

Wolfgang Pircher befasst sich unter dem schönen Titel „Der umkämpfte Staatsapparat“ mit den demokratiepolitischen Vorstellungen Kelsens die Bürokratie betreffend. Das Modell der an die „parteilpolitisch“ zustande gekommenen Gesetze gebundenen – neutralen – Beamten ist als *Kelsen-Merkel*'sches Bürokratiekonzept noch immer aktuell, was zuletzt die Diskussionen im Österreich-Konvent gezeigt haben. Die Überlegungen, die insbesondere bei Kelsen diesem Modell vorangehen und die sich hauptsächlich in seinen marxismuskritischen Schriften finden, sind subtil und alles andere als naiv. Denn Kelsen erkennt, dass der bürokratische Apparat die Tendenz haben kann, zu einer selbstständigen Macht neben dem, ja gegen den parlamentarischen Körper zu werden. Sicherlich würde ein autokratisch organisierter Beamtenkörper an seiner Spitze lieber ein autokratisches als ein demokratisches Organ sehen. Angesichts dieses Dilemmas könne es sich eben nur darum handeln, ein Gleichgewicht der Kräfte herzustellen. Und das sei die eigentliche Aufgabe aller Verfassungstechnik.

Pircher untersucht die Vorgeschichte dieses Modells bei Lassalle und den so genannten preußischen „Kathedersozialisten“. Die Schwäche dieses Modells bestehe darin, dass der Beitrag der Bürokratie zur Besserung der Lebensverhältnisse auf einen Staat angewiesen sei, der sich seinem „Ordnungsanspruch“ auch stelle. Insofern entzieht die neoliberale Staatszerstörung auch der Bürokratismustheorie von Kelsen den Boden. Das ist eine zweifellos zutreffende Behauptung. Bei der Beschreibung der Thesen des Gegenspielers von Kelsen, Max Adler, mit seinem Konzept der „Sozialen Demokratie“ zeige sich zwar der argumentative Vorsprung Kelsens, doch stelle sich die soziale Frage unter den jetzigen Bedingungen neu.

Das Verhältnis zwischen Kelsen und Max Adler wird dann im Beitrag von Gerald Mozetič „Über den Stellenwert transzendentaler Argumente bei Kelsen und Adler“ ins Zentrum gerückt. Der Autor spricht aus der Perspektive des Soziologen, wenn er abschließend feststellt, dass weder Adlers transzendentaler Sozialapriorismus noch Kelsens Identifikation des Sozialen mit dem Normativen die nachfolgende wissenschaftliche Entwicklung befruchtet hätten. Doch wäre es – so Mozetič – überheblich zu meinen, alle von den beiden Denkern so intensiv gewälzten Probleme seien befriedigend gelöst worden oder hätten sich als Scheinprobleme erwiesen.

Die drei abschließenden Beiträge gelten dem Thema „Verfassungsrecht“.

In methodischer Hinsicht ist kein größerer Gegensatz denkbar als jener zwischen Kelsen und Smend. Dem explizit ausgetragenen Streit zwischen beiden Denkern am Höhepunkt der Weimarer Auseinandersetzung widmet sich der Beitrag von Stefan Koriath, der im Titel den bekannten Seitenhieb Smends aufnimmt, der juristische Formalismus bedürfe der materialen Gehalte und darüber sei man einig, „soweit man nicht aus Wien ist“. Die Integrationslehre Smends in ihrer protestantisch gefärbten Zusammengehörigkeit von „erkennen, bekennen und wollen“ stehe zur Reinen Rechtslehre in scharfem Gegensatz. Abgesehen davon, dass Koriath Kelsen die schärferen Argumente zugesteht, zeige sich Kelsen paradoxerweise auch als der politischere Denker der beiden. Obwohl Smend scheinbar die politische Wirklichkeit erkennen wollte, beschrieb er doch nur ein gesellschaftliches Wunschgebilde. Koriath nimmt Smend allerdings gegen den scharfen Ideologievorwurf Kelsens in Schutz. Smend habe nur danach getrachtet, der Weimarer Staatsordnung zur Legitimität zu verhelfen und nicht den von Kelsen „vermuteten Kampfaufbruch gegen die Weimarer Verfassung“ aufgesetzt. Eine wenn irgendwie vorhandene Gemeinsamkeit sieht der Autor letztlich nur in dem, was einen Verfassungsjuristen allgemein kategorisiere, nämlich die Suche nach Ordnung, Einheit und Stabilität in einer unordentlichen Welt.

Vollends auf der Höhe jenes Niveaus, das der vorliegende Sammelband eben nicht durchwegs erreicht, steht der Beitrag von Robert Alexy „Hans Kelsens Begriff der Verfassung“. Er bietet zunächst eine minutiöse Nachzeichnung der verschiedenen Verfassungsbegriffe. Dann wird die Frage aufgeworfen, was Kelsen damit gemeint haben könnte, dass sich bei einem revolutionären Wechsel von einer Verfassung zu einer anderen die Grundnorm ändere.

Dies obgleich sie – so Alexy – doch abstrakt formuliert sei. Alexy deutet dies „als das Ergebnis der Anwendung der Grundnorm auf das Phänomen der Setzung und Durchsetzung einer Verfassung“. Es handle sich bei dem, was hier den Namen „Grundnorm“ trägt, um die Konklusion eines Grundnormsylogismus. Damit sei die „neue“ Grundnorm keine Grundnorm im eigentlichen Sinn, sondern das Ergebnis der Anwendung der abstrakten Grundnorm auf einen konkreten Fall der Verfassungsgebung oder des Verfassungsumsturzes. Am Ende seines Beitrages verhehlt Alexy nicht seine Auffassung, dass ein voll entwickelter Verfassungsbegriff nicht darauf verzichten könne, die Verfassung auch als materielle normative Grundordnung zu begreifen. Aber er schließt mit der Feststellung, dass, „was immer man in den Verfassungsbegriff noch aufzunehmen hat, er doch stets das enthalten muss, was Kelsen – sicher zu eng – als dessen Wesen definiert und – unbeschadet klärbarer Unklarheiten – mit kaum zu überbietender Klarheit bestimmt“, ein eleganter Schluss.

Ein anderer Kelsen – nämlich der als Verfassungsrichter und Rechtspolitiker praktizierende Jurist – begegnet uns im Beitrag von Christian Neschwara „Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse“. Diese für das Verständnis der österreichischen Zwischenkriegszeit so wichtige Frage wird mit hoher Präzision dargestellt, auch Kelsens tief greifende persönliche Entwicklung. Dazu wird noch eine sehr gute Übersicht über die wechselnden Bestellungsmodalitäten zum VfGH geboten. Der Beitrag wird durch eine zeitgenössische Karikatur bereichert, die auf die Seltsamkeit der B-VG-Novelle 1929 aufmerksam macht: Gerade mit der „Entpolitisierung“ des VfGH wurde in Wahrheit die „Autorität“ Kelsens beseitigt und der parteipolitische Einfluss gestärkt.

Es ist der Lauf der Zeit, dass die Reine Rechtslehre und überhaupt das Gesamtwerk Kelsens zu einem eigenen Gegenstand der Wissenschaft geworden sind. Insofern sind nicht wenige Beiträge primär auf historische Rekonstruktion und nicht auf die Frage hin orientiert, wie zeitgemäß die Reine Rechtslehre ist. Manche österreichische Autoren können sich aus ihrer Befangenheit gegenüber Kelsen nicht lösen. Wer einen Eindruck von den Höhen und Tiefen der gegenwärtigen Kelsen-Diskussion gewinnen will, soll diesen Band lesen.

Clemens Jabloner

■ ZfV 2006/1478, 835

Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa.

Grundriss der Verwaltungsordnungen Polens, Tschechiens, der Slowakei und Ungarns. Herausgegeben von Bernd Wieser und Armin Stolz. Schriften zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Band 1. Verlag Österreich/Berliner Wissenschafts-Verlag 2004. XLIX, 812 Seiten, gebunden, € 96,-.

Unser Wissen über das Recht der neuen EU-Mitgliedstaaten ist immer noch gering, und für das Verwaltungsrecht gilt dies ganz besonders, auch weil deutschsprachige Arbeiten dazu weitgehend fehlen; eine Ausnahme macht allenfalls Polen (vgl. Heyen/Eggert, Deutsche Literatur zum polnischen Verwaltungsrecht, DÖV 2004, 780). Andererseits steigt mit dem Beitritt und der zunehmenden internationalen Verflechtung das Bedürfnis nach verlässlichen Informationen. In dieser Lage kommt ein Buch wie das angezeigte wie gerufen.

Das Werk bietet eine Einführung in das Recht der Verwaltung von Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn. Es gliedert sich in vier Sachbereiche: Verwaltungsorganisation (einschließlich Selbstverwaltung), Verwaltungsverfahren, Verwaltungsgerichtsbarkeit und ausgewählte Bereiche des materiellen Verwaltungsrechts (Gewerbe-, Raumordnungs- und Baurecht sowie Ausländergrunderwerb). Zu jedem Sachbereich finden sich ähnlich strukturierte Landesberichte und eine vergleichende Darstellung, die auch die österreichische Rechtslage mitberücksichtigt. Man kann das Buch daher vergleichend oder – von Sachbereich zu Sachbereich springend – länderspezifisch lesen. Die ausführlichen Inhaltsverzeichnisse zu den einzelnen Beiträgen und ein umfangreiches Register

ermöglichen aber auch, schnell Informationen zu Einzelfragen zu finden.

Die Landesberichte stammen von – großteils sehr renommierten – Autoren aus den behandelten Staaten, sind sehr informativ und gut verständlich übersetzt und enthalten auch jeweils ein Literatur- und Rechtsvorschriftenverzeichnis (das allerdings deutschsprachige Werke kaum berücksichtigt). Die vergleichenden Beiträge haben die Herausgeber und KollegInnen aus Graz beigezeichnet. Sie machen Unterschiede und Gemeinsamkeiten, zum Teil auch den österreichischen Einfluss deutlich; besonders gelungen ist hier die Übersicht von *Bernd Wieser* zum Verwaltungsverfahren. Seiner Zielsetzung, eine „Basisinformation“ für investitionsbereite Unternehmer sowie Rechtsanwälte und Wirtschaftstreuhänder bereitzustellen (Vorwort), wird das Werk vollauf gerecht. Darüber hinaus eignet es sich auch als erster Einstieg für die wissenschaftliche Beschäftigung. Die Förderung durch eine österreichische Bank, die im Osteuropageschäft stark engagiert ist, hat sich also gelohnt.

Ein gutes Werk macht freilich Appetit auf mehr: Aus rechtsvergleichender Sicht hätte man sich gelegentlich eine stärker genetische und funktionale Orientierung gewünscht. Vom massiven Einfluss, den die Rechtsprechung des EGMR und die EU-Beitrittsvorbereitung auf die Entwicklung der betroffenen Rechtsordnungen hatte – von der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis zur Umweltverträglichkeitsprüfung –, merkt man bei der Lektüre so gut wie nichts. Europarechtliche Bezüge tauchen zwar bei der wirtschaftlichen Betätigung und beim Grunderwerb durch Ausländer auf, und vereinzelt weisen Bemerkungen oder Fußnoten daraufhin; im Übrigen wirken die jeweiligen Regelungen, auch wenn sie EG-Richtlinien umsetzen, wie vom Himmel gefallen. Nur wer von einer bestimmten, historisch gewachsenen, aber im Vergleich „zufälligen“ Einteilung der Rechtsgebiete ausgeht, kann sich darüber wundern, dass es woanders kein eigenes gewerberechtliches Anlagenrecht gibt (vgl S 747). Die Einteilung in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit (statt Handeln der Verwaltung und Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln) führt dazu, dass privatrechtliches Handeln der Verwaltung völlig aus dem Blick gerät, dass die Amtshaftung nicht erfasst wird und auch der Rechtsschutz im Übrigen aufgeteilt werden musste – mit dem formal korrekten, aber im funktionalen Vergleich irreführenden Ergebnis, dass die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit trotz der UVS einstuft, auf die Rechtskontrolle beschränkt und kassatorisch sei (S 570 ff, immerhin mit relativierender Bemerkung zur Einstufigkeit). Stärker problemorientierte Fragestellungen (zB „Welche Verwaltungsaktivitäten sind nicht anfechtbar?“) hätten die Autoren vielleicht auch veranlasst, Auskunft zu Aspekten zu geben, die im eigenen System gar nicht bewusst werden [zB zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen nicht entscheidungsförmliches Verwaltungshandeln in der Slowakei und Ungarn (S 496, 529 ff) und gegen „andere Akte und Tätigkeiten aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung“ in Polen (S 424)]. Schließlich wären auch Informationen zur Praxis der Rechtsanwendung hilfreich, etwa zur Dauer von Verwaltungsverfahren.

Diese Bemerkungen sollten freilich nicht als Kritik verstanden werden, sondern als Anregung für die weitere Gestaltung der „Schriften zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht“, die mit dem besprochenen Werk eröffnet werden. Ein bemerkenswerter Anfang ist gemacht. Dem Fortgang des Unternehmens kann man nur alles Gute wünschen.

Franz Merli

■ ZfV 2006/1479, 836

Bauordnung für Wien. Kurzkomentar. 3. Auflage. Herausgegeben von *Reinhold Moritz*. Verlag Manz, Wien 2006. 730 Seiten, gebunden, € 108,-.

Die aus dem Jahr 1930 stammende Wiener Bauordnung ist in den letzten Jahren mehrmals – zum Teil weitreichend – novelliert worden, was eine Neuauflage des bewährten Kurzkomentars von *Moritz* erforderlich gemacht hat. Dabei ist zunächst die Bauord-

nungsnovelle LBGI für Wien 2003/10 zu erwähnen, die insbesondere Neuregelungen betreffend Geschäftsstraßen (§ 7e Wr BauO), Grundabtretung (§§ 17 und 18 leg cit) sowie der aufgrund der bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben des Art 111 B-VG vorgesehenen Bauoberbehörde (§ 138 leg cit) gebracht hat. Die Novelle LBGI für Wien 2004/33 beinhaltet Regelungen, die eine behindertengerechte Ausstattung von Gebäuden – aber zB auch von Spielplätzen (§ 90 Abs 6 Wr BauO) – im Sinne eines gefahrlosen und barrierefreien Zuganges für behinderte Menschen gewährleisten sollen. Die Verfahrensnovelle 2005, LBGI für Wien 41, brachte weitere Neuerungen bei Grundabtretungen, im Bauanzeigeverfahren (§ 62 leg cit) sowie unter bestimmten Bedingungen die Möglichkeit von Abweichungen von Bauplänen während der Bautätigkeit ohne zuvor erfolgte Planwechselbewilligung. Der Autor hat aber bei der 3. Auflage nicht nur diese gesetzlichen Änderungen berücksichtigt, sondern auch auf die erst am 14. 8. 2006 in Kraft getretene Bauordnungsnovelle 2006, LBGI für Wien 2006/10, Bedacht genommen. Mit diesem Gesetz werden unter anderem Gebäude mit besonderen brandschutztechnischen Anforderungen (§ 120 leg cit) näher geregelt und die RL 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 6. 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme umgesetzt.

Die Kommentierung der Paragraphen der Wr BauO ist übersichtlich und gut gegliedert. Zu jeder Bestimmung werden die Fundstellen im Landesgesetzblatt angeführt. Die für den Praktiker wesentliche Judikatur der Höchstgerichte ist in gewohnt umfassender Weise um die Entscheidungen der letzten Jahre ergänzt worden (zB zum dinglichen Charakter einer bestimmten Kostenersatzpflicht: VwGH 14.10.2005, 2004/05/0204, oder zur Frage, ob bei der Änderung der Bebauungsbestimmungen während der Gültigkeitsdauer der Bekanntgabe der Bebauungsbestimmungen eine neue Bekanntgabe einzuholen ist: VwGH 20.9.2005, 2004/05/0131); auch die neue Literatur wurde eingearbeitet (etwa *Kleewein*, Abtretung von Fremdgrund und Geldleistung nach der Bauordnung für Wien, bbl 2005, 224). Das umfangreiche Stichwortverzeichnis erhöht die Benutzerfreundlichkeit des aktuellen Praxiskomentars. Neben der kommentierten Bauordnung beinhaltet der Kurzkomentar auch den Text wichtiger, mit der Bauordnung im Zusammenhang stehender Rechtsvorschriften (wie zB das GaragenG, das KanalG oder das AufzugsG). All jenen, die mit baurechtlichen Fragestellungen befasst sind, wird dieser Kommentar die tägliche Arbeit in erprobter Art erleichtern.

Bettina Koprivnikar

■ ZfV 2006/1480, 836

Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz. Kommentar. Von *Hans Serban* und *Hannes Heisler*. Verlag Österreich, Wien 2006. 116 Seiten, broschiert, € 29,-.

Im benutzergewarteten Internetlexikon „wikipedia“ finden sich unter anderem Definitionen zum Begriff (Gesetzes)Kommentar (siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/Kommentar> bzw <http://de.wikipedia.org/wiki/Gesetzeskommentar>, Stand: 3. 10. 2006). Dieser wird zusammengefasst wie folgt beschrieben: „Bei einem Gesetzeskommentar handelt es sich um die Erläuterung eines oder mehrerer Gesetze zur Verwendung in Praxis oder Studium ... In einem Kommentar werden Rechtsnormen abstrakt und anhand von Beispielen erklärt und ihr Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen erläutert. Insbesondere berücksichtigen Gesetzeskommentare einschlägige Entscheidungen der Gerichte und rechtswissenschaftliche Publikationen. Durch diese Kommentare wird für den Rechtsanwender klarer, ob bzw. wie eine bestimmte Gesetzesbestimmung auf einen bestimmten Anlassfall anzuwenden ist. Je nach Umfang und Detaillierung wird zwischen Kurzkomentar, Handkommentar und mehrbändigem Großkommentar unterschieden.“

Legt man die angeführten Definitionskriterien auf den Kommentar zum Wohn- und PflegeheimG um, werden die Nutzer enttäuscht sein. Eine selbständige Erklärung der beiden Kommen-