscheidungen wurde aus der Berücksichtigungsbefugnis eine Berücksichtigungspflicht. Im Ausgangsfall bestand ein Konflikt zwischen der bundesrechtlichen Betretungsfreiheit des Waldes zu Erholungszwecken und seiner landesrechtlichen Sperrbarkeit aus Jagdgründen. Beide Regelungen waren kompetenzkonform: Erstere stützte sich auf die Forstrechtskompetenz des Bundes, zweite auf die Jagdrechtszuständigkeit der Länder. Der VfGH hob die landesrechtliche Regelung auf, weil sie anders als die bundesrechtliche keine Möglichkeit zum Interessenausgleich vorsah. Ein solcher Interessenausgleich sei aber in einer Verfassungsordnung, die Kompetenzen trennt und keine Hierarchie zwischen Bundes- und Landesrecht kennt, notwendig.

„Diese [...] der Bundesverfassung innewohnende Rücksichtnahmepflicht verbietet sohin dem Gesetzgeber der einen Gebietskörperschaft, die vom Gesetzgeber der anderen Gebietskörperschaft wahrgenommenen Interessen zu negieren und dessen gesetzliche Regelungen damit zu unterlaufen. Diese Pflicht verhält ihn dazu, eine zu einem angemessenen Ausgleich führende Abwägung der eigenen Interessen mit jenen der anderen Gebietskörperschaft vorzunehmen und nur eine Regelung zu treffen, die zu einem solchen Interessenausgleich führt.“⁴⁹

Weitere Entscheidungen betrafen z. B. den Eisenbahntunnel unter dem Semmering, den der Bund, gestützt auf seine Kompetenz zur Regelung des Eisenbahnwesens, bauen wollte, während das Land Niederösterreich ihn unter Berufung auf seine Naturschutzkompetenz verhindern wollte;⁵⁰ oder die Frage, ob der Landesgesetzgeber aus Naturschutzgründen verbieten darf, dass auf der Rückseite von bundesrechtlich geregelten Verkehrsschildern Werbung angebracht wird.⁵¹

Die Judikatur ist nicht immer konsistent und auch vom Ansatzpunkt her umstritten.⁵² Nicht bestreiten kann man aber, dass sie die starre Kompetenzordnung etwas verflüssigt.

⁴⁸ VfSlg 9543/1982.

⁴⁹ VfSlg 10.292/1984, S. 763.

⁵⁰ VfSlg 15.552/1999.

⁵¹ VfSlg 17.212/2004.

⁵² Ablehnend in beiderlei Hinsicht *Weiser* (Fn. 46); weitere Meinungen ebd. S. 37 ff., 226 ff. Zum Unterschied zwischen Abwägung bei der Kompetenzausübung und der Kompetenzabgrenzung *Wiederin* (Fn. 7), S. 103, 108, 115.

V. Weitere Beispiele

Die Liste ließe sich verlängern. Weitere Anwendungsfelder flüssiger Kriterien bilden die Zurechnung von Handlungen zum Staat, z.B. bei der Amtshaftung, abhängig vom Maß seines Einflusses darauf;⁵³ die Zuordnung von Vollzugsakten zu Verwaltung oder Gerichtsbarkeit je nachdem, ob die überwiegende Willensbildung bei einem Verwaltungs- oder Gerichtsorgan liegt;⁵⁴ die möglicherweise durch Gemeinwohlorientierung beschränkte Privatrechtsfähigkeit des Staates,⁵⁵ die lang abgelehnte und mittlerweile weithin akzeptierte Befugnis des Bundespräsidenten, Bundesgesetze vor ihrer Beurkundung nicht nur auf das „verfassungsmäßige Zustandekommen“ (Art. 47 Abs. 1 B-VG), sondern auch auf (grobe) inhaltliche Verfassungswidrigkeiten zu prüfen;⁵⁶ der „Wesensgehalt“ des zunächst verfassungsrechtlich vorausgesetzten und jetzt in Art. 81c B-VG verankerten selbständigen Wirkungsbereiches der Universitäten;⁵⁷ die, unter anderem für die Geltung des Legalitätsprinzips und den Rechtsschutz, fundamentale Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltung, die ursprünglich nur nach der jeweiligen Handlungsform (Bescheid, Befehls- und Zwangsakt, Verordnung oder Vertrag) getroffen wurde, jetzt aber auch schlichte Hoheitsverwaltung anerkennt und deshalb im Kontext ganzer Rechtsverhältnisse und nach dem Überwiegen typischer Elemente vorgenommen werden muss;⁵⁸ die Abgrenzung zwischen den verfassungsrechtlich vorgezeichneten Handlungsformen Bescheid und Verordnung, für die ähnliches gilt;⁵⁹ oder die Zulässigkeit der direkten Anfechtung von Gesetzen und Verordnungen durch Betroffene beim VfGH, die nach der Rechtsprechung u. a. davon abhängt, dass ein Umweg über andere Verfahren unzumutbar wäre.⁶⁰

Verflüssigende Wirkungen haben auch jene (meist neueren) Bestimmungen des Verfassungsrechts, die ausdrücklich weiche Formulierungen verwenden. Von „angemessener“ Aufsicht und dem „Bedürfnis“ nach Erlassung einheitli-

⁵³ Z.B. *Pöschl*, Staatlichkeit, Ingerenz und Haftung, in: Fuchs/Merli/dies./Sturn/Wiederin/Wimmer (Hrsg.), Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd. 3: Neuvermessung einer Grenze, im Erscheinen.

⁵⁴ *Jantscher*, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten, 2017, S. 78ff., 94, 96.

⁵⁵ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993, S. 36ff.; *Wiederin*, wbl 2015, 669; *Grabenwarter/Holoubek*, ZfV 2016, 14; *Damjanovic*, ÖZW 2016, 122.

⁵⁶ Dazu zuletzt *Jahnel*, Die Gesetzesbeurkundung durch den Bundespräsidenten – der aktuelle Stand der Diskussion, in: Jabloner/Kolonovits/Kucsko-Stadlmayer/Laurer/Mayer/Thienel (Hrsg.), Gedenkschrift Walter, 2013, S. 203.

⁵⁷ VfSlg 8136/1977; für heute z.B. *Holoubek*, Universitätsautonomie und Legalitätsprinzip, in: *Adamovich/Fink/Holzinger/Frank* (Hrsg.), FS Holzinger, 2017, S. 409.

⁵⁸ Z.B. *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2017, Rn. 49.008; *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung, 2018, S. 7ff.

⁵⁹ Zuletzt *Herbst*, Die Abgrenzung zwischen Bescheid und Verordnung, 2017.

⁶⁰ Z.B. VfSlg 20.012/2015.

cher Vorschriften samt „erforderlichen“ Abweichungen war schon die Rede.⁶¹ Dazu kommen die „Grundsätze der Verhältniswahl“ (Art. 26 Abs. 1 B-VG), die eine Abbildung der Stimmenverteilung zwischen den Parteien bei der Mandatsverteilung im Parlament verlangen, aber durch Grundmandat und Mindestprozentklauseln bis zu einem gewissen Grad eingeschränkt werden dürfen;⁶² die „demokratischen Grundsätze“ (Art. 120c Abs. 1 B-VG), nach denen die Organe der nichtterritorialen Selbstverwaltung aus dem Kreis der Mitglieder gebildet, aber nicht notwendig von ihnen mit gleichem Stimmrecht gewählt, werden müssen; die Aufgaben, die zumindest im „überwiegenden Interesse“ (Art. 15 Abs. 2, Art. 118 Abs. 2, Art. 120a Abs. 1 B-VG) einer örtlichen Gemeinschaft oder eines Personenkreises liegen müssen, damit sie vom Land gesetzlich geregelt und/oder in Selbstverwaltung erfüllt werden können; das „Überwiegen“ (Art. 14b Abs. 2 B-VG) bestimmter Merkmale als Grundlage für die Zuständigkeit zur Vollziehung des öffentlichen Auftragswesens bei juristischen Personen mit gemischter Trägerschaft; die Amtsverschwiegenheit, die u. a. „im überwiegenden Interesse der Parteien geboten“ (Art. 20 Abs. 3 B-VG) sein kann; und die Rechnungshofkontrolle, die sich auch auf Unternehmen erstreckt, die eine Gebietskörperschaften, auch gemeinsam mit anderen, „tatsächlich beherrscht“ (Art. 126b Abs. 2 B-VG).

C. Fazit

In der Zusammenschau wird deutlicher, wie weit sich auch das Staatsorganisationsrecht materialisiert und verflüssigt hat; in Staatlichkeit und Hoheitlichkeit, Aufgabenteilung und Gewaltenteilung, demokratischer Legitimation und Kontrolle, Handlungsformen und Rechtsschutz, und in einer verfassungsrechtlichen Grundordnung, die durch flüssiges Denken entstand und Prinzipienfestigkeit verlangt.

Diese Entwicklung hat Vor- und Nachteile. Jedenfalls aber braucht sie Juristen, die auch mit weichem Recht umgehen können; die nicht nur Auslegung und Analytik, sondern auch System und Kontexte, Wirkungen und Folgen, Abstufungen und Abwägungen beherrschen; kurz: solche wie den Jubilar. Alles Gute!

⁶¹ Oben bei Fn. 30 und 44.

⁶² Z. B. VfSlg 3653/1959, 11.526/1987.