

Mathias Eller



# Mehr-Ebenen-Föderalismus in Österreich

Die Funktionen der Gemeinde im Lichte  
vertikaler Gewaltenteilung und der  
Bundesstaatlichkeit

128. Schriftenreihe

Institut für Föderalismus



Mathias Eller

# Mehr-Ebenen-Föderalismus in Österreich

Die Funktionen der Gemeinde  
im Lichte vertikaler Gewaltenteilung  
und der Bundesstaatlichkeit

Institut für Föderalismus – Schriftenreihe  
Band 128

herausgegeben vom  
Institut für Föderalismus, Innsbruck  
Wissenschaftliche Leitung: Univ.-Prof. Dr. Peter Bußjäger

# **Mehr-Ebenen-Föderalismus in Österreich**

**Die Funktionen der Gemeinde  
im Lichte vertikaler Gewaltenteilung  
und der Bundesstaatlichkeit**

von  
Mathias Eller



new academic press

**Zitiervorschlag:** *Eller, Mehr-Ebenen-Föderalismus in Österreich (2020)*  
[Seite]

**Bibliographische Information der deutschen Bibliothek**

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2020 by new academic press, Wien  
[www.newacademicpress.at](http://www.newacademicpress.at)

ISBN: 978-3-7003-2184-2

Satz: Dipl.-HTL-Ing. Franz König, BEd, Wien  
Druck: Novographic Druck GmbH, Wien

## Vorwort

Mit der vorliegenden Publikation soll einem bislang nur rudimentär behandelten Forschungsbereich in der Föderalismusforschung – die Rede ist von der Stellung lokaler Gebietskörperschaften in föderalen Systemen – die ihm gebührende Beachtung geschenkt werden. Die nun überarbeitete und aktualisierte Version basiert auf meiner im Jänner 2019 an der Universität Innsbruck eingereichten und zwischenzeitlich mit dem Föderalismus-Preis 2019 sowie dem Franz-Gschnitzer-Preis 2019 ausgezeichneten Dissertation. Der Inhalt der Arbeit befindet sich auf dem Stand von Oktober 2019.

Ohne die Unterstützung zahlreicher Personen im engen und weiteren persönlichen Umfeld wäre das Abfassen der nun vorliegenden Veröffentlichung nicht möglich gewesen. Zu besonderem Dank bin ich daher insbesondere Frau Univ.-Prof. Dr. *Anna Gamper* verpflichtet. Sie zeigte sich nicht nur für die umsichtige und erstklassige Betreuung meiner abgefassten Dissertation verantwortlich, ihr gebührt auch ein wesentlicher Anteil daran, dass ich mich seit meiner Anstellung als Studentischer Mitarbeiter und später als Universitätsassistent verstärkt und mit Begeisterung föderalistischen Themen widme. Bei Herrn Univ.-Prof. Dr. *Peter Bußjäger* möchte ich mich sehr herzlich für die Begutachtung der Dissertation sowie für die Möglichkeit bedanken, in dieser prominenten Schriftenreihe mein Werk publizieren zu dürfen.

Den Mitarbeitern des Instituts für Föderalismus bin ich ebenso zu besonderem Dank verpflichtet. Für die Unterstützung der Publikation möchte ich Frau *Andrea Schafferer* sowie Dr. *Christoph Schramek* besonders hervorheben. Mit letzterem verbindet mich nicht nur das Interesse an Themen mit Föderalismusbezug, sondern seit Beginn meiner Universitätslaufbahn eine sehr gute Freundschaft. Darüber hinaus möchte ich Herrn Dr. *Harald Knill* vom new academic press Verlag sowie Herrn Dr. *Wolfgang Walluch* und Herrn *Franz König* von der Novographic Druck GmbH für die unkomplizierte Drucklegung meinen herzlichen Dank aussprechen.

Dieser gebührt auch meinen Team- und Institutskolleginnen und -kollegen vom Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, für die vielen fachlichen Ratschläge und Gespräche, deren Inhalte in der vorliegenden Arbeit an einigen Stellen ihren Niederschlag gefunden haben. Zu guter Letzt bedanke ich mich bei allen Freundinnen, Freunden, Wegbegleitern und bei meiner Familie, die mich in jeglicher Hinsicht immer bedingungslos unterstützt haben.

Innsbruck, im Oktober 2019

Mathias Eller



# Inhalt

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
A) Ausgangslage .....	1
B) Problemstellung und Forschungsfragen .....	2
<b>II. Lokale Gebietskörperschaften in der Bundesstaatstheorie .....</b>	<b>4</b>
A) Allgemeines .....	4
1. Methodische Erläuterungen zur lokalen Ebene .....	6
2. Begriffsbestimmung der Gemeinde .....	8
B) Homogenität und Differenz – die unterschiedlichen Gemeindearten .....	10
C) Die fehlende Staatsqualität der Gemeinden .....	14
1. Allgemeines .....	14
2. Souveränität als Synonym der Staatsgewalt? .....	15
3. Relativierung der Souveränitätslehre .....	18
4. Monistische Bundesstaatstheorie – die Dezentralisationslehre .....	19
5. Dualistische Bundesstaatstheorie .....	21
6. „Drei-Kreise-Lehre“ nach Kelsen .....	22
D) Elemente des Föderalismus und des Bundesstaates .....	23
1. Allgemeines .....	23
2. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Gliedereinheiten .....	26
3. Partizipation der Gliedereinheiten auf Ebene der Bundesgesetzgebung .....	28
4. Verfassungsautonomie der Gliedereinheiten .....	30
5. Föderalistische Finanzordnung .....	31
	VII

6. Kooperations- und Koordinationsmechanismen .....	33
7. Subsidiaritätsgrundsatz als weiteres Wesenselement? .....	34
E) Zum Begriff „Mehr-Ebenen-Föderalismus“ .....	36
F) Anteil lokaler Gebietskörperschaften in den Staatsgewalten ..	37
1. Allgemeines .....	37
2. Gesetzgebung .....	39
a) Einleitende Bemerkungen .....	39
b) Theoretischer Ausgangspunkt: Das „self-rule/shared-rule“-Modell .....	41
c) Unmittelbare Gesetzgebungskompetenz (self-rule) .....	43
aa) Allgemeines .....	43
bb) Theoretische Überlegungen zur Sinnhaftigkeit einer eigenen Gesetzgebungskompetenz der Gemeinden .....	45
cc) Bemerkungen zum formellen und materiellen Gesetzesbegriff .....	47
dd) Stadtstaaten als Ausnahmefall .....	49
d) Mittelbare Gesetzgebungskompetenz (shared-rule) .....	50
aa) Allgemeines .....	50
bb) Zweite Kammern .....	51
cc) Plebiszite .....	55
dd) Begutachtungs- und andere Rechte im formalisierten Gesetzgebungsverfahren auf Bundes- und Gliedstaatsebene .....	57
e) Europäische Rechtsetzung im System der vertikalen Gewaltenteilung .....	58
3. Verwaltung .....	60
a) Allgemeines .....	60
b) „Eigener“ und „übertragener“ Wirkungsbereich und deren Verhältnis zur bundesstaatlichen Kompetenzverteilung .....	61
4. Gerichtsbarkeit .....	65
a) Grundlegendes .....	65
b) Lokale Gerichtsbarkeit – theoretische Überlegungen ...	68

c) Richterbestellung als Möglichkeit indirekter Einflussnahme auf höhere Gerichte .....	72
d) Anfechtungsrechte vor Gerichten höherer Ebenen .....	74
G) Fazit .....	75
<b>III. Bundesverfassungsrechtliche Vorgaben der Gemeinden .....</b>	<b>78</b>
A) Zur Bedeutung einer bundesverfassungsrechtlichen Verankerung von Gemeinden .....	78
B) Die Bestandsgarantie der Gemeinden .....	80
C) Der Grundsatz der „abstrakten Einheitsgemeinde“ .....	82
1. Allgemeines .....	82
2. Durchbrechungen .....	84
D) Das Recht auf Selbstverwaltung und die Gemeinde- autonomie .....	85
1. Zum Begriff der „Selbstverwaltung“ .....	85
2. Zum Umfang der gemeindlichen Selbstverwaltung .....	87
3. Wesensmerkmale von Selbstverwaltungskörpern .....	89
a) Einrichtung als Körperschaft öffentlichen Rechts von Verfassung oder Gesetzes wegen .....	89
b) Demokratische Legitimation .....	89
c) Pflichtmitgliedschaft .....	91
d) „Eigener“ Wirkungsbereich .....	92
aa) Grundlegendes .....	92
bb) Abgrenzungsprobleme zum übertragenen Wirkungsbereich .....	92
cc) Gemeindeaufsicht .....	96
e) Finanzielle Selbständigkeit .....	99
4. Ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Selbstverwaltung? .....	100
a) Überblick .....	100
b) Die prozessuale Durchsetzung des Selbst- verwaltungsrechts .....	102
c) Pflichten der Gesetzgebung .....	104

#### **IV. Gemeindefunktionen im Lichte der vertikalen Gewaltenteilung .. 106**

A) Allgemeines .....	106
B) Funktionen der Gemeinden in der Gesetzgebung des Bundes und der Länder .....	106
1. Ausgangspunkt: Fehlende Gesetzgebungskompetenz .....	106
2. Ansätze einer (eigenen) Gesetzgebungskompetenz der Gemeinden .....	108
a) Quasi-gesetzgeberische Akte .....	108
aa) Ortspolizeiliches Ordnungsrecht .....	108
α) Grundlegendes .....	108
β) Das Verhältnis ortspolizeilicher Verordnungen zu einfachem Gesetzesrecht.....	112
γ) Analogie als Alternative zur orts- polizeilichen Verordnung? .....	116
bb) Freies Beschlussrecht der Gemeinden im kommunalen Abgabewesen .....	120
cc) Exkurs: Gemeindegesetzgebung in der Schweiz ....	122
b) Einbindung der Gemeinden in Landesgesetz- gebungsverfahren .....	124
aa) Allgemeines .....	124
bb) Repräsentativ-demokratische Mitwirkungs- formen der Gemeinden .....	125
α) Begutachtungs- und Stellungnahmerechte .....	125
β) „Gesetzesinitiativrechte“ .....	128
cc) Semi-direktdemokratische Mitwirkungsformen .....	133
α) Grundlegendes .....	133
β) Gemeinden als Initiatoren von Volks- abstimmungen .....	134
dd) Sonstige Mitwirkungsrechte .....	137
c) Informelle Beteiligung der Gemeinden an der Bundesgesetzgebung .....	140
aa) Das finanzausgleichsrechtliche Paktum und seine Wirkungen .....	141
bb) Konsultationsmechanismus und Stabilitätspakt .....	143

3.	Besonderheiten in österreichischen Statutarstädten .....	146
4.	Der Bundesrat als Anknüpfungspunkt für eine Teilhabe der Gemeinden an der Bundesgesetzgebung .....	147
	a) Allgemeines .....	147
	b) Inkompatibilitäten beim Bestellungsmodus .....	148
	c) Die Zweite Kammer als Chance für die Gemeinden? ....	150
C)	Funktionen der Gemeinden in der Verwaltung des Bundes und der Länder .....	151
	1. Allgemeines .....	151
	2. Zentrale Handlungsmöglichkeiten in der Gemeinde- verwaltung .....	154
	a) Bescheide .....	154
	b) Rechtsverordnungen .....	155
	c) Art 116b B-VG-Vereinbarungen .....	156
D)	Funktionen der Gemeinden in der Gerichtsbarkeit .....	158
	1. Allgemeines .....	158
	2. Parteistellung in Gerichtsverfahren auf Bundes- und Landesebene .....	159
	a) Einleitende Bemerkungen .....	159
	b) Die innere Willensbildung in der Gemeinde .....	162
	3. Wesen und Rolle der Gemeindevermittlungsämter .....	163
	4. Exkurs: Gemeindeggerichtsbarkeit im rechts- vergleichenden Diskurs – Fokus: Schweiz .....	167
	5. Wien als Sonderfall .....	169
	6. Der innergemeindliche Instanzenzug – wird die Regel zur Ausnahme? .....	170
	a) Einleitung .....	170
	b) Auswirkungen auf die Gemeindeebene .....	172
	aa) Anknüpfungspunkt: Art 118 Abs 4 B-VG .....	172
	bb) Die Bescheidbeschwerde als Substitut der Vorstellung .....	174
	cc) Änderungen in der Ermessensübung .....	176
	dd) Art 94 Abs 2 B-VG .....	177
	ee) Fazit .....	178

E) Die Einflüsse von EU- und Völkerrecht auf die Gemeinden ....	179
1. Einleitende Bemerkungen .....	179
2. Die Schnittstellen zwischen Gemeinden und Völkerrecht .....	181
a) Die Charta der lokalen Selbstverwaltung .....	181
b) Die fehlende Kompetenz der Gemeinden zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge .....	182
c) Kongress der Gemeinden und Regionen Europas .....	183
3. Die Berührungspunkte der Gemeinden mit Unionsrecht ..	185
a) Allgemeines .....	185
b) Gemeinden als Adressaten des Unionsrechts .....	186
c) Der Einfluss des Unionsrechts auf die Vollzugs- tätigkeit der Gemeinden im hoheitlichen Bereich .....	187
d) Der Einfluss des Unionsrechts auf die Privat- wirtschaftsverwaltung der Gemeinden .....	188
e) Beteiligungsmöglichkeiten der Gemeinden im EU-Rechtsetzungsprozess .....	190
aa) Ausschuss der Regionen .....	190
α) Funktionen des Ausschusses der Regionen .....	190
β) Die Vertretung der österreichischen Gemeinden im Ausschuss der Regionen .....	193
γ) Bedeutung für die Gemeinden .....	197
bb) Bundesverfassungsrechtliche Vorgaben .....	198
4. Der Europäische Verbund für territoriale Zusammenarbeit (EVTZ) als zentrales europarechtliches Kooperationsinstrument der Gemeinden .....	200
5. Fazit .....	201
<b>V. Schlussbetrachtungen .....</b>	<b>203</b>
<b>VI. Literaturverzeichnis .....</b>	<b>207</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Abl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
Art	Artikel
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BV	Bundesverfassung
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe(n)
EB	Erläuternde Bemerkungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErIRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
et al	und andere
etc	et cetera
ETS	European Treaty Series
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f, ff	(fort)folgend(e)
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GP	Gesetzgebungsperiode

GRC	Grundrechte-Charta
GS	Gedenkschrift
Hg	Herausgeber
hL	herrschende(r) Lehre
hM	herrschende(r) Meinung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
ieS	im engeren Sinne
iSe	im Sinne einer/s
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
mwN	mit weiteren Nachweisen
no	number
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
RGBI	Reichsgesetzblatt
RV	Regierungsvorlage
s	siehe
Sec	Section
StGBI	Staatsgesetzblatt
ua	unter anderem
uam	und andere(s) mehr
uvm	und vieles mehr
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes
zB	zum Beispiel

# I. Einleitung

## A) Ausgangslage

In Zeiten von „Politikverdrossenheit“<sup>1</sup> kristallisiert sich die Gemeindeebene in der subjektiven Wahrnehmung<sup>2</sup> der Bürger<sup>3</sup> allmählich als einzige Zufluchtsstätte heraus, in welcher das für das Funktionieren einer Demokratie besonders wichtige Vertrauensverhältnis zum Staat noch am ehesten gegeben scheint.<sup>4</sup> Der lokalen Ebene wird eine besondere Relevanz aber allein schon deshalb zuteil, weil sie zum Fixbestand jeder bundesstaatlich organisierten Staatsstruktur zählt. Aber auch klassischen Einheitsstaaten ist die Existenz einer lokalen Ebene keineswegs fremd. Die Gemeinden sind in diesem Zusammenhang mit unterschiedlichen und zahlreichen Aufgaben konfrontiert, die durch unaufhaltsame Änderungen rechtlicher wie gesellschaftlicher Rahmenbedingungen (Verknappung von Ressourcen; gesteigerte Erwartungen der Gemeindebürger im Zuge der Aufgabenbesorgung etc) zunehmend an Komplexität gewinnen. Ihnen kommt sohin sowohl politisch als auch rechtlich eine außerordentlich wichtige Stellung zu.

Österreich blickt auf eine lange Gemeindetradition zurück, die jedoch nicht – wie vielleicht angenommen werden könnte – in untrennbarem Zusammenhang mit der Entstehung des Bundesstaats im Jahr 1920 steht. Vielmehr gelten die Gemeinden schon seit dem von Kaiser *Franz Joseph I.* am 17. März 1849 als Kaiserliches Patent erlassenen provisorischen Gemeindegesetz<sup>5</sup> als fester Bestandteil der österreichischen Staatsstruktur. Umso mehr verwundert es, dass sich die verfassungs-

---

1 Es handelt sich dabei um einen sowohl in der rechtswissenschaftlichen als auch politikwissenschaftlichen Literatur mannigfach verwendeten Begriff. Zur Begriffsprägung und deren Hintergrund vgl insbesondere *Arzheimer*, Politikverdrossenheit. Bedeutung, Verwendung und empirische Relevanz eines politikwissenschaftlichen Begriffs (2002). Siehe dazu auch mwN *Ebner*, Wirkungsorientierung, in: Baumgartner/ Sturm (Hg), Der Kärntner Gemeindekonvent (2013) 107 (117); *Mantl*, Parlament im Stresstest, in: FS Berka (2013) 539 (542 f).

2 Vgl dazu *Steger*, Vergleich der Ebenen: Vertrauen in die Gemeinden, in: Alber/ Zwillig (Hg), Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem: Herausforderungen im 21. Jahrhundert (2014) 161 ff.

3 In der folgenden Arbeit wird aufgrund der besseren Lesbarkeit ausschließlich die männliche Form verwendet, die sich aber explizit auf Personen jeden Geschlechts beziehen soll.

4 Dies beweist gerade auch eine aktuelle Umfrage (abrufbar unter <<https://www.austriandemocracylab.at/demokratieradar/>> [09.10.2019]), wo die Gemeinden in Hinblick auf das ihnen von den Bürgern entgegengebrachte Vertrauen außerordentlich gut abschneiden.

5 RGBl 170/1849.

rechtliche Literatur mit den Gemeinden weder in staatsrechtlicher Hinsicht noch in Bezug auf ihre Funktionen in allen drei Staatsgewalten – soweit ersichtlich – ausreichend befasst hat. Immerhin handelt es sich bei den Gemeinden um jene Institution, auf die offensichtlich auch die Gründungsväter der österreichischen Bundesverfassung nicht verzichten wollten und diese daher in die Republik rezipierten.

## **B) Problemstellung und Forschungsfragen**

Vor dem Hintergrund der bisher nicht ausreichend stattgefundenen Auseinandersetzung mit der lokalen Ebene im Allgemeinen und der Institution der Gemeinden im Besonderen in der Staatstheorie und der vertikalen Gewaltenteilung sollen in der vorliegenden Untersuchung daher drei große Forschungsfragen behandelt werden.

Aufgrund der Heterogenität der lokalen Ebene im Vergleich föderal organisierter Staaten erscheint es am Beginn dieser Untersuchung unabweichlich zu sein, sich mit methodischen Ausführungen zur angesprochenen Ebene näher zu beschäftigen. Die erste Forschungsfrage fokussiert sich sohin darauf, Unterschiede zwischen der lokalen Ebene und der Gemeinde als Institution herauszuarbeiten. Die im ersten Kapitel getroffenen Aussagen sollen dabei als Basis für alle weiteren Ausführungen in den folgenden Kapiteln dienen und entsprechend herangezogen werden.

Die zweite zu behandelnde Frage beschäftigt sich mit der bundesstaatstheoretischen Bedeutung lokaler Gebietskörperschaften. Vor dem Hintergrund, dass in der Föderalismusforschung vorrangig das Verhältnis zwischen Bund und Gliedstaaten bewertet wird, sollen die gängigen Bundesstaatstheorien – auch unter Einbeziehung internationaler Literatur – untersucht und Anknüpfungspunkte aufgezeigt werden, ob sich diese auch für eine nähere Auseinandersetzung mit der untersten territorialen Ebene eignen. Zu betonen ist dabei, dass sich die Untersuchung nicht auf die Staatsgewalt der Verwaltung, in welcher die Gemeinden bekanntlich eine wichtige Rolle spielen, beschränkt, sondern das Augenmerk gerade auf die im Kontext lokaler Gebietskörperschaften noch weitestgehend unerforschten Staatsgewalten der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit gelegt wird. Den zentralen Anknüpfungspunkt dafür bildet das noch näher zu erörternde „*self-rule/shared-rule*“-Modell, aufgrund dessen sich eine Einteilung in mittelbare und unmittelbare Partizipationsmöglichkeiten der Gemeinden in den drei Staatsgewalten anbietet. Eine weitere Unterscheidung wird danach zu treffen sein, ob Teilhabemöglichkeiten der Gemeinden formeller

oder informeller Natur sind. Neuland wird in diesem Zusammenhang insofern betreten, als sich die gegenständliche Untersuchung etwa mit theoretischen Überlegungen zu einer lokalen Gerichtsbarkeit intensiv auseinandersetzt.

Im Anschluss daran konzentriert sich die verfassungsrechtliche Untersuchung auf die Grundsätze und Prinzipien, die für alle österreichischen Gemeinden gleichermaßen gelten. Neben dem Prinzip der abstrakten Einheitsgemeinde werden an dieser Stelle sowohl das Recht auf Selbstverwaltung als auch die Wesenselemente von Selbstverwaltungskörpern behandelt. In diesem Zusammenhang ist etwa zu klären, ob es sich beim Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden um ein Grundrecht handelt oder nicht.

Die auf Basis dieser und aus den bundesstaatstheoretischen Überlegungen gewonnenen Erkenntnisse sollen anschließend auf die österreichischen Gemeinden angewendet werden. Die dritte zentrale Forschungsfrage beschäftigt sich daher mit der funktionellen Ausstattung der Gemeinden im legislativen, administrativen und judikativen Bereich und ihrem Verhältnis zur Bundes- und Landesebene. Wenngleich die herrschende Lehre davon ausgeht, dass die Gemeinden ausschließlich für Verwaltungsaufgaben zuständig sind, sollen Ansätze aufgezeigt werden, welche diese bislang vertretene These relativieren. Deshalb erscheint es zweckmäßig, sich auch in diesem Kapitel vorwiegend mit den Funktionen der Gemeinden in der Gesetzgebung und in der Gerichtsbarkeit eingehend zu beschäftigen. In Bezug auf die Legislative bilden dabei etwa die Kompetenz der Gemeinden zur Erlassung ortspolizeilicher Verordnungen oder die verschiedenen Partizipationsmöglichkeiten der Gemeinden im Rahmen von Landesgesetzgebungsverfahren zentrale Anknüpfungspunkte. Hinsichtlich der Gerichtsbarkeit wird in diesem Zusammenhang beispielsweise auf die Rolle der Gemeindevermittlungsamter und die Sondersituation in Wien näher einzugehen sein.

Eine umfassende Analyse gebietet es außerdem, sich neben einer rein innerstaatlichen Betrachtungsweise mit den Funktionen der Gemeinden auch im völkerrechtlichen und europäischen Kontext näher auseinander zu setzen. Dabei gilt es insbesondere aufzuzeigen, welche Schnittstellen und Berührungspunkte zwischen supranationalem Recht und den Gemeinden bestehen und wie letztere – formell wie informell – Einfluss auf die genannten Rechtsquellen ausüben können.

## II. Lokale Gebietskörperschaften in der Bundesstaatstheorie

### A) Allgemeines

Neben Bundesstaaten<sup>6</sup> können auch Einheitsstaaten in unterschiedlicher Hinsicht dezentralisiert sein. Weltweit gesehen gelten Gemeinden häufig sogar als die *einzig*e Verwaltungsuntergliederung eines Staates.<sup>7</sup> Darüber hinaus wird auch in vielen dezentralisierten Einheitsstaaten die Existenz zumindest einer regionalen Ebene anerkannt.<sup>8</sup> Wenngleich der Begriff der „Region“ in den jeweiligen Ländern in struktureller Hinsicht unterschiedlich verwendet und gedeutet wird,<sup>9</sup> so ist im Wesentlichen klar, dass es sich dabei um eine Ebene handelt, die unter der nationalen, aber über der Gemeindeebene anzusiedeln ist.<sup>10</sup> Das Vorhandensein einer den Bürgern am nächststehenden lokalen Ebene mit Recht auf Selbstverwaltung kann dagegen sogar als „ge-

---

6 *Gamper, Staat und Verfassung*<sup>4</sup> (2018) 88 weist vor allem auf den im Unterschied zu Einheitsstaaten bestehenden besonderen Dezentralisierungsgrad von Bundesstaaten hin, während *Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht* (2004) 299 vordergründig die Teilung der Staatsgewalt auf unterschiedliche Ebenen als Abgrenzungskriterium zu Einheitsstaaten begreift. Vgl dazu auch *Bußjäger, Homogenität und Differenz – Zur Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich* (2006) 1.

7 Vgl dazu *Bußjäger, Art 1 LV*, in: Liechtenstein-Institut (Hg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar (2016) Rz 53, abrufbar unter <www.verfassung.li> (01.09.2019). Neben Liechtenstein setzt sich ferner die Republik San Marino lediglich aus neun Gemeinden, den sogenannten *Castelli*, zusammen.

8 Siehe etwa *Gamper, Staat* 85.

9 Vgl dazu *Mast, Die Rolle der Regionen und ihrer Verbindungsbüros in Brüssel im europäischen Mehrebenensystem*, in: *Bußjäger/Gsodam* (Hg), *Multi-Level-Governance im Alpenraum* (2013) 129 f; *Häberle, Föderalismus, Regionalismus und Präföderalismus als alternative Strukturformen der Gemeineuropäischen Verfassungskultur*, in: Härtel (Hg), *Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt*, Bd I, *Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat* (2012) 251 (272 f). Der Begriff des „europäischen Regionalismus“ beinhaltet dahingegen sogar Kommunen mit Recht auf Selbstverwaltung neben Gliedstaaten mit Verfassungsautonomie oder Provinzen ohne originäre Legislativfunktion(en). Siehe dazu *Weber, Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat*, in: *FS Pernthaler* (2005) 413 (422).

10 Siehe *Gamper, Regionen mit Gesetzgebungshoheit* (2004) 70: „Als Region wird eine räumlich dimensionierte, politische Einheit verstanden, die eine (verfassungs)rechtliche verankerte, einer Lokalautonomie übergeordnete Territorialkategorie innerhalb eines Nationalstaats, jedoch nicht deren zentrale Einheit, darstellt.“ Von dieser Regel bildet Belgien eine Ausnahme. Die Gemeinschaften und Regionen existieren vielmehr neben der Bundesebene, sind dieser also nicht untergeordnet. Vgl dazu *Köhler/Petersohn, Belgien: Vorzeigemodell eines dualen Föderalismus oder konföderales Gebilde sui generis?*, in: *Gamper et al* (Hg), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (2016) 181 (184).

meinsames europäisches Rechtsgut<sup>11</sup> bezeichnet werden und wird durch die hohe Anzahl an Staaten, welche die am 1. September 1988 in Kraft getretene Europäische Charta der lokalen Selbstverwaltung bisher ratifiziert haben,<sup>12</sup> deutlich untermauert. Eine Gemeindeebene<sup>13</sup> findet sich demnach regelmäßig auch in klassischen Einheitsstaaten und ist nicht zwangsläufig Ausfluss einer bundesstaatlichen Organisationsstruktur. Sie treten daher in praktisch allen Staaten der Welt – Mikrostaaten wie zB der Vatikan ausgenommen – in Erscheinung. Eine Besonderheit diverser Bundesstaaten ist ferner die Tatsache, dass vor allem Hauptstädte und andere große Städte eine rechtliche Sonderstellung insofern einnehmen können, wenn es zu einer Verschmelzung der kommunalen mit der regionalen Ebene kommt.<sup>14</sup> So sind die in der Präambel des deutschen Grundgesetzes bezeichneten Länder Hamburg und Berlin ebenso Gemeinden wie Bremen,<sup>15</sup> das sich sogar aus zwei Gemeinden (Bremen und Bremerhaven)<sup>16</sup> zusammensetzt. Diese damit verbundene rechtliche Zwitterstellung kann als Ansatz eines differenzierten Föderalismus gewertet werden. Neben den bereits erwähnten

---

11 Siehe *Gamper*, Die Stellung der Gemeinden im Vergleich europäischer Bundesstaaten, in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hg), Jahrbuch des Föderalismus 2006 (2006) 66.

12 Mittlerweile haben alle 47 Vertragsstaaten die Europäische Charta der lokalen Selbstverwaltung ratifiziert. Zum Ratifikationsstand und Vorbehalten s die diesbezüglichen Angaben, abrufbar unter <[http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures?p\\_auth=493rUzn](http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122/signatures?p_auth=493rUzn)> (01.09.2019).

13 Dass es sich bei Gemeinden um eine eigenständige Ebene handelt, könnte nach dem Verständnis von *Möllers*, Gewaltengliederung (2007) 213 hinsichtlich des „Ebenen“-Begriffs angezweifelt werden. Ihm zufolge ist von einer solchen erst dann zu sprechen, „wenn ein bestimmter Rechtsbestand damit beginnt, eigene verfestigte Legitimationsmechanismen zu entwickeln, also seine eigene Rechtserzeugung an die rechtswirksame Anerkennung von individuellen oder demokratischen Akten der Selbstbestimmung zu knüpfen.“ Knüpft man an den Begriff der „Rechtserzeugung“ an, so bliebe in nahezu allen Bundes- und Regionalstaaten den Gemeinden die Bezeichnung als Ebene verwehrt, insbesondere wenn man davon ausginge, dass es sich bei der Rechtserzeugung lediglich um die in einem festgelegten und vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren zu Stande gekommenen normativen Akte handelte. Eine weite Auslegung des Begriffs der Rechtserzeugung gebietet demgegenüber, auch andere Rechtsetzungsformen in Betracht zu ziehen (Verordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte etc), die typischerweise einen Teil der gemeindlichen Aufgaben bilden. Dieser extensiveren Auslegung ist jedenfalls der Vorzug zu geben.

14 Siehe dazu *Watts*, Comparing Federal Systems<sup>3</sup> (2008) 79 ff; *Gamper*, Stellung der Gemeinden 66.

15 *Karpen*, Landesparlamente im Bundesstaat. Eine Fallstudie, in: FS Schäffer (2006) 361 (362).

16 Siehe dazu Art 143 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen, abrufbar unter <[http://transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014\\_tp.c.75088.de&asl=bremen203\\_tpgesetz.c.55340.de&template=20\\_gp\\_ifg\\_meta\\_detail\\_d](http://transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014_tp.c.75088.de&asl=bremen203_tpgesetz.c.55340.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d)> (01.09.2019).

territorialen Gliederungsebenen innerhalb eines Staates ist eine Mehrebenenstruktur zuweilen sogar auf lokaler Ebene verwirklicht.<sup>17</sup>

### **1. Methodische Erläuterungen zur lokalen Ebene**

Da – wie eben erwähnt – die subregionale Ebene im Vergleich der Bundes- und Regionalstaaten von einem auffallend hohen Grad an Heterogenität geprägt ist, empfiehlt es sich am Beginn dieser Untersuchung, Klarheit über die verschiedenen Begrifflichkeiten zu schaffen. In einigen Staaten, so auch in Österreich, wird die territoriale Gliederung auf unterster Ebene einzig und allein durch Gemeinden verwirklicht.<sup>18</sup> Demgegenüber lässt sich in anderen Staaten eine Mehrebenenstruktur auf subregionaler Ebene erkennen, die von Staat zu Staat freilich ganz unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Grundsätzlich kann sich eine derartige Gliederung aber in zweierlei Gestalt ausbilden: Einerseits ist es möglich, dass neben Gemeinden, andere – ebenfalls als Gebietskörperschaften charakterisierte – Verwaltungseinheiten eingerichtet sind, andererseits können abweichend von dem in Österreich grundsätzlich geltenden „Prinzip der abstrakten Einheitsgemeinde“ unterschiedlichste Gemeindetypen existieren, die wiederum eine differenzierte Verwaltungsstruktur möglich machen.<sup>19</sup> Paradigmatisch für ersteren Fall ist Deutschland ins Treffen zu führen. Die unterste Ebene im Staat wird eben nicht lediglich durch das Vorhandensein von Gemeinden verkörpert, vielmehr komplettieren die Kreise<sup>20</sup> in aller Regel erst die subregionale Ebene. In Belgien sind es die Provinzen, die im Verbund mit den Gemeinden eine subregionale Mehrebenenstruktur bilden. Exemplarisch für den zweiten Fall sind die unterschiedlichen Gemeindearten in der Schweiz zu nennen,<sup>21</sup> welche für die Bildung einer mehrgliedrigeren Struktur unterhalb der Gliedstaatsebene verantwortlich sind, wobei im Verhältnis zur Bundes- und regionalen Ebene ausschließlich auf die klassische „politi-

---

17 Dazu sogleich.

18 Vgl dazu mit weiteren Beispielen *Steytler*, *Comparative Conclusions*, in: Kincaid/ Steytler (Hg), *A Global Dialogue on Federalism*, Bd 6, *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Systems* (2007) 393 (398).

19 Vgl dazu etwa *Gamper*, *Die Stellung der Regionen und Gemeinden in Europa – Bilanz und Ausblick*, in: FS van Staa (2014) 79 (85).

20 In Rheinland-Pfalz findet sich darüber hinaus der besondere Typus sogenannter Verbandsgemeinden. Siehe dazu *Schefold*, *Local Government in Germany*, in: Morenó (Hg), *Local Government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective* (2012) 233 (234).

21 Neben der „Einwohnergemeinde“ oder „politischen Gemeinde“ können die Kantone die Einrichtung spezieller Arten von Gemeinden vorsehen, die zumeist mit spezifischen Verwaltungs- und anderen Aufgaben betraut werden (zB Bürgergemeinden; Schulgemeinden; Kirchengemeinden etc). Siehe dazu gleich näher.

sche“ Gemeinde abgestellt wird. Als Indiz für das Vorhandensein einer Mehrebenenstruktur auf subregionaler Ebene kann insbesondere jener Umstand gewertet werden, dass Gemeinden („*municipalities*“) in der internationalen Literatur des Öfteren als „*first tier*“<sup>22</sup> bezeichnet werden, während zumeist räumlich größere, ebenfalls im subregionalen Bereich befindliche Gebilde in die Kategorie der „*second tier*“<sup>23</sup> fallen. Nicht von ungefähr unterscheidet ferner die Europäische Union zwei Ebenen lokaler Gebietseinheiten, die als LAU 1 oder LAU 2<sup>24</sup> bezeichnet werden. Eine existierende Mehrebenenstruktur unterhalb der Gliedstaatsebene verlangt im Ergebnis freilich auch unterschiedliche Termini, abhängig davon, ob sich bestimmte Ausführungen einzig und allein auf die Gemeinden beziehen oder den gesamten subregionalen Bereich miteinschließen sollen. In dieser Arbeit wird deshalb besonders im allgemeinen Teil der Begriff der „*lokalen Gebietskörperschaften*“ bzw. die Termini „*subregional*“ und „*lokal*“ synonym verwendet, um damit begrifflich alle möglichen, unterhalb der regionalen Ebene befindlichen, mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Einheiten zu umfassen. Für die Verwendung des Terminus „*lokal*“ – im Englischen ist auch von „*local government*“ oder „*local governance*“ die Rede – spricht vor allem die Tatsache, dass beispielsweise die Europäische Charta der *lokalen* Selbstverwaltung nicht nur auf Gemeinden Bezug nimmt, sondern darüber hinaus ferner auf Kreise, Provinzen oder strukturell ähnliche Einheiten angewendet werden kann.<sup>25</sup> Diese Annahme wird durch die englische (*European Charter of Local Self-Government*)<sup>26</sup> und französische (*Charte européenne de l'autonomie locale*) Originalfas-

---

22 Siehe etwa *Bouvier*, Local Government in Belgium, in: Moreno (Hg), Local Government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective (2012) 45 (47); *Moreno*, Local Government in Spain, in: ders (Hg), Local Government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective (2012) 599 (602).

23 *Schefold*, Government 234.

24 Die Abkürzung LAU steht für „*local administrative unit*“.

25 Außerdem erscheint es aufgrund der in Art 13 der Charta gewählten Formulierung, wonach „jede Vertragspartei [...] die Arten von lokalen oder regionalen Gebietskörperschaften bezeichnen kann, auf die sie den Anwendungsbereich der Charta beschränken oder die sie von ihrem Anwendungsbereich ausschließen will“, gerechtfertigt, die Grundsätze der Charta über die lokale Ebene hinaus auch auf regionale Gebietskörperschaften anzuwenden. Dieser Standpunkt wird durch den *Explanatory Report* (ETS Nr 122, Punkt B – General Remarks) insofern bestätigt, als sich die Grundsätze der Charta potentiell auch auf „*territorial authorities at regional level*“ beziehen würden. Vgl dazu insbesondere *Gamper*, Von der Charta der lokalen zur Charta der regionalen Selbstverwaltung?, in: Alber/Zwilling (Hg), Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem: Herausforderungen im 21. Jahrhundert (2014) 177 ff.

26 Die englische Fassung der Charta ist abrufbar unter <<https://rm.coe.int/168007a088>> (01.09.2019).

sung der Charta insofern bestätigt, als von einer *lokalen* und bewusst nicht kommunalen oder gemeindlichen Selbstverwaltung die Rede ist.<sup>27</sup> Während der Begriff der „Kommune“ oder das dazugehörige Adjektiv „kommunal“ zwar mit der Bezeichnung „Gemeinde“ zumindest vom Wortstamm her verwandt ist und in Deutschland im allgemeinen Sprachgebrauch als Synonym zu letzterem Begriff Verwendung findet, wird im Rahmen dieser Arbeit auf diesen Terminus weitestgehend verzichtet. Vielmehr soll – insbesondere weil es sich schwergewichtig um eine österreichische Arbeit handelt – den Begriffen der „*gemeindlichen Ebene*“ oder ganz allgemein der „*Gemeinde*“ der Vorzug gegeben werden, nämlich dann, wenn Ausführungen lediglich diese Gebietskörperschaft, nicht aber andere lokale Einheiten betreffen. Bei vereinzelter Abgehen von den bevorzugten Termini wird an passender Stelle auf den Grund der Abweichung näher eingegangen.

## 2. *Begriffsbestimmung der Gemeinde*

Obwohl Gemeinden regelmäßig einen integrierenden Bestandteil nahezu jedes staatlichen Organisationssystems darstellen, spielten und spielen sie in der Bundesstaatstheorie bislang eine vernachlässigte Rolle. Nur vereinzelt werden sie mit darüber liegenden Ebenen in Bezug gebracht, insbesondere dann, wenn man wie *Giacometti*<sup>28</sup> die Kantone als „*potenzierte Selbstverwaltungskörper*“ begreift, die Unterschiede zu anderen dezentralen Einheiten also lediglich auf quantitative und nicht qualitative Komponenten reduziert werden. Ebenso gehen die Vertreter der „*Wiener Dezentralisationslehre*“ davon aus, dass „zwischen Ländern, Gemeinden, Regionen und sonstigen Selbstverwaltungskörpern [...] allenfalls ein quantitativer Unterschied (im Ausmaß der Zuständigkeiten)“ bestünde.<sup>29</sup> Eine notwendige Berücksichtigung finden Gemeinden allerdings in der Lehre von der *vertikalen* Gewaltenteilung,<sup>30</sup> zusätzlich sind sie potentielle Träger delegierter Staatsgewalt, also dann, wenn die Ermächtigung zur Ausübung von Befehls- und

---

27 Zustimmend auch *Palermo/Kössler*, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law* (2017) 282. Demnach werde der Begriff „*local government*“ fälschlicherweise als Synonym für „Gemeinden“ verwendet.

28 *Giacometti*, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone* (1941 – Neudruck 1976) 28; *Fleiner/Giacometti*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (1949 – Neudruck 1976) 45; *Weber*, *Bundesstaat* 417. Siehe dazu aber auch *Veiter*, *Die Verfassungswirklichkeit des schweizerischen Föderalismus*, in: *Koja et al (Hg), Bundesstaat auf der Waage* (1969) 123 (146 f).

29 Vgl dazu *Pernthaler*, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*<sup>2</sup> (1996) 296.

30 Siehe dazu näher unten.

Zwangsgewalt vom Staat auf die Gemeinden übertragen wird.<sup>31</sup> Eine gewisse Asymmetrie wird in bundesstaatlichen Systemen letztlich dann verwirklicht, wenn vereinzelt bestimmte (Haupt)Städte zugleich sowohl Gemeinden als auch Gliedstaaten verkörpern,<sup>32</sup> deren Herrschaftsgewalt demnach sogar originärer Natur ist. Darüber hinaus führte die Übernahme wichtiger Aufgaben in der öffentlichen Leistungserbringung über die Jahre hinweg zu einer bewussteren Wahrnehmung der lokalen Ebene, was sich nicht zuletzt durch ausdrückliche Bestimmungen in bundesstaatlichen Verfassungen manifestierte,<sup>33</sup> die ihrem Inhalt nach eine Kontextualisierung zwischen lokalen Gebietskörperschaften mit dem Staat (Bund und/oder Regionen) anstreben.<sup>34</sup> Schon deshalb, weil der Begriff der lokalen Ebene – wie zuvor dargelegt – auch andere rechtliche Gebilde<sup>35</sup> umfasst, ist es tunlich, letztere von Gemeinden zu unterscheiden. In Abgrenzung dazu lässt sich eine Gemeinde als die kleinste, auf Dauer eingerichtete subregionale Gebietskörperschaft definieren, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist und über eine bestimmte Organisationsstruktur sowie Funktionen verfügt.<sup>36</sup> Diese allgemeine Definition sorgt dafür, dass die häufig bestehenden tatsächlichen Unterschiede hinsichtlich Gemeindegröße und Einwohneranzahl entsprechend berücksichtigt werden und nicht nur auf kleine

---

31 Vgl dazu schon *Badura*, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, 561 ff.

32 *Gamper*, Stellung der Gemeinden 79.

33 Vgl dazu etwa *Steytler*, Introduction, in: ders (Hg), *The place and role of local government in federal systems* (2005) 1 (3 f).

34 Vgl dazu Art 40 Abs 1 der südafrikanischen Verfassung: „*In the Republic, government is constituted as national, provincial and local spheres of government which are distinctive, interdependent and interrelated.*“ Diese Formulierung impliziert gerade, dass nationaler, provinzieller und lokaler Regierungsbereich gleichberechtigt und nicht durch ein Hierarchieverhältnis gekennzeichnet sind. Siehe dazu *De Visser*, Republic of South Africa, in: Kincaid/Steytler (Hg), *A Global Dialogue on Federalism*, Bd 6, *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Systems* (2007) 267 (274); *Steytler*, Local government in South Africa: Entrenching decentralised government, in: ders (Hg), *The place and role of local government in federal systems* (2005) 183 (184); *Schadtler*, Kooperative Verwaltungsstrukturen auf lokaler Ebene: Deutschland und Südafrika im Vergleich, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (Hg), *Jahrbuch des Föderalismus 2009* (2009) 74 (77). Kritisch dazu aber *Palermo/Kössler*, *Federalism* 286 f.

35 Zur lokalen Ebene zählen neben Kreisen und Provinzen auch Gemeindeverbände, Bezirke, Distrikte, Départements, Agglomerationen und sonstige vergleichbare Einheiten inklusive möglicher informeller Kooperationsformen auf übergemeindlicher Ebene ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Siehe dazu die zum Teil komplizierten Verwaltungsstrukturen Kanadas in *Lazar/Seal*, *Local government: Still a junior government? The place of municipalities within the Canadian federation*, in: *Steytler* (Hg), *The place and role of local government in federal systems* (2005) 27 (30 f).

36 Vgl dazu *Alber*, Die Gemeinde im Europäischen Mehrebenensystem: Auslaufmodell oder »Inkubator« für Innovation?, in: *dies/Zwilling* (Hg), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem: Herausforderungen im 21. Jahrhundert* (2014) 9 (12); *Gamper*, Stellung der Gemeinden 67.

und große Gemeinden anzuwenden ist, sondern ferner Metropolen umfasst, obwohl letztere neben Agglomerationen häufig sogar ohnehin einen gliedstaatlichen oder zumindest besonderen Status genießen.<sup>37</sup> Ferner sind auch unterhalb der Gemeindeebene unterschiedlichste Unterteilungen möglich,<sup>38</sup> die im Folgenden nicht näher behandelt werden und in dieser Untersuchung keine Berücksichtigung finden, weil sie in Österreich – die Bezirke Wiens und einzelne Orts- und Stadtteile, die jedoch keine eigenen Gebietskörperschaften darstellen, ausgenommen – ebenso keine Gebietskörperschaften darstellen.

## **B) Homogenität und Differenz – die unterschiedlichen Gemeindearten**

Das Prinzip der „Vielfalt in der Einheit“ spiegelt sich in den unterschiedlichsten Gemeindearten, die in föderalen Systemen existieren, wohl am konsequentesten wider. So unterscheiden sie sich etwa hinsichtlich der Gemeindefläche oder der Anzahl der Gemeindebürger teils erheblich. In Bezug auf diese beiden Parameter lässt sich im europäischen Vergleich zwischen Bundes- und Regionalstaaten aber auch eine gemeinsame Komponente entdecken: Die lokale Ebene ist von einer hohen Kleinräumigkeit<sup>39</sup> und einem starken Überhang flächenmäßig kleiner Gemeinden mit zum Teil weniger als hundert Einwohnern gekennzeichnet.<sup>40</sup> Im Vergleich der Gemeinden ergeben sich sohin zuerst wesent-

---

37 *Gamper*, Stellung der Gemeinden 81. Die spanischen Städte Madrid und Barcelona verfügen beispielsweise seit 2006 über eine höhere Organisationsautonomie aufgrund spezieller Regelungen. Siehe dazu *Holesch/Nagel*, Die spanische Gemeindeverfassung zwischen zentralstaatlicher Lenkung und regionaler Schwäche, in: *Alber/Zwilling* (Hg), *Gemeinden im Europäischen Mehrebenensystem: Herausforderungen im 21. Jahrhundert* (2014) 77 (84); *Velasco*, Kingdom of Spain, in: *Kincaid/Steytler* (Hg), *A Global Dialogue on Federalism*, Bd 6, *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Systems* (2007) 298 (306).

38 In Bezug auf Spanien finden sich unterhalb der Gemeindeebene etwa die *Entidades de Ámbito Territorial Inferior al Municipio*. Vgl dazu *Holesch/Nagel*, *Gemeindeverfassung* 98.

39 Exemplarisch sei an dieser Stelle Italien genannt, dessen lokale Selbstverwaltung von einer extremen Fragmentierung geprägt ist. Vgl dazu *Alber*, *Gemeinde* 14 f.

40 Nahezu ein Viertel der über 8.000 Gemeinden in Italien sind Kleingemeinden mit weniger als 1.000 Einwohnern, in Spanien gibt es sogar mehr als 1.000 Gemeinden mit weniger als 100 Einwohnern. Siehe dazu *Moreno*, *Government* 604 und *Vandelli*, *Local Government in Italy*, in: *Moreno* (Hg), *Local Government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective* (2012) 339 (341). Zu signifikanten Unterschieden hinsichtlich der Gemeindeflächen in Belgien s *Bouvier*, *Government* 47. Dieser Problematik wird in einigen Staaten – mehr oder weniger erfolgreich – mit der Zusammenlegung mehrerer Gemeinden zu einer großen begegnet. Vgl dazu etwa *Häfelin/Haller/Keller*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*<sup>8</sup> (2012) 319.

liche Unterschiede im Tatsächlichen, die sich nicht zuletzt auch im allgemeinen Sprachgebrauch niederschlagen können.<sup>41</sup> Angesichts bestehender Diskrepanzen hinsichtlich der vorher genannten Parameter ist es ferner möglich, dass Gemeinden zudem rechtlich unterschiedlich behandelt werden. Es kann demnach an Unterschiede, die im Tatsächlichen bestehen, auch juristisch angeknüpft werden. Das wäre etwa dann der Fall, wenn es neben den „gewöhnlichen“ Gemeinden verfassungsgesetzlich erlaubt wäre, andere, besondere Gemeindetypen bzw Gemeindeformen einzurichten oder aber bestimmte Gemeinden, aus näher zu bezeichnenden Gründen mit einem besonderen Status auszustatten,<sup>42</sup> weil an Unterschiede im Tatsächlichen angeknüpft wird. Denkbar wäre ferner, dass an unterschiedliche Kategorien von Gemeinden von vornherein unterschiedliche Rechtseigenschaften geknüpft werden.

Tatsächlich existieren in einigen Staaten zahlreiche Arten lokaler Gebietskörperschaften und nicht nur ein spezieller Typus, die entweder auf der jeweiligen Verfassung basieren oder erst durch Gesetze von Bund oder Region festgelegt werden.<sup>43</sup> Die Einteilung knüpft dabei regelmäßig entweder an territoriale oder personelle Gesichtspunkte an, kann beide Aspekte aber auch zusammen berücksichtigen.<sup>44</sup> Zur ersten und bedeutendsten Kategorie zählen die Gemeinden im klassischen Sinn: Ohne Rücksicht auf bestimmte persönliche Eigenschaften erfasst das Territorium einer Gemeinde alle in diesem Hoheitsbereich befindlichen Einwohner. Bei den in der Schweiz existierenden Kirchgemeinden wird neben dieser territorialen Komponente dagegen zusätzlich an die Konfession und damit an eine bestimmte persönliche Eigenschaft angeknüpft.<sup>45</sup> Wird ausschließlich auf personelle Kriterien abgestellt – dazu zählen etwa die ebenfalls in der Schweiz vorhandenen Bürgergemein-

---

41 Abhängig von der Gemeindegröße und einer gewissen, allerdings oftmals nicht genau festgelegten Einwohnerzahl wird in einigen Staaten sprachlich zwischen „gewöhnlichen“ Gemeinden und Städten unterschieden. Die Begriffswahl hat dabei keine rechtliche Relevanz. Siehe dazu etwa in Bezug auf Österreich *Gamper*, Local Government in Austria, in: Moreno (Hg), Local Government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective (2012) 23 (25); hinsichtlich Spanien *Moreno*, Government 602 und für Belgien *Bouvier*, Government 47 f.

42 Vgl etwa Art 116 Abs 3 B-VG oder Art 50 Abs 3 der schweizerischen BV.

43 Siehe mit Beispielen für die Schweiz *Bulliard*, Local government in Switzerland, in: Steytler (Hg), The place and the role of local government in federal systems (2005) 123 (125); *Seiler*, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Thürer/Aubert/Müller (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz (2001) 491 (494); *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht 318; *Gamper*, Stellung der Gemeinden 68.

44 Siehe dazu *Giacometti*, Staatsrecht 81 ff.

45 *Giacometti*, Staatsrecht 83.

den<sup>46</sup> – tritt das territoriale Moment in den Hintergrund. In der südafrikanischen Verfassung werden die Gemeinden sogar explizit, abhängig vom räumlichen Geltungsbereich des Gemeinderechts und vom Umfang ihrer legislativen und exekutiven Zuständigkeiten, in drei Kategorien (A, B und C) eingeteilt.<sup>47</sup> Zu den Gemeinden der Kategorie A zählen sechs Metropolstädte,<sup>48</sup> die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für das Land über die umfassendsten Befugnisse verfügen und praktisch eigenständig agieren können.<sup>49</sup> Daneben sieht die südafrikanische Verfassung die Bildung von Gemeinden der Kategorie B vor, deren Ausgestaltung hinsichtlich der zu erfüllenden Funktionen aus europäischer Perspektive am ehesten mit den klassischen Einwohnergemeinden vergleichbar sind. Die dritte südafrikanische Gemeindeart ist der europäischen Denkweise weniger vertraut: Es wird aus einer bestimmten Anzahl von Kategorie B-Gemeinden eine sogenannte „*district municipality*“ (Kategorie C-Gemeinde) geschaffen, ohne aber am Rechtsbestand der B-Gemeinden etwas zu ändern.<sup>50</sup> Während die unmittelbaren Versorgungsleistungen primär von letzterem Gemeindetypus erbracht werden, sehen sich die Kategorie C-Gemeinden überwiegend mit koordinativen Aufgaben konfrontiert.<sup>51</sup> Noch komplexer gestaltet sich sodann die Lage in jenen Staaten, die im Bereich der lokalen Verwaltung neben Gemeinden auch von diesen zu unterscheidende Gebietskörperschaften kennen, die entweder auf derselben Stufe<sup>52</sup> stehen oder

---

46 *Giacometti*, Staatsrecht 84 f.

47 Art 155 der südafrikanischen Verfassung. Vgl dazu auch *Steytler*, Government 188.

48 Vgl die Auflistung in *Steytler*, Government 191.

49 Ihre zunehmende Bedeutung lässt sich auch am steigenden Interesse in der Föderalismusforschung erkennen, sich mit diesen Gebilden intensiver auseinander zu setzen. Vgl etwa die im *Conference Report* zum erst kürzlich abgehaltenen Workshop „*Cities in Federal Theory*“ dargestellten Ergebnisse, abrufbar unter <<https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/7/17/conference-report-workshop-cities-in-federal-theory>> (01.09.2019).

50 Damit unterscheidet sie sich wesentlich von Gemeindezusammenlegungen, deren Durchführung mindestens den Verlust der Rechtspersönlichkeit zumindest einer Gemeinde zum Inhalt hat. Am ehesten wären die Kategorie C-Gemeinden mit den in Art 120 B-VG vorgezeichneten, jedoch bislang nicht realisierten Gebietsgemeinden zu vergleichen. Siehe dazu mehr weiter unten.

51 Vgl zu Theorie und Praxis *Steytler*, Government 192.

52 Siehe dazu die Ausführungen zu den in der Schweiz aus mehreren Gemeinden bestehenden „Agglomerationen“ in *Seiler*, Gemeinden 505.

den Gemeinden übergeordnet sind.<sup>53</sup> Es lassen sich im Bundesstaatsvergleich insgesamt also deutlich mehr Differenzen als Gemeinsamkeiten – insbesondere die Organisationsstruktur und die Befugnis zur Regelung der lokalen Ebene – erkennen, sodass eine Systematisierung äußerst schwer fällt.

Ein entscheidendes Kriterium für Homogenität oder Differenz ist dabei aber jenes, ob überhaupt, und wenn ja, wie detailliert die Grundlagen der gemeindlichen Ebene bundesverfassungsrechtlich geregelt sind. Ein Indikator für Homogenität lässt sich sohin im Bestehen genauer bundesverfassungsgesetzlicher Regelungen zur Organisationsstruktur und des Aufgabenbereiches der Gemeinden erkennen. Obwohl zumindest die Erwähnung von „Gemeinden“ in der Verfassung neben Bundes- auch Regionalstaaten<sup>54</sup> keineswegs fremd ist, stellen detaillierte Bestimmungen dazu eher die Ausnahme dar. In der Regel wird nämlich den regionalen Gliedereinheiten die Kompetenz eingeräumt, das Gemeinderecht im Rahmen der meist vagen bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben näher zu präzisieren.<sup>55</sup> Der damit verbundene Gestaltungsspielraum der Gliedereinheiten ermöglicht sodann gemeinderechtliche Regelungen, die nicht nur im Verhältnis zu anderen Bundesstaaten unterschiedlich ausfallen, sondern in asymmetrischen Bundesstaaten sogar von Gliedereinheit zu Gliedereinheit teilweise stark divergieren können.<sup>56</sup> Ein passendes Beispiel liefert in diesem Zusammenhang Belgien, wo den Regionen Flandern, Wallonien und Brüssel-Hauptstadt jeweils die Kompetenz zur Regelung des Gemeinderechts obliegt, letzteres jedoch in vielerlei Hinsicht von zahlreichen Abweichungen geprägt ist.<sup>57</sup>

---

53 Zur grundsätzlichen Gliederung der lokalen Ebene Spaniens in Gemeinden (*municipios*), Provinzen (*provincias*) und Inseln (*islas*) s. Moreno, Government 602 ff und Fossas/Velasco, Local government in Spain, in: Steytler (Hg), The place and role of local government in federal systems (2005) 95 (96). Vgl auch die dreigliedrige Struktur der lokalen Ebene Italiens (Gemeinden [*comuni*], Provinzen [*provincia*] und Großstädte mit besonderem Status [*città metropolitane*]) in Vandelli, Government 341 f und Bilancia, The normative autonomy of local government in Italy, in: Steytler (Hg), The place and role of local government in federal systems (2005) 169 ff.

54 Vgl dazu etwa Art 114 und 119 der italienischen Verfassung sowie Art 137 der spanischen Verfassung.

55 Siehe etwa Watts, Comparative Conclusions, in: Majeed/Watts/Brown (Hg), A Global Dialogue on Federalism, Bd 2, Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries (2006) 322 (330); Steytler, Conclusions 393. In den Verfassungen einiger Bundesstaaten – so etwa in Australien, Kanada und den USA – bleibt die lokale Ebene sogar völlig unerwähnt und sind die regionalen Gliedereinheiten ausschließlich für deren Regelung und konkreten Ausgestaltung verantwortlich (Kincaid, Comparative Observations, in: ders/Tarr [Hg], A Global Dialogue on Federalism, Bd 1, Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries [2005] 409 [438]).

56 Vgl in Bezug auf Deutschland etwa Alber, Gemeinde 12.

57 Siehe dazu Bouvier, Government 47 f.

## C) Die fehlende Staatsqualität der Gemeinden

### 1. Allgemeines

Ein wesentlicher Grund für die Nichteinbindung von Gemeinden in die jahrzehntelange und teilweise leidenschaftlich geführte Diskussion über die verschiedenen Bundesstaatstheorien<sup>58</sup> ist dem Umstand geschuldet, dass ihnen durchwegs nicht eine (originäre) Staatlichkeit<sup>59</sup> und deshalb weder Staatsgewalt<sup>60</sup> noch Souveränität<sup>61</sup> zuerkannt wird. Die Mannigfaltigkeit an bestehenden Bundesstaatstheorien,<sup>62</sup> deren gemeinsames Merkmal jenes ist, dass keine davon als *die einzig richtige* angesehen werden kann,<sup>63</sup> hängt dabei grundlegend mit der Komplexität des Phänomens „Bundesstaat“<sup>64</sup> zusammen und fördert geradezu die Entstehung neuer bzw Fortentwicklung bereits bestehender theoretischer Implikationen.<sup>65</sup> Abhängig davon, ob allein eine rein normative Betrachtung oder zusätzlich auch die realen und historisch-politischen Gegebenheiten im Ursprung einer Theorie Berücksichtigung finden,<sup>66</sup>

---

58 *Pernthaler*, Staatslehre 294 geht von über 100 unterschiedlichen Bundesstaatstheorien aus, teils historischen Gegebenheiten, teils wissenschaftlichem (Über)Eifer geschuldet. Er nimmt eine grobe Kategorisierung in monistische, dualistische und trialistische Bundesstaatstheorien vor, die als Grundlage der theoretischen Ausführungen dieses Abschnitts dienen soll.

59 Vgl etwa *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 118 f; *Nawiasky*, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff (1920) 53 f; *Giacometti*, Staatsrecht 71; *Fleiner/Giacometti*, Bundesstaatsrecht 40 ff.

60 Vgl etwa *Gamper*, Staat 49 f.

61 *Koja*, Allgemeine Staatslehre (1993) 36.

62 Einen Überblick bieten etwa *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995) 2 ff; *Ermacora*, Allgemeine Staatslehre, Bd II (1970) 626 ff; *Koja*, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, in: *Hellbling/Mayer-Maly/Miehsler* (Hg), Theorie und Praxis des Bundesstaates (1974) 63 ff; *Usteri*, Theorie des Bundesstaates (1954) 147 ff; *Weber*, Kriterien des Bundesstaates (1980) 65 ff und *Pernthaler*, Staatslehre 294 ff.

63 Siehe dazu etwa *Häberle*, Die Entwicklung des Föderalismus in Deutschland – insbesondere in der Phase der Vereinigung, in: *Kramer* (Hg), Föderalismus zwischen Integration und Sezession – Chancen und Risiken bundesstaatlicher Ordnung (1993) 201 (211 f); *Gamper*, Regionen 49; *Koja*, Bundesstaat 63.

64 Die unter dieser Prämisse erarbeitete „komplexe“ Bundesstaatslehre wird beispielhaft von *Weber*, *Pernthaler*, *Ermacora* und *Öhlinger* vertreten. Siehe dazu etwa *Ermacora*, Österreichischer Föderalismus (1976); *Pernthaler*, Der österreichische Bundesstaat im Spannungsfeld von Föderalismus und formalem Rechtspositivismus, ÖZÖR 19 (1969), 361 ff; *Öhlinger*, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität (1976); *Weber*, Kriterien 78 ff.

65 Dagegen wird aus Gründen der Unzweckmäßigkeit und Unmöglichkeit der Genese einer allgemeingültigen Bundesstaatstheorie auf eine solche teilweise vornherein verzichtet. Einen solchen Standpunkt vertretend *Kimminich*, Der Bundesstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg), Handbuch des Staatsrechts, Bd I, Grundlagen von Staat und Verfassung (1987) 1113 (1118 f); *Scheuner*, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, DÖV 1962, 641; vgl dazu auch *Gamper*, Regionen 48 f.

66 Beide Aspekte finden in der komplexen Bundesstaatstheorie Berücksichtigung.

der Fall, wenn Gemeinden eines Mitgliedstaates mit Regionen eines anderen Mitgliedstaates einen EVTZ gründen würden. Wichtig zu betonen ist, dass weder die Mitgliedstaaten noch die regionalen Gebietskörperschaften den lokalen Gebietskörperschaften im Rahmen eines EVTZ in rechtlicher Hinsicht übergeordnet wären, es ist gerade vom Gegenteil auszugehen: Eine EVTZ-Partnerschaft zeichnet sich durch ein Koordinationsverhältnis zwischen den beteiligten Mitgliedern und keinesfalls durch eine hierarchische Stufung aus.<sup>972</sup> Mittelbar hat die Auswahl der kooperierenden Mitglieder allerdings Auswirkung auf die Reichweite der Aufgaben eines EVTZ. So legt Art 7 Abs 2 EVTZ-VO ausdrücklich fest, dass deren Umfang sich nach den Zuständigkeitsvorschriften des jeweiligen nationalen Rechts bemisst. Es ist daher *Pechstein/Deja*<sup>973</sup> zuzustimmen, wenn sie davon ausgehen, dass „das mit den wenigsten Aufgaben ausgestattete Mitglied des Verbundes letztlich über den Umfang der übertragenen Aufgaben“ entscheidet. Partizipieren sowohl regionale als auch lokale Gebietskörperschaften an einem EVTZ, so geben in der Regel wohl letztere den Ausschlag darüber, welche Aufgaben auf den EVTZ tatsächlich übertragbar bzw übertragungsfähig sind.

In der Praxis wurden bereits einige EVTZ gebildet, an denen sich Gemeinden benachbarter Mitgliedstaaten beteiligt haben.<sup>974</sup> Obwohl bislang kein EVTZ mit österreichischer Gemeindebeteiligung existiert, darf trotzdem angenommen werden, dass es sich – wenngleich zum Teil auch kritisch betrachtet<sup>975</sup> – um eine territoriale Zusammenarbeitsform mit Zukunftspotential handelt.<sup>976</sup> Dies gilt insbesondere für Gemeinden, die sich in Grenzregionen befinden und naturgemäß eher mit Aufgaben konfrontiert sein werden, welche einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen.

## 5. Fazit

Betrachtet man die Funktionen der lokalen Gebietskörperschaften, insbesondere jene der Gemeinden, aus völker- und europarechtlicher Perspektive, so sind durchaus Tendenzen zu erkennen, die lokale Ebene

---

972 Solche Hierarchien können im nationalen Zusammenhang faktisch allerdings durchaus bestehen.

973 *Pechstein/Deja*, EuR 2011, 362.

974 Siehe *Simon*, RFG 2012/16, 70 f.

975 Vgl dazu *Simon*, RFG 2012/16, 70.

976 Nicht zu verwechseln ist ein EVTZ mit anderen Formen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, an denen ua auch österreichische Gemeinden beteiligt sind (zB Europaregion Salzburg – Traunstein – Berchtesgadener Land).

in den verschiedenen Willensbildungsprozessen zunehmend und bewusst stärker einzubeziehen. Gleichwohl sind die verschiedenen – formellen wie informellen – Einflussmöglichkeiten bislang von eher geringer Bedeutung und daher durchaus ausbaufähig. Dies betrifft vor allem die Befugnisse des AdR, der das zentrale Mitwirkungsinstrument der lokalen Gebietskörperschaften in Rechtsetzungsverfahren auf unionaler Ebene darstellt.<sup>977</sup> Man wäre auch deshalb gut beraten, der untersten territorialen Ebene mehr Gehör zu verschaffen, weil es sich doch um jene Entscheidungsebene handelt, welche in Sachen Effizienz subjektiv am ehesten punktet.<sup>978</sup> Außerdem genießen die Gemeinden sowohl im Vergleich zu Bund und Ländern als auch hinsichtlich der supranationalen Entscheidungsebenen das größte Vertrauen der Bürger.<sup>979</sup> Es scheint so zu sein, dass die Bürger spürbare Verantwortlichkeiten<sup>980</sup> und das Gefühl vermittelt bekommen wollen, durch ihren persönlichen Einsatz etwas „bewegen“ zu können.<sup>981</sup> Es ist dies gewiss ein Punkt, wo aus Sicht der Europäischen Union Aufholbedarf besteht. Steger<sup>982</sup> ist daher beizupflichten, wenn er meint, die *„Europäische Union erfülle mit ihrer Förderpolitik im Bereich der »Bürgerintegration« und der Mitwirkung der Kommunen auf europäischer Ebene diese Aufgabe nur unzureichend.“* Eine stärkere Einbindung der lokalen Gebietskörperschaften in unionale Entscheidungsprozesse würde nicht nur erstere aufwerten, sondern könnte auch dazu beitragen, dass Rechtsvorschriften des Unionsrechts auch vom „kleinen Bürger“ eher akzeptiert und die europäischen Einrichtungen insgesamt – speziell ihre Vertrauens- und Glaubwürdigkeit betreffend – positiver bewertet würden.<sup>983</sup>

---

977 Einen Ausbau der Rechte des AdR hat in diesem Zusammenhang beispielsweise schon Zimmermann, *Verfassung* 31 gefordert.

978 Siehe etwa für die USA Pagano, *United States of America*, in: Kincaid/Steytler (Hg.), *A Global Dialogue on Federalism*, Bd 6, *Local Government and Metropolitan Regions in Federal Systems* (2007) 364: *„Local governments in the United States number 89,476 and citizens view these governments as more effective service providers than their states and the federal government.“*

979 Bezugnehmend auf unterschiedliche empirische Studien vgl Steger, *Vergleich* 161 ff.

980 Es ist deshalb auch die Forderung nach mehr Autonomie für die Gemeinden nicht überraschend. Vgl dazu Steger, *Vergleich* 166 und 174.

981 Dafür bieten sich insbesondere die verschiedenen Möglichkeiten der direkten Teilhabe an Entscheidungsprozessen auf Gemeindeebene an. Siehe dazu bereits oben.

982 Steger, *Vergleich* 174.

983 Angesichts der Forderung einer Mehrheit der Briten für den EU-Austritt („Brexit“) spielt dieser Punkt auch in Zukunft eine maßgebliche Rolle.

## V. Schlussbetrachtungen

Nach der vorangegangenen intensiven Auseinandersetzung mit der lokalen Ebene in der Bundesstaatstheorie und der Rolle der österreichischen Gemeinden in den Staatsgewalten Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit soll nun ein abschließendes Fazit gezogen werden. Deshalb werden nun überblicksmäßig die wichtigsten Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung zusammengefasst und vorgestellt.

Im staatstheoretischen Teil kann zunächst festgehalten werden, dass sich die subregionale Ebene im Vergleich zur Bundes- und Gliedstaatsebene in Bezug auf ihren äußerst hohen Grad an Heterogenität als einzigartig erweist, wenngleich nicht verkannt wird, dass häufig auch Regionen heterogen ausgestaltet sind. So erfasst die subregionale Ebene nicht nur Klein(st)gemeinden, Großstädte und Metropolen, sondern daneben auch andere rechtliche Gebilde wie Kreise oder Provinzen. Die behandelten Bundesstaatstheorien eignen sich dagegen nur ansatzweise für eine Einbindung der untersten territorialen Ebene. Dem steht nicht nur die mangelnde Staatsqualität der Gemeinden im Weg, sondern auch das den Theorien immanente Denken in Hierarchien, was sich mit dem Grundgedanken, Gemeinden seien gleichberechtigte Partner in einem „Mehr-Ebenen-System“, zwangsläufig wenig verträgt.

Die Funktionen der österreichischen Gemeinden in der vertikalen Gewaltenteilung sind dagegen vielfältiger, als dies auf den ersten Blick angenommen werden könnte. Die in der Lehre vertretene Auffassung, dass Gemeinden ausschließlich administrative Angelegenheiten vollziehen, kann – jedenfalls bei funktionell-materieller Betrachtung – in dieser Form nicht geteilt werden. Aufbauend auf dem „*self-rule/shared-rule*“-Modell bestehen für die Gemeinden mehrere Anknüpfungspunkte, an der Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit der Bundes- und Landesebene in unterschiedlicher Weise mitzuwirken. Dabei sind vor allem die mittelbaren Partizipationsmöglichkeiten angesprochen, die den Gemeinden zu einem großen Teil landesverfassungsgesetzlich gewährleistet sind. Dazu zählen etwa Begutachtungs- und Stellungnahmerechte der Gemeinden bzw der sie vertretenden Verbände in laufenden Gesetzgebungsverfahren. Außerdem sind die Gemeinden in der Lage, sowohl Gesetze als auch Volksabstimmungen auf Landesebene zu initiieren. Eine aktive Einbindung in laufende Landesgesetzgebungsverfahren ist – gesamthaft gesehen – sohin in verschiedenen, sowohl frühen als auch späten Phasen, möglich. Quasi-gesetzgeberische Akte wie das ortspolizeiliche Verordnungsrecht begründen ebenso ein Naheverhält-

nis zur gesetzgeberischen Gewalt, wenngleich sie die fehlende Kompetenz der Gemeinden zur Erlassung formeller Gesetze nicht auszutarieren vermag. In der Praxis werden die sich bietenden Einflusstränge von den Gemeinden im Bereich der Landesgesetzgebung bislang allerdings nur äußerst dürftig ausgeschöpft. Auf Ebene der Bundesgesetzgebung spielen die Gemeinden in den finanzausgleichsrechtlichen Beziehungen eine nicht zu unterschätzende Rolle. Dieser Bereich erweist sich am ehesten als jener, wo die Gemeinden den anderen beiden Gebietskörperschaften rechtlich gleichgestellt sind, was beispielsweise durch das Recht, Abgaben vorzuschreiben, charakterisiert wird. Der Bundesrat als Zweite Kammer böte außerdem einen weiteren Anknüpfungspunkt für eine mittelbare Einbindung der Gemeinden in die Bundesgesetzgebung, zumal Unvereinbarkeiten zwischen einer Tätigkeit als Bundesratsabgeordneter und einer solchen als Bürgermeister oder Gemeinderatsmitglied bzw. Gemeindevorstand nicht zu erkennen sind. Allerdings müsste in diesem Zusammenhang auch eine grundlegende Reform des Bundesrats – sowohl in funktioneller als auch organisatorischer Hinsicht – angedacht werden. Eine solche ist in absehbarer Zeit jedoch nicht zu erwarten.

Im Gegensatz zur Legislative ist es um die funktionelle Ausstattung der Gemeinden im Bereich der Gerichtsbarkeit weitaus schlechter bestellt. Das verwundert auf den ersten Blick wenig, ist doch die Judikative in föderal organisierten Staaten zuweilen sogar ausschließlich eine Domäne des Bundes. Allerdings hat sich gerade durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und die damit einhergehende Verschiebung der Staatsgewalten zugunsten der Gerichtsbarkeit auch das Verhältnis letzterer zu den Gemeinden gewandelt. Wird nämlich im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde auf einen zweistufigen Instanzenzug verzichtet, so sind in der Hoheitsverwaltung ergangene Entscheidungen der Gemeindeorgane nun sofort einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen. Die Möglichkeit, eine behördliche Entscheidung verwaltungsintern zu überprüfen und gegebenenfalls zu sanieren, besteht nunmehr lediglich dann, wenn weiterhin ein zweistufiger innergemeindlicher Instanzenzug vorgesehen ist. Der Einfluss der judikativen Gewalt auf die Gemeindeebene ist mit Einführung dieser einschneidenden Novelle jedenfalls deutlich gestiegen. Ein Anteil der Gemeinden an der Gerichtsbarkeit wird jedoch allein durch die damit in Zusammenhang stehende Einräumung von Parteirechten oder der Möglichkeit, in Personalunion etwa als Bürgermeister und Mitglied eines Verwaltungsgerichts tätig zu sein, nicht verwirklicht. Abgesehen davon erweisen sich bei genauerer Betrachtung auch die Gemeindevermittlungsamter in Österreich nicht als ein geeigneter Anknüpfungspunkt dafür, den

Gemeinden einen Anteil an der Gerichtsbarkeit zuzubilligen. In organisatorischer Hinsicht sind zwar unzweifelhaft Parallelen zu anderen judikativen Institutionen zu erkennen, letztlich ist ihr Handeln jedoch der schlichten Hoheitsverwaltung zuzurechnen. Dieser Befund lässt sich in Bezug auf die gleichnamige Institution in der Schweiz aufgrund ihrer im Vergleich umfassenderen Kompetenzen – zB der Möglichkeit der Unterbreitung eines Urteilsvorschlages – jedoch nicht durchhalten. Die dort installierte Gemeindegewalt vermittelt den Gemeinden tatsächlich einen kleinen Anteil an der judikativen Gewalt.

Eine mittelbare Partizipation an der Judikative höherer Ebenen iSv „*shared-rule*“ kann ansatzweise aber in Stadtstaaten erblickt werden, deren Besonderheit darin liegt, dass die gemeindliche mit der regionalen Ebene zusammenfällt. Dies trifft etwa für Hamburg zu, wo der Erste Bürgermeister, zugleich Präsident im Senat, in den Bestellungsverfahren bei der Auswahl des Präsidenten und eines weiteren Mitglieds des Hamburgischen Verfassungsgerichts involviert ist. Dieselben Schlussfolgerungen sind für Wien in Bezug auf die Ernennung von Richtern des Landesverwaltungsgerichts zu ziehen, weil auch die österreichische Bundeshauptstadt Gemeinde und Land zugleich ist.

Die Bedeutung der lokalen Ebene im Völker- und Unionsrecht wird dagegen sowohl durch die Einrichtung eines Kongresses der Gemeinden und Regionen Europas als auch durch den Ausschuss der Regionen in Europa bereits institutionell deutlich unterstrichen. Letzterem wird in Hinblick auf die Gemeinden im Allgemeinen eine besondere Bedeutung zuteil, ist es lokalen Gebietskörperschaften doch möglich, sich über dieses Gremium an Rechtssetzungsprozessen auf Unionsebene zumindest in bescheidenem Umfang zu beteiligen. Mit der Charta der lokalen Selbstverwaltung brachte ferner das Völkerrecht die aus Sicht der Gemeinden wohl wichtigste verbindliche Rechtsquelle hervor.

Abschließend ist zu bemerken, dass sich die Gemeinden in der administrativen Gewalt zu einer unverzichtbaren Gebietskörperschaft etabliert haben, was durch das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Selbstverwaltung und die damit verbundene Gewährleistung eines eigenen Wirkungsbereichs am offensichtlichsten zum Ausdruck gebracht wird. Bedingt durch die zunehmend fortschreitende digitale Technisierung als auch sonstige Änderungen der Rahmenbedingungen gestalten sich die Anforderungen im Zuge der Erledigung ihrer Aufgaben jedoch stetig komplexer. Dies ist ein Umstand, der den Gemeinden in Hinblick auf das Kriterium der Leistungsfähigkeit und die damit in Zusammenhang stehenden Bestimmungen des eigenen Wirkungsbereichs (Art 118 Abs 2 iVm Abs 3 B-VG) in Zukunft wohl zum Nachteil

gereichen könnte. Auf der anderen Seite ist ein Ausbau der Gemeindeautonomie in Österreich in absehbarer Zeit ebenso wenig zu erwarten. Vorschläge in diese Richtung fänden speziell auf Landesebene wohl wenig Anklang, werden solche zuweilen – nach hier vertretener Ansicht jedoch unbegründet – als existentielle Bedrohung der Länder angesehen.<sup>984</sup> Denn auch mit der Einräumung weitreichenderer Befugnisse für die Gemeinden können die qualitativen Unterschiede zu den Ländern – beispielsweise charakterisiert durch ihre Gesetzgebungshoheit – nicht geleugnet werden. Diese Unterschiede sind es aber gerade, die einen Bundesstaat von einem dezentralisierten Einheitsstaat zentral unterscheiden. Auch ohne einen Ausbau der Gemeindeautonomie darf aber – wie mir scheint – zurecht angenommen werden, dass die Gemeinden – nicht zuletzt aufgrund der schon in den einleitenden Bemerkungen genannten Gründe – ihren Stellenwert im Gesamtgefüge des österreichischen Bundesstaats weiterhin behalten. Der Weg zu einem tatsächlichen gleichwertigen Partner im Verhältnis zum Bund und den Ländern ist, obgleich der dargestellten Funktionen in allen drei Staatsgewalten, indes noch ein weiter.

---

984 Vgl. dazu *Palermo/Kössler*, *Federalism* 315; *Halberstam*, *Federalism* 604 mwN.