

# Rechtsstaatlichkeit in Österreich

von

*Franz Merli*

## Überblick

1. Die Textgrundlagen — 2. Die „Entdeckung“ der Rechtsstaatlichkeit als Grundprinzip der Verfassungsordnung — 3. Rechtsstaatlichkeit in der verfassungsgerichtlichen Praxis — 3.1. Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung, Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung — 3.2. Zugänglichkeit von Rechtsvorschriften — 3.3. Gewaltenteilung — 3.4. Gerichtsbarkeit — 3.5. Verwaltung — 3.6. Rechtsschutz — 3.7. Grundrechte — 3.8. Zusammenfassende Beobachtungen — 4. Rechtsstaatliche Defizite

Die Rechtsstaatlichkeit ist ein Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung, das nur im Wege einer Volksabstimmung beseitigt werden könnte. Da sie im Text der Verfassung nicht genannt wird (Teil 1), mußte die Rechtsstaatlichkeit erst als Prinzip „entdeckt“ und in die höchste Verfassungsschicht „gehoben“ werden (Teil 2). Was Rechtsstaatlichkeit konkret bedeutet, ergibt sich vor allem aus der verfassungsgerichtlichen Judikatur (Teil 3). Insgesamt wurde ein hoher Standard erreicht, doch bleiben auch einige Lücken (Teil 4).

## 1. Die Textgrundlagen

Die geltende, aus 1920 stammende Bundes-Verfassung<sup>1</sup> bezeichnet Österreich als „demokratische Republik“ (Art. 1) und als „Bundesstaat“ (Art. 2); eine explizite Verankerung der Rechtsstaatlichkeit fehlt hingegen. Das läßt sich damit erklären, daß es bei der Schaffung der neuen (dauerhaften<sup>2</sup>) Verfassung um die Ablöse der eher zentralistisch organisierten Monarchie und den Ausbau der Demokratie, nicht jedoch um die Beseitigung eines Unrechtsstaates ging – im Gegenteil: Wesentliche

---

Abkürzungen: a.a.O. am angegebenen Ort (bezieht sich nur auf dieselbe Anm.); ABl. Amtsblatt; Abs. Absatz; Anm. Anmerkung; Art. Artikel; Aufl. Auflage; B-VG siehe Anm. 1; BGBl. Bundesgesetzblatt; bzw. beziehungsweise; EMRK Europäische Menschenrechtskonvention; FS Festschrift; GP Gesetzgebungsperiode; Hrsg. Herausgeber; i.d.F. in der Fassung; JBl. Juristische Blätter; JE Jus Extra (Jahr/Teil/Nr.); LGBl. Landesgesetzblatt; m.w.N. mit weiteren Nachweisen; Nr. Nummer; ÖJZ Österreichische Juristen-Zeitung; Rz. Randzahl; RGBl. Reichsgesetzblatt; StGBL. Staatsgesetzblatt; StGG Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl. 1867/142; u.a. und andere; UVS Unabhängiger Verwaltungssenat; VfGH Verfassungsgerichtshof; VfSlg. Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH (Nr./Jahr); vgl. vergleiche; VwGH Verwaltungsgerichtshof; z.B. zum Beispiel; ZP Zusatzprotokoll; ZVR Zeitschrift für Verkehrsrecht.

1 Ursprünglich: Gesetz vom 1. Oktober 1920, BGBl. Nr. 1, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), in Kraft getreten am 10.11.1920; zuletzt i.d.F. BGBl. 1994/1013 als Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG).

2 Zum Verfassungsprovisorium 1918-1920 z.B. L. Adamovich/B.-C. Funk. Österreichisches Verfassungsrecht (3. Aufl., 1985) 66 f.; R. Walter/H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (7. Aufl., 1992) Rz. 54 ff.

Elemente der heutigen rechtsstaatlichen Ordnung wurden aus der Monarchie übernommen, darunter der Gewaltenteilungsgrundsatz, die Unabhängigkeit der Gerichte, die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die (rechtliche) Ministerverantwortlichkeit und die Grundrechte; auch bei der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung konnte auf Grundlagen des alten Systems aufgebaut werden.<sup>3</sup>

Anders war die Situation 1945 nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft: Zugleich mit dem Verfassungs-Überleitungsgesetz (StGBI. 4), das die Verfassungsordnung mit dem Stand vom 5.3.1933 wiederherstellte und alle nachfolgenden (ständestaatlichen<sup>4</sup> und nationalsozialistischen) Verfassungsakte aufhob, erging – ebenfalls im Verfassungsrang – ein Rechts-Überleitungsgesetz (StGBI. 6), dessen § 1 Abs. 1 auch alle anderen Rechtsvorschriften aufhob,

„die mit dem Bestand eines freien und unabhängigen Staates Österreich oder mit den Grundsätzen einer echten Demokratie unvereinbar sind, die dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes widersprechen oder typisches Gedankengut des Nationalsozialismus enthalten“.

Der VfGH hat unter Berufung auf diese Bestimmung die Überleitung eines nicht kundgemachten Erlasses des (deutschen) Reichswirtschaftsministeriums verneint; interessanter als das Ergebnis ist die Begründung dieser Entscheidung:

„Allgemeinverbindliche Rechtsvorschriften [...], die nicht öffentlich verlautbart worden sind, so daß nicht jeder Betroffene die Möglichkeit hat, die Vorschrift überhaupt kennen zu lernen, damit

3 So schreibt z.B. *A. Merkl*, *Urpung und Schicksal des Leitgedankens der Bundesverfassung*, JBl. 1934, 157 – Neudruck in: *H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck* (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (1968) II 1943: „Drei politische Ideen haben bekanntlich der Verfassung des Jahres 1920 das Gepräge gegeben: Der Demokratismus, Parlamentarismus und Föderalismus“ (1943) und nennt dann (1950) als „jene Rechtsgedanken [...], die von der Verfassung der Republik nicht neu geprägt, sondern aus der Verfassung der Monarchie übernommen worden waren, [...] das rechtsstaatliche Prinzip mit allen seinen rechtsinstitutionellen Folgerungen. Namentlich: Herrschaft der Gesetze in dem Sinne, daß alle Verwaltungshandlungen wie Justizakte einer allgemeinen, schon in voraus aufgestellten Maxime (und nicht, wie im Polizeistaat, der Eingebung des Augenblicks) folgen; Trennung der Verwaltung von der Gesetzgebung und der Gerichtsbarkeit von der Verwaltung in der Rechtsform der richterlichen Unabhängigkeit; Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit und unabhängige Rechnungshofkontrolle.“ Zur – für die österreichischen Reichshälfte der österreichisch-ungarischen Monarchie bis 1918 geltenden – „Dezemberverfassung“ von 1867 z.B. *Adamovich/Funk* (Anm. 2) 63 ff.; *Walter/Mayer* (Anm. 2) Rz. 47 ff.; jeweils m.w.N.; die Rechtsgrundlagen finden sich z.B. bei *E. Bernatzik*, *Die österreichischen Verfassungsgesetze* (2. Aufl., 1911) 390 ff. Zur Verwendung des Begriffs „Rechtsstaat“ in der Monarchie vgl. z.B. *W. Lustkandl*, *Das Wesen der österreichischen Reichsverfassung* (1864) 12; *J. Ulbrich*, *Ueber öffentliche Rechte und Verwaltungs-Gerichtsbarkeit* (1875) 5, 11, 14, 26; *M. Lauer*, *Prinzipien des Enteignungsrechtes* (1902) 146, 150 ff.; *J. Ulbrich*, *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes* (1904) 2; *L. Gimplowicz*, *Allgemeines Staatsrecht* (3. Aufl., 1907; Neudruck 1972) 409; *F. Tezner*, *Der Kaiser* (1909) 9 f.; *K. v. Lenauer*, *Rechtsschutz im öffentlichen Rechte*, in: *E. Mischler* (Hrsg.), *Österreichisches Staatswörterbuch IV* (2. Aufl., 1909) 17 (18, 23 ff.). Vgl. auch *H. Kelsen*, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, *Österreichische Rundschau* 1913, 88 – Neudruck in: *Klecatsky/Marcic/Schambeck*, a.a.O. II 1525 (1528 f.): „Die heute geltenden Verfassungen Österreichs und Deutschlands sind ganz und gar von dieser Rechtsstaatsidee erfüllt. [...] Wer darum die Idee des Rechtsstaates theoretisch entwickelt, entwickelt nicht nur die Idee des Staatsrechtes überhaupt, sondern zeigt auch die für unseren Staat heute geltenden Rechtsformen auf.“

4 Nach der sogenannten „Selbstausschaltung“ des Nationalrates am 4.3.1933 riß die Regierung die Gesetzgebungsgewalt an sich und erließ schließlich mit Verordnung die ständisch-autoritäre Verfassung von 1934; diese galt bis zum „Anschluß“ Österreichs an das nationalsozialistische Deutsche Reich im März 1938; dazu *Adamovich/Funk* (Anm. 2) 75 ff.; *Walter/Mayer* (Anm. 2) Rz. 64 f.

er sein Verhalten darnach einrichten kann, widersprechen nämlich dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes. Polizeistaatliche Elemente einer öffentlichen Ordnung werden in Österreich allgemein als Unrecht empfunden. Nur eine polizeistaatliche – niemals aber auch eine rechtsstaatliche – Ordnung des öffentlichen Lebens kann durch Rechtsvorschriften hergestellt werden, die nicht publiziert sind.“<sup>5</sup>

Nimmt man diese Ausführungen auch in ihrer Allgemeinheit beim Wort, ist mit dem „Rechtsempfinden des österreichischen Volkes“ die Rechtsstaatlichkeit zumindest als Rechtsüberleitungsfiler verfassungsrechtlich verankert. Eine explizite Nennung des Rechtsstaatsprinzips enthalten aber auch die Verfassungsdokumente zur Begründung der Zweiten Republik nicht.

Ausdrückliche Rechtsstaatsklauseln finden sich dagegen in den – in den 80er Jahren neugefaßten – Landesverfassungen von Burgenland und Vorarlberg.<sup>6</sup>

Schließlich anerkennt Österreich als Mitglied des Europarates

„den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz [...], daß jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll“<sup>7</sup>,

und ist der Europäischen Union beigetreten, deren vertragliche Grundlage „in Bestätigung [des] Bekenntnisses [der Vertragsparteien] zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit“ abgeschlossen wurde.<sup>8</sup>

## 2. Die „Entdeckung“ der Rechtsstaatlichkeit als Grundprinzip der Verfassungsordnung

Das heutige verfassungsrechtliche Rechtsstaatsverständnis hat zwei Voraussetzungen, die – mangels ausdrücklicher verfassungsgesetzlicher Grundlage – von Lehre und Rechtsprechung erst geschaffen werden mußten: Zunächst mußte die Rechtsstaatlichkeit als gemeinsamer Grundgedanke verschiedener verfassungsrechtlicher Regeln und Einrichtungen erkannt werden. Und rechtliche Bedeutung konnte das ermittelte Prinzip erst dann erlangen, als man es als mit jener Vorschrift verknüpfte, die den Kern der Verfassung, die „verfassungsrechtliche Grundordnung“, unter einen erhöhten Bestandsschutz stellt.

Glaubt man der Literatur,<sup>9</sup> taucht die Rechtsstaatlichkeit als Grundsatz des B-VG erstmals 1947 in der 4. Auflage des „Grundrisses des österreichischen Verfassungs-

5 VfSlg. 4320/1962.

6 Art. 1 Abs. 1 Burgenländisches Landes-Verfassungsgesetz (LGBl. 1981/42): „Burgenland ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat.“ Art. 1 Abs. 1 Vorarlberger Landesverfassung (LGBl. 1984/30): „Vorarlberg [...] bekennt sich zu den Grundsätzen der freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialen Ordnung.“

7 Art. 3 der Satzung des Europarates, BGBl. 1956/121; für „Vorherrschaft des Rechts“ steht im Original „rule of law“ bzw. „prééminence du Droit“.

8 Präambel des Vertrags über die Europäische Union, ABl. EG C 224 vom 31.8.1992, i.d.F. des Beitrittsvertrages Österreich/Finnland/Schweden BGBl. 1995/45.

9 *H. Beck*, *Qualifiziertes Verfassungsgesetz und Rechtsstaat*, JBl. 1964, 300 (301); *T. Öhlinger*, *Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG* (1988) 30; *M. Hiesel*, *Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof* (1995) 32.

rechts“ von *Adamovich* auf.<sup>10</sup> Nun ist zwar richtig, daß in den Gesamtdarstellungen des B-VG aus der Ersten Republik der Rechtsstaat weder als Prinzip noch als Stichwort vorkam.<sup>11</sup> Es dürfte auch zutreffen, daß *Adamovichs* Äußerung die entscheidende Bedeutung für die weitere Entwicklung zukam. Allerdings gibt es eine Reihe von Belegen dafür, daß der rechtsstaatliche Charakter der Verfassung von 1920 bereits früher als Selbstverständlichkeit galt. So schrieb *Strele* eine 1931 erschienene „staatsrechtliche Studie über Entwicklungsprinzipien der österreichischen Bundesverfassung“ mit dem Titel „Rechtsstaat und Demokratie im neuen Österreich“, in der er zum Schluß kam, daß das B-VG auch mit einem materiell verstandenen Rechtsstaatsbegriff im Einklang steht.<sup>12</sup> Wie bereits erwähnt, hatte *Merkel* im Rückblick 1934 „das rechtsstaatliche Prinzip mit allen seinen institutionellen Folgerungen“ als von der Monarchie in die Republik übernommenen Rechtsgedanken bezeichnet.<sup>13</sup> Und *Froehlich* äußerte sich – ebenfalls im Rückblick, diesmal aus dem Jahr 1937 – so:

„Das B-VG. hatte mit besonderer Sorgfalt die Einrichtungen zur Garantie des rechtsstaatlichen Systems ausgebaut, d.h. zur Gewährleistung dafür, daß jede Staatshandlung einer höheren staatlichen Norm entspreche. Hierzu gehören namentlich die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Kontrollen wurden durch den Verfassungsgerichtshof, den Verwaltungsgerichtshof und den Rechnungshof ausgeübt.“<sup>14</sup>

10 *L. Adamovich* (senior), Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts (4. Aufl., 1947) 70 ff.; die Literaturangaben beschränken sich auf *H. Kelsen/G. Froehlich/A. Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 85, wo vom Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung die Rede ist, und auf einen allgemeinen, nicht konkret auf das B-VG bezogenen Aufsatz von *A. Merkel*, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, Österreichisches Verwaltungsblatt 1937, 174 – Neudruck in: *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Anm. 3) II 1953; im übrigen verweist *Adamovich* auf deutsche Autoren (*O. Mayer, Flemer, W. Jellinek, Thoma, C. Schmitt*).

11 Ausdrücklich wurden nur die in Art. 1 und 2 B-VG ausdrücklich verankerten Grundsätze der Staatsform (demokratische Republik) und des Bundesstaates genannt: *Kelsen/Froehlich/Merkel* (Anm. 10) 124; *H. Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 164; *L. Adamovich* (senior), Grundriß des österreichischen Staatsrechtes (1927) 45 ff., 275; *L. Adamovich* (senior)/*G. Froehlich*, Die österreichischen Verfassungsgesetze (2. Aufl., 1930) I, 5; *H. Frisch*, Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1932) 120. Bei *L. Wittmayer*, Österreichisches Verfassungsrecht (1923) sind Demokratie und Bundesstaatlichkeit nur als Gliederungsgeschichtspunkte der Darstellung präsent; im Nachtrag zu diesem Werk (1926) 7 schreibt *Wittmayer*, der VfGH werde „nun abermals stärker herangezogen, wo es gilt, die Einheit des Rechtsstaates zu wahren.“ Allerdings ist auch zu beachten, daß wesentliche rechtsstaatliche Elemente (so die Gesetzesbindung der Verwaltung und zentrale Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit) als Bestandteile von Demokratie und Bundesstaat gedeutet wurden (und werden); vgl. z.B. *A. Merkel*, Die verfassungsrechtliche Grundlage der österreichischen Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltung 1921, 209 (239); *L. Adamovich* (senior) (Anm. 10) 73; *H. Klecatsky*, Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen (1967) 14; *Öhlinger* (Anm. 9) 32; *A. Merkel*, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in: *H. Klecatsky* (Hrsg.), Die Republik Österreich, Gestalt und Funktion ihrer Verfassung (1968) 77 (90 ff.); *E. Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 72 Fn. 285; *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht (2. Aufl., 1995) 45, 49.

12 *K. Strele*, Rechtsstaat und Demokratie im neuen Österreich (1931) 129; vgl. auch 121 f.: „Die Absicht der Schöpfer der österreichischen Verfassung ist dahin gegangen, die Idee des Rechtsstaates in möglichst vollkommener Weise zur Durchführung zu bringen. [...] Wird der Begriff des Rechtsstaates [...] in diesem Sinne gefaßt, also als Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und als Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, so ließ seine Verwirklichung in der österreichischen Bundesverfassung kaum einen Wunsch offen.“

13 Anm. 3.

14 *G. Froehlich*, Die „Verfassung 1934“ des Bundesstaates Österreich (1936) 18; vgl. auch das Inhaltsverzeichnis, wo es im Teil über das B-VG heißt (IX): „Rechtsstaatliche Garantien: Verfassungsgerichtshof (Kompetenzen), Verwaltungsgerichtshof, Rechnungshof.“ Bemerkenswert

Neu waren also weder das Rechtsstaatsprinzip als solches<sup>15</sup> noch seine Anwendung auf das B-VG noch auch die konkreten Elemente, die *Adamovich* nannte: die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit, die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Justiz, die Verantwortlichkeit der staatlichen Organe und die Kontrolle dieser Bindungen durch die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Befugnis zur Gesetzesprüfung. Neu war jedoch der systematische Ort, den *Adamovich* dem Rechtsstaatsprinzip zuwies: Er behandelte es gemeinsam mit dem demokratischen und dem bundesstaatlichen Prinzip unter dem Titel „Die leitenden Grundsätze der Verfassung“. Damit lag der Schluß auf die normative Gleichrangigkeit der drei Prinzipien nahe.

*Adamovich* selbst hatte diesen Schluß noch nicht gezogen: Er beschrieb den Rechtsstaatsgrundsatz als „Baugesetz, das für den Aufbau der Bundesverfassung maßgebend war“. Ähnlich wie bei den vorhin zitierten Autoren war damit noch offengelassen, ob es sich dabei um ein außerhalb der Verfassung liegendes rechtspolitisches Prinzip, einen „Rechtsgedanken“ handelte, der dann für die Gestaltung der Verfassung „maßgebend“ war und mit dem sie daher „im Einklang steht“, ein Prinzip also, das die Entstehung und den Inhalt der Verfassung erklären hilft, oder ob es um einen Grundsatz der Verfassung selbst geht, der „gilt“ und daher normative Konsequenzen nach sich zieht: Anders als die Abschaffung der Demokratie oder der Bundesstaatlichkeit bezeichnete *Adamovich* die Beseitigung des rechtsstaatlichen Prinzips nämlich nicht ausdrücklich als Gesamtänderung der Verfassung.<sup>16</sup>

Diesen – für die rechtliche Bedeutung des Grundsatzes entscheidenden – Schritt tat erst der VfGH, indem er 1952 feststellte, unter einer „Gesamtänderung der Verfassung“ werde man

„eine solche Veränderung verstehen müssen, die einen der leitenden Grundsätze der Bundesverfassung berührt. Als solche Grundsätze kommen das demokratische, das rechtsstaatliche und das bundesstaatliche Prinzip in Betracht. [...] Dem rechtsstaatlichen Prinzip entspricht es, daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letztem Endes in der Verfassung begründet sein müssen, und daß für die Sicherung dieses Postulates wirksame Rechtsschutzeinrichtungen bestehen.“<sup>17</sup>

se widmet *Froehlich* dann (53 ff.) bei der Behandlung der ständisch-autoritären Verfassung von 1934 einen ausführlichen Abschnitt dem rechtsstaatlichen Prinzip, dessen Inhalt nun weit über das zum B-VG Gesagte hinausgeht, obwohl auch das B-VG fast alle entsprechenden Garantien enthielt: Zur Rechtsstaatlichkeit gehören jetzt auch die Ministerverantwortlichkeit, die „Syndikatshaftung“ (Staatshaftung), die wechselseitige Hilfeleistungspflicht staatlicher Organe und vor allem „eine Reihe von Bestimmungen, die in den Abschnitten über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger und über die Gerichtsbarkeit enthalten sind“, nämlich die Gleichheit vor dem Gesetz, die Unzulässigkeit der Rückwirkung strafgesetzlicher Bestimmungen, die Trennung von Justiz und Verwaltung, das Verbot der Aufstellung von Ausnahmegewichten ad hoc, der Rechtsatz, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf (53 f.) und der Schutz der persönlichen Freiheit (61). Zur allerdings gar nicht rechtsstaatsfreundlichen Verfassungswirklichkeit des Ständestaates *W. Putschek*, Ständische Verfassung und autoritäre Verfassungspraxis in Österreich 1933-1938 mit Dokumentenanhang (1993).

15 Dazu allgemein aus der österreichischen Literatur z.B. *R. Herrwitt*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes (1921) 23 ff., 36 f., 48 ff.; *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925, Neudruck 1966) 91; *Merkel* (Anm. 10); vgl. auch Anm. 3 am Schluß.

16 Ähnlich auch noch *A. Merkel*, Baugesetze (Anm. 11).

17 VfSlg. 2455/1952; in den angefochtenen Staatsbürgerschaftsregelungen des – im Verfassungsrang stehenden – Nationalsozialistengesetzes (BGBl. 1947/25) sah der VfGH keine Gesamtänderung.

Das zitierte Erkenntnis klärte zunächst eine alte Streitfrage zur Auslegung des Art. 44 Abs. 2 (heute: Abs. 3) B-VG, also jener Bestimmung, nach der „jede Gesamtänderung der Verfassung“ nach Abschluß des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens „einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen“ ist. In der Ersten Republik war nämlich noch nicht sicher gewesen, ob nur die formelle Erlassung einer neuen Verfassung als Ganzes oder aber auch nur die inhaltliche Beseitigung oder Änderung eines der Grundprinzipien des B-VG als volksabstimmungspflichtige „Gesamtänderung“ zu gelten hatte.<sup>18</sup> Nun war die Entscheidung endgültig zugunsten eines materiellen Verständnisses und damit zugleich für eine dem „normalen“ Verfassungsrecht übergeordnete verfassungsrechtliche Grundordnung gefallen. Gleichzeitig war nun aber auch – und darauf kommt es hier an – das Rechtsstaatsprinzip Teil dieses durch Art. 44 Abs. 2 (bzw. Abs. 3) B-VG besonders geschützten Verfassungskerns geworden. Daraus folgt, daß auch verfassungsrechtliche Regelungen, die mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar sind, vom VfGH aufzuheben sind, wenn sie nicht durch eine Volksabstimmung gebilligt worden sind – oder mit anderen Worten: „Einfaches“ Verfassungsrecht ist (auch) am Rechtsstaatsprinzip zu messen; kann es nicht „baugesetzkonform“ – hier: rechtsstaatskonform – ausgelegt werden,<sup>19</sup> ist es verfassungswidrig. Damit hat der rechtsstaatliche Grundsatz die größte normative Wirksamkeit erlangt, die das österreichische Verfassungsrecht zu vergeben hat.

Dieses Ergebnis ist in der Folge zum unbestrittenen Gemeingut von Lehre und Rechtsprechung geworden. Die weitere Entwicklung brachte eine Ausdifferenzierung und stärker materiell orientierte Deutung der Rechtsstaatlichkeit.

Wie schon die bisher angeführten Beispiele zeigen, gelten als zentrale Elemente des Rechtsstaates von Anfang an die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung, die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung (Verwaltung und Gerichtsbarkeit) und die Kontrolle dieser Bindungen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit und – das ist im Vergleich zum klassischen Rechtsstaatskonzept des 19. Jahrhunderts neu – durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit der Befugnis zur Aufhebung von Gesetzen. Dieses Verständnis hängt eng mit dem von der „Wiener rechtstheoretischen Schule“ entwickelten Modell der Rechtsordnung als Hierarchie von Normen, dem „Stufenbau der Rechtsordnung“, zusammen.<sup>20</sup> Es integriert die traditionellen Elemente der Gewaltenteilung (organisatorische Trennung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung und Unabhängigkeit der Justiz), gibt ihr aber mit der Unterordnung der Verwaltung unter die Gesetzgebung eine hierarchische Fassung.<sup>21</sup> Schließlich verlangt es

18 Siehe die Anm. 11 genannte Literatur; weiters *Svele* (Anm. 12) 35 ff., der – wie *Wittmayer* (Anm. 11) 12 – einen formellen Gesamtänderungsbegriff vertritt. Eine ausführliche Übersicht über die Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung geben *Öhlinger* (Anm. 9) 19 ff.; *Hiesel* (Anm. 9) 27 ff.

19 Dazu z.B. *W. Antonioli*, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in: FS Merkl (1970) 33 (36); *Öhlinger*, Verfassungsrecht (Anm. 11) 52; VfSlg. 11.403/1987, 11.829/1988.

20 Vgl. *A. Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: FS Kelsen (1931) 252 – Neudruck in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Anm. 3) II 1311; *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre (2. Aufl., 1960, Neudruck 1992) 228 ff.

21 *Kelsen* war der Gewaltenteilungslehre allerdings eher skeptisch gegenübergestanden: Einerseits sah er in ihrer klassischen Fassung des 19. Jahrhunderts eine monarchische Ideologie zur Rechtferti-

– was bei *Adamovich* als Rechtsstaatselement ausdrücklich gar nicht vorkommt – die Kundmachung von Rechtsakten, vor allem die Publikation der generellen Normen, und, soll die Gesetzesbindung nicht leerlaufen, ein Mindestmaß inhaltlicher Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen (Verbot der „formalgesetzlichen Delegation“).<sup>22</sup>

Wenngleich schon viel inhaltsreicher als der theoretische Rechtsstaatsbegriff der „Wiener Schule“<sup>23</sup>, ist dieses Rechtsstaatsverständnis immer noch formaler Art, weil es ihm auf den Inhalt der Rechtsnormen nicht ankommt. Seine Anreicherung mit materiellen Elementen hatte lange Zeit mit dem von rechtspositivistischer Seite geäußerten Ideologieverdacht zu kämpfen. Z.B. erklärte *Walter* einen materiellen Rechtsstaatsbegriff für „heuristisch wertlos“.<sup>24</sup> Trotzdem hat sich ein solcher durchgesetzt, indem nun der Bestand von Grund- und Freiheitsrechten zum Rechtsstaatsprinzip gezählt wird<sup>25</sup> oder – das ist die Umgehung des Problems materieller Rechtsstaatlichkeit – dem rechtsstaatlichen ein in den Grundrechten umgesetztes liberales Prinzip zur Seite gestellt wird, wie auch der Gewaltenteilungsgrundsatz nun als eigenes „Baugesetz“ behandelt wird.<sup>26</sup> Rechtsstaatlichkeit bedeutet nun nicht mehr nur Rechtssicherheit, sondern auch Freiheitsschutz. Schließlich verschmilzt das rechtsstaatliche Prinzip bei manchen Autoren wieder mit dem demokratischen, weil es – materiell verstanden – auch die demokratische Erzeugung der Gesetze umfassen soll.<sup>27</sup> Damit hat sich der Kreis geschlossen: Dieser Begriff entspricht ziemlich genau dem, was zu Beginn der Republik unter materieller Rechtsstaatlich-

tigung eines gesetzesfreien Eigenbereichs der Verwaltung und des Ausschlusses der Verfassungsgerichtsbarkeit, andererseits wies er auf die rechtstheoretische Relativität der Unterscheidung von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung sowie von Gerichtsbarkeit und Verwaltung hin; immerhin räumte er aber die rechtspolitische Zweckmäßigkeit der hierarchischen Gewaltenteilung in der Demokratie ein: z.B. *H. Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1923/24, 374 – Neudruck in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Anm. 3) II 1625; *H. Kelsen*, Staatslehre (Anm. 15) 255 ff.

22 Z.B. *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (6. Aufl., 1971) 95 f., 100 f.

23 Diese behauptete – in bewußtem Gegensatz zur materiellen „Rechtsstaatsideologie“ – die Identität von Staat und Recht; der Ausdruck „Rechtsstaat“ war daher eine Tautologie und jeder Staat notwendigerweise ein Rechtsstaat: z.B. *Kelsen*, Staatslehre (Anm. 15) 91; *Kelsen*, Rechtslehre (Anm. 20) 314; *Merkl* (Anm. 10) 1953 f.

24 *R. Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 113, unter Berufung auf *Merkl* (Anm. 10) 1955.

25 *Klecatsky*, Rechtsstaat (Anm. 11) 22; *Adamovich*, Handbuch (Anm. 22) 96, 105; *E. Loebenstein*, Der Rechtsstaat, in: H. Schambeck (Hrsg.), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 253 (256 f.); *Adamovich/Funk* (Anm. 2) 135; *G. Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in: FS Walter (1991) 272; *A. Kobzina*, Die rechtsstaatliche Verfassung und was daraus geworden ist, in: FS Walter (1991) 331; *B.-C. Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht (8. Aufl., 1995) Rz. 95, 111.

26 Z.B. *L. Werner/H. Klecatsky*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (1961) 146; *Merkl*, Baugesetze (Anm. 11); *Walter*, Bundesverfassungsrecht (Anm. 24) 111; *H. Klecatsky*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (2. Aufl., 1973) 246; *H. Klecatsky/S. Morscher*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (3. Aufl., 1982) 340; *Walter/Mayer* (Anm. 2) Rz. 162 ff.; *Öhlinger*, Verfassungsrecht (Anm. 11) 30 ff.

27 *Adamovich* (Anm. 22) 96 f.; *Loebenstein* (Anm. 25) 256; *Klecatsky/Morscher* (Anm. 26) 316; *Adamovich/Funk* (Anm. 2) 135; vgl. auch Anm. 11 am Schluß.

keit verstanden wurde<sup>28</sup> – nur handelt es sich nun um den Rechtsstaatsbegriff einer konkreten Verfassung: des B-VG.<sup>29</sup>

Das zeigen schließlich auch die Diskussionen über die verfassungsrechtliche Bewältigung des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union. Soweit ersichtlich, hat niemand behauptet, daß die Gemeinschaftsrechtsordnung rechtsstaatswidrig sei. Trotzdem hat man sich darauf geeinigt, daß der Beitritt auch einen wesentlichen Eingriff in das rechtsstaatliche Prinzip bewirkt, weil unter anderem das strenge österreichische Gesetzmäßigkeitsprinzip durch das weniger strenge des Gemeinschaftsrechts verdrängt und das Normenkontrollmonopol des VfGH sowie bei der Erzeugung von Gemeinschaftsrecht die Gewaltenteilung beseitigt wird.<sup>30</sup> Auch Regierung und Parlament haben sich diesen Standpunkt zu eigen gemacht.<sup>31</sup> Daher wurde das Bundesverfassungsgesetz,<sup>32</sup> mit dem die zuständigen österreichischen Organe zum Abschluß des Beitrittsvertrages<sup>33</sup> ermächtigt wurden, als Gesamtänderung der Bundesverfassung einer Volksabstimmung unterworfen. Daraus geht hervor, daß das B-VG nicht nur „Rechtsstaatlichkeit“ schlechthin verlangt, sondern eine ganz bestimmte Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips enthält.

### 3. Rechtsstaatlichkeit in der verfassungsgerichtlichen Praxis

Was die Rechtsstaatlichkeit der österreichischen Verfassungsordnung ausmacht, bleibt in den genannten allgemeinen Darstellungen der Lehre eher vag. Schärfere Konturen erhält sie in den Äußerungen zu einzelnen ihrer Elemente und vor allem durch die Rechtsprechung der Gerichte. Die folgende – grobe – Zusammenfassung des heutigen Standes orientiert sich an der verfassungsrechtlichen Judikatur zu den in der Lehre genannten Rechtsstaatselementen. Der demokratische Aspekt bleibt dabei aber ebenso ausgeblendet wie die manchmal zum Rechtsstaatsprinzip gezählten<sup>34</sup> Gebarungs- und Mißstandskontrollen der Verwaltung durch den Rechnungshof und die Volksanwaltschaft. Die Grundrechte werden nicht für sich, sondern nur soweit behandelt, als aus ihnen allgemeine rechtsstaatliche Postu-

late abgeleitet werden. Nicht in allen der im folgenden zitierten Entscheidungen findet sich schließlich ein ausdrücklicher Bezug zur Rechtsstaatlichkeit; jene Erkenntnisse, auf die das zutrifft, sind hervorgehoben.<sup>35</sup>

#### 3.1. Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung, Gesetzmäßigkeit von Justiz und Verwaltung

Alle Akte staatlicher Organe müssen im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein; sie müssen jeweils in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen werden.<sup>36</sup> Im einzelnen:

Eine Gesamtänderung der Verfassung ist nur aufgrund einer Volksabstimmung zulässig; Teiländerungen der Verfassung – innerhalb und außerhalb des B-VG<sup>37</sup> – müssen der aus den Grundprinzipien oder „Baugesetzen“ der Verfassung bestehenden Grundordnung entsprechen (Art. 44 Abs. 3 B-VG).<sup>38</sup> Das gilt allerdings nur für nachträgliche Änderungen des Verfassungsrechts, nicht jedoch für bereits in der Stammfassung des B-VG enthaltene oder von dieser im Verfassungsrang rezipierte Bestimmungen.<sup>39</sup> Die Vorschrift des Art. 44 Abs. 3 B-VG über die erschwerte Änderbarkeit des Verfassungskerns ist selbst Teil der verfassungsrechtlichen Grundordnung und könnte daher ebenfalls nur im Wege einer Gesamtänderung der Verfassung, also nach einer Volksabstimmung, beseitigt werden.<sup>40</sup>

Alle Gesetze müssen in formeller und materieller Hinsicht mit der Bundesverfassung vereinbar sein (Art. 140 B-VG). Das gilt auch für Landesgesetze – die auch dem Landesverfassungsrecht nicht widersprechen dürfen – und für das Landesverfassungsrecht selbst (Art. 99 Abs. 1 B-VG).<sup>41</sup> Landesausführungsgesetze (Art. 12 B-VG) müssen außerdem mit den entsprechenden Grundsatzgesetzen des Bundes

28 Vgl. Anm. 15.

29 Vgl. z.B. Antoniolli (Anm. 19) 38 ff.

30 Z.B. Öhlinger (Anm. 9) 58 ff.; T. Öhlinger, Verfassungsfragen zwischen Brüssel und Wien, Europäische Zeitschrift des Öffentlichen Rechts 1993, 143 (161 ff.) m.w.N.

31 So die Regierungsvorlage zum Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt (Nr. 1546 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, 18. GP) 3 f., und der Ausschußbereich zum Beitrittsvertrag (Nr. 25 der Beilagen, 19. GP) 17. Im erstgenannten Dokument wird auch folgende Zusammenfassung des rechtsstaatlichen Prinzips gegeben: „Für das rechtsstaatliche Prinzip der österreichischen Bundesverfassung sind insbesondere die hierarchische Gliederung der Rechtsquellen, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Legalitätsprinzip), die Einrichtung einer unabhängigen Gerichtsbarkeit, die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Grund- und Freiheitsrechten, die Existenz von besonderen Rechtsschutz- und Kontrollinstitutionen in Form der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der sonstigen Gebarungs- und Mißstandskontrolle bedeutsam.“ Außerdem wird angemerkt: „Es kann freilich keinem Zweifel unterliegen, daß die Rechtsordnung der Europäischen Union besonderen rechtsstaatlichen Erfordernissen genügt.“

32 BGBl. 1994/774.

33 BGBl. 1995/45.

34 Z.B. Adamovich/Funk (Anm. 2) 135.

35 Vgl. auch die Zusammenstellung dieser Entscheidungen bei Hiesel (Anm. 9) 136 ff., und die allgemeine Rechtsprechungsübersicht bei H. Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkomentar (1994).

36 VfSlg. 2455/1952 (siehe bei Anm. 17), 2929/1955, 8279/1978, 11.196/1986.

37 Das österreichische Verfassungsrecht ist nicht in einer Urkunde – dem B-VG – konzentriert, sondern besteht auch aus einer Vielzahl von anderen Verfassungsgesetzen, verfassungsändernden Staatsverträgen und einzelnen Verfassungsbestimmungen in anderen Gesetzen und Staatsverträgen. Das macht das Verfassungsrecht extrem unübersichtlich und stellt für sich ein vielbeklagtes rechtsstaatliches Problem dar; z.B. H. Klecatsky, Hat Österreich eine Verfassung? in: H. Klecatsky (Anm. 11) 329; R. Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1994); R. Novak/B. Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1994).

38 Z.B. VfSlg. 1708/1948, 2455/1952, 11.584/1987, 11.756/1988, 11.829/1988; ursprünglich hatte der VfGH keine Möglichkeit zu einer Prüfung von Verfassungsrecht gesehen: VfSlg. 1607/1948; ähnlich noch VfSlg. 5359/1966; zur Entwicklung der Lehre in diesem Bereich Hiesel (Anm. 9) 67 ff.

39 VfSlg. 11.888/1988, 12.223/1989; jeweils zum Gesetz vom 3. 4. 1919 betreffend die Landesverweisung und die Übernahme des Vermögens des Hauses Habsburg-Lothringen.

40 Eine Äußerung des VfGH dazu gibt es nicht; diese Ansicht wird aber – aus teleologischen Gründen – fast einhellig von der Lehre vertreten; z.B. Adamovich/Funk (Anm. 2) 98 f.; Walter/Mayer (Anm. 2) Rz. 146; weitere Nachweise bei Hiesel (Anm. 9) 71.

41 Z.B. VfSlg. 5676/1968.

in Einklang stehen.<sup>42</sup> Für die Erlassung von Bundes(verfassungs)gesetzen enthält das B-VG ausführliche Verfahrensbestimmungen (Art. 41 ff.).

Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden (Art. 18 Abs. 1 B-VG). Die Gesetzgebundenheit (im Sinne eines Vorbehalts des Gesetzes) gilt jedoch trotz dieser Formulierung nicht nur für die Verwaltung (einschließlich der Selbstverwaltungskörper<sup>43</sup>); Art. 18 B-VG legt bloß für die Verwaltung ausdrücklich fest, was das rechtsstaatliche Prinzip für die gesamte Vollziehung, also auch die Gerichtsbarkeit, fordert.<sup>44</sup> Jeder Vollzugsakt muß daher formell und materiell auf das Gesetz zurückführbar sein. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip bindet aber auch die Gesetzgebung selbst: Es verlangt ausreichend bestimmte gesetzliche Regelungen des Inhalts, der Zuständigkeit und des Verfahrens als Grundlage des Vollzugshandelns. Was „ausreichend“ bestimmt ist, läßt sich kaum in eine generelle Formel fassen. Die – schwankende – verfassungsgerichtliche Judikatur stellt teils auf die Vorhersehbarkeit des Behördenhandelns für die Betroffenen, teils auf die Kontrollierbarkeit der Gesetzesbindung durch den VfGH selbst ab.<sup>45</sup> Im allgemeinen sind die Anforderungen eher streng; besonders streng bei Gesetzen, die nicht bloß zufällig und ausnahmsweise, sondern geradezu in der Regel in Grundrechte eingreifen,<sup>46</sup> und – abgeleitet aus der auch auf den Bereich der Verwaltung erstreckten Garantie einer Entscheidung durch den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) – bei der Festlegung von behördlichen Zuständigkeiten.<sup>47</sup> Das Verwaltungshandeln kann auch nur durch die gesetzliche Vorgabe von Zielen bestimmt werden („finale Programmierung“), wenn der Gesetzgeber festlegt, von welchen Sachverhaltselementen die Behörde auszugehen hat; besonders wichtig sind dann die verfahrensrechtlichen Bindungen.<sup>48</sup> Unbestimmte Rechtsbegriffe dürfen verwendet werden, solange ihre Häufung nicht zu allzugroßer Unbestimmtheit führt.<sup>49</sup> Auch die Einräumung von Ermessen ist zulässig (Art. 130 Abs. 2 B-VG), wenn klar ist, daß und inwieweit Ermessen eingeräumt wird und gleichzeitig Richtlinien für seine Ausübung gegeben werden, deren Einhaltung dann der gerichtlichen Überprü-

42 Z.B. VfSlg. 3744/1960, 5921/1969.

43 VfSlg. 7837/1976, 10.389/1985, 13.448/1993, 13.464/1993.

44 VfSlg. 12.185/1989 zu Art. 18 B-VG als Sitz oder Bestandteil des rechtsstaatlichen Prinzips vgl. auch z.B. VfSlg. 4020/1961, 4181/1962, 5320/1966. Die Gesetzesbindung kann die Notwendigkeit der Auslegung natürlich nicht beseitigen; hier sind die üblichen Methoden zulässig (vgl. z.B. VfGH 20.6.1994, B 473/1992 = JE 1994/2/1158). Rechtsfortbildung über den möglichen Wortsinne einer Norm hinaus – z.B. durch Analogie oder teleologische Reduktion – wird zur Schließung „planwidriger Lücken“, ausgenommen im Strafrecht zuungunsten des Beschuldigten, ebenfalls akzeptiert – z.B. VfSlg. 1916/1950, 9748/1983, 10.072/1984, 10.720/1985; VfGH 12.5.1964, 2261/63 = ZVR 1965/31; im Privatrecht ist sie sogar gesetzlich vorgeschrieben (§ 7 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch). Gerade die Praxis des VfGH selbst folgt dabei keiner einheitlichen Linie – vgl. z.B. *Walter/Mayer* (Anm. 2) Rz. 133 ff.; in letzter Zeit unterliegt sie auch einem grundlegenden Stilwandel; dazu unten bei Anm. 121.

45 Z.B. VfSlg. 176/1923, 4020/1961, 4139/1962, 4181/1962, 11.072/1986, 11.937/1988, 12.133/1989, 12.185/1989; VfGH 14.12.1994, G 168, 169/94 = JE 1995/2/1277.

46 VfSlg. 10.737/1985, 11.044/1986, 11.455/1987, 13.336/1993.

47 VfSlg. 3156/1957, 6675/1972, 8349/1978, 9937/1984, 10.311/1984, 11.287/1987; VfGH 24.6.1994, G 20-23/94 O JE 1994/2/1145.

48 Z.B. VfSlg. 8280/1978, 8389/1978, 10.313/1984, 10.711/1985; VfGH 2.3.1995, G 289/94 u.a. = JE 1995/2/1294.

49 Z.B. VfSlg. 10.296/1984, 11.239/1987, 11.859/1988, 12.133/1989, 12.393/1990.

fung unterliegt.<sup>50</sup> Eine durch einen Staatsvertrag bewirkte Ausnahme vom rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot hat der VfGH schließlich für zulässig erklärt, weil der Vertrag im Verfassungsrang steht und einen verhältnismäßig geringen sachlichen Geltungsbereich aufweist.<sup>51</sup>

Gesetzliche Vorschriften müssen nicht nur ausreichend bestimmt sein, sondern auch ein Mindestmaß an Verständlichkeit aufweisen:

„Eine Vorschrift, zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung und geradezu archivarischer Fleiß von Nöten sind, ist keine verbindliche Norm.“<sup>52</sup>

Ein besonderes Klarheitsgebot für Strafvorschriften leitet der VfGH aus Art. 7 EMRK ab.<sup>53</sup> Wenn im Gesetz auf andere Vorschriften verwiesen wird, müssen diese genau und unter Nennung der Fundstelle angegeben sein.<sup>54</sup>

Ob das Legalitätsprinzip (als Vorbehalt des Gesetzes) auch für die Verwaltungstätigkeit des Staates in Privatrechtsform (und damit für weite Bereiche der Leistungsverwaltung) gilt, ist nach wie vor eine der umstrittensten Fragen des österreichischen Verfassungsrechts; überwiegend wird sie – trotz der Formulierung des Art. 18 Abs. 1 B-VG – aus historischen Gründen verneint.<sup>55</sup>

Jede Verwaltungsbehörde hat das Recht, innerhalb ihres Wirkungsbereiches (Durchführungs-)Verordnungen<sup>56</sup> zu erlassen. Das darf aber nur „auf Grund der Gesetze“ geschehen (Art. 18 Abs. 2 B-VG); das Legalitätsprinzip gilt somit für Verordnungen ebenso wie für individuelle (hoheitliche) Verwaltungsakte. Verordnungen dürfen also gesetzliche Regelungen nur präzisieren; ihr Inhalt muß durch das Gesetz – ausreichend – vorbestimmt sein.<sup>57</sup> Ein eigenes Verfahren ist für die Erlassung von Verordnungen allgemein nicht vorgesehen; doch gibt es einzelne gesetzliche Vorschriften z.B. über Anhörungsrechte oder die Auflage von Entwürfen zur öffentlichen Einsicht, die dann natürlich zu beachten sind.<sup>58</sup> Jedenfalls aber hat die Behörde die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für die Verordnungserlassung umfassend und objektiv nachvollziehbar zu ermitteln.<sup>59</sup>

50 VfSlg. 4308/1962, 4660/1964, 5101/1965, 7379/1974, 12.399/1990, 12.497/1990.

51 VfSlg. 12.281/1990.

52 VfSlg. 3130/1956; vgl. auch VfSlg. 3207/1957, 12.420/1990, 13.000/1992; VfGH 8.3.1994, V 115/92 = JE 1994/2/1120.

53 VfSlg. 11.776/1988, 13.012/1992, 13.233/1992.

54 VfSlg. 12.293/1990, 12.947/1991; VfGH 16.3.1994, G 135/93 u.a.; vgl. auch VfGH 30.9.1995, V 41/94 = JE 1995/2/1347, zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an zeichnerische Darstellungen in Planungsakten.

55 Der VfGH hat allerdings eine eindeutige Festlegung vermieden; vgl. aber VfSlg. 11.924/1988, 11.873/1988; und zuletzt *K. Korinek/M. Haloubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 69 m.w.N.; eindeutig (negativ) der OGH 26.4.1983 Evidenzblatt 1983/105; 19.12.1989 Wirtschaftsprüfung Blätter 1990, 114.

56 Daneben ermächtigen einzelne Verfassungsvorschriften bestimmte Verwaltungsbehörden in einigen Fällen auch zur Erlassung bestimmter Verordnungen ohne eigene gesetzliche Grundlage; z.B. Art. 18 Abs. 3-5, Art. 118 Abs. 6 B-VG.

57 VfSlg. 7251/1974, 11.072/1986, 11.547/1987, 11.859/1988, 12.133/1989; VfGH 22.6.1995, G 297/94 = JE 1995/2/1306; VfGH 27.9.1995, G 1219-1244/95 u.a. = JE 1995/2/1340; siehe auch Anm. 45-49.

58 Z.B. VfSlg. 9598/1982, 10.316/1985, 10.694/1985, 12.785/1991.

59 Z.B. VfSlg. 9582/1982, 10.313/1984, 11.972/1989.

### 3.2. Zugänglichkeit von Rechtsvorschriften

Generelle Rechtsvorschriften müssen öffentlich kundgemacht werden (Art. 49, 89, 97, 139 Abs. 3 B-VG).<sup>60</sup> Ist für Verordnungen keine besondere Form der Kundmachung gesetzlich geregelt (etwa durch Verlautbarung in einem Gesetzblatt oder Anschlag an einer Amtstafel), hat sie ortsüblich zu erfolgen.<sup>61</sup> Verweisungen auf nicht publizierte Vorschriften sind unzulässig.<sup>62</sup>

### 3.3. Gewaltenteilung

Das B-VG sieht eigene Gesetzgebungs- und Verwaltungsorgane vor. Eine echte Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung existiert jedoch – dem grundsätzlich parlamentarischen Regierungssystem entsprechend – nicht, weil die Regierung vom Vertrauen der Mehrheit im Nationalrat abhängt (Art. 74 B-VG); auch besteht keine Unvereinbarkeit der Mitgliedschaft in gesetzgebenden Körperschaften mit Regierungsfunktionen. Aus rechtsstaatlicher Sicht wesentlicher ist die Trennung von Justiz und Verwaltung (Art. 94 B-VG für die ordentliche Gerichtsbarkeit; VwGH und VfGH werden in einem eigenen Abschnitt des B-VG behandelt), da die Verwaltungsorgane in der Regel weisungsgebunden (Art. 20 B-VG), die Richter jedoch, soweit sie nicht als Einzelrichter Justizverwaltungsgeschäfte führen, unabhängig und außerdem besonders gegen Versetzung und Entlassung geschützt sind (Art. 87, 88 B-VG, gemäß Art. 134 Abs. 6 und 147 Abs. 6 auch auf VwGH und VfGH anwendbar). Art. 94 B-VG verlangt, daß jede Behörde entweder Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, nicht aber beides zugleich ist.<sup>63</sup> Verstärkt wird die Trennung durch Bestimmungen über die Unvereinbarkeit mit Regierungsfunktionen und der Mitgliedschaft in gesetzgebenden Körperschaften für Richter des Obersten Gerichtshofes (Art. 92 Abs. 2 B-VG; ebenso für den VwGH und den VfGH in Art. 134 Abs. 4 und 147 Abs. 4 B-VG). Instanzenzüge oder Weisungen zwischen Verwaltung und Justiz sind unzulässig.<sup>64</sup>

Die Trennung der Staatsgewalten ist grundsätzlich organisatorischer Art. Verfassungsrechtliche Vorschriften, die den Gewalten bestimmte Aufgaben zuweisen, sind nicht durchgängig vorhanden. Zwar ist klar, daß nur die Parlamente Gesetze im formellen Sinn erlassen dürfen, doch wird mit dem Verordnungsrecht den Verwaltungsbehörden ebenfalls eine materielle Gesetzgebungsfunktion eingeräumt; allerdings kommt ihr wegen der Gesetzesgebundenheit der Verordnungen, von einigen Ausnahmen abgesehen, nur ausführender Charakter zu. Andererseits ist die Gesetzgebung nicht auf die Erlassung genereller Vorschriften beschränkt: Der VfGH hat

60 VfSlg. 3130/1956, 4320/1962 (siehe oben bei Anm. 5), 4865/1964, 5320/1966, 5722/1968, 7375/1975, 8997/1980, 10.911/1986, 12.173/1989.

61 VfSlg. 6843/1972, 12.281/1990.

62 VfSlg. 12.080/1989.

63 VfSlg. 4455/1963, 12.073/1989, 12.929/1991; vgl. auch VfSlg. 13.232/1992.

64 Z.B. VfSlg. 3236/1957, 4836/1964, 7882/1976, 9590/1982. Keinen Verstoß gegen Art. 94 B-VG sieht der VfGH allerdings dann, wenn der Bescheid der Verwaltungsbehörde bereits in dem Zeitpunkt ex lege außer Kraft tritt, in dem die gesetzlich vorgesehene Gerichtsstanz zu einer neuerlichen Entscheidung angerufen wird: VfSlg. 3236/1957, 4359/1963, 10.452/1985.

bei der Prüfung eines Individualgesetzes den Vorwurf des Widerspruchs zum rechtsstaatlichen Prinzip nicht geteilt.<sup>65</sup> Die Erlassung von Verordnungen ist dem Nationalrat allerdings – ohne eigene verfassungsrechtliche Grundlage – verboten.<sup>66</sup> Das Fehlen materieller Gewaltenteilungsvorschriften betrifft aber vor allem das Verhältnis von Verwaltung und (ordentlicher) Gerichtsbarkeit: Während die Aufgaben des VwGH und des VfGH verfassungsrechtlich festgelegt sind (Art. 130 ff., 137 ff.), enthält Art. 94 B-VG nämlich keine Aufgabenzuweisung und ordnet auch nicht an, daß bestimmte Angelegenheiten von der Gesetzgebung den ordentlichen Gerichten – und nicht Verwaltungsbehörden – zu übertragen sind.<sup>67</sup> Ansätze dazu ergeben sich allerdings aus der Bestimmung des Art. 92 Abs. 1 B-VG, die den Obersten Gerichtshof als oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen vorsieht, und aus der Einsetzung von Geschworenen- und Schöffengerichten für bestimmte schwerere Delikte (Art. 91 B-VG). Der VfGH hat auf dieser Grundlage entschieden, daß die Verhängung schwerer Strafen überhaupt der Gerichtsbarkeit übertragen werden muß.<sup>68</sup>

Am wichtigsten in dieser Hinsicht sind jedoch zweifellos die – in Österreich im Verfassungsrang stehenden – Vorschriften der Art. 5 und 6 Abs. 1 EMRK, die freiheitsentziehende Maßnahmen grundsätzlich an einen richterlichen Befehl binden und die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen und über strafrechtliche Anklagen unabhängigen und unparteiischen Gerichten („Tribunalen“) vorbehalten. Auf der Grundlage der weiten Auslegung des Strafrechts- und Zivilrechtsbegriffs durch die Straßburger Instanzen und der beschränkten Reichweite des österreichischen – zu Art. 5 EMRK abgegebenen, aber von der Rechtsprechung auch auf den Strafrechtsbereich des Art. 6 EMRK erstreckten – Vorbehalts hat der VfGH in einigen Fällen die traditionelle Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafen für Ordnungswidrigkeiten („Verwaltungsstrafrecht“) und zur Entscheidung über bestimmte Angelegenheiten aus dem Kernbereich des Zivilrechts für verfassungswidrig erkannt, weil die Kontrolle der verwaltungsbehördlichen Entscheidungen durch VwGH und VfGH sich nicht auf den gesamten Tatsachen- und Rechtsfragenbereich erstreckt und nur zur Neuentscheidung durch die Verwaltungsbehörde führen kann, nicht aber eine gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst bringt.<sup>69</sup> Im Strafrechtsbereich führten diese Schwierigkeiten zu gesetzlichen Konsequenzen: Das Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit<sup>70</sup> behält freiheitsentziehende Maßnahmen in Anlehnung an Art. 5 und 6 EMRK nunmehr im wesentlichen den Gerichten vor. Gleichzeitig wurden Unabhängige Verwaltungssenate (Art. 129a ff. B-VG) als allgemeine Berufungsbehörden für das Verwaltungsstrafrecht geschaffen; es handelt sich dabei um weisungsfreie und mit Garantien der Unabhän-

65 VfSlg. 3118/1956.

66 VfSlg. 2473/1953, 2542/1953, 3119/1956.

67 VfSlg. 3121/1956, 3767/1960, 4236/1962.

68 VfSlg. 12.151/1989.

69 Strafrecht: VfSlg. 11.506/1987, 11.569/1987, 11.776/1988, 11.917/1988; Zivilrecht: VfSlg. 11.211/1987; 11.591/1987, 11.646/1988, 11.760/1988, 11.762/1988, 12.003/1989, 12.083/1989, 12.470/1990, 12.774/1991, 12.933/1991, 13.001/1992.

70 BGBl. 1988/684.

gigkeit ausgestattete Verwaltungsbehörden mit voller Kognitionsbefugnis, die dem Tribunalbegriff des Art. 6 EMRK Genüge tun sollen. Im Zivilrechtsbereich ist die Lage etwas anders. Hier ist der VfGH der Rechtsprechung der Straßburger Instanzen nämlich nicht völlig gefolgt: Er verneint den Zivilrechtscharakter von Ansprüchen, die nach österreichischer Tradition im öffentlichen Recht wurzeln und von Entscheidungen, die zivile Rechte nur in ihren mittelbaren Auswirkungen berühren („Randbereich des Zivilrechts“) und läßt in diesen Fällen die nur nachprüfende Kontrolle von VfGH und VfGH genügen.<sup>71</sup> Eine volle Anwendung des Art. 6 EMRK auch in diesem Bereich stehe im Widerspruch zum österreichischen Staatsorganisationsrecht; die Entscheidung durch Verwaltungsbehörden sei hier „verfassungsrechtlich nachgerade geboten“; sollte sich aus der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte anderes ergeben, möchte der VfGH

„allerdings nicht versäumen darauf hinzuweisen, daß die dann anzunehmende Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung nach dem derzeitigen Stand seiner Überlegungen nur das Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung durch die Konventionsorgane sein könnte und sich daher die – hier nicht zu beantwortende – Frage stellen würde, ob nicht die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe auf verfassungsrechtlichem Gebiet an ein internationales Organ als Ausschaltung des Verfassungsgesetzgebers eine Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG wäre und einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bedürft hätte.“<sup>72</sup>

### 3.4. Gerichtsbarkeit

Für die ordentliche Gerichtsbarkeit normiert Art. 83 Abs. 1 B-VG zunächst ausdrücklich die bereits allgemein aus Art. 18 B-VG abgeleitete Pflicht zur gesetzlichen Festlegung der Zuständigkeiten. Eine eigene Militärgerichtsbarkeit ist in Friedenszeiten ausgeschlossen (Art. 84 B-VG). Seinem gesetzlichen Richter darf niemand entzogen werden (Art. 83 Abs. 2 B-VG); diese Bestimmung schließt nicht nur Ausnahmerichte aus, sondern gewährleistet nach der Rechtsprechung auch ein Grundrecht auf Entscheidung durch die zuständige (Gerichts- oder Verwaltungs-)Behörde überhaupt, das unter anderem dann verletzt wird, wenn sich eine Behörde eine Zuständigkeit anmaßt, die ihr nach dem Gesetz nicht zukommt, insbesondere ohne gesetzliche Grundlage Strafen verhängt oder Befehls- und Zwangsgewalt ausübt, wenn sie gesetzwidrigerweise eine Sachentscheidung oder die Parteilassung des Betroffenen (und damit seine Mitwirkungsrechte im Verfahren) verweigert und wenn eine unrichtig zusammengesetzte Kollegialbehörde oder ein (z.B. wegen Befangenheit) ausgeschlossenes Organ entscheidet.<sup>73</sup> Für die ordentliche Gerichtsbarkeit gelten weiters die Grundsätze der festen Geschäftsverteilung im voraus (Art. 87 Abs. 3 B-VG) sowie – mit gesetzlich festzulegenden Ausnahmen

71 VfSlg. 10.913/1986, 11.500/1987, 11.645/1988, 11.937/1988, 12.082/1989, 12.193/1989, 12.384/1990, 13.081/1992, 13.130/1992; VfGH 15.12.1994, B 940/93, 712/94 = JE 1995/2/1260.

72 VfSlg. 11.500/1987.

73 VfSlg. 9696/1983, 11.405/1987; 10.137/1984; 10.020/1984; 11.827/1988, 11.958/1989; 9094/1981, 9923/1984; 11.336/1987, 11.350/1987; 6123/1970, 7360/1974; VfGH 28.11.1994, B 19, 20/94 = JE 1995/2/1246; um eine „dem rechtsstaatlichen Prinzip abträgliche Rechtsunsicherheit“ zu vermeiden, läßt der VfGH allerdings Rechtswidrigkeiten bei der Konstituierung von Verwaltungsträgern nicht auf die Rechtmäßigkeit der von diesen Organen erlassenen Akte durchschlagen: VfSlg. 12.871/1991.

– der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens (Art. 90 Abs. 1 B-VG; vgl. auch Art. 6 EMRK und den österreichischen Vorbehalt dazu). Im gerichtlichen Strafverfahren müssen nach dem Prinzip des Anklageprozesses die Funktionen von Ankläger und Richter getrennt sein (Art. 90 Abs. 2 B-VG). Der – auch für das Verwaltungsstrafrecht geltende – materielle Aspekt des Anklageprinzips verbietet, jemanden zur Selbstbeichtigung zu zwingen oder Unterlagen zu beschlagnahmen, die jemand seinem Vertreter im Vertrauen auf dessen Verschwiegenheitspflicht übergeben hat.<sup>74</sup> Die Todesstrafe ist unzulässig (Art. 85 B-VG; Art. 16 ZPEMRK).

Zu den Regeln des B-VG kommen jene der EMRK, deren Anwendungsbereich, wie gesagt, über die ordentliche Gerichtsbarkeit hinausgeht. Der VfGH hat aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) abgeleitet, daß die Betroffenen ihre Rechte effektiv vertreten und zu strittigen Tatsachen Stellung nehmen können müssen; auch der äußere Anschein eines fairen Verfahrens muß gewahrt sein; ein Beschuldigter darf nicht gezwungen werden, Beweise gegen sich selbst zu liefern.<sup>75</sup> Die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK bürdet der Behörde die Beweislast auf; Rechts- und Tatsachenvermutungen sind in vernünftigen Grenzen allerdings zulässig.<sup>76</sup> Ebenfalls aus Art. 6 Abs. 2 EMRK ergibt sich das Verbot der Berücksichtigung nicht rechtskräftiger Vorstrafen bei der Bemessung neuer Strafen.<sup>77</sup> Zu den strafprozessualen Mindestrechten des Art. 6 Abs. 3 EMRK hat der VfGH entschieden, daß der Beschuldigte Entlastungsmaterial innerhalb angemessener Zeit herbeizuschaffen hat<sup>78</sup> und daß die Beschlagnahme von Unterlagen bei einem Anwalt unzulässig ist.<sup>79</sup> Zu dem Art. 7 EMRK entnommenen, über das dort normierte Rückwirkungsverbot aber hinausgehende Klarheitsgebot für Strafrechtsnormen vgl. oben bei Anm. 53.

### 3.5. Verwaltung

Wie bereits erwähnt, gelten viele der angeführten Regeln nicht nur für die Justiz, sondern auch für die Verwaltung. Für die Vorschriften der EMRK ist die innerstaatliche Gewaltenteilung ohnehin irrelevant; die entsprechenden Bestimmungen haben jeweils ihren eigenen, „autonom“ bestimmten Anwendungsbereich, der sich auch auf Verwaltungsentscheidungen erstrecken kann. Der VfGH hat aber auch eine Reihe von Vorschriften des B-VG, die im Abschnitt über die Gerichtsbarkeit enthalten sind, auf die Verwaltung anwendbar erklärt; dazu gehören die aus dem Gebot der Entscheidung durch den gesetzlichen Richter abgeleiteten Regeln und das materielle Anklageprinzip. Nicht auf die Verwaltungsbehörden übertragbar sind dagegen der formelle Anklagegrundsatz und das Gebot der festen Geschäftsverteilung;<sup>80</sup> letzteres gilt allerdings für die Unabhängigen Verwaltungssenate (Art. 129b

74 VfSlg. 9950/1984, 10.394/1985, 11.829/1988, 11.923/1988; 10.291/1984.

75 VfSlg. 10.291/1984; 12.649/1991; 10.701/1985, 11.131/1986; 12.454/1990.

76 VfSlg. 12.649/1991.

77 VfSlg. 8483/1979, 8505/1979.

78 VfSlg. 10.067/1984.

79 VfSlg. 10.291/1984.

80 VfSlg. 4557/1963, 12.462/1990; 5095/1965, 5684/1968, 9387/1982, 12.407/1990, 12.462/1990.



Abs. 2 B-VG). Während die Prozeßförmlichkeit der gerichtlichen Verfahren bei Inkrafttreten des B-VG bereits eine Selbstverständlichkeit war, wurde das Verwaltungsverfahren für die wichtigsten Bereiche „erst“ 1925 gesetzlich geregelt.<sup>81</sup> Nach der Rechtsprechung haben jedoch auch dort, wo diese Gesetze nicht anwendbar sind, die in ihnen umgesetzten „Verfahrensgrundsätze, die sich schon aus dem Wesen jedes rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens“ ergeben, Anwendung zu finden; zu ihnen gehören das Parteiengehör, der Ausschluß von Verwaltungsorganen wegen Befangenheit, die Pflicht, Bescheide zu begründen und die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei schuldloser Fristversäumnis.<sup>82</sup> Auch die Nichtbeachtung der „Minimalanforderung“ nach der Nennung der gesetzlichen Grundlage des Bescheides widerspricht den Postulaten der Bundesverfassung „aus rechtsstaatlicher Sicht“.<sup>83</sup> Ein Übergang der Zuständigkeit bei Säumigkeit der Behörde an die Oberbehörde (wie im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehen) folgt ohne eigene gesetzliche Grundlage jedoch nicht aus dem Wesen des Rechtsstaats,<sup>84</sup> und in Verfahrensregeln, die Asylbewerber in bestimmter Hinsicht schlechter stellen als Parteien in anderen Verfahren, sieht der VfGH keinen Widerspruch zum Rechtsstaatsgebot.<sup>85</sup> Der VfGH nimmt auch an, daß die Verfassung, insbesondere das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, und auch das rechtsstaatliche Prinzip die gesetzliche Einräumung von Mitwirkungsrechten im Verfahren nicht verlangen; der Ausschluß der Parteistellung oder von einzelnen Parteirechten ist verfassungsrechtlich allerdings dann zu beanstanden, wenn er unsachlich und damit gleichheitswidrig erfolgt; in aller Regel wird daher die Zuerkennung subjektiver Rechte auch die Zuerkennung von Parteirechten erfordern; die Parteistellung bietet dem Verfahrensbeteiligten dann die Möglichkeit, seine Einschätzung der Sach- und Rechtslage darzutun und der Behörde alle zweckdienlichen Beweismittel und sonstigen Erkenntnisquellen an die Hand zu geben sowie gegebenenfalls auch Rechtsmittel zu ergreifen; „soweit die Parteistellung aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist, muß sie dem Betroffenen daher diese – vom rechtsstaatlichen Gebot geforderte – Möglichkeit eröffnen“; schließlich darf sie auch nicht durch die Bindung der Behörde an die Ergebnisse eines anderen Verfahrens, an dem der Betroffene nicht beteiligt war, ausgehöhlt werden.<sup>86</sup>

### 3.6. Rechtsschutz

Der VfGH hat bereits in seiner ersten einschlägigen Entscheidung den Bestand von „wirksamen Rechtsschutzeinrichtungen“ zum Inhalt des rechtsstaatlichen Prinzips

81 Das wichtigste von ihnen ist das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz, Stammfassung BGBl. 1925/274.

82 VwSlg. 1196 A/1950; ähnlich VwSlg. 15.220 A/1928, 17.960A/1934, 1977 A/1951; VfSlg. 2038/1950, 3438/1958, 7017/1973, VfGH 11.3.1994, B 966/93, B 1089/93 = JE 1994/2/1130.

83 VfGH 11.3.1994, B 966/93, B/1089/93 = JE 1994/2/1130.

84 VfSlg. 4447/1963.

85 VfGH 30.6.1994, B 1219/93 u. a. = JE 1994/2/1148; VfGH 29.8.1994, B 990/93, B 1074/93 = JE 1994/2/1185.

86 VfSlg. 2929/1955, 7128/1973, 8279/1978, 11.934/1988, 12.240/1989; Zitate aus VfSlg. 13.646/1993.

gezählt.<sup>87</sup> In der Tat enthält das B-VG eine ganze Reihe solcher Einrichtungen: die unabhängige Gerichtsbarkeit, der auch die Entscheidung über Ansprüche gegen den nichthoheitlich handelnden Staat und über Amtshaftungsansprüche (Art. 23 B-VG) übertragen ist,<sup>88</sup> die UVS, die vor allem gegen Verwaltungsstrafen und „Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt“ (z.B. Verhaftungen oder Durchsuchungen ohne richterlichen Befehl) angerufen werden können (Art. 129a B-VG), den VwGH, der Bescheide der Verwaltungsbehörden (auch der UVS) kontrolliert und Rechtsschutz gegen verwaltungsbehördliche Säumnisse bietet (Art. 130 B-VG), und den VfGH, dem unter anderem Grundrechtsverletzungen durch Bescheide und die Vereinbarkeit genereller Normen mit höherrangigem Recht, vor allem die Gesetzmäßigkeit von Verordnungen und die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen prüft (Art. 139, 140, 144 B-VG), aber auch über staatsrechtliche Anklagen wegen Rechtsverletzungen gegen oberste Verwaltungsorgane entscheidet (Art. 142 f. B-VG). Das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem weist drei Besonderheiten auf: Erstens gibt es unterhalb der Höchstgerichte keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Statt dessen entscheiden über Rechtsmittel in der Regel zunächst die übergeordneten Verwaltungsbehörden und, soweit sie zuständig sind, die UVS, die zwar über eine gerichtsähnliche Ausstattung, vor allem Weisungsfreiheit, verfügen, aber auch Verwaltungsbehörden sind. Ein Instanzenzug innerhalb der Verwaltung ist zwar regelmäßig vorgesehen, aber – anders als bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit<sup>89</sup> – keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit.<sup>90</sup> Zweitens verbindet das Rechtsschutzsystem zwar objektivrechtliche und subjektivrechtliche Elemente. Für die Anrufung einer Rechtsmittelinstanz durch die Bürger ist aber, von einigen gesetzlich eigens geregelten Sonderfällen abgesehen, immer die – zumindest möglicherweise zutreffende<sup>91</sup> – Behauptung der Verletzung in einem subjektiven Recht notwendig; die Berufung auf Interessen oder Allgemeinbelange reicht nicht aus.<sup>92</sup> Drittens stellt das Verfassungsrecht zwar ein imposantes Arsenal an Rechtsschutzinstrumenten zu Verfügung, das nicht nur die inzidente Normenkontrolle, sondern auch die Anfechtung von unmittelbar wirksamen Verordnungen und Gesetzen durch einzelne Bürger beim VfGH umfaßt. Es gibt – von Art. 6 und 13 EMRK abgesehen<sup>93</sup> – jedoch keine Rechtsschutzgarantie in Form einer Generalklausel. Rechtsschutz gewährt die Verfassung vielmehr gegen einzelne Formen von Rechtsakten: im wesentlichen gegen Bescheide, gegen die erwähnten „Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt“, gegen Verordnungen und gegen Gesetze.

Unter diesen Umständen ist es nicht verwunderlich, daß der VfGH die rechtsstaatliche, weil rechtsschutzgewährleistende Funktion der jeweiligen Form von Rechts-

87 VfSlg. 2455/1952 (siehe oben bei Anm. 17).

88 VfSlg. 6512/1971.

89 Art. 92 B-VG spricht vom Obersten Gerichtshof als „oberster Instanz“; der VfGH leitet daraus in Verbindung mit anderen Bestimmungen einen grundsätzlichen dreigliedrigen Instanzenzug ab: VfSlg. 12.151/1989.

90 VfSlg. 7138/1973; VfGH 30.6.1993, B 302/93.

91 VfSlg. 2386/1952, 5038/1965, 5712/1968, 11.958/1989.

92 VfSlg. 8060/1977, 11.369/1987, 11.580/1987, 11.623/1988.

93 Zu Art. 6 oben nach Anm. 68; Art. 13 spielt in der Rechtsprechung des VfGH keine große Rolle.

akten, vor allem des Bescheides, betont: Individuelle Verwaltungsentscheidungen dürfen nicht dadurch der Rechtskontrolle entzogen werden, daß für sie die „verfassungsgesetzlich vorgesehene Rechtssatzform des Bescheides“ ausgeschlossen wird; ganz allgemein verlangt das Rechtsstaatsgebot, „die behördliche Festlegung von Rechtsfolgen an eine Form zu knüpfen, die einen verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz ermöglicht“. <sup>94</sup> Die gesetzliche Einführung neuer Bescheidformen ist nur zulässig, wenn der verfassungsrechtlich vorgegebene Rechtsschutzstandard dadurch nicht beeinträchtigt wird. <sup>95</sup> Aus demselben Grund darf die Gesetzgebung die Behörden auch nicht zur Erlassung begründungsloser belastender Bescheide ermächtigen <sup>96</sup> oder die Berufungsbehörde auf die Überprüfung „offenkundiger“ Mängel der angefochtenen Entscheidung beschränken. <sup>97</sup> Ebenso ausgeschlossen ist, daß die Gesetzgebung Rechtsakten, die – weil generell und pflichtenbegründend – Verordnungen sind, diese Qualität abspricht. <sup>98</sup> Durch ein Gesetz, das nur organisations- und verfahrensrechtliche Mängel von Verordnungen nachträglich heilt, wird in die Prüfungsbefugnis des VfGH noch nicht in verfassungswidriger Weise eingegriffen; „rechtsstaatlich bedenklich“ wäre es dagegen, wenn ein Gesetz die Rechtmäßigkeit aller Akte bestimmter Art nachträglich herstellen wollte. <sup>99</sup> Die Ermächtigung zum Abschluß von – im B-VG nicht vorgesehenen – öffentlichrechtlichen Verträgen hat der VfGH unter anderem deshalb für rechtsstaatskonform erklärt, weil Streitigkeiten daraus in die Erlassung von Bescheiden münden und damit der Rechtsschutz gewährleistet ist. <sup>100</sup>

Neuere Erkenntnisse legen besonderes Gewicht auf die faktische Effektivität des Rechtsschutzes: Mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar sind der ausnahmslose Ausschluß der aufschiebenden Wirkung von bestimmten Rechtsmitteln und die daraus folgende sofortige Vollstreckbarkeit behördlicher Entscheidungen noch während des anhängigen Verfahrens, <sup>101</sup> die gleiche Zinsenbelastung der gestundeten und der (während des laufenden Rechtsmittelverfahrens) ausgesetzten Forderungen im Abgabenrecht <sup>102</sup> und die gesetzliche Beschränkung der Einsicht in (unveröffentlichte) Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes auf bestimmte Universitätsprofessoren, weil die Möglichkeit der Kenntnis der Judikatur eine Voraussetzung für die Effizienz des Rechtsschutzes darstellt. <sup>103</sup> Eine Erschwerung des Rechtsschutzes durch verpflichtende Vergleichsverhandlungen bei sonstigem Anspruchs-

94 VfSlg. 13.223/1992; VfGH 3.3.1994, G 116/93 = JE 1994/2/1116.

95 VfSlg. 11.590/1987.

96 VfSlg. 12.184/1989.

97 VfSlg. 1.7.1994, G 92,93/94 = JE 1994/2/1149.

98 VfSlg. 12.157/1989.

99 VfSlg. 13.126/1992.

100 VfSlg. 9226/1981; vgl. auch VfGH 29.9.1994, V 85, 86/92 = JE 1995/2/1226 zur Erfüllung rechtsstaatlicher Erfordernisse durch die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der (als Verordnung gedeuteten) Satzungserklärung von Kollektivverträgen.

101 VfSlg. 11.196/1986, 12.683/1991, 13.003/1992, 13.305/1992; ein vorläufig hinzunehmendes Fehlverhalten der Behörde darf auch nicht zu einer nicht mehr bekämpfbaren endgültigen Belastung werden: VfSlg. 13.182/1992.

102 VfGH 30.6.1993, G 275/92 u.a. = ÖJZ 1994, 673.

103 VfSlg. 12.409/1990.

verlust vor dem institutionalisierten Schiedsgericht (in Jagdschadensfällen) ist sachlich nicht begründbar und daher verfassungswidrig. <sup>104</sup>

Als Rechtsschutzeinrichtung kann man auch die Rechtskraft (Bestandskraft) von Bescheiden verstehen. Allerdings hat der VfGH in verschiedenen gesetzlich angeordneten Ausnahmen von diesem Grundsatz keinen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip oder „Grundprinzipien der Verfassung“ überhaupt erblickt; ob das für eine gänzliche Abschaffung der Rechtskraft auch zutrifft, konnte er dabei offenlassen. <sup>105</sup> In einem Fall hat er jedoch Durchbrechungen der Rechtskraft als gleichheitswidrig aufgehoben. <sup>106</sup> Umgekehrt gehört, wie gesagt, die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens für die Parteien zu den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens; <sup>107</sup> Zuständigkeitsvorschriften in diesem Bereich sind so auszulegen, daß „eine dem rechtsstaatlichen Prinzip zuwiderlaufende Rechtsschutzlücke vermieden werden kann“. <sup>108</sup>

Eine besondere Rolle im Rahmen der Rechtsprechung zum Rechtsschutz spielt neuerdings die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle. Grund zu diesbezüglichen Aussagen des VfGH gab die in letzter Zeit zunehmende Praxis der Gesetzgebung, vom VfGH als verfassungswidrig aufgehobene einfachgesetzliche Vorschriften mit der Zwei-Drittel-Mehrheit der großen Koalition als Verfassungsbestimmungen neuerlich in Kraft zu setzen und auf diese Weise unerwünschte verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu korrigieren. <sup>109</sup> Anlässlich der Prüfung solcher Verfassungsbestimmungen wies der VfGH darauf hin, daß diese Vorgangsweise einen Widerspruch zu den leitenden Prinzipien der Bundesverfassung bewirken könnte:

„Zu einem solchen Widerspruch können Eingriffe [...], wie etwa eine Einschränkung der Gesetzesprüfungskompetenz des Verfassungsgerichtshofs oder eine Durchbrechung der Grundrechtsordnung, nicht nur führen, wenn schwerwiegende und umfassende Eingriffe in die Grundprinzipien vorgenommen werden; vielmehr können auch bloß partiell wirkende Maßnahmen – gehäuft vorgenommen – im Effekt zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung führen [...]“. <sup>110</sup>

Das rechtsstaatliche Prinzip wird in diesen Entscheidungen zwar nicht genannt, aber inhaltlich deutlich angesprochen.

### 3.7. Grundrechte

Die beiden letztzitierten Entscheidungen sind auch deshalb bemerkenswert, weil sie den Bestand der Grundrechte zur verfassungsrechtlichen Grundordnung zählen und ihn damit in die Nähe des rechtsstaatlichen Prinzips rücken – und dies anlässlich vergleichsweise geringfügiger Eingriffe in die Erwerbsfreiheit und das Recht, sich selbst nicht belasten zu müssen. Noch kurz zuvor hatte es der VfGH nämlich

104 VfGH 2.3.1995, G 277/94 = JE 1995/2/1179.

105 VfSlg. 4273/1962, 4986/1965, 6150/1979, 6336/1970.

106 VfSlg. 11.865/1988.

107 Anm. 82.

108 VfGH 15.12.1994, B 1054/94 = JE 1995/2/1226; ähnlich VfGH 30.6.1995, K I-6/95 u.a. = JE 1995/2/1301.

109 Zu den einzelnen Fällen und ihrem Hintergrund *Hiesel* (Anm. 9) 16 ff., 161 ff., 177 ff. m.w.N.

110 VfSlg. 11.829/1988; ähnlich schon VfSlg. 11.756/1988; in den konkreten Fällen sah der VfGH diese Schwelle allerdings noch nicht überschritten.

abgelehnt, viel stärkere Einschränkungen des Gleichheitssatzes als mögliche Gesamtänderung der Bundesverfassung zu betrachten; es sei „von vornherein ausgeschlossen, eine Bestimmung der Bundesverfassung am verfassungsgesetzlichen Gleichheitsgebot zu messen“.<sup>111</sup> Ob darin eine Wende der Rechtsprechung liegt, kann noch nicht gesagt werden.<sup>112</sup>

Dabei ist es gerade der Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG), dem neben dem Recht auf eine Entscheidung durch den gesetzlichen Richter und Art. 6 EMRK – in der verfassungsgerichtlichen Anwendung eine besondere rechtsstaatliche Funktion zukommt: Der VfGH leitet aus ihm ein Willkürverbot ab,<sup>113</sup> das unter anderem auch dann verletzt wird, wenn die Behörde in einem Verfahren jegliche Ermittlungstätigkeit unterläßt, von aktenwidrigen Annahmen ausgeht, das Parteiengehör völlig mißachtet oder einen Bescheid nicht oder nur zum Schein begründet.<sup>114</sup> Damit werden wesentliche Verfahrensstandards grundrechtlich abgesichert. Weiters entnimmt der VfGH dem Gleichheitssatz ein generelles Verbot unsachlicher Gesetze, das in seiner jüngeren Rechtsprechung weit über den Schutz vor Ungleichbehandlung verschiedener Gruppen hinausgeht: Die Sachlichkeit verlangt ganz allgemein einen vernünftigen Grund für jede gesetzliche Maßnahme und die Angemessenheit der eingesetzten Mittel im Vergleich zu den angestrebten Zielen.<sup>115</sup> Der Gleichheitssatz wird so auch zum Ursprung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Für rückwirkende Gesetze bedarf es besonderer Rechtfertigungsgründe,<sup>116</sup> und die plötzliche Verschlechterung von Rechtspositionen stößt an Grenzen des ebenfalls aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Grundsatzes des Vertrauensschutzes.<sup>117</sup> Schließlich erlaubt die Berufung auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes die Bekämpfung von Gesetzen, von denen sonst schwer zu sagen wäre, in welches Recht sie eingreifen;<sup>118</sup> damit ersetzt sie in manchen Fällen das Fehlen einer ausdrücklichen Verankerung der allgemeinen Handlungsfreiheit im österreichischen Verfassungsrecht.

### 3.8. Zusammenfassende Beobachtungen

Überblickt man diese Judikatur, fällt dreierlei auf: Der VfGH spricht von Rechtsstaatlichkeit praktisch ausschließlich im Zusammenhang mit dem Stufenbau der

111 VfSlg. 10.651/1985; im Ergebnis gleich schon VfSlg. 1708/1947, 10.530/1985.

112 Vgl. *Hiesel* (Anm. 9) 157.

113 Z.B. VfSlg. 8808/1980, 11.436/1987, 11.840/1988, 12.001/1989.

114 Z.B. VfSlg. 10.092/1984, 12.038/1989; 8808/1980, 11.718/1988; 10.163/1984, 10.549/1985; 9293/1981, 12.101/1989.

115 Z.B. VfSlg. 10.357/1985, 11.870/1988, 13.282/1992; 12.151/1989, 12.227/1989, 12.764/1991, 12.944/1991, 13.073/1992; VfGH 21.6.1995, G 294/94, G 11/95 = JE 1995/2/1315; VfGH 27.9.1995, G 1256-1264/95 = JE 1995/2/1353.

116 VfSlg. 12.241/1989, 12.639/1991, 12.688/1991; ein Widerspruch zum Gleichheitssatz und zum rechtsstaatlichen Prinzip liegt auch dann vor, wenn Inhalt und Inkrafttreten einer Norm so formuliert werden, daß in den Genuß der damit eingeräumten Rechtsvorteile nur jene Personen gelangen können, die den Inhalt der Norm bereits vor Inkrafttreten kannten: VfSlg. 13.329/1993.

117 Z.B. VfSlg. 11.308/1987, 11.309/1987, 12.186/1989, 12.568/1990, 12.944/1991, 13.197/1992; VfGH 4.10.1994, B 355/94 = JE 1995/2/1242; VfGH 16.6.1995, G 191, 192/94 = JE 1995/2/1302; vgl. dagegen die frühere Negierung eines verfassungsrechtlichen Schutzes „wohlerworbener Rechte“ (z.B. VfSlg. 3836/1960, 7423/1974) und die Übergangentscheidung VfSlg. 11.288/1987.

118 Z.B. VfSlg. 11.917/1988 (Gurtenanlegepflicht für Autofahrer).

Rechtsordnung, dabei vor allem bei der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, und mit dem Rechtsschutz. Eine ausdrückliche Verbindung mit der Gewaltenteilung und den Grundrechten findet sich dagegen nicht. Ob ein solcher Bezug hergestellt wird, dürfte freilich nicht immer besonderer Überlegung entspringen, sondern gelegentlich auch nur rhetorischen Gesichtspunkten folgen.<sup>119</sup> Umgekehrt gibt es viele Entscheidungen zu fundamentalen rechtsstaatlichen Fragen, deren Wichtigkeit auch ohne diesen Bezug nicht leidet. Allerdings hat die Berufung auf die Rechtsstaatlichkeit vor allem dort eine Funktion, wo die Textgrundlagen des Verfassungsrechts dünn sind.

Insgesamt läßt sich in den letzten zehn Jahren eine vom Wortlaut einzelner Vorschriften stärker abstrahierende, deutliche Verdichtung der vom VfGH gestellten rechtsstaatlichen Anforderungen feststellen; die Aussagen zum Recht auf Entscheidungen durch „Tribunale“, zur faktischen Effektivität des Rechtsschutzes, zur Verhältnismäßigkeit und zum Vertrauensschutz sind wichtige Beispiele dafür. Das zunächst aus Einzelschriften der Verfassung induktiv erschlossene Prinzip hat nunmehr Auswirkungen, die über diese Einzelschriften hinausgehen.<sup>120</sup> Dieser Effekt ist Teil eines – unter anderem von der Rechtsprechung der Straßburger Konventionsorgane und vom deutschen Verfassungsrechtsdenken beeinflussten – allgemeinen Stilwandels der verfassungsrechtlichen Judikatur: Der VfGH hat in weiten Bereichen seine traditionelle – methodisch auf dem Vorrang des Wortlauts und der historischen Auslegung beruhende – Zurückhaltung gegenüber der Gesetzgebung zugunsten eines stärker materiell orientierten Verfassungsverständnisses aufgegeben.<sup>121</sup> Das zieht natürlich vermehrte politische Konflikte nach sich, die, wenn sie mit der Verfassungsgesetzgebung ausgetragen werden, auf seiten des VfGH wiederum eine Intensivierung der grundsätzlichen Aussagen provozieren.

Schließlich läßt sich die Rechtsprechung so deuten, daß es drei Schichten der Rechtsstaatlichkeit gibt:<sup>122</sup> einen Kern auf „Baugesetzebene“, der auch für die Verfassungsgesetzgebung ohne Volksabstimmung unantastbar bleibt; einen Bestand von rechtsstaatlichen Elementen auf der Ebene „normalen“ Verfassungsrechts, der zur Disposition der Verfassungsgesetzgebung steht, in den einfachgesetzlich jedoch nicht eingegriffen werden darf; und schließlich einfachgesetzliche Regelungen, die rechtsstaatliche Elemente in einer bestimmten Weise ausgestalten, aber keinen besonderen Bestandsschutz genießen. Diese Überlegungen ergeben sich einerseits z.B. aus jenen Entscheidungen, in denen der VfGH verfassungsgesetzliche Grundrechtsbeschränkungen und die Ausschaltung seiner Gesetzesprüfungskompetenz oder des Bestimmtheitsgebotes des Art. 18 B-VG hinnimmt, weil sie nur punktuell-

119 Der Rechtsstaat ist auch für die Lehre ein festliches Thema; so finden sich acht der 19 bei *Walter/Mayer* (Anm. 2) zum rechtsstaatlichen Prinzip zitierten Arbeiten in Festschriften.

120 Kritisch dazu z.B. *Wiederin* (Anm. 11) 68 ff., unter Verweis auf ein frühe Warnung von *Antonelli* (Anm. 19) 41 f., nach der die „metajuristische“ Aufladung der Baugesetze die Rechtsstaatlichkeit gefährdet und letztlich den Rechtsstaat zerstört.

121 Dazu z.B. *K. Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS Walter (1991) 363; *Z. Adamovich*, Gedanken zur Verfassungsinterpretation im Zeitalter der europäischen Integration, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat. Grundrechte in Europa (1995) 25; *Öhlinger*, Verfassungsrecht (Anm. 11) 31 ff.

122 Vgl. *Hiesel* (Anm. 9) 49 ff., 151 ff.

ler Natur sind, zugleich aber erkennen läßt, daß Maßnahmen dieser Art in größerem Umfang eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bedeuten würden;<sup>123</sup> andererseits aus Aussagen anlässlich der Prüfung einfachgesetzlicher Vorschriften wie jenen, daß das Rechtsstaatsprinzip zwar die Publikation von Rechtsakten gebiete, nicht aber eine bestimmte Form,<sup>124</sup> daß die Bundesverfassung nichts zum Umfang der Rechtskraft von Bescheiden sage,<sup>125</sup> daß sie eine feste Geschäftseinteilung für Verwaltungsbehörden nicht fordere<sup>126</sup> oder daß durch eine nur verfahrensrechtliche Mängel von Verordnungen nachträglich heilende gesetzliche Regelung nicht in verfassungswidriger Weise in die Prüfungsprüfungskompetenz des VfGH eingegriffen werde.<sup>127</sup> Die Beispiele zeigen, daß sehr oft das Ausmaß und die Intensität der Verschlechterung von rechtsstaatlichen Elementen (hier: Grundrechte und Normenkontrolle; Zugänglichkeit von Rechtsakten und Rechtsschutz) den Ausschlag gibt: Je stärker der Eingriff, desto höher muß der Rang des eingreifenden Aktes sein. Vieles bleibt aber noch im Dunkeln: Der genaue Verlauf der Grenze zwischen den einzelnen Bereichen läßt sich nur erahnen.

#### 4. Rechtsstaatliche Defizite

Die rechtsstaatliche Standard ist in Österreich gewiß nicht gering. Trotzdem bleiben einige Defizite.<sup>128</sup>

Zunächst ist der große Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung von vielen rechtsstaatlichen Garantien ausgenommen:<sup>129</sup> Für ihn gilt weder das strenge Gesetzmäßigkeitsprinzip noch das an hoheitliche Handlungsformen anknüpfende, elaborierte Rechtsschutzsystem des B-VG noch die Amtshaftung; auch die Grundrechte binden – vom Gleichheitssatz und Datenschutz abgesehen – den Staat in diesem Bereich nicht. Dazu kommt, daß die Gesetzgebung, soweit es nicht um einseitige Eingriffe in die Freiheit der Bürger geht, zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Vollzugsmodalität wählen kann. Damit wird dem Staat in großem Rahmen die Möglichkeit zur „Flucht in das Privatrecht“ eröffnet, von der er auch – etwa bei der Daseinsvorsorge oder der Subventionsverwaltung – ausgiebig Gebrauch gemacht hat. Die – vielfach kritisierte und von Teilen der Lehre auch bestrittene – Sonderstellung der nichthoheitlichen Verwaltung ist historisch erklärbar, unter den Bedingungen des modernen Leistungsverwaltung aber schwer zu rechtfertigen. Im-

123 VFSlg. 12.281/1990, 11.829/1988 (vgl. bei Anm. 51 und 110).

124 VFSlg. 4865/1964 (vgl. bei Anm. 60).

125 VFSlg. 4273/1962 u.a. (vgl. bei Anm. 105 f.).

126 VFSlg. 5684/1968 (vgl. bei Anm. 80).

127 VFSlg. 13.126/1992 (vgl. bei Anm. 99).

128 Zum folgenden und zu weiteren Punkten z.B. *B.-C. Funk*, Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBl. 1987, 150; *W. Gassner/M. Lang*, Die rechtsstaatliche Entwicklung im Abgabenrecht, in: FS Walter (1991) 159 (171 ff.); *Mayer-Maly*, Das Arbeitsrecht und der Rechtsstaat, in: FS Walter (1991) 477 (482 ff.). Allgemeinere Klagen gibt es immer wieder: z.B. *A. Kobzina* (Anm. 25).

129 Zum folgenden z.B. *H. Klecavsky*, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl. 1957, 333; *L. Adamowich/B.-C. Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht (3. Aufl., 1987) 143 ff.; *Walter/Mayer* (Anm. 2) Rz. 560 ff.; *Korinek/Holoubek* (Anm. 55).

merhin tendieren die ordentlichen Gerichte, denen der Rechtsschutz in diesem Bereich obliegt, in letzter Zeit zu einer strengeren Sicht und unterstellen dem Staat als übermächtigen Privatrechtsträger einem dem Gleichbehandlungsgebot entnommenen Kontrahierungszwang.<sup>130</sup>

Aber auch im hoheitlichen Bereich bestehen noch Mängel. Hingewiesen sei nur auf die nach wie vor bestehende Zurückhaltung bei der Ableitung von Mitwirkungsrechten im Verwaltungsverfahren („Parteistellung“) aus der Verfassung, was im Effekt grundrechtliche Garantien und das Rechtsschutzsystem des B-VG leerlaufen lassen kann.<sup>131</sup> Besonders schmerzlich zeigt sich dies am Grundrecht auf gleiche Zugänglichkeit der öffentlichen Ämter (Art. 2 StGG): Da die Rechtsprechung, von einigen Ausnahmen unter besonderen Bedingungen abgesehen, die Parteistellung der Bewerber im Ernennungsverfahren verneint, bleibt vom Grundrecht im Regelfall nur die folgenlose Möglichkeit, eine Bewerbung abzugeben.<sup>132</sup>

Weiters bringt es das – auf die klassische Eingriffsverwaltung bezogene – rechtsformenorientierte Rechtsschutzsystem mit sich, daß die Ausübung von staatlicher Hoheitsgewalt, die nicht in einer dieser Formen ausgeübt wird, auch nicht direkt bekämpft werden kann.<sup>133</sup> Zwar besteht die Judikatur genau aus diesem Grund auf einem Formenzwang;<sup>134</sup> auch hat sie deshalb die verfassungsrechtlich vorgegebenen Formen immer schon weit ausgelegt.<sup>135</sup> Dennoch gibt es Äußerungen der Hoheitsgewalt, die sie darin nicht unterbringt. Der wichtigste Fall besteht im Unterlassen gesetzlich gebotener faktischer Maßnahmen (z.B. die Ausfolgung von Papieren oder die Erteilung von Bestätigungen).<sup>136</sup> Soweit keine sondergesetzlich eingeräumten Rechtsmittel bestehen, bleibt hier für die Betroffenen mangels einer allgemeinen öffentlich-rechtlichen Leistungsklage nur mehr die Amtshaftung.

Schließlich haben die Auseinandersetzungen um Art. 6 EMRK deutlich gemacht, daß die Kontrolle durch VfGH und VfStGH doch wesentlichen Beschränkungen unterliegt.<sup>137</sup> Die Einführung der UVS hat das Problem wegen ihres beschränkten Zuständigkeitsbereiches nur teilweise behoben. Im übrigen mehrten sich in der Lehre die Zweifel daran, daß die organisationsrechtlichen Bestimmungen wirklich genügen, um den UVS den von Art. 6 EMRK geforderten Tribunalcharakter zu verleihen.<sup>138</sup> Abhilfe kann hier nur die Schaffung einer echten Verwaltungsgerichts-

130 Nachweise bei *Korinek/Holoubek* (Anm. 55) 150 ff.

131 Vgl. oben bei Anm. 86 und *H. Stolzlechner*, Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz-BVG und Parteistellung von Nachbarn im technischen Anlagenrecht, in: FS Walter (1991) 665 m.w.N.

132 Dazu *G. Kusko-Stadlmayer*, Beamtenernennung im Rechtsstaat, in: FS Walter (1991) 387 m.w.N.

133 Vgl. *Adamowich/Funk* (Anm. 129) 153 ff.

134 Vgl. oben bei Anm. 94 ff.

135 Z.B. deutere der VfGH die heute sogenannten „Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ vor ihrer verfassungsrechtlichen Anerkennung als eigener Handlungsform als Bescheide und erlaubte damit ihre Anfechtung; z.B. VFSlg. 1534/1947, 1628/1948, 3701/1960, 5917/1969.

136 Z.B. VFSlg. 9025/1981, 9813/1983, 10.046/1984; vgl. *Merli*, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, Zeitschrift für Verwaltung 1993, 251 m.w.N.

137 Vgl. oben nach Anm. 68.

138 Z.B. *A. Kobzina*, Verwaltungsgerichte und Verwaltungssenaten, ÖJZ 1990, 65; *F. Messner*, Wie „unabhängig“ werden die Verwaltungssenaten in den Ländern sein? ZVR 1990, 131; *G. Baumgart-*

barkeit mit umfassendem Zuständigkeitsbereich und mit voller Prüfungsbefugnis in Tat- und Rechtsfragen unter der Ebene des VwGH schaffen. Ein entsprechendes Verfassungsreformprojekt ist 1994 in letzter Minute am Widerstand der Länder gescheitert; ein im Juni 1995 eingebrachter Initiativantrag der beiden Koalitionsparteien zum selben Thema<sup>139</sup> hat sich durch den vorzeitigen Ablauf der Gesetzgebungsperiode erledigt; doch dürfte die Frage erneut auf die parlamentarische Tagesordnung gesetzt werden.

Auch in Österreich ist der Rechtsstaat also einer, wie es früher in den sozialistischen Ländern hieß, „weiteren Vervollkommnung“ zugänglich.

## Rechtsstaatlichkeit in Deutschland

von

Wolff Heintschel v. Heinegg

Überblick

I. Verfassungsrechtliche Verortung und Begriff des Rechtsstaats (materieller und formeller Rechtsstaatsbegriff) — II. Die Einzelelemente des Rechtsstaatsprinzips — 1. Gewaltenteilung — a) Legislative — Exekutive — b) Einzelfallgesetz — c) Inkompatibilität von Exekutivamt und Abgeordnetenmandat — d) Judikative — Exekutive — 2. Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung, Gesetz und Recht (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) — a) Vorrang des Gesetzes — b) Vorbehalt des Gesetzes — 3. Verhältnismäßigkeit — 4. Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht — 5. Rechtssicherheit — a) Bestimmtheit — b) Bestandskraft — c) Rückwirkung — 6. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) — 7. Straf- und Strafprozeßrecht (einschließlich der Problematik der Vereinigung der beiden deutschen Staaten)

Das Rechtsstaatsprinzip ist „ein außergewöhnlich vielseitiges, ganz unterschiedliche verfassungsrechtliche Aspekte zusammenfassendes Rechtsprinzip, das sich [...] auf sehr verschiedenen rechtslogischen Ebenen bewegt und in dem vor allem zahlreiche, untereinander sehr heterogene Unterprinzipien zusammengefaßt werden“.<sup>1</sup> Diese Charakterisierung des früheren Verfassungsrichters und heutigen Präsidenten der Bundesrepublik Deutschland *Roman Herzog* – der hinzugefügt werden kann, daß das Bundesverfassungsgericht das Rechtsstaatsprinzip (bzw. die dieses ausmachenden Einzelelemente) in den nunmehr fast fünfzig Jahren seiner Tätigkeit ständig präzisiert hat – verdeutlicht die Schwierigkeit der diesem Bericht zukommenden Aufgabe, auf vergleichsweise engem Raum, eine kompakte und vergleichsorientierte Zusammenfassung der Ergebnisse langjähriger Judikatur und Forschung zu geben. Im folgenden werden daher weniger staats-theoretische Rechts-

Abkürzungen: a.A. anderer Ansicht; Abs. Absatz; Anm. Anmerkung; AöR Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift); Art. Artikel; AtAnV Atomanlagen-Verordnung; AtomG Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz); Bd. Band; BGB Bürgerliches Gesetzbuch; BVerfG Bundesverfassungsgericht; BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; bzw. beziehungsweise; d.h. das heißt; DDR Deutsche Demokratische Republik; ders. derselbe; DöV Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift); DVBl. Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift); ebd. ebenda; f. folgende Seite; ff. folgende Seiten; GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; GVG Gerichtsverfassungsgesetz; h.A. herrschende Auffassung; h.M. herrschende Meinung; Hrsg. Herausgeber; hrsgg. herausgegeben; jew. jeweils; JuS Juristische Schulung (Zeitschrift); KO Konkursordnung; LKV Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift); m.w.N. mit weiteren Nachweisen; NJW Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift); Nr. Nummer; NVwZ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift); OVG Oberverwaltungsgericht; Rn. Randnummer; sog. sogenannt(e); StGB Strafgesetzbuch; v. von; VG Verwaltungsgericht; vgl. vergleiche; Vorb. Vorbemerkung; VwGO Verwaltungsgerichtsordnung; z.B. zum Beispiel.

<sup>1</sup> *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Löschl., 1984, Art. 20, II. Abschnitt, VII., Rn. 3. Vgl. ferner *E.-W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 143 f.: „Er gehört zu jenen vom Wortsinn her vagen und nicht ausdeutbaren Schlüsselbegriffen, die sich ‚objektiv‘ aus sich heraus, niemals abschließend definieren lassen [...]“

*ner*, UVS und Tribunalbegriff, Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenaten 1995 H 1, 4; S. *Denk*, Wie unabhängig sind die Unabhängigen Verwaltungssenaten? ÖJZ 1995, 206; *A. Grof*, Der Oö Verwaltungssenat als MRK-konforme Rechtsschutzinstitution? ÖJZ 1995, 281; für EMRK-Konformität *R. Thienel*, Verfassungsrechtliche Probleme der derzeitigen Ausgestaltung der unabhängigen Verwaltungssenaten, in: *P. Pernthaler* (Hrsg.), Unabhängige Verwaltungssenaten und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1993) 5 (41); und (implizit) VfSlg. 13.139/1992.

<sup>139</sup> Antrag der Abgeordneten *Kostelka*, *Khol* und Kollegen betreffend ein Bundesverfassungsgesetz zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 23.6.1995, Nr. 306/A der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 19. GP.

Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg.)  
Rechtsstaatlichkeit in Europa

# Rechtsstaatlichkeit in Europa

Herausgegeben von

Rainer Hofmann, Joseph Marko,  
Franz Merli, Ewald Wiederin

Mit Beiträgen von

Maria Lúcia Amaral, Stephan Breitenmoser, Alexander Brörtl, Miro Cerar,  
José Juan González Encinar, Wolff Heintschel von Heinegg, Rainer Hofmann,  
Mahulena Hošková, Franz Merli, Irena Lipowicz, Jörg Polakiewicz,  
Balázs Schanda, Ivan Šimonović, Ewald Wiederin



C.F. Müller Verlag  
Heidelberg

## Vorwort

Neben Demokratie und Marktwirtschaft ist die Rechtsstaatlichkeit gewiß das wichtigste Ziel im Umbruch, den die ehemals sozialistischen Länder in Mittel- und Osteuropa seit 1989 erfahren. Der gesamte Reformprozeß läßt sich damit als Rückkehr zu gemeineuropäischen Wurzeln des Rechts beschreiben.

Mag mit der Berufung auf den Rechtsstaat zunächst nur der Wunsch nach Überwindung der Herrschaft einer Partei verbunden gewesen sein, die sich zwar der Formen des Rechts bediente, aber durch das Recht – und Rechte der Bürger – nicht gebunden fühlte, so muß sich die Rechtsstaatlichkeit nun, unter den neuen Verhältnissen, in der Alltagspraxis bewähren. Eine Beschwörung „des Rechtsstaates“ reicht nach der vollzogenen Wende und der Verankerung des Rechtsstaatsprinzips in den Verfassungen der meisten betroffenen Länder nicht mehr aus. Vielmehr geht es jetzt um seine konkrete Anwendung, die Umsetzung seiner Einzelelemente und seine Auswirkungen in allen Bereichen der Rechtsordnung. Manches ist dabei noch unklar oder umstritten. Doch fünf Jahre nach der großen Wende bieten Rechtsprechung, juristische Dogmatik und politische Praxis ausreichend Material, um eine „Eröffnungsbilanz“ zu ziehen.

Eine Verständigung über Inhalt und Bedeutung, gemeinsame Züge und Unterschiede der Rechtsstaatskonzeptionen der einzelnen Länder ist um so dringender, als die Rechtsstaatlichkeit, wie etwa die Präambeln der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Vertrages über die Europäische Union zeigen, eine Voraussetzung und zugleich ein Ziel des europäischen Einigungsprozesses darstellt.

Dieses Buch will einen Beitrag zu einer solchen Verständigung leisten. Aus diesem Grund kann es sich auch nicht auf die Darstellung der Reformen in Ostmitteleuropa beschränken, sondern muß auch ihre Vorbilder berücksichtigen. Dies gibt Anlaß, sich der „etablierten“ rechtsstaatlichen Standards in der Schweiz, in Österreich und in Deutschland zu vergewissern, die, vor allem über das deutsche Beispiel, großen Einfluß auf die Entwicklung in den Reformländern ausgeübt haben. Es ist aber nicht nur die rechtsstaatliche Inhalt, der den Vergleich herausfordert, sondern auch der Prozeß der Wiederherstellung rechtsstaatlicher Verhältnisse: Österreich und Deutschland standen 1945 vor derselben Aufgabe (und Deutschland mußte sie nach der Wiedervereinigung für die neuen Bundesländer noch einmal bewältigen). Schließlich haben auch Portugal und Spanien in den 70er Jahren ähnliche Erfahrungen gemacht; sie wurden daher ebenfalls einbezogen.

Insgesamt umfassen die Landesberichte also drei Gruppen: die (vergleichsweise) „alten“ Rechtsstaaten Schweiz, Österreich und Deutschland; Portugal und Spanien als jüngere Beispiele; und sechs der am weitesten fortgeschrittenen Reformländer in Ostmitteleuropa. Daran schließen sich zwei Beiträge zur europäischen Dimension der Rechtsstaatlichkeit: zur Europäischen Menschenrechtskonvention und zum Recht der Europäischen Union. Vorangestellt ist den Einzelberichten eine in

Die deutsche Bibliothek – Cip-Einheitsaufnahme

*Rechtsstaatlichkeit in Europa* / hrsg. von Rainer Hofmann ... Mit Beitr. von Rainer Hofmann ... - Heidelberg ; Müller, Jur. Verl. 1996  
(Motive - Texte - Materialien ; Bd. 75)  
ISBN 3-8114-9196-2  
NE: Hofmann, Rainer [Hrsg.]; GT

© 1996 C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier aus 100% chlorfrei gebleichtem Zellstoff (DIN-ISO 9706). Aus Gründen des Umweltschutzes Umschlag ohne Kunststoffbeschichtung

Druck: Neumann Druck, Heidelberg

ISBN 3-8114-9196-2