

BILDUNGSPROTOKOLLE

BAND 19

8. KLAGENFURTER
LEGISTIK@GESPRÄCHE 2010



KÄRNTNER VERWALTUNGS-AKADEMIE

Bildungsprotokolle

Herausgegeben von der
Kärntner Verwaltungsakademie

Band 19

8. Klagenfurter Logistik © Gespräche 2010

Klagenfurt 2011

Die Rechte liegen bei den Autoren.

Satz: Satz & Design Schöffauer, Ebentaler Straße 100, A-9020 Klagenfurt am Wörthersee

Druck: Druckerei Theiss GmbH, A-9431 St. Stefan i. Lav., Am Gewerbepark 14

Vorwort

Auf Einladung des Bundeskanzleramtes – Verfassungsdienst (RIS) und der Kärntner Verwaltungsakademie fanden am 4. und 5. November 2010 die 8. Klagenfurter Legistik@Gespräche statt.

Im Zentrum dieser von Univ.-Prof. Dr. Friedrich Lachmayer geleiteten Veranstaltung standen einerseits rechtspolitische Fragestellungen und andererseits die österreichische Legistik im europäischen Kontext.

Der vorliegende Band 19 der „Bildungsprotokolle“ enthält eine Auswahl der eingebrachten Diskussionsbeiträge und Thesenpapiere, die von den AutorInnen dankenswerterweise für diese Publikation ausformuliert und zur Verfügung gestellt wurden.

Ergänzend dazu wird in den Beiträgen von Dr. Barbara Gartner und Dipl.-Ing. Rudolf Köller die in Kärnten in Diskussion stehende elektronische Kundmachung von Landes- und Gemeinderecht aus rechtlicher und technischer Sicht beleuchtet.

Abschließend gilt es noch Dr. Fabjan Hafner für die fachkundige und anekdotenreiche Führung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer durch das Robert-Musil-Literaturmuseum zu danken.

Klagenfurt, im März 2011

Simon Korenjak

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	3
Friedrich LACHMAYER/Harald HOFFMANN	
Das Übergangsfeld von der Politik zur Legistik – eine Einleitung	7
Gerhard MÜNSTER	
Das rechtspolitische Vorhaben	13
Kornelia LOIDL	
Gemeinsame Bund-Länder-Redaktion von Textbausteinen für Gesetzesentwürfe	25
Michael RAFFLER	
Legistik als sachpolitisches Anliegen – Welche Rolle kann die Legistik in der Sachpolitik einnehmen?	33
Daniela IVANOV/Marius ROTH	
Sprache und Recht in mehrsprachigen Rechtsordnungen – einige Gedanken aus schweizerischer Sicht	41
Karl GARNITSCHNIG	
Das politische Denken	55
Wolfgang KAHLIG	
Politik und Legistik im Lichte der Kontradiktion	69
Edmund PRIMOSCH	
Politik und Legistik – zehn Gedanken	81
Waltraud BAUER	
EU-Dienstleistungsrichtlinie – Evaluierung der Umsetzung	85
Meinrad HANDSTANGER	
Europäische Rechtsumsetzung aus Sicht der Gerichtsbarkeit	95
Martin ATTLMAYR	
Fondsaufsicht aus legistischer Sicht	107
Ronald FABER	
Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz – Legislativer und organisatorischer Handlungsbedarf der Länder	123

Barbara GARTNER

Die authentische Kundmachung genereller Normen im Internet –
Ein kurzer Überblick über die Rechtslage 139

Rudolf KÖLLER

Die elektronische Kundmachung von Landes- und Gemeinderecht
im Internet – Kurzdarstellung der technischen Umsetzbarkeit 157

Anhang 161

Autorenverzeichnis 163

Teilnehmerliste 165

Programm 169

Das Übergangsfeld von der Politik zur Legistik – eine Einleitung

Von

Friedrich LACHMAYER / Harald HOFFMANN

Das Recht selbst ist formal sehr klar strukturiert im Stufenbau der Rechtsordnung, nämlich mit den Rechtsstufen der Verfassung, der Gesetze, der Verordnungen, der Bescheide und der Urteile.

Auch die Politik weist ihre klaren Strukturen auf, wenn man das formale Forum der Willensbildung betrachtet, das Parlament mit dem Plenum, den Ausschüssen und der Parlamentsdirektion. Anders ist es schon mit den politischen Parteien, die zwar auch ihre organisatorischen Strukturen haben, doch die maßgeblichen Bühnen sind dort informell.

Der Trend geht dahin, den Staat transparenter zu gestalten, die Informationen des öffentlichen Sektors für die Weiterverwendung durch den privaten Sektor zu öffnen, das Amtsgeheimnis abzubauen. E-Government ist ein Schritt dazu.

Das eigentliche Übergangsfeld von der Politik zur Verwaltung ist das der Inhalte, die zunächst politische sind und die schließlich im Wege der politischen Vorhaben in Recht verwandelt werden.

Mit dem schrittweisen Realisieren der Anliegen der Rechtsinformatik ist aber eine weitere Ebene hinzugekommen, die sich als durchaus wirklichkeits- und wirkungsmächtig erwiesen hat, nämlich der Gedanke des Workflows. Mit dem Paradigmenwechsel von der Print-Version zur elektronischen Version ist mehr geschehen als ein bloß technischer Wechsel des Trägersubstrates der rechtlichen Information.

Bisher war das Gestalten und Begleiten der legislativen Texte durch die verschiedenen Stadien des gesetzgeberischen Rituals so etwas wie eine mehr oder weniger arkane Handwerkerkunst. Dies zeigte sich etwa in der Einarbeitung komplizierter Änderungen in komplizierte Gesetzentwürfe im Rahmen der Ausschussberatungen im Parlament. Im Wesentlichen blieb es den Experten der Ministerien vorbehalten, die im Ausschuss beschlossenen Modifikationen in den neuen Entwurf einzuarbeiten.

Mit dem neuen elektronischen Workflow des Projektes eRecht änderte sich dies grundsätzlich. Das Prinzip ist nunmehr, dass Änderungen dort formal in den Text einzuarbeiten sind, wo sie prozedural anfallen, und das ist bei Änderungen im parlamentarischen Ausschuss nun einmal das Parlament.

Das Übergangsfeld von der Legistik wurde in der Abfolge der Projekte gleichsam vom Ende her aufgerollt:

- Zunächst hatte sich in den Neunzigerjahren das RIS als **Datenbank** etabliert, um dann um die Jahrtausendwende über das Internet als Datenbank die globale Öffentlichkeit zu erreichen.
- Der nächste Schritt war der, dass, ausgehend von der Erfordernissen der Datenbank, auch das Vorfeld der **Datenanlieferung** prozedural rationalisiert wurde, was mit dem Projekt eRecht geschah: Ab 1. 1. 2004 erfolgt die Kundmachung der generellen Rechtsvorschriften des Bundes authentisch ausschließlich in elektronischer Form. Das Promulgationsmedium heißt zwar noch „Bundesgesetzblatt“, doch unter „Blatt“ ist nicht mehr das Papier zu verstehen.

- Dieser Trend zur Vorverlagerung erfasst nunmehr auch den Bereich der **Legistik**. Es ist ein zeitgemäßes Anliegen, in die dem formellen Gesetzgebungsverfahren vorgelagerte legistische Tätigkeit ebenfalls in den legislativen elektronischen Workflow einzubeziehen. Es wäre möglich, moderne Techniken der Entwurfsgestaltung und der Versionenverwaltung flächendeckend einzusetzen. Das Stichwort ist hier „Tasmanien“, wo es gelang, die Produktion von Novellentexten grundlegend umzustellen.
- Geht man diesen Weg konsequent weiter, dann wird sich auch die Aufgabe stellen, bereits im Bereich der **Politik** zeitgemäße Entwurfstechniken einzusetzen.

Aber um wieder zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Die Gesetzgebung ist einerseits durch das legislative Ritual bestimmt, das im Zentrum ein atavistisches ist. Die Gesetzwerdung selbst erfolgt nämlich nicht textuell, sondern durch die Körpersprache des zustimmenden Aufstehens der Mitglieder des parlamentarischen Plenums.

Andererseits kommt der informellen Entscheidungsvorbereitung bei der semantischen Gestaltung immer noch der zentrale Stellenwert zu.

Dennoch hat sich die dritte Komponente geändert, nämlich der pragmatisch-technische Weg, nunmehr als Workflow konzipiert. Fast unbemerkt von der Öffentlichkeit ist es geschehen, doch im Rahmen der Klagenfurter Legistik-Gespräche war es von allem Anfang an ein Thema der Reflexion.

In der ökonomischen Theorie gibt es ein sogenanntes Magisches Vieleck der Wirtschaftspolitik, indem nicht alle wirtschaftspolitischen Ziele in gleichem Maße realisiert werden können. Auch die Gesetzgebung kennt solche magische Vielecke, weniger beim Verfahren als bei den zu regelnden Inhalten, bei dem Interessensausgleich, der mit den Gesetzen erreicht werden soll.

Wir sind heute in einer Zeit der angestrebten Verfahrensrationalität und der Verfahrensoptimierung, hoffend, dass damit auch eine gewisse Rationalität der Inhalte erreicht bzw. zumindest gefördert wird. Das Projekt der Legistischen Richtlinien für Afrika weist in diese Richtung.

Das Burgtor am Heldenplatz in Wien, das im Biedermeier erbaut wurde, hat, zum damaligen Palast des Kaisers gewendet, als Botschaft die Aufschrift *Iustitia regnorum fundamentum* gesendet. Daran hat sich im Laufe der Jahrhunderte nicht viel geändert.

Zumindest im Hintergrund können im Übergangsfeld von der Politik zur Legistik auch Fragen der Verteilungsgerechtigkeit thematisiert werden, sollen die Regelungen dauerhaft bzw. sozial verträglich sein.

Es ist nicht tunlich, die Sternbilder des Planetarium des Rechts immer wieder neu umzustellen, wenn sich die Leute an die bisherigen Sternbilder gewöhnt haben. Der Alltag des Rechts ist zumeist immer noch durch das Lebensgefühl des Gewohnheitsrechtes geprägt. Da Leben auch Bewegung ist, bedarf es der ständigen Anpassung des Rechts, eine Art der permanenten Evolution wie Revolution, aber auch einer *creatio perpetua* der rechtlichen Sinnwelten.

Die Legistik als syntaktische Umformung der politischen Vorhaben ist nur eine Säule des legislativen Prozesses. Eine andere und keineswegs weniger wichtige ist die Gerechtigkeit.



Das rechtspolitische Vorhaben

Von
Gerhard MÜNSTER

1. Wechselwirkungen zwischen Politik und Legistik, Bedeutung des rechtspolitischen Vorhabens

- Ansprüche der Politik (Lang- bzw. Kurzfristigkeit der Planung rechtspolitischer Vorhaben, Politikergebnisse, Politikprozesse)
- Anforderungen an rechtliche Umsetzung von politischen Vorhaben, Partizipation, Transparenz etc.
- Anforderungen der Rechtsordnung, Vollziehbarkeit, „Haltbarkeit“ etc.
- Die Aufgabe des Legisten/der Legistin in der Wechselwirkung zur Politik
- Die Werkzeuge der LegistInnen, deren Bedeutung für die Umsetzung von rechtspolitischen Vorhaben

2. (unterschiedliche) Herangehensweisen, in Folge die Sicht des Legisten

- Ziel- und Wirkungsorientierung / Lösungsorientierung
- Vorgabe – Umsetzung / Mitgestaltungsmöglichkeiten in politiknahen Bereichen
- Populistische Diskussion / unter formalen Rahmenvorgaben geführte Diskussion des Vorhabens
- Herausforderungen an die Legistik

3. Der rechtspolitische Auftrag

- Die Sprache der Politik – die Sprache des Rechts
- Die Politik zwischen den Zeilen
- Die Qualität legistischer Arbeit, die Einhaltung legistischer Formalia im Lichte politischer Vorgaben
- Die Instrumente der Legistik

4. Das rechtspolitische Vorhaben und der Normadressat

- Partizipation als Wesensbestandteil demokratischer Prozesse
- Legitimation und Akzeptanz rechtspolitischer Vorhaben

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zunächst danke ich den Organisatoren und Gastgebern, der Verwaltungsakademie des Landes Kärnten und dem Bundeskanzleramt, dass ich auch an den diesjährigen Klagenfurter Legistik-Gesprächen teilnehmen und wieder einen Beitrag zum diesjährigen Leitthema der 1. Session: „Das Übergangsfeld von der Politik zur Legistik“ leisten darf.

Sie werden sich vielleicht erinnern, dass ich mir vor einem Jahr Gedanken über mögliche Verbesserungen des Wissens- oder besser des Informationstransfers durch Rechtsetzung gemacht habe. Dabei musste ich feststellen, dass es nicht die Rechtsetzung, also der Prozess der Rechtswerdung ist, durch die Wissen beim Normadressaten entsteht, sondern dass alle möglichen anderen Akteure rund um den Rechtsentstehungsprozess meist mehr zur Wissensvermittlung beitragen als die eigentlich Beteiligten (Regierung, Parlament). Ich habe versucht, einen Weg aufzuzeigen, der stark bürgerorientiert, transparent und höchst partizipatorisch sein sollte. Ausdrücklich ausgeklammert ließ ich damals die politische Dimension im Rechtsentstehungsprozess, wohl anmerkend, dass die grundsätzliche Bereitschaft der Politik zur Öffnung von Gestaltungsprozessen für solch ein Vorhaben unabdingbar ist.

Und so beschäftige ich mich heute mit der Frage nach dem Verhältnis bzw. den Wechselwirkungen von Politik und Recht, von Politik und Legistik, der politischen Dimension von Rechtsentstehung. Dabei geht es insbesondere auch darum, die heikle Frage des Verhältnisses von Politik und Recht zumindest gedanklich so zurecht zu rücken, dass einerseits die politische Souveränität nicht geschmälert und dennoch andererseits Werte des Rechtsstaates hervorgehoben und in ihrer Bedeutung gefestigt werden.

Das rechtspolitische Vorhaben, so lautet das mir gestellte Thema, wobei ich dieses – dem Ersuchen entsprechend so wie letztes Jahr – aus der Sicht des praktizierenden Legisten behandeln will.

Auf der Suche nach Beispielen von rechtspolitischen Vorhaben, die mir vorerst selbst zur Veranschaulichung meiner Gedanken dienen könnten, ist mir schnell klar geworden, dass nahezu jedes politische Vorhaben ein Rechtsvorhaben iW.S. ist. Ein Vorhaben also, welches der rechtlichen Umsetzung bedarf oder welches – wenn auch von anderen politischen Mitspielern im Zuge der politischen Diskussion – in rechtskritische oder in weiterer Folge zumeist in rechtsgestalterische Überlegungen oder Forderungen mündet.

Es wird wohl am unbestritten hohen Stellenwert des **Rechtsstaates** liegen, dass politische Ziele fast regelmäßig in rechtsetzenden Maßnahmen münden. Der Umstand, dass die Politik keinen gestalterischen Einfluss auf die Rechtsprechung haben soll – das will ich einfach mal als Postulat in den Raum stellen –, beschränkt das politische Tätigkeitsfeld auf die Verwaltung und auf die Gesetzgebung. Beide Bereiche bieten eine Fülle von rechtsgestalterischen Möglichkeiten, von der Erlass- über die Verordnungs- bis hin zur Gesetzesebene. Dass dieses synchrone Steuern von Verwaltung und Gesetzgebung durch ein- und dieselbe politische Macht ein in mehreren Demokratien vorhandenes rechtspolitisches Phänomen darstellt, welches im Widerspruch zum Grundsatz der Gewaltentrennung, wie ihn Montesquieu geprägt hat und wie er in die Bundes-Verfassung Eingang

gefunden hat, stehen kann, sei in diesem Zusammenhang lediglich am Rande erwähnt, ohne den heute vorherrschenden politisch-institutionellen Machtverhältnissen despotische Züge unterstellen zu wollen – wie es der berühmte Schriftsteller und Philosoph in der Sprache des 18. Jahrhunderts ausdrückte.

Es mag aber auch der **politische Erfolgsdrang** sein, der für die Vereinnahmung des Rechtsvorhabens durch die Politik verantwortlich ist. Es drängt sich die Frage auf, was als politischer Erfolg gewertet werden kann. Sind es punktuelle Erfolge im Sinne von mess-, spür- oder greifbaren Ergebnissen? Oder sind es nicht auch öffentlich ausgetragene Prozesse, welche durch politisches Thematisieren am Laufen (am „Köcheln“) gehalten werden und so die Notwendigkeit der permanenten Existenz politischer Steuermänner unterstreichen, deren es bedarf, um das Staatsschiff sicher in den Hafen zu lenken? Ich denke, dass es besonders heute, in einer sehr schnelllebigen und durch die Vielfalt der Medien nachhaltig geprägten Zeit, ein wichtiges Anliegen der Politik ist, immer öffentlich präsent zu sein. Das kann zur Folge haben, dass es im konkreten Fall eines rechtspolitischen Vorhabens keine Phase der inhaltlich-sachlichen/fachlichen Auseinandersetzung gibt, die nicht durch politische Kommentare begleitet und beeinflusst wird. Eine zunehmende Kurzfristigkeit in der Entscheidung durch politische Instanzen bedingt für sich weiteren politischen und/oder legislatischen Handlungsbedarf, der wiederum durch Kurzfristigkeit geprägt sein wird.

„Der Weg ist das Ziel“, möchte ich es nennen, wenn – der Schnelllebigkeit der heutigen Zeit entsprechend – ein- und dieselbe Sache laufend „wiedererfunden“, verbessert, reformiert wird. Die Halbwertszeit politischer Entscheidung, so würde es in der Sprache der Atomphysik lauten, ist tendenziell im Abnehmen begriffen. Das wiederum bringt neue Anforderungen an die rechtliche Umsetzung rechtspolitischer Vorhaben mit sich. Kurzfristigere, flexiblere Vorbereitungsphasen durch die Legistik wirken sich bekanntermaßen nicht immer positiv auf die Qualität der legislatischen Arbeit aus und führen regelmäßig auch zu einem reduzierten Maß an Partizipation und Transparenz im Rechtswerdungsprozess sowie an Sicherheit im Rechtsbestand.

Auf der Suche nach Negativbeispielen muss ich verständlicherweise über die Ressortgrenzen hinausblicken: Da findet sich z. B. im Bereich des Finanzressorts die neue „Selbstberechnung“ der NOVA (Normverbrauchsabgabe) durch die „Kunden“, welche durch ein zeitlich gestaffeltes Bonus-Malus-System an CO₂- und NO_x-Werten in unterschiedlichen Gewichtsmengenangaben nicht gerade erleichtert wird und zudem durch zahlreiche Erlässe des BMF, die z.T. in kurzen Abständen alte Erlässe aufheben und in der Sache genau Gegenteiliges neu regeln, erschwert wird. Dazu werden nicht nachvollziehbare Rechenanleitungen gegeben, die auf einem privaten, nur kostenpflichtig über Internet zugänglichen Kostenkalkulator von „Eurotax“ (EurotaxGLASS'S, 1200 Wien) aufbauen.

Der Zufall will es, dass gerade beim Abfassen dieser Zeilen ein immer wieder auch in der Öffentlichkeit Rechtsstellung einnehmender berühmter Verfassungsjurist, zweitgenannter Mitautor des unter „Walter-Mayer“ allseits bekannten Verfassungsrechts-Lehrbuches, dessen Namen ich nicht nennen will, sich per Radiointerview zu einem sehr aktuellen Fall des Fremdenrechts zu Wort meldet. Er sagt – ich zitiere: „Eine schlechte Legistik hat

immer zur Folge, dass Auslegungsprobleme entstehen.“ Gerade heraus, wie er ist, nimmt er auch noch das Wort „Pfusch“ in den Mund. Wie recht er damit hat! Doch lässt er leider völlig außer Zweifel, dass am scheinbar unklar formulierten Fremdenrecht nur die Legistik Schuld tragen kann. Er zieht nicht in Betracht, unter welchen Umständen die eine oder andere Formulierung oder gar das ganze Gesetz zustande gekommen sein mag. Gerade in heiklen Fragen der Kompetenzzuordnung zwischen verschiedenen Gebietskörperschaften (konkret handelte es sich um einen Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und der Statutarstadt Steyr) scheint es nicht ganz abwegig, dass bestimmte Formulierungen das Ergebnis eines politischen Kompromisses sein könnten.

Ich kann das in mir fremden Rechtsbereichen nicht bestätigen, sondern bestenfalls vermuten. Aus dem Schulrecht weiß ich von zahlreichen, teils auf die Entstehung des Schulrechts im Jahr 1962 zurückgehenden, teils aktuellen Formulierungen, die auf politischem Kompromiss beruhen. Besonders bemerkenswert sind zwei nahezu gleichlautende (wohl politisch, jedenfalls aber nicht juristisch formulierte) Bestimmungen, von denen die eine aus 1962 und die andere aus 2005 stammt, nämlich § 2 des Schulorganisationsgesetzes, und Art. 14 Abs. 5a der Bundes-Verfassung. Es handelt sich dabei um die als „Zielbestimmungen“ bezeichneten weithin bekannten Rechtspassagen, in denen sehr blumig zum Ausdruck gebracht wird, was die Österreichische Schule zu leisten hat und wohin sie die Kinder und Jugendlichen führen soll. Wahrscheinlich wegen der in diesen Bestimmungen zum Ausdruck gebrachten positiven Wertorientierung werden sie von der einen Seite als grandiose, zeitlose und für das Schulwesen in Österreich höchstbedeutende Bestimmungen gut geheißt, wohingegen andere diese Bestimmungen als normiertem Recht unwürdig und einer klassischen Rechtsordnung nicht zugänglich sehen.

Mit den beiden zuvor von mir genannten Beispielen aus dem Steuerrecht und dem Fremdenrecht will ich vor allem auch die Schwierigkeiten aufzeigen, welche im Bereich der Vollziehung auftreten können, wenn rechtspolitische Vorhaben allzu kurzfristig und flexibel, mehr politisch motiviert als sachorientiert und mit mangelndem Weitblick, wie ich es zuvor versucht habe zu beschreiben, entstehen. Schließlich sind es die im Zuge der Vollziehung getroffenen Entscheidungen, die den hohen Ansprüchen der Höchstgerichte genügen müssen und die letztendlich dafür ausschlaggebend sind, ob Normen, seien es solche der Verwaltung oder der Gesetzgebung, den Anforderungen der Bundes-Verfassung oder übergeordneter Europäischer Normen entsprechen. Ich erinnere an Judikate, in denen der Verfassungsgerichtshof Vorschriften, zu deren Sinnermittlung „subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß“ vonnöten sind (VfSlg. 3130/1956) oder „außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“ erforderlich sind (VfSlg. 12420/1990), als nicht verbindlich (weil – so füge ich hinzu – unverständlich, nicht zumutbar und der geforderten Determiniertheit von Normen nicht entsprechend) aus dem Rechtsbestand nahm.

Es liegt mir fern, jede Verantwortung für derlei misslungene Rechtsnormen der politischen Entscheidungsebene zu überantworten. Im Gegenteil, gefragt sind letztendlich immer diejenigen, die für die rechtliche und legistische Umsetzung politischer Entschei-

dungen verantwortlich sind. Es sind die LegistInnen, über deren Schreibtische rechtspolitische Vorhaben regelmäßig gehen, nicht ohne Grund, wie ich meine. Sie sind es, die im Spannungsverhältnis zwischen politischer Zielsetzung einerseits und rechtskonformer Umsetzung sowie Wahrung legistischer Verfahrensweisen andererseits Position beziehen müssen und Verantwortung übernehmen müssen. Der/Die Legist/in findet sich schnell in einer Vermittlerrolle zwischen politischen Entscheidungsträgern (egal auf welcher Ebene) und deren Anliegen auf der einen Seite und grundlegenden rechtlichen und formalen Anforderungen auf der anderen Seite. Letztere werden nur allzu oft als lästige Hürde, unnötige Schikane oder Spielwiese für JuristInnen abgetan. Derlei Vorurteile können effizient nur durch möglichst nahe Kontakte zum Umfeld der politischen Entscheidungsträger und durch Einbindung in frühe politische Planungsphasen verhindert werden. Es erfordert ein hohes Maß an lösungsorientiertem Denkvermögen, um Wege zu finden, welche nicht nur das politische Ziel ermöglichen, sondern auch dem begleitenden politischen Prozess die ihm gebührende Anerkennung und Bedeutung geben, anstatt diesem die Bühne zu entziehen.

In meiner langjährigen Tätigkeit als Legist habe ich die Erfahrung gemacht, dass praktisch jedes rechtspolitische Vorhaben auch unter Beachtung aller Grundsätze der Gesetzgebungslehre, also *lege artis*, so realisiert werden kann, dass es auch den politischen Ansprüchen und Vorstellungen entspricht. Einzige Voraussetzung ist, dass der Legist oder die Legistin das Vertrauen genießt, seinen bzw. ihren Job objektiv, unparteiisch und sachkritisch auszuüben und dass nicht mit (oder besser: wegen) wechselnder Politik auch ein Wechsel in der Legistik einhergeht. Von dieser Voraussetzung, des Vertrauens nämlich in einen u. U. politisch andersorientierten Menschen (schließlich muss der Legist ja kein politischer Eunuch sein), hängt ganz wesentlich die rechtliche und formal legistische Qualität der Rechtsentstehung ab. Ein Legist oder eine Legistin von politischen Gnaden wird sich in einer Situation der Abhängigkeit wiederfinden oder allenfalls auch seinen oder ihren eigenen politischen Wertvorstellungen einen höheren Stellenwert einräumen, als den für unparteiische JuristInnen geltenden Rechtswerten.

Losgelöst von persönlichen Eigenschaften, wie Durchsetzungskraft, detaillierter Rechtskenntnis, Geschick, Loyalität u. a., kommt auch den m. E. sehr gut institutionalisierten Werkzeugen der Legistik eine besondere Bedeutung zu: Die legistische Praxis zeigt, dass in mehr als weiten Bereichen die legistischen Formalia, Zeitabläufe etc. faktisch Beachtung finden. In den wenigen Fällen jedoch, in denen von legistischen Empfehlungen, Richtlinien und Gepflogenheiten abgegangen wird oder besser: „abgegangen werden muss“, mangelt es an der Verbindlichkeit legistischer Handlungsanleitungen. Die formale Gestaltung von Begutachtungsentwürfen, Vorblättern, Erläuterungen und Textgegenüberstellungen beruhen auf Rundschreiben des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes, die – soweit sie heute noch von Gültigkeit sind – zum Teil auf die Siebzigerjahre zurückgehen.

Wenngleich es eine gewissermaßen beruhigende Wirkung auf mich macht, dass die Probleme von zu kurzen Fristsetzungen scheinbar immer schon bestanden, so kann diese Beruhigung nicht des Problems Lösung sein. Gerade in der sehr vom Spannungsverhält-

nis zwischen Recht und Politik geprägten Situation von LegistInnen kommt deren Positionierung und deren Werkzeugen besondere Bedeutung zu. Im Zuge einer Veranstaltung im Bundeskanzleramt im Jahre 2003 – ich bin mir nicht sicher, ob es sich dabei nicht sogar um die Auftaktveranstaltung zu den heutigen „Legistik-Gesprächen“ gehandelt hat – habe ich die Auffassung vertreten, dass der Legist oder die Legistin unter den öffentlich Bediensteten eine besondere Rolle einnehmen sollte. Er oder sie sollte quasi eine „Berufs-LegistIn“ sein, ein/e Bedienstete/r mit einer eigens auf den Arbeitsbereich hin zugeschnittenen und qualifizierenden Ausbildung. Die Arbeitsplatzbeschreibungen der LegistInnen sollten den speziellen Anforderungen entsprechen. Auf diese Weise würde es nicht nur gelingen, der Legistik und dem Recht in höchstem Maße verbundene JuristInnen zu rekrutieren, vielmehr würde auch die zuvor angesprochene Positionierung in Richtung Recht verrückt werden können. Darüber hinaus würde nicht nur die Kenntnis, sondern auch die Gewähr der Einhaltung etwa der Legistischen Richtlinien 1990 bewirkt. Mir schiene eine neuerliche Befassung und allenfalls auch Überarbeitung dieser Werkzeuge sehr zweckmäßig. Jedenfalls aber sollte auf einem sehr hohen Marketing-Niveau eine Neuherausgabe dieser wertvollen, aber leider längst in Vergessenheit geratenen Handlungsanleitungen in Betracht gezogen werden. Dies wäre mir nicht zuletzt auch deshalb ein sehr wichtiges Anliegen, um nach außen sichtbar zu machen, dass es Regeln gibt, welche es einzuhalten gilt. Ein höheres Maß an Verbindlichkeit, als es derzeit der Fall ist, würde ich gar nicht befürworten wollen bzw. halte ich auch nicht für realistisch umsetzbar.

Wichtiger erschiene es mir, die Eckpfeiler legistischen Handelns, wie insbesondere die Gestaltung von Begutachtungsentwürfen, die Begutachtungsfristen, die Offenlegung der Stellungnahmen, allenfalls auch Details wie Bestimmungen über den zeitlichen Geltungsbereich, den Bedingungs- und Rechtsfolgenbereich, rückwirkendes Inkrafttreten, materielle Derogation von Rechtsvorschriften u. a. nicht nur gegenüber der Beamtenschaft in regelmäßigen Abständen oder aus aktuellen Anlässen heraus in Erinnerung zu rufen, sondern auf politischer Ebene „verbindlich“ zu erklären. Dies könnte etwa in Form eines die einzelnen Regierungsmitglieder (selbst)bindenden Ministerratsbeschlusses erfolgen. Wenngleich eine derartige Verbindlichkeit immer relativ wäre, so denke ich doch, dass ein gewisses Maß an Sensibilisierung der politischen Entscheidungsebene erfolgen könnte und dadurch der Legistik und deren Zielen bei der Umsetzung rechtspolitischer Vorhaben ein unbezahlbarer Dienst erwiesen werden könnte.

Ich komme zum nächsten Themenbereich meiner Ausführungen, zu den unterschiedlichen Herangehensweisen, der Ziel- und Wirkungsorientierung einerseits und der Lösungsorientierung andererseits. Vorweg möchte ich darauf hinweisen, dass der von mir verwendete Begriff der Ziel- und Wirkungsorientierung nichts mit der gleichlautenden Begrifflichkeit aus dem neuen Haushaltsrecht zu tun hat. Er schien mir nur sehr symptomatisch für das Denken eines Politikers. Er will ein Ziel erreichen und eine Wirkung auslösen. Beide, nämlich Ziel und Wirkung, können durchaus in völlig unterschiedlichen Bereichen angesiedelt sein, im sachlich-inhaltlichen Bereich, im politisch konkurrierenden Bereich, im ideologischen Bereich etc. Der Legist bzw. die Legistik verfolgt

keine Ziele in diesem Sinne, auch die von ihm bzw. von ihr angestrebten „Wirkungen“ sind andere bzw. können gar nicht als solche bezeichnet werden. Der Legist /die Legistik denkt und arbeitet im Geflecht des Rechtsgefüges lösungsorientiert, sein bzw. ihr Ziel ist es, ordentliche, lesbare und rechtsbeständige Normen zu schaffen, die der Politik ihre Zielerreichung ermöglichen und die beabsichtigten Wirkungen sicherstellen. Damit dieses Zusammenwirken gedeihlich sein kann, ist es – und das habe ich zuvor schon deutlich gemacht – unabdingbar, dass der Legist bzw. die Legistik möglichst politiknahe, wie er ja auch positioniert ist, mitgestalten kann und möglichst frühzeitig in den Prozess des Reifens einer politischen Idee eingebunden ist. Frühzeitiges Zu-verstehen-Geben, wie Teilschritte in der rechtlichen Umsetzung aussehen könnten, führten im Idealfall auch zu einer Sensibilisierung auf der Ebene der politischen Entscheidungsfindung und ermöglicht ein Einlenken im Sinne des Mitbedenkens der rechtlichen Umsetzung eines politischen Vorhabens. Ich bin der Auffassung: Je weiter die Politik und das Recht, beide repräsentiert durch Menschen, auseinander sind, desto schwieriger, oft sogar unwahrscheinlicher, wird eine Realisierung eines Vorhabens nach den Regeln der Kunst, mit all den Konsequenzen, die sich daraus ergeben.

Auch in der öffentlichen Diskussion agieren Politiker/innen meist anders, als Beamte (LegistInnen) berufen sind, zu agieren. Das ist auch gut so und entspricht durchaus den unterschiedlichen Rollenbildern und Aufgaben. Ebenso ist es notwendig, dass der Legist und die Legistin sich in seiner bzw. ihrer Arbeit auf die sachliche Ebene zurückziehen kann und nicht von populistisch geprägten Denk- und Arbeitsweisen beeinflusst seiner bzw. ihrer Berufung nachgeht. Dieser Rollentrennung kommt vor allem insofern Bedeutung zu, als sie Garant dafür sein kann, dass letztendlich – selbst nach populistisch ausgetragener, u. U. gar kontroversieller öffentlicher Diskussion – das Produkt stimmt. Die Besonderheit ist, dass dem Normunterworfenen, der interessierten Öffentlichkeit gegenüber, mit zwei unterschiedlichen Sprachen gesprochen wird. Es sind zwei Kommunikationsebenen zum Bürger: die mediale und die formal-rechtliche. Auch das ist im Grunde nicht schlecht, im Gegenteil, wahrscheinlich auch notwendig für das bessere Verständnis eines Vorhabens und der dahinter stehenden Ziele. Ich erinnere an meine letztjährigen Ausführungen, wo ich sogar dafür eingetreten bin, dem Bürger im Rechtsentscheidungsverfahren die notwendigen Informationen weniger formalistisch, sondern – ich will mal sagen – bürgernäher nahe zu bringen. Sie sehen also, ich kann den ambivalenten Positionen von Politik und Legistik auch sehr Positives abgewinnen, immer unter der Voraussetzung, dass die Rahmenbedingungen stimmen. An die Grenzen seiner Herausforderungen stößt der Legist oder die Legistin freilich dann, wenn er oder sie Unmögliches möglich machen soll und als lebendiges Werkzeug zur Umsetzung von Vorgaben benützt wird. Wenn es so weit kommt – und ich bitte Sie, mir Beispiele zu ersparen –, dann ist die Idealvorstellung des Zusammenwirkens von Politik und Legistik meilenweit verlassen, im Extremfall kommt es zur Nichtrealisierung des Vorhabens.

Ich will aber nicht mit dem bösen „Ende“ beginnen, sondern mich wieder auf das rechtspolitische Vorhaben besinnen und hier den rechtspolitischen Auftrag hinterfragen. Wie sieht dieser aus, der politische Auftrag, ein Rechtsvorhaben zu realisieren? Oder besser,

wie soll er nicht aussehen: Es soll nicht sein, dass die Legistik ihren Auftrag über die Medien erfährt. Schon gar nicht soll es sein, dass die Legistik über die Medien erfährt, dass sie mit ihrer Arbeit eigentlich schon fertig ist. Beim Auftrag handelt es sich um den sicherlich sensibelsten Abschnitt im Prozess des rechtspolitischen Vorhabens. Hier werden die Weichen gestellt, nicht zuletzt die Weichen des Zusammenwirkens, idealerweise des Zusammenarbeitens. Der oder die sensibel politisch denkende Legist bzw. Legistin ist hier im Vorteil gegenüber dem zumeist ausschließlich politisch denkenden Politiker, ohne hier generalisieren zu wollen. Er/Sie ist der/die „Mehrsprachige“, er/sie ist der/die, der/die die Sprache des Politikers, die der des Bürgers ähnlich, wenn nicht sogar gleich ist, in die Rechtssprache umzusetzen hat. Er ist der, der nicht plump und unsensibel sich der Rechtssprache bedient, sondern diese so zum Einsatz bringt, dass die politische Zielsetzung im Einklang mit dem Recht zum Ausdruck kommt oder doch zwischen den Zeilen transportiert werden kann. Ich darf hier – weil harmlos und positiv besetzt – ein Beispiel aus meinem Bereich bringen: „Lehre mit Matura“, eine von der Politik erfundene und verwendete Wendung, die in ihrer Unvollkommenheit nahezu perfekt ist. Jeder Personenkreis ist angesprochen, die verschiedensten Botschaften werden vermittelt:

- Matura muss nicht unbedingt sein, es kann auch die Lehre sein,
- die Lehre ist keine Bildungssackgasse, sie kann zur Matura führen,
- die Studierfähigkeit ist keine Frage der herkömmlichen Bildungslaufbahn mehr,
- beides, nämlich die Lehre und die Matura, gehört zusammen,
- die Menschen sind nicht ungleich viel wert usw.

Dabei möchte ich gar nicht von den dahinter stehenden politischen Überlegungen sprechen, neben denen natürlich, Menschen Gutes tun zu wollen: längere Bildungswege zur Verminderung von Arbeitslosigkeit, höhere Akademikerquote sichern, dem prognostizierten Facharbeitermangel entgegensteuern, höheres Beschäftigungsniveau usw. bis hin zur Tragung der Soziallasten durch eine am Arbeitsplatz auf hohem Niveau positionierte Jugend. Einfach in alle Richtungen offen, eine gute Botschaft für fast Jedermann.

Nur, die rechtliche Umsetzung dieses politischen Vorhabens stellt sich deutlich nüchterner dar als seine Ankündigung: Lehrlinge können die Berufsreifepfung machen, diese sogar schon während der Lehre beginnen, und es fließt Geld an die Anbieter von Lehrgängen, großteils kammermäßig organisierte Anbieter.

Ohne jetzt am Ehrenkodex der JuristInnen oder LegistInnen anstreifen zu wollen meine ich, dass es durchaus zur legistischen Arbeit gehört, wenn ein solches – wie hier rechtlich unspektakuläres – Vorhaben, gemäß der politischen Zielsetzung und zugleich im Rahmen und unter Einhaltung der legistischen Vorgaben entsprechend transportiert wird. Die der Legistik zur Verfügung stehenden Instrumente wie insbesondere das Vorblatt und die Erläuterungen, aber auch Ministerratsvorträge enthalten keine inhaltlichen Einschränkungen bzw. sind so offen, dass durchaus politische Zielsetzungen transportiert werden können. Wieder liegt es am Legisten/an der Legistin, seinem/ihrer Herrn oder seiner/ihrer Herrin zu dienen, ohne dabei den Weg der Wahrheit und des Rechts zu ver-

lassen. Diese Gratwanderung kann nicht mit einem Schritt begangen werden, sondern ist Teil des langen Prozesses der Entstehung von Recht im Spannungsverhältnis von Politik und Legistik.

Zu guter Letzt will ich zum Wichtigsten kommen, zum Normadressaten oder, freundlicher ausgedrückt: zum Bürger. Er ist der, der die Politik bestimmt, die Politik ist die, die für ihn da ist. Der/die Legist/in ist eines von mehreren Sprachrohren der Politik zum Bürger, wenn es um die formalrechtliche Kommunikationsebene geht. Andere Kommunikationsebenen werden von anderen Playern übernommen, insbesondere von den Medien. Es ist längst keine Frage ausschließlich der Bürgerfreundlichkeit, Normen so zu formulieren, dass sie verständlich sind. Es ist auch eine Rechtsfrage, ob bzw. dass der Inhalt von Normen der breiten Öffentlichkeit in klarer und erschöpfender Weise überbracht wird, da der Bürger auch rechtlich in die Lage versetzt sein muss, sich normkonform zu verhalten. Der Verfassungsgerichtshof hat das unmissverständlich, fast in den Bereich des Lächerlichen ziehend, zum Ausdruck gebracht. Aber nicht nur die verständliche, klare und deutliche Sprache einer Norm liegt in der Verantwortung des/der Legisten/in, es ist auch die Sicherstellung der im Rechtsentstehungsprozess so wichtigen Partizipation. Diese stellt einen Wesensbestandteil eines jeden demokratischen Prozesses dar. Wo sonst, als bei der Normentstehung, kann Partizipation als Ausdrucksform einer funktionierenden Demokratie besser gelebt werden? Umgekehrt ist es als ein Zeichen der Missachtung von Demokratie abzulehnen, wenn Bürger oder Teile von ihnen (als „organisierte Öffentlichkeit“, also bestimmte Einrichtungen, Interessensvertretungen etc.) von der Mitwirkung am Rechtserzeugungsprozess ausgeschlossen werden, gar dann, wenn mit Widerstand zu rechnen ist oder anzunehmen ist, es könnten andere politische Haltungen eingenommen werden, als die des aktuellen Entscheidungsträgers. Wieder liegt es also am/an der nur vom Recht vereinnahmten Legisten/in, Bürgerpartizipation weitgehend sicherzustellen und die Ergebnisse derselben sachlich und fachkundig zu würdigen.

Und so komme ich im Wechselspiel von Politik und Bürger zur zweiten Sprachrohrfunktion der Legistik, nämlich als Sprachrohr des Bürgers zur Politik. Gelingt der Legistik diese Form der Kommunikation und kann der politische Wille angereichert um die Bedürfnisse, Sorgen, Anregungen etc. der Betroffenen im Rechtsvorhaben vereint werden, so steht der faktischen, im Gegensatz zur unbestrittenen formal-juridischen Legitimation und Akzeptanz rechtspolitischer Vorhaben nichts im Wege. Die Akzeptanz von Rechtsnormen ist – so meine ich – von nicht zu unterschätzendem Wert und daher von allen Seiten stets anzustreben.

Jetzt bin ich sehr nahe an der Schlussbemerkung meines letztjährigen Beitrages, in der ich anmerkte, dass hohe Transparenz und Partizipation zur Voraussetzung hat, dass auch die Politik ihre Bereitschaft zeigt, im gesamten Rechtssetzungsprozess sachbezogener und offener zum betroffenen Bürger und zu Institutionen agieren zu wollen. Quasi als Nebeneffekt würden politische Entscheidungsfindungen mehr Orientierung am Bürger finden und könnten sich nicht so leicht hinter Ideologien verstecken. Eine verbesserte Kultur

der politischen Kommunikation mit dem Hauptaugenmerk beim Bürger ist das erstrebenswerte Ziel.

Was ich mit vielen Worten versucht habe darzustellen ist ein Gesamtbild von Verflechtungen zwischen

Politik → Bürger

Bürger → Politik

Politik → Legistik

Legistik → Bürger

Bürger → Legistik

Legistik → Politik,

angereichert um ähnliche Vernetzungen mit Sozialpartnern, den Kammern und Gewerkschaften, Interessensvertretungen, Vereinen und Verbänden, Jung und Alt, Mann und Frau etc., in welchen letztlich die Legistik eine zentrale Rolle einnimmt. Nicht um ihrer selbst willen, nicht der Politik wegen, nicht im Sinne eines Anspruchs auf die Position als 5. Macht im Staat, nein, einzig dem Recht verbunden mit dem Ziel, jedes rechtspolitische Vorhaben im Interesse aller Betroffenen zu einem festen Bestandteil einer sinnvollen, akzeptierten Rechtsordnung werden zu lassen.

Abschließend wünsche ich mir, dass diese hochkarätig besetzte Gemeinschaft von Legistinnen und Legisten nicht zu einem Forum mutiert, das sich durch eigene Beiträge nur selbst ernährt. Ich wünsche mir, dass von dieser Runde aus Akzente nach außen gesetzt werden, dass Beiträge zur Verbesserung der legistischen Arbeiten nicht nur veröffentlicht, sondern auch diskutiert, behandelt, umgesetzt und gelebt werden. In diesem Sinne lade ich zur Diskussion ein und ersuche auch um Beiträge, an welchen Punkten und Enden der legistischen Arbeit oder des legistischen Umfeldes angesetzt werden kann, um zuvor definierte Schwachstellen der Legistik zu beseitigen und Verbesserungen zu verwirklichen.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit und freue mich auf eine anregende Diskussion zu diesem spannenden Thema der 1. Session dieser Tagung.

Gemeinsame
Bund-Länder-Redaktion
von Textbausteinen
für Gesetzesentwürfe

Von
Kornelia LOIDL

I. Ausgangssituation

Die Redaktion von Textbausteinen für landesgesetzliche Bestimmungen war ein gemeinsames Vorhaben, um die Vollziehung im Bereich der Verwendung von Pflanzenschutzmitteln möglichst zu vereinheitlichen.

Zum besseren Verständnis wird eingangs die rechtliche Situation dargestellt.

Die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln ist kompetenzrechtlich gemäß Art. 12 Abs. 1 Z 4 B-VG „Schutz der Pflanzen gegen Krankheiten und Schädlingen“ eine Angelegenheit, die in der Grundsatzgesetzgebung Bundessache ist und Ländersache in der Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung.

Anlass für die Novellierung der Landes-Ausführungsgesetze waren Änderungen des innerstaatlichen Rechts einerseits und des Unionsrechts andererseits, im Konkreten:

- Bundesgesetz, mit dem das Pflanzenschutzgrundgesetz geändert wird, BGBl. I Nr. 87/2005
- Umsetzung der Richtlinie 128/2009/EG über einen Aktionsrahmen für die nachhaltige Verwendung von Pestiziden, ABl. Nr. L 309 vom 24. 11. 2009, S. 71 (im Folgenden kurz: Richtlinie 128/2009/EG).

Angemerkt sei, dass der Begriff „Pestizide“ gemäß Artikel 3 Ziffer 10 Buchstaben a und b der Richtlinie 128/2009/EG „Pflanzenschutzmittel“ und „Biozide“ erfasst.

II. Methoden

Zur Arbeitsweise im Rahmen der Redaktion von Textbausteinen werden in der Folge zwei Methoden vorgestellt.

Methode 1:

Die Methode 1 widmet sich der Umsetzung der Richtlinie 128/2009/EG. Gemäß Artikel 23 der Richtlinie 128/2009/EG sind die Rechts- und Verwaltungsvorschriften bis 26. November 2011 in Kraft zu setzen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass zu dem die Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Aufhebung der Richtlinien 79/117/EWG und 91/414/EWG des Rates, ABl. Nr. L 309 vom 24. 11. 2009, S. 1, erlassen wurde, die ebenfalls unter anderem Bestimmungen über die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln regelt.

Das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (im Folgenden kurz: Lebensministerium) hatte hierzu ein Projekt gestartet, genannt UNAPP-Projekt („Umsetzung und Nationaler Aktionsplan Pflanzenschutzmittel“).

Ziel dieses Projekts war es, neben der rechtlichen Umsetzung der Richtlinie 128/2009/EG möglichst einheitliche rechtliche Grundlagen für die Landes-Aktionspläne zu formulieren und gemeinsam mit den Ländern einheitliche Formblätter für die Landes-Aktionspläne zu erarbeiten.

Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass der „nationale Aktionsplan Pflanzenschutzmittel“ gemäß Artikel 4 der Richtlinie 128/2009/EG die neun Landes-Aktionspläne umfasst.

Für die rechtliche Umsetzung wurde das so genannte Arbeitspaket 2, bestehend aus den Arbeitspaketen AP 2.1. und AP 2.2., eingerichtet.

Zusammensetzung des Arbeitspakets AP 2.1. und AP 2.2.

Das Arbeitspaket AP 2.1. setzte sich aus den VertreterInnen folgender Institutionen zusammen:

- der Ämter der Landesregierungen,
- der Interessensvertretung,
- des Bundesamts für Ernährungssicherheit und
- des Lebensministeriums.

Zusammensetzung des Arbeitspakets AP 2.2.

Das Arbeitspaket AP 2.2. setzte sich aus den VertreterInnen folgender Institutionen zusammen:

- der Ämter der Landesregierungen,
- der Interessensvertretungen,
- des Bundesministeriums für Gesundheit,
- des Bundesamts für Ernährungssicherheit und
- des Lebensministeriums.

Die Mitarbeit der Institutionen selbst war freiwillig. Die fixe Teilnahme der von den Institutionen nominierten MitarbeiterInnen war Vorgabe, um den gleichen Informationsstand der MitarbeiterInnen der Arbeitspakete zu sichern.

Zwölf MitarbeiterInnen nahmen im Arbeitspaket AP 2.1., unter der Leitung der Vertreterin eines Bundeslandes, teil.

25 MitarbeiterInnen nahmen im Arbeitspaket AP 2.2., unter der Leitung der Vertreterin des Lebensministeriums, teil.

Aufgaben

Das Arbeitspaket AP 2.1. hatte folgende Aufgaben:

- die Erhebung des „Ist-Zustands“ der einzelnen Bestimmungen aller Landesgesetze;
- die Erhebung des „Soll-Zustands“ und die Auswahl der Textbausteine, wobei auf die §§ 13 und 14 (Grundsatzbestimmungen) des Entwurfs eines Pflanzenschutzmittelgesetzes 2011 Bedacht zu nehmen war (Anmerkung: Das Pflanzenschutzmittelgesetz 2011, BGBl. I Nr. 10/2011, ist am 15. Februar 2011 verlautbart worden.);

- die Aufgabenverteilung, sodass ein Textbaustein von mindestens zwei MitarbeiterInnen konzipiert wurde.

Es wurden zwei Sitzungen abgehalten.

Im Rahmen des Arbeitspakets AP 2.2. bildeten die MitarbeiterInnen des Arbeitspakets AP 2.1 die so genannte „Kleine Arbeitsgruppe“.

Die Kleine Arbeitsgruppe hatte folgende Aufgaben:

- Konzeption der einzelnen Textbausteine
- Schriftliche Stellungnahmen zu den Textbausteinen
- Festlegung des Zeitplans:
Konzeption oder Übermittlung der Textbausteine beziehungsweise der Stellungnahmen und Sitzungstermine.

Es wurde eine Sitzung abgehalten.

Das Arbeitspaket AP 2.2. hatte folgende Aufgaben:

- Finalisierung der Textbausteine;
- Besprechung sonstiger Maßnahmen und die Verordnung (EG) über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln und zur Aufhebung der RL 79/117/EWG und 91/414/EWG des Rates, Abl. Nr. L 309 vom 24. 11. 2009, S. 1, z. B. Aufbrauchfrist gem. Art. 46 VO (EG) Nr. 1107/2009.

Es wurde eine e-Mail-Umfrage für redaktionelle oder protokollarische Anmerkungen durchgeführt.

Es wurde eine Sitzung abgehalten.

Inhalt der Textbausteine

Folgende Textbausteine wurden erarbeitet:

Begriffsbestimmungen: „Beruflicher Verwender“; „Berater“;

Bestimmungen: „Ziel- und Anwendungsbereich“; „Information und Sensibilisierung“; „Fort- und Weiterbildung“; „Integrierter Pflanzenschutz“; „Landes-Aktionsplan“; „Übergangsbestimmungen“;

Verordnungsermächtigungen: „Verwendungsbeschränkungen“; „Überprüfung von in Gebrauch befindlichen Pflanzenschutzgeräten“.

Es wurden aktuelle Beispiele zur Veranschaulichung überlegt.

Methode 2:

Die Methode 2 widmete sich Änderungen der Landes-Ausführungsgesetze aufgrund des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 87/2005, mit dem das Pflanzenschutzgrundsatzgesetz,

BGBI. I Nr. 140/1999, geändert wurde. Auf Landesebene sollten einheitliche Verwendungs- und Kontrollbestimmungen geschaffen werden.

Das Lebensministerium richtete hierzu die Bund-Länder-Unterarbeitsgruppe ein. Das Ziel war, Textbausteine für einheitliche landesgesetzliche Bestimmungen für die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln und deren Kontrolle zu formulieren.

Zusammensetzung der Bund-Länder-Unterarbeitsgruppe

Die Bund-Länder-Unterarbeitsgruppe, unter der Leitung des Vertreters des Lebensministeriums, setzte sich aus den VertreterInnen folgender Institutionen zusammen:

der Ämter der Landesregierungen
 der Interessensvertretung
 des Bundesamts für Ernährungssicherheit und
 des Lebensministeriums.

Die Mitarbeit der Institutionen selbst war freiwillig.

Der Zeitplan für die Erarbeitung der Textbausteine und die Festlegung der Sitzungstermine wurde ebenfalls vom Lebensministerium vorgegeben.

Aufgaben

Die Aufgaben des Lebensministeriums waren:

- Erhebung des „Ist-Zustands“ der Bestimmungen der neun Ausführungsgesetze;
- Auswahl der Textbausteine;
- Konzeption der Textbausteine.

Die Aufgaben der Bund-Länder-Unterarbeitsgruppe waren:

- Finalisierung der Textbausteine;
- Besprechung sonstiger Maßnahmen – z. B. Einigung auf eine bestimmte Höchststrafe.

Die Textbausteine wurden entsprechend den Ergebnissen der Sitzungen abgeändert. Schriftliche Stellungnahmen wurden nicht eingeholt.

Es wurden e-Mail-Umfragen für redaktionelle oder protokollarische Anmerkungen durchgeführt.

Es wurden zwei Sitzungen abgehalten.

Inhalt der Textbausteine

Folgende Textbausteine wurden erarbeitet:

Ziel- und Begriffsbestimmungen;
 die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln;
 die Kontrolle der Verwendung von Pflanzenschutzmitteln.
 Wegen der fehlenden Aktualität wurden keine Beispiele gezeigt.

III. Aufwand und Nutzen

Aufwand:

Sitzungen – die Anreise und Teilnahme

Verfassung schriftlicher Stellungnahmen (nur bei Methode 1)

Befassung mit den Stellungnahmen schriftlich (nur bei Methode 1) oder Argumenten

Nutzen:

Textbausteine für die Konzeption eines Gesetzesentwurfs

Frühzeitige Befassung mit der Umsetzung der Richtlinie 128/2009/EG

Kenntnis der Standpunkte der Interessensvertretungen vor der Begutachtung

Vier- (bzw. Viel-)Augenprinzip

Gegenseitiges Kennenlernen der AnsprechpartnerInnen der Institutionen

Legistik als sachpolitisches Anliegen
– Welche Rolle kann die Legistik in
der Sachpolitik einnehmen?

Von
Michael RAFFLER

1. Konkretisierung der Fragestellung

Die Klagenfurter Legistik-Gespräche widmen sich dieses Jahr dem Übergangsfeld von der Politik zur Legistik. Dem hier zu behandelnden Thema Legistik als sachpolitisches Anliegen können verschiedene Inhalte unterstellt werden. Es ist daher bezogen auf den Gegenstand der Veranstaltung zu konkretisieren. Als Frage formuliert kann darunter Folgendes verstanden werden: Welche Rolle spielt die Legistik im politischen Prozess? Ist die Legistik ein Anliegen, dem sich die politische Ebene zur Gestaltung gesellschaftlicher Zusammenhänge und Abläufe annimmt und annehmen soll? Oder ist die Legistik weitgehend ein Service der Verwaltung, diese verstanden als moderne Dienstleisterin – ist Legistik also ein Gegenstand, dem seitens der Politik keine solche Zuwendung zuteil wird, dass man von einem politischen Anliegen sprechen kann? Beleuchtet wird dieses Thema im Folgenden aus dem Blickwinkel eines bei der Stadt Wien tätigen Legisten.

2. Aufgaben der Politik

Zur Beantwortung dieser Fragen ist es erforderlich, kurz auf die Aufgaben der politischen Ebene in Österreich einzugehen. Die Politik als an der Gesetzgebung beteiligte Institution manifestiert sich auf Basis der Vorgaben des BVGs zum einen in der Bundesregierung bzw. in den Ländern durch die Landesregierungen sowie in Wien durch den Stadtsenat als Landesregierung. Diese Organe können Gesetzesvorlagen erstatten. Zum anderen bestehen auf zwei der drei Ebenen des Staates (Bund, Länder, Gemeinden) allgemeine Vertretungskörper, deren Mitglieder – in Wien sind es die Gemeinderäte in ihrer Funktion als Abgeordnete zum Wiener Landtag – rechtlich frei, also ohne Mitwirkung der Regierung, Gesetzesvorschläge in Form von Initiativanträgen einbringen können.

Aufgabe dieser Organe ist es, Ansätze für konkretes politisches Handeln zu entwickeln und diese Ansätze in die Realität umzusetzen. Das Einbringen von Gesetzesvorschlägen ist in der Tätigkeit der Regierungen und auch der Parlamente nur eine mögliche Alternative, diese Ansätze zu realisieren, sicher jedoch die bedeutsamste. Die Rollenverteilung auf diesem Aufgabengebiet ist aber keine isolierte. Informelle Kontakte spielen bei der Bewältigung dieser Aufgabe eine große Rolle: Vertreter der Regierungen sind oft an der Entstehung der Gesetzesvorlagen der Abgeordneten beteiligt, denen vor allem aus Gründen der Zeitersparnis von Fall zu Fall der Vorzug gegenüber einer Regierungsvorlage eingeräumt wird. Schon hier zeigt sich deutlich: Gesetzgebung als ein möglicher Ansatz politischen Handelns bedarf eines hohen Maßes an Flexibilität.

3. Legistik als Gesetzgebung

Unter Legistik ist dem üblichen Begriffsverständnis zufolge die Gesetzgebungstechnik oder – in einem auch die Verordnungserlassung und die Rechtsetzung durch Erlass einbeziehenden Sinn – die Rechtsetzung zu verstehen, und zwar sowohl als praktischer Vorgang als auch als Summe der Theorien, die sich mit der Entstehung, Abfassung und Wirkung von Rechtsnormen befassen.¹ Im gegenständlichen Zusammenhang soll von einem möglichst weit verstandenen Begriff Legistik ausgegangen werden. Betrachtet man vor-

erst nur den praktischen Vorgang der Erlassung von Gesetzen, ist zu der eingangs gestellten Frage, ob die so verstandene Legistik ein sachpolitisches Anliegen ist, gleich an dieser Stelle Folgendes zu sagen: Die legistischen Instrumente, allen voran das Gesetz, bildet im Staat der heutigen Ausprägung das wesentlichste Instrument der Politik zur Gestaltung der Realität. So gesehen ist die Legistik der politischen Ebene unzweifelhaft ein Anliegen.

Ableitbar ist dies schon daraus, dass bei wesentlichen politischen Vorhaben, die umgesetzt werden sollen oder im Zuge der Erörterung einer Strategie zur möglichst effizienten Besorgung von Aufgaben, in Wien immer auch die Frage gestellt wird, ob ein legistischer Handlungsbedarf besteht. Wird diese Frage bejaht, wobei selbst schon auf die Beantwortung dieser Frage ein gewichtiger politischer Einfluss genommen werden kann, ist das Präsentieren einer legistischen Lösung, zumeist in Form eines Gesetzentwurfes, aus Sicht des Politikers gesehen ein hervorragend geeignetes Instrument, um das betreffende Thema für eine bestimmte Zeit in den Mittelpunkt der politischen Diskussion zu rücken.

Hier kommt es vor allem in Vorwahlzeiten auf den für die öffentliche Präsentation des Gesetzentwurfes richtigen Zeitpunkt an. Dabei ist zu beachten, dass die Ausarbeitung des Textes im internen Begutachtungsverfahren der Sacharbeit dient und in Wien nur im Bereich des Magistrats erfolgt. Der Inhalt dieser Arbeiten soll daher nicht nach außen dringen. Erst das externe Begutachtungsverfahren bildet dann – neben dem Einholen von Stellungnahmen externer Stellen – auch die Gelegenheit, den Entwurf als politisches Vorhaben entsprechend zu präsentieren und zu bewerben.

Aus politischer Sicht kann der Entwurf daher in Anwendung dieses legistischen Verfahrens für eine gewisse Zeit in großem Umfang und unter Einbeziehung der Medien (z. B. durch Erwähnung in der Presse und im Fernsehen) zum Gegenstand des öffentlichen Interesses und damit auch der politischen Auseinandersetzung gemacht werden. Der Inhalt des Entwurfes muss selbstverständlich in die Zuständigkeit des Landes oder – Wien hat ja eine verfassungsrechtlich vorgegebene Doppelstellung² – der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich fallen. Von den Gemeindeorganen können im eigenen Wirkungsbereich z. B. Erlässe, Durchführungsverordnungen und – für die Bekämpfung von Missständen in der Stadt wichtig – ortspolizeiliche Verordnungen erlassen werden.

Die Praxis zeigt, dass die Legistik nicht nur als dem Land oder der Gemeinde Wien zur Verfügung stehendes Rechtsetzungsinstrument politisch genutzt werden kann, sondern sie kann politisch auch dann angesprochen werden, wenn sie aufgrund der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nur der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft als Instrument zur Verfügung steht. Anhand eines Beispiels verdeutlicht: Im Zuge der Volksbefragung im Februar 2010 hat der Wiener Gemeinderat beschlossen, die Bevölkerung unter anderem zu befragen, ob neue Hausbesorger mit einem modernen Berufsbild angestellt werden sollen. Diese Frage wurde unter Hinweis auf die im Jahr 2000 durch den Bundesgesetzgeber erfolgte Abschaffung dieser Möglichkeit gestellt und ist angesichts der fehlenden Regelungskompetenz des Wiener Landesgesetzgebers eindeutig als Signal zu bewerten, der Bundesgesetzgeber soll von seinen legistischen Möglichkeiten Gebrauch machen und die Einstellung dieser Berufsgruppe wieder ermöglichen.

Die Legistik spielt in Wien aber auch dann in gewisser Weise eine Rolle, wenn ein politisches Vorhaben nicht in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung umgesetzt wird. Voraussetzung hierfür ist, dass ein legistisches Vorhaben ursprünglich geplant oder zumindest angedacht ist. Seit es die Rubrik „Alternativen“ im Vorblatt gibt, ist es Sache des Legisten, eine Prüfung der möglichen Alternativen zu einem Rechtsetzungsvorhaben durchzuführen. Weiters hat er eine eingehende Prüfung der Erforderlichkeit und der voraussichtlichen Effektivität einer künftigen Norm schon vor deren Erstellung durchzuführen. Ergibt diese Prüfung, dass das Erlassen einer zusätzlichen Norm nicht die optimale Alternative bzw. eine andere Form der Aufgabenbesorgung die effektivere ist, dann ist er verpflichtet, dies offenzulegen. In der Regel kommt es dann zu keiner legistischen Lösung, weil eine andere Alternative die bessere ist. Die Legistik stellte für diese Erkenntnis aber die richtungweisende Methode zur Verfügung.

Ferner ist die Legistik, in dem oben angeführten weiten Sinn verstanden, auch von ihrem Ergebnis her gesehen ein wichtiges Instrument in der politischen Auseinandersetzung. Geht es in der Praxis um Fragen, die bereits Gegenstand einer Regelung sind, kann die politische Argumentation mit der Behauptung untermauert werden, das Behauptete stünde ja schon im Gesetz. Dieses Argument ist in der politischen Auseinandersetzung ein wesentlich stärker wirkendes als würde nicht auf die legistische Verankerung des Behaupteten verwiesen werden.

So gesehen ist eine Norm oder auch schon ihr Entwurf ein wichtiges Instrument zur Versachlichung einer politischen Diskussion. Ist ein politisches Vorhaben sehr umstritten, so kann die politische Auseinandersetzung mit einem wohlüberlegten Text auf einen bestimmten Punkt fokussiert oder bereits in eine bestimmte Richtung gelenkt und auch zeitlich gesteuert werden. Gerade bei großen Reformvorhaben birgt die Absplitterung von Teilen und die stufenweise erfolgende Beschlussfassung die Chance in sich, die Reform zu verwirklichen, auch wenn dieser als Ganzes gesehen wenig Erfolgsaussichten zugebilligt werden. Man denke in diesem Zusammenhang vor allem an die Staatsreform.

Ferner kann einer unsachlichen Kritik, die einem politischen Vorschlag entgegengebracht wird, auf einer sachlichen Basis – eben durch Präsentation eines schriftlichen Entwurfes – begegnet werden. Ein wichtiger Bestandteil eines in einer solchen Situation erstellten Entwurfes kann ein Konzept sein, wie der Entwurf möglichst sachlich verteidigt werden kann. Dieses Konzept kann anhand hypothetisch erdachter Fragen aus Sicht des politischen Gegners erstellt werden und beinhaltet sachbezogen argumentierte Antworten aus Sicht der Verwaltung. Ein solches Kritikkonzept kann allerdings erst dann erstellt werden, wenn am Entwurf keine wesentlichen Änderungen mehr vorgenommen werden. Daraus lässt sich verallgemeinernd eine ganz wesentliche Forderung an die Qualität von Normen ableiten: Man sollte diese so gestalten, dass man mit ihnen auch dann zufrieden ist, wenn sie vom (politischen) Gegner gehandhabt werden.³

Kaum ein anderes Instrument ist außerdem in der Lage, politische Kompromisse rechtlich verbindlich und politisch mit einer über die Legislaturperiode hinausgehenden Beständigkeit zu fixieren. Gesetze, die von einer Bundesregierung vorgeschlagen und die vom Nationalrat angenommen wurden, treten nicht automatisch nach einer Wahl außer

Kraft, sondern müssen, sollen sie nicht weitergelten, erst wieder aufgehoben oder geändert werden. Diese Eigenschaft der legistischen Instrumente, die Bestandskraft, ist ein ganz wesentliches Merkmal des Rechtsstaates.

4. Legistik als Rechtsetzungstheorie

Betrachtet man die Legistik aber nicht in der soeben erfolgten Weise, sondern als Theorie zur besseren Rechtsetzung und stellt man diesem Begriffsinhalt gegenüber die Frage, ob die so verstandene Legistik der Politik ein sachpolitisches Anliegen ist oder sein soll, so zeigt sich anhand der folgenden Bemerkungen ein anderes Bild:

Aufgabe der Regierungen ist es, für politische Vorhaben Ansätze für deren Umsetzung zu erarbeiten. Für die meisten politischen Fragen gibt es keine „richtigen“ Antworten, sondern nur Vorschläge, die zumeist auf einen politischen Kompromiss zurückgehen. Außerdem müssen bei der Findung der politischen Ziele eine große Anzahl von außen stehenden Kräften und Wirkungen berücksichtigt werden, die einen gewissen Einfluss auf die politische Entscheidung nehmen. Dazu zählen z. B. Auswirkungen einer Wirtschaftskrise, Vorgaben der Europäischen Union oder künftige Bevölkerungsentwicklungen.

Bei den so zustande kommenden Ansätzen für politische Lösungen wird die Legistik nur insofern angesprochen, als ihr Ziele vorgegeben werden. In den eigentlichen legistischen Produktionsprozess greift die Politik in der Praxis nur dann ein, wenn es zur Steuerung der betreffenden Angelegenheit notwendig ist, nicht jedoch, um die Legistik als solche zu beeinflussen. Diese Fälle kommen zwar auch vor, sie bilden aber die Ausnahme. Als Beispiele für eigene Legistikgesetze sind das Deregulierungsgesetz 2001 und das Bundeshaushaltsgesetz zu nennen, die gewisse Anforderungen an Bundesgesetze stellen. Damit vergleichbare Landesgesetze wurden in Wien nicht erlassen. Die Verpflichtung zur Berechnung der finanziellen Auswirkungen auf Landes- und Gemeindeebene ist in Wien durch Erlass angeordnet. Die Legistischen Richtlinien als „zentraler Kodex der Legistik“, herausgegeben vom Bundeskanzleramt, sind in Wien ebenfalls durch Erlass für verbindlich erklärt.

Auf Bundesebene sind die Anordnungen betreffend die Legistik in mehreren Rundschreiben festgehalten (vgl. www.bka.gv.at unter dem Schlagwort „Legistik“). Ein Rundschreiben stellt nach der Judikatur des OGH ein neutrales, nicht schon durch die Rechtsordnung in einer bestimmten Rechtsform geregeltes, nach außen in Erscheinung tretendes tatsächliches Verhalten dar.⁴ Diesem aus Anlass einer Amtshaftungssache entwickelten Begriffsinhalt wäre im hier wesentlichen Zusammenhang noch ein Element hinzuzufügen, mit dem zum Ausdruck gebracht wird, dass *legistische* Rundschreiben gegenüber den Dienststellen des Bundes verbindlich und daher bei künftigen legistischen Vorhaben zu beachten sind.

Aus dem Umstand, dass die Legistik in Wien durch Erlass geregelt ist, ergibt sich, dass diese eine Angelegenheit des inneren Dienstes ist. Auch die Tatsache, dass die legistischen Rundschreiben vom Bundeskanzleramt herausgegeben werden, zeigt, dass die Vorgaben für die Legistik von der Verwaltung für die Verwaltung erstellt werden. Die politische

Verantwortung hierfür liegt in Wien bei der Landesregierung als Kollegialorgan (ein Ressortprinzip wurde in Wien nicht eingerichtet) bzw. auf Ebene des Bundes bei der Bundesregierung.

Stellt man daher die eingangs aufgeworfene Frage in Bezug auf die Legistik als Rechtsetzungstheorie, so ergibt sich, dass die Legistik keine Materie ist, auf die ein grundlegender politischer Einfluss genommen wird. Anhand eines Bildes verdeutlicht: Die Politik gibt eine Norm wie ein Werk bei einem Künstler in Auftrag. Dem Werkbesteller ist das Werk als solches ein Anliegen, nicht jedoch die eingesetzten Werkzeuge, wie Hammer und Meißel oder Pinsel und Farben oder die Qualität der Leinwand.

Aufgabe der Verwaltung ist es allerdings, der Politik zu vermitteln, welche Potentiale der Legistik zur Umsetzung politischer Inhalte innewohnen. Daraus können sich Wechselwirkungen ergeben, die einen gewissen steuernden politischen Einfluss auf die Legistik nach sich ziehen. Einen allzu großen politischen Einfluss auf die Legistik sollte die Politik, wie die folgenden Überlegungen zeigen, aber nicht nehmen. Würde sich die Politik der Legistik nämlich als eigenes politisches Vorhaben annehmen, müsste eine politische Entscheidung über die Ausrichtung der Legistik getroffen werden.

Je nach der vorherrschenden politischen Anschauung könnte die Legistik in verschiedene Schulen⁵ eingeteilt werden. Sie könnte rechtlich orientiert sein, indem verstärkt legistische Gebote und Handlungsanleitungen im Verfassungsrecht festgelegt werden, wie insbesondere Legistische Richtlinien im Verfassungsrang. Dies hätte zur Konsequenz, dass Verstöße gegen sie die Aufhebung des betreffenden Gesetzes oder der Verordnung durch den Verfassungsgerichtshof zur Folge hätten. Ebenso wäre eine als Staatsziel verankerte Selbstbindung der Gesetzgebung zur Schaffung nur „guter“ und bürgernaher Gesetze oder ein rechtlich verankertes Gebot denkbar, Begutachtungsverfahren durchführen zu müssen. Diese Legistik könnte als eine normative Legistik bezeichnet werden.

Die Legistik könnte aber auch, zumindest soweit wirtschaftlich relevante Inhalte betroffen sind, nur auf geringfügige Eingriffe beschränkt werden und den Gesetzgebungsprozess nur beratend begleiten dürfen (dies wäre eine wirtschaftsliberal agierende Legistik). Alternativ dazu könnte die Legistik aber auch sozialstaatlich eingesetzt werden, insbesondere die Auswirkungen von Reformen auf den Rechtsschutz und die Rechtssicherheit erheben oder die Einhaltung von sozialen Grundrechten und allfällige gesundheitliche Auswirkungen in den Mittelpunkt stellen (dies wäre eine soziale Ausrichtung der Legistik).

Diese drei Ausrichtungen zeigen, dass eine tiefgreifende Entscheidung für eine starke politische Orientierung der Legistik zum einen den Handlungsspielraum der Verwaltung einschränken und zum anderen die möglichen Potentiale, die einer flexiblen Legistik innewohnen, von vornherein beschneiden würde. Die Politik würde sich daher bei konsequenter Einhaltung der Prämissen der jeweiligen Schule im Ergebnis selbst beschränken.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammengefasst lässt sich daher festhalten: die Legistik ist ein Service der Verwaltung für die Politik, deren Aktionsradius offen bleiben muss. Legisten helfen mit, gezielt sachorientierte Entscheidungen zu treffen, ob politische Vorhaben mit legistischen Mitteln unterstützt werden sollen und – um am Thema anzuknüpfen – ob diese Vorhaben auf diese Weise zum Anliegen der Legistik gemacht werden.

Zwei Bereiche sind von dieser Schlussbetrachtung auszunehmen. Dies ist der Bereich der Aus- und Weiterbildung sowie der Bereich der Forschung. Wünschenswert wäre zum einen ein Wahlfach „Legistik“ im juristischen Studium.⁶ Dahinter steht die praktische Beobachtung, dass die Regeln der Gesetzestechnik besonders dazu geeignet sind, den Studenten der Rechtswissenschaften den Aufbau von Normen und damit ein besseres Normverständnis zu vermitteln, eine Fähigkeit, die ganz allgemein zu mehr Sattelfestigkeit und Treffsicherheit beim Interpretieren führt. Der angehende Jurist würde Normen daher nicht nur als Gegenstand der Interpretation sehen, sondern auch als formbare Instrumente begreifen. Prof. Schäffer hat schon einmal in diese Richtung einen Vorstoß unternommen, in dem er den Landeshauptleuten den Vorschlag unterbreitet hat, ein Institut für Gesetzgebungslehre einzurichten. Dieser Vorschlag wurde in der Folge aber nicht weiter verfolgt.

Zum anderen sollte auch die Forschung und der internationale Erfahrungsaustausch auf allen Gebieten der Normsetzung zu einem sachpolitischen Anliegen gemacht werden, und zwar gerade deshalb, weil die Legistik eine primär praktisch orientierte Disziplin ist.

Anmerkungen

1 Zu den Begriffen Legistik, Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungswissenschaften vgl. Klaus Meßerschmidt, Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik, ZJS 2/2008, Seite 111.

2 Vgl. Art.108 bis 112 B-VG.

3 Vgl. Rene Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Die Kunst der Gesetzgebung, Seite 236.

4 Vgl. OGH 1Ob 14/10 f.

5 Vgl. dazu Meßerschmidt, a. a. O. (FN 1), Seite 121.

6 Zur Rolle der Gesetzgebungslehre im juristischen Studium in Deutschland vgl. Meßerschmidt, a. a. O. (FN 1), Seite 112.

Sprache und Recht in
mehrsprachigen Rechtsordnungen –
einige Gedanken
aus schweizerischer Sicht

Von
Daniela IVANOV / Marius ROTH

1. Einleitende Bemerkungen

Die Schweiz ist ein Beispiel eines Zweckbündnisses mehrerer Kulturen, welches nicht zuletzt auf der Partnerschaft zwischen verschiedenen Sprachgemeinschaften beruht.

Im Rahmen unseres anlässlich der 7. Klagenfurter Legistik-Gespräche verfassten Beitrags zum Thema „Wissens- und Fehlermanagement aus schweizerischer Sicht“ haben wir im Zusammenhang mit der Gesetzessprache auch die Mehrsprachigkeit als Besonderheit der schweizerischen Rechtsordnung kurz angesprochen. Der vorliegende Beitrag greift dieses Thema wieder auf; er zeigt auf, welche Bedeutung der Mehrsprachigkeit in der Schweiz zukommt und wie die Rechtsordnung damit umgeht. Dabei wird nicht außer Acht gelassen, dass die friedliche Koexistenz verschiedener Sprachgemeinschaften auf einem relativ kleinen geografischen Raum auch mögliche Konflikte in sich birgt, die die Rechtsordnung vorzubeugen und zu lösen hat (Ziff. 2). Die Mehrsprachigkeit stellt auch den Gesetzgeber vor verschiedene Herausforderungen, die der vorliegende Beitrag ebenfalls in Kürze zu erläutern versucht (Ziff. 3).

2. Die Vielsprachigkeit in der Schweiz

2.1 Die Landessprachen

Die aktuelle Bundesverfassung (BV) von 1999 hält in Art. 4 fest, dass Deutsch, Französisch, Italienisch und Rätoromanisch die vier Landessprachen bilden. Dabei ist die Verteilung dieser Landessprachen sehr unterschiedlich: Betrachtet man nur die Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit, stellt man fest, dass über 72 Prozent Deutsch, etwa 20 Prozent Französisch, 6,5 Prozent Italienisch, während lediglich knapp 0,5 Prozent (rund 35.000 Personen) Rätoromanisch sprechen.¹ Die französischsprachige Bevölkerung lebt hauptsächlich in der Westschweiz oder „Romandie“, die aus den Kantonen Genf, Waadt, Jura, Neuenburg, großen Teilen der zweisprachigen Kantone Freiburg und Wallis sowie einem kleinen Teil des hauptsächlich deutschsprachigen Kantons Bern besteht. Die italienischsprachige Minderheit bewohnt hauptsächlich den südlichen Kanton Tessin sowie Teile des Kantons Graubünden. Die rätoromanische Minderheit lebt im Kanton Graubünden. Die Schweiz setzt sich somit aus 17 deutschsprachigen, 4 französischsprachigen, einem italienischsprachigen sowie aus drei zweisprachigen (Deutsch/Französisch) Kantonen zusammen. Der Kanton Graubünden kennt als einziger drei Amtssprachen, nämlich Deutsch, Italienisch und Rätoromanisch. Die Sprachgrenzen sind nicht immer sehr scharf gezogen, und es kann durchaus vorkommen, dass Kantone, die als einsprachig gelten, Gemeinden haben, in welchen Sprachminderheiten leben.²

Die folgende Darstellung enthält einen Überblick über die aktuelle Verteilung der verschiedenen Sprachgemeinschaften in der Schweiz:



(Quelle: Wikipedia)

Diese eher unausgewogene Verteilung der verschiedenen Landessprachen mag auf den ersten Blick erstaunen, doch wird sie sehr gut nachvollziehbar, wenn man sich den geschichtlichen Kontext anschaut und sich der großen Bedeutung der Vielsprachigkeit als identitätsprägendes Wesensmerkmal der Schweiz bewusst wird: Vor der französischen Revolution war das Gebiet der heutigen Schweiz (offiziell) hauptsächlich einsprachig. Erst nach 1798 fasste die Idee der Dreisprachigkeit Fuß, und bereits die erste Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1848 erklärte die drei „Hauptsprachen“ der Schweiz (Deutsch, Französisch und Italienisch) zu gleichgestellten „Nationalsprachen“ des Bundes (Art. 109). Der Ausdruck „Nationalsprache“ bestand im Übrigen bis 1996, als er durch den Begriff der „Landessprache“ ersetzt wurde. Die formelle Anerkennung des Rätoromanischen als vierte Landessprache erfolgte erst 1938, als die überwiegende Mehrheit der Schweizer Bevölkerung (über 90 Prozent) eine Initiative des Kantons Graubünden über „die Aufwertung des Rätoromanischen“ annahm. Die Anerkennung der vier Landessprachen in der Verfassung ist keineswegs nur von symbolischer Bedeutung; vielmehr verbindet sich damit die Idee der prinzipiellen Gleichbehandlung aller Landessprachen, während die Behörden von Bund und Kantonen verpflichtet werden, die verschiedenen Sprachen zu achten und zu erhalten.³

2.2 Die Amtssprachen

Von den Landessprachen zu unterscheiden sind die sog. Amtssprachen, d. h. jene Sprachen, welcher sich Bürger und Behörden im Umgang miteinander bedienen. Die Bundesverfassung nennt in Art. 70 die deutsche, französische und italienische Sprache als Amtssprachen des Bundes. Im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache ist auch das Rätoromanische Amtssprache des Bundes. Diese Aufwertung des Rätoromanischen als (Teil-)Amtssprache des Bundes erfolgte erst 1996 und ist Ausdruck der im Jahre 1992 vom Bund eingeleiteten „Verständigungspolitik“, welche die Kluft zwischen der deutsch- und der französischsprachigen Schweiz überbrücken sollte. Hintergrund dieser Entwicklung war die Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum EWR-Raum im Rahmen einer Volksabstimmung. Speziell an diesem Resultat war die Tatsache, dass die Kantone der Westschweiz den Beitritt grundsätzlich befürworteten, während die meisten Deutschschweizer Kantone einen solchen weitgehend ablehnten.⁴ Der Bundesrat interpretierte dieses Ergebnis als Gefahr für den inneren Zusammenhang des Landes und beschloss, Massnahmen einzuleiten, um die Situation zu verbessern.⁵

Die drei Amtssprachen des Bundes sind einander grundsätzlich gleichgestellt. Für die Bestimmung der kantonalen Amtssprachen sind die Kantone zuständig. Dabei haben sie gemäss Bundesverfassung auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung der Gebiete und auf die angestammten sprachlichen Minderheiten Rücksicht zu nehmen (Art. 70 Abs. 2 BV). Zweck dieser Gebote ist die Wahrung des Einvernehmens zwischen den Sprachgemeinschaften. In den einsprachigen Kantonen ist die jeweilige Amtssprache jene, die von der Mehrheit der Bevölkerung gesprochen wird. Interessanter ist die Situation in den mehrsprachigen Kantonen, weil dort die Konfliktpotenziale am größten sind (vgl. unten Ziff. 2.3). Eine schweizweit einzigartige Regelung besteht im Sprachengesetz des Kantons Graubünden aus dem Jahr 2006, welches eine umstrittene Bestimmung zum Schutz der Sprachminderheiten enthält: Danach gelten Gemeinden mit einem Anteil von mindestens 40 Prozent von Angehörigen einer angestammten Sprachgemeinschaft als einsprachig und die angestammte Sprache gilt als Amtssprache in der betreffenden Gemeinde (Art. 16 Abs. 1). Die Amtssprache ist gleichzeitig Unterrichtssprache (Art. 19 Abs. 1). Diese Regelung ist deswegen einmalig, weil sie eine klare Beschränkung der Rechte der Mehrheit zu Gunsten der Minderheit enthält und äusserst sensible Lebensbereiche wie der Schulunterricht tangiert.⁶

Schließlich enthält die Bundesverfassung verschiedene Aufträge an Bund und Kantone zur Förderung der Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften zwecks Wahrung des inneren Zusammenhalts und der kulturellen Vielfalt (Art. 70 Abs. 3-5 BV).⁷ Dahinter steht der Gedanke, dass die Partnerschaft zwischen den Sprachgemeinschaften auch das Fundament darstellt, auf welchen die Schweiz aufgebaut wurde, dass aber dieses Fundament auch stets gepflegt und erneuert werden muss.⁸

2.3 Vielsprachigkeit und mögliche Konflikte

Die Koexistenz verschiedener Sprachgemeinschaften verläuft in der Schweiz zwar friedlich, wenn auch nicht immer konfliktfrei. Spannungen bestehen insbesondere zwischen

den zwei größten Sprachgemeinschaften, den Deutsch- und den Westschweizern, weil hier aufgrund deren Größe die kulturellen Unterschiede am deutlichsten zum Ausdruck kommen.

2.3.1 Das Beispiel des Kantons Bern

Ein für Schweizer Verhältnisse kaum vorstellbares Ausmaß erreichte der Konflikt zwischen deutsch- und französischsprachigen Schweizern in den 60er Jahren im Gebiet Jura: Nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelte sich in diesem verhältnismäßig kleinen französischsprachigen Teil des Kantons Bern eine separatistische Bewegung, die die Unabhängigkeit des Juras vom Kanton Bern forderte. Auslöser für diese Eskalation war die Weigerung des deutschsprachig-dominierten Berner Kantonsparlaments, einem französischsprachigen Politiker das Bau- und Bahndepartement anzuvertrauen, mit der Begründung, dieses sei zu wichtig, um es einem französischsprachigen Regierungsmitglied zu überlassen. Nachdem es in den 60er Jahren zu einer Eskalation der Gewalt mittels Sprengstoffanschlägen kam, wurde der französischsprachige Teil der Region Jura in den 70er Jahren vom Kanton Bern abgespalten, was zur Gründung des Kantons Jura führte.⁹ Nach wie vor lebt aber eine französischsprachige Minderheit im Kanton Bern, die gegenüber der deutschsprachigen Mehrheit sehr hohe Privilegien genießt.¹⁰ Sie ist der einzige Grund, weshalb der Kanton Bern heute als zweisprachig gilt. Die sog. „Jura-Frage“ ist bis heute nicht gelöst, denn es bestehen weiterhin (allerdings gewaltlose) Bestrebungen, das gesamte französischsprachige Gebiet des Kantons Bern in den Kanton Jura einzugliedern.

Derartige Ereignisse sind glücklicherweise äußerst selten. Die Probleme, mit denen zweisprachige Kantone konfrontiert sind, fließen in erster Linie aus dem sog. Territorialitätsprinzip. Darauf soll im Folgenden kurz eingegangen werden.

2.3.2 Die Bedeutung des Territorialitätsprinzips

Wie bereits erwähnt, räumt die Verfassung den Kantonen die Befugnis ein, unter Beachtung der Verfassungsvorgaben ihre Amtssprachen festzulegen (Art. 70 Abs. 2 BV). Diesem auch als „Territorialitätsprinzip“ bezeichneten Grundsatz liegt der Gedanke zugrunde, dass sich eine Sprache nur entfalten kann, wenn sie über einen eigenen geschützten Raum verfügt. Durch die Festlegung einer Amtssprache soll eine gewisse Homogenität der überlieferten Sprachgebiete gewährleistet werden; den Kantonen ist es verboten, die herkömmlichen Sprachgrenzen der Sprachgebiete bewusst zu verschieben, wobei Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen, seine Muttersprache zu gebrauchen, bewusst in Kauf genommen werden¹¹. Dies führt schließlich dazu, dass die Amtssprache zu einem „Instrument des kollektiven Sprachenschutzes“ innerhalb eines bestimmten Gebiets schlechthin wird¹².

Das „Territorialitätsprinzip“ kann in den mehrsprachigen Kantonen zu verschiedenen Spannungen führen. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen: Das erste betrifft die Festlegung der Unterrichtssprache (lit. a), das zweite die Verfahrenssprache (lit. b). In beiden Fällen kann die Festlegung der Amtssprache einschneidende Konsequenzen haben, denn

es werden sowohl individuelle Rechte (z. B. die Sprachenfreiheit, die in Art. 18 BV gewährleistet wird) wie auch Verfahrensrechte tangiert.

a) Die Unterrichtssprache

Die Zuständigkeit der Kantone, ihre Amtssprache(n) festzulegen, schließt auch die Befugnis ein, die jeweilige(n) Unterrichtssprache(n) zu bestimmen. In der Regel gilt in Gemeinden, in denen nur eine Sprache gesprochen wird oder eine Mehrheit der Einwohner die nämliche Sprache spricht, eine einzige Sprache als Unterrichtssprache. Daraus folgt, dass Kinder, deren Muttersprache eine andere Landessprache ist, in der Sprache der Mehrheit unterrichtet werden müssen. Eltern, die wünschen, dass ihre Kinder dennoch in ihrer Muttersprache unterrichtet werden, bleibt als einziger Ausweg, die Behörden um die Zulassung zur Schule in einer anderen Gemeinde zu ersuchen. Allerdings werden die Eltern in solchen Fällen die daraus entstandenen Kosten (Schulgeld, Mittagsverpflegung etc.) selber tragen müssen.¹³ Auch ist nicht sichergestellt, dass die zuständigen Behörden der Wohngemeinde einem Gesuch um auswärtigen Schulbesuch in jedem Fall zustimmen werden. In derartigen Konstellationen spielt insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine zentrale Rolle: So hat das Bundesgericht es als unverhältnismäßige Einschränkung der Sprachenfreiheit erachtet, wenn eine Gemeinde darauf beharrt, dass ein Kind einer sprachlichen Minderheit auf ihrem Hoheitsgebiet eingeschult wird, obwohl sich eine andere Gemeinde freiwillig bereit erklärt hat, das Kind aufzunehmen und die Eltern die daraus entstandenen Kosten tragen.¹⁴ Die neuere Praxis tendiert dazu, zumindest in traditionell zwei- oder mehrsprachigen Gebieten einen Anspruch auf Schulunterricht in einer oder mehreren traditionellen Sprachen einzuräumen, sofern dies nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung der Gemeinden führt.¹⁵ Dies bedeutet allerdings keine generelle Verpflichtung der Gemeinden, Kindern sprachlicher Minderheiten den Besuch der Schule in ihrer eigenen Muttersprache zu ermöglichen.

b) Verfahrenssprache

Ein weiterer Bereich, in welchem die Amtssprachenregelung von zentraler Bedeutung ist, stellt das Verfahrensrecht dar. Die zwei- und mehrsprachigen Kantone bestimmen in ihrer Verfahrensgesetzgebung die Verfahrenssprache(n) je nach Gemeinde bzw. Bezirk. Auch diese Regelungen können zu Benachteiligungen von Sprachminderheiten führen. Komplexer ist die Rechtslage in Gemeinden, die selber mehrsprachig sind. Die Rechtsvorschriften über das Verfahren in zivil-, straf- sowie verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten treffen zwar Regelungen über die Verfahrenssprache¹⁶, doch können diese in der Praxis die Betroffenen unter Umständen hart treffen. Dies kann anhand des folgenden Beispiels gezeigt werden: Ein Autofahrer deutscher Muttersprache verursachte einen Verkehrsunfall auf dem Gebiet der Stadt Freiburg, die zwar in einem zweisprachigen Kanton liegt und über eine deutschsprachige Minderheit verfügt, deren Amtssprache jedoch Französisch ist. In der Folge ersuchte der Autofahrer die Behörden darum, das Untersuchungsverfahren auf Deutsch zu führen, da er der französischen Sprache nicht mächtig

war. Weil die französischsprachige Geschädigte auf der Verwendung des Französischen beharrte, obwohl ihr ein Verfahren auf Deutsch hätte zugemutet werden können und die Behörden auf die Durchführung von Verfahren in deutscher Sprache eingerichtet gewesen wären, wurde das Begehren abgelehnt und die starre Amtssprachenregelung angewendet. Nach einer umfassenden Abwägung der Interessen beider Parteien am Gebrauch ihrer eigenen Muttersprache schützte das Bundesgericht den Entscheid der Behörden des Kantons Freiburg, wobei der Bagatelldarakter der Angelegenheit eine wichtige Rolle bei der Entscheidungsfindung gespielt haben dürfte.¹⁷

3. Die Gleichwertigkeit der Amtssprachen und deren Auswirkungen auf die Legistik

3.1 Die Veröffentlichung der Rechtsvorschriften

Die Gleichwertigkeit der verschiedenen Amtssprachen wirkt sich auch auf die Legistik aus: Die Rechtsvorschriften des Bundes sowie jene der mehrsprachigen Kantone müssen in sämtlichen Amtssprachen kundgemacht (publiziert) werden.¹⁸ Auf Bundesebene wird dieser Grundsatz in Art. 14 des Publikationsgesetzes (PublG; 170.512) verankert und in Art. 10 des Sprachengesetzes (SpG; 441.1) bestätigt. Der Grundsatz gilt für alle drei Publikationsorgane des Bundes, die Amtliche Sammlung (AS), die Systematische Sammlung (SR) sowie das Bundesblatt (BBl), und erfasst sowohl die gedruckte als auch die elektronische Fassung derselben. Alle drei Sprachfassungen sind einander gleichgestellt und somit in gleicher Weise verbindlich.

Der Grundsatz der Gleichrangigkeit der Sprachfassungen bedeutet, dass bei allfälligen Differenzen zwischen den Sprachversionen keine Sprachfassung gegenüber den anderen privilegiert werden darf. Vielmehr wird der Rechtsanwendung überlassen, durch Auslegung jene Sprachfassung zu ermitteln, die dem Willen des Gesetzgebers am besten entspricht. Dabei darf keine Rolle spielen, wie und wann die betreffende Sprachfassung zustande gekommen ist, namentlich ob es sich um eine Übersetzung handelt, die erst nach dem Beschluss der jeweiligen Rechtsvorschrift durch das Parlament entstanden ist. Auch muss die italienische Fassung einer Rechtsvorschrift in gleicher Weise berücksichtigt werden wie die anderen beiden Sprachversionen.¹⁹

Damit die Gleichstellung der verschiedenen Sprachfassungen kein toter Buchstabe bleibt, ist deren gleichzeitige Veröffentlichung sicherzustellen. Dazu zählt Art. 31 der Publikationsverordnung des Bundes (PublV; 170.512.1) verschiedene Instrumente auf²⁰.

Die Publikation rätoromanischer Texte erfolgt nach Art. 15 SpG, welcher vorsieht, dass Rechtsvorschriften (Erlasse) des Bundes von besonderer Tragweite sowie Unterlagen für eidgenössische Wahlen und Abstimmungen auch in rätoromanischer Sprache veröffentlicht werden.

Eine Besonderheit besteht in Bezug auf Staatsverträge des Bundes: Die maßgebende Fassung bestimmt sich nach deren Bestimmungen (Art. 9 Abs. 2 PublG). In der Regel werden diese Texte jedoch auch in den drei Amtssprachen der Schweiz übersetzt und veröffentlicht, und es ist – soweit möglich – eine authentische Fassung in einer Amtssprache

der Schweiz abzufassen (Art. 32 Abs. 1 PublV). Zusätzliche Publikationen in weiteren authentischen Sprachfassungen, die in der Schweiz aber nicht als Amtssprache gelten, werden – im Gegensatz beispielsweise zu Österreich – nicht zur Verfügung gestellt, obwohl dies einen wesentlichen Beitrag zur Auslegung leisten könnte.²¹

Ähnlich verhält es sich mit der Veröffentlichung der Rechtsnormen in den zweisprachigen Kantonen Bern, Freiburg und Wallis: Die Rechtsvorschriften werden grundsätzlich gleichzeitig in beiden Amtssprachen (Deutsch/Französisch) publiziert, wobei beide Sprachfassungen in gleicher Weise maßgebend sind. Einzig im Kanton Graubünden wird die deutsche Sprache gegenüber den beiden anderen nach wie vor bevorzugt, obwohl die Kantonsverfassung von 2004 die grundsätzliche Gleichrangigkeit aller drei Sprachen vorsieht.²²

3.2 Das Verfassen mehrsprachiger Texte

Die Rechtssprache ist ebenfalls eine Sprache, deren Besonderheit darin liegt, dass sie Elemente der Alltagssprache mit einer fachspezifischen Terminologie verbindet. Es kommt jedoch auch vor, dass alltägliche Begriffe im Sprachgebrauch des Legisten eine ganz andere Bedeutung erlangen und für den einfachen Bürger nicht mehr nachvollziehbar bzw. missverständlich sind. Grundsätzlich kennt jede Rechtsordnung bzw. -kultur eine eigene Rechtssprache. Mehrsprachige Rechtsordnungen werden vor die Aufgabe gestellt, verschiedene Rechts- und Wertvorstellungen miteinander zu verbinden, mit dem Zweck, Rechtsnormen zu erstellen, die durch jede Sprachgemeinschaft – ungeachtet ihres kulturellen Hintergrunds – verstanden, akzeptiert und befolgt werden.

In der Schweiz wird grundsätzlich eine klare, möglichst einfache Rechtssprache gepflegt, ganz im Sinne von Eugen Huber, dem Vater des Schweizer Zivilgesetzbuches.²³ Verständliche, bürgernah geschriebene Gesetze erhöhen die Akzeptanz des Rechts und fördern den Abbau sprachlicher Barrieren zwischen Behörden und Rechtsunterworfenen. Dies ist insbesondere in mehrsprachigen Rechtsordnungen, die auf der Gleichwertigkeit sämtlicher Sprachfassungen beruhen, von Vorteil.

Beim Verfassen mehrsprachiger Texte kommt meistens die klassische Methode der Übersetzung zur Anwendung: Der jeweilige Text wird zunächst in einer Amtssprache verfasst und anschließend in die andere(n) übersetzt. Weitere Methoden wie z. B. die Koredaktion, wo ein Text gleichzeitig von zwei Personen in verschiedenen Amtssprachen redigiert wird, kommen zwar auch auf Bundesebene zur Anwendung²⁴, doch sind sie in der Praxis – wohl aufgrund des zusätzlichen zeitlichen und personellen Aufwands – weniger verbreitet.²⁵ Gute Erfolge mit solchen Methoden können insbesondere dann erzielt werden, wenn die für die Ausarbeitung des Entwurfs zuständigen Gremien paritätisch, d. h. aus Vertretern allen involvierten Sprachen, zusammengesetzt sind und ihre Mitglieder alle Sprachen beherrschen.²⁶

Die klassische Methode hat den Nachteil, dass die materielle und formelle Konkordanz der verschiedenen Amtssprachen unter Umständen nur in ungenügender Weise gewährleistet wird, da eine Übersetzung naturgemäß nicht immer in der Lage sein wird, den Sinn und Geist des Originals wiederzugeben. Die Gründe dafür können beispielsweise

in der Mehrdeutigkeit ein und desselben Begriffs liegen oder in der Schwierigkeit, Begriffe zu finden, die einander in sämtlichen Sprachfassungen entsprechen. Auch gilt es zu berücksichtigen, dass eine bestimmte Sprache auch Ausdruck eines bestimmten Rechtssystems bzw. einer bestimmten Rechtsauffassung darstellt, weshalb es wichtig wäre, dass die Sprachminderheiten ihre Anliegen so früh wie möglich in den Rechtsetzungsprozess einbringen könnten und nicht erst in der Schlussphase, in welcher eine Übersetzung üblicherweise erfolgt. Insbesondere im Kontext der internationalen Verträge mit zahlreichen Parteien unterschiedlichster Rechtskulturen ist das Problem der Übersetzung besonders heikel.²⁷ Die frühestmögliche Übersetzung bietet aber auch die Chance, Schwächen des Originaltextes zu erkennen. Wird diese genutzt, namentlich indem der Übersetzer beim Feststellen missverständlicher Formulierungen sofort den Kontakt zum Autor des Originaltextes sucht, können allfällige Unklarheiten und gegebenenfalls der Originaltext selbst präzisiert werden. Wird dies allerdings nicht gemacht, besteht die Gefahr, dass der Übersetzer die Unklarheiten zwar erkennt, sich jedoch für eine eigene Interpretation entscheidet, die möglicherweise vom Sinn und Geist des Originaltextes abweicht.²⁸

Schließlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Übersetzung in aller Regel nicht besser sein kann als das Original: Ist der Ausgangstext schwerfällig, missverständlich oder unpräzise, kann daraus kaum eine klare Übersetzung entstehen, die Sinn und Geist des Gesetzes korrekt wiedergibt. Gerade die Verwendung einer klaren, bürgernahen Rechtssprache kann sich in mehrsprachigen Rechtsordnungen positiv auswirken, weil dadurch die Qualität der Originalfassung, die als Vorlage für die anschließenden Übersetzungen dient, verbessert wird und die Übersetzungsarbeiten erleichtert werden.²⁹ Besonders aktuell ist die Problematik mehrsprachiger Rechtsetzung in der Europäischen Union mit Blick auf den Entwurf von Rechtssätzen, die innerhalb des gesamten europäischen Raums zur Anwendung gelangen sollen: Die EU kennt mittlerweile 23 Amtssprachen, die – wie in der Schweiz – einander gleichgestellt sind. Die Rechtstexte der Union müssen in allen Amtssprachen veröffentlicht werden, wobei sämtliche Sprachfassungen gleichwertig sind.³⁰ Die kulturell bedingten Differenzen zwischen den Sprachgemeinschaften sowie die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtssystemen sind innerhalb der EU naturgemäß um einiges größer als innerhalb der Schweiz. Diesem Umstand müsste beim Erlass von EU-Recht besonders Rechnung getragen werden. Dies ist allerdings nicht häufig der Fall, da die Erzeugung der Rechtstexte in der Regel nur auf Englisch oder Französisch erfolgt. In der Praxis werden Rechtssätze nur in der Sprache der Kommission (meistens Englisch) entworfen, was die Gefahr der Benachteiligung des quantitativ betrachtet größten Sprachraums und dessen unterschiedlichen Kulturen zu Gunsten des Rechtsordnungsdenkens eines oder weniger Mitgliedsstaaten birgt. Deshalb wird auch in Bezug auf das EU-Recht eine ausgewogene Berücksichtigung zumindest der größten Rechtssprachen und damit Rechtskulturen ab der Entwurfsphase in der Kommission postuliert.³¹

3. Schlussfolgerungen

Die Schweiz erfreut sich einer langen Tradition des friedlichen Zusammenlebens mehrerer Sprachgemeinschaften auf einem vergleichsweise kleinräumigen Gebiet. Die Vielsprachigkeit wird bewusst gepflegt und gefördert, im Wissen darum, dass sie eine wichtige Grundlage für den inneren Zusammenhang bildet. Sowohl auf Bundesebene wie auch in den zwei- und mehrsprachigen Kantonen wird großer Wert auf die Gleichbehandlung der verschiedenen Sprachen gelegt, unabhängig davon, wie viele Einwohner konkret eine bestimmte Sprache benutzen. Die Gleichbehandlung äußert sich insbesondere auch im Bereich der Gesetzgebung: Die Rechtsvorschriften eines Gemeinwesens müssen in allen Amtssprachen desselben vorliegen und veröffentlicht werden, wobei sämtliche Sprachfassungen in gleicher Weise verbindlich sind. Es ist sodann Aufgabe der Rechtsanwendung, im Konfliktfall jene Fassung zu bestimmen, die die Absicht des Gesetzgebers am besten wiedergibt.

In einem mehrsprachigen Rechtsraum muss man sich stets vor Augen halten, dass die Sprache immer auch Ausdruck einer Kultur ist. Auch mit der Rechtssprache kann ein unterschiedliches Rechtsverständnis verbunden werden, welches mit bloßer Übersetzungsarbeit nicht wettgemacht werden kann. Die Gleichstellung verschiedener Sprachen bedeutet, dass Angehörige sämtlicher Sprachgruppen als vollwertige Partner wahrgenommen und mit demselben Respekt behandelt werden müssen. Für den Gesetzgeber bedeutet dies – in den Worten von Werner Hauck³² – dass „wer immer rechtliche Regelungen für einen Raum schafft, der mehrere Sprachgemeinschaften beherbergt, sich bewusst sein [muss], dass diese Gemeinschaften unterschiedliche Persönlichkeiten sind, die als Partner mit gleicher Augenhöhe wahrgenommen werden wollen und den Willen haben, als Gleichberechtigte neben den anderen zu bestehen und mit ihnen gemeinsam den Raum und die Lebensbedingungen zu gestalten (...) Jede Norm im mehrsprachigen Raum muss deshalb auf einem tiefen, soliden Respekt vor jeder beteiligten Sprachgemeinschaft gründen, und sie muss dazu beitragen, dass sich zwischen diesen Gemeinschaften eine gute, verbindende und tragende Praxis im täglichen Leben herausbildet.“³³

Literatur

- Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007.
- Burr Isolde, Linguistische Aspekte zu authentischen mehrsprachigen Texten, in: AJP 2009, S. 750–760.
- Hauck Werner, Regulierung in einer mehrsprachigen Rechtsordnung, in: AJP 2009, S. 740–749.
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008.
- Hug Elisabeth, Vereinheitlichung des Prozessrechts – Bericht aus der Redaktionsstube, in: LeGes 2008, S. 9–30.
- Kägi-Diener Regula, Art. 70 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2008.
- Kölz Alfred, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 2004.
- Müller-Graff Peter Christian, Gestaltung und Gestalt der europäischen Rechtsetzung, in: EuZ 2010, S. 82–94.
- Previtali Adriano, Sprachengesetz des Kantons Graubünden, in: Newsletter des Instituts für Föderalismus der Universität Freiburg, Juni 2007.
- Roth Marius, Die Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Diss. Bern, Zürich 2011.
- Roth Marius / Ivanov Daniela, Wissens- und Fehlermanagement aus schweizerischer Sicht, in: „Bildungsprotokolle“, Band 18, 7. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2009, Klagenfurt 2010, S. 33–51.
- Schöll Michael, Regulierung in einer mehrsprachigen Rechtsordnung, in: AJP 2009, S. 761–762.

Anmerkungen

- 1 Ergebnisse der Volkszählung 2000, Einwohner nach Hauptsprache, in: Statistisches Jahrbuch 2004.
- 2 Dazu Biggini, Rz. 8 zu Art. 70, betreffend die Kantone Tessin und Jura.
- 3 Vgl. Biaggini, Rz. 1 ff. zu Art. 4.
- 4 Die Volksabstimmung fand am 6. Dezember 1992 statt. Sie wurde von sämtlichen Kantonen der Westschweiz mit teilweise überwiegenden Mehrheiten (80 Prozent im Kanton Neuenburg) angenommen, von den meisten Deutschschweizer Kantonen und dem Tessin jedoch abgelehnt.
- 5 Einzelheiten bei Kägi-Diener, Rz. 1 ff. zu Art. 70.
- 6 Vgl. dazu Previtali, S. 1 ff.
- 7 Vgl. auch Biaggini, Rz. 12 ff. zu Art. 70.
- 8 In diesem Sinne Hauck, S. 741.
- 9 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Kölz, S. 458 ff.
- 10 Vgl. Gesetz über das Sonderstatut des Berner Juras und über die französischsprachige Minderheit des zweisprachigen Amtsbezirks Biel (Sonderstatutgesetz, SStG; 102.1): Das Gesetz möchte die Voraussetzungen schaffen, damit die Bevölkerung des Berner Juras ihre Identität bewahren sowie ihre sprachliche und kulturelle Eigenart stärken kann.
- 11 Vgl. z. B. BGE (Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts) 100 Ia 462, 466 und 122 I 236, 239.
- 12 So Kägi-Diener, Rz. 20 ff. zu Art. 70.
- 13 Vgl. BGE 100 Ia 462 in Bezug auf ein Kind rätoromanischer Muttersprache, das in einer deutschsprachigen Gemeinde des Kantons Graubünden lebte und deshalb ein Gesuch einreichte, die Schule in einer benachbarten Gemeinde besuchen zu dürfen. Zwar wurde das Gesuch bewilligt, doch weigerten sich die Behörden der Wohngemeinde, die daraus entstandenen Kosten zu übernehmen. Eine gegen diesen Entscheid durch die Eltern erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht zwar ab, rügte jedoch gleichzeitig die Behörden von Kanton und Gemeinde, weil sie keine Mittel und Wege gefunden hatten, um im Interesse der Erhaltung der romanischen Sprache den Anliegen der Bevölkerung besser Rechnung zu tragen.
- 14 Vgl. BGE 122 I 236.
- 15 BGE 125 I 347, 359.
- 16 Vgl. z. B. Art. 40 des Organisationsgesetzes des Kantons Bern (152.01) betreffend die zweisprachige Verwaltungsregion Seeland sowie das Dekret über die Gerichtssprachen (161.13); ferner Art. 36 ff. des Freiburger Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (150.1).
- 17 BGE 121 I 196.
- 18 Die Mehrsprachigkeit muss jedoch bereits während des Gesetzgebungsverfahrens eingehalten werden; so müssen beispielsweise die meisten parlamentarischen Unterlagen sowie die Materialien, die im Gesetzgebungsprozess anfallen, in beiden Sprachen vorliegen; vgl. für den Kanton Freiburg Art. 11 des Reglements über die Ausarbeitung der Erlasse (122.0.21).
- 19 Vgl. Häfelin/Haller/Keller, Rz. 95; in der Praxis existieren konkrete Beispiele, in welchen das Bundesgericht der italienischen oder französischen Sprachfassung den Vorrang gegenüber der deutschen Sprachfassung eingeräumt hat, so z. B. BGE 129 I 402: In diesem Fall stellte sich die Frage, ob für einen verspäteten medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch ein einziges ärztliches Gutachten reiche oder ob eine Zweitbeurteilung verlangt werden dürfe. Während die französische und italienische Fassung der maßgebenden Rechtsnorm eine Zweitbegutachtung auszuschließen schienen, war die Formulierung der deutschen Fassung offener. Das Bundesgericht gelangte schließlich zum Schluss, dass die französische und italienische Fassung den wahren Sinn der Rechtsnorm wiedergeben; vgl. ferner vgl. BGE 129 II 114, 118 ff.
- 20 Im Einzelnen Roth, S. 67 f.
- 21 Roth, S. 70 f.
- 22 Roth, S. 73 f.; vgl. zum Ganzen auch Roth/Ivanov, S. 33 ff.
- 23 Vgl. ausführlich Roth/Ivanov, S. 35 ff.
- 24 Vgl. Hug, S. 11, in Bezug auf Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen des Bundes.
- 25 Dazu Roth/Ivanov, S. 34.
- 26 Vgl. auch RFJ (Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung) 2005, S. 94 f.
- 27 Zur Problematik der Übersetzung vgl. die Beispiele von Schöll, S. 1 f.

- 28 Vgl. Hauck, S. 747; vgl. als Beispiel BGE 125 II 192, 196 ff.: Der Fall betraf eine gesetzliche Bestimmung, deren deutscher Wortlaut unklar war; die darauf gestützte italienische Übersetzung schien demgegenüber eindeutig zu sein. Das Bundesgericht stellte jedoch fest, dass die Übersetzung falsch war; der Übersetzer hatte offenbar die Unklarheiten des Originaltextes eigenmächtig präzisiert.
- 29 Vgl. die Kritik von Hauck betreffend die EU-Richtlinien, die er als kompliziert und unübersichtlich erachtet, was sich negativ auf die Qualität der Übersetzungen auswirke; S 742 f.
- 30 Burr, S. 758.
- 31 Vgl. Müller-Graff, S. 91.
- 32 Dr. Werner Hauck ist ehemaliger Leiter der Zentralen Sprachdienste der Bundeskanzlei und gilt als unermüdlicher Verfechter verständlicher Gesetze.
- 33 Hauck, S. 740 f.

Das politische Denken

Von
Karl GARNITSCHNIG

Die beliebte, aber auch zur Mode gewordene unbedachte Äußerung, ein zu definierender Begriff hätte einen so großen „semantischen Raum“, dass nur ein Verweis auf die „Vielfalt der Phänomene“ (Goldschmidt 1999, S. 1270) bliebe, die ihn bezeichnen, führt uns nicht nur, aber besonders, was das Politische betrifft, nicht weiter, denn wer politisch tätig ist, ist gehalten, Entscheidungen zu treffen, und dies erfordert eine Entscheidung speziell bei Sachverhalten, die unentscheidbar (Förster 1993, S. 60–83) zu sein scheinen. Ursprünglich eindeutig im Zusammenhang mit dem Staatswesen der griechischen Polis entstanden, wird er in der heutigen Bedeutung von jeder Art. strategischem bzw. zielgerichtetem Handeln verstanden. Darum ging es aber auch bei den Griechen. Platon und Aristoteles fragen nach dem Ziel des Staates und definieren es eindeutig auf das Glück, die Glückseligkeit der Bürger, der Polites, gerichtet und wie diese durch ein edles und tugendhaftes Leben erreicht werden kann. Die Regierenden haben dann die Aufgabe, den Staat so einzurichten, dass die Tugend der Bürger gefördert würde.

Dolf Sternberger (1978, S. 383, zit. nach Goldschmidt 1999, S. 1270) hat drei Dimensionen der Politik hervorgehoben.

1. Politik als das öffentlich Gemeinsame, die bürgerliche Verfassung, die die Ordnungsprinzipien enthält, durch die der Staat als aufzubauen gedacht wird.
2. „Politik als subjektives Kalkül, als kluge Ausübung von Führung und Herrschaft, als schlaue Planung der Mittel zum vorteilhaften Zweck des Handelns.“
3. Politik als „gesellschaftliche Veränderung und als diejenige Art. Tätigkeit, welche diesen Vorgang auflöst (es müsste wohl auslöst heißen) fördert und antreibt“.

Man kann diese Dimensionen auch kurz als 1. institutionelle, 2. strategische und 3. intentionale Bedeutung des Politischen bezeichnen. Diese Unterscheidungen sind nützlich, bleiben aber abstrakt, wenn nicht das Bewusstsein der handelnden Personen einbezogen wird.

In unserer unübersichtlich gewordenen Gesellschaft, in der Individuen entweder zu einer neuen Bewusstheit kommen und zu handelnden Agenten der gesellschaftlichen Organisation und Veränderung werden oder der Normierung des Sich-Verhaltens verfallen, wie Hannah Arendt (1981, S. 41) schreibt, und eine globale Gesellschaft entsteht, bedarf es um so klarerer politischer Vorstellungen, wohin sich die Gesellschaft entwickeln soll. Da man den Politikern nicht mehr traut, sie sich und die Politik wirtschaftlichen Interessen unterordnen (Goldschmidt 1999, S. 1287), entstand eine Zivilgesellschaft, die politisch voraus denkt, während die Politiker sich strategisch an der Macht zu halten mühen.

Das öffentliche Leben ist zurzeit sehr gefährdet (Terrorismus, wachsende Kriminalität, Armut und Armutsgefährdung), und man hat nicht den Eindruck, die Regierenden hätten Mittel in der Hand oder wären willens, diesen Entwicklungen zu begegnen. Es ist überhaupt die Frage, in welche Bereiche sich der Staat einmischen soll und wo er bloß Ressourcen bereitstellen soll, damit sein Geistes-, Rechts- und Wirtschaftsleben gedeihen kann.

Man wird Politik spezifisch so verstehen, wie man den Menschen auffasst und welches Ziel man seinem Leben zuschreibt. Ob man, um mit Thomas Hobbes' (1588–1679) „Leviathan“ zu sprechen, das eine Extrem *homo homini lupus* oder das andere Extrem *homo homini deus* annimmt, wird man Politik völlig anders konzipieren. Der wesentliche Unterschied in der Konstruktion von Staatssystemen besteht eben darin, ob man dem Menschen das Potential zugesteht, er würde aus freier Selbstbestimmung das Recht der anderen anerkennen, oder gar, er wolle das Glück der anderen, wie es Kant in seiner *Metaphysik der Sitten* (1997) ansetzt, oder Menschen haben eine so große Furcht voneinander, dass nur eine einschränkende (staatliche) Macht den „Krieg aller gegen alle“ verhindern könne, wie es Hobbes (2010, S. 115) voraussetzt. Gesteht man dem Menschen Selbstbestimmung zu und glaubt man, er werde sie im Sinne der Gleichheit aller benutzen, wird man Politik anders konzipieren. Nach Kant muss Freiheit/Selbstbestimmung des Menschen angenommen werden, sonst wäre Politik ein leerer Gedanke. Denn ein moralisches Gesetz und ein Rechtsbegriff ohne Freiheit „müsste auf dem „bloßen Mechanismus der Natur“ bauen (Kant 1961, S. 55). Für Kant genügt auch nicht „das Wollen *aller einzelnen Menschen* in einer gesetzlichen Verfassung nach Freiheitsprinzipien zu leben . . . , sondern dass *alle zusammen* diesen Zustand wollen“ (a. a. O., S. 54). Man denkt dabei an die Unterscheidung zwischen der *volonté de tous* und der *volonté generale* bei Jean Jacques Rousseau (2008). Selbstbestimmung darf aber auch nicht wie so oft mit der Annahme verbunden werden, dass Willkür und Chaos die Folge wären, würde jeder sich selbst bestimmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich selbst bewusste Menschen erkennen, dass sie allein nicht leben können und dass zu einem guten Leben wechselseitige Anerkennung nötig ist.

Politik und Bewusstsein

Bewusstsein/Selbstbewusstsein hat sich aber erst entwickelt. Je nachdem nun, welches Bewusstsein in einer Zeit bei einem Philosophen gegeben ist, wird er auch Politik, wie überhaupt Philosophie, in bestimmter Weise konzeptualisieren. Es ist daher sinnvoll, die politischen Theorien mit der Entwicklung des Bewusstseins in Zusammenhang zu bringen. Beginnen wir mit der mythischen Zeit der Griechen, in der das Geschehen durch die Götter oder die unabwendbare *Moirai* gelenkt war. Der Mensch ist dieser Lenkung total ausgeliefert, das Schicksal wirkt unabwendbar. Erst in der Zeit, die Karl Jaspers (1971, S. 80) die „Achsenzeit“ nennt, entwickelt sich das Denken, es entstehen die Dialoge Platons und seine *Politeia* (428/27–348/47) und Aristoteles' (384–322) Physik, Metaphysik, seine Logik, Nikomachische Ethik und seine Schriften zur Politik. Die Gedanken bleiben aber an die Dinge gebunden, das politische Leben an die Polis oder das jeweilige Staatsgebilde. Von diesem wird versucht, einen Begriff zu finden. Die Ideen sind bei Plato an die Dinge gebunden bzw. erinnert man sich ihrer im Anblick der Dinge, während Aristoteles dem richtigen Denken nachgeht und die Erfahrung einbezieht. Am Herstellen des Glücks oder des Guten sind aber nicht die Bürger, sondern der Staat maßgeblich beteiligt.

1. Erwachendes Denken

Platon fragt in seinem politischen Hauptwerk nach dem „gerechten Staat“. Die Polis entsteht, weil niemand sich selbst allein genügt, sondern zu seinem Glück vieler bedarf. Jeder soll das tun, wozu er am besten geeignet ist, und es dürfe niemand etwas tun, wozu er nicht befähigt ist. Aufgabe und oberster Zweck der Politik ist eine gerechte Führung der Polis. Sie erfordere die Erkenntnis des Guten, Besonnenheit und Tugend. Politik sei damit das Geschäft der Philosophen (Platon 1959, 6. Buch).

Nach Aristoteles ist Ziel der Politik die „Glückseligkeit aller“ und deren Autarkie. Was er unter Glückseligkeit versteht, hat Aristoteles in seiner Nikomachischen Ethik (1983) untersucht. Er definiert sie als „ein vollkommener Gebrauch der Tugend“ in einer „unbedingten Weise“. Interessant ist, wie er „unbedingt“ und „bedingt“ definiert. Er bezeichnet das Bedingte als das „Unentbehrliche“ für einen bestimmten Zweck und das Unbedingte als das Schöne, welches das Edle in sich trägt. Als Beispiel führt er gerechte Strafen an, die bedingungsweise sind, denn es wäre besser, solche Strafen nicht nötig zu haben (vgl. Rüegg 1980, S. 520). Tugendhaftigkeit könne aber in einem Staat nur herrschen, wenn alle „an der Verfassung teilhabenden Bürger [und daran sollen alle Bürger teilhaben] tugendhaft sind“ (a. a. O., S. 520). Tugendhaft könnten sie durch Anlage, Gewohnheit und Einsicht oder durch Vernunft werden. Der Staat müsste nun so eingerichtet werden, dass die Bürger in ihr Tugend erlernen können. Wenn nun der Staat die Gemeinschaft von Bürgern zum Ziel eines glückseligen und edlen Lebens ist, dann hat der einen größeren Anteil am Staat, der mehr dazu beiträgt, dass die Tugend sich mehrt, und nicht jener, der reicher ist. Der einzelne wird betrachtet als Mitglied der Polis oder eines Staates und was er dazu beiträgt, noch nicht aber als ein sich selbst bestimmendes Individuum.

2. Erlebtes Selbstbewusstsein

Nach dem Erwachen des eigenen Gedankenlebens bei den Griechen wird mit dem Christentum das Selbstbewusstsein erlebt (Jeder ist unmittelbar zu Gott, das Reich Gottes ist in Euch), wenn auch noch lange unterdrückt und noch nicht gedanklich erfasst (vgl. dazu Steiner [1985, S. 29]). Alle sollen zum bonum commune beitragen, und der Staat hat nur in Situationen und Bereiche einzugreifen und hat nur dann zu unterstützen, wenn die einzelnen es nicht vermögen – Subsidiaritätsprinzip.

3. Das sich reflektierende bewusste Subjekt

Das Denken wird nun als das Ureigene des Menschen gesehen, wohl am deutlichsten bei René Descartes (1596–1650) in seinem „ich denke, also bin ich“ (1948, S. 81) ausgedrückt. Der Mensch prüft sein Denken auf seinen Wirklichkeitscharakter hin. Obwohl der Mensch weitgehend in seine Traditionen eingebunden ist, fängt er an, sich seines Denkens zu bedienen. Man ist nicht mehr einem Herrscher untertan. Wenn man ihm auch alle Macht einräumt, so ist doch auch dieser an Recht und Ordnung gebunden.

Nach Jean Bodin (1529–1596) ist der Staat durch eine Rechtsordnung gekennzeichnet, aber da er dem Fürsten wie vor ihm Niccolò Machiavelli (1469–1527) im *Il Principe* (Der Fürst, 2010) und später Hobbes im *Leviathan* (2010) die höchste Gewalt zuspricht, kann er sie aus seiner Souveränität jeweils ändern. Aber auch er unterliegt dem „Gesetz Gottes und der Natur“ (Goldschmidt 1999, S. 1275). „Der wohlgeordnete, an der Gerechtigkeit orientierte Staat ... hat die Pflicht, diese höheren Gesetze, zu denen auch das Eigentumsrecht gehört, zu achten.“ (ebd.)

Thomas Hobbes (1588–1679) schießt sich auf die Verhinderung von Bürgerkriegen ein. Diese vermöge nur der Staat zu verhindern. Der Preis für den innerstaatlichen Frieden ist die Abgabe der Macht an den Staat. Seine nach ihm „more geometrico“ geführte Argumentation lässt er auf der Auffassung vom Menschen fußen, dass er egoistisch sei und sein natürliches Verhältnis im „Krieg aller gegen alle“ bestehe. So könne die bürgerliche Gesellschaft nur prosperieren, wenn es eine übergeordnete Gewalt, den Staat, gebe. Die einzelnen müssten also „ihre gesamte Macht und Stärke auf einem Menschen oder eine Versammlung von Menschen, die ihre Einzelwillen durch Stimmenmehrheit auf einen Willen reduzieren können, [übertragen]. Es ist eine wirkliche Einheit aller in ein und derselben Person, die durch Vertrag eines jeden mit jedem zustande kam, als hätte jeder zu jedem gesagt: Ich autorisiere diese Menschen und übertrage ihnen mein Recht, mich zu regieren, unter der Bedingung, dass du ihnen ebenso dein Recht überträgst und alle ihre Handlungen autorisierst.“ (zit. nach Goldschmidt 1999, S. 1275 f.) Diese zu einer Person vereinigte Menge nennt Hobbes „Staat“. Diese Person oder Versammlung wird zum Souverän. Ihm obliegt alle Gesetzgebung im Staat. Nur wenn er nicht in der Lage ist, den Frieden zu sichern und das Leben der Untertanen zu schützen, kann ihm jeder den Gehorsam verweigern.

Nach Hobbes sind Konkurrenz, Misstrauen und Ruhmsucht die Konfliktursachen. Es ist nun interessant, dass Hobbes zwischen Naturrecht und Naturgesetz unterscheidet. Das Naturrecht gestattet dem Menschen alle seine Macht zur Erhaltung seines Lebens einzusetzen, während das Naturgesetz für ihn Verbotregeln sind, die die eigene Selbsterhaltung sichern sollen und die durch Vernunft ermittelt werden. „Jeder Mann hat sich um Frieden zu bemühen so lange dazu Hoffnung besteht.“ (Nida-Rümelin 2008, S. 93, Hobbes 2010, S. 119) Das zweite Naturgesetz lautet: „Jeder Mann soll freiwillig, wenn andere ebenfalls dazu bereit sind, auf sein Recht auf alles zu verzichten ... und er soll sich mit so viel Freiheit anderen gegenüber zufrieden geben, wie er anderen gegen sich selbst einräumen würde“ (a. a. O., S. 93 f., Hobbes ebd.). Dies ermöglicht durch Vertrag den Naturzustand zu beenden. Das dritte Naturgesetz lautet: „Abgeschlossene Verträge sind zu halten“ (ebd.). Dies ist die Grundlage für Gerechtigkeit.

Ist Thomas Hobbes der Theoretiker des Absolutismus bzw. des Republikanismus, so John Locke (1632–1704) der Theoretiker des Liberalismus. In seinem zweiten *Treaty of Government* (1689) vertritt er den Schutz des Eigentums als eigentlichen Staatszweck und wird so zum Begründer des Liberalismus. „Das große und hauptsächliche Ziel, weshalb Menschen sich zu einem Staatswesen zusammenschließen und sich unter eine Regierung stellen, ist [...] die Erhaltung des Eigentums.“ (§ 124, Goldschmidt 1999, S. 1276) Diesem Ziel „sei nicht nur die staatliche Ordnung im Allgemeinen, sondern auch die

Gesetzgebung im Besonderen und die konkrete Politik im Einzelnen unterzuordnen“. Bei ihm ist Eigentum das des Volkes, aber beschränkt auf die Eigentümer. Ein Staat wird konstituiert, „wenn eine »Anzahl von Menschen ... eine einzige Gemeinschaft oder eine Regierung bildet, in der die Mehrheit das Recht hat, zu handeln und die anderen mit zu verpflichten« (§ 95)“. Es gibt also das Mehrheitsprinzip, das nicht an eine bestimmte Staatsform gebunden ist. Diese gilt, für die sich eine Mehrheit entscheidet.

Locke ist ferner der Vordenker der Gewaltenteilung: Die Staatsgewalt ist funktionell in gesetzgebende, vollziehende, föderative Gewalt, neben der noch eine (Prärogative) besteht, „eine Art. Notverordnungsrecht der Exekutive, das diese jedoch ausschließlich zum »Wohl der Gesellschaft« einsetzen darf.“ (Goldschmidt 1999, S. 1277) Begründet wird die Gewaltenteilung aus der Schwäche der Menschen.

Dieses Modell nimmt Charles-Louis de Montesquieu (1689–1755) in seinen „De L'Esprit de Lois“ auf. Sie sind bei ihm mehrfach aneinander gekoppelt. Er hat allerdings auch ein Verständnis von „Freiheit, das von der Existenz gesellschaftlicher Ungleichheit und aristokratischen Privilegien ausgeht“, die gegen den Zugriff eines absoluten Herrschers geschützt werden muss. Ihm geht es um Ausgleich, um ein Gleichgewicht der Kräfte, die weniger staatsphilosophisch als staatsrechtlich soziologisch begründet sind (ebd.).

4. Das sich seiner selbst bewusste und sich als solches behauptende Subjekt

Der selbstbewusste Mensch findet für sich eine solche Klarheit, dass er seinen Sinn und sein Dasein aus sich heraus deutet. Der Mensch entwirft sein Leben und gestaltet es nach selbst entworfenen Vorstellungen. Im Mittelpunkt politischen Denkens steht der Vertrag, den alle Bürger unter sich schließen. Erst bei Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) sind alle, auch die Besitzlosen, eingeschlossen. Die Quelle aller gesellschaftlichen Übel liege nicht in der Natur des Menschen, die gut ist, sondern durch das Eigentum, das ein Akt der Usurpation ist, entwickelt sich gesellschaftliche Ungleichheit. Um sich das nicht nehmen zu lassen, hätten die Eigentümer den „ausgeklügeltesten Plan, den jemals der menschliche Geist ausbrütete“, entworfen und erfanden den Staat, um das Leben und Eigentum eines jeden anderen zu schützen. „So zerstörten sie unwiderrufflich die angeborene Freiheit, setzten für immer das Gesetz des Eigentums und der Ungleichheit fest, machten aus einer listigen Usurpation ein unaufhebbares Recht und zwangen von nun an das gesamte Menschengeschlecht für den Gewinn einiger Ehrgeiziger zur Arbeit, zur Knechtschaft und zum Elend.“ (Goldschmidt 1999, 1278 f.)

Im Contrat social gibt Rousseau „unabänderliche Grundsätze“ an, ohne die der Gesellschaftsvertrag nicht einlösbar ist, die er auf einen zurückführt: „Gemeinsam stellen wir alle, jeder von uns seine Person und seine ganze Kraft, unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens; und wir nehmen als Körper, jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen auf.“ (a. a. O., S. 1279) Daher lehnt Rousseau ein Repräsentativsystem ab. „Die Souveränität kann aus dem gleichen Grunde, aus dem sie nicht veräußert werden kann,

auch nicht vertreten werden; sie besteht wesentlich im Gemeinwillen, und der Wille kann nicht vertreten werden.“ (ebd.)

Man kann nun Anerkennung, wie es Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) in seinem System der Rechtslehre von 1812 zum ersten Mal in dieser expliziten Form macht, an die formale Freiheit der Individuen binden. „Alle müssen ihre natürliche Freiheit beschränken, falls keiner die Freiheit des anderen stören soll; alle in einem Schlage: Alle auf die gegebene, genau bestimmte, einzig rechtliche Weise.“ (1977, S. 221) Damit nun das Recht gesichert ist, muss jeder den Willen haben, den er hatte beim Abschluss des „Staatsbürgervertrages“. Damit dies gewährleistet bleibt, erkennt er eine Staatsgewalt an, wodurch er allein zum Bürger wird (a. a. O., S. 236). Gesetze sind so zu formulieren, dass die Gleichheit aller vor dem Gesetz real werden kann.

Nach der 1848er-Revolution setzte man auf die Schlüsselwörter „Realpolitik“ oder „Machtpolitik“. So formulierte L. A. von Rochau in seinen „Grundsätzen der Realpolitik“ (1853): „Die praktische Politik hat es zunächst mit der einfachen Tatsache zu tun, dass die Macht allein es ist, welche herrschen kann. Herrschen heißt, Macht üben, und Macht üben kann nur der, welcher Macht besitzt. Dieser unmittelbare Zusammenhang von Macht und Herrschaft bildet die Grundwahrheit aller Politik und den Schlüssel der ganzen Geschichte“. (Goldschmidt 1999, S. 1282) Damit geht er hinter Rousseau zurück.

Der Neoliberalismus hat als Hauptgegner den „Wohlfahrts- und Sozialstaat“. Neoliberale propagierten dagegen den „Minimalstaat“ (Robert Nozick), der sich auf die Rolle eines „Spilleiters“ beschränkt. Der Neoliberalismus (Friedrich August von Hayek, *1899, Milton Friedmann) ist weniger theoretisch als politisch-praktisch bedeutsam geworden. Politiker ordneten sich den „anonymen Imperativen des Marktes“ unter, im Namen von „Freiheit“ und „Individualität“. „Der Begriff der »Reform« war auf die Zurücknahme staatlicher Regulierung und den Abbau vorangegangener sozialer Reformen (»Deregulierung«, »Schlanker Staat«), d. h. in eine Programmatik der »Gegenreform« verkehrt worden.“ (Goldschmidt 1999, S. 1287) In der politischen Theorie konnten sich die Neoliberalen nicht gegen den »egalitären« (Dworkin) oder »politischen« (John Rawls) Liberalismus und Kommunitarismus durchsetzen. Die jetzigen Probleme sind die Ökologie und der Pluralismus der Kulturen.

Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Etablierung von Recht geht John Rawls (1979) von einem Begriff der „Gerechtigkeit als Fairness“ aus, zu der die Vorstellung gehöre, „dass die Menschen im Urzustand vernünftig sind und keine aufeinander gerichteten Interessen haben“ (S. 30). Menschen im Urzustand würden ihre Gesellschaft nicht nach dem Nutzenprinzip ordnen, sondern sie würden nach Rawls folgende zwei Grundsätze in einem Gesellschaftsvertrag wählen: „einmal die Gleichheit der Grundrechte und -pflichten; zum anderen den Grundsatz, dass soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten, etwa verschiedener Reichtum oder verschiedene Macht, nur dann gerecht sind, wenn sich aus ihnen Vorteile für jedermann ergeben, insbesondere für die schwächsten Mitglieder der Gesellschaft.“ (a. a. O., S. 31 f.) Dieser Vertrag müsste die Bedingung erfüllen, „dass die Verteilung der Güter nach Grundsätzen erfolgen muss, die

für alle Beteiligten annehmbar sind“ (a. a. O., S. 33). Rawls geht davon aus, dass er meint, Gerechtigkeitsvorstellungen wären danach zu beurteilen, wie annehmbar sie für Menschen unter den Bedingungen eines Urzustandes sind, in dem alle vernünftig und gleich sind.

Die Frage der Rechtfertigung von Gerechtigkeitsvorstellungen werden also durch ein Gedankenexperiment entschieden: „Man muss feststellen, welche Grundsätze vernünftigerweise in der Vertragssituation zu akzeptieren wären. Dadurch hängt die Theorie der Gerechtigkeit mit der Theorie der vernünftigen Entscheidung zusammen.“ (a. a. O., S. 35)

Für John Rawls ist Gerechtigkeit „die erste Tugend sozialer Institutionen“, und es gilt für ihn, dass jeder Mensch „eine aus der Gerechtigkeit entspringende Unverletzlichkeit, die auch im Namen des Wohles der ganzen Gesellschaft nicht aufgehoben werden kann“, besitze (a. a. O., S. 19). Diese Vorstellung ist mit den Menschenrechten verbunden. Es gibt aber auch gute Gründe, die Gerechtigkeitsprinzipien anzunehmen:

- Sie sichern das Grundgut der Freiheit für alle;
- Vorgehen nach der Maximin-Regel: Sicherstellung der Annehmbarkeit der schlechtestmöglichen Position;
- allgemeine Anerkennung, da jeder Vorteile daraus zieht. Dadurch ist auch die Stabilität des Systems gesichert.
- Anerkennung fördert die Selbstachtung, da jeder Mensch als Selbstzweck und nicht als Mittel gesehen wird.

Um die Umsetzung dieser Prinzipien zu gewährleisten, konstruiert Rawls einen „Schleier des Nichtwissens“ (1979, S. 156 ff.), der als ein bewusstes Absehen von den Unterschieden, die in Gesellschaften Ungleichheiten erzeugen, wenn man sie ausnützt. Man müsste also mit Rawls fordern, verzichte darauf, deine Vorteile auszunützen, und verwende deine Vorteile und Fähigkeiten für wechselseitige Anerkennung. Sinn des Schleiers ist, Grundsätze zu formulieren, die zu gerechten Zuständen führen. Angesichts des möglichen Ausnützens von Unterschieden muss wohl eher angenommen werden, dass Menschen sich dessen bewusst werden, um wenigstens nicht unabsichtlich andere zu schädigen, wenn man nach der Annahme schon nicht bereit ist, darauf zu verzichten, andere zu übervorteilen. Dieses verfahrenstechnische Vorgehen rechnet nicht mit der zunehmenden Freiheit und dem Willen der Bürger, die sich im beschleunigt zunehmenden Wachstum der Zivilgesellschaft äußert.

Rawls möchte ein von den Individuen/Subjekten unabhängiges Verfahren der Übereinkunft über Grundsätze, das „nur zu gerechten Grundsätzen führen kann“ (1979, S. 159). Er schließt also Subjekte und deren Wollen als Subjekte aus, denn diese könnten Ursache für Ungerechtigkeit werden. Wenn Rawls in der Fußnote 11 meint, die Annahme eines Schleiers des Nichtwissens wäre „eine so natürliche Bedingung, dass schon viele auf einen ähnlichen Gedanken gekommen sein müssen“ (a. a. O., S. 159 f.) und in diesem Zusammenhang Kants Lehre vom kategorischen Imperativ zitiert, darf diese Deutung angezweifelt werden. Man kann die Problematik mit Rawls aber so verstehen, man möge von allem absehen, wodurch Ungleichheiten verstärkt werden, und sich auf ein gutes Zusammen-

menleben konzentrieren. Der „Schleier des Nichtwissens“ kann so verstanden werden, dass Prinzipien, Regeln oder Gesetze immer auf einer Ebene der Allgemeinheit formuliert werden, die viele konkrete Elemente ausschließen, sonst hätten sie eben nicht den Charakter von Prinzipien, Regeln oder Gesetzen*. Je konkreter man etwas formulieren möchte, umso größer wird die „Unschärfe“.

Demokratiediskussion auf der Basis wechselseitiger Anerkennung

Fassen wir mit Axel Honneth (2000) die Diskussion zusammen. Es trifft auf eine wenn nicht allgemeine, so doch breite Zustimmung, dass „die Funktionsfähigkeit einer demokratischen Gesellschaft“ ohne „ein bestimmtes Maß der gemeinsamen Bindung an übergreifende Werte“ nicht gewährleistet ist (a. a. O., S. 328). Ferner gibt es eine große Übereinstimmung darin, dass Normen existieren, die „mit den normativen Gegebenheiten liberaldemokratischer Gesellschaften vereinbar sind, ja deren Prinzipien in sich selber kulturell oder ethisch verkörpern.“ (ebd.) Der Unterschied liegt darin, wie die Konzepte begründet werden, ob aus dem Gesichtspunkt der Voraussetzungen für das Bestehen einer Demokratie oder der Bedingungen des gesellschaftlichen Handelns von Subjekten (a. a. O., S. 329). Es wäre theoretisch sehr einfach, wenn man einen Willen der Individuen voraussetzte, dass man aus wechselseitiger Anerkennung des Anderen die Freiheit des Anderen will und sich darauf einließe, was jeder geben will und braucht, miteinander auszuhandeln. Nimmt man Demokratie ernst, muss von der möglichen Selbstverwirklichung jedes einzelnen in dauernden Gestaltungsprozessen ausgegangen und gefragt werden, wie dies möglich gemacht werden kann. Die Selbstverwirklichung, die hier gemeint ist, heißt nicht Willkür, zu dürfen, was man will, sondern miteinander Vorstellungen zu entwickeln, wie man in wechselseitiger Anerkennung miteinander leben möchte.

Bei seinen Überlegungen eines posttraditionalen Gemeinschaftsverständnisses definiert Honneth Gemeinschaft als ein Schätzen des anderen allein „aufgrund der Eigenschaften und Fähigkeiten, die ihm als Individuum zukommen“ (a. a. O., S. 331). Noch radikaler wäre zu sagen, dass der andere qua anderer geschätzt wird. Aber Honneth bestimmt wechselseitige Anerkennung von außen, wenn er schreibt: „Für die soziale Integration einer Gesellschaft ist von Belang, dass sich die Mitglieder in Eigenschaften und Fähigkeiten wechselseitig wertschätzen, die ihnen jeweils als bestimmte Subjekte oder Personengruppen zukommen. Sich wechselseitig wertzuschätzen aber heißt, untereinander Beziehungen der Solidarität zu unterhalten: jedem Solidarität entgegenzubringen nämlich meint, ihn oder sie als eine Person zu betrachten, deren Eigenschaften von Wert für eine gemeinsame Lebenspraxis sind.“ (ebd.) Es bringt für die Argumentation nicht viel, einen Begriff durch einen anderen zu substituieren. Dies darf auf keinen Fall so verstanden werden, als müsste dieser Wert festgemacht/festgestellt werden können, womöglich auch noch im Vorhinein, denn wie oft macht man die Erfahrung, dass man eine Person erst wertschätzt, wenn man mit ihr in einen (aner kennenden) Kontakt getreten ist, deren Eigenschaften für andere keinen Wert darstellen. Man gibt nach empirischen Untersu-

* Für die Naturwissenschaften, im Besonderen für die Physik, vgl. Görnitz/Görnitz 2009.

chungen Vorurteile über Behinderte, Ausländer usw. signifikant häufiger erst auf, wenn man mit ihnen lebt. Wertschätzung bzw. Anerkennung des anderen ist als Menschenrecht eine Vorleistung, die man allen Menschen gegenüber gewährt. Außerdem erkennt man z. B. im Umgang mit Behinderten erst im Nachhinein, welchen Zuwachs an pädagogischer Kompetenz man durch sie erworben hat oder welchen Zuwachs an Empathie. Dazu war es aber nötig, mit ihnen erst in einen aner kennenden Kontakt unabhängig davon, welche Eigenschaften und Fähigkeiten sie einbringen können, getreten zu sein.

Wenn nun Honneth weiter schreibt, dass wechselseitige Wertschätzung voraussetze, „dass bestimmte Werte miteinander geteilt werden, weil nur in deren Licht sich zeigen kann, warum die Fähigkeiten oder Eigenschaften des jeweils anderen für die gemeinsame Lebenspraxis von positiver Bedeutung sind“ (a. a. O., S. 232), dann weist dies wieder auf die gleiche Problematik hin. Was ist, wenn der andere das nicht leistet, nicht leisten will oder kann? Mit solchen Überlegungen kommt man zu einem (Präferenz-)Utilitarismus und vergisst, dass es im Leben immer wieder Situationen gibt, die nur gelöst werden können, wenn Anerkennung bedingungslos erfolgt: Das Neugeborene, das mir nur zeigen kann, dass es leben will, der geistig mehrfach behinderte Mensch, der mit mir nur in einen unkontrollierten Körperkontakt treten kann, oder der alte, mit zunehmender Demenz geschlagene Mensch. Problematisch dabei ist nicht der Vordersatz, wohl aber die Begründung, denn es gibt unveräußerliche Menschenrechte, die einen Wert schlechthin voraussetzen. Man schafft daher unabhängige Monitoringausschüsse, um den Geist der Menschenrechte einmahnbar zu machen. Honneth geht vom nicht so ohne Weiteres voraussetzenden, weil nicht allgemein voraussetzenden Fall reziproker Beziehungen aus. Er trifft damit Voraussetzungen nicht mehr im Rahmen rechtlicher Normen, sondern von Sittlichkeit, innerhalb der der Maßstab gilt, dass jeder wechselseitige Anerkennung bedingungslos will. Damit trifft er eine Bedingung zu viel. Vielmehr kann ich mir die Forderung auferlegen, dass, wenn jemand aus welchen Gründen immer, wechselseitige Anerkennung nicht will oder dazu nicht in der Lage ist, man aus ethischen Gründen trotzdem Anerkennung lebt.

Zusammenfassend definiert Honneth Gemeinschaft durch zwei Merkmale – er nennt sie „Kernbestimmungen“ (a. a. O., S. 330):

1. wechselseitige Wertschätzung der Mitglieder in Eigenschaften und Fähigkeiten und
2. miteinander geteilte Werte, weil nur so Pkt. 1 erfüllt werden kann.

Mit diesen Kernbestimmungen werden „bestimmte Voraussetzungen der individuellen Selbstverwirklichung berührt“, insofern man durch die Wertschätzung Sicherheit in die eigenen Eigenschaften und Fähigkeiten bekomme und dadurch mögliche innere Blockierungen gelöst werden können.

In traditionellen Gesellschaften, extrem im Ständestaat, wird soziale Wertschätzung am „Maß des Ansehens einer Person in Begriffen sozialer Ehre gemessen“ (a. a. O., S. 335). Mit dem Erstarken des Bürgertums setzten sich nicht nur neue Werte durch, sondern es wurde auch ihre Rechtfertigung aus religiösen oder Machtgründen in Frage gestellt. „Nunmehr erst tritt das Subjekt als eine lebensgeschichtlich individuierte Größe in das umkämpfte Feld der sozialen Wertschätzung ein.“ (a. a. O., S. 336) Das soziale Ansehen

bemisst sich nun „an den individuellen Leistungen, die sie im Rahmen ihrer besonderen Formen der Selbstverwirklichung gesellschaftlich erbringen“ (a. a. O., S. 336). Damit ist „eine radikale Öffnung des ethischen Werthorizonts“ verbunden, und „jedes Subjekt [erhält] ohne kollektive Abstufungen die Chance . . . , sich in seinen eigenen Leistungen und Fähigkeiten als wertvoll für die Gesellschaft zu erfahren“ (a. a. O., S. 337). Was aber ist mit Personen, die aus Mangel an Fähigkeiten keine solche Leistungen erbringen können? Das Verständnis von wechselseitiger Anerkennung ist letztlich nicht rechtlich, sondern sittlich unter dem Postulat unveräußerlicher Anerkennung und Wertschätzung, letztlich unbedingter Liebe zu entfalten.

Damit ist das Feld der Politik verlassen. Sie kann dazu nur beitragen, gute Bedingungen und Voraussetzungen für Bildung zu schaffen, innerhalb der mehr und mehr Personen ein solches Bewusstsein entwickeln, in dem Personen andere ohne jede Vorleistung, nur weil sie Personen sind, wertschätzen. *Da man als Bürger am Staat verzweifeln kann*, muss man in neuen Vergesellschaftungen Formen des Zusammenlebens entwickeln, welche die Bedingungen erfüllen, dass Personen wechselseitige Anerkennung leben und erfahren können.

Das Politische ist sehr schnell gedacht. Es handelt sich darum, die Rahmenbedingungen des Lebens von Bürgern in einem Staate so zu gestalten, dass alle zu einem guten Leben kommen. Dies wäre unschwer zu erreichen, wenn man voraussetzen könnte, dass alle Bürger jeweils das Wohl der anderen im Auge haben und zugleich sich für sich selbst verantwortlich fühlten, dass es ihnen gut gehe. Solche Vorstellungen lassen sich in unserer Gesellschaft wohl in kleinen Gemeinschaften realisieren. Da eine solche Einstellung der wechselseitigen Anerkennung in der Sorge für das Wohl der anderen nicht nur nicht allgemein, sondern nur sporadisch auffindbar ist, gibt es mehr Konstruktionen von Gerechtigkeit und Staatstheorien, die davon ausgehen, was getan werden müsste, wenn der Mensch des anderen Menschen Wolf ist.

Was müsste nun politisch getan werden, wenn man davon ausgeht, dass wir uns einer gerechten Gesellschaft annähern und dass sich das Bewusstsein der Bürger in die Richtung entwickelt, unter der schon die Aufklärung angetreten ist, dass sie mündig werden und mehr und mehr beginnen, sich ihrer Vernunft zu bedienen. Immanuel Kant hat zu Recht dieses Programm der Aufklärung zur Grundlage seines Traktats „Über die Erziehung“ (1984) gemacht. Aber muss man nicht auch in diesem Kontext zweifeln und sagen, dass Erziehung nicht das rechte Instrument ist, weil die Erziehungsinstitutionen von der Familie bis in die hohen Schulen nur jeweils Abbilder der Gesellschaft sind?

Man kann also weder von den Politiker/innen noch von den Lehrer/innen aller Ebenen erhoffen, dass eine Änderung in die gewünschte Richtung erfolgt. Bleibt nur noch die Hoffnung, dass sich in Kristallisationspunkten von aufgeklärten und das eigene und das Wohl aller im Bewusstsein haltenden Bürger jeweils größere Gemeinschaften bilden. Wenn solche Gemeinschaften eine kritische Größe von etwa 13 Prozent der Bevölkerung eines Staates erreicht haben, dürften solche Gemeinschaften einen derartigen Sog bewirken, dass sich das Bewusstsein der Güte einer solchen Lebensweise bei einer zunächst langsam und dann immer schneller wachsenden Zahl von Bürgern entwickelt.

Die aufgeklärten Bürger wissen auch, dass eine derartige Bildung schon bald allgemein werden muss, jedenfalls bevor die Gier von gewissen Menschen die eigenen Lebensgrundlagen zu zerstören beginnen. Von einer Gesellschaft in Freiheit, Gleichheit, Geschwisterlichkeit träumten schon Menschen im 18. Jahrhundert. Aber da man damals glaubte, die Gesellschaft revolutionär verändern zu können, also genau nicht mit jenen Mitteln, die in der Idee enthalten waren, fraß die Revolution ihre Kinder, wie dies bisher immer der Fall war. Wir kommen zu einer guten Gesellschaft nur mit den Mitteln, die eine gute Gesellschaft ausmachen: Bürger, die sich wechselseitig anerkennen und fördern wollen, weil sie das aufgeklärte Bewusstsein haben, dass nur, wenn einer den anderen wertschätzt und unterstützt, es jedem einzelnen gut gehen kann. Es ist dies eine Form eines Egoismus, aber eines aufgeklärten Egoismus. Der homo homini lupus wird zum homo homini deus.

Literatur

- Arendt, Hannah (1981): *Vita activa oder vom tätigen Leben*. München: Piper, 2. Aufl.
- Arendt, Hannah (1995): *Macht und Gewalt*. München, Zürich: Piper, 8. Auflage
- Aristoteles (1983): *Nikomachische Ethik*. Stuttgart: Reclam
- Descartes, René (1948): *Discours de la Méthode/Abhandlung über die Methode*. Mainz: Internationaler Universum-Verlag
- Etzioni, Amitai (1994): *Jenseits des Egoismus-Prinzips: Ein neues Bild von Wirtschaft, Politik und Gesellschaft*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag
- Fichte, Johann Gottlieb (1977): *Rechtslehre von 1812*.
- Foerster, Heinz, von (1993): *Kybernetik*. Berlin: Merve Verlag
- Goldschmidt, Werner (1999): *Politik*. In: Sandkühler, Hans Jörg (Hrsg.): *Enzyklopädie Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner, S. 1270-89
- Görnitz, Thomas/Görnitz, Brigitte (2009): *Die Evolution des Geistigen. Quantenphysik – Bewusstsein – Religion*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2. Aufl.
- Hobbes, Tomas (2010): *Leviathan. Erster und zweiter Teil*. Stuttgart: Reclam
- Honneth, Axel (2000): *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*. Frankfurt/Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft
- Jaspers, Karl (1971): *Einführung in die Philosophie*. München: Piper
- Kant, Immanuel (1961): *Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*. Stuttgart: Reclam
- Kant, Immanuel (1984): *Über Pädagogik*. Bochum: Verlag Ferdinand Kamp, 5. Aufl.
- Kant, Immanuel (1997): *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Machiavelli, Niccoló (2010): *Der Fürst*. Köln: Anaconda
- Nida-Rümelin, Julian (2008): *Bellum omnium contra omnes. Konflikttheorie und Naturschutzkonzeption im 13. Kapitel des Leviathan*. In: Kersting, Wolfgang (Hrsg.): *Thomas*
- Rüegg, Walter (Hrsg.) (1980): *Antike Geisteswelt. Eine Sammlung klassischer Texte. Auswahl und Einführung von Walter Rüegg*. Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Platon (1959): *Politeia*. Hamburg: Rowohlt (Rowohlt's Klassiker 27)
- Rousseau, Jean-Jacques (2008): *Der Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechts*. Wiesbaden: Marix Verlag
- Sennett, Richard (2006): *Die Kultur des neuen Kapitalismus*. Berlin: Berliner Taschenbuchverlag
- Steiner, Rudolf (1985): *Die Rätsel der Philosophie in ihrer Geschichte als Umriss dargestellt*. Dornach/Schweiz: Rudolf Steiner Verlag, 9. Auflage
- Steiner, Rudolf (1988): *Staatspolitik und Menschheitspolitik: Aufsätze über die Dreigliederung des Menschen*. Dornach: Rudolf Steiner Verlag
- Žižek, Slavoj (2001): *Die Tücke des Subjekts*. Frankfurt/Main: Suhrkamp

Politik und Legistik im Lichte der Kontradiktion

Von
Wolfgang KAHLIG

Abstract

Regeln und Gesetze zu vereinfachen ist das Ziel vieler Regierungen, um den Aufwand für die Verwaltung einzuschränken. Je einfacher Regeln sind, desto einfacher ist das Befolgen und Kontrollieren dieser. Beachtet werden muss, dass durch praktisch jede „Vereinfachung“ politische und soziale Verschiebungen entstehen können. Ziel der Vereinfachung muss also sein, dass die Regeln zwar in ihrer Bedeutung – soweit sinnvoll – bestehen bleiben, diese aber in einer vereinfachten Form dargestellt werden. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland sind im Rahmen der e-Government-Entwicklungen Bestrebungen im Gang, das Grundgerüst der Verwaltung, nämlich Gesetze und Verordnungen, zu „vereinfachen“, um letztlich Kosten zu sparen. Die prinzipiell einfachste Methode dazu ist, dass die entsprechenden Verhaltensvorschriften ohne Ausnahmen und Abweichungen allgemeingültig dargestellt werden. Dabei widersprechen sich oft die politischen Ziele mit den Zielen einer klaren, einfachen Legistik.

1. Überblick

1.1 Modellprojektion

Ontologien (konzeptuelle Formalisierung eines Wissensbereiches), Visualisierung und Strukturierung sollten Wissen derart eindeutig und unmissverständlich beschreiben und vermitteln, dass der Content, also der eigentliche Inhalt, „allgemeinverständlich“ wird. Gerade die Funktion der Regel-Erstellung ist für eine Wissenschaft, die für das menschliche Zusammenleben höchst wichtig ist, nämlich die der Definition von Regeln, praktisch unumgänglich.

Um nun „Regeln für Regeln“ zu schaffen und möglichst einheitliche Kommunikations- und Informationssysteme zu ermöglichen, sind für verschiedene Bereiche unterschiedliche Systeme entwickelt worden.

Die Form, die logische Aufbereitung und die semantische Strukturierung des Großteils der bestehenden Regelwerke bzw. Gesetze basieren oft auf einer traditionell bedingten Ausprägung; die Erkenntnisse der modernen Wissenschaften werden kaum berücksichtigt. Technologische Entwicklungen werden zu wenig genutzt. Statt klarer Übersichten und Lösungen werden den Betroffenen oft seitenlange Rätselaufgaben angeboten.

Die Bildung von Modellen (Ontologien) unter Einbeziehung von visuellen Aspekten wird auf internationaler Ebene mit unterschiedlichen Ansätzen versucht.

Eine interessante Arbeit, erschienen im dtv-Verlag, illustriert das deutsche BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (das im Wesentlichen, wie in Österreich das ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, einen großen Bereich des Zivilrechts umfasst) durch unterschiedliche Bildsymbole. Diese können in zwei Hauptgruppen und in 24 Sub-Gruppen eingeteilt werden.

1.2 Visualisierung/ Strukturierung des BGB

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) regelt als zentrale Kodifikation (→ WIKIPEDIA) des deutschen allgemeinen Privatrechts die wichtigsten Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen. Es bildet mit seinen Nebengesetzen (z. B. Wohnungseigentumsgesetz, Versicherungsvertragsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz) das allgemeine Privatrecht.

Es trat am 1. Januar 1900 durch Art. 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) in Kraft (RGBl. 1896 I S. 195) und war die erste Kodifikation im Privatrecht, die für das gesamte Reichsgebiet Gültigkeit besaß.

Der Gesetzgeber hat seitdem sehr viele Änderungen am BGB vorgenommen. Es gilt in der Bundesrepublik Deutschland als Bundesrecht nach Art. 123 Abs. 1 und Art. 125 Grundgesetz (GG) fort. Am 2. Januar 2002 erfolgte im Zuge der umfassenden Reform des Schuldrechts eine Neubekanntmachung des BGB in neuer deutscher Rechtschreibung und mit amtlichen Paragraphenüberschriften.

Das deutsche BGB ist mit dem österreichischen ABGB (kundgemacht am 1. 6. 1811 durch Kaiserliches Patent) vergleichbar.

Der Deutsche Taschenbuch Verlag hat nun in einer vor Kurzem erschienenen Ausgabe (2 Bände) versucht, Teile des Inhalts durch „sprechende Bilder“ anschaulicher zu machen.¹

1.3 Visualisierungsbeispiel des dtv-Handbuches

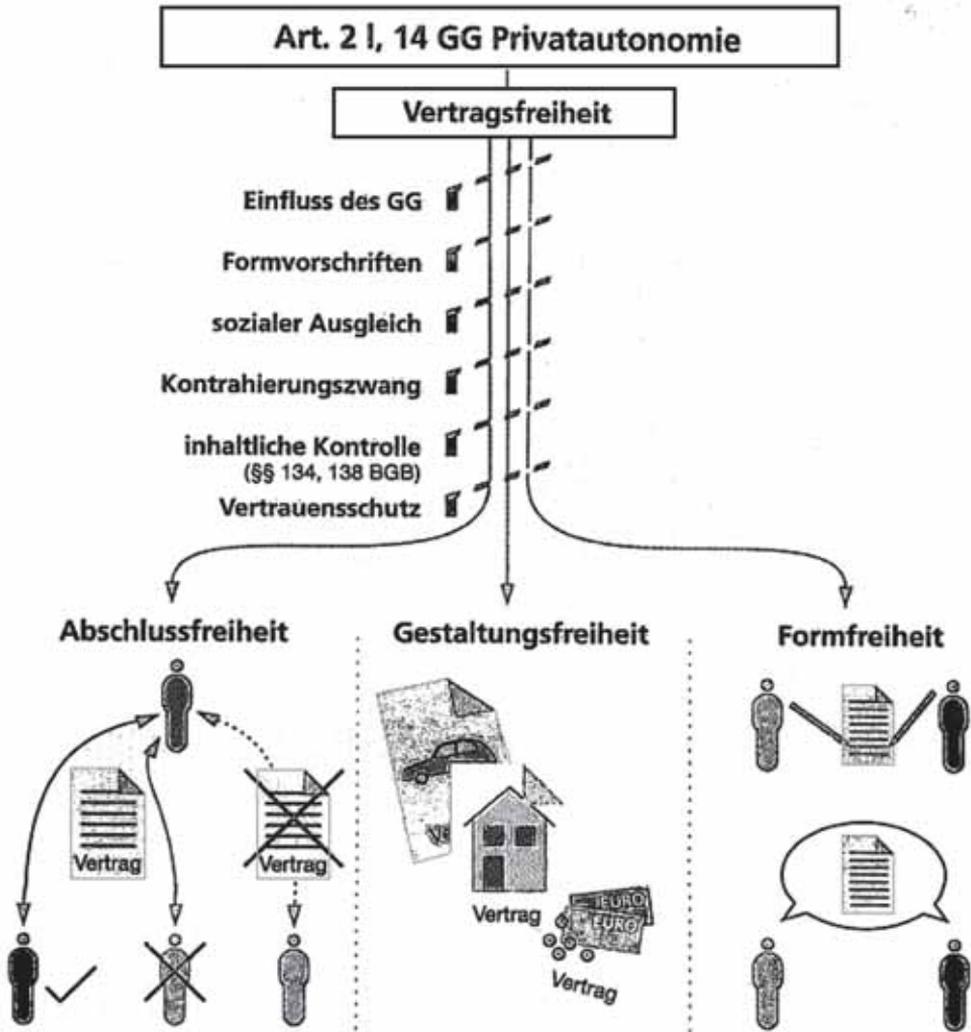
Ein Hauptaugenmerk bei dieser Veröffentlichung liegt darin, dass durch Bilddarstellungen dem Studenten oder allgemein am Deutschen Recht Interessierten die „inneren Zusammenhänge“ derart visualisiert werden, dass ein Begreifen und Lernen der Zusammenhänge gefördert wird. Beispielsweise werden „Vertragsfreiheit“ und „Privatautonomie“ durch sprechende Darstellungen visuell in einen Zusammenhang gebracht.

Beispiel:

Der „Ausfluss“ der Privatautonomie sei die Vertragsfreiheit. Diese umfasst die

- Abschlussfreiheit**
(ob und mit wem Vertrag geschlossen wird)
- Gestaltungsfreiheit**
(welchen Inhalt der Vertrag hat)
- Formfreiheit**
(freie Wahl der Form, z. B. schriftlich, mündlich)

Abschlussfreiheit, Gestaltungsfreiheit und Formfreiheit werden im folgenden Bild als drei Ergebnisse bzw. Säulen dargestellt, die selbst wiederum durch Bilder näher illustriert werden:



A Grundlagen des BGB

Die „Abschlussfreiheit“ wird durch die linke untere Darstellung des obigen Bildes veranschaulicht. Es wird durch die symbolische Wechselbeziehung zwischen dem oberen Männchen und den darunter stehenden drei Männchen Folgendes symbolisiert:

- ☐ Oberes Männchen – unteres, linkes Männchen: Die beiden wollen und dürfen eine Vereinbarung, also einen Vertrag, eingehen.

- Oberes Männchen – unteres, mittleres Männchen: Die beiden symbolischen Männchen wollen miteinander keine Vereinbarung schließen.
- Oberes Männchen – unteres, rechtes Männchen: Die beiden Männchen wollen zwar eine Vereinbarung eingehen, aber nicht mit dem gegenständlichen Vertrag

„Mit wem oder mit wem nicht kann ein Vertrag geschlossen werden?“

Die mittlere Darstellung desselben Bildes symbolisiert die „Gestaltungsfreiheit“. Durch die bildhafte Darstellung eines Autos, eines Hauses bzw. von Geldscheinen, jeweils auf einem symbolischen Vertragspapier, wird dem Studenten erklärt, dass praktisch über beliebige Objekte Vereinbarungen geschlossen werden können, dass also der Inhalt des Vertrages „frei“ ist.

Schließlich erklärt der rechte untere Teil des Bildes, dass die Form frei wählbar sei („Formfreiheit“), also etwa

schriftlich

- mittels Vertrag
- durch ein Fax
- durch ein SMS
- durch ein E-Mail
- im Internet

oder **mündlich**

- persönlich
- telefonisch

oder **durch Zeichen**

Die Vertragsfreiheit unterliegt jedoch Schranken (die durch sechs symbolische „Bahnschranken“ im obigen Bild dargestellt werden):

- Einfluss des **GG** (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, seit 3. 10. 1990 als „Verfassung“ bezeichnet):
z. B. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB
- Formvorschriften:**
z. B. notarielle Beurkundung
- sozialer Ausgleich:**
z. B. besonderer Kündigungsschutz für Mieter
- Kontrahierungszwang:**
Rechtliche Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages
- inhaltliche Kontrolle:**
§ 134 Nichtigkeit wegen Gesetzwidrigkeit, § 138 Sittenwidrigkeit
- Vertrauensschutz:**
Vertrauen des Erwerbers in das Bestehen des Rechts

Diese „Beschränkungen“ bzw. Eisenbahnschranken müssen geöffnet sein, damit der „Ausfluss“ (dargestellt durch drei gewundene Pfeile, die durch die Bahnschranken laufen) der Privatautonomie erfolgen kann.

2. Visualisierung für ein Checklistenverfahren

Es ist zwar sicher sinnvoll und notwendig, dass sowohl der Studierende als auch der Lehrende ein Gesamtverständnis und Hintergrundwissen des juristischen Geschehens entwickelt. Für diesen Zweck sind Darstellungen, wie der dtv sie bringt, ein probates Mittel. Für den Anwender in der Praxis (z. B. der Immobilienmanager, der Wohnrechtsgesetze verstehen und anwenden soll) ist aber eine Konzentration auf die Hauptfragen seiner Arbeit wesentlich. Bei diesen Hauptfragen ist eine schnelle und sichere Antwort notwendig. Zusätzlich kann eine derartige Methode natürlich auch für rechtliche „Insider“ ein guter Wegweiser sein. Auf ein „tieferes“ Verständnis kann in der ersten Phase der raschen Lösungsfindung oft verzichtet werden, die prompte und richtige Antwort erhält Priorität.

2.1 Anforderungsprofil an ein praxisorientiertes System

Letzten Endes geht es ja darum, dass eine hierarchisch übergeordnete Stelle (z. B. der Staat) Regeln erfindet, die der „Verpflichtete“ befolgen soll. Dadurch, dass es eine Unzahl von verschiedenen Interessenströmungen gibt, kann die Regel oder das Gesetz nicht immer „ganz einfach“ dargestellt werden.

Auf die österreichischen „Mietengesetze“ bezogen wäre es höchst einfach, den Geltungsbereich (§ 1 MRG) etwa folgendermaßen zu formulieren:

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für alle Gegenstände, die vermietet werden.

Durch eine völlig freie Vertragsgestaltung könnte dann praktisch beliebig formuliert werden, was vereinbart wird, wie etwa

- Beschreibung des Mietgegenstandes
- Dauer der Miete
- Höhe der Miete (incl. beliebiger Valorisierungsregeln)
- usw.

Weitere Paragraphen wären nicht nötig.

Der Gesetzgeber und unzählige Interessensvertretungen haben aber natürlich erkannt, dass gewisse „Schranken“ sinnvoll sind. Diese Detaillierungen haben aber dazu geführt, dass über eine sehr lange Zeitspanne hinweg (eigentlich seit der Entstehung der Basis des österreichischen und des deutschen Rechts, nämlich seit dem römischen Recht) unzählige Verfeinerungen die Exekutierbarkeit sehr eingeschränkt haben. Der „Normalbürger“ hat praktisch keine Chance, z. B. das Mietrechtsgesetz aufzuschlagen und festzustellen, welche Miethöhe denn gerechtfertigt ist.

Abhilfe kann nur durch zwei Wege geschaffen werden:

- Vereinfachung (Nachteil: Problem der Gerechtigkeit, Problem der Durchsetzbarkeit)
- Vereinfachte Darstellung (z. B. Visualisierung, Checklisten usw.)

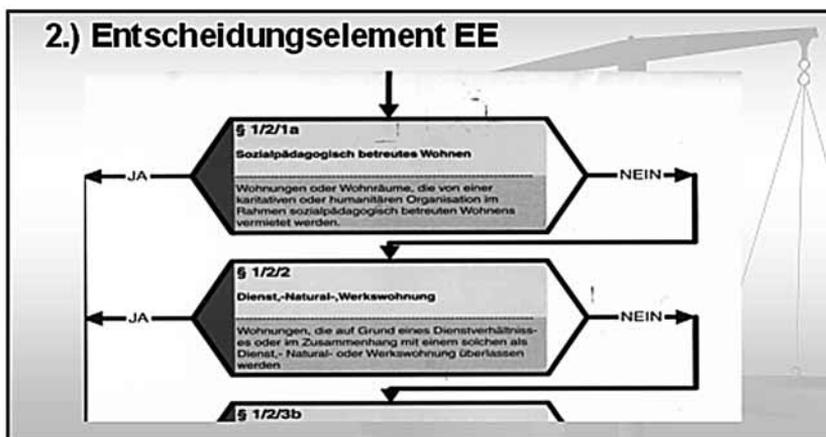
2.2 Methode der „kahlig“-Notation

Seit dem Jahre 2001 hat sich für die Darstellung von Gesetzen, die im Zusammenhang mit Immobilien zu finden sind, eine einfache Methode durchgesetzt (durch MANZ publiziert), die sich „visuell“, aber auch „elektronisch“ auf die Praxisfragen jener Menschen konzentriert, die mit Immobilien zu tun haben.

Die Grundidee besteht darin, dass absolut jede Frage soweit aufgegliedert werden kann, dass man mit „JA“ oder „NEIN“ antworten kann. Für die Darstellung kann nun ein Schema, bestehend aus nur sechs Symbolen (drei Hauptsymbole, drei Nebensymbole) herangezogen werden.

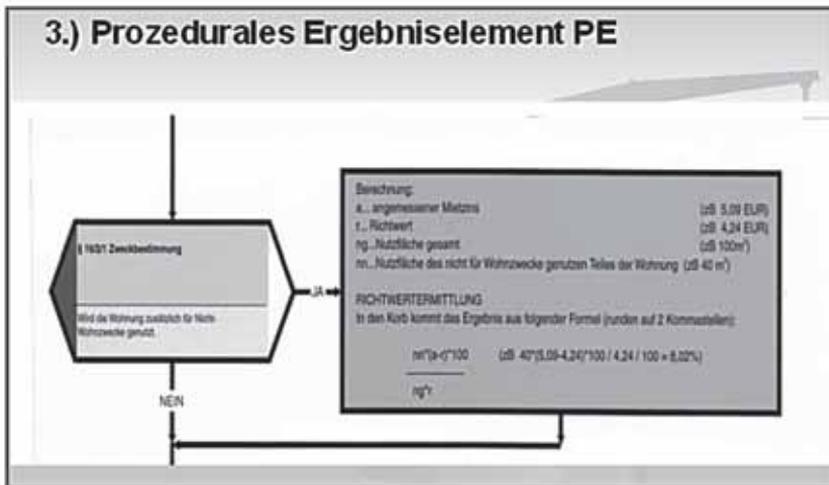


Mit einem Oval wird die zu behandelnde Frage formuliert.

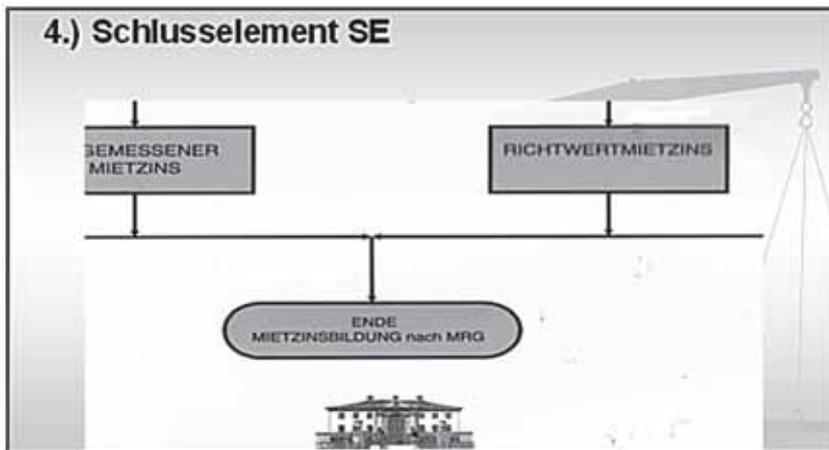


Durch beliebig weit aufgefächerte Sachfragen wird mit einem „spitzen“ Symbol-Kästchen jeweils die „JA/NEIN“-Frage gestellt. Im oberen Teil (hell) steht das Stichwort mit dem Gesetzesbezug, im unteren der diesbezügliche, praktisch vollständige Gesetzestext. Links im oberen Teil ist auch die Referenzadresse (also der Paragraphenbezug) zu finden. Der Einfachheit halber und weil dadurch keinerlei strukturelle Einbußen zu erwarten sind, werden die jeweiligen Unterkapitel mit einem „/“ bestimmt. Statt „§ 1 Abs. 2 Z 1“ wird geschrieben: „§ 1/2/1“.

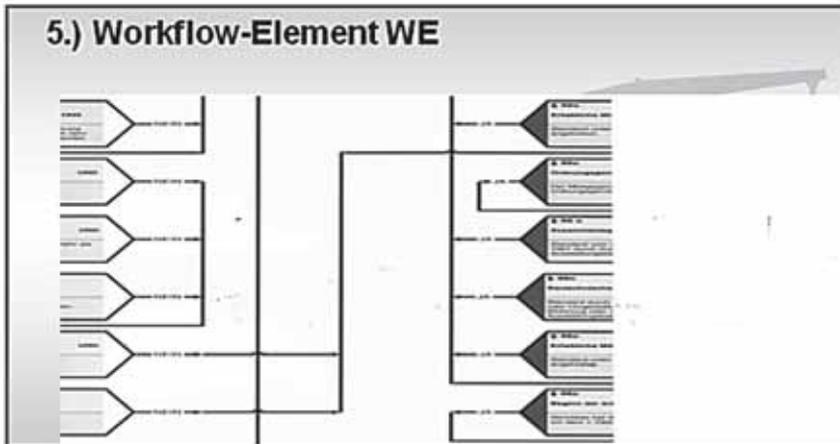
Das Kästchen darf nur einen Eingang und genau zwei Ausgänge haben (nämlich den „JA“-Ausgang und den „NEIN“-Ausgang).



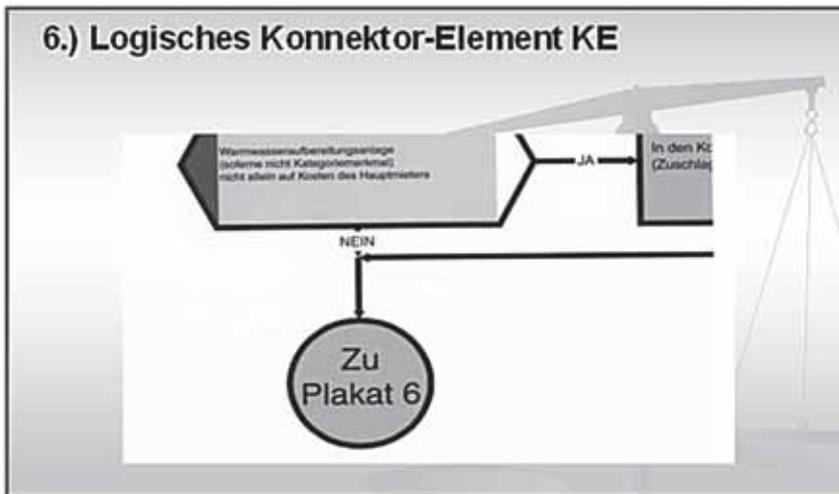
Wird im vorigen Entscheidungskästchen die Frage mit „JA“ bzw. „NEIN“ beantwortet, kann unmittelbar darauf eine „Aktion“ stattfinden, also, z. B. eine Formel für den Mietzins.



Mit einem ovalen Schlusselement wird die Fragestellung beendet.



Die Verbindung der Kästchen-Elemente erfolgt durch horizontale und vertikale Linien, die sich möglichst nicht kreuzen sollen. Die Linien sollten so einfach wie möglich geführt werden, ohne unnötige Ecken. Bei einer manchmal notwendigen Kreuzung wird durch eine kleine „Brücke“ symbolisiert, dass die beiden Linien in keinem logischen Zusammenhang stehen.



Werden mehrere Übersichten verknüpft, wird ein „Konnektor“-Element verwendet. Durch die Kombination dieser sechs Elemente kann in einer einfachen und übersichtlichen Art jede Frage, insbesondere auch jede rechtliche Frage, „durch Entlangfahren mit dem Finger“ geklärt werden.

4. Politik und Legistik

Die meisten politischen Ansätze sind geprägt durch die Gruppe (Partei), zu der ein Proponent zugehörig ist. Der gängige Spruch

• **„Je undeutlicher etwas ausgedrückt wird, desto mehr könnte sich der Sinn des Gesetzes in der Judikatur umkehren“**

ist oftmals das Hauptproblem bei der Formulierung.

Wenn aus der Praxis eines Legisten zitiert wird (siehe div. Referate am 4. Nov. 2010, Landhaus Klagenfurt, bzw. Diskussion nach dem Referat „Neue Denkansätze in der Legistik mit besonderer Bezugnahme auf das Wohnrecht“) so ist eine geregelte, ordentliche Arbeit selten möglich. Oft wird auf politischer Ebene zu nächtlicher Stunde eine möglichst „weiche“ Vereinbarung getroffen, die dann vom Legisten nach dem Zuruf „sollte schon gestern fertig sein“ in kürzester Zeit zu formulieren ist.

Bei der geplanten Neufassung des ABGB tauchte die Frage auf: Ist die bessere Verständlichkeit des Bürgerlichen Rechts dem Gesetzgeber überhaupt ein Anliegen?³

- Soll ein reformiertes, neues ABGB für die Allgemeinheit der Bürger einfacher und verständlicher werden („simple et claire“)?
- Oder soll sich das Gesetz als TECHNISCHE SCHÖPFUNG der Juristen AUSSCHLIESSLICH an Juristen wenden?

Diese fast unlösbare Frage einer echten Lösung zuzuführen wird wohl noch viele Diskussionen erfordern und wird – wahrscheinlich – nur auf gesamteuropäischer Ebene zufriedenstellend behandelt werden können.

4. References

4.1 Publikationen

- [1] KAHLIG/HEINDL, Linear strukturiertes Mietrecht, Eppenb. 2001
- [2] HEINDL/KAHLIG, Mietrecht anschaulich, Manz, Wien, 2001
- [3] HEINDL/KAHLIG, Mietrecht anschaulich, Manz, Wien, 2002
- [4] HEINDL/KAHLIG, Wohnrecht anschaulich, Manz, Wien, 2003
- [5] KAHLIG, Schriftenreihe Rechtsinformatik Band 7: Zwischen Rechtstheorie und e-Government, Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer/Liebwald: Verlag Österreich, Der juristische Thesaurus am Beispiel des Wohnrechts, Wien, 2003
- [6] HEINDL/KAHLIG/STINGL, Wohn- und Steuerrecht anschaulich, Manz, Wien, 2004
- [7] HEINDL/KAHLIG, Mietrecht automatisch, CD-Ausgabe, Manz, Wien, 2004
- [8] KAHLIG, Kärntner Verwaltungsakademie, Bildungsprotokolle, Klagenfurter Legistikgespräche, Neue Denkansätze in der Legistik mit besonderer Bezugnahme auf das Wohnrecht, Klagenfurt, 2005
- [9] HEINDL/KAHLIG/STINGL, Wohn- und Steuerrecht anschaulich, Manz, Wien, 2005
- [10] HEINDL/KAHLIG/STINGL, Wohn- und Steuerrecht automatisch, Manz, Wien, 2005
- [11] KAHLIG, Dissertation: RECHTSMODELLIERUNG im E-GOVERNMENT, Fallbeispiele zur Legistik, Johannes Kepler Universität Linz

- [12] KAHLIG, Kärntner Verwaltungsakademie, Bildungsprotokolle, Klagenfurter Legistikgespräche, Neue Denkansätze in der Legistik, Klagenfurt, 2005
- [13] HEINDL/KAHLIG/STINGL, Wohn- und Steuerrecht anschaulich, Manz, Wien, 2006
- [14] HEINDL/KAHLIG/STINGL, Wohn- und Steuerrecht automatisch, CD-Ausgabe, Manz, Wien, 2006
- [15] KAHLIG/STINGL, Immobilien – Steuerrecht, Manz, Wien, 2007
- [16] KAHLIG/STINGL, Immobilien – Steuerrecht automatisch, CD-Ausgabe, Manz, Wien, 2007
- [17] KAHLIG, Rechtsmodellierung im e-Government, VDO Müller, 2008
- [18] HEINDL/KAHLIG, Mietrecht strukturiert, Manz, Wien, 2008
- [19] HEINDL/KAHLIG, Mietrecht strukturiert, CD-Ausgabe, Manz, Wien, 2008
- [20] KAHLIG, Kärntner Verwaltungsakademie, Bildungsprotokolle, Klagenfurter Legistikgespräche, Objektorientierte Denkansätze in der Legistik, Klagenfurt, 2008
- [21] KAHLIG, Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik/UML für juristische Anwendungen, Schweighofer, Geist, Heindl, Szücs (Hrsg.), Tagungsband des 11. Internationalen Rechtsinformatik Symposions 2008, BOOBERG Verlag, Stuttgart, München, 2009
- [22] KAHLIG, ABGB 2011 – Arbeitsgruppe des BMJ überarbeitet das 200 Jahre alte ABGB, Kärntner Verwaltungsakademie, 2009, Klagenfurt, 2009, innerhalb der Reihe „Bildungsprotokolle“, 6. Klagenfurter Legistik@Gespräche 2008
- [23] KAHLIG, Strukturimmanente Denkansätze in der Legistik, innerhalb der Sonderdrucks „Auf dem Weg zur Idee der Gerechtigkeit“ LIT Verlag, 1080 Wien, 2010
- [24] HEINDL/KAHLIG/ÖSTERREICHER/SOMMER, WGG strukturiert, Manz, 2010
- [25] HEINDL/KAHLIG/ÖSTERREICHER/SOMMER, WGG Navigator, CD- Ausgabe, Manz, 2010

4.2. Allgemeine Referenzen

- [1] Adamovich, Ludwig, Probleme einer modernen Gesetzestechnik, in: Winkler, G./Schilcher, B. (Hrsg.), Gesetzgebung, Wien, 1981
- [2] Lachmayer/Reisinger, Legistische Analyse der Struktur von Gesetzen, Manz, Wien, 1976
- [3] Lachmayer, Zur grafischen Darstellung des Obligationenrechts, Schweizerische Zeitschrift für Kaufmännisches Bildungswesen, 1977
- [4] Lachmayer/Garnitschnig, Computergraphik und Rechtsdidaktik, Manz, Wien, 1978,
- [5] Lachmayer: Grafische Darstellungen als Hilfsmittel des Gesetzgebers, Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht, Springer-Verlag Berlin–Heidelberg–New York, 1978
- [6] Lachmayer, Visualisierung des Rechts, Akten des 2.Semiotischen Kolloquiums, Regensburg, 1978
- [7] Wimmer Maria/Traunmüller Roland/Lenk R., Electronic Business invading the Public Sector, Proceedings of the 34th Hawaii, International Conference on System Sciences, Hawaii 2001
- [8] WIKIPEDIA
- [9] HILGENDORF, dtv-Atlas Recht, Deutscher Taschenbuch Verlag, Band I, Band II, 2008

Anmerkungen

- 1 HILGENDORF, dtv-Atlas Recht, Deutscher Taschenbuch Verlag, Band I, Band II, 2008
- 2 Klagenfurter Legistikgespräche, Vortrag Kahlig Wolfgang, Nov. 2005, Bildungsprotokolle, Band 12, S. 51 ff.
- 3 „ABGB 2011“, J. Michael Rainer, „Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation“)

Politik und Logistik – zehn Gedanken

Von
Edmund PRIMOSCH

1. Legistik steht im Dienst der Politik. Während der Politik die politische Gestaltung obliegt, dient die Legistik ihrer gewissenhaften legislativen Umsetzung.
2. Der Legist steht in einem Vertrauensverhältnis zur Politik. Er erwirbt sich dieses Vertrauen durch Sachverstand, Umsicht und Zuverlässigkeit; seine Arbeit wird durch die Interessen des politischen Auftraggebers geleitet. Die persönliche politische Haltung ist für die Arbeit des Legisten unmaßgeblich.
3. Der legislative Entwurf – das Ergebnis legistischer Arbeit im Zusammenwirken mit dem politischen Auftraggeber – ist nicht das Werk des Legisten, sondern Ausdruck des Willens des politischen Auftraggebers. Dieser ist Herr des legislativen Entwurfs.
4. Die Arbeit des Legisten erschöpft sich nicht darin, legislative Entwürfe zu erstellen. Wesentlicher Teil der Legistik ist die Beratung des politischen Auftraggebers. Die Beratung geht der Entwurfserstellung voraus und begleitet diese und die einzelnen Phasen der Rechtserzeugung.
5. Wenn der Legist berät, ist er dazu berufen, aufzuklären, jedoch nicht zu dozieren. Er hat unter Bedachtnahme auf bestehende Rechtsbindungen und rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten eine politisch gewollte Lösung zu suchen, nicht aber den politischen Willen in eine bestimmte Richtung zu lenken.
6. Die Konzeption und Umsetzung eines legistischen Vorhabens gelingt durch gemeinsames und abgestimmtes Vorgehen von Politik und Legistik.
7. Das legistische Vorhaben beruht auf bestimmten oder erst zu bestimmenden politischen Vorgaben.
8. Die Neuheit eines legistischen Vorhabens bedingt inhaltliche Unsicherheiten. Zu lösende Probleme sind nicht unbedingt geeignet, von vornherein durchschaut und beurteilt zu werden. Die Problemlösung bedarf der Diskussion insbesondere mit Sachverständigen, Praktikern und Betroffenen. Erst auf dieser Grundlage ist eine sachliche Abwägung des Für und Wider möglich, um die politischen Vorgaben für ein Vorhaben zu bestimmen.
9. Die Problemlösung, dem ein legistisches Vorhaben dient, ist von je verschiedenen äußeren Umständen abhängig. Deren Bewältigung ist weder für politische Auftraggeber noch für Legisten bloße Routine. Sie bedarf laufender enger Abstimmung vom Zeitpunkt der Auftragserteilung über die Entwurfserstellung bis hin zum Lauf der Rechtserzeugung. Diese Aufgabe kann – innerhalb zeitlicher Vorgaben – durchaus mit hohem Arbeitsaufwand verbunden sein.
10. Es liegt in der Verantwortung des Legisten, die Grenzen und Determinanten der rechtspolitischen Gestaltungsmacht möglichst frühzeitig zu erforschen und gegenüber dem Auftraggeber aufzuzeigen. Diese Grenzen und Determinanten können vor allem im Verfassungsrecht, insbesondere in den Grundrechten und der Kompetenzordnung, in völker- und unionsrechtlichen Rechtsbindungen, in moralisch-ethischen Überlegungen, in sachlichen Gegebenheiten oder in gesellschaftlichen Erwartungen begründet liegen.

EU-Dienstleistungsrichtlinie – Evaluierung der Umsetzung

Von
Waltraud BAUER

1. Einführung

Der Prozess der gegenseitigen Evaluierung wurde in die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt¹ (DL-RL) als neues Element im Zusammenhang mit der Umsetzung von sekundärem Unionsrecht aufgenommen. Dabei handelt es sich um eine Art gegenseitiger Prüfung der ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung, wobei Gegenseitigkeit in diesem Zusammenhang nicht nur bedeutet, dass die Europäische Kommission die Umsetzung in den Mitgliedstaaten prüft, sondern vielmehr auch die Mitgliedstaaten einander am Maßstab der materiellen Richtlinienbestimmungen evaluieren unter gleichzeitiger Einbeziehung von Interessengruppen sowie unter dem Monitoring der Europäischen Kommission.² Zeitlich gesehen knüpfte der Evaluierungsprozess unmittelbar an das Ende der Umsetzungsfrist – das war der 28. 12. 2009³ – und damit an den Abschluss der legislatischen Tätigkeit an.

2. Informationsaufbereitung und Berichtspflichten

Wie für sämtliche Evaluierungen war auch in diesem Fall die Aufbereitung eines entsprechenden Datenmaterials Voraussetzung für den Prozess. Dabei wurde der Weg gewählt, dass die Mitgliedstaaten in einem ersten Schritt gemäß Art. 39 Abs. 1 und 5 DL-RL verpflichtet wurden, bis zum 28. 12. 2009 spezifisches Datenmaterial über die Umsetzung zur Verfügung zu stellen und in eine internetbasierte Datenbank (IPM)⁴ einzupflegen. Diese Informationen wurden in der Folge sämtlichen Mitgliedstaaten zugänglich gemacht. Dabei handelt es sich um:

- Informationen über beibehaltene Genehmigungsregelungen (Art. 9 Abs. 2 DL-RL),
- Informationen über beibehaltene, aufgehobene oder gelockerte Anforderungen bezogen auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 15 DL-RL),
- Informationen über beibehaltene Anforderungen bezogen auf die Dienstleistungsfreiheit (Art. 16 DL-RL) sowie um
- Informationen über beibehaltene Anforderungen bezogen auf die Ausübung multidisziplinärer Tätigkeiten (Art. 25 Abs. 3 DL-RL).

Diese Informationsaufbereitung war mit einem großen Arbeitsaufwand verbunden: Zunächst mussten sämtliche Informationen auf der Ebene der einzelnen Gesetze erhoben und aufbereitet werden.⁵ In der Folge musste für jede Rechtsvorschrift mit einer berichtspflichtigen Genehmigungsregelung oder Anforderung ein eigener Online-Berichtsbogen befüllt werden. Pro Landesgesetz im Anwendungsbereich der Richtlinie waren im Durchschnitt zehn Berichtsbögen erforderlich. Einschließlich der bundesgesetzlichen Regelungen führte das allein in Österreich zu 1.439 Berichtsbögen.

Eine Veranschaulichung der Berichtspflichten soll am Beispiel des Steiermärkischen Schischulgesetzes 1997⁶ erfolgen: Als Beispiele für Informationen über beibehaltene Genehmigungsregelungen lassen sich die Genehmigungspflicht einer Schischule⁷ sowie die Geschäftsführerbestellung⁸ nennen. Informationen über beibehaltene, aufgehobene oder gelockerte Anforderungen bezogen auf die Niederlassungsfreiheit stellen der Rechtsformvorbehalt für die Erteilung einer Schischulbewilligung,⁹ das Anhörungs-

recht des Schilehrerverbandes im Bewilligungsverfahren¹⁰ und die Beschränkung auf nur eine Schischule pro Bewilligungsinhaber¹¹ dar. Während das Anhörungsrecht des Schilehrerverbandes ebenso wie die Beschränkung auf nur eine Schischule pro Bewilligungsinhaber als unzulässige bzw. unverhältnismäßige Anforderungen¹² mit dem Steiermärkischen Dienstleistungsrichtlinien-Anpassungsgesetz¹³ aufgehoben wurden, wurde der Rechtsformvorbehalt nicht beseitigt, aber gelockert.¹⁴ Die verpflichtende Beziehung eines ortskundigen Schiführers bei Touren außerhalb gesicherter Pisten¹⁵ ist ein Beispiel für Informationen über beibehaltene Anforderungen bezogen auf die Dienstleistungsfreiheit.

Hingegen findet sich im Steiermärkischen Schischulgesetz 1997 kein Beispiel für Informationen über beibehaltene Anforderungen bezogen auf die Ausübung multidisziplinärer Tätigkeiten gemäß Art. 25 Abs. 3 DL-RL. Dabei handelt es sich um Informationen über Anforderungen, die sich auf die ausschließliche Erbringung einer bestimmten Tätigkeit beziehen oder die Erbringung von Dienstleistungen in Form von Partnerschaften beschränken. Ein Beispiel lässt sich im Steiermärkischen Aufzugsgesetz 2002¹⁶ finden: Ein Aufzugsprüfer darf von Unternehmen, die sich mit dem Bau oder mit der Instandhaltung von Aufzügen befassen, nicht wirtschaftlich abhängig sein.¹⁷

Dass im Zuge der Informationsaufbereitung innerstaatlicher Koordinierungsbedarf bestand, liegt auf der Hand. Dort, wo es vergleichbare Regelungen auf Landesebene gibt, wurde im Rahmen mehrerer Länderexpertenkonferenzen versucht, eine einheitliche Argumentations- und Rechtfertigungslinie zu finden. Trotz der Abstimmungen blieben Unterschiede zum Teil bestehen, die sich in IPM-Berichten niederschlugen und im Evaluierungsprozess zu Tage traten. Beispielsweise wurde im Steiermärkischen Schischulgesetz 1997 die Bestimmung behoben, wonach pro Person nur eine Schischulbewilligung zulässig ist,¹⁸ während dieselbe Bestimmung in Tirol aufrecht blieb.¹⁹

Ein weiteres sehr plastisches Beispiel für einen unterschiedlichen Regelungsansatz auf Landesebene bildet das Tanzschulwesen. Während einzelne Länder den Bereich überhaupt nicht regeln, enthalten die Tanzschulgesetze anderer Länder eine Anzeigepflicht für den Betrieb einer Tanzschule. In der Steiermark ist dafür nicht bloß eine Anzeige-, sondern vielmehr eine Genehmigungspflicht vorgesehen, was erhöhten Rechtfertigungsbedarf auslöst. Im Gegensatz zu einer Genehmigung berechtigt die Anzeige unmittelbar zur Aufnahme der Tätigkeit. Genehmigungsregelungen sind nach den Vorgaben der DL-RL nur dort zulässig, wo eine Rechtfertigung durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gegeben ist, und nur unter der Voraussetzung, dass das angestrebte Ziel nicht durch ein milderer Mittel erreicht werden kann.²⁰ Aus innerstaatlicher Sicht liegen derart unterschiedliche Regelungsansätze zwar im Gestaltungsspielraum des jeweiligen Gesetzgebers, hingegen gerät die Argumentation, dass die Genehmigungspflicht einer Tanzschule in der Steiermark zum Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger zwingend erforderlich ist und dem Schutz vor unqualifizierter Dienstleistungserbringung dient, gerade im Verhältnis zu den anderen Bundesländern ins Wanken.²¹

3. Zeitlicher und methodischer Ablauf der Evaluierung

Ausgehend von der Informationsaufbereitung wurden sämtliche Daten im Jänner 2010 allen Mitgliedstaaten zugänglich gemacht. Für den daran anschließenden Evaluierungsprozess wurde auf Vorschlag der Europäischen Kommission folgende Vorgehensweise gewählt:²²

1. Kurzzusammenfassung der Berichte durch die Mitgliedstaaten bis Ende Jänner 2010, wobei eine Einschränkung auf acht priorisierte Sektoren²³ erfolgte,
2. Erörterung der Berichte bis Februar 2010 in Kleingruppen, bestehend aus jeweils fünf Mitgliedstaaten („Cluster Meetings“),
3. Erörterung der Ergebnisse der Kleingruppensitzungen in Brüssel unter Anwesenheit aller Mitgliedstaaten im Zeitraum zwischen März und Oktober 2010 („Plenary Meetings“),
4. zusammenfassender Bericht der Europäischen Kommission samt Vorschlägen für ergänzende Initiativen an den Rat und das Europäische Parlament gemäß Art. 39 Abs. 4 DL-RL.

Dieser Vorgehensweise folgend, fanden im Februar zwei Kleingruppensitzungen in Prag und in Budapest statt, wobei die Europäische Kommission Österreich der Gruppe mit Ungarn, Slowenien, der Slowakei und Tschechien zuteilte. Dabei war man zunächst mit der Frage konfrontiert, welche Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten konkret zu den priorisierten Sektoren²⁴ zählen. Darüber hinaus zeigte sich die wohl größte Schwierigkeit der Evaluierung insgesamt: die mangelnde Vergleichbarkeit der dienstleistungsbezogenen Materiengesetze. Ohne die Materiengesetze eines anderen Mitgliedstaates im Einzelnen zu kennen, gestaltete es sich im Rahmen der Diskussion in sämtlichen Evaluierungssitzungen als äußerst schwierig, die Zweckmäßigkeit eines Regelungsansatzes und dessen Unionsrechtskonformität beurteilen zu können.

Ergebnis dieser beiden Cluster-Meetings war ein m. E. oberflächlicher und wenig aufschlussreicher Clusterbericht, der sich auf eine inkohärente Zusammenstellung einzelner tätigkeitsbezogener Aspekte beschränkt.

Darauf aufbauend folgten im Zeitraum zwischen März und Oktober sieben Plenartreffen in Brüssel. Dabei waren sämtliche Mitgliedstaaten in der Regel durch zwei Personen vertreten,²⁵ die Europäische Kommission durch ca. zehn Personen. Der Vorbereitung dieser Sitzungen, die sich ebenfalls auf die Analyse der priorisierten Sektoren beschränkten, dienten jeweils Hintergrunddokumente der Europäischen Kommission. Mit diesen sehr aufwändigen Hintergrunddokumenten versuchte die Europäische Kommission, die Fülle an IPM-Einträgen zu bündeln und auszuwerten sowie die einzelnen Sektoren auf eine gemeinsame vergleichbare Ebene zu bringen. In der bewusst gehaltenen Neutralität finden sich in den Hintergrunddokumenten hingegen keine Anhaltspunkte über die Unionsrechtskonformität von Regelungen.

Den zusammenfassenden Bericht über die Ergebnisse der Evaluierung an den Rat und das Europäische Parlament nach Art. 39 Abs. 4 DL-RL hat die Europäische Kommission für Jänner 2011 in Aussicht gestellt.^{25a}

4. Bilanz für Österreich

Aus österreichischer Sicht stehen dem großen Arbeitsaufwand, der mit der Evaluierung verbunden war, bescheidene Ergebnisse gegenüber. Jener erwartete Mehrwert, dass sich die Europäische Kommission zu Fragen der Auslegung der DL-RL positioniert, stellte sich nicht ein. Diesbezüglich blieb die Europäische Kommission zurückhaltend, und auch Äußerungen zur Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit von Normen beschränkten sich oft nur auf Andeutungen.

Beispielsweise steht der Vorwurf im Raum, Österreich habe Art. 16 DL-RL nicht ordnungsgemäß umgesetzt, da sich Art. 16 DL-RL weder im Entwurf für ein Dienstleistungsgesetz des Bundes²⁶ noch in den Materiengesetzen widerspiegeln. Art. 16 Abs. 1 DL-RL enthält den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit. Er gebietet die freie Aufnahme oder Ausübung einer grenzüberschreitenden Dienstleistungstätigkeit. Anforderungen an Dienstleistungserbringer im grenzüberschreitenden Raum müssen den Kriterien der Nicht-Diskriminierung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Art. 16 Abs. 2 DL-RL nennt bestimmte, absolut verbotene Anforderungen. Nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission sollte der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit in einer Art Horizontalbestimmung umgesetzt werden, was bei einem Teil der Mitgliedstaaten auch tatsächlich erfolgte.

Vor dem Hintergrund des auch im Handbuch der Europäischen Kommission zur Umsetzung der DL-RL angesprochenen Spielraums²⁷ hielt Österreich dieser Argumentation – wie auch andere Mitgliedstaaten – entgegen, dass einerseits die Umsetzung von Art. 16 DL-RL im Zuge der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht erfolgte und daher ein richtlinienkonformer Zustand gegeben ist, und dass andererseits Argumente der Rechtsklarheit gegen eine horizontale innerstaatliche Umsetzung sprechen. Dass bei künftigen Gesetzesnovellen im Anwendungsbereich der Richtlinie Art. 16 DL-RL zu berücksichtigen sein wird, steht ohnehin außer Frage. Im Ergebnis blieb aber unklar, ob die Europäische Kommission ihre Position der vermuteten Richtlinienwidrigkeit beibehalten wird.

Eindeutiger war die Kritik der Europäischen Kommission zur österreichischen Rechtslage im Rauchfangkehrerwesen. Probleme der Vereinbarkeit mit der DL-RL wurden in mehreren Zusammenhängen aufgeworfen: Sie betreffen die Regelung der Kehrgebiete,²⁸ der Kehrtarife²⁹ sowie ein Inlandssitzerfordernis für die Aufnahme der Tätigkeit als Rauchfangkehrer³⁰. Während das Inlandssitzerfordernis im Zuge einer Novelle der Gewerbeordnung 1994 zwischenzeitig behoben wurde,³¹ bleiben die Vorgaben über Kehrgebiete als quantitative oder territoriale Beschränkungen³² und Kehrtarife als Mindest- oder Höchstpreise³³ weiter aufrecht. Die Rechtfertigung dafür – insbesondere die Erforderlichkeit – wurde im Rahmen der Evaluierung sowohl von der Europäischen Kommission als auch von anderen Mitgliedstaaten mehr als nur einmal hinterfragt. Von österreichischer Seite wurde im Zuge der Evaluierung eine Prüfung von diesbezüglichen Änderungen der Gewerbeordnung 1994 zugesagt.

Aus Ländersicht sind der Schischulbereich sowie das Berg- und Schiführerwesen problembehaftet, da nicht sämtliche landesgesetzlichen Bestimmungen die Dienstleistungs-

freiheit für ausländische Schischulen und ausländische Schilehrer gewährleisten.³⁴ Im Höhlen, Berg- und Schiführerwesen wurde von der Europäischen Kommission das verpflichtende Mitführen eines Ausweises bzw. das Tragen eines Abzeichens kritisiert, was aus innerstaatlicher Sicht durch das Erfordernis einer effektiven behördlichen Kontrolle gerechtfertigt und erforderlich erscheint.

5. Fortlaufende Notifikationspflichten

Abgesehen vom Evaluierungsprozess, der sich zeitlich gesehen auf das Jahr 2010 bezog, wurden mit Art. 39 Abs. 5 i. V. m. Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 DL-RL neue Notifikationspflichten gegenüber der Europäischen Kommission eingeführt, die im Rahmen künftiger Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen sind und ebenfalls eine Evaluierung durch die Mitgliedstaaten ermöglichen sollen.

Umfasst von dieser fortlaufenden Notifikationsverpflichtung sind gemäß Art. 15 Abs. 2 DL-RL einerseits neue oder geänderte Anforderungen, die sich auf Niederlassungen beziehen, wie quantitative oder territoriale Beschränkungen, Rechtsformvorbehalte oder Mindestbeschäftigtenzahlen, sowie gemäß Art. 16 DL-RL neue oder geänderte Anforderungen, die sich auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung beziehen. Dabei handelt es sich um Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen jeglicher Art, die die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen betreffen.

Getragen vom Ziel der „Transparenz und Rechtssicherheit für Dienstleistungserbringer (insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen) [...], die beabsichtigen, grenzüberschreitend Dienstleistungen zu erbringen“,³⁵ werden diese laufenden Notifikationen ebenfalls den anderen Mitgliedstaaten zur Kenntnis gebracht. Darüber hinaus legt die Europäische Kommission jährlich Analysen und Orientierungshinweise in Bezug auf die Anwendung derartiger Vorschriften vor.

Jede beabsichtigte Einführung oder Änderung einer Anforderung bedarf einer Rechtfertigung. Im Notifikationsverfahren muss begründet werden, weshalb die Anforderung nicht diskriminierend, aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses erforderlich³⁶ und verhältnismäßig³⁷ ist.

Im Gegensatz zur technischen Notifikation nach der Richtlinie 98/34/EG ist die Notifikation sowohl bezogen auf die Niederlassungsfreiheit als auch bezogen auf die Dienstleistungsfreiheit keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Rechtsvorschrift, sodass das Notifikationsverfahren auch nach Beschlussfassung durch den Gesetzgeber erfolgen kann. Eine Unsicherheit ergibt sich aber dadurch, dass die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten bei niederlassungsbezogenen Anforderungen nach Art. 15 DL-RL binnen drei Monaten gegebenenfalls auffordern kann, die neuen Anforderungen nicht zu erlassen oder aufzuheben. Aus diesem Grund dürfte es in der Regel doch zweckmäßiger sein, die Notifikation an die Europäische Kommission im Wege des dafür zuständigen BMWFJ vor dem Gesetzesbeschluss zu veranlassen.

6. Abschließende Bemerkung

Zusammenfassend ist aus innerstaatlicher Sicht zum Evaluierungsprozess zu sagen, dass der Aufwand das Ergebnis der Evaluierung nicht zu rechtfertigen vermochte. So interessant ein Meinungs austausch unter den Mitgliedstaaten auch sein kann, so wurde die Skepsis Österreichs, die sich von Beginn an stellte, ebenso bestätigt wie die Vermutung, dass die Vorteile der Evaluierung doch eher auf Seiten der Europäischen Kommission liegen, um die Probleme in den Mitgliedstaaten auf diese Weise leichter identifizieren und den Bedarf für neue Rechtsetzungsinitiativen ausloten zu können. Bleibt noch der Appell, dass man aus innerstaatlicher Sicht bezogen auf künftige Rechtsetzungsakte der EU darauf achten möge, dass ein derart aufwändiger Evaluierungsprozess keine Wiederholung findet.

Anmerkungen

- 1 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376, S. 36.
- 2 Darüber hinaus ist gemäß Art. 39 Abs. 3 DL-RL auch die Einbeziehung eines die Europäische Kommission unterstützenden Ausschusses vorgesehen, der nach Art. 40 Abs. 1 DL-RL eingerichtet wird. Der Ausschuss ist befugt, Stellungnahmen zu den Berichten der Mitgliedstaaten abzugeben, vgl. dazu und zum Prozess der gegenseitigen Evaluierung insgesamt *Cornils* in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie (2008), Art. 39 DL-RL.
- 3 Art. 44 Abs. 1 DL-RL.
- 4 An sich ist IPM (Interactive Policy Making) ein System, das von der Europäischen Kommission, Generaldirektion für Datenverarbeitung (DIGIT) entwickelt wurde, um Konsultationen durch die Verwendung leicht zu nutzender Online-Fragebögen zu vereinfachen und auf diese Weise die Politikgestaltung durch Nutzung des Internets zur Erfassung und Analyse von Reaktionen von Bürgern und Unternehmen in den Mitgliedstaaten zu verbessern.
- 5 Zum Normenscreening auf Länderebene vgl. im Detail *Sieberer*, Normen-Screening durch die Länder auf Grund der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: Kärntner Verwaltungsakademie (Hrsg.), Bildungsprotokolle, Band 17, 6. Klagenfurter Legistik@Gespräche 2008 (2009) 101 ff.
- 6 Gesetz über die Unterweisung in Wintersportarten – Steiermärkisches Schischulgesetz 1997, LGBl. Nr. 58/1997 i. d. F. LGBl. Nr. 77/2008.
- 7 § 3 Steiermärkisches Schischulgesetz 1997.
- 8 § 8 Steiermärkisches Schischulgesetz 1997.
- 9 § 4 Steiermärkisches Schischulgesetz 1997.
- 10 § 3 Abs. 3 Steiermärkisches Schischulgesetz 1997.
- 11 § 7 Abs. 1 Steiermärkisches Schischulgesetz 1997.
- 12 Art. 14 Z 6, Art. 15 Abs. 2 lit. e i. V. m. Art. 15 Abs. 3 DL-RL.
- 13 Gesetz, mit dem das Steiermärkische Akkreditierungsgesetz, das Steiermärkische Aufzugsgesetz 2002, das Steiermärkische Baugesetz, das Steiermärkische Bauproduktegesetz, das Steiermärkische Berg- und Schiführergesetz 1976, das Steiermärkische Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2005, das Steiermärkische Prostitutionsgesetz, das Steiermärkische Schischulgesetz 1997, das Steiermärkische Tanzschulgesetz 2000 und das Steiermärkische Veranstaltungsgesetz geändert werden – DLRL-Anpassungsgesetz, LGBl. Nr. 13/2010.
- 14 Die Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb einer Schischule kann nur natürlichen Personen erteilt werden. Davon zu unterscheiden ist die Rechtsform, in welcher die Schischule betrieben wird. Diesbezüglich gibt es keine Einschränkungen.
- 15 § 2 Abs. 3 Steiermärkisches Schischulgesetz 1997.
- 16 Gesetz über den Einbau, den Betrieb und die Instandhaltung von Aufzügen – Steiermärkisches Aufzugsgesetz 2002, LGBl. Nr. 108/2002 i. d. F. LGBl. Nr. 13/2010.

- 17 § 14 Abs. 5 Steiermärkisches Aufzugsgesetz 2002.
- 18 Vgl. Fn. 13.
- 19 § 5 Abs. 2 lit. f. Tiroler Schischulgesetz 1995, LGBl. Nr. 15/1995, i. d. F. LGBl. Nr. 47/2010.
- 20 Art. 9 Abs. 1 DL-RL.
- 21 Aussicht auf Erfolg hätte die Argumentation des Bedarfs nach einem höheren Schutzniveau wohl nur, wenn die Tänze in der Steiermark gefährlicher wären als jene in den anderen Bundesländern. Die Aufrechterhaltung der Bestimmung erscheint aus Sicht des Unionsrechts kaum haltbar.
- 22 Diese Vorgehensweise ergibt sich nicht aus der Richtlinie. Vielmehr beschränkt sich Art. 39 Abs. 2 DL-RL auf die Vorgabe, dass die Europäische Kommission die Berichte einerseits an die anderen Mitgliedstaaten weiterleitet, die binnen sechs Monaten nach Erhalt ihre Stellungnahme übermitteln, sowie andererseits die betroffenen Interessengruppen dazu konsultiert.
- 23 Wholesale and retail services, construction and property related services, real estate activities, tourism and related services, food and beverage services, services of the regulated professions, business services, private education services.
- 24 Siehe Fn. 23.
- 25 Österreich war in der Regel jeweils durch einen Bundes- und einen Landesvertreter vertreten.
- 25a Inzwischen erfolgte die Veröffentlichung der Mitteilung der Kommission vom 27. Jänner 2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Auf dem Weg zu einem besser funktionierenden Binnenmarkt für Dienstleistungen - Nutzung der Ergebnisse des Verfahrens der gegenseitigen Evaluierung im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie, KOM (2011) 20 endg.; darin unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung des Prozesses der gegenseitigen Evaluierung und listet in ihren Schlussfolgerungen in tabellarischer Form künftige Maßnahmen samt jeweiligem Zeithorizont auf.
- 26 Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Erbringung von Dienstleistungen (Dienstleistungsgesetz – DLG) und ein Bundesgesetz über das internetgestützte Behördenkooperationssystem IMI (IMI-Gesetz) erlassen, das Preisauszeichnungsgesetz, das Konsumentenschutzgesetz, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Verwaltungsstrafgesetz 1991 und das Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 geändert und einige Bundesgesetze aufgehoben werden, 523 dB, 24. GP; bislang konnte im Nationalrat nicht die erforderliche Zweidrittelmehrheit für den Gesetzesbeschluss gefunden werden, weshalb die Europäische Kommission gegen Österreich bereits ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hat.
- 27 *Europäische Kommission*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (2007) 1.2.1., wonach „insbesondere im Zusammenhang mit den Artikeln, die allgemeine Prinzipien festlegen, wie z. B. Artikel 16 oder 20, [...] neue horizontale Rahmenvorschriften in Betracht gezogen werden [sollten]. Rechtsvorschriften auf der angemessenen Ebene mit horizontalem Charakter könnten insbesondere als Auffangvorschriften in Bezug auf Bestimmungen in spezifischen Bereichen notwendig sein, die dem prüfenden Blick entgangen sind, sowie um sicherzustellen, dass neu entstehende Dienstleistungen, die in der Zukunft auf nationaler Ebene reguliert werden, ebenfalls abgedeckt sind. Dabei ist klar, dass die Mitgliedstaaten, sollten sie sich dafür entscheiden, die Richtlinie bzw. bestimmte Artikel der Richtlinie mit Hilfe horizontaler Rechtsvorschriften umzusetzen, sicherstellen müssen, dass diese Vorrang vor anderen spezifischen Rechtsvorschriften haben.“
- 28 § 123 GewO 1994, wonach der Landeshauptmann verpflichtet ist, durch Verordnung Kehrgebiete so festzulegen, dass die feuerpolizeilichen Aufgaben entsprechend wahrgenommen werden können und innerhalb eines Kehrgebietes die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von mindestens zwei Rauchfangkehrerbetrieben mit mindestens je zwei hauptberuflich beschäftigten Arbeitnehmern gewährleistet ist; vgl. z. B. die Steiermärkische Kehrgebietsverordnung, LGBl. Nr. 432/1996, i. d. F. LGBl. Nr. 263/2006.
- 29 § 125 GewO 1994, wonach der Landeshauptmann verpflichtet ist, durch Verordnung Höchstarife festzulegen und dabei auf die Leistungsfähigkeit der Betriebe und auf die Interessen der Leistungsempfänger Bedacht zu nehmen; vgl. z. B. die Steiermärkische Kehrтарифverordnung 2007 – StRHV 2007, LGBl. Nr. 28/2007.
- 30 § 121 GewO 1994.
- 31 Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird, BGBl. I Nr. 66/2010.
- 32 Art. 15 Abs. 2 lit. a DL-RL.
- 33 Art. 15 Abs. 2 lit. g DL-RL.
- 34 Insbesondere Slowenien und Schweden berichteten von Problemen ihrer Staatsangehörigen, die in Österreich tätig werden wollen.
- 35 Vgl. *Europäische Kommission*, Handbuch (Fn. 27) 10.1.
- 36 In Fällen der Dienstleistungsfreiheit sind nur die Gründe öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit oder der Umweltschutz möglich.

- 37 Die Anforderung darf nicht über das hinausgehen, was zur Verwirklichung des zwingenden Grundes des Allgemeininteresses erforderlich ist.
- 38 Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 204, S. 37.
- 39 So explizit auch *Europäische Kommission*, Handbuch (Fn. 27) 10.2.5.
- 40 In diesem Sinne auch *Europäische Kommission*, Handbuch (Fn. 27) 10.2.5., wonach es bei „Zweifeln im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Anforderungen mit dem Gemeinschaftsrecht [...] ratsam [wäre], wenn der betreffende Mitgliedstaat die Kommission vor der offiziellen Einführung der Anforderung von dieser unterrichtete.“

Europäische Rechtsumsetzung aus Sicht der Gerichtsbarkeit

Von
Meinrad HANDSTANGER

1. Einleitung

Das Recht der Europäischen Union wird für ihre Mitgliedstaaten weitgehend nicht von Organen der EU, sondern den mitgliedstaatlichen Behörden – freilich zunehmend in Kooperation mit Organen der EU¹ – umgesetzt. Damit verdienen die Vorgangsweise der österreichischen Behörden bei der Umsetzung des Unionsrechts – die Methoden der Vollzugspraxis – besondere Beachtung. Hier kann freilich keine systematische Auseinandersetzung mit diesen Methoden erfolgen, vielmehr geht es darum, einzelne Elemente, die methodisch bedeutsam sind, skizzenhaft zu beleuchten.²

2. Zur Perspektive der Rechtsanwendung

Die österreichischen Behörden stehen (jedenfalls) seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union mit dem Beginn des Jahres 1995 vor der Situation, die österreichische[n] Rechtsordnung[en]³ gemeinsam mit der Rechtsordnung der EU anzuwenden. Der normative Ausgangspunkt dafür liegt im Beitritt Österreichs zur EU.⁴ Die zuvor durchgeführte Volksabstimmung iSd Art. 144 Abs. 3 B-VG führte zu einer Änderung der tragenden Prinzipien bzw. Grundprinzipien des österreichischen Bundesverfassungsrechts, die es – kurz gefasst – erlaubt, das Unionsrecht⁵ nach seinen dafür maßgebenden eigenen Strukturprinzipien anzuwenden.⁶ Im Wesentlichen wurden diese Strukturprinzipien in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU (EuGH) entwickelt und haben dann in den Verträgen der EU (gleichsam nachzeichnend) Beachtung bzw. Erwähnung gefunden.⁷ Diese Strukturprinzipien beinhalten,⁸ dass das Unionsrecht autonom (insbesondere von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten) gilt und unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar anzuwenden ist. Ist Unionsrecht unmittelbar anzuwenden, geht es im Übrigen im Konfliktfall bei der Anwendung dem nationalen Recht vor, insofern verfügt es über einen sogenannten „Anwendungsvorrang“.⁹ Soweit das (sich evolutiv entwickelnde) Unionsrecht – insbesondere betreffend die Strukturen und die institutionelle Ausgestaltung der EU – sich in dem Rahmen hält, der zum Zeitpunkt des österreichischen Beitritts bestand und damit in den damals geänderten leitenden Prinzipien des österreichischen Bundesverfassungsrechts Platz findet, bleibt der Anwendungsbereich des österreichischen Rechts gegenüber dem Unionsrecht „geöffnet“.¹⁰

In Konsequenz dessen wenden österreichische Behörden das Unionsrecht, meist gemeinsam mit österreichischen Rechtsvorschriften, nach den unionsrechtlichen Strukturprinzipien – somit auch unter Beachtung des Anwendungsvorranges – an. Letzteres bedeutet, dass österreichische Rechtsvorschriften im Kollisionsfall unangewendet zu lassen sind. Diese Grundsätze gelten für die rechtsanwendende Vollziehung insgesamt, damit auch für die Gerichtsbarkeit. Insoweit kommt dieser keine Sonderstellung zu. Wie für jedes rechtsanwendende Organ stellen auch für Gerichte neben den österreichischen Rechtsnormen die unionsrechtlichen Rechtsvorschriften die Vorgaben dar, auf deren Umsetzung – nicht aber auch deren Ersetzung durch selbstkreierte Normen – die Rechtsanwendung gerichtet ist. In den meisten Fällen ist dazu eine Zusammenschau der einschlägigen Normen des österreichischen Rechts und des Unionsrechts erforderlich.¹¹ Infolge

und im Rahmen dieser Öffnung steht das Unionsrecht kraft seiner Strukturprinzipien zum nationalen Recht im Verhältnis einer asymmetrischen Vorordnung.¹² Das insgesamt anzuwendende Recht ist insofern mehrschichtig und lässt sich als „Mehrebenensystem“ begreifen, das Unionsrecht ist mit dem nationalen Recht dabei funktional verflochten. Das Zusammenwirken zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht wird überwiegend nicht durch nationales generelles Recht, sondern bei der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall effektiert. Dabei kommt es insbesondere auf die Identifikation der die maßgeblichen unionsrechtlichen Regelungen ergänzenden nationalen Normen an sowie darauf, aus diesen Regelungen insgesamt ein konsistentes, auf die effektive Umsetzung des Unionsrechts und einen effektiven Rechtsschutz ausgerichtetes praktikables Lösungsschema zu entwickeln, um einen zu entscheidenden Fall in die insgesamt anzuwendenden Rechtsvorschriften einzupassen.¹³ Das Bemühen um Konsistenz gründet auch darauf, dass sich die Rechtsanwendungsperspektive auf die vorgefundenen Normen, die verstanden werden wollen, bezieht, und sich die Einzelfallentscheidungen argumentativ aus den Texten der generellen Normen ableiten, wobei diese Bindung für die Entscheidungsakzeptanz und damit letztlich die Legitimität der Tätigkeit rechtsanwendender Behörden schon im Lichte der den verschiedenen Funktionen des Rechts unterliegenden Grundfinalität, nämlich der Berechenbarkeit des Handelns anderer, von grundlegender Bedeutung erscheint.¹⁴

3. Zur Rolle der Gesetzgebung

Auch die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten sind aufgerufen, die von ihr gestalteten nationalen Rechtsordnungen in Einklang mit dem Unionsrecht auszugestalten.¹⁵ Aus der rechtspraktischen Perspektive der Rechtsanwendung betrifft dies insbesondere die rechtzeitige Umsetzung von sekundärrechtlichen Richtlinien im nationalen Gesetzesrecht sowie die Erlassung von auch sonst mit dem Unionsrecht konsistenten und die Erfordernisse seiner Anwendung berücksichtigenden Rechtsvorschriften. Defizite bei der Beachtung von unionsrechtlichen Rechtsvorschriften durch die nationale Gesetzgebung belasten – ebenso wie bei der Nichtbeachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben – zwangsläufig (auch) die Vollziehung. Dieser wächst dann die Aufgabe zu, in dem zu entscheidenden Einzelfall die Konsistenz der Entscheidungsgrundlagen insbesondere im Wege unionsrechtskonformer Auslegung nationaler Rechtsvorschriften¹⁶ herzustellen bzw. dies zu versuchen.¹⁷

Dass diese Aufgabe einen nationalen Gesetzgeber vor besondere Herausforderungen und Belastungen stellt, ergibt sich insbesondere aus drei Faktoren: Zunächst ist auf die „Mehrsprachigkeit“ im Rahmen des Unionsrechts hinzuweisen. Die jeweiligen generellen Unionsrechtstexte gelten in allen authentischen Sprachen der Union.¹⁸ Ein nationaler Gesetzgeber darf sich damit nicht auf die Sprachfassung der im einzelnen Mitgliedstaat verwendeten Sprache verlassen, vielmehr sind zur Erfassung des Normsinnes grundsätzlich alle authentischen Sprachfassungen in Betracht zu ziehen. Die Verwendung von derzeit 23 gleichberechtigten Sprachen führt unvermeidlich dazu, dass die Texte nicht völlig übereinstimmen.¹⁹ Bei der Auflösung von Divergenzen ist auf eine unionsrechtskon-

forme Auslegung abzustellen, die – nach einem Vergleich der authentischen Sprachfassungen – über Sinn und Zweck der Regelung sowie den Zusammenhang ermittelt wird, wobei bei verschiedenen möglichen Auslegungen derjenige der Vorzug zu geben ist, die die praktische Wirksamkeit der Vorschrift wahrt.²⁰

Ferner ergeben sich die Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Unionsrechts für den Gesetzgeber zu einem nicht geringen Teil aus der Bauweise des Unionsrechtes selbst. Das Unionsrecht ist in sich stufenbauförmig gegliedert.²¹ Es wird vermutlich ebenso häufig novelliert wie Gesetze im österreichischen Rechtssystem. Insgesamt bieten die generellen Rechtstexte der EU ein komplexes und oft kompliziertes Gebilde. Der rechtstechnische – legistische – Standard der EU-Normen trägt meist nicht dazu bei, die Klarheit und Übersichtlichkeit des Rechtsstoffes zu verbessern. Schließlich können die normativen Zusammenhänge des Unionsrechts nicht ohne Bedachtnahme auf die Judikatur des EuGH verstanden werden, deren evolutive Tendenz aber das diesbezügliche Niveau in nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich übersteigt und damit auch das Vertrauen auf den Text der generellen Unionsvorschriften tangiert.²²

Es verwundert daher nicht, dass die Gesetzgeber ihrer Verpflichtung zur Anpassung des nationalen Rechts an das Unionsrecht (einschließlich der Rechtsbereinigung²³) nur lückenhaft nachkommen (können)²⁴. Eine größere Anzahl von Beispielen belegt mittlerweile, dass die nationalen Rechtsvorschriften nicht (völlig) mit dem Unionsrecht abgestimmt sind bzw. dieses nicht ordnungsgemäß umsetzen.²⁵ Es erscheint damit nicht überzeugend argumentierbar, dass die Vollziehung darauf vertrauen dürfte, dass österreichische Gesetze dem Unionsrecht generell gerecht werden.²⁶ Überwiegend hat also die Vollziehung die Zusammenschau von nationalem Recht und Unionsrecht zu bewerkstelligen, ohne gänzlich auf eine bereits auf der Ebene der nationalen Gesetzgebung abgestimmte Rechtslage vertrauen zu können.

4. Zur Rolle der Rechtstheorie – das Stufenbautheorem

Jedenfalls komplexe Rechtsordnungen sind hierarchisch im Sinne eines Stufenbaus strukturiert.²⁷ Das rechtstheoretische Konzept zur Darstellung dieses Phänomens bildet – weitgehend auf Überlegungen von Adolf Julius Merkl basierend – einen zentralen Bestandteil der Reinen Rechtslehre.²⁸ Das Stufenbaummodell in der Ausprägung der Reinen Rechtslehre ist für die Konstruktion der österreichischen Rechtsordnung von grundlegender Bedeutung. Wie man den Bestimmungen des B-VG entnehmen kann, hat dieses Stufenbaummodell insofern eine gewisse Vorbildwirkung für die österreichische Rechtsordnung, als es die rechtstheoretisch für erforderlich erachtete rangmäßige Unterscheidung der Stufen (etwa der Verfassungsebene und der Gesetzesebene)²⁹ im Wege einer klaren rangmäßigen Unterscheidung der einzelnen Rechtsformen je Stufe³⁰ vornimmt und für die rangmäßig höhere Stufe (etwa die Verfassung) theoriekonform ein schwierigeres Erzeugungsverfahren vorsieht als für die nächst untere Stufe (etwa das Gesetz). Eine wesentliche weitere Überlegung im Rahmen dieses theoretischen Konzepts geht dahin, dass der Widerspruch des Gesetzes mit der Verfassung nicht zwangsläufig eine Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge hat, „sondern das Stufenbaummodell auch so konstruiert wer-

den kann, dass eine mit der höheren Stufe inkonforme Norm solange zu gelten hat, bis es von einer hierzu bestimmten Instanz, etwa einem Verfassungsgericht, in einem von der Verfassung geregelten Verfahren vernichtet wird“.³¹ Auch diese Überlegung ist ins B-VG übernommen worden.³² Das Stufenbaummodell in dieser Ausprägung – das die Rechtsordnung (bildhaft) als Pyramide mit der Verfassung an der Spitze, aus der die Erzeugung der weiteren Rechtsschichten abgeleitet wird, erscheinen lässt – stellt einen Eckpfeiler für den rechtsdogmatischen Diskurs dar,³³ in dessen Rahmen der Anordnungsinhalt – der Sinn – der konkreten Normen in ihrem Kontext entwickelt wird.³⁴ Rechtsdogmatische Überlegungen sind insofern als systemisches Denken charakterisierbar, als es auf die Etablierung eines zumindest für das jeweilige Rechtsgebiet oder ein Gesetz relevantes, systematisierendes Erklärungsmodells für den Inhalt der konkreten Rechtsvorschriften gerichtet ist, das etwa leitende Grundsätze bzw. grundlegende Bauprinzipien des Rechtsstoffes aufzeigt und die Normen danach systematisch ordnet.³⁵ Theo Öhlinger bezeichnet diese Variante des im Rahmen der Reinen Rechtslehre herausgearbeiteten Stufenbaummodells als „Stufenbau der Staatsfunktionen“, weil sie (als Ergebnis einer Neuinterpretation der Gewaltenteilungslehre) die rechtlichen Ebenen im Gleichklang mit den sogenannten Staatsgewalten (der vorgeordneten Gesetzgebung, der hierarchisch nachgeordneten Vollziehung) strukturiert.³⁶

Aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts ergibt sich allerdings eine gegenüber der österreichischen Sichtweise etwas andere Perspektive betreffend den Stufenbau der Rechtsordnung. Wenn der Anwendungsvorrang im Fall der konkreten Rechtsanwendung verlangt, dass das nationale Recht im Einklang mit dem Unionsrecht ausgelegt oder gegebenenfalls nicht angewendet wird, bleibt im konkreten Anwendungsfall für ein vorgelagertes, bei einem speziellen Organ konzentriertes Prüfverfahren kein Raum. Die zur konkreten Fallentscheidung aufgerufene Behörde hat die Aufgabe, ein unionskonformes Verständnis des österreichischen Rechts herzustellen und letzteres gegebenenfalls unangewendet bleiben zu lassen. Diese Nichtanwendung bedeutet keine formelle Derogation im Sinn der Beseitigung der Normgeltung, sondern lediglich eine materielle Derogation im Einzelfall, die eine entsprechende Prüfung des Verhältnisses zwischen österreichischem Recht und Unionsrecht in anderen Fällen grundsätzlich nicht erspart. Es liegt damit auf der Hand, dass die mit dem für das österreichische Recht im Stufenbaummodell verwirklichte Komponente der Rechtssicherheit durch die formelle Beseitigung mit dem höherrangigen Recht widersprechenden Normen durch den VfGH in dem für das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht einschlägigen Anwendungsvorrang grundsätzlich fehlt, was kritisch betrachtet werden kann.³⁷ Wegen seiner Ausrichtung auf den Einzelfall ist das Konzept des Anwendungsvorrangs aber flexibler an den jeweiligen Umständen des Einzelfalles orientiert, die insbesondere für die Frage maßgeblich sind, ob ein Fall ohne Annahme einer Verdrängung nationalen Rechts (noch) gelöst werden kann. Zudem fehlt beim Konzept der bloßen Nichtanwendung nationalen Rechts im Einzelfall ein besonderes Verfahren zur Feststellung normativer Spannungsverhältnisse, was eine gewisse (effizienzbedeutsame) Zeitersparnis darstellen kann.³⁸

Diese stufenbaueinschlägige Dimension des Anwendungsvorranges ist richtungweisend für die Handhabung österreichischer Rechtsvorschriften im Anwendungsbereich des

Unionsrechtes. Insofern überlagert sie für die rechtsdogmatische Perspektive das für das österreichische Rechtssystem intern relevante Modell. Ist das österreichische Modell auf strikte Stratifikation iS einer klaren rangmäßigen Unterscheidung der Normebenen und Beseitigung von rechtswidrigen Gesetzen und Verordnungen in einem beim Verfassungsgerichtshof konzentrierten Verfahren ausgerichtet³⁹, stellt das Konzept des Anwendungsvorranges auf die konvergierende Sicht aller normativen Vorgaben des Unionsrechts und des nationalen Rechts bei der Entscheidung des konkreten Einzelfalles ab.

Das mit dem Anwendungsvorrang verbundene Stufenbaummodell lässt sich insofern mit dem theoretischen Instrumentarium der Reinen Rechtslehre darstellen, als – nach dem Modell des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit – in einem ersten Schritt alle für die Entscheidung relevanten rechtlichen Vorgaben (Erzeugungsbedingungen) in Anschlag zu bringen sind und danach – in einem zweiten Schritt – bei Spannungsverhältnissen zwischen nationalem Recht und Unionsrecht diese im Wege der Auslegung bzw. des Außerachtlassens von nationalem Recht – im Sinn des Stufenbaus nach der derogatorischen Kraft – zu bereinigen sind.⁴⁰ Beim Konzept des Anwendungsvorranges kommt es derart zu einer unmittelbaren Verknüpfung dieser beiden Stufenbaukonzeptionen.⁴¹

5. Zu Konzepten der Koordinierung von Unionsrecht und nationalem Recht

Da bislang keine durchgängige Systematik der bei der Rechtsanwendung praktizierten Mechanismen des Zusammenwirkens von Unionsrecht und nationalem Recht erstellt wurde, können hier nur einzelne Phänomene skizzenhaft angesprochen werden, ohne auf eine gängige Systematik aufbauen zu können.

5.1 Für Integrität und gegen Verfälschung des nationalen Rechts

Zentrale Bedeutung für die Umsetzung des Unionsrechts ist der Grundsatz der „doppelten rechtlichen Bindung“ österreichischer Rechtsakte. Nach der Rechtsprechung des VfGH besteht für die Erlassung österreichischer Rechtsakte eine Bindung nicht nur an das Unionsrecht, sondern auch höherrangige österreichische Rechtsvorschriften, soweit dies die Verpflichtungen aus dem Unionsrecht nicht „inhibieren“.⁴² Die Auswirkung dieses Grundsatzes auf das österreichische Recht ist aber je nach Rechtsschicht differenziert zu sehen. Während der Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine für die Erlassung gesetzlicher Vorschriften zur Umsetzung einer Richtlinie erforderlichen bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlage nicht zu schaffen vermag,⁴³ können dadurch bei der Entscheidung eines konkreten Einzelfalles – auf der Ebene der Vollziehung – entgegenstehende österreichische verfassungsrechtliche Vorschriften – somit auch Regelungen der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung – verdrängt werden.⁴⁴ Solche Grenzziehungen, die der VfGH nach dem Grundsatz der doppelten rechtlichen Bindung für die Umsetzung des Unionsrechts durch die Gesetzgebung entwickelt, schlagen insofern nicht auf die Ebene der Vollziehung durch. Da im Anwendungsbereich des Unionsrechts

auch dessen Grundrechte unmittelbar anzuwenden sind, sind dort prinzipiell nicht die Grundrechte des nationalen Verfassungsrechts, sondern die Grundrechte des Unionsrechts (auch für das Zusammenwirken beider Rechtsbereiche) anzuwenden.⁴⁵

Bedeutsam ist ferner der Grundsatz, dass auf der Ebene der Vollziehung aus mehreren Varianten unionsrechtskonformer Lösungen diejenige heranzuziehen ist, bei welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt.⁴⁶ Von mehreren unionsrechtskonformen Lösungen soll danach jene gewählt werden, die sich inhaltlich und systematisch am ehesten in das österreichische gesetzliche Regelungsgefüge einpassen lässt.

Die unionsrechtskonforme Auslegung darf jedoch nicht derart erfolgen, dass innerstaatliches Recht über seinen sachlichen oder zeitlichen Geltungsbereich hinausgehend anzuwenden wäre. Dies liefe nämlich auf eine Anwendung von innerstaatlichem Recht hinaus, das so nicht gesetzt wurde; ein solches Ergebnis kann auch im Fall des Anwendungsvorranges von Unionsrecht nicht gewonnen werden, zumal im Wege einer gemeinschafts- (bzw. unions-)rechtskonformen Interpretation der Regelungsinhalt der innerstaatlichen Vorschrift nicht in sein Gegenteil verkehrt werden darf.⁴⁷

5.2 Zur Europäisierung des Verfahrensrechts und der Verfahrensführung

Das Unionsrecht enthält die Vorgabe, dass seine Umsetzung durch mitgliedstaatliche Behörden prinzipiell in Verfahren erfolgt, die dem innerstaatlichen Verfahrenstand äquivalent und effizient gestaltet sind.⁴⁸ Zu beachten ist weiters das unionsrechtliche Prinzip eines effizienten gerichtlichen Rechtsschutzes.⁴⁹ Auch sekundärrechtliche Regelungen enthalten verfahrensrechtliche Vorgaben, etwa Rechtsschutzgarantien.⁵⁰

Das österreichische Verfahrensrecht wurde – teils durch die Gesetzgebung, teils durch die der Judikatur des EuGH folgende Vollziehung – an unionsrechtliche Erfordernisse adaptiert.⁵¹ Aus der Perspektive des nationalen Rechts als überraschend bzw. kritikwürdig stechen dabei Entscheidungen heraus, die die dort gegebenen grundsätzlichen Orientierungen tangieren. Dazu zählen sicherlich aus dem Unionsrecht (insbesondere aus der Judikatur des EuGH) abgeleitete Zuständigkeitsverschiebungen⁵² oder die im Spannungsverhältnis mit seiner Kassationskompetenz stehende Zuständigkeit des VwGH zur Erlassung „einstweiliger Anordnungen“, um vorläufigen Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts zu gewährleisten.⁵³

Eine jüngere Entwicklung des Unionsrechts geht dahin, eine möglichst wirksame und gleichzeitig für alle Unionsmitgliedstaaten möglichst gleichmäßige Anwendung des Unionsrechts bei der Entscheidung konkreter Fälle zu gewährleisten. Dies soll nicht bloß im Wege einer Harmonisierung des nationalen Verfahrensrechts mit dem Unionsrecht geschehen, sondern durch Kooperation zwischen nationalen Verwaltungsbehörden und Unionsbehörden. Damit wird eine „Verwaltungszusammenarbeit“ etabliert, die im Unionsrecht primärrechtlich verankert wurde.⁵⁴ Gekennzeichnet ist diese europäische Behördenkooperation durch eine Vielzahl von Phänomenen: Etwa eine Auslagerung von Aufgaben der Europäischen Kommission auf speziell geschaffene Unionsorgane (insbesondere Agenturen) oder differenzierte Verfahrensroutinen für diese Kooperation.⁵⁵ Die Ver-

waltungszusammenarbeit weist ein Bündel differenzierter Modelle und Instrumente auf, die letztlich der Logik von Netzwerken folgt.

6. Schlussbemerkung

Die Anwendungspraxis des Unionsrechts zeigt, dass das mit unionsrechtlichen Vorgaben – insbesondere seinem Anwendungsvorrang – verbundene Erfordernis, die nationale Rechtsordnung mit dem Unionsrecht jedenfalls letztlich bei der Entscheidung konkreter Einzelfälle zu harmonisieren, die Rechtsanwendung komplexer und komplizierter machen kann. Damit nehmen „Rechtsanwendungsrisiken“ (etwa die Nichtbeachtung von Vorgaben oder unerwartete Falllösungen) naturgemäß zu. Eine systematische rechtsdogmatische Durchleuchtung des Zusammenwirkens von Unionsrecht und nationalem Recht erweist sich in diesem Zusammenhang für die Rechtsanwendung sicherlich hilfreich. Angesichts der Differenziertheit der Rechtsbereiche erfolgten derartige Darstellungen bislang in aller Regel problem- bzw. bereichsorientiert. Eine umfassendere Analyse der rechtsdogmatischen Figuren und Instrumente zur Falllösung liegt – soweit ersichtlich – bislang noch nicht vor. Da sich solche Überlegungen nicht nur mit generellen Rechtstexten, sondern den individuellen Fallentscheidungstexten beschäftigen müssen, können sie aus rechtstheoretischer Sicht zudem nicht bei dem Auslegungsrahmen stehen bleiben, den die generellen Rechtsvorschriften jeweils intersubjektiv zweifelsfrei abgeben.⁵⁶ Es verlangt vielmehr eine theoretische Auseinandersetzung mit der Rechtsanwendung, insbesondere die Entwicklung einer Theorie ihrer Struktur, die einzelne Rechtsanwendungsmodelle näher zu beschreiben erlaubt.

Anmerkungen

- 1 Vgl. Thienel, Rechtsschutz im Verwaltungsverbund – Spielraum und Einfluss der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010, 161; Mayrhofer, Von den nationalen Verwaltungen zum Europäischen Verwaltungsverbund, in: Der Europäische Verwaltungsverbund, a. a. O., 23; Handstanger, Europäische Behördenkooperation, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Grundrechte im Europa der Zukunft, 2010, 77.
- 2 Vgl. dazu insbesondere Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht³, 2006; Ranacher/Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts, 2009; zuletzt Hummer (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, 2010.
- 3 Gemeint: neun Rechtsordnungen der Länder sowie eine Rechtsordnung des Bundes, die auch das alle Rechtsordnungen umfassende „gesamtstaatliche“ Verfassungsrecht (als Teile des B-VG) enthält (vgl. dazu Wiederin, Kelsens Begriffe des Bundesstaats, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtsdenker des 20. Jahrhunderts, 2005, 223, 239).
- 4 Vgl. den Staatsvertrag über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl. Nr. 45/1995, der aus dem eigentlichen Beitrittsvertrag, der Beitrittsakte sowie der Schlussakte besteht.
- 5 Seit dem mit 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon folgt die Rechtsordnung der EU als Unionsrecht im Wesentlichen einheitlichen Grundsätzen, vgl. etwa Obwexer, Die Rechtsstellung Einzelner in der Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ÖJZ 2010, 101, 103.
- 6 Mit der Volksabstimmung am 12. Juni 1994 über ein Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur EU, BGBl. Nr. 744/1994, wurden die bundesverfassungsgesetzlich zuständigen Organe ermächtigt, den Beitrittsvertrag abzuschließen; vgl. etwa Öhlinger, Verfassungsrecht⁸, 2009, Rz. 134 f.

- 7 Siehe etwa Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union [EUV] betreffend die unionsrechtlichen Grundrechte oder die Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vorrang des Unionsrechts.
- 8 Vgl. den Überblick bei Öhlinger [FN 6], Rz. 140 ff.
- 9 Vgl. dazu etwa Öhlinger, Vorrang des EU-Rechts, in: Schröder (Hrsg.), Beiträge zum 7. Österreichischen Europarechtstag 2007, 2008, 11; Potacs, Geltung des EU-Rechts in Österreich, in: Hummer (FN 2), 103.
- 10 Vgl. Öhlinger/Potacs (FN 2) 56 ff.; Obwexer, Der Vertrag von Lissabon und die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 2010, 352.
- 11 So etwa bei der Vollziehung unmittelbar anzuwendenden Sekundärrechts in behördlichen Verfahren, die sich primär nach österreichischem Verfahrensrecht richten, oder beim Ineinandergreifen von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht mit demselben Sachkontext betreffenden [nicht verdrängten] nationalen Rechtsvorschriften.
- 12 Der Anwendungsvorrang greift grundsätzlich auch gegenüber dem österreichischen Verfassungsrecht, vgl. etwa VfSlg. 15.277/1999 u. a.
- 13 Vgl. Handstanger, Zur Perspektive der Rechtsanwendung, in: Schweighofer/Geist/Heindl/Szücs [Hrsg.], Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik, 2008, 493, 502 (FN 48).
- 14 Vgl. nochmals Handstanger (FN 13), insbesondere 459 f., 502 ff.
- 15 Vgl. etwa Art. 4 EUV; EuGH, 9. 12. 2003, C-129/00, Rz. 25 ff.
- 16 Vgl. etwa Öhlinger (FN 6), Rz. 146.
- 17 Erscheinen bei unmittelbar anzuwendendem Unionsrecht derartige Bemühungen, die nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls bis zur Grenze führen, die nationale Auslegungsstandards vorgeben, ohne Erfolg (vgl. Rs C-105/03, Pupino, Slg. 2005, I-5285, Rz. 47), dann ist dem anwendungsvorrangigen Unionsrecht entgegenstehendes nationales Recht nicht anzuwenden.
- 18 Vgl. Art. 342 AEUV (früher Art. 290 EGV); vgl. dazu Schweizer/Hummer/Obwexer, Europarecht, 2007, Rz. 410 ff.
- 19 Vgl. nochmals Schweizer/Hummer/Obwexer (FN 18), insbesondere Rz. 422 ff.
- 20 Eine solche Textdivergenz war etwa im Urteil des EuGH Rs C-136/03, Dörr und Ünal, Slg. 2005, S I 4759 ff., dem eine Vorlage des VwGH. zu Grunde liegt, von Bedeutung.
- 21 In das „Primärrecht“ (insbesondere die Verträge zur Gründung der EU und die Beitrittsverträge) sowie das „Sekundärrecht“ (insbesondere Verordnungen und Richtlinien, vgl. Art. 288 AEUV). Zur stufenbaumäßigen Betrachtung von Unionsrecht und nationalem Recht vgl. etwa Potacs (FN 9) 118 ff.
- 22 Schweizer/Hummer/Obwexer (FN 18) Rz. 731, weisen zu Recht darauf hin, dass die Unionsgerichte – insbesondere der EuGH – ihre Rechtsanwendung nicht auf die nach den meisten nationalen Standards angewendete, auf eine (ohnehin Analogie miteinschließende) Interpretation beschränken, die sich an der sogenannten Wortlautgrenze orientiert, sondern (offenbar auf die französische Doktrin des Richterrechts aufbauend) zur Rechtsfortbildung greifen, die insbesondere (neben der Betonung systematischer und teleologischer Auslegungsgesichtspunkte) auf die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, die Funktionsfähigkeit der Union sowie das Erfordernis der einheitlichen Geltung des Unionsrechts, abstellt.
- 23 Vgl. Öhlinger/Potacs (FN 2) 88 f.
- 24 Dass ein Parlament gerade bei der Umsetzung von Unionsrecht durch entsprechende Regierungsvorlagen unterstützt wird, ändert nichts an der parlamentarischen Umsetzungsverantwortung.
- 25 Eine der ersten Entscheidungen betraf den sogenannten „Mineralwasser-Fall“, VfSlg. 14.391/1995. Ein herausstehendes Beispiel gibt das Fremdenpolizeigesetz 2005, das in seinem § 9 einem zuvor ergangenen Urteil des EuGH nur unvollständig Rechnung trug, vgl. VfSlg. 17984/2006; VwGH. 27. 6. 2006, 2006/18/0138.
- 26 Ein Vertrauensvorschuss in diese Richtung erscheint damit ebenso wenig angebracht.
- 27 Vgl. dazu etwa Rütters/Fischer, Rechtstheorie⁵, 2010, Rz. 270 ff.
- 28 Vgl. etwa Walter, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 1974⁴; Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 1975; jüngst Wiederin, Die Stufenbaulehree Adolf Julius Merkl's, in: Griller/Rill (Gesamtredaktion), Rechtstheorie. Rechtsbegriff–Dynamik–Auslegung, 2011, 81 ff.
- 29 Vgl. etwa Kelsen, Reine Rechtslehre¹, Studienausgabe, 2008, 84 ff., insbesondere 86.
- 30 Etwa Verfassungs-Form (vgl. Art. 44 B-VG), Gesetzes-Form (vgl. Art. 41, 42 B-VG).
- 31 Vgl. Kelsen (FN 29) 94 ff., 95.
- 32 Vgl. Art. 139 ff., insbesondere etwa 139 Abs. 6 und 140 Abs. 7 B-VG.
- 33 Einen anderen systemischen „Eckpfeiler“ stellt etwa die grundsätzliche inhaltliche Rückkopplung des Rechtsstoffes mit den Grundrechten einer Rechtsordnung dar.

- 34 Die rechtsdogmatische Perspektive – als Kernbereich des rechtlichen Denkens – ist in besonderer Weise auf die Rechtsanwendung fokussiert, da sie auf die Ermittlung des Sinnes der konkreten Rechtsnormen gerichtet ist; vgl. Handstanger, Zur Perspektive der Rechtsanwendung (FN 13) 493 f.
- 35 Im Rahmen dieser Bemühungen verfährt Rechtsdogmatik auch insofern systemisch, als in einer zu beschreibenden Rechtsordnung [insbesondere dem Verfassungsrecht] zentrale Konstruktionselemente identifiziert werden, nach denen die Erklärungsmodelle argumentativ und systematisch ausgerichtet werden.
- 36 Vgl. Öhlinger [FN 28] 26 ff., insbesondere 29 ff.
- 37 Vgl. Jabloner, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, ZÖR 2005, 163 ff., 170.
- 38 Diese Zeitersparnis wird allerdings durch das Defizit an Rechtssicherheit mehr als aufgewogen.
- 39 Grundsätzlich Vergleichbares gilt für Staatsverträge, vgl. Art. 144a B-VG.
- 40 Vgl. Öhlinger (FN 28), 11 ff.
- 41 Der Anwendungsvorrang führt somit nicht zu einer „Entstufung“ des nationalen Rechts, sondern zu dessen Einbau in eine für die Umsetzung von Unionsrecht gegebene besondere Stufenbaukonzeption.
- 42 Vgl. VfSlg. 15.106/1998 sowie die bei Öhlinger (FN 6), Rz. 200 ff., zitierte Rechtsprechung.
- 43 Vgl. VfSlg. 17.022/2003.
- 44 Vgl. Öhlinger (FN 6), Rz. 201 f.
- 45 Vgl. aus der jüngeren Zeit etwa EuGH. 19. 1. 2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, insbesondere Rz. 50 ff.
- 46 Vgl. insbesondere VwGH. 17. 4. 2008, 2008/15/0064; vgl. dazu Zorn, Die Verdrängungswirkung des primären Unionsrechts gegenüber belastendem nationalem Recht – am Beispiel der Besteuerung von Portfoliodividenden, in: BMF/JKU Linz (Hrsg.), GS Peter Quantschnigg, 2010, 557, mwH., sowie EuGH. 10. 2. 2011, Rs. C 436/08, C-437/08, Haribo, Salinen AG, wo diese Judikatur nicht konterkariert wird (zu diesem Urteil zuletzt wiederum Zorn, EuGH in den Rs. Haribo und Salinen AG, RdW 2011, 171).
- 47 VwGH. 23. 10. 1995, 95/10/0081; VwGH. 6. 9. 2001, 99/03/0423.
- 48 Vgl. etwa Öhlinger/Potacs (FN 2) 128 ff., 158 ff.
- 49 Vgl. nunmehr Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, der das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht allgemein statuiert. Vgl. dazu EuGH. 22. 12. 2010, Rs C-279/09, DEB, Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH, Rz. 27 ff.; vgl. ferner die Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón vom 1. 3. 2011 in der Rs. C-69/10, Brahim Samba Diouf, Rz. 28 ff.
- 50 Vgl. aus der jüngeren Zeit etwa VwGH. 30. 9. 2010, 2010/03/0051, 0055, mwH.
- 51 Vgl. Schweizer/Hummer/Obwexer (FN 18), Rz. 713 ff.; Potacs/Öhlinger (FN 2), 144; Handstanger, Einwirkungen auf das Verfahrensrecht, in: Eilmansberger/Herzig (Hrsg.), 10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich, 2006, 155.
- 52 Vgl. VwGH. 30. 9. 2010, 2010/03/0051, 0055; 2009/03/0067, 0072, sowie die kritischen Anmerkungen dazu von Ewald Wiederin, wbl. 2011, 53, 56 f.; Altenburger/N. Raschauer, Was folgt auf „Angerschluft“ und „Brenner-Basistunnel?“, RdW 2011, 130; Potacs, Kein EU-Rechtsschutz durch den österreichischen Verwaltungsgerichtshof?, ZÖR 2011, 119.
- 53 Vgl. VwSlg. 16.723 A/2005; VwGH. 9. 12. 2005, AW 2005/17/0015; zur Einbeziehung unionsrechtlicher Vorgaben bei der Entscheidung über die Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung an eine Beschwerde vergleiche auch VwGH. 2. 4. 2010, AW 2010/17/0015.
- 54 Vgl. insbesondere Art. 6 und Art. 197 AEUV.
- 55 Vgl. FN 1.
- 56 Vgl. das Kapitel zur Interpretation bei Kelsen, Reine Rechtslehre², 1960, 346, insbesondere 352 ff. (zur rechtswissenschaftlichen Interpretation).

Fondsaufsicht aus legistischer Sicht

Von
Martin ATTLMAYR

I. Begriff der Aufsicht

1. Einleitung

Aufsicht ist sowohl im privatwirtschaftlichen Bereich wie auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung ein wesentliches Instrument der Leitung. Hierdurch wird gewährleistet, dass z.B. vorgegebene Ziele erreicht, Fehlentwicklungen abgewendet, Haftungen vermieden werden.

Die Erscheinungsformen der Aufsicht und ihre Mittel sind vielfältig. Je nach Intensität haben sie mehr bevormundenden oder mehr anleitenden Charakter.¹ Ihre rechtliche Ausgestaltung und Mittel hängen wesentlich von den dem Beaufsichtigten von der Rechtsordnung eingeräumten Freiräumen („Autonomie“) bei der Besorgung der Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches ab.²

2. Begriff

Der Begriff der (Staats-)Aufsicht ist ein schillernder.³ *Merkel* bezeichnete die Aufsicht als Wortmaske.⁴ Andere halten den Begriff für farblos⁵ oder für weitgehend inhaltsleer.⁶ Insgesamt ist der Begriff unklar und sein Inhalt dunkel.⁷ Unklarheiten bestehen in vielen Detailfragen, etwa wie sich die Begriffe der Staatsaufsicht, der Verwaltungsaufsicht und der Wirtschaftsaufsicht zueinander verhalten, ob sie Teilbereiche der staatlichen Aufsicht oder völlig getrennt zu verstehen sind.⁸ Soweit ersichtlich, fehlt es an einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Institut der Aufsicht in der österreichischen Lehre. Lediglich für die Selbstverwaltung gehen einige Beiträge über das in Lehrbüchern zu diesem Thema Geschriebene⁹ hinaus.¹⁰

Die Idee der Aufsicht ist es, eine Tätigkeit oder einen Vorgang mit einem Richtmaß, z.B. einem maßgeblichen Plan, einem bestimmten Verhalten, der Sitte oder einer maßgeblichen Vorschrift, zu vergleichen, um den Beaufsichtigten mit diesem Richtmaß in Übereinstimmung zu halten oder zu erhalten.¹¹ Gegenstand der Aufsicht sind Tatsachen oder Zustände,¹² weil nur in Kenntnis des maßgeblichen Sachverhaltes die angemessenen Aufsichtsmaßnahmen getroffen werden können. Insofern kann Aufsicht als eine informationsbezogene Tätigkeit begriffen werden. Ohne Information, ohne die Befugnis, den Beaufsichtigten zu beobachten, kann keine Aufsicht in Form einer Berichtigung der Tätigkeit des Beaufsichtigten erfolgen.

Aufsicht ist eine staatliche Tätigkeit. Dies kommt in der Verwendung des Begriffes der „Staatsaufsicht“ auch zum Ausdruck. Der beaufsichtigende Staat übt ein Hoheitsrecht gegenüber dem Beaufsichtigten aus, indem er die Rechtmäßigkeit dessen Tätigkeit gewährleistet. Umgekehrt wird diese Tätigkeit durch den Staat legitimiert. Dies ist bei der Selbstverwaltung besonders gut erkennbar. Die im Rahmen des übertragenen Wirkungsbereiches vom Staat abgeleiteten Hoheitsrechte werden durch die Aufsicht indirekt demokratisch legitimiert.¹³ Die obersten Organe des Staates behalten über die Aufsicht die Letztverantwortung, dass die dem jeweiligen Selbstverwaltungskörper eingeräumte Autonomie rechtskonform und innerhalb der Grenzen des eigenen Wirkungsbereiches ausgeübt wird. Über die parlamentarische Verantwortlichkeit der obersten Organe ist

gewährleistet, dass die Aufsicht entsprechend dem Volkswillen demokratisch legitimiert ausgeübt wird.¹⁴ Von der Funktion her ist damit das Aufsichtsrecht dem Weisungsrecht ähnlich. Das Aufsichtsrecht geht aber nicht zwingend mit dem Weisungsrecht einher. Vielmehr ist gerade die Staatsaufsicht in den Bereichen charakteristisch, in denen die Rechtsordnung Rechtsträgern Weisungsfreiheit einräumt.¹⁵ Diese Autonomie ist geradezu Voraussetzung für die Ausbildung einer Staatsaufsicht.¹⁶ Für die Selbstverwaltung – gleichgültig, ob es sich um die territoriale oder um die nicht territoriale Selbstverwaltung handelt – ist die Aufsicht ein begriffswesentliches Charakteristikum.¹⁷ Aufsicht ist aber nicht auf die Selbstverwaltung beschränkt. Ihr kommt auch im Bereich der weisungsgebundenen Verwaltung in Form der Dienst- und Fachaufsicht Bedeutung zu.¹⁸

Die Aufsichtskompetenz ist nach VfSlg. 4117/1961 verfassungsrechtlich nicht beschränkt und umfasst alle denkbaren Möglichkeiten der Aufsicht.¹⁹ Zudem soll sie keiner gesetzlichen Determinierung bedürfen.²⁰ Diese Auffassung trifft sicherlich für den inneren Bereich der weisungsgebundenen Verwaltung zu. Für den Bereich der Selbstverwaltung ist sie m. E. unzutreffend. In diesem Kontext kann von einer inhaltlich unbegrenzten Aufsicht keine Rede sein; vielmehr muss die Aufsichtsmaßnahme am verfassungsrechtlichen Inhalt der jeweiligen Unabhängigkeit zu messen sein.²¹ Es kann m. E. nicht genügen, bloß das Aufsichtsrecht allgemein zu umschreiben und eine Art „Blankoermächtigung“ zur Aufsicht auszustellen, weil aufgrund des Legalitätsprinzips eine gesetzliche Normierung des Aufsichtsrechts und der Aufsichtsmittel unabdingbar ist.²² Jeder Eingriff i.R.d. Aufsicht in die Autonomie eines Selbstverwaltungskörpers bedarf zudem i.S.d. aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleiteten Sachlichkeitsgebotes einer sachlichen Rechtfertigung.²³

Das Aufsichtsrecht dient somit der Gewährleistung der Rechtmäßigkeit der Verwaltung und damit der Durchsetzung des demokratisch erzeugten Volkswillens. Daher darf auf die Ausübung des Aufsichtsrechts auch nicht verzichtet werden. Die Aufsichtsbehörde ist zur Handhabung ihrer Aufsicht aufgrund der parlamentarischen Verantwortung der obersten Organe verpflichtet.²⁴ Nur hinsichtlich ihrer Intensität bestehen Abstufungen. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt, dass das Ausmaß der Aufsicht dem Ausmaß der eingeräumten Autonomie entsprechen muss, zumal die Aufsicht auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken ist.²⁵

Staatsaufsicht beschränkt sich nicht auf den Bereich der Verwaltung. Auch die Wirtschaftsaufsicht ist Teil der Staatsaufsicht.²⁶ Es ist gerade nicht entscheidend, ob die beaufsichtigende Stelle Private, die sich in einem wirtschaftlich sensiblen Bereich bewegen, kontrolliert oder eine Gemeinde bzw. eine Einrichtung der funktionalen Selbstverwaltung. In jedem Fall geht es um die Abwehr von für die Allgemeinheit negativen Folgen: Im Bereich der Wirtschaftsaufsicht soll z.B. durch die Finanzaufsicht der Ruin einer Bank verhindert werden, um das Vertrauen von Gläubigern und Schuldern in das Finanzsystem nicht zu gefährden. Im Bereich der Selbstverwaltung sollen Missbräuche der eingeräumten Autonomie, wie sie z.B. durch rechtswidrige Vorschriften des Selbstverwaltungskörpers entstehen können, abgewendet werden.

II. Definition

Aufsicht umfasst zwei unterschiedliche Funktionen: Zum einen umfasst sie die laufende Beobachtung und Kontrolle des Beaufsichtigten (Beobachtungsfunktion); zum anderen wird aufgrund der Beobachtungen gegebenenfalls korrigierend eingegriffen, um rechtsstaatlich oder wirtschaftlich unerwünschtes Verhalten zu korrigieren (Berichtigungsfunktion).²⁷ Durch Beobachtung und Berichtigung soll die Funktionsfähigkeit der Beaufsichtigten in dem gesetzlich vorgeschriebenen oder aus Zweckmäßigkeitsgründen erwünschten Zustand erhalten werden.²⁸

Das Richtmaß, an dem die Aufsicht ausgerichtet wird, ist vorrangig das Recht.²⁹ Häufig beschränkt sich die Aufsicht auf die bloße Rechtsaufsicht, bei der es nur darum geht, die Übereinstimmung der Tätigkeit des Beaufsichtigten mit den maßgeblichen Vorschriften zu gewährleisten.³⁰ In diesem Fall kann man von Rechtsaufsicht sprechen. Darüber hinaus kann sich die Aufsicht auch auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit erstrecken. Diese Aufsicht kann man als Gebarungs- oder Zweckmäßigkeitsaufsicht bezeichnen.³¹

Aufsicht kann man daher mit *Triepel* als jene beobachtende Tätigkeit definieren, die es zum Zweck hat, den Beobachteten in Übereinstimmung zu einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten.³²

III. Aufsicht als verfassungsrechtliches Prinzip

1. Leitungsauftrag

Die Bundesverfassung sieht für die obersten Organe der Vollziehung der Länder oder des Bundes einen umfassenden verfassungsrechtlichen Leitungsauftrag vor.³³ Er umfasst die Verwaltungsführung, die Planung und die Regierung³⁴ und setzt sich aus nicht definierten (und nicht näher zu konkretisierenden³⁵) Hoheitsrechten zusammen.³⁶ Die sich aus dem Leitungsauftrag ergebende Leitungsgewalt ist nicht mit dem Weisungsrecht gleichzusetzen, sondern weitergehend. Sie erstreckt sich auch über die weisungsfreie Verwaltung durch das Aufsichtsrecht.³⁷

2. Verfassungsrechtliche Regelung des Aufsichtsrechts

Verfassungsrechtlich ist das Aufsichtsrecht – im Gegensatz zum Weisungsrecht – nicht explizit geregelt. Das B-VG erwähnt die Aufsicht lediglich an verschiedenen Stellen, ohne sie generell zu regeln. Art. 10 Abs.1 Z 12 B-VG nennt die sanitäre Aufsicht als Anknüpfungspunkt für die Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung hinsichtlich Kranken-, Pflege- und Kuranstalten; Art. 14b B-VG knüpft die Bundeszuständigkeit in Vergabeangelegenheiten betreffend bestimmte Rechtsträger an das Unterliegen der Materie unter der „Leitung der Aufsicht des Bundes“ sowie korrespondierend dazu die Landeszuständigkeit in Vergabeangelegenheiten betreffend bestimmter Rechtsträger an das Unterliegen unter „Leitung der Aufsicht der Länder“. Deutlich geregelt ist die Aufsicht über die Selbstverwaltung. Hinsichtlich der Gemeinden treffen Art. 116a, 118,

119a B-VG aufsichtsrelevante Bestimmungen. Hinsichtlich anderer Selbstverwaltungskörper sieht Art. 120b B-VG ein Aufsichtsrecht vor. Für den RH ist die in Art. 127b B-VG getroffene Regelung bedeutsam, wonach das Ergebnis der Überprüfung einer Kontrolle auch der zur obersten Aufsicht über die gesetzliche berufliche Vertretung zuständige Behörde mitzuteilen ist.

Aus Art. 20 Abs.1 S. 1 B-VG („Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen [...] Organe die Verwaltung“) wird ein generelles Aufsichtsrecht der obersten Organe über nachgeordnete Organe abgeleitet.³⁸ Eine effiziente Leitung ist ohne Aufsicht nicht möglich. Für die Verfasser des B-VG dürfte diese Überlegung, dass die Aufsicht mit dem Leitungsauftrag oberster Organe korrespondiert, selbstverständlich gewesen sein, sodass es sich erübrigte, die Aufsicht generell zu regeln.³⁹

3. Abgrenzung gegenüber dem Weisungsrecht

Aufsicht und Weisung sind verschiedene Instrumente der Leitung. Sie stehen nebeneinander in einem Konkurrenz- oder Ausschließungsverhältnis. Weisung dient zur Steuerung und bestimmt inhaltlich das Tun oder Unterlassen des Angewiesenen. Aufsicht ist dagegen kein Steuerungsinstrument.⁴⁰ Sie berechtigt zur laufenden Information über den Beaufsichtigten sowie zur Korrektur, wenn der Beaufsichtigte seine Befugnisse überschreitet oder zu Unrecht nicht wahrnimmt. Inhaltlich kann das Tun oder Unterlassen des Beaufsichtigten aber durch Aufsicht nicht vorherbestimmt werden.⁴¹ Die Aufsicht ist aber auch kein Surrogat für die Weisung in Fällen weisungsfreier Verwaltung durch Selbstverwaltungskörper in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches.⁴² Aufsicht ist kein Weisungsersatz, sondern ein unabhängig von der Weisung bestehendes Instrument der Kontrolle.

4. Verfassungsrechtliche Normierung der Aufsicht über öffentliche Fonds

Für die Aufsicht über Fonds findet sich im B-VG kein Hinweis. Dennoch nimmt die Lehre im Anschluss an VfSlg. 8215/1977 die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Staatsaufsicht über öffentliche Fonds an.⁴³ Die weisungsfrei agierenden Fonds sollen als Pendant zu einer weisungsfreien Besorgung staatlicher Aufgaben beaufsichtigt werden.⁴⁴ Berücksichtigt man, dass Stiftungen⁴⁵ noch im späten 19. Jahrhundert als Einrichtungen der Selbstverwaltung angesehen wurden,⁴⁶ so ist die Annahme einer staatlichen Aufsicht konsequent. Die Aufsicht rechtfertigt sich wohl auch aus den oben (I.2.) ausgeführten Gründen. Als dezentralisierter, sich selbst verwaltender⁴⁷ Rechtsträger soll der Fonds unter Leitung der obersten Organe und damit indirekt demokratisch legitimiert handeln und die in seinen Wirkungsbereich fallenden Aufgaben besorgen.⁴⁸

IV. Aufsicht über Stiftungen und Fonds

Die Aufsicht über Fonds besteht sowohl über privatrechtliche nach dem Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz bzw. den Stiftungs- und Fondsgesetzen der Länder errichtete Fonds,⁴⁹ als auch über öffentlich-rechtliche Fonds⁵⁰.

Aufsicht ist ein wesentliches Merkmal für gemeinnützige private Fonds. Bereits *Herrnritt* beschreibt unter dem Titel der „Stiftungshoheit“ die staatliche Aufsicht über gemeinnützige Stiftungen beginnend mit ihrer Entstehung über ihre laufenden Geschäfte bis hin zur Auflösung von Stiftungen.⁵¹ Die Staatsaufsicht über selbständige öffentliche Fonds ist ein typisches Kennzeichen solcher Gebilde.⁵² Unkontrolliertes Verwaltungshandeln eines dezentralen Rechtsträgers⁵³ ist entsprechend dem der Bundesverfassung zugrunde liegenden Organisationskonzept einer grundsätzlich weisungsgebundenen, zentral von den obersten Organen geleiteten Verwaltung nicht vorgesehen.⁵⁴

Die Intensität der Aufsicht kann freilich unterschiedlich sein. *Stolzlechner* ist der Ansicht, dass die Notwendigkeit der staatlichen Aufsicht über öffentliche Fonds umso geringer werden kann, je intensiver die organmäßige Verflechtung von Staats- und Fondsverwaltung ist.⁵⁵ M. E. sind hier freilich Grenzen erkennbar. Eine Personalunion von Staats- und Fondsverwaltungsorgan kann das Erfordernis der Aufsicht nicht verringern oder gar beseitigen. Das Konzept der Aufsicht ist nicht obsolet, weil über eine solche Personalunion ein Fonds faktisch mit der Verwaltung gleichgeschaltet ist.⁵⁶ Anknüpfung für die Aufsicht ist der Umstand, dass der Fonds weisungsfrei Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches wahrzunehmen hat. Durch die Aufsicht – nicht durch personelle Verflechtungen – wird formell die Leitungsgewalt der obersten Organe und damit indirekt der demokratisch zustande gekommene Volkswillen gesichert. Daher überzeugt die Auffassung *Stolzlechners* nicht. Zwar erscheint die Annahme, dass die Komplexität der Aufsicht in dem Maße, in dem die Selbständigkeit des Fonds von der staatlichen „Mutter“ zunimmt,⁵⁷ auf ersten Blick zutreffend. Jedoch kann bei einem selbständigen Fonds die Aufsicht – das Komplement zur eingeräumten Autonomie – nie gänzlich verschwinden. Die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Tätigkeit öffentlicher Fonds sowie die zweckgemäße und wirtschaftlich sinnvolle und sparsame Verwendung der Fondsmittel sind auch bei organmäßigen Verflechtungen notwendig. Für eine effiziente Aufsicht ist neben den typischen Einschau-, Informations- und Auskunftsrechten die Normierung von geeigneten Aufsichtsmitteln zur Prüfung (und Durchsetzung) der Rechtmäßigkeit sowie der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit der Fondsverwaltung auch im Falle engster organmäßiger Verflechtung verfassungsrechtlich geboten.

V. Regelung der Fondsaufsicht in Vorarlberg

1. Allgemeines

In Vorarlberg bestehen gegenwärtig sieben öffentliche Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit. Daneben existieren einige unselbständige Fonds, wie z.B. der Naturschutzfonds,⁵⁸ sowie weitere als Fonds bezeichnete eigene Verrechnungskreise, die aber rein buchhalterische Zwecke haben (z. B. der Vorarlberger Zukunftsfonds). Solche Fonds sind reine Verwaltungsvermögen⁵⁹ und keiner besonderen Fondsaufsicht zugänglich. Nur die sieben öffentlichen Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit weisen ein eigenes Aufsichtsregime auf. Es ist in der jeweiligen gesetzlichen Grundlage des Fonds normiert und höchst unterschiedlich ausgestaltet.

2. Aufsicht über öffentliche Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit

Im Einzelnen gelten für öffentliche Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit folgende Aufsichtsregelungen:

- **Sozialfonds:** Gemäß § 33 Abs. 1 MSG⁶⁰ hat die Landesregierung die Gebarung des Sozialfonds auf ihre Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit sowie auf die ziffernmäßige Richtigkeit und Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften zu überprüfen. Als Aufsichtsmittel stehen ihr nach § 33 Abs. 2 leg. cit. die Pflicht des Fonds zur Auskunftserteilung zur Vorlage der Bücher, Belege und sonstigen Behelfe sowie die Ermöglichung von Einschauhandlungen zu. Ferner ist jährlich ein Rechnungsabschluss samt Tätigkeitsbericht für das vorangegangene Geschäftsjahr vorzulegen. Der Rechnungsabschluss wird überdies gemeinsam mit einem Bericht über die Tätigkeit des Fonds dem Landtag zur Kenntnis gebracht (§ 33 Abs. 3 leg. cit.).
- **Landeswohnbaufonds:** Nach § 4 des WBFG⁶¹ i. V. m. § 13 WBFV⁶² ist der Fonds verpflichtet, der Landesregierung die Beschlüsse des Fonds mitzuteilen, Auskünfte zu erteilen und jährlich einen Tätigkeitsbericht vorzulegen. Die Landesregierung hat zudem dem Landtag über die Tätigkeit des Fonds Bericht zu erstatten (§ 6 WBFG).
- **Landesgesundheitsfonds:** Nach § 20 Abs. 1 LGFG⁶³ hat die Landesregierung das Recht, die Gebarung des Fonds auf seine Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit sowie auf die ziffernmäßige Richtigkeit und Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften zu überprüfen. In diesem Zusammenhang treffen den Fonds Informations- und Auskunftsrechte. Überdies muss er einen Rechnungsabschluss und Tätigkeitsbericht für das vergangene Geschäftsjahr vorlegen. Der Rechnungsabschluss wird dem Landtag zur Kenntnis gebracht (§ 20 Abs. 3 LGFG).
- **Rettenngsfonds:** Gemäß § 12i Rettungsg⁶⁴ hat der Rettungsfonds der Landesregierung jederzeit Auskünfte über die Gebarung zu erteilen. Voranschlag, dessen Änderung sowie der Rechnungsabschluss sind von ihr zu genehmigen.
- **Tiergesundheitsfonds:** Nach § 8 TGFG⁶⁵ bedürfen der Voranschlag, seine Änderung sowie der Rechnungsabschluss der Genehmigung der Landesregierung.
- **Landeskriegsopferfonds:** Über die Fondsgebarung hat die Fondsverwaltung jährlich der Landesregierung Rechenschaft zu legen. Der Rechenschaftsbericht ist dem Landtag vorzulegen (§ 12 Abs. 1 KOA-G⁶⁶). Die Aufsichtsmittel sind weitreichend und umfassen gemäß §§ 13 f LKOF-V⁶⁷ die Aufhebung von Beschlüssen der Fondsverwaltung und die Genehmigung des Jahresvoranschlages, des Rechnungsabschlusses und des Revisionsberichts; dazu kommen umfassende Informations-, Auskunfts- und Vorlagepflichten gegenüber der Landesregierung.
- **Bäuerlicher Siedlungsfonds:** Das Bäuerliche Siedlungsg⁶⁸ enthält keine explizite Normierung der staatlichen Aufsicht. Nach § 14 leg. cit. hat die Landesregierung aber die Gebarungskontrolle. In diesem Rahmen besteht eine Pflicht des Fonds, über die Gebarung Auskunft zu erteilen. Zudem muss er jährlich die Fondsabrechnung und einen Tätigkeitsbericht betreffend das vorangegangene Kalenderjahr der Landesregierung vorlegen (§ 14 leg. cit.). Die Landesregierung hat jährlich über die Tätigkeit des Fonds dem Landtag zu berichten (§ 14 Abs. 2 leg. cit.).

3. Bewertung der Aufsichtsregelung über öffentliche Fonds

Bei einer Analyse der Aufsichtsmittel über die öffentlichen Fonds fällt zunächst auf, dass diese nicht entsprechend dem ihnen innewohnenden Risiko, ihrer finanziellen Ausstattung oder gesellschaftspolitischen Bedeutung ausgeformt sind. Der Landes-Kriegsopferfonds als vergleichsweise wenig vermöglicher Fonds mit sinkender Bedeutung weist die meisten Aufsichtsmittel mit zahlreichen Genehmigungs- und Aufhebungsbefugnissen auf. Dieser Fonds hat als einziger eine fondseigene, vom Amt der Landesregierung unabhängig agierende Geschäftsstelle. Die anderen Fonds werden hingegen alle von der jeweiligen Fachabteilung des Amtes der Landesregierung entsprechend der Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung⁶⁹ betreut. In diesen Fällen greift sohin die interne Fach- und Dienstaufsicht zur Steuerung der Tätigkeit in den jeweiligen Fonds. Die Geschäftsstelle des Landeskriegsopferfonds kann die Landesregierung dagegen nicht im Wege der Fach- und Dienstaufsicht steuern.

Eine Beschreibung der Aufsichtsmaßnahmen im jeweiligen Organisationsgesetz der vom Amt der Landesregierung verwalteten Fonds erschien dem Landesgesetzgeber wegen der Möglichkeit der Steuerung über die Dienst- und Fachaufsicht offenkundig entbehrlich und erfolgte daher sehr cursorisch. Diese Regelungstechnik steht im Spannungsverhältnis zu dem aus Art. 18 Abs. 1 B-VG abgeleiteten Legalitätsprinzip. I.S.d. Legalitätsprinzips sind die Aufsichtsmittel und -maßnahmen gesetzlich zu determinieren.⁷⁰

Die wesentlichen Aufsichtsmittel der Fonds sind zudem weitgehend zahnlos, indem sie auf Informationsbefugnisse sowie die Befugnis, Voranschläge, Rechnungsabschlüsse und Tätigkeitsberichte zur Kenntnis zu nehmen bzw. in einigen Fällen zu genehmigen, beschränkt sind. Repressive Eingriffsbefugnisse, wie z. B. die Aufhebung von Beschlüssen, Absetzung von Organen, sowie andere Befugnisse (z. B. Teilnahmerecht bei Kuratoriumssitzungen, Bestellung eines Fondskommissärs usw.) sind nicht vorgesehen.⁷¹ Damit bleibt die Aufsicht über öffentliche Fonds hinsichtlich der Intensität weit hinter der Aufsicht über die Gemeinden oder andere Selbstverwaltungskörper zurück.⁷²

VI. Praxis der Fondaufsicht

In der Praxis besteht – wie der Prüfbericht des Landes-Rechnungshofs Vorarlberg vom August 2010⁷³ gezeigt hat – geringes Problembewusstsein für das Wesen staatlicher Aufsicht über öffentliche Fonds.

Dies hat vielfach mit Doppelfunktionen innerhalb des administrativen Apparats des Amtes der Landesregierung zu tun. In Vorarlberg werden mit einer Ausnahme alle öffentlichen Fonds von den nach der Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung⁷⁴ zuständigen Fachabteilungen⁷⁵ administriert. Die operativen Geschäfte des jeweiligen Fonds laufen innerhalb der Fachabteilung ab, welche dem Fonds als Geschäftsstelle dient. Mit Ausnahme des Landeskriegsopferfonds erstreckt sich die Zuständigkeit dieser Abteilungen zugleich auch auf Aufsicht über den jeweiligen Fonds.⁷⁶

Das Kuratorium der Fonds – im Regelfall das einzige Organ des jeweiligen Fonds – setzt sich regelmäßig aus dem politisch zuständigen Mitglied der Landesregierung, welchem

der Vorsitz zukommt, und weiteren Personen z. B. aus der oder den betroffenen Fachabteilungen zusammen. Diese sind dem ressortzuständigen Mitglied der Landesregierung gegenüber weisungsgebunden. Darüber hinaus bilden sie häufig die Geschäftsstelle des Fonds. Außerdem sind sie in aller Regel als Teil des Hilfsapparates der Landesregierung für die Erstellung der von der Landesregierung als Aufsichtsorgan zu genehmigenden oder zur Kenntnis zu nehmenden Voranschläge, Rechnungsabschlüsse und Tätigkeitsberichte der Fonds und die Konzipierung des betreffenden Regierungsantrages verantwortlich. In der Praxis kann somit ein und dieselbe Person in mehreren Funktionen tätig werden, welche sich von der Interessenslage her aber ausschließen. Die Involvierung in das Tagesgeschäft schließt die Aufsicht in Wahrheit aus, da ansonsten der Beaufsichtigte sich selbst beaufsichtigen würde.⁷⁷

Zudem bestehen in der Praxis – wie die Prüfung durch den Landes-Rechnungshof Vorarlberg gezeigt hat – Missverständnisse über die Natur der Aufsicht.⁷⁸ So werden klassische Kontrollmechanismen, wie z. B. das sogenannte Vier-Augen-Prinzip beim Abfertigen von Buchungsaufträgen, als Aufsichtsmaßnahmen gedeutet. Ebenso wird der Umstand, dass das Kuratorium mit einem Mitglied der Landesregierung – der Aufsichtsbehörde – besetzt ist, als Akt der Aufsicht verstanden. Weder die Kontrollmechanismen des operativen Geschäfts noch die Organverschränkung zwischen Mitgliedschaft im Kuratorium und jener in der Landesregierung sind jedoch Aufsicht.⁷⁹ Diese ist – will sie Komplement zur Autonomie des beaufsichtigten Fonds sein – von der Tätigkeit innerhalb des Fonds und für diesen zu unterscheiden. Die praktisch gelebte Multifunktion von Geschäfts- und Aufsichtstätigkeit verhindert eine unbeeinflusste und unvoreingenommene Aufsicht.

Ein weiteres Problem ist die Konstruktion des Kuratoriums als Einheitsgremium. Es ist für die Fondsverwaltung ebenso zuständig wie für die Kontrolle der Geschäftsführung des Fonds und ist damit geschäftsführendes und kontrollierendes Organ in einem. Zudem ist die Interorgankontrolle wenig ausgeprägt, da das Kuratorium häufig nicht mit gleichrangigen Personen, sondern mit Personen besetzt wird, die dem jeweiligen Mitglied der Landesregierung als Vorsitzendem des Kuratoriums weisungsgebunden sind. Zudem bindet die Geschäftstätigkeit der jeweiligen Fachabteilung für den betreffenden Fonds diesen an die Landesverwaltung. Ein eigenständiges, von der Landesverwaltung unabhängiges Handeln des Kuratoriums ist aufgrund der erwähnten Personenidentität und der Einbindung in die Landesverwaltung nicht möglich. Der jeweilige Fonds wird daher in der Praxis – berechtigt – als besonderer „Finanztopf“, nicht aber als unabhängiger Fonds zur Besorgung spezifischer Aufgaben angesehen. Eine freie, nur dem Zweck des Fonds verpflichtete Tätigkeit im Kuratorium ist in solchen Fällen nicht immer möglich.

VII. Legistische Bemerkungen

1. Aufsichtsbestimmung

Aus legistischer Sicht gilt es, der Formulierung der Aufsichtsbestimmung große Aufmerksamkeit zu schenken. Eine Blankoformulierung, wie z.B. „Der Fonds steht unter der Aufsicht der Landesregierung“, wäre ohne Spezifizierung der Aufsichtsmittel unzu-

reichend, um eine effiziente Aufsicht über den Fonds zu gewährleisten. Im Sinne des Art. 18 Abs. 1 B-VG müssen der Gegenstand der Aufsicht und die Eingriffsmittel im Gesetz determiniert werden.⁸⁰

In Ergänzung zur Aufsichtsbestimmung im jeweiligen Organisationsgesetz, mit dem der Fonds eingerichtet wird, sollte auch bedacht werden, die interne Zuständigkeit zur Geschäftsführung und Aufsicht über den Fonds klar und unmissverständlich in der Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung festzulegen. Hierbei sollte gewährleistet sein, dass die Zuständigkeit der Aufsicht nicht mit der Zuständigkeit der Geschäftsführung in einer Abteilung zusammenfällt, um die praktischen Probleme von Mehrfachzuständigkeiten zu vermeiden.

2. Vermeidung von Interessensüberschneidungen

Eine legislativ geglückte Aufsichtsregelung sollte zudem auch Interessensüberschneidungen unterbinden. Dies beginnt bei der Regelung über die Organe des Fonds und ihre personelle Zusammensetzung. Anstelle eines Universalorgans in Gestalt des Kuratoriums könnte eine Aufgliederung in ein geschäftsführendes Organ und ein aufsichtsratsähnliches Organ sinnvoll sein. Hierbei könnte man sich legislativ an den bewährten Vorbildern des Gesellschaftsrechtes, z. B. dem GmbHG oder dem Privatstiftungsrecht, orientieren. In personeller Hinsicht sollte gewährleistet werden, dass geschäftsführende und aufsichtsbezogene Agenden nicht in einer Person konzentriert werden. Durch entsprechende Vorsorge in der Geschäftsverteilung des Amtes der Landesregierung könnte die Geschäftsstellentätigkeit von der Aufsichtstätigkeit sehr einfach getrennt werden.

Legistisch könnte man auch durch Schaffung weiterer Organe in Verbindung mit an „Corporate Governance Codes“ angelehnte „Fonds Governance Codes“ auch eine effiziente Interorgankontrolle einrichten und auf diese Weise Schutz- und Kontrollmechanismen zur Abwendung von Regelwidrigkeiten etablieren. Interne Aufsichtsregime sind bei komplexen Selbstverwaltungseinrichtungen teilweise vorgesehen. Bei öffentlichen Fonds sind sie regelmäßig nicht vorzufinden. Dennoch kann man, z. B. durch die Einrichtung eines Geschäftsführers mit den Aufgaben der Besorgung der laufenden Geschäfte, der Vertretung des Fonds nach außen, der Entscheidung über den Personal- und Sachaufwand des Fonds, der Umsetzung der Beschlüsse des Kuratoriums u. dgl., das Kuratorium entlasten und – vergleichbar mit einem Aufsichtsrat – auf die strategische Planung, die Verwendung der Fondsmittel und die Kontrolle über die Geschäftsführung beschränken.

3. Landtagskontrolle

Mit Ausnahme des Rettungsfonds und des Tiergesundheitsfonds stehen alle Fonds in Vorarlberg über die Aufsicht durch die Landesregierung hinaus unter Kontrolle des Landtages. Diese Kontrolle beschränkt sich auf ein Zur-Kennntnis-Bringen der Rechnungsabschlüsse der jeweiligen Fonds sowie der Berichterstattung über ihre Tätigkeit. Die Anordnung der Kontrolle des öffentlichen Fonds durch den Landtag ist angesichts der von diversen Fonds außerhalb des Landesbudgets verwalteten öffentlichen Geldern im Sinne einer Transparenz sinnvoll. Sie stärkt die demokratische Legitimation der Tätig-

keit dieser Fonds. Freilich vermag eine solche Kontrolle eine effiziente Aufsicht nicht obsolet zu machen. Eine bloße Blankoermächtigung zur Aufsicht ohne Determinierung der Aufsichtsmittel und -maßnahmen wäre m. E. im Lichte des Art. 18 Abs. 1 B-VG auch dann unzulässig, wenn eine solche Landtagskontrolle über den Fonds besteht.⁸³

Insofern erscheint die Regelung des Bäuerlichen Siedlungsfonds verfassungsrechtlich bedenklich, weil dieser nach § 14 VlbG Bäuerliches Siedlungsg lediglich einer „Gebärungskontrolle“ unterliegt. Demnach hat das Kuratorium der Landesregierung auf Verlangen Auskünfte über die Gebarung zu erteilen und ihr jährlich die Fondsabrechnung und einen Tätigkeitsbericht vorzulegen (Abs. 1) und die Landesregierung dem Landtag jährlich über die Tätigkeit des Fonds zu berichten (Abs. 2). Diese Landtagskontrolle vermag m. E. nicht das Defizit an Aufsicht über den Fonds aufwiegen. Der Landesregierung fehlen im konkreten Fall alle Eingriffsbefugnisse, sodass von einer effektiven Aufsicht nicht gesprochen werden kann.

Anmerkungen

- 1 Im ersten Fall spricht man auch treffend von „repressiver Aufsicht“ oder „Einnischungsaufsicht“; vgl. *Knemeyer*, in Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis¹ I (2007) 226.
- 2 *Zellenberg*, Die Aufsicht über die funktionale Selbstverwaltung in Österreich, in Schmidt-Trenz/Stober (Hrsg.), Jahrbuch Recht und Ökonomik des Dritten Sektors 2009/2010 (2010), 199 ff. mwN.
- 3 *L. von Stein*, Verwaltungslehre I/2 (1869) 60.
- 4 *Merkl*, VVDStRL. 22 (1965) 338 (338).
- 5 *Knemeyer*, in Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis² I (1981) 265.
- 6 *Pagenkopf*, Kommunalrecht Bd. 1 Verfassungsrecht² (1975) 369.
- 7 *L. von Stein*, Verwaltungslehre 69; *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechts 257.
- 8 *W. Kahl*, Die Staatsaufsicht (2000) 12 mwN.
- 9 Vgl. dazu z. B. *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 290; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 313; *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1972) 635 ff.; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz. 886 ff.; *Raschauer*, Art. 20/1 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, 2000, Rz. 17 ff.
- 10 Vgl. *Zellenberg*, in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 199 ff. mwN. auf die ältere Lehre.
- 11 *Triepel*, Die Reichsaufsicht (1917) 111
- 12 *Triepel*, Reichsaufsicht 114.
- 13 Dazu näher *Zellenberg* in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 199.
- 14 Konzept der sog. „Demokratisierung der Verwaltung“, *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 21 ff., sowie 339; *Kelsen*, Demokratisierung der Verwaltung, ZfV. 1921, 5 ff.; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 364 ff.; *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 87 f., 229 f.; kritisch dazu *Öhlinger/Matzka*, Demokratie und Verwaltung als verfassungsrechtliches Problem, ÖZP 1975, 445 ff.; *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung II (1978) 116; *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre², 1996, 222 ff.
- 15 Vgl. VfSlg. 8215/1977.
- 16 *Zellenberg*, in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 199; *L. von Stein*, Verwaltungslehre 73.
- 17 Vgl. zum Begriff der Selbstverwaltung *Merkl*, Verwaltungsrecht 352; *Antoniolli*, Begriff und Grundlagen der Selbstverwaltung in Österreich, ZÖR 1959/60, 338; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 382; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht³ 325; differenzierter *Pernthaler*, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich, Gutachten, 3. ÖJT 1965 I/3, 19; *Welan/Gutknecht*, Selbstverwaltung, in Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Antonioli-FS (1979) 389 f.; für eine typologische Begriffsbestimmung *Korinek*, Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, ZAS 1972, 165; *Korinek*, Wirtschaftliche Selbstverwaltung (1970) 34 ff.; *Potacs*, Devisenbewirtschaftung (1990) 94.

- 18 *Raschauer*, Art. 20/1, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Rz. 17 ff.; vgl. auch *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten³ (2003) 168 ff.
- 19 *Raschauer*, Art. 20/1, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Rz. 17.
- 20 Vgl. VfSlg. 4986/1965; 5850/1968; *Raschauer*, Art. 20/1, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Rz. 17.
- 21 *Pernthaler*, Raumordnung II 117.
- 22 *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 205, unter Berufung auf *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 159 f.; *Korinek*, Selbstverwaltung 94; *Pernthaler*, Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich aus der Sicht des öffentlichen Rechts, in *Bundesarbeitskammer* (Hrsg.), Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich (1994) 50; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ 394 u. a. A. *Winkler*, Die Institutionen personaler Selbstverwaltungskörper in der Ordnung des Rechts, in *Winkler*, Studien zum Verfassungsrecht (1991) 320 ff.
- 23 *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 206 mwN.
- 24 *Pernthaler*, Raumordnung II 117; vgl. auch VfSlg. 17.023/2003.
- 25 *Knemeyer*, in *Mann/Püttner*, Handbuch³ I 228; *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 207; vgl. auch VfSlg. 14.3954/1995, wonach die Aufsichtsbehörde von der Eigenständigkeit des Handelns des dem Aufsichtsrecht unterliegenden Selbstverwaltungskörpers auszugehen hat.
- 26 Man denke beispielsweise an die Tätigkeit der FMA im Finanzsektor. Diese ist hoheitlicher Natur, auch wenn sie sich auf Private (Finanzintermediäre, Banken) bezieht.
- 27 Zu den beiden Funktionen der Aufsicht vgl. *Triepel*, Reichsaufsicht, 120 f.
- 28 *Triepel*, Reichsaufsicht, 120 ff.
- 29 Dies ist die Konsequenz des in Art. 18 Abs. 1 B-VG verankerten Legalitätsprinzips: Ausübung der gesamten staatlichen Verwaltung „nur aufgrund der Gesetze“, *Rill*, Art. 18 B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht. Kommentar, 1. Lfg. (2001); *Öhlinger*, Verfassungsrecht³ (2009) Rz. 355 f.
- 30 *Triepel*, Reichsaufsicht 120 f.; *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 214 f.
- 31 *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 214 f.
- 32 *Triepel*, Reichsaufsicht 121.
- 33 Vgl. z. B. Art. 41 Abs. 1 VlbG. LV. („Die Landesregierung führt die Verwaltung des Landes.“); vgl. zudem Art. 20 Abs. 1 B-VG: „Unter der Leitung der obersten Organe ...“; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz. 366.
- 34 *Pernthaler*, Raumordnung II 115.
- 35 *Pernthaler*, Raumordnung II 115; vgl. auch VfSlg. 3134/1956, wonach in Art. 20 B-VG kein Auftrag des Verfassungsgesetzgebers an den einfachen Gesetzgeber liege, dem Weisungsrecht einen konkreten Inhalt zu geben.
- 36 Verstanden als Anteil an der staatlichen Souveränität, vgl. *Pernthaler*, Raumordnung II 115. Dass den Ländern originäre Staatlichkeit und damit Anteil an der staatlichen Souveränität zukommt, ist strittig; bejahend *Pernthaler*, Der österreichische Bundesstaat im Spannungsfeld von Föderalismus und formalem Rechtspositivismus, ÖZÖR 1969 371; *Pernthaler*, Die Verfassungsautonomie der österreichischen Bundesländer, JBl. 1986, 477 u. a.; ablehnend *Thiener*, Ein „komplexer“ oder ein „normativer“ Bundesstaatsbegriff? ZÖR 1991, 224 ff. (251) mwN.
- 37 *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ Rz. 384.
- 38 VfSlg. 4117/1961; 4986/1965; 5852/1968 u. a.
- 39 Sog. Antwortcharakter des B-VG, vgl. dazu *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht³ 18 ff.; *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang (2004) 172 ff. sowie speziell zur Staatsaufsicht über Selbstverwaltungskörper *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 202.
- 40 *Korinek*, Selbstverwaltung 95.
- 41 *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch, 201
- 42 Zutreffend die Analyse bei *Zellenberg*, in *Schmidt-Trenz/Stober*, Jahrbuch 200 f.; a. A. *Winkler*, in *Winkler*, Studien 316.
- 43 *Stolzlechner*, Öffentliche Fonds (1982) 96.
- 44 *Stolzlechner*, Fonds 96.
- 45 Fonds sind begrifflich Stiftungen, deren Kapital zur Zweckerfüllung verbraucht werden kann (sog. Verbrauchsstiftungen), vgl. § 22 Bundes-Stiftungs- und FondsG., BGBl. 1975/11 i. d. F. BGBl. I 2010/111.
- 46 *Herrnritt*, Österreichisches Stiftungsrecht (1896) 63 ff.

- 47 Öffentliche Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit haben eigene Organe und verwalten die ihnen übertragenen Aufgaben eigenverantwortlich im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Insofern besteht funktionell kein Unterschied zu klassischen Selbstverwaltungseinrichtungen, wie z. B. die Gemeinden. Hauptunterschied zwischen den Fonds und den Selbstverwaltungseinrichtungen ist, dass sich Fonds ausschließlich aus sachlichen Mitteln zusammensetzen, während Selbstverwaltungseinrichtungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts hauptsächlich aus Personen bestehen; vgl. dazu *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht IV (2009) Rz. 46.009; *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ Rz. 78 ff. und Rz. 84.
- 48 *Stolzlechner*, Fonds 96.
- 49 Die Stiftungs- und Fondsaufsicht ist ein Wesensmerkmal der gemeinnützigen Stiftungen und Fonds nach § 646 ABGB; vgl. §§ 13 f., 31 f. Bundes-Stiftungs- und FondsG; §§ 11, 16 VlbG. Stiftungs- und FondsG, LGBL 2003/17 u. a.; dazu *Schwar*, Die gemeinnützige Stiftung, der gemeinnützige Fonds² (2009).
- 50 *Stolzlechner*, Fonds 96 ff.
- 51 *Herrnritt*, Stiftungsrecht 63 ff.; vgl. auch *Stammer*, Handbuch des österreichischen Stiftungs- und Fondswesens (1983) 113 f.
- 52 *Stolzlechner*, Fonds 96 f.; zu den Wesensmerkmalen öffentlicher Fonds – Vermögensmasse, Rechtspersönlichkeit, Zweckwidmung, Verwendung von Stammvermögen und Erträgen – *Stolzlechner*, a. a. O., 20 ff.
- 53 *Stolzlechner*, Fonds 96.
- 54 Zum verfassungsrechtlichen Organisationskonzept der Verwaltung vgl. *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beileihung, ÖZW 2000, 49 ff.; *Raschauer*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 2000, 63 f.; *Potacs*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen von Public Private Partnerships, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Public Private Partnership, 2003, 30; VfSlg. 14.473/1996; 16.400/2001; 16.995/2003; 17.023/2003; 17.326/2004 u. a.
- 55 *Stolzlechner*, Fonds 308.
- 56 Dies würde dem verfassungsrechtlichen Konzept der Leitungsbefugnis oberster Organe (siehe oben III.1) widersprechen.
- 57 In diesem Sinne auch *Knemeyer* in Mann/Püttner, Handbuch³ 220.
- 58 § 10 VlbG. Gesetz über Naturschutz und Landschaftsentwicklung, LGBL 1997/22 idF LGBL 2008/1; dieser Fonds hat die Aufgabe, Mittel für die Förderung der Angelegenheiten des Naturschutzes und der Landschaftsentwicklung einschließlich der Forschungsvorhaben auf diesem Gebiet bereitzustellen.
- 59 *Raschauer*, Verwaltungsrecht³ Rz. 86.
- 60 VlbG. Gesetz über die Mindestsicherung (Mindestsicherungsgesetz – MSG), LGBL 2010/64.
- 61 VlbG. Gesetz über die Errichtung eines Wohnbaufonds für das Land Vorarlberg, LGBL 1996/29.
- 62 VlbG. Verordnung der Landesregierung über den Wohnbaufonds für das Land Vorarlberg, LGBL 1981/30, id.F. LGBL 1989/42.
- 63 VlbG. Gesetz über die Errichtung eines Gesundheitsfonds für das Land Vorarlberg, LGBL 2006/7, id.F. LGBL 2008/68.
- 64 VlbG. Gesetz über das Rettungswesen, LGBL 1979/46, id.F. LGBL 2009/8.
- 65 VlbG. Tiergesundheitsfondsgesetz, LGBL 2001/26, id.F. LGBL 2009/57.
- 66 VlbG. Gesetz über die Einhebung einer Kriegsoferabgabe im Lande Vorarlberg, LGBL 1989/40, id.F. LGBL 2001/58.
- 67 VlbG. Verordnung über die Satzung des Vorarlberger Landeskriegsoferfonds, LGBL 1986/3.
- 68 VlbG. Gesetz über die Förderung der bäuerlichen Siedlung, LGBL 1970/37, id.F. LGBL 1977/20.
- 69 VlbG. Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung, ABl. 2009/44, id.F. ABl. 2010/27.
- 70 *Zellenberg*, in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 205; *Antoniolli*, ZÖR 1959/60, 159 f.; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht³ 394 u. a.
- 71 Zur Systematisierung und Terminologie der Aufsichtsmittel *Zellenberg*, in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 216.
- 72 Vgl. §§ 81 ff. VlbG. G über die Gemeindeverwaltung, LGBL 1985/40, idF LGBL 2008/23, oder betreffend die Aufsicht über die VlbG. Landwirtschaftskammer §§ 29 f. VlbG. G über die Landwirtschaftskammer für das Land Vorarlberg, LGBL 1995/59, idF LGBL 2009/44; §§ 37, 46 VlbG. G über das Bergführerwesen, LGBL 2002/54, idF LGBL 2010/12, betreffend die Aufsicht über den VlbG. Bergführerverband u. a.
- 73 *L-RH Vorarlberg*, Prüfbericht über die Aufsicht des Landes über Stiftungen und Fonds (August 2010), <http://www.lrh.v.at/pdf/pruefberichtaufsichtueber.pdf>.
- 74 Geschäftseinteilung des Amtes der Landesregierung (FN 69).

- 75 Die zuständigen Abteilungen sind nach der Geschäftseinteilung (FN 69): Sozialfonds: Abteilung Gesellschaft Soziales und Integration (IVa); Landeswohnbaufonds: Abteilung Wohnbauförderung (IIIId); Landesgesundheitsfonds: Abteilung Gesundheit und Sport (IVb); Rettungsfonds: Abteilung Inneres und Sicherheit (Ia); Tiergesundheitsfonds: Abteilung Landwirtschaft (Va); Landeskriegsopferfonds: Abteilung Finanzen (IIIa) – Zuständigkeit erstreckt sich nur auf die Aufsicht über den Fonds; Bäuerlicher Siedlungsfonds: Abteilung Landwirtschaft (Va) bzw. die der Abteilung nachgeordnete Dienststelle der Agrarbezirksbehörde.
- 76 Die Geschäftseinteilung (FN 69) normiert die Zuständigkeit in umfassender Weise; z. B.: Z 3 der Zuständigkeit der Abteilung Gesellschaft, Soziales und Integration (IVa) lautet: „Sozialfonds“.
- 77 Die Situation gemahnt an den Münchhausenschen Kraftakt, sich und das Pferd am eigenen Zopf (der Perücke) aus dem Sumpf zu ziehen.
- 78 L-RH, Prüfbericht 27 ff.
- 79 So auch L-RH, Prüfbericht 27 ff.
- 80 *Zellenberg*, in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 205; zu den Aufsichtsmitteln *Zellenberg*, a. a. O., 216.
- 81 Z. B. der Kontrollausschuss zur Prüfung der Gebarung nach § 59 AKG oder § 135 WKG; *Zellenberg*, in Schmidt-Trenz/Stober, Jahrbuch 217.
- 82 Eine solche Struktur der Interorgankontrolle sieht das Tir. G über die Errichtung der Tiroler Zukunftsstiftung, LGBL. 1997/88, i.d.F. LGBL. 2010/79, vgl. §§ 7 – 11 leg. cit. Entgegen dem Namen ist die Tiroler Zukunftsstiftung ein öffentlicher Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs. 1 leg. cit.).
- 83 Vgl. dazu die Ausführungen oben IV.

Verwaltungsgerichtsbarkeit
erster Instanz –
Legislativer und organisatorischer
Handlungsbedarf der Länder

Von
Ronald FABER

1. Einleitung: Der Entwurf einer Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2010

Das Regierungsprogramm der Bundesregierung für die aktuelle XXIV. Gesetzgebungsperiode sieht die Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor.¹ Es ist nicht die erste politische Absichtserklärung dieses Inhalts; Rechtswissenschaft und Praxis fordern eine solche Reform ohnedies schon seit langem. Die Motive sind bekannt. In den 1980er-Jahren wurde die Vereinbarkeit des österreichischen Systems einer beim VwGH zentralisierten, einstufigen und lediglich kassatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der EMRK grundsätzlich in Frage gestellt. Dazu trat das föderalistische Anliegen, die Zentralisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die nach einem häufig zitierten Wort *Hans Kelsen*² nachgerade „unvereinbar mit der bundesstaatlichen Idee“ sei, durch die Schaffung von Landesverwaltungsgerichten zu brechen. Diese Forderung ist auch nach der Einführung der UVS nicht verstummt.³ Mittlerweile scheint die Föderalisierung als Triebfeder für die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Hintergrund getreten zu sein. Vorrangige Motive sind heute die anhaltende Überlastung des VwGH, die Anforderungen der EMRK, neuerdings auch unter dem Blickwinkel eines effektiven Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer, sowie das Erfordernis eines gerichtlichen Rechtsschutzes im Unionsrecht, wie es der VwGH vor kurzem für die Umweltverträglichkeitsprüfung exemplifiziert hat.⁴

Das Bundeskanzleramt hat im Februar 2010 den Entwurf einer Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2010 in Begutachtung versandt.⁵ Der Entwurf beruht auf jenem der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform aus der XXIII. Gesetzgebungsperiode,⁶ der seinerseits auf Vorschlägen des Österreich-Konvents aufbaut.⁷ Einzelne Änderungen am Entwurf der Expertengruppe gehen auf einen Kriterienkatalog zurück, den eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe im Sommer 2008 vereinbart hat, um die Mehrkosten, die den Ländern durch die Einrichtung von Verwaltungsgerichten entstehen können, so gering wie möglich zu halten.⁸

Auf das Wesentliche zusammengefasst sieht der Entwurf die Einrichtung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Für jedes Land soll es ein Verwaltungsgericht, für den Bund zwei Verwaltungsgerichte erster Instanz geben; der Asylgerichtshof bleibt bestehen. Die UVS sollen in den Verwaltungsgerichten der Länder aufgehen. Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag soll es als Organisationsform nicht mehr geben, ihre Zuständigkeiten und jene der sonstigen weisungsfreien Behörden werden auf die Verwaltungsgerichte übergehen, soweit sie eine rechtsprechende Tätigkeit ausüben. Der administrative Instanzenzug soll grundsätzlich abgeschafft werden; eine Ausnahme besteht nur für den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Jede Verwaltungsbehörde wird damit zur ersten und letzten Instanz, gegen deren Entscheidung Beschwerde an ein Verwaltungsgericht erhoben werden kann, das grundsätzlich in der Sache selbst entscheidet. Gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte steht ein Rechtszug an den VfGH und an den VwGH offen, dessen Ablehnungsrecht erheblich erweitert werden soll.

Der Entwurf wurde von den Ländern – ungeachtet einzelner Vorbehalte – inhaltlich befürwortet.⁹ Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welcher Handlungsbe-

darf für die Länder bei seiner Beschlussfassung entstehen würde, wobei der Fokus auf der Gesetzgebung liegt. Es werden dabei nur die Landesverwaltungsgerichte in den Blick genommen. Auswirkungen der Reform, die sich zum einen auf den VwGH, zum anderen auf das verwaltungsbehördliche Verfahren ergeben, betreffen primär die Bundesgesetzgebung und sollen daher außer Betracht bleiben.¹⁰

2. Kompetenzverteilung

Der Fokus auf die Landesgesetzgebung ergibt sich daraus, dass Organisation und Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz durch Gesetz zu regeln sind (vgl. Art. 136 Abs. 1 und 2¹¹). Wie in der ordentlichen Gerichtsbarkeit¹² ist ein Einfluss der Verwaltung auf die Verwaltungsgerichte erster Instanz damit weitgehend zurückgedrängt, sieht man von der Ernennung ihrer Mitglieder durch die Landesregierung und der monokratischen Justizverwaltung ab.

Zuständige Gesetzgebung in den Angelegenheiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 1 der Bund („Verwaltungsgerichtsbarkeit“). Dieser Kompetenztatbestand umfasst die Regelung von Organisation, Aufgaben und Verfahren sowohl der Verwaltungsgerichte als auch des VwGH.¹³ Von der Bundeszuständigkeit ausgenommen wird in Art. 10 Abs. 1 Z 1 die „Organisation der Verwaltungsgerichte der Länder“; sie fällt gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder.¹⁴ Art. 136 Abs. 1, wonach die Organisation der Verwaltungsgerichte der Länder durch Landesgesetz geregelt wird, hat keine eigenständige kompetenzrechtliche Bedeutung.¹⁵ Auf Art. 15 Abs. 1 B-VG stützt sich auch die Vollziehung des Organisationsrechts der Landesverwaltungsgerichte durch Landesorgane (Landesverwaltungsgericht bzw. Landesregierung).

Die dargestellte allgemeine Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten wird durch einzelne besondere Kompetenzbestimmungen eingeschränkt. So enthält der Entwurf etwa Zuständigkeitsregelungen betreffend die Begründung von Senatszuständigkeiten oder die Laienbeteiligung (Art. 135 Abs. 1), die Erweiterung der Beschwerdegegenstände (Art. 130 Abs. 2) oder das Verfahrensrecht (Art. 136 Abs. 2).¹⁶ Diese richten sich, vom Verfahrensrecht abgesehen, in gleicher Weise an die Bundes- und die Landesgesetzgebung. Von der allgemeinen Kompetenzverteilung abweichende Zuständigkeitsregelungen außerhalb der Art. 10 bis 15 B-VG sind zwar unsystematisch, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aber nicht neu (vgl. Art. 131 Abs. 2 B-VG¹⁷).

3. Organisation

Der Entwurf sieht für jedes Land ein Verwaltungsgericht erster Instanz vor (Art. 129). Die Einrichtung eines gemeinsamen Verwaltungsgerichtes für mehrere Länder, wie sie in der Vergangenheit vorgeschlagen wurde,¹⁸ ist damit ausgeschlossen. Das kann aus verwaltungsreformatorischer Sicht bedauert werden, ist aber durch die bestehenden UVS präformiert. Die Einrichtung zusätzlicher Verwaltungsgerichte, die im Österreich-Konvent noch als Option für Bund und Länder gehandelt wurde,¹⁹ erfolgt lediglich beim Bund (mit einem eigenen Verwaltungsgericht für Finanzen). Bundesverfassungsrechtli-

che Vorgaben hinsichtlich des Sitzes des Landesverwaltungsgerichtes bestehen nicht. Die Errichtung von Außenstellen, wie sie derzeit etwa für den UVS Niederösterreich vorgesehen ist,²⁰ steht den Ländern frei,²¹ solange der Sprengel des Verwaltungsgerichtes das jeweilige Land umfasst.²² Landessache ist auch die Bezeichnung des Verwaltungsgerichtes.

Die Verwaltungsgerichte der Länder sind wie die UVS Landesorgane, anders als diese aber Gerichte. Das ergibt sich schon aus ihrer Bezeichnung als „Gerichte“ und ihrer systematischen Stellung im B-VG im neuen Abschnitt „Verwaltungsgerichtsbarkeit“. Ihre Mitglieder sind Richter und genießen die richterlichen Garantien der Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit (Art. 134 Abs. 7). Die Länder werden damit erstmals zu Trägern der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit.

Der Entwurf verpflichtet die Landesgesetzgebung als zuständige Organisationsgesetzgebung nicht ausdrücklich, aber wohl implizit, zur rechtzeitigen Einrichtung eines Verwaltungsgerichtes. Eine Sanktion für eine Untätigkeit der Landesgesetzgebung, wie etwa ein Zuständigkeitsübergang auf den Bund nach dem Muster des Art. 15 Abs. 6 B-VG bei der Ausführungsgesetzgebung,²³ ist nicht vorgesehen. Auch die Einrichtung der UVS erfolgte ohne eine solche Absicherung.²⁴

4. Zusammensetzung und Ernennung

Die Verwaltungsgerichte bestehen aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Zahl von sonstigen Mitgliedern (Art. 134 Abs. 1). Die Festlegung dieser Zahl hat im Organisationsgesetz zu erfolgen; sie kann freilich auch im Stellen(Personal)plan vorgenommen werden,²⁵ wie es beim VwGH der Fall ist. Die Ernennung der Mitglieder der Landesverwaltungsgerichte erfolgt durch die Landesregierung. Mit Ausnahme der Stelle des Präsidenten und des Vizepräsidenten steht den Verwaltungsgerichten ein Vorschlagsrecht zu, das allerdings nicht bindend ist (Art. 134 Abs. 2 erster Satz).

Der Entwurf verzichtet auf verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich der Berücksichtigung von Personen aus Berufsstellungen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft, wie sie derzeit etwa in Gestalt des – wenn auch nicht bindenden – Bundesviertels bei den UVS bestehen.²⁶

Ernennungsvoraussetzungen sind ein abgeschlossenes juristisches Studium („das Studium der Rechtswissenschaften oder die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien“) und eine fünfjährige juristische Berufserfahrung (Art. 134 Abs. 2 zweiter Satz). Nur für das Bundesfinanzgericht lässt der Entwurf auch andere, „einschlägige“ Studien und eine „einschlägige“ Berufserfahrung zu (Art. 134 Abs. 3 zweiter Satz), für die Landesverwaltungsgerichte gilt hingegen ein Juristenmonopol.²⁷ Einem allfälligen Bedarf nach materienspezifischem Know-how jenseits von Sachverständigen kann durch die Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern Rechnung getragen werden (vgl. Art. 135 Abs. 1 und dazu unten Pkt. 9).

Fraglich ist, ob Art. 134 Abs. 2 eine abschließende Regelung der Ernennungsvoraussetzungen auf Verfassungsebene trifft, oder ob die einfache Gesetzgebung zusätzliche oder

strengere als die bundesverfassungsgesetzlich vorgesehenen Ernennungserfordernisse vorsehen darf. Im Entwurf der Expertengruppe waren die Ernennungsvoraussetzungen noch ausdrücklich als Mindestanforderungen konzipiert.²⁸ Der Entwurf sieht offenbar keine Notwendigkeit einer Klarstellung im Verfassungstext und begnügt sich mit der Feststellung in den Erläuterungen, dass die Organisationsgesetzgebung die Ernennungsvoraussetzungen „präzisieren“ kann.²⁹ Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die Regelung von Ernennungsvoraussetzungen keine Angelegenheit des Organisations-, sondern des Dienstrechts ist,³⁰ wenngleich dies in den Organisations- und Verfahrensgesetzen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts keinen Niederschlag gefunden hat.³¹ Ungeachtet dieser Frage bleibt offen, wie weit der Spielraum der einfachen Gesetzgebung reicht.³² Die Erläuterungen („präzisieren“) weisen auf ein am Verhältnis von Gesetz und Durchführungsverordnung (Art. 18 Abs. 2 B-VG) angelehntes Verständnis hin.³³ Betrachtet man hingegen – im Hinblick auf dieselbe Struktur der Fragestellung – die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und ihre Ausführungsbestimmungen, zeigt sich, dass in ihren Organisations- und Verfahrensgesetzen jenseits der verfassungsgesetzlich positivierten zwar nicht ausdrücklich zusätzliche Ernennungserfordernisse vorgesehen sind; solche ergeben sich aber zumindest indirekt aus der Zusammensetzung der Senate des VwGH.³⁴ Dadurch, aber auch durch die vorgeschriebene Berufserfahrung, werden Voraussetzungen, die für die in Betracht kommenden Berufe vorgeschrieben sind, mittelbar auch zu Ernennungsvoraussetzungen für den VwGH.³⁵ Schließlich normiert das AsylGHG die im B-VG nicht ausdrücklich genannte persönliche und fachliche Eignung für die mit der Ausübung der Tätigkeit verbundenen Aufgaben als Ernennungsvoraussetzung.³⁶ Das spricht dafür, dass einfachgesetzliche Regelungen der Ernennungsvoraussetzungen für die Mitgliedschaft in den Verwaltungsgerichten erster Instanz zumindest im Umfang der typischen Ausführungsbestimmungen für die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zulässig sind.

Aus systematischen Erwägungen ergibt sich aber jedenfalls eine Schranke für die „Präzisierung“ der erforderlichen juristischen Berufserfahrung. Im Unterschied zu den Ernennungsvoraussetzungen für den VwGH³⁷ beschränkt der Entwurf die für die Verwaltungsgerichte erster Instanz erforderliche Erfahrung nicht auf Berufsstellungen, für die der Abschluss des juristischen Studiums vorgeschrieben ist. Daraus wird man schließen können, dass die einfache Gesetzgebung die Anforderungen an die Berufserfahrung keinesfalls auf das für den VwGH vorgesehene Niveau heben darf. Soweit die UVS-Gesetze der Länder solches vorsehen,³⁸ können sie nicht für die Verwaltungsgerichte fortgeschrieben werden. Die Beurteilung, ob die erforderliche Berufserfahrung vorliegt, obliegt den ernennenden Organen, sodass ohnedies kein ausgeprägtes politisches Bedürfnis nach einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung bestehen sollte.

Diese Ernennungsvoraussetzungen werden überwiegend erst für die nächste Richtergeneration relevant sein. Die Übergangsbestimmungen sehen ein Recht der UVS-Mitglieder auf Übernahme in das Landesverwaltungsgericht vor, wenn sie die „persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind, aufweisen“ (Art. 151 Abs. 42 Z 2 lit. a). Dadurch wird ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht normiert, wobei die Eignung als materielle Vorausset-

zung dieses Rechts formuliert ist.³⁹ Der normative Inhalt dieser Bestimmung ist nicht auf den ersten Blick klar. Auffallend ist, dass die Dienstrechtsgesetze des Bundes und der Länder vergleichbare Eignungskriterien als allgemeine Aufnahmeerfordernisse in den öffentlichen Dienst vorsehen,⁴⁰ was eine niedrige Schwelle nahelegen würde. Gemeint sein dürfte aber, dass die Eignung für das künftige Amt im Hinblick auf die bisherige Verwendung zu beurteilen ist.⁴¹ Dafür sprechen auch die Regelungen betreffend die Übernahme der Mitglieder des UBAS in den AsylGH,⁴² die offensichtlich als Vorbild gedient haben. Es handelt sich also um eine Prognoseentscheidung, der insbesondere die bisherigen Dienstbeurteilungen zugrunde zu legen sein werden. Hinter diesen für die Übernahme der Mitglieder des UBAS in den AsylGH gefundenen Kompromiss, der eine Überprüfung der Eignungsentscheidung des ernennenden Organs durch den VwGH bzw. VfGH erlaubt,⁴³ sollte aus rechtsstaatlichen Gründen auch bei der Einrichtung von Verwaltungsgerichten erster Instanz nicht zurückgegangen werden. Ein Verzicht auf diese bundesverfassungsgesetzliche Vorgabe, wie von den Ländern im Begutachtungsverfahren gefordert,⁴⁴ kommt m. E. nicht in Betracht.

5. Dienstrecht

Die Gebietskörperschaften sind nicht nur für die Organisation, sondern auch für das Dienstrecht der Mitglieder ihrer Verwaltungsgerichte zuständig. Für das Dienst-, Disziplinar- und Personalvertretungsrecht der (richterlichen und nicht richterlichen) Bediensteten der Landesverwaltungsgerichte ergibt sich das aus Art. 21 Abs. 1 B-VG.⁴⁵

Die Landesgesetzgebung kann die Angelegenheiten des Dienst- und Disziplinarrechts, die einen Teil der Justizverwaltung bilden,⁴⁶ einzelnen Richtern (etwa dem Präsidenten) oder Senaten bzw. Kommissionen der Verwaltungsgerichte übertragen. Dabei ist zu beachten, dass die Versetzung, die Amtsenthebung und die zwangsweise Ruhestandsversetzung von Mitgliedern der Verwaltungsgerichte nur aufgrund eines förmlichen richterlichen Erkenntnisses erfolgen darf (Art. 134 Abs. 7 i. V. m. Art. 87 Abs. 2 und 88 Abs. 2 B-VG).

Der einfachgesetzliche Ausgestaltungsspielraum in der Disziplinargerichtsbarkeit ist im Vergleich zur ordentlichen Gerichtsbarkeit allerdings beschränkt. Dort bestehen grundsätzlich wechselseitige Zuständigkeiten der Gerichte gleicher Stufe: Disziplinargericht ist das Oberlandesgericht Wien für alle im Sprengel des Oberlandesgerichtes Graz ernannten Richter mit Ausnahme des Präsidenten und des Vizepräsidenten und vice versa; eine analoge Regelung besteht für die Oberlandesgerichtssprengel Linz und Innsbruck. Der OGH ist Disziplinargericht für die Präsidenten und Vizepräsidenten der Oberlandesgerichte.⁴⁷ Eine solche Verschränkung der Zuständigkeiten zwischen den Verwaltungsgerichten der Länder oder zwischen den Verwaltungsgerichten der Länder und jenen des Bundes wäre im Hinblick auf den Grundsatz der Trennung der Vollzugsbereiche nicht möglich.⁴⁸ Sie wäre auch nicht systemkonform; jede Gebietskörperschaft hat die ihr übertragenen Aufgaben durch eigene Organe zu besorgen. Allfällige rechtspolitische Bedenken gegen die Ausübung der Disziplinargerichtsbarkeit durch das „eigene“ Verwaltungsgericht können durch die Einrichtung eines Rechtszuges ausgeräumt wer-

den: Dem Beschuldigten steht gegen die Disziplinarentscheidung die Beschwerde an den VwGH bzw. den VfGH offen (Art. 133 Abs. 1 Z 1 und Abs. 6 Z 1, Art. 144 Abs. 1).⁴⁹ Dem Disziplinaranwalt kann ein Beschwerderecht an den VwGH gesetzlich eingeräumt werden; beim Disziplinarrecht handelt es sich nämlich, wie sich schon aus Art. 87 Abs. 2 B-VG („Justizverwaltungssachen“) ergibt, um ein „die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelndes Bundes- oder Landesgesetz“ (Art. 133 Abs. 8).⁵⁰

Die Diensthoeheit gegenüber den (richterlichen und nicht richterlichen) Bediensteten des Landesverwaltungsgerichtes obliegt gemäß Art. 21 Abs. 3 B-VG der Landesregierung.⁵¹ Der VfGH hat zwar aus dem „verfassungsmäßig festgelegten Kontrollsystem des B-VG bezüglich der gesamten öffentlichen Verwaltung“ die Diensthoeheit des Präsidenten des VwGH abgeleitet,⁵² was der Entwurf für den VwGH und den VfGH auch im B-VG nachvollzieht (Art. 134 Abs. 8, Art. 147 Abs. 8). Diese Bestimmungen haben Antwortcharakter,⁵³ was den Schluss nahelegt, dass es der Entwurf hinsichtlich der Verwaltungsgerichte erster Instanz bei der Diensthoeheit der obersten Organe der Vollziehung belässt. Eine andere Auslegung ist auch nicht im Hinblick auf das erwähnte VfGH-Erkenntnis geboten.⁵⁴ Der VfGH hat es im Übrigen abgelehnt, die zum VwGH angestellten Überlegungen auf den UBAS zu übertragen.⁵⁵

Nach der Rechtsprechung des VfGH können zwar einzelne Befugnisse der Diensthoeheit auf nachgeordnete Organe übertragen werden, doch verlangt Art. 21 Abs. 3 B-VG im „Kernbereich“ der Dienstgeberbefugnisse zur Wahrung der Letztverantwortlichkeit der obersten Organe die Aufrechterhaltung des Weisungszusammenhanges zum obersten Organ und dessen Anrufbarkeit im Instanzenzug.⁵⁶ Es dürfte daher nichts dagegen sprechen, den Präsidenten eines Landesverwaltungsgerichtes mit der Diensthoeheit zu betrauen, solange das Weisungsrecht der Landesregierung gewahrt bleibt. Einen Instanzenzug soll es nach dem Entwurf hingegen nicht mehr geben; das stellen die Erläuterungen ausdrücklich auch für Art. 21 Abs. 3 B-VG klar.⁵⁷

Die Landesgesetzgebung ist auch zur Regelung von Controllingmaßnahmen zuständig,⁵⁸ von denen man sich positive Auswirkungen auf die Dauer der Erledigungen erhofft,⁵⁹ was im Hinblick auf Art. 6 und 13 EMRK zunehmend an Bedeutung gewinnt. Solche und andere Maßnahmen der Justizverwaltung finden ihre Grenze allerdings in den richterlichen Garantien.⁶⁰

6. Zuständigkeiten

Der Entwurf legt zum einen Zuständigkeiten fest, die den Verwaltungsgerichten von Verfassung wegen zukommen: Beschwerdegegenstand ist der Bescheid, der Akt unmittelbarer verwaltungsgerichtlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die Säumnis von Verwaltungsbehörden (Art. 130 Abs. 1). Ein Ausgestaltungsspielraum für die einfache Gesetzgebung besteht hier nicht. Zum anderen enthält der Entwurf eine – wenn auch begrenzte⁶¹ – Ermächtigung zur Durchbrechung der Typengebundenheit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes; Bundes- und Landesgesetzgebung können „sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit“ vorsehen (Art. 130 Abs. 2).

Der Entwurf schließt damit – zumindest teilweise – jene Rechtsschutzlücke, die dadurch entsteht, dass auch bei nicht typengebundenem Verwaltungshandeln Rechtsschutz geboten sein kann. Ein prägnantes Beispiel aus dem Bundesbereich ist die Warnmeldung der Finanzmarktaufsicht: Sie ist weder Verordnung noch Bescheid oder Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, aber auch keine bloße Tatsachenteilung, weil sie in die Rechtssphäre eingreift, sodass nach Ansicht des VfGH Rechtsschutz geboten ist.⁶² Eine Erweiterung der Beschwerdegegenstände ist nach dem Entwurf allerdings nur in der Hoheitsverwaltung möglich; Akte der Privatwirtschaftsverwaltung können den Verwaltungsgerichten nicht zur Entscheidung zugewiesen werden. Verwaltungsrechtliche Verträge müssen weiterhin durch Bescheid mediatisiert werden.⁶³ Anderes wird ausdrücklich für die „Vergabe von Aufträgen“⁶⁴ angeordnet: Bundes- und Landesgesetzgebung können die Verwaltungsgerichte unabhängig von der Rechtsform des zu überprüfenden Verhaltens des Auftraggebers für zuständig erklären, also auch zur Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Private berufen.⁶⁶

7. Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Landes- und Bundesverwaltungsgerichten

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte der Länder von jenen des Bundes (Art. 131) ist im B-VG genau vorgegeben, sodass für die Landesgesetzgebung kein Regelungsspielraum bleibt. Auch die Möglichkeit der Verschiebung von Zuständigkeiten zwischen den Verwaltungsgerichten ist der Bundesgesetzgebung vorbehalten (vgl. Art. 131 Abs. 4).

8. Beschwerdelegitimation

Die Berechtigung zur Erhebung einer Beschwerde ist ebenfalls im B-VG selbst geregelt (Art. 132 Abs. 1 bis 4). In zwei Punkten besteht jedoch ein Ausgestaltungsspielraum der einfachen Gesetzgebung: Erstens kann sie eine Beschwerde durch sogenannte Amts- oder Organparteien vorsehen (Art. 132 Abs. 5), wie das schon derzeit beim VwGH der Fall ist.⁶⁶ Vor diesem Hintergrund ist ein – im Begutachtungsverfahren vereinzelt gefordertes⁶⁷ – verfassungsunmittelbares Amtsbeschwerderecht von Landesorganen, soweit es sich um die Landesregierung handelt, nicht notwendig.⁶⁸ Von Bedeutung wäre ein solches Beschwerderecht aber für den Landeshauptmann, weil es nach dem Entwurf in den Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung in der Hand der Bundesgesetzgebung liegt, ihn oder eben ein anderes (Bundes-)Organ mit der Beschwerdeerhebung zu betrauen. Bei der Forderung nach Amtsbeschwerderechten erscheint allerdings Zurückhaltung angebracht: Es sollte nicht übersehen werden, dass ein Amtsbeschwerderecht die permanente Verfolgung aller verwaltungsbehördlichen Entscheidungen in dieser Angelegenheit verlangt und daher mit einem hohen Verwaltungsaufwand verbunden ist. Nicht von ungefähr wird von diesem Instrument beim VwGH – jedenfalls im Bundesbereich – zurückhaltend Gebrauch gemacht.⁶⁹

Zweitens normiert der Entwurf die Erschöpfung des Instanzenzuges in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde als eine Prozessvoraussetzung (Art. 132 Abs. 6).⁷⁰ Der Hintergrund dieser Regelung liegt darin, dass die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde von der Abschaffung des administrativen Instanzenzuges ausgenommen sind. In diesen Angelegenheiten soll in Hinkunft von Verfassung wegen ein zweigliedriger Instanzenzug bestehen, der allerdings gesetzlich ausgeschlossen werden kann (Art. 118 Abs. 4 zweiter Satz). Zuständig für den Ausschluss des Instanzenzuges ist nicht wie bisher die für die Regelung des Gemeinde(organisations)-rechts zuständige Landesgesetzgebung,⁷¹ sondern die Materiengesetzgebung (Art. 115 Abs. 2). Diese Kompetenzzuweisung folgt Zweckmäßigkeitgesichtspunkten, da die Materiengesetzgebung am ehesten die Bedeutung einer Angelegenheit beurteilen kann.⁷² Damit wird auch für die Gemeinden der Grundsatz hergestellt, dass die Regelung von Instanzenzügen (funktionelle Zuständigkeit) Sache der Materiengesetzgebung ist.⁷³

9. Besetzung

Grundsätzlich entscheiden die Verwaltungsgerichte durch Einzelrichter. Durch das Organisations-, aber auch durch das Materiengesetz kann eine Senatszuständigkeit vorgesehen werden (Art. 135 Abs. 1 erster Satz). Damit ist zunächst klargestellt, dass die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen monokratischen und kollegialen Spruchkörpern keine Sache des Verfahrensrechts ist, wie es Art. 129b Abs. 5 B-VG für die UVS ausdrücklich anordnet. Dieser Regelung ist Systemwidrigkeit und Praxisferne vorgehalten worden. Systematisch handle es sich bei der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen monokratischen und kollegialen Organen um eine Frage des Organisations- und nicht des Verfahrensrechts.⁷⁴ Als praxisfremd wurde die im AVG ursprünglich vorgesehene zwingende Kammerzuständigkeit in Berufungsverfahren kritisiert.⁷⁵ Die geltende Rechtslage differenziert zwischen Zuständigkeiten von Einzelmitgliedern und Senaten und stellt für die Zuordnung teils auf die funktionelle Zuständigkeit, teils auf die bescheiderlassende Behörde und teils auf den Inhalt der Angelegenheit ab (§ 67a dritter bis fünfter Satz AVG). Der Sache nach handelt es sich jedoch in allen Fällen um die Bedeutung der Angelegenheit.⁷⁶ Zur Beurteilung der Bedeutung einer Angelegenheit ist aber nicht die Organisations- oder die Verfahrensgesetzgebung, sondern die Materiengesetzgebung am besten in der Lage.⁷⁷

Der Entwurf will es offenbar beiden Anforderungen – Systematik und Praxisnähe – recht machen und beruft sowohl die Organisations- als auch die Materiengesetzgebung zur Begründung von Senatszuständigkeiten. Das führt in weiten Bereichen zu einer echten Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung, nämlich in den Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung und in allen anderen Angelegenheiten der Bundesgesetzgebung, die in die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte fallen, sowie in jenen Fällen, in denen durch Bundesgesetz eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder angeordnet wird (vgl. Art. 131 Abs. 4). In „umgekehrter Richtung“ kann eine solche Zuständigkeitskonkurrenz nicht auftreten, da eine Zuständigkeit der Bundesverwaltungsgerichte zur Entscheidung über Angelegenheiten der Landesge-

setzung nicht vorgesehen ist und auch nicht einfachgesetzlich begründet werden kann.

Organisations- und Materiengesetzgebung können nach dem Entwurf eine Senatszuständigkeit nicht bloß begründen, sondern auch wieder aufheben und dadurch zur Einzelrichterzuständigkeit (als verfassungsrechtliche Grundregel) zurückkehren. Das versteht sich hinsichtlich der eigenen Begründung einer Senatszuständigkeit von selbst, weil Bundes- und Landesgesetzgebung ihre eigenen Gesetze jederzeit abändern und aufheben dürfen,⁷⁸ gilt aber auch für eine von der anderen Gesetzgebung angeordnete Senatszuständigkeit. Andernfalls bestünde eine bloße Zuständigkeit kraft Zuvorkommens, wofür sich im Entwurf kein Anhaltspunkt findet. Mangels eines eigenen Lösungsmechanismus wird zwischen widersprechenden Bundes- und Landesgesetzen die lex posterior-Regel zur Anwendung kommen. Dass es sich dabei nicht um einen zweckmäßigen Lösungsmechanismus handelt, muss nicht näher dargelegt werden. In diesem Punkt sollte der Entwurf nachgebessert werden. Keinen Ausweg bietet jedenfalls das Zustimmungrecht der Länder für die Begründung von Senatszuständigkeiten in den Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung sowie der Art. 11 und 12 B-VG (Art. 135 Abs. 1 dritter Satz). Zum einen erfasst es nicht alle Angelegenheiten der Bundesgesetzgebung, in denen eine Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte besteht.⁷⁹ Zum anderen kann es zwar die Entstehung eines Bundesgesetzes verhindern, löst aber keine Zuständigkeitskonflikte, wenn ein solches Bundesgesetz einmal zustande gekommen ist.

Die Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern kann hingegen nur die Materiengesetzgebung vorsehen (Art. 135 Abs. 1 zweiter Satz). Diese Zuständigkeit umfasst auch die Regelung der Entsendungs- oder Vorschlagsberechtigung und allfälliger Qualifikationsanfordernisse.⁸⁰ Was die Zahl fachkundiger Laienrichter in einem Senat betrifft, sind in der Lehre verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Majorisierung bzw. Dominierung der Berufsrichter erhoben worden.⁸¹ Aus der Formulierung des Entwurfes – Art. 135 Abs. 1 zweiter Satz spricht von der „Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern an der Rechtsprechung“ – kann eine solche Schranke nicht abgeleitet werden. Unzulässig wäre es aber jedenfalls, einen einzelnen fachkundigen Laien oder ausschließliche Laiensenate zur Entscheidung zu berufen, weil es sich dabei nicht mehr um eine „Mitwirkung“ an der Rechtsprechung handeln würde.⁸²

10. Verfahrensrecht

Nach dem Entwurf wird das Verfahren der Verwaltungsgerichte des Bundes und der Länder durch „ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt“ (Art. 136 Abs. 2 erster Satz). Damit wird ein Kodifikationsgebot festgelegt, was freilich nicht ausschließt, dass ein solches Verfahrensgesetz anderes Prozessrecht für anwendbar erklärt, wie es auch im VwGG⁸³ und im VfGG⁸⁴ hinsichtlich des AVG, der ZPO, der StPO und des RStDG der Fall ist.

Die „Einheitlichkeit“ meint wie im historischen Konzept der einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetze, dass „ein und dieselbe Behörde unabhängig von den Angelegenheiten, die sie verwaltet, stets an dieselben Verfahrensvorschriften gebunden ist und dass diese

Verfahrensvorschriften verbandsübergreifend für Bundes- wie für Landesbehörden gelten.⁸⁵ Die notwendige Flexibilität, die ein solches einheitliches Verfahrensgesetz aufweisen muss, soll dadurch gewährleistet werden, dass Bundes- und Landesgesetzgebung abweichende Regelungen treffen können, „wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“ (Art. 136 Abs. 2 zweiter Satz). Das ist die von Art. 11 Abs. 2 B-VG bekannte Formel für Abweichungen von den einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetzen. Dazu judiziert der VfGH bekanntlich, dass Abweichungen zur Regelung des Gegenstandes unerlässlich sein müssen.⁸⁶ Solche abweichenden verfahrensrechtlichen Regelungen werden gerade hinsichtlich jener Rechtssachen von Bedeutung sein, die den Verwaltungsgerichten erst durch einfaches Gesetz zugewiesen werden (vgl. Art. 130 Abs. 2).

11. Übergangsrecht

Mit Inkrafttreten der Novelle gelten die Verwaltungsgerichte als eingerichtet und der administrative Instanzenzug (grundsätzlich) als abgeschafft. Bestehenden einfachgesetzlichen Instanzenzügen wird materiell derogiert, neue administrative Instanzenzüge dürfen nicht vorgesehen werden. Ab diesem Zeitpunkt sind keine Berufungen oder Devolutionsanträge mehr zulässig. Die jeweilige Gebietskörperschaft kann bereits vor Inkrafttreten der Novelle vorbereitende organisatorische und personelle Maßnahmen treffen (Art. 151 Abs. 42 Z 1), wie etwa die Ausschreibung der Stellen der Mitglieder und die Aufnahme der nicht richterlichen Bediensteten.⁸⁷ Diese Maßnahmen können durch die Landesgesetzgebung im Rahmen ihrer Organisations- und Dienstrechtskompetenz näher geregelt werden.⁸⁸ Für das Inkrafttreten bedarf es einer entsprechenden Legislativkanz, die wie bei der Einrichtung der UVS mindestens zwei Jahre betragen sollte.⁸⁹

Der eigentliche Zuständigkeitsübergang auf die Verwaltungsgerichte erfolgt in zwei Stufen: Mit dem Inkrafttreten der Novelle gehen die UVS-Verfahren auf die Verwaltungsgerichte über, ein Jahr später die Verfahren der sonstigen aufgelösten Verwaltungsbehörden. Von diesem zweistufigen Zuständigkeitsübergang erhofft man sich eine Dämpfung der Umstellungskosten.⁹⁰ Im Detail gestaltet er sich wie folgt:

Stufe 1 vollzieht sich mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle. Die UVS werden aufgelöst. Die bei ihnen anhängigen Verfahren gehen auf die Verwaltungsgerichte über, soweit diese für solche Rechtssachen zuständig sind.⁹¹ In anhängigen Verfahren beim VwGH und VfGH und im fortgesetzten Verfahren nach der Aufhebung eines Bescheides treten die Verwaltungsgerichte an die Stelle der UVS (Art. 151 Abs. 42 Z 4 und 5).

Stufe 2 vollzieht sich ein Jahr später. Die in der Anlage zum Entwurf aufgelisteten sonstigen unabhängigen Verwaltungsbehörden werden aufgelöst. Dazu zählen insbesondere alle Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag; diese Organisationsform soll es in Zukunft nicht mehr geben.⁹² Die bei ihnen anhängigen Verfahren gehen ebenfalls auf die Verwaltungsgerichte über (Art. 151 Abs. 42 Z 7), freilich nur insoweit, als diese für solche Rechtssachen zuständig sind. Die sonstigen unabhängigen Verwaltungsbehörden sollen also ein Jahr länger als die UVS bestehen bleiben, um ihre anhängigen Verfahren „abzuarbeiten“; neue Berufungsverfahren können in dieser Zeit nicht mehr anhängig gemacht werden, da kein administrativer Instanzenzug mehr besteht. Soweit solche aufgelösten

Behörden neben Berufungszuständigkeiten noch andere Agenden besorgen, ist durch die Gesetzgebung zu regeln, wie bzw. von wem diese Aufgaben künftig besorgt werden.⁹³ Solche Mischbehörden sind beim Bund allerdings viel häufiger als in den Ländern.

Keinen Zuständigkeitsübergang ordnet der Entwurf für Rechtsmittelverfahren bei sonstigen – nicht aufgelösten – Berufungsbehörden an. Ist etwa bei einer Landesregierung ein Berufungsverfahren anhängig, ist dieses mit Bescheid abzuschließen, gegen den Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben werden kann.

Anmerkungen

- 1 Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode 253 ff.
- 2 Die Verfassungsreform, JBl. 1929, 445 (454).
- 3 Z. B. *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Die Einführung von Landesverwaltungsgerichten – eine Alternative zu den „unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern“, JBl. 1989, 609; *Kobzina*, Die richterliche Verwaltungskontrolle und die ausstehende Integration von Rechtsschutz und Föderalismus, JBl. 1993, 205 (210 f., 214 f.).
- 4 VwGH 30. 9. 2010, 2010/03/0051, 2010/03/0055.
- 5 129/ME XXIV. GP. Im Folgenden: „Entwurf“.
- 6 94/ME XXIII. GP. Im Folgenden: „Entwurf der Expertengruppe“.
- 7 Vgl. Erläuterungen zum Entwurf der Expertengruppe 2 f.
- 8 Die Ergebnisse dieser Arbeitsgruppe sind nicht veröffentlicht. Zu einzelnen Ergebnissen vgl. Gemeinsame Position der Länder, 32/SN-129/ME XXIV. GP 6.
- 9 Gemeinsame Position der Länder, 32/SN-129/ME XXIV. GP 5.
- 10 Vgl. für den VwGH *Thienel*, Die Kontrolle der Verwaltungsgerichte I. Instanz durch den Verwaltungsgerichtshof, in Holoubek/Lang (Hrsg.), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 121, für das verwaltungsbehördliche Verfahren *Mayr*, Das verwaltungsbehördliche Verfahren unter- und außerhalb der Rechtskontrolle der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in Holoubek/Lang, a. a. O., 91, beide zum Entwurf der Expertengruppe. Die grundsätzliche Abschaffung des Instanzenzuges erfordert freilich auch Anpassungen in der Landesgesetzgebung.
- 11 Im Folgenden bezeichnen Artikel ohne Gesetzesbezeichnung solche des B-VG in der Fassung des Entwurfes; die Erläuterungen zu diesem Entwurf werden mit „Erl.“ abgekürzt.
- 12 Vgl. Art. 83 Abs. 1 B-VG.
- 13 Erl. 3.
- 14 Erl. 3.
- 15 Vgl. zum Verhältnis des Kompetenztatbestandes „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ (Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG) zu Art. 136 B-VG *Jablonec*, Art. 136 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (9. Lfg. 2009) Rz. 3, zum Verhältnis des Kompetenztatbestandes „Verfassungsgerichtsbarkeit“ (Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG) zu Art. 148 B-VG *Zellenberg*, Art. 148 B-VG, in Korinek/Holoubek, a. a. O. (6. Lfg. 2003) Rz. 13.
- 16 Vgl. weiters Art. 132 Abs. 5, 133 Abs. 2 und 8.
- 17 Vgl. VfSlg. 8202/1977, wonach Art. 131 Abs. 2 B-VG „nur klarstellen [will], daß die im ersten Halbsatz vorgesehenen Regelungen nicht unter den Kompetenztatbestand ‚Verwaltungsgerichtsbarkeit‘ ... fallen“.
- 18 *Pernthaler/Rath-Kathrein* (FN 3) 610 („Durch übereinstimmende Landesverfassungsgesetze können auch gemeinsame Landesverwaltungsgerichte errichtet werden.“).
- 19 Sog. 9 + x-Modell; vgl. Bericht des Österreich-Konvents, Bd 1, Teil 3, 213.
- 20 § 1 Abs. 3 Gesetz über den Unabhängigen Verwaltungssenat im Land NÖ, LGBl. 0015-22, i. V. m. Verordnung über die Errichtung von Außenstellen des Unabhängigen Verwaltungssenates, LGBl. 0015/1-1.
- 21 *Ennöckl*, Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform, JRP 2007, 256 (260) zum Entwurf der Expertengruppe.

- 22 Hinsichtlich der UVS *Mayer/Stöberl*, Die Unabhängigen Verwaltungssenaten im Rechtsschutzsystem, ÖJZ 1991, 257 (263).
- 23 Vgl. auch Art. 16 Abs. 4 und 23d Abs. 5 B-VG.
- 24 Vgl. lediglich Art. IX Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988, BGBl. 685.
- 25 Vgl. auch *Ennöckl* (FN 21) 256 zum Entwurf der Expertengruppe.
- 26 Art. 129b Abs. 1 letzter Satz B-VG. Auch das Länderviertel beim VwGH soll nach dem Entwurf entfallen.
- 27 Anders noch der Entwurf der Expertengruppe, der als Ernennungsvoraussetzung „ein abgeschlossenes Studium und eine fünfjährige einschlägige Berufserfahrung“ vorsah.
- 28 Dazu *Eisenberger*, Besetzung der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsgerichtshofes nach dem Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform, JRP 2007, 250 (251). Auch die Ernennungsvoraussetzungen für die Mitgliedschaft in einem UVS sind nach hA bloße Mindestvoraussetzungen; *Köhler*, Art. 129b B-VG, in Korinek/Holoubek (FN 15) (3. Lfg. 2000) Rz. 19; *Mayer/Stöberl* (FN 22) 260, 264.
- 29 Erl. 12.
- 30 Die Gesetzgebungszuständigkeit liegt freilich bei derselben Gebietskörperschaft. Relevant ist die Zuordnung aber etwa hinsichtlich der Informationspflicht des Art. 21 Abs. 4 letzter Satz B-VG.
- 31 Bestimmungen dienstrechtlichen Inhalts enthalten z. B. die §§ 2 bis 5 im 1. Teil „Organisation des Asylgerichtshofes“ im AsylGHG, die §§ 1 bis 5 im I. Abschnitt „Einrichtung des Verwaltungsgerichtshofes“ des VwGG und die §§ 1, 4 bis 5i und 8 im 1. Teil „Organisation des Verfassungsgerichtshofes“ des VfGG. Hingegen enthält das OGHG keine Bestimmungen dienstrechtlichen Inhalts.
- 32 Davon hängt etwa ab, ob die Länder – aber auch der Bund – eine der Richterausbildung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (vgl. § 26 Abs. 1 RStDG) vergleichbare Ausbildung ihrer Verwaltungsrichter schaffen und deren Absolvierung als Ernennungsvoraussetzung normieren können.
- 33 Vgl. *Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art. 18 B-VG, B.I.1. mN der Rsp.; *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 82.
- 34 Vgl. § 11 Abs. 2 VwGG; *Jabloner*, Art. 134 B-VG, in Korinek/Holoubek (FN 15) (9. Lfg. 2009) Rz. 17, 19.
- 35 Vgl. *Lienbacher*, Der Status des Verwaltungsrichters in Österreich, ZfRV. 1990, 70 (89 f.).
- 36 § 2 Abs. 3 Z 4 AsylGHG; vgl. aber Art. 151 Abs. 39 Z 3 B-VG.
- 37 Art. 134 Abs. 3 B-VG.
- 38 Vgl. z. B. § 3 Abs. 3 lit c K-UVSG, § 3 Abs. 4 Z 4 Oö. Verwaltungssenatengesetz 1990. Verfassungsrechtliche Bedenken, weil Art. 129b Abs. 4 B-VG Berufserfahrung nicht als Ernennungserfordernis vorsieht, sind bislang nicht entstanden.
- 39 Anders noch Art. 151 Abs. 37 Z 8 in der Fassung des Entwurfes der Expertengruppe.
- 40 Für das Bundesrecht § 4 Abs. 1 Z 3 BDG, § 3 Abs. 1 Z 3 VBG; für das Landesrecht z. B. § 4 Abs. 1 Z 3 K-DRG 1994, § 5 Abs. 1 Z 3 Oö. LBG.
- 41 *Eisenberger* (FN 28) 254 zum Entwurf der Expertengruppe.
- 42 Art. 151 Abs. 39 Z 3 B-VG und die Ausführung in § 29 Abs. 2 AsylGHG („unter Berücksichtigung auf ihren bisherigen Verwendungserfolg als Mitglieder des unabhängigen Bundesasylsenates“).
- 43 Vgl. für den Entwurf Art. 151 Abs. 42 Z 2 letzter Satz.
- 44 Gemeinsame Position der Länder, 32/SN-129/ME XXIV. GP 10.
- 45 Erl. 13, unter Hinweis darauf, dass die Zuständigkeit zur Regelung des Personalvertretungsrechts der Mitglieder der UVS vor dem Hintergrund des Art. 129 Abs. 6 B-VG unklar war; vgl. *Thienel*, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) 127 ff.
- 46 VfSlg. 7753/1976; *Hinterauer*, Die gerichtsförmige Justizverwaltung des Verwaltungsgerichtshofes, in GdS Marcic (1974), 509 (524 f.); *Jabloner*, Art. 135 B-VG, in Korinek/Holoubek (FN 15) (9. Lfg. 2009) Rz. 11.
- 47 § 111 RStDG.
- 48 Ebenso wenig könnte der VwGH zur Disziplinargerichtsbarkeit über die Präsidenten und Vizepräsidenten der Landesverwaltungsgerichte berufen werden.
- 49 Erl. 11; *Thienel* (FN 10) 139 zum Entwurf der Expertengruppe.
- 50 Vgl. VfSlg. 8202/1977 zum Amtshaftungsrecht.
- 51 Der Entwurf der Expertengruppe sah noch einen Entfall dieser Bestimmung vor.
- 52 VfSlg. 15.762/2000. Zu diesem Erkenntnis zu Recht kritisch *Jabloner* (FN 34) Rz. 13/1.
- 53 Vgl. Erl. 12, die auf das Erkenntnis VfSlg. 15.762/2000 verweisen.
- 54 AA *Ennöckl* (FN 21) 259 zum Entwurf der Expertengruppe.

- 55 VfGH 25. 11. 2003, B 804/03.
- 56 VfSlg. 14.896/1997. Zu Recht kritisch zu dieser Judikatur *Baumgartner*, Ausgliederung und Öffentlicher Dienst (2006) 428 f.; vgl. auch *Kucko-Stadlmayer*, Art. 21 B-VG, in Korinek/Holoubek (FN 15) (2. Lfg. 1999) Rz. 35. Ein Abrücken könnte sich in VfGH 5. 3. 2010, G 21/08 u. a., andeuten.
- 57 Erl. 3.
- 58 Ob aufgrund der Organisations- oder der Dienstrechtskompetenz kann hier dahingestellt bleiben.
- 59 Vgl. für den AsylGH §§ 20 f. AsylGHG. Die UVS-Gesetze der Länder enthalten – soweit ersichtlich – keine ausdrücklichen Bestimmungen betreffend ein Controlling.
- 60 Vgl. z. B. hinsichtlich des sog. Förderungsbefehls *Jabloner*, Vom unabhängigen Bundesasylsenat zum Verwaltungsgericht erster Instanz, in Vereinigung der Österreichischen Richterinnen und Richter (Hrsg.), Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat (2006) 55 (61), der darin einen Eingriff in den weisungsfreien Bereich des richterlichen Judiziums sieht.
- 61 Sh. sogleich im Text. In der Lehre wird der Ruf nach einer gänzlichen Abkehr vom Typenzwang für den Zugang zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle immer lauter; zuletzt *Holoubek*, Der Beschwerdegegenstand vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz, in Holoubek/Lang (FN 10) 213 (218 ff.); *Merli*, Rechtsschutz neu: Die Verwaltungsgerichte, in ÖJK (Hrsg.), Der Österreich-Konvent. Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 174 (184 ff.); *Wiederin*, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung, in ÖJT (Hrsg.), 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung (2010) 15 (18 f.); vorsichtiger *Fuchs*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz, JRP 2007, 276 (283).
- 62 VfSlg. 18.747/2009.
- 63 Diese Einschränkung kannte der Entwurf der Expertengruppe noch nicht; vgl. *Fuchs* (FN 61) 279.
- 64 Präziser: das öffentliche Auftragswesen (vgl. Art. 14b Abs. 1 B-VG).
- 65 Art. 14b Abs. 6 B-VG wird aufgehoben. Auf den Themenkreis des öffentlichen Auftragswesens wird hier und im Folgenden nicht näher eingegangen.
- 66 Art. 131 Abs. 2 B-VG.
- 67 Stellungnahme der NÖ Landesregierung, 88/SN-129/ME XXIV. GP 10.
- 68 Das gilt selbstredend auch für ein über Art. 132 Abs. 1 Z 2 hinausgehendes, verfassungsunmittelbares Amtsbeschwerderecht der Bundesminister.
- 69 Vgl. die Nw. bei *Lanner*, Kodex Verfassungsrecht³¹ (2010) Anm. 2 zu Art. 131 B-VG. Es wird hier nicht übersehen, dass in Anbetracht der Abschaffung des administrativen Instanzenzuges ein erhöhter politischer Bedarf nach einem Amtsbeschwerderecht gesehen werden könnte.
- 70 Der Entwurf der Expertengruppe regelte das noch in Art. 130 Abs. 4, also im Zusammenhang mit Beschwerdegegenstand und Prüfungsmaßstab.
- 71 Art. 115 Abs. 2 erster Satz B-VG; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 1 Rz. 8 m. w. N.; *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁷ (1999) Rz. 510.
- 72 Vgl. Art. 103 Abs. 4 B-VG.
- 73 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 1 Rz. 8 m. w. N.; *Stoitzner*, Ist der Organisationsgesetzgeber berechtigt, Zuständigkeitsnormen zu erlassen?, ÖJZ 1986, 135 (141 f.).
- 74 *Bußjäger*, Die Organisationshoheit und Modernisierung der Landesverwaltung (1999) 149; *Mayer*, Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, in Walter (Hrsg.), Verfassungsänderungen 1988 (1989) 83 (91); jüngst auch VfGH 2. 10. 2010, G 6-8/10.
- 75 *Bußjäger* (FN 74) 149 FN 913; kritisch auch *Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992) 58, 60.
- 76 Vgl. RV 772 BlgNR XXI. GP 42: „Hiebei bedarf es freilich eines Korrektivs dergestalt, dass für wichtige Angelegenheiten die Kammerzuständigkeit erhalten bleibt. Da der Verfahrensgesetzgeber kaum absehen kann, welche Angelegenheiten die Materiegesetzgebung den unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern übertragen wird, erscheint eine erschöpfende Aufzählung der wegen ihrer Bedeutung den Kammern zuzuweisenden Angelegenheiten nicht als gangbarer Weg.“ (Hervorhebungen hinzugefügt) Kritisch zur Zweckmäßigkeit dieser Regelung *Thienel*, Die Verwaltungsverfahrensnovellen 2001 (2002) 29.
- 77 Vgl. schon oben bei FN 72.
- 78 Z. B. *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995) 84.
- 79 Keine Anwendung findet das Zustimmungsrecht etwa in den Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung, die nach den Erl. (10) in die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte fallen.
- 80 AA *Ennöckl* (FN 21) 262 zum Entwurf der Expertengruppe: Zuständigkeit der Organisationsgesetzgebung.

- 81 *Handtanger*, Qualifikation und Bestellung, in Holoubek/Lang (FN 10) 327 (342 FN 67); *Holoubek*, Wie unabhängig sind die „unabhängigen Verwaltungsbehörden“, in ÖJK (Hrsg.), Rechtsstaat und Unabhängigkeit (2007) 115 (124, 146 f. [Diskussionsbeitrag]). Zurückhaltender zur Laienbeteiligung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit *Korinek*, Art. 91/1 B-VG, in Korinek/Holoubek (FN 15) (3. Lfg. 2000) Rz. 11, unter Berufung auf *Rebhahn*, Sind die Kartellgerichte verfassungskonform organisiert?, WBl. 1991, 369 (375 f.). Rechtspolitische, aber offenbar keine verfassungsrechtlichen Bedenken bei *Stöger*, Das „9 + 1“-Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 2007, 231 (234).
- 82 *Ennöckl* (FN 21) 261 zum Entwurf der Expertengruppe.
- 83 § 7 Abs. 2, § 61 Abs. 1 und § 62 Abs. 1 VwGG. Dazu *Jablöner* (FN 15) Rz. 5 FN 15.
- 84 § 35 Abs. 1, § 81 VfGG. Dazu *Zellenberg* (FN 15) Rz. 18.
- 85 *Wiederin*, Die Neuregelung der Präklusion, in Schwarzer (Hrsg.), Das neue Anlagenverfahrensrecht (1999) 17 (84).
- 86 Z. B. VfSlg. 11.564/1987, 15.351/1998.
- 87 Erl. 15.
- 88 Die Zuständigkeit der Bundesgesetzgebung gemäß Art. 151 Abs. 42 Z 9 bezieht sich nur auf den – in den Z 4 bis 8 – geregelten „Zuständigkeitsübergang“.
- 89 Die Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988 wurde am 20. Dezember 1988 kundgemacht, ihre die UVS betreffenden Teile traten mit 1. Jänner 1991 in Kraft.
- 90 Diese Konzeption geht auf die Bund-Länder-Arbeitsgruppe (vgl. Pkt. 1) zurück.
- 91 Erl. 15.
- 92 Art. 20 Abs. 2 Z 3 B-VG wird aufgehoben.
- 93 Erl. 16.

Die authentische Kundmachung
genereller Normen im Internet –
Ein kurzer Überblick über die
Rechtslage¹

Von
Barbara GARTNER

1. Einführung

Die Kundmachung von Rechtsvorschriften ist von elementarer Bedeutung für jede Rechtsordnung. Sie ist gewissermaßen die Grundbedingung ihrer Existenz. Die Form der Kundmachung und der Adressatenkreis, der durch diese auch faktisch erreicht werden soll, bilden daher auch einen wichtigen Indikator für die Rechtsstaatlichkeit und den demokratischen Aufbau eines Gemeinwesens. Neben dem Problem des faktischen Erreichens einer möglichst großen Anzahl von Normunterworfenen spielt schließlich auch die Gewährleistung der Authentizität der Kundmachung, d. h. der Echtheit der kundgemachten Rechtsvorschriften in dem Sinn, dass sie tatsächlich von dem angegebenen Urheber stammen,² eine wesentliche Rolle.

Die Frage, wie nun eine Rechtsordnung im Zeitalter des E-Governments mit der Kundmachung von Rechtsvorschriften umgehen soll, hat zumindest der Bund für seinen Rechtssetzungsbereich bereits entschieden, indem er im Zuge des Kundmachungsreformgesetzes 2004³ von der Kundmachung des Bundesgesetzblattes in gedruckter Form auf eine authentische Kundmachung des Bundesgesetzblattes im Internet übergegangen ist. Auf Ebene der Bundesländer hat diesen Schritt bislang nur Salzburg gewagt.⁴ Mit ein Grund hierfür ist, dass seitens vieler Länder der Wunsch besteht, im Falle einer elektronischen Kundmachung auch am RIS – am Rechtsinformationssystem des Bundes – partizipieren zu können, was allerdings rechtliche Änderungen auf Bundes(verfassungs-)ebene voraussetzen würde. Diese Änderungen stehen nicht im (verfassungs-)rechtlichen Pouvoir des Landesgesetzgebers. Auf Gemeinde- bzw. Bezirksverwaltungsebene erfolgt zudem seit 2010⁵ in der steirischen Landeshauptstadt Graz die Führung eines elektronischen Amtsblattes, welches die elektronische Kundmachung von Verordnungen und gesetzlich vorgesehenen Kundmachungen der Organe der Stadt Graz inkludiert (vgl. § 101 Statut der Landeshauptstadt Graz 1967⁶).

Im Folgenden soll daher ein kurzer Überblick über die Rechtslage auf Bundesebene und die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine elektronische Kundmachung von Landes- und Gemeinderecht geboten werden.

2. Die Kundmachung genereller Normen im Internet

Im Laufe der Entwicklung des modernen Rechtsstaates hat sich eine immer stärkere Konzentration der Kundmachung von Rechtsvorschriften herausgebildet, die zum einen ein einheitliches Inkrafttreten der kundzumachenden Normen sichern soll, zum anderen aber auch die Authentizität der Kundmachung gewährleisten soll.⁷ In modernen rechtsstaatlichen Gebilden konstituiert die Kundmachung nunmehr einen Teil des Rechtserzeugungsprozesses und in weiterer Folge eine Bedingung für das Inkrafttreten der jeweiligen Rechtsvorschrift.⁸ Gleichzeitig steht die Kundmachung von Rechtsvorschriften in einem engen Zusammenhang mit dem **rechtsstaatlichen und dem demokratischen Prinzip**⁹ und damit mit zwei Bauprinzipien der österreichischen Bundesverfassung. Als wesentliche Elemente der Kundmachung haben sich im Laufe der Zeit nach *Wiederin* der obligatorische Charakter des Mediums der Kundmachung, die Monopolstellung des

Mediums, die Spezialisierung des Mediums und dessen Sammlungscharakter, die formelle Publikation, die Zentralisation des Kundmachungswesens, das Anknüpfen an das Erscheinen des Mediums, eine einheitliche Legisvakanz und die Authentizität der Kundmachung herausgebildet.¹⁰ Dies gilt es im Folgenden zu berücksichtigen, wenn die wesentlichen Vor- und Nachteile einer authentischen Kundmachung im Internet näher dargelegt werden:

Als wohl wichtigster Vorteil einer elektronischen Kundmachung im Internet kann die **gleichzeitige Verfügbarkeit** der kundgemachten Rechtsvorschrift für alle Interessierten, unabhängig von ihrem Aufenthaltsort, betrachtet werden („Synchronisation“ der Kundmachung).¹¹ Nach *Wiederin* erfolgt hierdurch das einheitliche Inkrafttreten der publizierten Rechtsvorschrift für das gesamte Geltungsgebiet erstmals nicht auf Kosten der Gleichheit, da jede Person innerhalb derselben Zeitspanne sich mit der neu erlassenen Norm vertraut machen kann.¹² Grundsätzlich ist daher der faktische Zugang zum kundgemachten Recht erleichtert worden. Fraglich ist nun allerdings, ob diese faktische Erleichterung durch die Digitalisierung der Kundmachung auch genügt. Die grundsätzliche Zugänglichkeit des Rechts für alle Normadressaten, unabhängig von ihrer technischen Ausstattung, ist nämlich als wesentlicher Maßstab für die Frage, ob es rechtsstaatlich vertretbar und sachlich gerechtfertigt ist, Rechtsvorschriften ausschließlich in digitaler Form kundzumachen, einzustufen (siehe hierzu unten).¹³ Als weitere wesentliche Verbesserung ist die Tatsache anzusehen, dass die kundgemachte Norm keinen bestimmten **Personenkreis**, nämlich die Abonnenten des Gesetzblattes, mehr von sich aus anspricht, sondern grundsätzlich alle Rechtsunterworfenen adressiert („Virtualisierung“ der Kundmachung).¹⁴

Einen weiteren wesentlichen Vorteil, auch wenn er nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der authentischen Kundmachung selbst steht, bildet die Tatsache, dass über die entsprechenden Rechtsinformationssysteme zum Teil auch **konsolidierte Rechtstexte** abgerufen werden können. Diese Service-Funktion hat ihren Niederschlag etwa in § 6 Z 2 i. V. m. § 13 Bundesgesetzblattgesetz (BGBlG) gefunden. Gemäß § 6 BGBlG dient das Rechtsinformationssystem des Bundes, neben der Kundmachung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Vorschriften, der Information über das Recht der Republik Österreich (Bund, Länder, Gemeinden). Diese Daten, die nur der Information dienen und im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes bereitgestellt werden,¹⁶ werden ebenfalls unter der Adresse www.ris.bka.gv.at zur Abfrage bereitgehalten. Allerdings wird für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser nicht authentischen Daten gem. § 13 zweiter Satz BGBlG nicht gehaftet. Ebenfalls zur Erhöhung der Benutzerfreundlichkeit tragen **Verlinkungen** bei. So können über Hyperlinks beispielsweise parlamentarische Materialien in einen Rechtstext integriert werden.¹⁷ Fraglich ist allerdings, ob diese Verlinkungen auch mit den authentischen Verlautbarungen selbst möglich sind. Entscheidend wird wohl auch hier sein, dass sichergestellt wird, dass es sich um „statische“ Verweise handelt, d. h. die Verlinkung nicht im Nachhinein verändert werden kann.

Allerdings sollte nicht verschwiegen werden, dass eine authentische Kundmachung im Internet nicht nur Vorteile bringt. Einen wesentlichen Nachteil dieser Kundmachungsform bildet wohl, dass zwar faktisch mehr Personen Zugang zu den kundgemachten

Rechtsvorschriften erhalten, aber jene Bevölkerungsteile, die entweder nicht über einen entsprechenden **Internetzugang** oder die notwendigen **Computer-Anwenderkenntnisse** verfügen, von diesem Zugang in praxi ausgeschlossen werden.¹⁸ Anders als bei der Kulturtechnik des Lesens, die in Österreich bei allen (nicht unmündigen) Menschen vorausgesetzt werden kann, ist, wie *Laurer* betont, die Technik des Abrufens von Rechtsvorschriften über Internetseiten zweifellos nur bei einem geringeren Teil der Bevölkerung vorhanden.¹⁹ Neben dem entsprechenden Know-how ist daher auch die technische Ausstattung entscheidend, ob die Rechtsunterworfenen von den sie betreffenden Rechtsvorschriften Kenntnis erlangen können. Die Zugänglichkeit des Rechts im Rahmen einer authentischen Kundmachung im Internet kann am ehesten durch die prozentuale Ausstattung der in Österreich lebenden Personen mit einem Internet-Zugang indiziert werden. Laut einer Befragung der Statistik Austria verfügten im Jahr 2010 in Österreich im Durchschnitt 72,9 Prozent der Haushalte über einen Internetzugang.²⁰ In Kärnten waren es hingegen nur 69 Prozent der Haushalte, was bedauerlicherweise den niedrigsten Wert in ganz Österreich darstellt.²¹ Im Vergleich hierzu verfügten 2010 in Vorarlberg, dem Land mit den meisten Haushalten mit Internetzugang, 77 Prozent über einen solchen.²² Der österreichweite Durchschnitt liegt bei 73 Prozent der Haushalte.²³ Hiermit korreliert gewissermaßen auch die Anzahl an Haushalten mit Breitbandverbindung, welche gerade für das Herunterladen größerer Datenmengen essentiell ist. So verfügten im Jahr 2010 in Kärnten nur 57 Prozent der Haushalte durchschnittlich über eine Breitbandverbindung,²⁴ was deutlich unter dem österreichischen Durchschnitt von 64 Prozent liegt.²⁵ Ein Ausgleich für die erschwerten Zugangsbedingungen für die nicht „internetgewohnte“ Bevölkerung kann grundsätzlich durch „Zugangssurrogate“ erreicht werden. Umso geringer die Dichte an Haushalten mit einem entsprechenden Internetzugang ist, umso mehr Wert wird folglich auf eine entsprechende Bereitstellung der kundgemachten Rechtsvorschriften an Dienststellen der Gebietskörperschaften zu legen sein. Nach § 9 Abs. 2 BGBIG können Verlautbarungen im Bundesgesetzblatt – d. h. die entsprechenden Verlautbarungen im Internet – zudem von jedermann unentgeltlich ausgedruckt werden. Darüber hinaus hat der Bundeskanzler dafür Sorge zu tragen, dass jedermann gegen angemessenes Entgelt Ausdrücke der Verlautbarungen sowie Ausdrücke oder Kopien von bis zum Ablauf des 31. Dezember 2003 erschienenen Bundesgesetzblättern erhalten kann (§ 9 Abs. 2 zweiter Satz BGBIG). Der Bundeskanzler hat die Stellen, bei denen diese Ausdrücke und Kopien bezogen werden können, im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ kundzumachen. Ob allerdings ein Zugang bei einigen ausgewählten (Dienst-)Stellen aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten genügt, erscheint fraglich.

Im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Zugänglichkeit der Rechtsvorschriften kann ein weiteres Problem durch die Tatsache erwachsen, dass nach § 7 Abs. 1 BGBIG die im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften im Internet unter der Adresse www.ris.bka.gv.at zur Abfrage bereit zu halten sind. Dies ist insofern problematisch, als nach Ansicht *Rauchs* die Gewährleistung der **Zugänglichkeit zu dieser Web-Adresse (URL – Uniform Resource Locator)** genau genommen nicht im Einflussbereich einer österreichischen Behörde liegt.²⁶ Die Namensserver, die eine Anfrage in Form einer Internetadresse erhalten und in weiterer Folge die dazugehörige IP-Adresse bekannt

geben, befinden sich **im Ausland** und folglich außerhalb des österreichischen Einflussbereiches.²⁷ Die Kundmachung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften unter der genannten Internetadresse ist jedoch als Essentiale für das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Verlautbarung zu betrachten, sie bildet gewissermaßen den (einzig zulässigen) „virtuellen Ort“²⁸ der Kundmachung. *Leitl/Mayrhofer/Steiner* schließen daher aus einer Zusammenschau der §§ 1, 6 Z 1 und 7 Abs. 1 BGBIG, dass ausschließlich das „an diesem virtuellen Ort“ zur Verfügung stehende „Publikationsorgan“²⁹ als das vom Bundeskanzler im Rahmen des RIS herausgegebene BGBl. betrachtet werden kann.³⁰ Jede unter einer anderen URL vorgenommene Veröffentlichung könne daher nicht als Verlautbarung im BGBl. angesehen werden und sei als absolut nichtig zu betrachten.³¹

Bei der angesprochenen Institution, welche letzten Endes über die Zugänglichkeit der fraglichen Internet-Seite entscheidet, handelt es sich um ICANN („Internet Corporation für Assigned Names and Numbers“), eine Organisation, die sich für die Verwaltung und Koordinierung des Domain Name Systems (DNS)³² verantwortlich zeichnet und zu diesem Zweck die Vergabe eindeutiger Domännennamen und IP-Adressen überwacht.³³ Des Weiteren ist ICANN dafür verantwortlich, die Registrierungsstellen für Domännennamen zu genehmigen und entsprechende natürliche oder juristische Personen zu akkreditieren.³⁴ *Rauch* konstatierte 2007, dass ICANN „gleichsam als Beliehene dem US-amerikanischen Wirtschaftsministerium“ unterstellt sei.³⁵ Da die Zugänglichkeit zur Internetadresse, auf welcher die authentischen Kundmachungen erfolgen, in Österreich nicht gewährleistet werden können, folgert *Rauch* hieraus, dass auch nicht von einer vollständigen und dauernden Ermittlung der kundgemachten Rechtsvorschriften ausgegangen werden könne.³⁶ Seiner Ansicht nach verstößt das BGBIG durch die in § 7 Abs. 1 enthaltene Anordnung der Kundmachung auf einer bestimmten Internetseite gegen Art. 49 Abs. 3 B-VG.³⁷ Zwar handelt es sich bei ICANN aus rechtlicher Sicht nicht um ein beliehenes und seit geraumer Zeit auch nicht mehr von den USA kontrolliertes³⁸ Unternehmen, sondern um eine nach kalifornischem Recht errichtete gemeinnützige Organisation, als solche unterliegt sie jedoch US-Recht.³⁹ Regierungen und internationale Organisationen können über einen sog. Regierungsbeirat („Governmental Advisory Committee“ – GAC) Einfluss auf die Arbeit von ICANN nehmen.⁴⁰ Allerdings sucht mittlerweile auch die Europäische Union nach einer Internationalisierung dieser für das Internet so zentralen Stelle, einer verbesserten generellen externen Rechenschaftspflicht,⁴¹ verbesserten Streitbeilegungsmechanismen und einer größeren finanziellen Unabhängigkeit von der US-Regierung.⁴²

Schließlich werden auch hinsichtlich der im Vergleich zur Papierkundmachung naturgemäß höheren **technischen Labilität** elektronischer Kundmachungssysteme Bedenken angemeldet.⁴³ Im Falle eines gänzlichen Systemausfalls des RIS könnte beispielsweise die gesamte Bundesrechtsordnung „in die Schwebe“ geraten.⁴⁴ Aus rechtlicher Sicht verschärft sich diese Problematik insofern, wenn man mit einigen Autoren davon ausgeht, dass nunmehr die Verlautbarung von Rechtsvorschriften durch das Kundmachungsreformgesetz 2004 als Vorgang konzipiert ist, der in der dauernden Aufrechterhaltung eines permanenten Zugangs zum RIS besteht.⁴⁵

3. Das Kundmachungsreformgesetz 2004 des Bundes

Das Kundmachungsreformgesetz 2004 des Bundes, mit dem die authentische Kundmachung von Bundesnormen im Internet eingeführt wurde, machte neben der bereits erwähnten Neuerlassung des Bundesgesetzblattgesetzes unter anderem auch eine Änderung all jener verfassungsrechtlicher Bestimmungen erforderlich, die an die Herausgabe und Versendung des Bundesgesetzblattes Rechtsfolgen knüpften (Art. 49 Abs. 1 und 2 aF B-VG und Art. 49a Abs. 3 aF B-VG).⁴⁶ Nunmehr bildet nur mehr die Kundmachung selbst den entscheidenden Faktor. Weiters erfolgte eine Adaptierung des Art. 47 Abs. 1 B-VG, der in seiner alten Fassung für das verfassungsmäßige Zustandekommen von Bundesgesetzen eine Beurkundung durch (eigenhändige) Unterschrift des Bundespräsidenten verlangte. Um die Möglichkeit einer Beurkundung durch elektronische Signatur zu gewährleisten, entschied man sich dazu, in Art. 47 Abs. 1 B-VG das Wort „Unterschrift“ entfallen zu lassen.⁴⁷ Weiters wurde in Art. 47 Abs. 3 B-VG die Verpflichtung aufgenommen, dass Verlautbarungen im Bundesgesetzblatt und in anderer Weise (vgl. Art. 47 Abs. 2 zweiter Satz B-VG) kundgemachte Staatsverträge allgemein zugänglich sein und in ihrer kundgemachten Form vollständig und auf Dauer ermittelt werden können müssen. Eine ununterbrochene Zugänglichkeit ist seitens des (Bundesverfassungs-)Gesetzgebers damit allerdings nicht intendiert, wie die Gesetzesmaterialien zeigen. Diese verweisen vielmehr darauf, dass eine ununterbrochene Verbindung eines Verlautbarungsservers mit dem Internet schon aus technischen Gründen nicht möglich wäre.⁴⁸ Darüber hinaus wurde auch Art. 97 Abs. 1 B-VG mit sehr geringfügigen sprachlichen Adaptierungen neu erlassen. Art. 97 Abs. 1 B-VG bestimmt in seiner alten und neuen Fassung, dass zu einem Landesgesetz der Beschluss des Landtages, die Beurkundung und Gegenzeichnung nach den Bestimmungen der Landesverfassung und die Kundmachung durch den Landeshauptmann im Landesgesetzblatt erforderlich sind. Die (mit der bisherigen Rechtslage inhaltlich identische) Neuerlassung im Zuge des Kundmachungsreformgesetzes 2004 sollte klarstellen, dass eine Drucklegung des Landesgesetzblattes bundesverfassungsrechtlich nicht geboten ist und die Form seiner Kundmachung im Rahmen der Verfassungsautonomie der Länder frei geregelt werden kann.⁴⁹

Wesentlicher Bestandteil des Kundmachungsreformgesetzes 2004 bildete schließlich auch die **Neuerlassung des Bundesgesetzblattgesetzes**. Dessen § 1 bestimmt nunmehr, dass der Bundeskanzler im Rahmen des Rechtsinformationssystems des Bundes ein Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich in deutscher Sprache herausgibt. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass die Kundmachung der zu verlautbarenden Rechtsvorschriften elektronisch erfolgen soll.⁵⁰ § 6 BGBIG definiert das Rechtsinformationssystem des Bundes als eine vom Bundeskanzler betriebene elektronische Datenbank, die der Kundmachung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften sowie der Information über das Recht der Republik Österreich dient. Auf § 7 Abs. 1 BGBIG, der die Internetadresse, unter der die Rechtsvorschriften zu verlautbaren sind, fixiert, wurde bereits eingegangen. § 7 Abs. 2 BGBIG wiederum enthält die Ermächtigung, dass die im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften erforderlichenfalls auch noch in anderer Weise, insbesondere im Intranet der Behörden, im „Amtsblatt zur Wie-

ner Zeitung“ oder im Amtsblatt des zuständigen Bundesministeriums, bekannt gemacht werden können. Die Möglichkeit der „Notkundmachung“ in anderen Medien wird in § 7 Abs. 3 BGBIG festgelegt. Hiernach hat die Verlautbarung von Rechtsvorschriften, wenn und solange die Bereitstellung oder Bereithaltung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften zur Abfrage im Internet nicht bloß vorübergehend nicht möglich ist, in anderer, Art. 49 Abs. 3 B-VG entsprechender Weise zu erfolgen. Nach *Laurer* wird jede mehr als 24stündige Unterbrechung der Zugänglichkeit über das Internet zur Herausgabe eines geeigneten BGBl.-Ersatzes nicht nur verpflichtet, sondern eine gehörige Kundmachung nur in einem solchen Ersatzblatt ermöglichen.⁵¹

Weiters verlangt § 8 Abs. 1 BGBIG, dass Dokumente, die eine zu verlautbarende Rechtsvorschrift enthalten, ein Format haben müssen, das eine Aufwärtskompatibilität gewährleistet und mit einer elektronischen Signatur, d. h. mit elektronischen Daten, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder mit diesen logisch verknüpft werden und die der Authentifizierung dienen,⁵² versehen sind. Aufwärtskompatibilität bedeutet, dass der Text auch in Zukunft unabhängig von etwaigen technischen Weiterentwicklungen im Bereich der Hard- und Software gelesen werden kann.⁵³ Die Art der Signatur wird hierdurch zwar nicht festgelegt, da das Erfordernis einer qualifizierten Signatur in der zweiten Lesung im Nationalrat jedoch entfallen ist, ist wohl davon auszugehen, dass jede Signatur, die dem Signaturgesetz entspricht, dem Erfordernis des § 8 Abs. 1 BGBIG genügt.⁵⁴ Nachdem ein Dokument mit einer elektronischen Signatur versehen worden ist, darf es nicht mehr geändert werden, und sobald es zur Abfrage freigegeben worden ist, darf es auch nicht mehr gelöscht werden (§ 8 Abs. 2 BGBIG). Darüber hinaus sind von jedem Dokument mindestens drei Sicherungskopien und vier beglaubigte Ausdrücke zu erstellen (§ 8 Abs. 3 erster Satz BGBIG). Der Zugang zu den Verlautbarungen des Bundesgesetzblattes muss, wie bereits erwähnt, jederzeit ohne Identitätsnachweis und unentgeltlich möglich sein (§ 9 Abs. 1 BGBIG). Darüber hinaus müssen die Verlautbarungen im Bundesgesetzblatt von jedermann unentgeltlich ausgedruckt werden können (§ 9 Abs. 2 erster Satz BGBIG). Dass dies im europäischen Vergleich keine Selbstverständlichkeit ist, wird etwa dadurch ersichtlich, dass Ausdrücke der – allerdings authentisch in Papierform kundgemachten – Verlautbarungen von Bundesvorschriften in Deutschland keineswegs unentgeltlich möglich sind. Ebenfalls reformiert wurde der zeitliche Geltungsbereich von Rechtsvorschriften. Nach § 11 Abs. 1 BGBIG treten Verlautbarungen im Bundesgesetzblatt mit verbindlichem Inhalt nunmehr grundsätzlich mit Ablauf des Tages der Freigabe zur Abfrage in Kraft, wobei jede Nummer des Bundesgesetzblattes diesen Tag zu enthalten hat.

4. Die elektronische Kundmachung von Landesrecht

Gemäß Art. 97 Abs. 1 B-VG sind zu einem Landesgesetz der Beschluss des Landtages, die Beurkundung und Gegenzeichnung nach den Bestimmungen der Landesverfassung und die Kundmachung durch den Landeshauptmann im Landesgesetzblatt erforderlich. Wie bereits dargelegt, sollten durch die **Neuerlassung des Art. 97 Abs. 1 B-VG** im Zuge des Kundmachungsreformgesetzes 2004 des Bundes aus Sicht des Bundesverfassungsge-

setzgebers Zweifelsfragen ob der Zulässigkeit einer authentischen Kundmachung von Landesrecht im Internet von vornherein ausgeräumt werden.⁵⁵ Diese hätten sich insbesondere daraus ergeben können, dass in der Lehre auf Grund des Wortlautes des Art. 49 Abs. 1 aF B-VG („Gesetzblatt“) zum Teil die Ansicht vertreten wurde,⁵⁶ dass dieser eine Drucklegung in Papierform verfassungsrechtlich verlange.⁵⁷ Allerdings war bereits vor der Neuerlassung des Art. 97 Abs. 1 B-VG, wie etwa die Gesetzesmaterialien zum Salzburger Kundmachungsreformgesetz 2005 betonen, diese Schlussfolgerung keineswegs zwingend und die Möglichkeit einer elektronischen Kundmachung durchaus auch bereits zuvor in der Verfassungsautonomie der Länder zu verorten (vgl. Art. 99 Abs. 1 B-VG).⁵⁸ Soweit landes(verfassungs)gesetzliche Vorschriften hinsichtlich der Kundmachung von Landesgesetzen an die „Versendung“ oder „eigenhändige Unterschrift“ der zur Beurkundung und Gegenzeichnung zuständigen Landesorgane anknüpfen, ist wegen der Konnotation dieser Begriffe mit einer Kundmachung in Papierform eine Verlautbarung auch nur auf diese Weise zulässig. Unzweifelhaft bundesverfassungsgesetzlich vorgegeben ist zudem die Einrichtung eines „Landesgesetzblattes“, sei es in gedruckter oder elektronischer Form, als Publikationsmedium aller Landesgesetze.⁵⁹ Die Kundmachung von Landesgesetzen – auch im Zuge so genannter „Notkundmachungen“ im Falle außergewöhnlicher Umstände – außerhalb eines „Landesgesetzblattes“ wäre folglich unzulässig.

Ebenfalls unzweifelhaft nach dem Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 B-VG ist, dass der Landeshauptmann die Kundmachung der Landesgesetze im Landesgesetzblatt zu veranlassen hat, sodass jeder Kundmachung auch ein entsprechender Willensakt des Landeshauptmannes zu Grunde liegen muss.⁶⁰ Gerade hieran scheidet jedoch nach der derzeitigen Rechtslage eine Partizipation der Länder am RIS im Sinne der Nutzung des Rechtsinformationssystems des Bundes als Kundmachungs- und nicht nur Rechtsinformationsmedium, welches durch die Einspeisung nicht authentischer digitaler Fassungen der jeweiligen Landesgesetzblätter und konsolidierter Fassungen des Landesrechts einen einfachen Zugang der Bürger zum Landesrecht ermöglichen soll (vgl. hierzu auch § 13 BGBIG). Dies folgt daraus, dass gemäß § 1 BGBIG der Bundeskanzler im Rahmen des Rechtsinformationssystems des Bundes ein Bundesgesetzblatt herausgibt, und gemäß § 15 leg. cit. obliegt dem Bundeskanzler die Vollziehung des BGBIG. Die Zuständigkeit für die Betreuung des RIS obliegt in weiterer Folge einer Abteilung des Bundeskanzleramtes, zu dessen Leitung gem. Art. 77 Abs. 3 B-VG der Bundeskanzler berufen ist. Die Heranziehung des vom Bundeskanzler betriebenen RIS für die authentische elektronische Kundmachung von Landesgesetzen würde folglich eine **Mitwirkung des Bundeskanzlers an der Kundmachung** derselben bewirken.⁶¹ Eine solche Mitwirkung des Bundeskanzlers an der Kundmachung von Landesgesetzen ist jedoch weder in Art. 97 Abs. 1 B-VG noch in einer anderen bundesverfassungsgesetzlichen Norm vorgesehen, sodass es zur Inanspruchnahme des RIS im Ergebnis einer Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes bedürfte. Die in Frage stehende Mitwirkung des Bundeskanzlers kann, wie in Literatur und Vollziehung einhellig beschieden wird, auch nicht als Mitwirkung von Bundesorganen bei der Vollziehung von Landesgesetzen i. S. d. Art. 97 Abs. 2 B-VG eingestuft werden, da es sich bei der Kundmachung von Landesgesetzen um einen der Staatsfunktion Gesetzgebung und nicht der Vollziehung zuzurechnenden Akt handelt

und darüber hinaus eine Mitwirkung des Bundeskanzlers an der Landesvollziehung auf Grund dessen Stellung als oberstes Organ i. S. d. Art. 19 Abs. 1 B-VG nicht zulässig wäre.^{62, 63} Als eines der obersten Organe des Bundes könnte der Bundeskanzler (als Mitglied der Bundesregierung) nicht zur Mitwirkung an der Vollziehung der landesrechtlichen Verlautbarungsbestimmungen und nach den Weisungen eines obersten Organs des Landes, nämlich des Landeshauptmannes (als Mitglied der Landesregierung), herangezogen werden. Die sich so ergebende Problematik, dass der Bundeskanzler durch Veranlassung des Landeshauptmannes tätig zu werden hätte, würde sich jedoch auch dann stellen, wenn Art. 97 Abs. 1 B-VG nur dahingehend ergänzt werden würde, dass der Bundeskanzler im Wege des RIS an der Kundmachung von Landesgesetzen (und anderen nach landesrechtlichen Vorschriften im Landesgesetzblatt vorzunehmenden Verlautbarungen) mitzuwirken hätte. Neben den Landeshauptmann würde insofern noch ein weiteres Kundmachungsorgan, nämlich der Bundeskanzler, treten.

Ohne Änderung der bestehenden bundesverfassungsgesetzlichen Rechtslage verbleiben dem Land als Kundmachungsformen daher nur die „klassische Kundmachung“ in Form **gedruckter Landesgesetzblätter** oder alternativ hierzu die **elektronische Kundmachung** von Landesgesetzblättern **mittels eines eigenen Servers und einer eigenen Datenbank**.⁶⁴ Wie das Beispiel des Landes Salzburg zeigt, kann Letzteres als durchaus praktikable und kostengünstige Lösung angesehen werden. Der Nachteil jeder „eigenständigen“ Landeslösung ist demgegenüber darin zu erblicken, dass aus Sicht der Rechtsunterworfenen eine Vielzahl an elektronischen Kundmachungsmedien wenig benutzerfreundlich ist und langfristig auch ihrer Akzeptanz abträglich sein kann. Darüber hinaus besteht die Gefahr von „Parallelinvestitionen“⁶⁵, sofern den Bürgern nach entsprechenden Landesrechtsinformationssystemen stark ausdifferenzierte Abfragemöglichkeiten, wie sie derzeit bereits das RIS vorsieht, zur Verfügung gestellt werden sollen. Vor diesem Hintergrund ist daher auch das jüngst an das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ergangene gemeinsame Länderersuchen zu verstehen, eine elektronische authentische Kundmachung von Landes- und Gemeinderecht im Rahmen des Rechtsinformationssystems des Bundes zu ermöglichen und einen konkreten Zeitplan bzw. allenfalls entgegenstehende Hindernisse bekanntzugeben. Allerdings bestehen derartige Bestrebungen seitens der Bundesländer bereits seit mehreren Jahren, ohne bislang in eine konkrete Willenserklärung seitens des Bundes gemündet zu sein. Da bereits mit Salzburg ein Bundesland und mit Graz eine Statutarstadt eigenständige Wege gegangen sind, und, wie bereits dargelegt, die Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Partizipation am RIS nicht im rechtlichen Einflussbereich der Länder liegt, erscheint die Alternative der Kundmachung mittels eines eigenen Landesservers durchaus plausibel und sinnvoll.

Unabhängig von der Frage, ob eine authentische elektronische Kundmachung von Landesrecht mittels des RIS oder eines eigenen Landesservers erfolgen soll, bietet die Durchführung einer solchen Kundmachungsreform auch die Gelegenheit, bestehende Verwaltungsabläufe im Sinne einer Prozessoptimierung näher zu beleuchten und gegebenenfalls zu optimieren. Auch hier können in Form des sog. „**E-Rechts**“ entsprechende Anleihen beim Bund genommen werden. Denn hierin ist das eigentliche Sparpotential zu sehen, da anders als auf Ebene des Bundes im Landesbereich mit weniger Dienststellen, die Lan-

desgesetzblätter in gedruckter Form beziehen, zu rechnen ist und in weiterer Folge aus dem Wegfall entsprechender Abonnements weniger Einsparungen erzielt werden können.⁶⁶ Das Projekt „E-Recht“ des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst verfolgt daher das Ziel, dass von der Begutachtung einer Rechtsvorschrift bis zur authentischen Kundmachung im Internet ein durchgehender elektronischer Produktionsweg eingerichtet und auch von allen Prozessbeteiligten beschriftet wird.⁶⁷ Es soll durch eine Vereinfachung der einzelnen Geschäftsprozesse zu einer Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens bzw. des „Kundmachungsverfahrens“ führen.⁶⁸ Jedes Vorhaben, das im E-Recht-System erfasst wird, besteht aus Metadaten und einem Gesetzesentwurf, den Gesetzesmaterialien, allfälligen Anlagen, den Stellungnahmen jener Stellen, die zur Begutachtung eines Ministerialentwurfs eingeladen wurden, verschiedenen Begleitschreiben sowie sonstigen Dokumenten.⁶⁹ Die elektronische Texterstellung im Rahmen des Rechtserzeugungsprozesses wiederum basiert auf den Layout-Richtlinien des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst, auf deren Grundlage Formatvorlagen auf Basis von MS Word entwickelt worden sind, die den Bundesministerien die Gliederung der Texte und die Gestaltung des Layouts erleichtern sollen.⁷⁰ Die erstellten Rechtstexte werden in weiterer Folge nach XML (Extensible Markup Language) konvertiert und können durch den Einsatz von MOA (Module für Online Applikationen) elektronisch signiert werden.⁷¹ Auch auf Landesebene ist davon auszugehen, dass eine Optimierung der bestehenden Geschäftsprozesse im Falle einer elektronischen Kundmachung des Landesrechts im Wesentlichen erst durch die Implementierung eines durchgängigen elektronischen Workflowsystems, ähnlich jenem des E-Recht-Workflows des Bundes, erzielt werden wird können. Die Implementierung eines solchen elektronischen Workflows bildet allerdings, mag sie auch aus Sicht des Prozessmanagements essentiell sein, keine rechtliche oder faktische Voraussetzung für die elektronische Kundmachung im Internet selbst. Sie hilft allerdings, langfristige Einsparungspotentiale durch eine digitale Kundmachung zu lukrieren.

5. Die elektronische Kundmachung von Gemeinderecht

Im Falle einer elektronischen Kundmachung von Landesrecht kann systemkonform der nächste Schritt aus Sicht des E-Governments nur jener der elektronischen Kundmachung von Gemeinderecht sein. Dies insbesondere deshalb, weil der **faktische Zugang zum Gemeinderecht** auf diese Weise im Vergleich zur bestehenden Rechtslage wesentlich **erleichtert** werden würde. Die Kundmachung der Verordnungen von Gemeindeorganen erfolgt nämlich nach den Gemeindeorganisationsgesetzen der Länder überwiegend durch **Anschlag an der Amtstafel** der jeweiligen Gemeinde,⁷² sofern nicht gesetzlich andere Kundmachungsarten vorgesehen sind.⁷³ Die Rechtsunterworfenen können daher von dem kundgemachten Rechtsakt, sofern sie Wert auf den authentischen Rechtstext legen, nur durch das tatsächliche Aufsuchen der Amtstafel Kenntnis erlangen. Vereinzelt, wie z. B. § 60 Abs. 1 lit. b der Tiroler Gemeindeordnung 2001, sehen die Gemeindeorganisationsgesetze auch vor, dass neben dem Anschlag an der Amtstafel die Verordnungen zusätzlich auch in „sonst ortsüblicher Weise“ kundzumachen sind. Problematisch sind derartige kumulative Kundmachungen insofern, als sie über reine

„Bekanntmachungen“⁷⁴ von Rechtsnormen, die sich vielfach in der Rechtsordnung finden, hinausgehen und zwei verschiedene Kundmachungsmedien, z. B. die Amtstafel und ein amtliches Mitteilungsblatt, voraussetzen. Dies führt in weiterer Folge auch dazu, dass zwei authentische Kundmachungen derselben Rechtsvorschrift existieren, was Probleme hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereichs und die Frage, ob eine ordnungsgemäße Kundmachung überhaupt vorliegt, aufwerfen kann. Allen Gemeindeorganisationsgesetzen ist schließlich gemein, dass sie spezielle Regelungen für den Fall vorsehen, dass Verordnungen, Pläne, Karten oder dergleichen, deren Anschlag wegen ihres Umfanges oder ihrer Art einen nicht vertretbaren Aufwand notwendig machen würden bzw. einen Anschlag an der Amtstafel nicht zulassen, durch **Auflage zur öffentlichen Einsicht** im Gemeindeamt kundzumachen sind.⁷⁵

Daneben stellen als „**Servicefunktion**“ zwar auch viele Gemeinden die von ihren Organen erlassenen Verordnungen auf der jeweils gemeindeeigenen Homepage im Internet zur Verfügung, und auch im RIS sind – zumindest bezogen auf das Bundesland Kärnten – im Rahmen des Projekts GEMRISDOK⁷⁶ viele Gemeindeverordnungen online abrufbar,⁷⁷ hierbei handelt es sich jedoch stets nur um die nichtauthentischen Fassungen der jeweiligen Verordnungen. Rechtlich maßgeblich bleibt damit die mittels Anschlag an der Amtstafel und gegebenenfalls auf weitere Art und Weise kundgemachte Verordnung. Die im Internet bereits jetzt verfügbaren Verordnungen stellen, sofern nicht, wie im Falle der Landeshauptstadt Graz geschehen,⁷⁸ ein elektronisches Amtsblatt eingeführt wird, nur eine rechtlich unverbindliche Information dar. Die Bürger haben zudem auch keine Gewähr dafür, dass es sich bei diesen freiwillig publizierten Verordnungen um die jeweils letzte und damit maßgebliche Fassung handelt, und dass die im Internet publizierte Anzahl an Gemeindeverordnungen vollständig ist.

Bei den durch die Gemeindeorganisationsgesetze geregelten Kundmachungsmodalitäten handelt es sich schließlich, wie bereits angeklungen, um **subsidiäre Vorschriften**. Dies folgt daraus, dass die Kundmachung einer Verordnung als abschließender Teil des Normerzeugungsverfahrens einzustufen ist und es daher dem Gesetzgeber jener Gebietskörperschaft obliegt, die Art und Weise der Kundmachung einer Verordnung zu regeln, der auch zur Regelung der Materie befugt ist.⁷⁹ Dem **Organisationsgesetzgeber** ist es nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes jedoch nicht untersagt, subsidiäre Vorschriften über die Methode der Kundmachung zu erlassen und damit eine generelle, materienspezifische Kundmachungsregel aufzustellen.⁸⁰ Sofern folglich der Materiengesetzgeber keine Regelung dahingehend trifft, in welcher Art und Weise generelle Verwaltungsakte kundzumachen sind, ist auf jene des Organisationsgesetzgebers zurückzugreifen.⁸¹ Die Länder sind daher als zuständiger Organisationsgesetzgeber der Gemeinden grundsätzlich befugt (vgl. Art. 115 Abs. 2 B-VG), die Kundmachung der von ihren Organen erlassenen Verordnungen zu regeln, was auch eine mögliche elektronische Kundmachung inkludiert.

Ähnlich wie im Zusammenhang mit der Kundmachung von Landesrecht stellt sich jedoch auch hier die Frage, wie eine solche authentische Kundmachung von Gemeindeverordnungen im Internet konzipiert werden soll, nämlich ob sie mittels eines eigenen Gemeindeservers, eines zentralen Landesservers oder mittels des RIS erfolgen soll. Der

offenkundigste ökonomische Nachteil des Aufbaus eines eigenen Gemeindeservers zur Kundmachung von Gemeindeverordnungen besteht darin, dass die Gemeinden sich durch solche „**Insel-Lösungen**“⁸² der Möglichkeit, zumindest innerhalb desselben Bundeslandes Synergieeffekte zu nutzen, begeben und stattdessen beträchtliche Parallelinvestitionen zu tätigen hätten.⁸³ Aus ökonomischer Sicht wäre folglich einer **zentralen Datenbank**, auf welche alle Gemeinden zugreifen könnten, der Vorzug zu geben.

Aus rechtlicher Sicht wiederum sind die Rahmenbedingungen, die das B-VG hinsichtlich der Gemeindeorganisation und der Gewährleistung des **eigenen Wirkungsbereichs** der Gemeinden zieht, zu beachten. Die wichtigsten verfassungsrechtlichen Determinanten bilden hierbei Art. 117 Abs. 7 B-VG, Art. 118 Abs. 2 und Art. 118 Abs. 3 Z 1 B-VG.⁸⁴ Nach Art. 117 Abs. 7 B-VG werden die Geschäfte der Gemeinden durch das Gemeindeamt (Stadtamt), jene der Städte mit eigenem Statut durch den Magistrat besorgt, sodass die Norm dem Gemeindeamt bzw. dem Magistrat im Ergebnis ein „Geschäftsbesorgungsmonopol“ überträgt⁸⁵. Als Träger des Rechts auf Selbstverwaltung wiederum besitzt die Gemeinde einen eigenen Wirkungsbereich, in welchem sie frei von Weisungen und unter Ausschluss eines (ordentlichen) Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde agieren kann (Art. 118 Abs. 4 erster Satz B-VG). Welche Angelegenheit nun aber von diesem verfassungsgesetzlich gewährleisteten subjektiven Recht auf Selbstverwaltung⁸⁶ umfasst ist, wird bundesverfassungsgesetzlich nicht abschließend geregelt. Nach der Generalklausel des Art. 118 Abs. 2 erster Satz B-VG umfasst der eigene Wirkungsbereich der Gemeinden neben den in Art. 116 Abs. 2 B-VG angeführten Angelegenheiten alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden. Art. 118 Abs. 3 B-VG zählt im Folgenden bestimmte Angelegenheiten, deren Besorgung den Gemeinden jedenfalls im eigenen Wirkungsbereich obliegt, auf. Fraglich erscheint nun, ob die Verpflichtung der Gemeinden ihre Verordnungen mittels eines zentralen Servers und einer zentralen Datenbank kundzumachen, zu einer Verletzung ihres verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Selbstverwaltung führen kann. Während nun der Anschlag an der (gemeindeeigenen) Amtstafel durch Organe der Gemeinde ohne Weiteres besorgt werden kann, ist dies hinsichtlich des Aufbaus einer entsprechenden Datenbank und dem fortlaufenden technischen Betrieb nicht der Fall. Art. 118 Abs. 2 B-VG verlangt nun aber, dass eine Gemeinde, damit eine von ihr zu besorgende Angelegenheit dem eigenen Wirkungsbereich zuzuordnen ist, zur Besorgung dieser Aufgabe auch in der Lage sein muss. Dies ist im vorliegenden Fall angesichts des dafür erforderlichen technischen Know-hows und der technischen Ressourcen grundsätzlich nicht anzunehmen, da auf Grund des Prinzips der abstrakten Einheitsgemeinde⁸⁷ von einer Durchschnittsbetrachtung des Leistungsvermögens der Gemeinden auszugehen ist. Ähnlich sieht etwa eine (noch nicht im Tiroler Landtag beschlossene) Novelle zum Tiroler Raumordnungsgesetz, welche unter anderem eine elektronische Kundmachung von Flächenwidmungsplänen der Gemeinden beinhaltet, vor, dass diese Kundmachungen zentral über einen Landesserver erfolgen sollen.⁸⁸ Insofern ist davon auszugehen, dass der Organisationsgesetzgeber befugt ist, den Gemeinden neben der

bloßen Verpflichtung, ihre Verordnungen authentisch im Internet unter Wahrung bestimmter rechtsstaatlicher Standards kundzumachen, vorzuschreiben, auf welcher URL die Kundmachung zu erfolgen hat und damit gegebenenfalls auch die Nutzung einer zentralen Datenbank vorzusehen.⁸⁹ Allerdings bleibt zu prüfen, ob auf Grund der Anordnung des Art. 118 Abs. 3 Z 1 B-VG ein anderes Ergebnis erzielt werden kann. Gemäß Art. 118 Abs. 3 Z 1 B-VG sind der Gemeinde die Bestellung der Gemeindeorgane und die Regelung der inneren Einrichtungen zur Erfüllung der Gemeindeaufgaben zur Besorgung im eigenen Wirkungsbereich gewährleistet. *Primosch* geht davon aus, dass die Schaffung und der Betrieb einer etwaig ins Auge gefassten kooperativen interkommunalen Datenbank wegen des Zusammenhangs mit dem inneren Dienst in den Bereich der inneren Organisationsgewalt der Gemeinden fällt, sodass im Falle einer Zusammenarbeit in diesem Bereich sicherzustellen wäre, dass der jeweilige Bürgermeister die Kundmachung einer Verordnung durch selbständiges „Einpflegen“ des Dokuments selbst veranlassen könnte.⁹⁰ Diese Überlegungen sind jedoch auch für die Frage der Zulässigkeit einer verpflichtenden Nutzung eines Kundmachungsmediums fruchtbar zu machen. Sofern den zuständigen Gemeindeorganen die Befugnis verbleibt, die Kundmachung der Verordnungen zu veranlassen und die Betreiber der entsprechenden Datenbank, mag sie nun beim Bund, beim Land oder bei einem Dritten angesiedelt sein, die Kundmachungen nach den Anweisungen der zuständigen Gemeindeorgane vorzunehmen haben, ist ein Eingriff in den inneren Dienst und den Bereich der inneren Organisationsgewalt der Gemeinden gem. Art. 118 Abs. 3 Z 1 B-VG nicht zu erkennen. Die technische Führung der elektronischen Amtsblätter bzw. die verpflichtende Inanspruchnahme eines zentralen Servers durch die Gemeinden kann daher durchaus ohne Eingriff in den verfassungsrechtlich geschützten eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden verwirklicht werden.

Soll dieser zentrale Server und die entsprechende Datenbank, mittels dem die Kundmachung von Gemeindeverordnungen erfolgen soll, jedoch das **RIS** sein, wäre jedenfalls eine **bundesverfassungsgesetzliche Ermächtigung** der Gemeinden zur Nutzung des RIS unumgänglich. Denn die **Mitwirkung des Bundeskanzlers** im Wege der Heranziehung des RIS für die Kundmachung von Gemeindeverordnungen bedürfte, ähnlich wie jene von Landesgesetzen im RIS, einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundlage.⁹¹ Anzudenken wäre in diesem Fall etwa eine Anfügung eines neuen Abs. 9 an Art. 117 B-VG, dem zufolge die Gemeinden verfassungsgesetzlich ermächtigt werden, ihre Verordnungen unter Heranziehung des vom Bundeskanzler betriebenen RIS kundzumachen.

Anmerkungen

- 1 Der vorliegende Beitrag beruht zum Teil auf einer – im Rahmen eines von der Verwaltungsakademie des Bundes veranstalteten Lehrganges („Summer School Public Management 2009/2010“) – im April 2010 eingereichten Projektarbeit zu dem Thema „Die authentische Kundmachung von Landes- und Gemeinderecht im Internet in Kärnten – Möglichkeiten und Perspektiven aus rechtlicher Sicht und aus Sicht des Prozessmanagements“.
- 2 Vgl. hierzu § 2 Z 5 E-Government-Gesetz, BGBl. I Nr. 10/2004 i. d. F. BGBl. I Nr. 111/2010.
- 3 BGBl. I Nr. 100/2003
- 4 Salzburger Kundmachungsreformgesetz 2005, LGBl. Nr. 18/2005.
- 5 Gesetz vom 23. März 2010, mit dem das Statut der Landeshauptstadt Graz geändert wird, LGBl. Nr. 42/2010.

- 6 Statut der Landeshauptstadt Graz 1967, LGBl. Nr. 130/1967 i. d. F. LGBl. Nr. 42/2010.
- 7 *Wiederin*, Die Kundmachung von Rechtsvorschriften im Internet, in *Gruber* (Hrsg.), Die rechtliche Dimension des Internet (2001), 25 (35).
- 8 *Wiederin*, in *Gruber*, Internet, 33 f; VfSlg. 10.911/1986.
- 9 *Laurer*, Neues vom Bundesgesetzblatt – Oder: ein Blatt, in dem man nicht blättern kann, ÖJZ 2004, 521 (532).
- 10 *Wiederin*, in *Gruber*, Internet, 35–41.
- 11 *Wiederin*, in *Gruber*, Internet, 42.
- 12 *Wiederin*, in *Gruber*, Internet, 42.
- 13 *Primosch*, Problemaufriss zur elektronischen Kundmachung des Landes- und Gemeinderechts, in Kärntner Verwaltungsakademie (Hrsg.), Bildungsprotokolle. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004. Bildungsprotokolle Bd. X (2005), 45 (49).
- 14 *Wiederin*, in *Gruber*, Internet, 42.
- 15 Bundesgesetzblattgesetz – BGBIG, BGBl. I Nr. 100/2003.
- 16 RV 93 BlgNR StenProt, XXII. GP, S 11.
- 17 *Wiederin*, in *Gruber*, Internet, 42 f.
- 18 Vgl. hierzu *Klaushofer*, JRP 2003, 242.
- 19 *Laurer*, ÖJZ 2004, 533.
- 20 Statistik Austria, Haushalte mit Internetzugang 2010, Befragungszeitpunkt: Mai bis Juni 2010, nur Haushalte mit mindestens einem Haushaltsmitglied im Alter von 16 bis 74 Jahren einbezogen; abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/index.html (Stand 23. 2. 2011).
- 21 Steiermark: 74 Prozent; Burgenland: 72 Prozent; Tirol 73 Prozent; Niederösterreich 73 Prozent; Oberösterreich: 72 Prozent; Vorarlberg: 77 Prozent; Wien: 74 Prozent; Salzburg 74 Prozent (Statistik Austria, Haushalte mit Internetzugang 2010 nach Bundesländern, Befragungszeitpunkt Mai und Juni 2010; nur Haushalte mit mindestens einem Haushaltsmitglied im Alter von 16–74 Jahren, abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/index.html (Stand 23. 2. 2011).
- 22 Statistik Austria, Haushalte mit Internetzugang 2010 nach Bundesländern, Befragungszeitpunkt Mai und Juni 2010; nur Haushalte mit mindestens einem Haushaltsmitglied im Alter von 16 bis 74 Jahren, abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/index.html (Stand 23. 2. 2011).
- 23 Statistik Austria, Haushalte mit Internetzugang 2010 nach Bundesländern, Befragungszeitpunkt Mai und Juni 2010; nur Haushalte mit mindestens einem Haushaltsmitglied im Alter von 16 bis 74 Jahren, abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/index.html (Stand 23. 2. 2011).
- 24 Statistik Austria, Haushalte mit Breitbandverbindungen für den Internetzugang 2010 nach Bundesländern, Befragungszeitpunkt: Mai und Juni 2010, nur Haushalte mit mindestens einem Haushaltsmitglied im Alter von 16 bis 74 Jahren einbezogen; abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/index.html (Stand 23. 2. 2011).
- 25 Steiermark: 63 Prozent; Burgenland: 63 Prozent; Tirol 64 Prozent; Niederösterreich 62 Prozent; Oberösterreich: 62 Prozent; Vorarlberg: 65 Prozent; Wien: 68 Prozent; Salzburg 64 Prozent (Statistik Austria, Haushalte mit Breitbandverbindungen für den Internetzugang 2010 nach Bundesländern, Befragungszeitpunkt: Mai und Juni 2010, nur Haushalte mit mindestens einem Haushaltsmitglied im Alter von 16 bis 74 Jahren einbezogen; abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/informationsgesellschaft/ikt-einsatz_in_haushalten/index.html (Stand 23. 2. 2011).
- 26 *Rauch*, Die Kundmachung von Verordnungen im Internet, ZfV. 2007, 1122 (1123).
- 27 *Rauch*, ZfV. 2007, 1123.
- 28 *Leitl/Mayrhofer/Steiner*, Kundmachung von Rechtsvorschriften und Zustellung von individuellen Rechtsakten im Internet, in *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer* (Hrsg.), Internet-Recht (2004), 299 (307 f).
- 29 Gemeint ist hier wohl das zur Verfügung stehende Publikationsmedium.
- 30 *Leitl/Mayrhofer/Steiner*, in *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer*, Internet-Recht, 308.
- 31 *Leitl/Mayrhofer/Steiner*, in *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer*, Internet-Recht, 308.

- 32 Vgl. hierzu die Ausführungen von ICANN auf deren Homepage (<http://www.icann.org/de/faq/#dns>, Stand 22. 2. 2011): „Das Domain Name System (DNS) hilft Benutzern, sich im Internet zurechtzufinden. Jeder Computer im Internet hat eine eigene Adresse, vergleichbar mit einer Telefonnummer, die aus einer komplizierten Zahlenfolge besteht. Diese wird als ‚IP-Adresse‘ (IP steht für ‚Internet Protocol‘ bzw. Internetprotokoll) bezeichnet. Es ist schwierig, sich IP-Adressen zu merken. Das DNS erleichtert die Nutzung des Internets, indem eine vertraute Buchstabenfolge (der ‚Domänenname‘) statt einer unverständlichen IP-Adresse verwendet wird. Statt 207.151.159.3 können Sie also www.internic.net eingeben. Dieser Domänenname dient als Gedächtnisstütze, damit Sie sich Adressen besser merken können.“
- 33 Selbstdarstellung von ICANN auf deren Homepage, unter <http://www.icann.org/de/faq>, Stand 23. 2. 2011.
- 34 Selbstdarstellung von ICANN auf deren Homepage, unter <http://www.icann.org/de/faq>, Stand 23. 2. 2011.
- 35 *Rauch*, ZfV. 2007, 1124.
- 36 *Rauch*, ZfV. 2007, 1124.
- 37 *Rauch*, ZfV. 2007, 1124.
- 38 Vgl. hierzu *Campagner*, Die Grenzen der virtuellen Freiheit, Wiener Zeitung vom 19./20. Juni 2010, S 3.
- 39 Selbstdarstellung von ICANN auf deren Homepage, unter <http://www.icann.org/de/faq>, Stand 23. 2. 2011.
- 40 Wiener Zeitung vom 19./20. Juni 2010, S 3.
- 41 Vgl. hierzu etwa Punkt 8.6. der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Verwaltung des Internet: Die nächsten Schritte, 16. 6. 2009, KOM(2009)277 endgültig.
- 42 *Campagner*, Wiener Zeitung vom 19./20. Juni 2010, S 3.
- 43 Näher hierzu *Wiederin*, Über das elektronische Bundesgesetzblatt und die Folgen von Kundmachungsfehlern, in *Arnold u. a.* (Hrsg.), Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven. FS Wimmer (2008), 711 (730).
- 44 *Wiederin*, in *Arnold*, Recht Politik Wirtschaft, 730.
- 45 *Wiederin*, in *Arnold*, Recht Politik Wirtschaft, 713 mwN.
- 46 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 4.
- 47 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 4.
- 48 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 4.
- 49 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 7.
- 50 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 10.
- 51 *Laurer*, ÖJZ 2004, 531.
- 52 Vgl. § 2 Z 1 Signaturgesetz, BGBl. I Nr. 190/1999 i. d. F. BGBl. I Nr. 75/2010.
- 53 *Raschhofer*, Virtuelle Kundmachung von Normen, ÖJZ 2005, 748 (750); AB 243 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, AB 243 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 3.
- 54 *Laurer*, ÖJZ 2004, 531.
- 55 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 7.
- 56 So etwa *Thienel*, Kommentierung zu Art. 48, 49 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Loseblatt, 1. Lfg. (1999), Art. 48, 49 B-VG Rn. 37 in Bezug auf Art. 49 B-VG a. F.
- 57 RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 3 f, 6 f.
- 58 RV 134 Blg. Sbg. LT StenProt, XIII. GP, S 4.
- 59 *Muzak*, Kommentierung zu Art. 97/1 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, Loseblatt, 3. Lfg. (2000), Art. 97/1 B-VG Rn. 14, allerdings noch in Bezug auf Art. 97 Abs. 1 B-VG a. F.
- 60 *Muzak*, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art. 97/1 B-VG Rn. 17.
- 61 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 59.
- 62 VfSlg. 9536/1982.
- 63 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 59 f.; Schreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 2. 4. 2004, Zl. BKA-602.923/0017-V/6/a/2004, abgedruckt bei *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 67.
- 64 Vgl. *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 60.
- 65 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 60.

- 66 Vgl. hierzu etwa die Kostenaufstellung des Bundes in den Erläuterungen zum Kundmachungreformgesetz 2004, wonach die Kundmachung der Rechtsvorschriften des Bundes im Internet den Bundeshaushalt mit ca. 400.000 Euro pro Jahr entlasten würde, da sich die Ausgaben der einzelnen Bundesdienststellen für den Bezug des Bundesgesetzblattes auf rund 590.000 Euro belaufen, wobei hier im Gegenzug mit Mindereinnahmen auf Grund des Wegfalls der hierfür bezogenen Umsatzsteuer i. H. v. 180.000 Euro gerechnet wurde (RV 93 BlgNR. Sten. Prot., XXII. GP, S 2).
- 67 *Sander*, eRecht – Das Gesetz im Internet, JRP 2003, 73 (73).
- 68 *Sander*, eRecht, JRP 2003, 73.
- 69 Folder „E-Recht“ des Bundeskanzleramtes – IT-Abteilung (2006), abrufbar unter <http://www.bka.gv.at/site/5290/default.aspx> (Stand 6. 3. 2011).
- 70 Folder „E-Recht“ des Bundeskanzleramtes – IT-Abteilung (2006), abrufbar unter <http://www.bka.gv.at/site/5290/default.aspx> (Stand 6. 3. 2011).
- 71 Folder „E-Recht“ des Bundeskanzleramtes – IT-Abteilung (2006), abrufbar unter <http://www.bka.gv.at/site/5290/default.aspx> (Stand 6. 3. 2011).
- 72 So etwa § 16 Abs. 1 Klagenfurter Stadtrecht 1998 – K-KStR. 1998, LGBl. Nr. 70 i. d. F. LGBl. Nr. 1/2011; § 16 Abs. 1 Villacher Stadtrecht 1998 – K-VStR. 1998, LGBl. Nr. 69 i. d. F. LGBl. Nr. 1/2011; § 15 Abs. 1 Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung – K-AGO, LGBl. Nr. 66/1998 i. d. F. LGBl. Nr. 63/2010; § 60 Abs. 1 lit. a Tiroler Gemeindeordnung 2001 – TGO, LGBl. Nr. 36 i. d. F. LGBl. Nr. 3/2011; § 32 Abs. 1 Vbg. Gesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung, LGBl. Nr. 40/1985 i. d. F. LGBl. Nr. 23/2008; § 92 Abs. 1 Steiermärkische Gemeindeordnung 1967 – GemO, LGBl. Nr. 115 i. d. F. LGBl. Nr. 81/2010; § 59 Abs. 1 NÖ Gemeindeordnung 1973 – NÖ GO 1973, LGBl. Nr. 172 i. d. F. LGBl. Nr. 85/2009; § 82 Abs. 1 Bgl. Gemeindeordnung, LGBl. Nr. 55/2003 i. d. F. LGBl. Nr. 33/2010; § 94 Abs. 3 Oö. Gemeindeordnung 1990 – Oö. GemO 1990, LGBl. Nr. 91/1990 i. d. F. LGBl. Nr. 102/2009. Nach § 79 Abs. 1 Salzburger Gemeindeordnung 1994 – GdO. 1994 sind Anordnungen der Organe der Gemeinde, die die Allgemeinheit oder einen nur nach Gattungsmerkmalen bestimmten Personenkreis betreffen, örtlich kundzumachen.
- 73 *Steiner*, 9. Teil – Rechtsstellung und Aufgaben der Gemeindeorgane, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht (2008), Rn. 160.
- 74 Vgl. hierzu etwa die Klarstellung in § 94 Abs. 3 Oö. GemO. 1990, wonach neben der Kundmachung durch Anschlag an der Amtstafel und ohne Einfluss auf die Rechtswirksamkeit Verordnungen der Gemeinde vom Bürgermeister auch auf andere Art örtlich bekanntzumachen sind, wenn dies notwendig oder zweckmäßig ist. Ähnlich auch etwa § 16 Abs. 5 K-KStR. 1998 und § 16 Abs. 5 K-VStR. 1998 und § 15 Abs. 3 K-AGO.
- 75 So etwa § 15 Abs. 3 K-AGO; § 16 Abs. 3 K-KStR. 1998; § 16 Abs. 3 K-VStR. 1998; § 60 Abs. 2 TGO; ähnlich auch § 32 Abs. 2 Vbg. Gesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung; § 92 Abs. 2 Stmk. GemO.; § 59 Abs. 2 NÖ GO 1973; § 94 Abs. 4 Oö. GemO. 1990; § 82 Abs. 3 Bgl. Gemeindeordnung.
- 76 Im Rahmen des von der Abteilung 3 – Gemeinden des Amtes der Kärntner Landesregierung initiierten Projektes „GEMRISDOK“ („Gemeinderecht im RIS und Gemeinderechtsdokumentation online – GEMRISDOK“) wurde ein Geschäftsprozess mit integriertem durchgehendem Workflowprozess installiert. Ziel dieses Geschäftsprozesses ist die elektronische Erfassung von Gemeindeverordnungen, um sie dann im Rahmen der Servicefunktion des RIS allen Bürgern und Bürgerinnen zur Information zur Verfügung zu stellen. Dieses Zurverfügungstellen der Gemeindeverordnungen an das RIS erfolgt im Wege der Kärntner Verwaltungsakademie. Die Kärntner Verwaltungsakademie ist gem. § 25 Kärntner Verwaltungsakademiegesetz, LGBl. Nr. 65/1998 i. d. F. LGBl. Nr. 10/2009, zur systematischen Erfassung, Bearbeitung und Übermittlung des Landesrechts an das RIS verantwortlich. Der genannte Workflow GEMRISDOK verfügt darüber hinaus auch über eine Servicefunktion für die Gemeinden, in dem diese die Möglichkeit haben, im Rahmen einer fakultativen Vorbegutachtungen seitens der zuständigen Abteilungen des Amtes der Kärntner Landesregierung eine qualitative Kontrolle und Beratungsfunktion in Anspruch zu nehmen.
- 77 Vgl. hierzu auch *Weichsel*, Projekt „Gemeinderechtsdokumentation im Rechtsinformationssystem RIS“, in Kärntner Verwaltungsakademie (Hrsg.), Bildungsprotokolle. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004. Bildungsprotokolle Bd. X (2005), 71 ff.
- 78 Vgl. § 101 Statut der Landeshauptstadt Graz 1967, eingefügt durch LGBl. Nr. 42/2010.
- 79 *Sturm*, Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung. Kommentierte Gesetzesausgabe (2009)5, § 15 Rn. 5, S 16.
- 80 VfSlg. 10.911/1986; *Sturm*, Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung⁵, § 15 Rn. 5, S 16.
- 81 VfSlg. 10.911/1986; *Sturm*, Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung⁵, § 15 Rn. 5, S 16.
- 82 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 61.
- 83 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 61.
- 84 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 62.

- 85 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 62.
- 86 Exemplarisch hierzu *Berka*, Verfassungsrecht (2010)³, Rn. 776; vgl. auch VfSlg. 11.653/1988 in Bezug auf Gesetze, die Notwendigkeit der Bezeichnung einer Angelegenheit als solche des eigenen Wirkungsbereichs.
- 87 Näher hierzu *Berka*, Verfassungsrecht³, Rn. 790.
- 88 Die elektronische Kundmachung der Flächenwidmungspläne ist nach dem Begutachtungsentwurf vom 5. Juli 2010, mit dem das Tiroler Raumordnungsgesetz 2006 geändert wird, in § 68a des Gesetzesentwurfs geregelt. Hiernach obliegt die elektronische Kundmachung der Flächenwidmungspläne auf der Grundlage der digitalen Daten der Landesregierung (§ 67a des Begutachtungsentwurfs); die Flächenwidmungspläne sind im Internet unter der Adresse „www.tirol.gv.at“ zur Abfrage bereitzuhalten (§ 67a Abs. 2 des Begutachtungsentwurfs). Die Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf führen hierzu unter anderem aus, dass damit die Kundmachung des Flächenwidmungsplanes, die an sich einen Teil des in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fallenden Verfahrens zur Erlassung des Flächenwidmungsplanes darstellt, dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde entzogen wird, was verfassungsrechtlich nur unter der Voraussetzung des Art. 118 Abs. 2 B-VG zulässig sei (S. 53 f.). Ein solches System der elektronischen Kundmachung stelle höchste Anforderungen an die Systemstabilität und die Datensicherheit, die bei einem im Endausbau alle Gemeinden des Landes umfassenden System nur dann gewährleistet werden könne, wenn dieses System zentral geführt und verwaltet wird. Damit können, so die Gesetzesmaterialien weiter, die zur Führung des Systems erforderlichen Zugriffsrechte auf wenige entsprechend qualifizierte Personen beschränkt werden, womit dem Risiko von Systemstörungen und fehlerhaften Eingaben entsprechend vorgebeugt werde (S. 55).
- 89 AA wohl *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 62.
- 90 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 62.
- 91 *Primosch*, in Kärntner Verwaltungsakademie, Klagenfurter Legistik-Gespräche 2004, 60.

Die elektronische Kundmachung
von Landes- und Gemeinderecht
im Internet – Kurzdarstellung der
technischen Umsetzbarkeit

Von
Rudolf KÖLLER

Die technische Umsetzung der authentischen elektronischen Kundmachung von Landes- und Gemeinderecht könnte ausschließlich unter Einsatz bereits bestehender strategischer E-Government-Komponenten des Landes Kärnten erfolgen.

Es sind dies:

- das ELAK-System des Landes (DOMEA)
- die ELAK-Fachanwendung (GEMRISDOK) im Bereich des Gemeinderechts
- das Content Management System (CMS42)
- das Anwendungsportal des Landes Kärnten (Eigenentwicklung des Landes unter Verwendung des Standardportals des Bundes (LFRZ))
- die Amtssignatur (MOA-AS)

Dies würde bedeuten:

Im Bereich des Landesrechts erfolgt die Umsetzung durch die bestehenden Strukturen im Bereich des Verfassungsdienstes des Amtes der Kärntner Landesregierung. Die Dokumentation des Aktenlaufes erfolgt hier über das ELAK-System DOMEA, die Gesetzesentwürfe werden mit Microsoft Word erstellt. Anstelle einer Übermittlung der Dokumente an die Landesdruckerei werden nun die Dokumente an die Kärntner Verwaltungsakademie (KVAK) als die für die elektronische Kundmachung vorgesehene Stelle übermittelt. In der Kärntner Verwaltungsakademie erfolgt eine finale Dokumentenprüfung im Hinblick auf die korrekte Formatierung entsprechend der entsprechenden Layoutvorgaben für die Normentexte und eine Umwandlung der Dokumente in das PDF/A-Format (ein ISO-zertifiziertes Format für eindeutige visuelle Reproduzierbarkeit der Dokumenteninhalte des Portable Document Formats im Sinne der Langzeitarchivierung).

Die Kommunikation und Übermittlung der Dokumente zwischen der Kärntner Verwaltungsakademie und dem Verfassungsdienst des Amtes erfolgt per E-mail.

Die Freigabe der Normentexte für die elektronische Kundmachung erfolgt durch das Aufbringen der Amtssignatur durch den Verfassungsdienst des Amtes. Mit der Amtssignatur wird die Authentizität (Echtheit und Herkunft) und die Integrität (Unversehrtheit) der Dokumente sichergestellt.

Das Hochladen der signierten Gesetztestexte erfolgt durch die Kärntner Verwaltungsakademie, die dazu einen speziellen Benutzeraccount im Content Management System des Landes verwendet. Die Internetseite für den Zugriff auf die Rechtsdokumente wird über eine HTTPS-Verbindung gesichert. Das HTTPS-Protokoll wird zur Verschlüsselung und zur Authentifizierung der Kommunikation zwischen dem CMS-Server des Landes und dem Internetbrowser des Internetnutzers verwendet.

Die Contentseiten der Rechtskundmachung werden unter einer eigenen Internetadresse entweder unter <https://rechtsdokumentation.ktn.gv.at> (präziser URL = Uniform Resource Locator) oder unter <https://recht.ktn.gv.at> (LAD-Schreiben vom 23. 2. 2011, Zl.: 1-LAD-ALLG-3495/1-2011) publiziert.

Im Bereich des Gemeinderechts wird auf das bereits vor einigen Jahren erfolgreich umgesetzte und mit dem Speyerer Qualitätswettbewerb der Verwaltung prämierte Projekt GEMRISDOK (Gemeinderechtsdokumentation Online) aufgebaut. Hier wird der gesamte Erstellungsprozess für Gemeinderechtsdokumente mittels einer Internet-Fachsoftware, die auf dem ELAK-System des Landes aufbaut, abgewickelt. Als Endprodukt dieses Erstellungsprozesses liegt ein entsprechendes Rechtsdokument vor. Das Konvertieren dieses Dokumentes in das PDF/A-Format und das Aufbringen der Amtssignatur (in diesem Fall der Amtssignatur der Gemeinde) wird an diesen Prozess angefügt. Die Umsetzung der Amtssignatur in den Gemeinden ist derzeit im Laufen.

Das Hochladen der signierten Gesetzestexte erfolgt ebenso wie beim Landesrecht durch die Kärntner Verwaltungsakademie, die dazu einen speziellen Benutzeraccount im Content Management System des Landes verwendet.

Anhang
Autorenverzeichnis
Teilnehmerliste
Tagungsprogramm

Dr. Martin **Atlmayr**

Amt der Tiroler Landesregierung, Gaswerkstraße 8, 6020 Innsbruck
martin.atlmayr@tirol.gv.at

Dr. Waltraud **Bauer**

Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Burgring 4, 8010 Graz
waltraud.bauer@stmk.gv.at

Dr. Ronald **Faber**

Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1010 Wien
ronald.faber@bka.gv.at

DI Dr. Felix **Gantner**

Rechtswissenschaften/legal informatics, Bei der Kapelle 7, 3592 Röhrenbach
gantner@infolex.at

Univ.-Prof. Dr. Karl **Garnitschnig**

Universität Wien, Garnisonsgasse 3/2/17, 1090 Wien
karl.garnitschnig@univie.ac.at

Mag. Dr. Barbara **Gartner**

Amt der Kärntner Landesregierung, Mießtaler Straße 1, 9020 Klagenfurt
barbara.gartner@ktn.gv.at

Hon.-Prof. HR Dr. Meinrad **Handstanger**

Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, 1010 Wien
meinrad.handstanger@vwgh.gv.at

Dr. Daniela **Ivanov**

Universität Bern, Schanzeneckstraße 1, 3001 Bern
daniela.ivanov@oefre.unibe.ch

DI Rudolf **Köller**

Amt der Kärntner Landesregierung, Mießtaler Straße 1, 9020 Klagenfurt
rudolf.koeller@ktn.gv.at

Univ.-Prof. Dr. Friedrich **Lachmayer**

Tigergasse 12, 1080 Wien
lachmayer@chello.at

Mag. Kornelia **Loidl**

Lebensministerium, Stubenring 1, 1010 Wien
kornelia.loidl@lebensministerium.at

Dr. Gerhard **Münster**

BMUKK, Minoritenplatz 5, 1014 Wien

gerhard.muenster@bmukk.gv.at

Mag. Dr. Edmund **Primosch**

Amt der Kärntner Landesregierung, Arnulfplatz 1, 9020 Klagenfurt

edmund.primosch@ktn.gv.at

SR Mag. Michael **Raffler**

Magistratsdirektion Wien, Rathaus, Stiege 8, 1230 Wien

raf@mdv.magwien.gv.at

lic. iur. Marius **Roth**

Institute of Federalism – University of Fribourg, Rte d'Englisberg 7,

CH-1763 Granges-Paccot

marius.roth@unifr.ch

8. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2010

4. und 5. November 2010

Dr. Martin **Attlmayr**
martin.attlmayr@tirol.gv.at

Mag. Waltraud **Bauer**
waltraud.bauer@stmk.gv.at

Dr. Wolfgang **Engeljehring**
wolfgang.engeljehring@parlament.gv.at

Dr. Ronald **Faber**
ronald.faber@bka.gv.at

Mag. Christian **Freiberger**
christian.freiberger@stmk.gv.at

DI Dr. Felix **Gantner**
gantner@infolex.at

Univ.-Prof. Dr. Karl **Garnitschnig**
karl.garnitschnig@univie.ac.at

Mag. Dr. Barbara **Gartner**
barbara.gartner@ktn.gv.at

Dr. Gerold **Glantschnig**
gerold.glantschnig@ktn.gv.at

Mag. Beate **Glück**
beate.glueck@hvb.sozvers.at

Dr. Robert **Gmeiner**
robert.gmeiner@vst.gv.at

Hon.-Prof. Dr. Meinrad **Handstanger**
meinrad.handstanger@vwgh.gv.at

Mag. Carmen **Hedenig**
carmen.hedenig@ktn.gv.at

Dr. Klaus **Heissenberger**
klaus.heissenberger@noel.gv.at

DI Harald **Hoffmann**
harald.hoffmann@metadat.com

MR Dr. Karl **Irresberger**
karl.irresberger@bka.gv.at

Dr. Daniela **Ivanov**
daniela.ivanov@oefre.unibe.ch

Prof. DI Dr. Wolfgang **Kahlig**
wolf.kahlig@kontakt.at

Wolfgang **Keck**
wkeck@tmo.at

Mag. Georg **Konetzky**
georg.konetzky@bmwfj.gv.at

Dr. Simon **Korenjak**
simon.korenjak@ktn.gv.at

Dr. Renate **Krenn-Mayer**
renate.krenn-mayer@stmk.gv.at

Univ.-Prof. Dr. Friedrich **Lachmayer**
lachmayer@chello.at

Mag. Helga **Leustik**
helga.leustik@ktn.gv.at

Mag. Dr. Michaela **Ley-Schabus**
michaela.ley-schabus@ktn.gv.at

Mag. Kornelia **Loidl**
kornelia.loidl@lebensministerium.at

Dr. Gerhard **Münster**
gerhard.muenster@bmukk.gv.at

Mag. Johann **Muskovich**
johann.muskovich@bgld.gv.at

MR Mag. Alfred **Nepf**
alfred.nepf@chello.at

Mag. Dr. Peter **Novak**
peter.novak@ktn.gv.at

Mag. Dr. Edmund **Primosch**
edmund.primosch@ktn.gv.at

SR Mag. Michael **Raffler**
raf@mdv.magwien.gv.at

Dr. Michael **Rainer**
michael.rainer@bmask.gv.at

lic. iur. Marius **Roth**
marius.roth@unifr.ch

Dr. Günther **Schefbeck**
guenther.schefbeck@parlinkom.gv.at

Mag. Robert **Steinwender**
robert.steinwender@ktn.gv.at

Mag. Dr. Thomas **Uebe**
thomas.uebe@ooe.gv.at

8. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2010

4. und 5. November 2010

Tagungsort:

Landhaushof 1, Grüner Saal, 9020 Klagenfurt am Wörthersee
Eine Veranstaltung der **Kärntner Verwaltungsakademie** in Kooperation mit dem
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

Donnerstag, 4. November 2010, 13.00–18.30 Uhr

Begrüßung: Dr. Simon **KORENJAK**

Einführung: Univ.-Prof. Dr. Friedrich **LACHMAYER**

1. Session: Das Übergangsfeld von der Politik zur Legistik

Moderation: Dr. Karl **IRRESBERGER**, Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

- Das rechtspolitische Vorhaben**
Dr. Gerhard **MÜNSTER**, Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur
- Policy Making – Law Making**
Dr. Günther **SCHEFBECK**, Parlamentsdirektion
- Planungsmanagement**
Wolfgang **KECK**
- Hidden-XML für die Legistik**
DI Dr. Felix **GANTNER**, Infolex
- Gemeinsame Bund-Länder-Redaktion von Textbausteinen für Gesetzesentwürfe**
Mag. Kornelia **LOIDL**, Lebensmittelministerium
- Legistik als sachpolitisches Anliegen**
Mag. Michael **RAFFLER**, Magistratsdirektion Wien
- Rechtssprache – auch ein politisches Thema**
lic. jur. Marius **ROTH**, Institut für Föderalismus, Universität Freiburg
- Politik – seit je ein philosophischer Begriff**
Univ.-Prof. Dr. Karl **GARNITSCHNIG**, Universität Wien

Abendprogramm – Besuch des Robert-Musil-Literaturmuseums

Gemeinsames Abendessen

Freitag, 5. November 2010, 9.00–12.30 Uhr**2. Session: Österreichische Legistik im Europäischen Kontext**Moderation: Dr. Edmund **PRIMOSCH**,

Amt der Kärntner Landesregierung – Landesamtsdirektion

- EU-Dienstleistungsrichtlinie – Evaluierung der Umsetzung**
Dr. Waltraud **BAUER**, Amt der Steiermärkischen Landesregierung
- Europäische Rechtsumsetzung aus der Sicht der Gerichtsbarkeit**
Hon.-Prof. Dr. Meinrad **HANDSTANGER**, Verwaltungsgerichtshof
- Fondsaufsicht in legistischer Sicht**
Dr. Martin **ATTLMAYR**, Amt der Tiroler Landesregierung
- Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz –
Legislativer und organisatorischer Handlungsbedarf der Länder**
Dr. Ronald **FABER**, Bundeskanzleramt
- Schlusswort und Ausblick**
Univ.-Prof. Dr. Friedrich **LACHMAYER**

In der Reihe „Bildungsprotokolle“ sind bisher erschienen:

- Band 1: Ausgliederungen im Landesbereich
112 Seiten, 1997
- Band 2: Information zur Verwaltungsreform
144 Seiten, 1997
- Band 3: Öffentliche Wirtschaftsführung
157 Seiten, 1998
- Band 4: Die Gemeinde zur Jahrtausendwende
232 Seiten, 1999
- Band 5: Kommunalfinanzierung
76 Seiten, 2000
- Band 6: Die Kärntner Landes- und
Gemeindeverwaltung im Überblick
76 Seiten, 2001
- Band 7: Wirkungsorientierte Landesverwaltung (WOLV)
126 Seiten, 2001
- Band 8: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2003
144 Seiten, 2004
- Band 9: New Public Management im Land und
in den Gemeinden
182 Seiten, 2004
- Band 10: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2004
160 Seiten, 2005
- Band 11: Ausbildungs- und Organisationsreform
191 Seiten, 2005
- Band 12: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2005
216 Seiten, 2006
- Band 13: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2006
188 Seiten, 2007
- Band 14: E-Government und Führungskräfte-Entwicklung
149 Seiten, 2007
- Band 15: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2007
158 Seiten, 2008
- Band 16: Effektivität und Effizienz der Ausbildung im NPM
134 Seiten, 2008
- Band 17: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2008
158 Seiten, 2009
- Band 18: Klagenfurter Legistik®Gespräche 2009
208 Seiten, 2010