

*WMA Dr. Friederike Bundschuh-Rieseneder e.h.*  
*a.Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper e.h.*  
*WMA Dr. Thomas Müller, LL.M. e.h.*  
*WMA Dr. Sebastian Schmid e.h.*  
*WMA Dr. Klaus Wallnöfer, LL.M. e.h.*  
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,  
Universität Innsbruck

Innsbruck, am 17.9.2007

An das  
Bundeskanzleramt  
Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform  
Ballhausplatz 2  
1014 Wien  
E-Mail: [v@bka.gv.at](mailto:v@bka.gv.at)

## **Stellungnahme zu verschiedenen Neuerungen des geplanten Entwurfs eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird\***

**Diese Stellungnahme ergeht auch an das Präsidium des Nationalrates.**

### **I. GENERELLE ANMERKUNGEN**

Nach der eine Reform des Wahlrechts normierenden Bundesverfassungsnovelle BGBl I 2007/27 wurde am 23.7.2007 der Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, vom Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst versendet. Bemühungen um eine umfassende Staats- und Verwaltungsreform sind nicht zuletzt angesichts der Fragmentiertheit der österreichischen Bundesverfassung grundsätzlich zu begrüßen. Im Folgenden soll zu ausgewählten Bereichen des Entwurfs Stellung genommen werden.

#### **1. Methodik der Erstellung und Vorlage des Entwurfs**

Im Entwurf sind zahlreiche Verfassungsänderungen vorgesehen, die inhaltlich teilweise als massiv zu bezeichnen sind und, anders als das Wahlrechtsreformpaket, auch nicht auf einen einzigen Reformbereich beschränkt sind. Abgesehen von diesen im Folgenden zu

---

\* Die Kommentierung der einzelnen Neuerungen erfolgt jeweils im selbständigen Verantwortungsbereich der Autoren.

behandelnden inhaltlichen Bedenken, fällt zunächst der ungünstige Zeitpunkt (Sommer) für eine Begutachtung auf, der mit einer allzu knappen Frist gekoppelt ist. Geschwindigkeit ist hier kein erheblicher Faktor: So ging der Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung sogar ein 35-jähriger Reformprozess voraus.

Zudem hat die Expertenkommission zuweilen den Boden der vom Österreich-Konvent aufbereiteten Vorschläge verlassen. Das Legitimationsprofil des Regierungsprogramms XXIII. GP. ist insofern deutlich eingeschränkter, als demnach „auf Grundlage der Arbeiten des Österreich-Konvents und des diesbezüglichen Besonderen Ausschusses“ (s. Seite 23 des Programms) eine Verfassungsreform vorbereitet werden soll. Allzu weit gehende Abweichungen oder Neuerungen im Verhältnis zu den Ergebnissen des Österreich-Konvents (wie etwa der „Justizanwalt“) scheinen in diesem Lichte bedenklich und müssten umso mehr einer möglichst breiten und zeitlich angemessenen Diskussion unterzogen werden.

Weiters erschwert die Methode tranchenartiger Verfassungsänderungen es den begutachtenden Stellen und Personen, einen Überblick über die gesamte Tragweite der Änderungen zu gewinnen. Es liegt kein Gesamtreformkonzept vor, zu dem Stellung genommen werden könnte. Ein Gesamtreformentwurf böte daher mehr Klarheit als die Fortführung der problematischen Tradition von mehr oder weniger umfangreichen Einzeländerungen, die ja gerade zum aktuellen Zustand der österreichischen Bundesverfassung geführt haben.

## **2. Schleichende Gesamtänderung der Bundesverfassung?**

Angekündigt wird im Schreiben des BKA-VD ein weiterer Entwurf, mit dem dem Gesamtanliegen einer umfassenden Verfassungsreform Rechnung getragen werden soll. Genau dieses Vorgehen muss aber als problematisch empfunden werden, da es – abhängig freilich von einer detaillierten Untersuchung der einzelnen „Reformpakete“ – zu einer „schleichenden“ Gesamtänderung der Bundesverfassung führen könnte. Während nach dem Mandat des Österreich-Konvents (Sitzung vom 2.5.2003) die Bauprinzipien der Bundesverfassung „aufrecht bleiben sollten“, die damals beabsichtigte Verfassungsreform also keine Gesamtänderung der Bundesverfassung herbeiführen sollte, stellt sich nunmehr durchaus die Frage, inwiefern der vorliegende Entwurf entweder für sich allein oder aber im Zusammenwirken mit der bereits erlassenen Wahlrechtsreform sowie weiteren zu erlassenden „Reformpaketen“ gesamtändernd wirken könnte. Maßgeblich berührt werden dadurch jedenfalls das demokratische, bundesstaatliche und gewaltenteilende Prinzip.

Nach den Erläuterungen des Entwurfs ist jedoch kein Normerzeugungsverfahren gem Art 44 Abs 3 B-VG vorgesehen. Diese Frage wäre dennoch gründlich zu überdenken. Selbst wenn der Entwurf für sich allein keine Gesamtänderung herbeiführen würde, ist ein schrittweises Erledigen einzelner Reformanliegen in Form tranchenartiger „Reformpakete“ problematisch, weil es den Blick vor einer systematisierten Betrachtung und gesammelten Zuordnung einzelner Änderungen zu den verschiedenen Bauprinzipien der Bundesverfassung verschleiern könnte.

## **3. Fakultative Volksabstimmung?**

Darüber hinaus könnte jedenfalls – wie dies in den bisherigen Diskussionen ja auch immer wieder erörtert wurde – überlegt werden, inwiefern eine Verfassungsreform dieses Ausmaßes,

selbst wenn sie nur eine „beträchtliche“ Teiländerung darstellt, einer fakultativen Volksabstimmung zugeführt werden sollte. In der bisherigen Genese des Verfassungsreformprozesses zeigt sich doch eine deutliche „Elitarisierung“ der Diskussion, die zunächst vom 70-köpfigen Konvent, sodann von dem weit kleineren Kreis des Besonderen Ausschusses zur Vorberatung des Berichtes des Österreich-Konvents und zuletzt von der nochmals verkleinerten, für den jetzigen Entwurf verantwortlichen Expertengruppe geführt wurde. Auch wenn der Entwurf gegebenenfalls noch einem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren unterzogen werden wird, stellt sich die Frage, inwiefern nicht auch die stimmberechtigten österreichischen StaatsbürgerInnen im Falle einer, wie sich abzeichnet, doch jedenfalls maßgeblichen Änderung direkt einbezogen werden sollten.

## **II. IM EINZELNEN**

### **1. Volksanwaltschaft**

*WMA Dr. Friederike Bundschuh-Rieseneder*

#### *a) Einleitung*

Gemäß dem derzeit in Geltung stehenden Art 148g B-VG Abs 1, 2 und 4 besteht die Volksanwaltschaft aus drei Mitgliedern, deren Funktionsperiode sechs Jahre beträgt. Die Mitglieder werden vom Nationalrat auf Grund eines Gesamtvorschlages des Hauptausschusses „gewählt“<sup>1</sup>, wobei den drei mandatsstärksten Parteien im Nationalrat das Recht zusteht, je ein Mitglied für diesen Gesamtvorschlag namhaft zu machen. Für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens eines Mitgliedes der Volksanwaltschaft hat jene im Nationalrat vertretene Partei, die dieses Mitglied namhaft gemacht hat, ein neues Mitglied für den Rest der Funktionsperiode zu benennen, wobei die Neuwahl für den Rest der Funktionsperiode gemäß Art 148g Abs 2 durchzuführen ist.

#### *b) Funktionsperiode in Bezug auf die Mandatsstärke*

Zur sechsjährigen Funktionsperiode der Mitglieder der Volksanwaltschaft ist anzumerken, dass diese Funktionsperiode und die Legislaturperiode des Nationalrates nicht zusammenfallen. Es ist daher möglich, dass zwischen der Wahl der Volksanwaltschaft und der letzten Nationalratswahl ein oder mehrere Jahre vergangen sind und die in Art 148g Abs 2 verankerte Mandatsstärke zum Zeitpunkt der Nationalratswahl nicht mehr der tatsächlichen Mandatsstärke zum Zeitpunkt der Wahl der Volksanwaltschaft entspricht. Insofern wird durch die vorgeschlagene Änderung des Art 148g mit der Formulierung „...die drei Klubs des Nationalrates, denen die meisten Abgeordneten angehören...“ die Rechtslage den tatsächlichen innenpolitischen Gegebenheiten angepasst. Der Bezug auf die Mandatsstärke zum Zeitpunkt der Nationalratswahl entfällt und es wird die aktuelle Mandatsstärke als Grundlage für das Recht zur Namhaftmachung für den Gesamtvorschlag des Hauptausschusses herangezogen.

#### *c) Vorzeitiges Ausscheiden eines Mitgliedes der Volksanwaltschaft*

In der Bundesverfassung nicht geregelt ist auch der Fall, dass jene Partei, die im Fall des Ausscheidens eines Volksanwaltschaftsmitgliedes ein neues Mitglied für die verbliebene Funktionsperiode zu nennen hätte, im Laufe der bisherigen Funktionsperiode aus dem Nationalrat ausgeschieden ist.<sup>2</sup> Auch dieser Regelungsmangel wird durch den vorliegenden

---

<sup>1</sup> Dabei handelt es sich nicht um eine „Wahl“ als solche, sondern um ein Entsendungsrecht der drei mandatsstärksten Parteien, welches auch durch die Einbeziehung des Hauptausschusses nicht zu einer Wahl wird. S *Hiesel*, Die Volksanwaltschaft, in Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH<sup>5</sup> (2004) 339 (346); *Mayer*, B-VG Kurzkommentar<sup>3</sup> (2002) 465; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 1256.

<sup>2</sup> ZB durch Selbstaflösung, Abspaltung oder Umbenennung.

Entwurf dahingehend beseitigt, dass im Falle des vorzeitigen Ausscheidens eines Volksanwaltschaftsmitgliedes jener Nationalratsklub, dem in diesem Zeitpunkt die meisten Abgeordneten angehören und der kein der Volksanwaltschaft angehörendes Mitglied namhaft gemacht hat, ein neues Mitglied vorschlagen kann. Dass künftig in der Geschäftsordnung des Nationalrates ausführliche Regelungen hinsichtlich der Vorgehensweise bei Mandatsgleichstand<sup>3</sup> verankert werden sollten, wird politische Diskussionen wohl hintanhaltend. Dies deshalb, weil auf den aktuellen Mandatsstand Bezug genommen wird und nicht mehr mittels Versteinerungsprinzip auf das Ergebnis der letzten Nationalratswahl. Somit geben auch Klubspaltungen bzw Beitritte oder Austritte von Abgeordneten keinen Anlass mehr zu Unklarheiten. Klärend auch die enthaltene Begriffsänderung von „Parteien des Nationalrates“ in „Klubs“ im letzten Satz des Abs 2.

#### *d) Unvereinbarkeitsregelung und Abberufung*

Mit der Erweiterung der Unvereinbarkeitsregelung in Art 148g Abs 5 B-VG in Bezug auf die Mitgliedschaft zum Europäischen Parlament wird dem Status Österreichs als Mitgliedstaat der EU entsprochen. Dass die Abberufung von Mitgliedern der Volksanwaltschaft an einen Nationalratsbeschluss mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Abgeordneten in Abs 6 leg cit gebunden wird, gewährleistet, dass derartige Vorgänge von tagespolitischen Vorkommnissen unabhängig bleiben.

#### *e) Zusammenfassung*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorliegende Entwurf zur Änderung des Art 148g B-VG durchaus notwendige Anpassungen enthält. Unklare Konstellationen im politischen Geschehen können einer Lösung zugeführt werden. Die Verfassungslage steht somit dem Repräsentationsprinzip des aktuellen Mandatsstandes nicht mehr entgegen. Zweckmäßig erscheint, dass die nähere Ausgestaltung des Art 148 g B-VG nicht in der Bundesverfassung selbst, sondern auf einfachgesetzlicher Ebene in die Geschäftsordnung des Nationalrates einfließen sollte.

## **2. Bundesstaat und Selbstverwaltung**

### *a. Univ-Prof. Dr. Anna Gamper*

#### *a) Zu verschiedenen Änderungen im Bereich „Bundesstaat“*

aa) Sosehr die Erleichterung der bisherigen schwerfälligen Prozeduralitäten (auch) bei geringfügigen Verschiebungen von Landes- bzw Bundesgrenzen zu begrüßen ist, so ist doch fraglich, wie die Trias „Änderungen im Bestand der Länder – Grenzänderungen – Grenzbereinigungen“ zu verstehen ist, sodass zumindest die Erläuterungen diesbezüglich nachjustiert werden sollten. Zwar kommt klar heraus, dass unter einer „Änderung im Bestand der Länder“ eine Zusammenlegung mehrerer Bundesländer, die Aufteilung eines

---

<sup>3</sup> Und darüber hinaus auch der jährliche Wechsel des Vorsitzes zwischen den Mitgliedern der Volksanwaltschaft näher ausgeführt wird.

Bundeslandes (*Wie?*) oder auch eine allfällige Neuaufnahme eines Bundeslandes, unter einer „Grenzbereinigung“ hingegen nur marginale Änderungen im Grenzbereich zu verstehen sind. Dazwischen aber liegt der unklare Begriff der „Grenzänderung“, der jedenfalls nicht nur ganz marginale Änderungen umfasst, von dem aber auch nicht bekannt ist, inwiefern er sich von der „Aufteilung eines Bundeslandes“ abhebt. Auch jene Gebietsänderungen, die ein Land nicht gerade beseitigen, aber in der Fläche nicht unbedeutend reduzieren würden, hätten unter die Garantie des Art 2 Abs 3 (neu) zu fallen und wären nicht bloß der übereinstimmenden (einfachen) Gesetzgebung zu überlassen.

bb) Systematisch gelungen ist, dass im Bereich des Art 10 Abs 3 (neu) ein ähnliches Stellungnahmerecht der Länder vorgesehen wird, wie es derzeit Art 23d Abs 2 in Bezug auf die EU enthält.

cc) Entgegen der Annahme der Erläuterungen stellt Art 50 (neu) keineswegs klar, dass die „Änderung bzw Erlassung“ von Bundesverfassungsrecht durch Staatsverträge nicht mehr erfolgen kann. Vielmehr legt der Wortlaut die Vermutung nahe, es handle sich bei verfassungsändernden oder -ergänzenden Staatsverträgen entweder um „politische“ und/oder gesetzesändernde bzw -ergänzende Staatsverträge. Weitere Unklarheit schafft der explizite Hinweis auf die Wortfolge „unbeschadet des Art. 44 Abs. 3“ in Art 50 Abs 4 (neu), da genau diese bisher strittige Frage, ob Art 44 Abs 3 auf Staatsverträge anwendbar sein soll, dadurch offen bleibt (jedenfalls für Staatsverträge gem Art 50 Abs 1 Z 1 [neu]).

dd) Die grundsätzliche Betrauung der Verwaltungsgerichte der Länder, (auch) über Beschwerden gegen in mittelbarer Bundesverwaltung ergangene Bescheide (auch des Landeshauptmanns in 1. Instanz?) zu erkennen, steht – obzwar damit den Ländern erstmals eine Form der Gerichtsbarkeit übertragen würde – in einem Spannungsverhältnis zur bisherigen Gestaltung des bundesstaatlichen Prinzips in Österreich. Es ist darauf hinzuweisen, dass der VfGH in VfSlg 11.403/1987 wörtlich äußerte, dass die Ausschaltung des Landeshauptmanns als Träger der mittelbaren Bundesverwaltung zu einer Aushöhlung des (scil für den Bundesstaat wesentlichen) Prinzips der mittelbaren Bundesverwaltung führen würde; diese Problematik wurde auch bereits im Zusammenhang mit der Betrauung der UVS in verschiedenen Bereichen der mittelbaren Bundesverwaltung durch das Verwaltungsreformgesetz 2001 (BGBl I 2002/65) diskutiert. Mit der Figur des Landeshauptmanns verbunden ist letztlich auch die (indirekte) demokratische Rückkoppelung an das Landesvolk, die im Falle der Verwaltungsgerichte der Länder (vgl Art 134 Abs 2 [neu]) jedoch nur noch in sehr abgeschwächtem Maße erkennbar ist.

ee) Die Verfassungsautonomie der Länder wird durch Art 148i (neu) beschränkt, was *prima facie* nicht erforderlich erscheint.

*b) Zu verschiedenen Änderungen im Bereich „Selbstverwaltung“*

aa) Die verfassungsrechtliche Absicherung und Systematisierung des Art 81c Abs 2 (neu) im B-VG erscheint in dieser Form nicht erforderlich (Überfrachtung der Bundesverfassung mit Detailbestimmungen).

bb) Fraglich ist, inwiefern die Abschaffung der gemeindeinternen Instanzenzüge dem am Subsidiaritätsprinzip orientierten Geist der Europäischen Charta der lokalen Selbstverwaltung (BGBl 1988/357) zuwiderläuft. Die Kontrolle der Verwaltungsgerichte wäre zwar auf eine Rechtskontrolle beschränkt, doch nimmt sie den Gemeinden klar ihre bisherige Zuständigkeit, eine solche Kontrolle (zunächst) innerhalb eines (ordentlichen) gemeindeinternen Instanzenzuges auszuüben.

Zwar ermächtigt Art 130 Abs 4 (neu) den Materiengesetzgeber, in einzelnen Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde einen zweigliedrigen administrativen Instanzenzug sowie einen administrativen Rechtsbehelf gegen Säumnis der Verwaltungsbehörden vorzusehen. Anders als dies die Erläuterungen haben wollen, geht aus diesem Wortlaut jedoch nicht klar genug hervor, dass dieser administrative Instanzenzug *innerhalb* der Gemeinde vorzusehen wäre.

cc) Allzu weitgehend erscheint die Ermächtigung zur Bildung von Selbstverwaltungskörpern gem Art 120a (neu). Einerseits könnte ihre häufige Anwendung zur „Entstaatlichung“ nicht weniger Bereiche bisheriger staatlicher Verwaltung führen. Andererseits muss auch überlegt werden, inwiefern die Errichtung von mit Zwangsmitgliedschaft und anderen korporativistischen Elementen verbundenen Selbstverwaltungskörpern durch zusätzliche Kriterien beschränkt werden sollte.

### **3. Justizanwalt, Verwaltungsgerichte erster Instanz und Verfassungsreinigung**

*WMA Dr. Thomas Müller LL.M./WMA Dr. Sebastian Schmid*

#### *a) Justizanwalt*

##### aa) Allgemeines

Der Vorschlag der Reformgruppe sieht – abweichend vom Regierungsübereinkommen bzw ohne Grundlage in den Vorschlägen des Österreich-Konvents (siehe dazu oben Pkt I) – die Einrichtung eines dem Volksanwalt nachgezeichneten Justizanwalts vor. Bisher erfolgte die Kontrolle über die Dienstaufsicht der Richter, das Beschwerderecht der am Verfahren Beteiligten und die interne Revision (§ 73 ff GOG). Da offensichtlich nicht geplant ist, am Regime der Dienstaufsicht etwas zu ändern, ordnet sich der Justizanwalt des vorliegenden Entwurfs systematisch neben die oben angeführten Kontrollsysteme ein, die einen potentiellen Missstand aufgreifen, prüfen und gegebenenfalls zu ihrer Behebung an das zuständige Kontrollorgan weiterleiten.

Das im Disziplinarstrafrecht bestehende Inquisitionsprinzip wird damit um eine im Vergleich transparentere Missstandskontrolle ergänzt. Eine eigenständige Institution zur Prüfung von Missständen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist wünschenswert, da von einer derartigen Instanz eine Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Justiz sowie die Erhöhung ihrer Effizienz erwarten werden kann.

##### bb) Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines Justizanwaltes im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltentrennung

Die Tätigkeit des Justizanwalts wird zwar unzweifelhaft der Gerichtsbarkeit zugeordnet, der Justizanwalt wird allerdings vom Nationalrat bestellt. Dies führt bekanntermaßen zu



Bedenken iZm der Trennung der Gewalten und insb zum Vorwurf politischer Einflussnahme auf die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Verbindungen zwischen den Staatsfunktionen sind zunächst vom Prinzip der Gewaltenteilung nicht pauschal untersagt, zum Teil sogar iS einer Gewaltbalance gefordert. Weiters erfolgt die Bestellung durch den Nationalrat aufgrund eines Dreivorschlags des OGH. Durch die einmalige Bestimmungsmöglichkeit für 12 Jahre wird kein Interesse an einer Wiederbestellung bestehen und werden damit politische Einflussmöglichkeiten erheblich verringert, wobei auch anzunehmen ist, dass das Berufsbild des Justizanwalts eher (erfahrene) Personen anspricht, die am Ende ihrer Karriere stehen.

Eine aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenkliche Einschränkung der richterlichen Freiheit ist daher nicht zu erkennen.

#### cc) Sonstige Bedenken

Folgende Bedenken sind aber anzumelden:

Der Justizanwalt hat zum einen Beschwerden von Betroffenen sowie vermutete Missstände von Amts wegen zu prüfen, zum anderen kann er Veranlassungen treffen (Art 148k Abs 4 B-VG: Anregung von Maßnahmen der Dienstaufsicht, Erstattung einer Disziplinaranzeige, Fristsetzungsantrag, Recht zur Ablehnung von Richtern). Die antragsgebundene Zuständigkeit besteht nach Erschöpfung der Rechtsmittel, die amtswegige hingegen jederzeit. Es zeigt sich, dass dem Justizanwalt selbst keine Entscheidungsgewalt über Missstände zukommt.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit unterscheidet sich vom Verwaltungsverfahren (VA) ua durch die Zweiseitigkeit des Verfahrens. Es muss jedenfalls sichergestellt werden, dass der Justizanwalt nicht zugunsten einer Partei in laufende Verfahren eingreift. In diesem Licht erscheint die Bezeichnung „Justizanwalt“ tatsächlich nicht gänzlich zutreffend.

Weiters ist unklar, inwieweit ein Justizanwalt überhaupt in laufende Verfahren eingreifen kann. Selbstredend muss die Kontrolle auf verfahrensmäßige Missstände beschränkt sein. Diese Ungenauigkeit stellt eine wesentliche Schwäche des vorliegenden Entwurfs dar.

Es fällt auch auf, dass Art 148k Abs 4 B-VG die Veranlassungen durch ein „oder“ trennt. Der Wortlaut deutet darauf hin, dass Veranlassungen vom Justizanwalt nur alternativ getroffen werden können. Auch wenn eine kumulative Erhebung den Ausnahmefall darstellt, scheint die gesetzliche Beschränkung auf eine Veranlassung unbegründet. Dies sollte im Verfassungstext durch ein „und“ oder in den Materialien klargestellt werden.

#### b) *Verwaltungsgerichte erster Instanz*

Der vorliegende Entwurf sieht die Schaffung von Verwaltungsgerichten erster Instanz auf Landes- und Bundesebene vor. Dieses Vorhaben ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, bewirkt es doch eine wesentliche und notwendige Stärkung der Rechtstaatlichkeit in der Verwaltung. Dennoch scheint der Entwurf in folgenden Punkten kritikwürdig:

aa) Vorgesehen ist, dass bestehende Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag sowie durch Verfassungsbestimmung weisungsfrei gestellte Organe in die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingegliedert werden. Es handelt sich bei diesen Spruchkörpern um hoch spezialisierte Entscheidungsorgane, deren Mitglieder über hohes Fachwissen verfügen. Durch welche Maßnahmen (Senate, Abteilungen) eine derartige Spezialisierung in



allgemeinen Verwaltungsgerichten aufrecht erhalten werden kann, bleibt allerdings im Entwurf offen und ist noch zu konkretisieren.

bb) „Die Mitglieder der Verwaltungsgerichte [...] sind Richter.“ (Art 134 Abs 7 neu). Sie müssen „zumindest über ein abgeschlossenes Studium und eine fünfjährige einschlägige Berufserfahrung verfügen“ (Art 134 Abs 2 neu). Die Gerichtsbarkeit bei den Verwaltungsgerichten wird durch Einzelrichter (!) oder, falls im Gesetz über die Organisation vorgesehen, durch Senate ausgeübt (Art 135 Abs 1 neu). Dass Nichtjuristen als Einzelrichter Recht sprechen, stellt eine dynamische Weiterentwicklung der Juristerei dar. Dies wird jedenfalls entschieden abgelehnt, da die Verwaltungsgerichte aller Erfahrung nach hauptsächlich Rechtsfragen zu lösen haben.

cc) Folgende Fragen sollten weiters geklärt werden: Ist ein eigenes Gesetz für das verwaltungsgerichtliche Verfahren geplant oder ist eine Anpassung des AVG vorgesehen? Wie sehen die Grundzüge eines solchen Gesetzes aus? Entscheiden die Einzelrichter/Senate kassatorisch oder meritorisch? Bleibt letzterenfalls das in § 67h AVG vorgesehene Widerspruchsrecht der Behörde erster Instanz bestehen?

Die Schaffung von Verwaltungsgerichten bedingt – nicht überraschend – zumindest Anpassungen bestehender Gesetze mit sich. Ohne auch nur ansatzweise über das vorgesehene Verfahren informiert zu sein, ist eine inhaltlich-seriöse Stellungnahme nicht möglich. Wieder zeigt sich, dass ein ausgedehnterer Diskussionsprozess notwendig ist.

dd) Hinsichtlich der vorgeschlagenen Varianten bezüglich der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs wird für Variante 1 aus dem maßgeblichen Grund optiert, dass das System Revision – Beschwerden über Nichtzulassung der Revision zu schwerfällig und damit geeignet ist, die Verfahrensdauer wesentlich zu verlängern.

### *c) Verfassungsbereinigung*

Das Vorhaben einer Verfassungsbereinigung ist besonders begrüßenswert, schließlich steht die Notwendigkeit einer Generalsanierung der „Ruine Verfassung“ außer Streit. Die von der Verfassungsrechtsbereinigung betroffene Masse an Verfassungsgesetzen bzw –bestimmungen macht eine Einzelprüfung in der gesetzten verhältnismäßig kurzen Begutachtungszeit freilich unmöglich.

Die Reformkommission hat sich an die Ergebnisse des Österreich-Konvents angelehnt, zugleich aber auch weitergehende bzw abweichende „Bereinigungen“ vorgenommen (zB bezüglich des HabsburgerG oder AdelsaufhG). Derartige Abweichungen wurden bereits im einleitenden Pkt I moniert. Insgesamt sind die Erläuterungen zum BVRBG unzureichend, eine rasche Nachvollziehbarkeit der Gründe für die vorgeschlagenen Änderungen ist damit nicht gewährleistet, was insb substantiierte Stellungnahmen deutlich erschwert. Mangelnde Transparenz führt schließlich unweigerlich zu fehlerhafter Rezeption, die keinesfalls von der Expertenkommission gewünscht sein kann. (Siehe als Beispiel dafür <http://www.wienerzeitung.at/DesktopDefault.aspx?TabID=4445&Alias=wzo&cob=296757&currentpage=0> ).

Es wird vorgeschlagen, die Erläuterungen um Gründe für und Wirkungen der Bereinigung der einzelnen im BVRBG angeführten Bundesverfassungsgesetze, Verfassungsbestimmungen in

Bundesgesetzen, Staatsverträge in Verfassungsrang sowie Verfassungsbestimmungen in Staatsverträgen und in Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG zu ergänzen. Vorbild könnte die diesbezügliche Aufstellung des Ausschusses II des Österreich-Konvents sein.

Im Übrigen bestehen bereits umfangreiche Vorarbeiten, die den Mehraufwand der Ergänzung in engen Grenzen halten.

#### 4. Art 20 Abs 2 B-VG

*WMA Dr. Klaus Wallnöfer, LL.M.*

##### a) *Vorbemerkung*

Zuallererst möchte der Autor betonen, dass ihm eine Neukodifikation der Voraussetzungen zur Weisungsfreistellung äußerst begrüßenswert erscheint. Die Komplexität dieser Materie hat infolge der vielfältigen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und der verfassungsrechtlichen Determinanten einen Grad erreicht, der die Schwelle des Verständlichen langsam überschreitet.<sup>4</sup> Eine Klärung seitens des Verfassungsgesetzgebers wäre daher in besonderem Maße wünschenswert.

Die außerordentliche Bedeutung der hierarchischen Verwaltungsorganisation für die demokratische Legitimation und die Rechtsstaatlichkeit der Verwaltungsführung mahnt allerdings in besonderem Maße zur Umsicht. Aus diesem Grund lohnt eine genaue Betrachtung einzelner Punkte der geplanten Neufassung der Art 20 Abs 2 und Art 133 B-VG.

##### b) *Weisungsfreistellung durch einfaches Gesetz*

###### aa) *Zur Ausdünnung der demokratischen Legitimation*

Die Weisung als Führungsinstrument stellt sicher, dass die obersten Verwaltungsorgane die Verwaltung effektiv führen können. Die obersten Organe wiederum sind den Parlamenten und somit dem Volk gegenüber rechtlich verantwortlich. Aus dem Zusammenhang zwischen der direkten Wahl der Parlamente mit ihren parlamentarischen Kontrollrechten und dem Weisungsrecht innerhalb der Verwaltung erfließt die demokratische Legitimation der Verwaltung iSd *Kelsen-Merkelschen* Organisationsmodells. Die Weisung als generelles Prinzip auszuhöhlen und dem einfachen Gesetzgeber – wenn auch mit Schranken – zur Disposition zu stellen, würde die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates nicht nur am Rande berühren. Daher ist es legitim, zumindest über die Dimension des vorgelegten Entwurfs zu diskutieren, insbesondere ob nicht die geplante Änderung des Art 20 Abs 2 B-VG durch die damit einhergehende Ausdünnung der

<sup>4</sup> Besonders augenscheinlich ist diese Entwicklung im Wirtschaftsrecht, bei dem gemeinschaftsrechtliche Vorgaben unabhängiger Regulatoren mit dem Weisungsprinzip der immer noch wirtschaftlich tätigen öffentlichen Hand in besonderen Maße aufeinander treffen; vgl VfSlg 14.473/1996 (Austro-Control); VfSlg 15.427/1999 (Telekom-Control); VfSlg 15.886/2000 (Privatradio/Privatrundfunk); VfSlg 16.048/2000 (Übernahmekommission), zuletzt VfGH 6.10.2006 G 151 – 153/05 (Übernahmekommission); stellvertretend für die zahlreiche Literatur *Grabenwarter/Holoubek*, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, ZfV 2000, 194; *Bußjäger*, Über die Grenzen der Errichtung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, ZfV 2001, 15; *Raschauer*, „Kernaufgaben des Staates“: Rechtsfortbildung oder Rechtskreation, ZfV 2005, 18; *Leitl*, Regulierungsbehörden im österreichischen Recht (2006).

demokratischen Verwaltungslegitimierung bereits für sich allein eine Gesamtänderung gemäß Art 44 Abs 3 B-VG darstellt.

#### bb) Bundesstaatliche Verwaltungsorganisation

Die Möglichkeit, durch einfaches Gesetz weisungsfreie Verwaltungsbehörden einzurichten, eröffnet zugleich einen einfachgesetzlichen Weg, die verfassungsrechtlich garantierte Verwaltungsorganisation zu unterminieren. Die geplante Novellierung räumt dem einfachen Gesetzgeber einen zu weiten Gestaltungsspielraum ein. Eine allzu weit reichende Verwaltungsführung durch weisungsfreie Behörden würde nämlich mit der verfassungsrechtlich garantierten Verwaltungsorganisation gem Art 101 f B-VG konfliktieren. So formuliert der VfGH (für die mittelbare Bundesverwaltung), dass die Ausschaltung des Landeshauptmanns eine verfassungswidrige Beeinträchtigung des Systems der mittelbaren Bundesverwaltung und damit eine Unterminierung eines tragenden Elementes des bundesstaatlichen Prinzips darstellt (VfSlg 11.403/1987). Auch infolge dieser Überlegungen und der damit einhergehenden möglichen Unterwanderung der verfassungsmäßig garantierten bundesstaatlichen Organisation durch einfaches Gesetz ist jedenfalls eine Gesamtänderung mit den damit verbundenen Konsequenzen zu diskutieren.

#### c) *Zum geplanten System des Art 20 Abs 2 B-VG*

##### aa) Einführung

Der in den Erläuterungen beschriebene Ansatz, die derzeit in zahlreichen verstreuten Verfassungsbestimmungen vorgesehenen weisungsfreien Behörden durch eine Neuformulierung des Art 20 Abs 2 B-VG einheitlichen Kriterien zu unterwerfen, erscheint dem Autor durchaus positiv und auch zielführend. Allerdings weist die derzeit vorgeschlagene Formulierung einige Schwächen auf.

##### bb) Unbestimmte Gesetzesbegriffe

Vordergründig stellen gerade die unbestimmten Begriffe ein potentiell Problem dar. Was beispielsweise unter „Sicherung des Wettbewerbs“ zu verstehen ist, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit beantworten. Und da Wettbewerbssicherung Eingriffe so unterschiedlicher Intensität wie schlichtes Monitoring, aber auch sehr intensive Eingriffe wie bescheidmäßige Herstellung des rechtmäßigen Zustandes sowie Konzessionsentzug umfasst, erscheint eine Klärung, welche weisungsfreien Behörden zum Vollzug legitimiert sind, besonders geboten. Dasselbe gilt in besonderem Maße für die vom einfachen Gesetzgeber vorzusehenden „angemessenen Aufsichtsrechte“ der obersten Organe. Dieses zentrale Element einer weisungsfreien Verwaltungsführung, das die Klammer zur demokratischen Legitimation der obersten Organe herstellen muss, bedarf jedenfalls verfassungsrechtlicher Klarstellung. Zuallererst wären im Sinne der angestrebten Einheitlichkeit diese Aufsichtsrechte jedenfalls im Verfassungsrang ausführlich zu umschreiben (dienstliche Aufsicht, Finanzhoheit...). Es obliegt nämlich dem Verfassungsgesetzgeber, einer ausgedünnten demokratischen Legitimation vorzubeugen, widrigenfalls abermals sowohl Höchstgerichte als auch Rechtsunterworfenen vor schier unlösbaren Subsumptionsproblemen stehen werden.

### cc) Materielle Voraussetzungen

Während die materiellen Voraussetzungen der Weisungsfreistellung „zur sachverständigen Prüfung“, „mit Schieds- Vermittlungs- und Interessenvertretungsaufgaben“ sowie „zur Sicherung des Wettbewerbs“ (zur Unbestimmtheit siehe schon oben) durchaus einleuchtend erscheinen bzw bereits gefestigte Judikatur positivieren, erscheint eine genauere Betrachtung der anderen Voraussetzungen durchaus lohnend.

So sieht der Entwurf auch durch Gesetz eingerichtete weisungsfreie Behörden vor, die „zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ berufen sein sollen. Ob dies angesichts der angestrebten Allzuständigkeit der neu zu schaffenden Landesverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts I Instanz notwendig ist, bleibt offen.

Weiters sieht der Entwurf die Einrichtung unabhängiger Verwaltungsbehörden vor, „soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist“. Dieser pauschale Verweis entbindet den einfachen Gesetzgeber seiner „doppelten Bindung“ und gewährleistet somit einen „verfassungsrechtlichen Freibrief“.

### dd) Organisationsregeln, Berufungsvoraussetzungen und verfahrensrechtliche Grundregeln

Zuletzt sei eine kurze Betrachtung der Organisation von unabhängigen Verwaltungsbehörden erlaubt. Im Sinne der angestrebten Rechtsvereinheitlichung sollten einheitliche Organisationsregeln und Berufungsvoraussetzungen bereits verfassungsrechtlich vorgezeichnet werden, wengleich dem Autor bewusst ist, dass dem einfachen Gesetzgeber schon mit Blick auf die Vielfältigkeit der Zuständigkeiten und Aufgaben diesbezüglich ein weiterer Gestaltungsspielraum einzuräumen sein wird. Dennoch sollten grundlegende Organisationsprinzipien wie auch die verfahrensrechtlichen Grundregeln verfassungsmäßig garantiert werden!

### d) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zwar ein kritisches, aber positives Resümee ziehen. Wengleich die vorliegende Stellungnahme vorwiegend die (noch) vorhandenen Schwächen des Entwurfs aufzuzeigen sucht, soll dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Neukodifikation der Weisungsfreistellung durchaus begrüßt wird. Allerdings sei nochmals auf die Bedeutung der Weisung für das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip betont. Nicht nur im Zusammenhang mit einer im Raum stehenden Gesamtänderung sei daher zur Umsicht gemahnt!