Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und Klaus Zeleny



Wien 2013
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung

I. Einleitung

Nach dem Vierten Hauptstück des B-VG ist die Vollziehung des Bundes im Bereich der Länder grundsätzlich vom Landeshauptmann und den ihm unterstellten Landesbehörden auszuüben.¹) Die derart vorgesehene mittelbare Bundesverwaltung gehört zu jenen Einrichtungen, die dem österreichischen Verwaltungsaufbau ihre typische Gestalt geben. Die Verfassungsrechtslehre zählt sie seit jeher zu den "staatsrechtlichen Eigentümlichkeiten der österreichischen Bundesverfassung".²) Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der mittelbaren Bundesverwaltung, so erweist sie sich als Kompromiss der maßgebenden politischen Kräfte: Einerseits erscheint die mittelbare Bundesverwaltung als noch immer relativ länderfreundliches Surrogat für eine – von den Ländern zunächst angestrebte – weitgehende Übertragung von Bundesaufgaben in den "eigenen Wirkungsbereich", andererseits aber auch deutlich unter dem Aspekt der Verwaltungsreform "als ein Weg, der unseren Verhältnissen angepasst erscheint", um die Literatur der Entstehungszeit des B-VG zu zitieren.³)

Die Konstruktion der mittelbaren Bundesverwaltung enthält ein bedeutendes politisches Spannungspotential, das zuletzt in der Anklage der Bundesregierung gegen den Landeshauptmann von Salzburg wegen der Nichtbefolgung einer Weisung des zuständigen Bundesministers zum Ausdruck gekommen ist.⁴) Das Strukturproblem der mittelbaren Bundesverwaltung liegt darin, dass als Chef der politischen Verwaltung in den Ländern an die Stelle des beamteten Landesstatthalters (Landespräsidenten) der Monarchie das durch

4) VfSlg. 10.510/1985.

¹⁾ Vgl. Art. 102 ff. Bundes-Verfassungsgesetz 1920 i.d.F. von 1929 (B-VG). Zur Konstruktion der mittelbaren Bundesverwaltung vgl. allgemein *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1988) Rz. 836, *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 276 und *Weber*, Die mittelbare Bundesverwaltung (1987).

²⁾ Froehlich, Staatsrechtliche Eigentümlichkeiten der österreichischen Bundesverfassung, ZfV 1921, 81 (85).

³) Froehlich, Bundesverfassung 85. Zur Vorgeschichte und Entstehung der mittelbaren Bundesverwaltung vgl. allgemein Weber, Bundesverwaltung 33; zur Stellung des Landeshauptmannes im Besonderen vgl. weiters Pesendorfer, Der Landeshauptmann (1986) 5. Zum Kompromisscharakter zwischen den Vorstellungen der Länder, die in ihrer radikalsten Form dahingingen, eine föderalistische Staatsorganisation unter weitgehender Abschaffung der Wiener Zentralstellen einzuführen und den gegenläufigen, am dezentralisierten Einheitsstaat der Dezember-Verfassung anknüpfenden, Vorstellungen vgl. die Darstellung bei Weber, Bundesverwaltung 99.

Wahl legitimierte Organ "Landeshauptmann" trat, eine Problematik, die freilich von Beginn an gesehen und bewusst in Kauf genommen wurde.⁵)

Die nachfolgende Untersuchung gilt allerdings nicht diesem verfassungspolitischen Spannungsverhältnis, wenngleich es als eine Art "Grundton" stets
zu beachten ist. Die relativ komplizierte Organisation und Funktion der mittelbaren Bundesverwaltung bringt nämlich eine Fülle von verfassungsdogmatischen Fragestellungen hervor. Diesen Fragen hat sich die Verfassungslehre
und die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes in den vergangenen Jahren
zwar mit zunehmender Intensität zugewendet, dennoch erscheint noch immer
eine Reihe von Problemen als nicht befriedigend gelöst.

Vor allem im Zusammenhang mit den Gestaltungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers betreffend das Verhältnis zwischen dem Bundesminister und seinem Geschäftsapparat "Bundesministerium" auf der einen und dem Landeshauptmann und den ihm unterstellten Landesbehörden auf der anderen Seite treten eine Reihe schwieriger Abgrenzungsfragen auf. Zuletzt hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis über die Organisation der Weinaufsicht - Setzung von Maßnahmen der unmittelbaren behördlichen Befehlsund Zwangsgewalt durch unmittelbar dem Bundesminister zugeordnete Hilfsorgane - die Auffassung vertreten, dass diese Konstruktion dazu führe, "das System der mittelbaren Bundesverwaltung, das zu den wesentlichen Elementen der Realisierung des bundesstaatlichen Baugesetzes der österreichischen Bundesverfassung zählt", zu unterlaufen.6) Das in Frage stehende Erkenntnis wurde durch die Lehre bereits einer eingehenden Kritik unterzogen.⁷) Es ist vor allem die im Ergebnis zweifelhafte und vom Verfassungsgerichtshof unbegründete Aussage, dass die mittelbare Bundesverwaltung zum Garantiebereich des bundesstaatlichen Prinzips gehöre, die zu massiver Kritik führen muss. Diese Problematik soll im Folgenden aber nicht weiterverfolgt werden. Zur eigentlichen Problemstellung, ab wann ein vom Bundesgesetzgeber hergestelltes System wie jenes der Weinaufsicht nach dem Weingesetz 1985 die bundesverfassungsrechtlich garantierte Institution der mittelbaren Bundesverwaltung "aushöhle" oder "unterlaufe", hat der Verfassungsgerichtshof nämlich kein Kalkül angeben können, das den (einfachen) Gesetzgeber in die Lage versetzen könnte, die Verfassungsmäßigkeit von einschlägigen Regelungen richtig einzuschätzen. Letztlich geht der Verfassungsgerichtshof von einem - an sich durchaus naheliegenden - "Judiz" aus8) und bedient sich zur Begründung der Verfassungswidrigkeit letztlich einer Abart seiner "Exzessjudikatur".9)

Im Zentrum der folgenden Ausführungen steht somit der Versuch, für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Konstruktionen nach dem Muster der Weinaufsicht rationale, das heißt dogmatisch begründbare Kriterien anzugeben. ¹⁰) Dabei kann auf der Äußerung der Bundesregierung im Gesetzesprüfungsverfahren und auf die Weiterentwicklung einiger ihrer Gedanken durch die Lehre aufgebaut werden.

Das exponierte Problem hängt eng mit der Fragestellung zusammen, ob und wieweit der Bundesgesetzgeber in Verwaltungsverfahren, die in Materien des Art. 102 Abs. 2 B-VG zu führen sind, den Bundesminister als erste und einzige Instanz berufen kann. Auf dieses Problem soll im Anschluss an die Erörterung der Zulässigkeit des Bundesministers als "Maßnahmenbehörde" gesondert eingegangen werden. Den letzten Abschnitt der vorliegenden Untersuchung bilden Erwägungen zu der in der Lehre uneinheitlich beantworteten Frage, in welchem Umfang dem Bundesminister Inspektionsbefugnisse gegenüber dem Landeshauptmann und den ihm nachgeordneten Landesbehörden zukommen.

⁵⁾ Vgl. schon *Froehlich*, Bundesverfassung 89 und *Froehlich*, Der Landeshauptmann als Organ der Bundesverwaltung, ZfV 1921, 10. Aus heutiger Sicht vgl. *Weber*, Bundesverwaltung 131.

⁶⁾ VfSlg. 11.403/1987 (im Folgenden: "Weinaufsichtserkenntnis").

⁷⁾ Vgl. Schäffer, Weinaufsicht und mittelbare Bundesverwaltung, ZfV 1988, 361; vgl. auch Weber, Entscheidungsbesprechung, JBI 1988, 30 und Holzer, Weinaufsicht und bundesstaatliches Prinzip, ZfV 1988, 126.

⁸⁾ Zum Begriff "Judiz" führt Gast, Juristische Rhetorik (1988) 97 folgendes aus: "Professionalität äußert sich noch, wenn der Jurist von seinem "Rechtsgefühl" spricht. Es ist nicht der Jedermann-Affekt wofür oder wogegen, vielmehr die spontan sich

äußernde Kundigkeit, die darum auch einen terminologischen Namen hat: "Judiz'. Judiz ist das – aus Routine erwachsende – Gespür dafür, "was geht'." Die technische Aufarbeitung folgt nach: Die technische Aufarbeitung hätte bei rationaler Vorgangsweise auf "Falsifikation", nicht auf "Immunisierung" des Judizes zu zielen. In diesem Kontext stellt es eine allgemeine Problematik der neueren Gesetzesprüfungsverfahren des VfGH dar, dass mit dem Unterbrechungsbeschluss, der häufig auf prima vista Bedenken beruht, das Verfahren sozusagen "gelaufen" ist. Damit soll nicht bestritten werden, dass vor dem Hintergrund der schon immer problematischen Stellung der Bundeskellereiinspektoren (vgl. Walter/Mayer, Grundriss des Besonderen Verwaltungsrechts [1981] 221) und der Vor- und Entstehungsgeschichte des Weingesetzes 1985 (vgl. Holzer, Vom Wein- zum Verfassungsskandal? Agrarische Rundschau mit Agrarrecht 1985 [6] 21 und Schäffer, Weinaufsicht 361) vieles dafür sprach, dass der Bundesgesetzgeber die mittelbare Bundesverwaltung "tatsächlich" unterlaufen wollte. Es wäre aber darum gegangen, die "Vermutung" der Verfassungswidrigkeit in eine Gewissheit zu wandeln (vgl. auch Schäffer, Weinaufsicht 372).

⁹⁾ Der argumentative Zusammenhang, der vom VfGH zwischen der Prüfung von Vollzugskonstruktionen am Maßstab der organisatorischen Regeln des B-VG und der gleichheitsrechtlichen Prüfung hergestellt wird, kommt explizit im Beschluss vom 15. Dezember 1988, B 1378/87-11 zum Ausdruck. Vgl. dazu unter Pkt. III.

¹⁰⁾ Vgl. Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht Rz. 836: Aus dem Weinaufsichtserkenntnis könne man weder eine allgemeine Aussage noch eine dogmatische Begründung entnehmen.

II. Kann der Bundesminister "Maßnahmenbehörde" sein?

A. Die Weinaufsicht als Summe von Maßnahmen der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt

Die dem Verfassungsgerichtshof im Gesetzesprüfungsverfahren vorgelegene Fassung des Weingesetzes 198511) ermächtigte in § 37 Abs. 1 den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft zur Wahrnehmung der Weinaufsicht. 12) Zugleich wurde die gleichermaßen als organisatorischer Auftrag wie Zurechnungsregel zu verstehende Anordnung getroffen, dass sich der Bundesminister für die Weinaufsicht besonders geschulter Organe, der Bundeskellereiinspektoren, zu bedienen habe. Die folgenden Bestimmungen des Weingesetzes 1985 enthielten behördliche Ermächtigungen zur Nachschau, Probenentnahme und Beschlagnahme. Derartige Ermächtigungen werden in der Terminologie, die das B-VG seit der Novelle BGBl. 1975/302 für solche Akte verwendet, als Befugnisse zur Setzung von Maßnahmen der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt (Art. 131a und 144 B-VG) gedeutet. 13) Das Weingesetz 1985 enthielt somit eine Vollziehungskonstruktion, bei der für die Wahrnehmung bestimmter im einzelnen geregelter verwaltungspolizeilicher Aufgaben die besonderen Exekutivorgane "Bundeskellereiinspektoren" eingerichtet wurden. Durch die gesetzliche Zurechnungsregel wurde verfügt, dass die von den Bundeskellereiinspektoren gesetzten Maßnahmen der Behörde Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft zuzurechnen waren.

Die vom Verfassungsgerichtshof in dem dem Weinaufsichtserkenntnis zugrundeliegenden Unterbrechungsbeschluss geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken nahmen ihren Ausgang daran, dass das Weingesetz 1985 nach der allgemeinen Regel des Art. 102 Abs. 1 B-VG in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen ist. Der Verfassungsgerichtshof erwog nun zunächst, trotz der Zurechnungsregel in den Bundeskellereiinspektoren eigene Bundesbehörden zu sehen, deren Einrichtung nur gemäß Art. 102 Abs. 4 B-VG, also mit der Zustimmung der betroffenen Länder, zulässig gewesen wäre. Diese Erwägung stand aber zu deutlich im Gegensatz zum Gesetzeswortlaut und wurde vom Verfassungsgerichtshof später verworfen. 14)

11) Weingesetz 1985, BGBI. 1985/444.

¹³) Zur Frage der Terminologie vgl. z.B. *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz. 607. Zu den zit. Art. des B-VG vgl. auch die B-VG-Nov. BGBl. 1988/685.

Die letzten Endes durchschlagenden Bedenken des Verfassungsgerichtshofes gingen dahin, dass das dargestellte System der Vollziehung des Weingesetzes im Ergebnis zu einer "Aushöhlung" der mittelbaren Bundesverwaltung führe:

"Bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Weinaufsicht durch die Bundeskellereiinspektoren handelt es sich nämlich nicht um bloß fallweise Inspektionsreisen oder um bloß teilweise im Außendienst zu besorgende Aufgaben der Bundesverwaltung. Vielmehr wird ein Teilbereich der Vollziehung der Weinaufsicht insgesamt organisatorisch durch relativ selbständige, dekonzentrierte, im Bereich der Länder lokalisierte Einrichtungen besorgt, was durch die spezifische gesetzliche Regelung notwendig wird, die den Bundeskellereinspektoren . . . eigene Zuständigkeiten zuweist . . Die Bundeskellereinspektoren haben dabei in dem ihnen jeweils durch Dienstanweisung örtlich zugewiesenen Wirkungsbereich tätig zu werden und sind in ihrer Tätigkeit nicht dem Landeshauptmann, sondern dem Bundesminister direkt untergeordnet."

Diese Erwägung des Verfassungsgerichtshofes ist namentlich im Zusammenhang mit der Position zu sehen, die von der Bundesregierung im Gesetzesnrüfungsverfahren eingenommen wurde: Die Bundesregierung warf nämlich die Frage auf, ob der Verfassungsgerichtshof mit seinen Bedenken "in Wahrheit" nicht auf ein Problem der Organisation des Geschäftsapparates "Bundesministerium" abziele. Als hier relevante verfassungsrechtliche Vorschriften wurden von der Bundesregierung einerseits Art. 77 Abs. 1 B-VG, andererseits Art. 5 B-VG ins Spiel gebracht. Die zuerst genannte Bestimmung sieht vor, dass zur Besorgung der Geschäfte der Bundesverwaltung die Bundesministerien und die ihnen unterstellten Ämter berufen sind; Art. 5 Abs. 1 B-VG bestimmt, dass die Bundeshauptstadt Wien "Sitz der obersten Organe des Bundes" ist. Die Bundesregierung war dann in weiterer Folge um den Nachweis bemüht, "dass auch unter dem Blickwinkel etwaiger vom Verfassungsgesetzgeber möglicherweise vorausgesetzter Schranken für den Bundesgesetzgeber. die Organisation des Geschäftsapparates Bundesministerium zu gestalten, die gegebene Konstruktion der Weinaufsicht diesen Rahmen nicht sprengt. Die Organisation erreicht keinen Grad der räumlichen und personellen Dislokation, bei dem nicht mehr von einem Bundesministerium die Rede sein könnte, sondern bleibt insgesamt noch im historisch vorgefundenen Bild."

Bei der Würdigung der Argumentation der Bundesregierung sind meines Erachtens zwei Aspekte zu unterscheiden: Grundsätzlich erscheint das aufgestellte "Kalkül", die Organisation der Weinaufsicht an den genannten Verfassungsbestimmungen zu messen und eine Verbindung zwischen den Organisationsvorschriften für Bundesministerien und der mittelbaren Bundesverwaltung herzustellen, als geeignet, für die in Frage stehende verfassungsrechtliche Problematik einen treffenden dogmatischen Argumentationsrahmen zu finden. Die Richtigkeit dieses Ansatzes wurde auch von verfassungsrechtlicher Literatur bestätigt. Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, dass der Bundesregierung innerhalb dieses Argumentationsrahmens der von ihr versuchte

¹²) Nach der heute geltenden Fassung der Weingesetz-Nov. 1988, BGBl. 298, ist die "Bundeskellereiinspektion" als dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft unterstellte Behörde in Wien eingerichtet, die sich für die Weinaufsicht "besonders geschulter Aufsichtsorgane", der Bundeskellereiinspektoren, zu bedienen hat. (Vgl. zu dieser Konstruktion später unter Pkt. IV.)

¹⁴) Die normative Bedeutung der Zurechnungsregel lag ja gerade darin, die Akte der Bundeskellereiinspektoren dem Bundesminister zuzurechnen. Der VfGH hatte die Bestimmung daher als "deklarativ", und zwar als falsch (!) qualifizieren müssen. Dann hätte er sie aber wiederum nicht aufheben können, da nur normative Bestimmungen verfassungswidrig sein können.

¹⁵⁾ Schäffer, Weinaufsicht 365, 367.

Nachweis der Verfassungskonformität der Weinaufsicht nicht gelungen ist. Rückblickend erscheint es sogar so, dass innerhalb des Kalküls der Bundesregierung die verfassungsrechtlichen Bedenken eher deutlich wurden als in der vageren – Begründung des aufhebenden Erkenntnisses durch den Verfassungsgerichtshof.

Bevor nun näher auf das "Dislokationsproblem" eingegangen wird, sei noch betont, dass es hier nicht nur um die kritische Aufarbeitung einer bereits entschiedenen – und bereinigten – verfassungsrechtlichen Problematik geht. Vielmehr gelten im Bereich des Land- und Forstwirtschaftsrechtes nach dem Düngemittelgesetz, dem Qualitätklassengesetz und dem Holzkontrollgesetz der Stammfassung des Weingesetzes 1985 vergleichbare Konstruktionen. 16) Dass gerade in diesem Verwaltungsrechtsbereich bei Besorgung in mittelbarer Bundesverwaltung Vollzugsdefizite augenscheinlich befürchtet werden, erscheint nicht zufällig und findet historische Wurzeln, die im Folgenden gestreift werden. Eine fortdauernde Aktualität gewinnt die aufgeworfene Problematik weiters auch dadurch, dass im Bereiche des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft eine Reform der sogenannten landwirtschaftlichen Betriebsmittelgesetze vorbereitet wird. 17)

B. Der Argumentationsrahmen

Die Bundesregierung hat in ihrer Äußerung nicht auch in Frage gestellt, ob der Gesetzgeber überhaupt den Bundesminister zur Setzung von Maßnahmen der behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigen kann. Das heutige Verfassungsverständnis spricht freilich – zumindest prima facie – nicht dagegen. Mit der B-VG-Nov. 1975, BGBl. 302, wurde die Rechtssatzform "Maßnahme" im Umweg über die Regelung der Prüfungsgegenstände der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes anscheinend unterschiedslos für alle in Betracht kommenden Behörden eingeführt, will sagen, dass anscheinend allen Verwaltungs-

behörden Maßnahmen zugerechnet werden können. 18) Erst wenn man vor die Notwendigkeit gestellt wird, die Wirkungsbereiche des Bundesministers und des Landeshauptmannes (und der ihm unterstellten Landes- bzw. Bundesbehörden) voneinander abzugrenzen, und sich dafür historischer Anhaltspunkte zu bedienen versucht, wird deutlich, dass zur Beantwortung der gestellten Frage ein möglicherweise fruchtbarer historischer Ansatzpunkt darin liegt, zu prüfen, ob das vom Bundesverfassungsgesetzgeber bei Schaffung des Art. 77 Abs. 1 B-VG vorgefundene Bild des "Bundesministeriums" auch die Zurechnung von Maßnahmen des sofortigen Polizeizwanges enthielt und ob eine solche Konstruktion entweder ungeachtet des verfassungsrechtlichen Vollzugsbereiches, also auch in der unmittelbaren Bundesverwaltung – im Hinblick auf Art. 5 und 77 Abs. 1 B-VG – verfassungswidrig wäre oder aber doch zumindest dort, wo der Wirkungsbereich der Bundesministerien von jenen der Landeshauptmänner abzugrenzen ist, mithin also im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung.

Ein solcher Interpretationsversuch hat allerdings methodische und verfassungsdogmatische Voraussetzungen: In methodischer Hinsicht wird hier davon ausgegangen, dass die vom Verfassungsgerichtshof zur Auslegung der Kompetenzbestimmungen entwickelte "Versteinerungstheorie" auch für die gegenständliche Problematik fruchtbar gemacht werden kann. Der Gebrauch dieses Auslegungswerkzeuges besteht - technisch gesehen - darin, nach dem Sinn eines Begriffes in der Rechtsordnung zur Zeit des Inkrafttretens der Verfassungsvorschrift zu fragen. Walter hat diese Methode als Form der objektiven Auslegung qualifiziert, da auf den Wortsinn abgestellt wird. 19) Durch das spezifische Element der Suche nach dem Wortsinn "zum Versteinerungszeitpunkt" rückt eine solche Interpretation freilich in die Nähe einer - auf den Willen des Normsetzers gerichteten - subjektiven Interpretation: Es wird nämlich von der mit guten Gründen vertretbaren Prämisse ausgegangen, dass der Verfassungsgesetzgeber, soweit er nicht anderes zum Ausdruck gebracht hat, Rechtsbegriffe nach ihrer damaligen Ausprägung verwenden wollte. Damit erscheint die Heranziehung der Versteinerungstheorie aber nicht als das Ergebnis einer rechtspolitischen Grundentscheidung,20) sondern einer methodischen Position. Eine positivistische Auslegungsmethode²¹) wird nämlich bestrebt sein, dem Verständnis des Normsetzers möglichst nahezukommen, sei es

¹⁶⁾ Nach § 22 des Düngemittelgesetzes, BGBI. 1985/488, hat sich der zur "Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes" zuständige Bundesminister "fachlich befähigter Personen als Aufsichtsorgane zu bedienen", die in den §§ 23 ff. zur Setzung von "Maßnahmen" ermächtigt werden. Eine ähnliche Konstruktion findet sich nach §§ 12 und 16 ff. des Qualitätsklassengesetzes, BGBI. 1967/161. § 13 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Maßnahmen zum Schutz des Waldes anlässlich der Ein- und Durchfuhr von Holz, BGBI. 1962/115, bestimmt u.a., dass Kontrollorgane "als Organe des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft" tätig werden (§ 13). Festzuhalten ist, dass de lege lata die beiden zuerst genannten Bundesgesetze in mittelbarer Bundesverwaltung, das Holzkontrollgesetz in unmittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen ist.

¹⁷⁾ Zu den landwirtschaftlichen Betriebsmittelgesetzen vgl. Eichler, Dimensionen des Agrarrechtes (1987) 56. Zur kompetenzrechtlichen Grundlage vgl. nunmehr Art. I Z. 2 und 3 der B-VG-Nov. BGBl. 1990/445: Der engere Bereich der Regelung der landwirtschaftlichen Betriebsmittel kann seit dem 1. Juli 1990 in unmittelbarer Bundesverwaltung besorgt werden.

¹⁸) Vgl. FN 13. Eine evidente Einschränkung ergibt sich z.B. für die Verwaltungsbehörde Bundespräsident, den das B-VG mit einem geschlossenen Kreis von Kompetenzen ausstattet, zu denen die Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zweifellos nicht gehört. Zur B-VG-Nov. BGBl. 1975/302 und zum Begriff "unmittelbare behördliche Befehls- und Zwangsgewalt" vgl. Funk, Die Anfechtung verfahrensfreier Verwaltungsakte bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, in Neuerungen im Verfassungsrecht (1976) 49 und Funk, Von der "faktischen Amtshandlung" zum "verfahrensfreien Verwaltungsakt", ZfV 1987, 620.

¹⁹) Vgl. Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 93.

²⁰) So aber *Funk*, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980) 71.

²¹) Vgl. dazu grundlegend: Walter, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in FS Klug (1983) 187.

durch die Erfassung des Willens des Normsetzers oder – wo dies nicht unmittelbar möglich ist – durch Rekonstruktion des dem Normsetzer zusinnbaren Sprachgebrauches.

Demnach wäre festzustellen, in welchem Sinn der Begriff "Bundesministerium" zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Art. 77 Abs. 1 B-VG, also am 1. Oktober 1920, gebraucht wurde. Der Begriff des "Ministeriums" wie auch die konkret eingerichteten Ministerien wurden ja – materiell betrachtet – keineswegs neu geschaffen, sondern in vielem aus dem bestehenden Verwaltungsaufbau übernommen.²²) Der vom Verfassungsgerichtshof letztlich festgestellte "Missbrauch" der Organisationsform wäre – falls dieser Nachweis gelingt – dann insoweit gegeben, als der Verfassungsgesetzgeber bei der Kompetenzabgrenzung in der mittelbaren Bundesverwaltung zwischen oberster und mittlerer Instanz von einem festen Bild des Ministeriums ausging, dem der Gesetzgeber des Weingesetzes 1985 nicht folgte.

In methodischer Hinsicht ist grundsätzlich weiters zu sagen, dass die folgenden Erwägungen nicht geeignet sind, die aufgeworfene Frage mit letzter Sicherheit zu beantworten. Gegen einen solchen Versuch würde zum einen schon der dieser Untersuchung zugrundeliegende methodische Standpunkt sprechen, der die Erbringung eindeutiger Interpretationsergebnisse nicht immer als zwangsläufiges Ziel der verfassungsdogmatischen Analyse annimmt.²³) Zum anderen sollen die folgenden Erwägungen bloß als Baustein dafür dienen, durch eine schärfere Beleuchtung des hier maßgebenden Argumentationsrahmens eine rationale Entscheidung durch den Verfassungsgerichtshof, allenfalls durch den Verfassungsgesetzgeber, zu erleichtern und der Bundeslegistik für künftige Vorhaben einen gewissen Leitfaden zu bieten.

Die *verfassungsdogmatische* Voraussetzung liegt darin, dass im Einklang mit der h.L. davon ausgegangen wird, dass es nicht etwa zwei verschiedene Behörden "Bundesminister" und "Bundesministerium" gibt, die nach Art. 69 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 1 B-VG zur Besorgung der obersten Verwaltungsgeschäfte des Bundes berufen sind, sondern dass die genannten Vorschriften zwei Seiten desselben Organs regeln:²⁴) In funktioneller Hinsicht erscheint der "Bundesminister" als Behörde (Art. 69 Abs. 1 B-VG), der sich des Organkomplexes (Geschäftsapparates) "Bundesministerium" zu bedienen hat. Der Sinn der Regelung auch des Geschäftsapparates durch Art. 77 Abs. 1 B-VG liegt

also u.a. gerade darin, auch die institutionelle Seite der Geschäftsbesorgung des Bundesministers mit einer bestimmten Kontur auszustatten.²⁵)

C. Das überkommene Bild des "Ministeriums"

Nach dem Bundesministeriengesetz 1986 unterscheidet man die im Teil 1 der Anlage zu § 2 vorgesehenen "allgemeinen" Zuständigkeiten und die im Teil 2 daselbst den Bundesministerien zugewiesenen Sachgebiete. Dieser Aufbau des Wirkungsbereiches der Ministerien findet sich schon in den einschlägigen Rechtsquellen des vorigen Jahrhunderts.

Für den sog. "allgemeinen Wirkungskreis" der Ministerien blieb auch auf dem Boden der Dezember-Verfassung die ah. Entschließung vom 12. April 1852 maßgebend.²⁶) Nach Herrnritt²⁷) ließ sich die allgemeine Verwaltungstätigkeit der Ministerien demnach unter folgenden Gesichtspunkten zusammenfassen: "Vorbereitung und Durchführung der Gesetze und ah. Befehle, Organisation des betreffenden Verwaltungszweiges in persönlicher und sachlicher Richtung und Leitung sämtlicher Organe, endlich die durch die Führung des Ressorts bedingte finanzielle Gebarung."

Aus der Lehre ist vor allem auf Ulbrich²⁸) hinzuweisen, der in seinem Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts die Ministerien als "die selbständigen obersten Geschäftsleiter" bezeichnet. Näherhin wird ausgeführt, dass die Minister den Vollzug der Gesetze und der Befehle des Kaisers leiteten. Nach Ulbrich erließen sie Ausführungs- und Verwaltungsverordnungen, entschieden Ressortstreitigkeiten unter den ihnen untergeordneten Organen, sie verfügten die nicht dem Kaiser vorbehaltene Ernennung der Beamten und Diener ihres Ressorts, und sie übten die Disziplin über ihren Beamtenkörper. Im "österreichischen Staatsrecht" beschreibt Ulbrich²⁹) den Wirkungsbereich der Zentralstellen unter drei Aspekten: Die Ministerien seien oberste Dienstbehörden, oberste Beschwerdeinstanzen und zur Vertretung des Fiskus berufen.

Die materiellen Zuständigkeiten, die im Laufe der Zeit naturgemäß vielfältigen Änderungen unterworfen waren, finden sich ebenfalls zunächst in der genannten nichtpublizierten ah. Entschließung aus 1852 und späteren Verordnungen und vermitteln ein erschöpfendes Bild des Wirkungsbereiches der einzelnen k.k. Ministerien.³⁰)

²²) Mit Art. 4 des Gesetzes über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, StGBl. 1918/5, gingen die Zuständigkeiten der k.u.k. Ministerien und der k.k. Ministerien auf dem Staatsgebiet von Deutschösterreich auf die deutschösterreichischen Staatsämter über. Diese Bestimmung ist vor dem Hintergrund der §§ 12 f. des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 20. Oktober 1918, StGBl. 1918/1, als Überleitungsvorschrift und nicht als Vorschrift über die Rechtsnachfolge zu lesen (vgl. Kelsen, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Erster Teil [1919] 35). Nach § 26 Übergangsgesetz 1920 (ÜG) führten die Staatsämter ihre Geschäfte als Bundesministerien im Sinne des Art. 77 B-VG weiter (vgl. näher bei Barfuβ, Ressortzuständigkeit und Vollzugsklausel [1968] 61).

²³) Vgl. dazu Kelsen, Reine Rechtslehre² (1960) 346 und – differenzierend – Walter, Auslegungsproblem 190.

²⁴) Vgl. z.B. Walter, Bundesverfassungsrecht 489.

²⁵) Aus Art. 77 Abs. I B-VG folgt weiters, dass der Bundesgesetzgeber dem Bundesminister keinen anderen Geschäftsapparat beigeben darf (VfSlg. 4117/1967) und dass keine Zentralbehörden eingerichtet werden dürfen, die nicht den Bundesministerien "unterstellt" sind – zum letzteren Aspekt vgl. auch die Ausführungen zum "Amt für Volksernährung" unten.

²⁶) Der Wortlaut findet sich bei *Mayrhofer/Pace*, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst. 1⁵ (1895) 276.

²⁷) Herrnritt, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (1909) 166.

²⁸⁾ Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts (1904) 71.

²⁹) *Ulbrich*, Das österreichische Staatsrecht³ (1904) 100.
³⁰) Zum Wirkungsbereich der kle sowie kurk Ministeri

³⁰) Zum Wirkungsbereich der k.k. sowie k.u.k. Ministerien vgl. z.B. *Ulbrich*, Verwaltungsrecht 74 und die sehr erschöpfenden Darstellungen in dem in FN 26 zit. Band des Handbuches von *Mayrhofer/Pace*. Hinsichtlich der (heutigen) Bundesministerien für

Sowohl die genannten Darstellungen in der Lehre als auch die Durchsicht der im einzelnen den Ministerien übertragenen Geschäfte zeigt, dass im Behördensystem der Monarchie der Wirkungsbereich der Ministerien noch wesentlich "abstrakter" war, als dies heute der Fall ist. So umfasste der Wirkungsbereich der Ministerien in Ausnahmefällen zwar auch die Erlassung von individuell-konkreten Verwaltungsakten, die unmittelbare Ausübung der Zwangsgewalt, also die Setzung von Akten des sofortigen Polizeizwanges, ist aber anscheinend nicht nachweisbar. Im Zusammenhang mit den "Unterbehörden" schreibt denn auch Ulbrich,²8) dass man diese in Landes- und Bezirksbzw. Ortsbehörden weiter zu unterscheiden hätte. Die Bezirks- und Ortsbehörden wären "die eigentlichen Vollzugsbehörden, die in ihrem Gebiete die Gesetze, Verordnungen und Verfügungen auszuführen und die Staatsaufgaben unmittelbar zu vollziehen" hätten. "Es kommt denselben somit die eigentlich ausführende Arbeit zu."

Soweit es nun die Setzung von Exekutivakten betrifft, ist weiters auch noch folgendes zu bedenken: Der Verwaltungsorganisation nach der Dezember-Verfassung war auch die – bis heute dogmatisch relevante³¹) – Unterscheidung zwischen den sog, "selbständigen", d.h. zwangsanordnenden, Behörden und den bloß zwangsausübenden "Hilfsbehörden" (Hilfsorganen) zu eigen, wobei letztere u.a. den Willen anderer Behörden "auszuführen" hatten, also insbesondere Akte des sofortigen Polizeizwanges zu setzen hatten.³²) Freilich betont Ulbrich, dass eine Behörde innerhalb eines Teiles ihres Geschäftskreises als Hilfsbehörde, innerhalb eines anderen Teiles als selbständige Behörde erscheinen konnte, doch fielen die Ministerien - soweit heute ersichtlich nicht unter diese besondere Kategorie. Die in der Unterscheidung von selbständigen Behörden und Hilfsbehörden zum Ausdruck kommende Differenzierung fand - und findet - auch auf der rein dienstrechtlichen Seite eine Entsprechung: Es ist naheliegend, dass die "konzeptive" Tätigkeit bei einer Behörde höherwertig eingestuft wurde als der reine Exekutivdienst. Freilich ist aus der dienstrechtlichen Struktur im Hinblick darauf wenig zu gewinnen, als selbstverständlich auch in Ministerien Organwalter angestellt waren, die Hilfsdienste verrichteten.

Bevor man dieses Bild des Geschäftsapparates "Ministerium" als Organ zur Ausübung relativ abstrakter Kompetenzen mit dem Bild des "Bundesministeriums" nach Art. 77 Abs. 1 B-VG gleichsetzt, müssen freilich die besonderen Entwicklungen beachtet werden, die in der Organisation der obersten

wirtschaftliche Angelegenheiten und für Land- und Forstwirtschaft vgl. Goldinger, Geschichte der Organisation des Handelsministeriums, in FS 100 Jahre im Dienste der Wirtschaft I (1961) 301 und Eichler, Der Wirkungsbereich des für die Angelegenheiten der Landeskultur zuständigen Ministeriums 1867 bis 1967, in FS 100 Jahre Landwirtschaftsministerium (1967) 149. Vgl. weiters Goldinger, Die Zentralverwaltung in Cisleithanien – Die zivile gemeinsame Zentralverwaltung, in Wandruszka/Urbanitsch (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie 1848 – 1918 II: Verwaltung und Rechtswesen (1975) 100.

Behörden während des Ersten Weltkrieges und in der Zeit unmittelbar danach eintraten. Gerade auch die Vorgeschichte des Bundesministeriums für Landund Forstwirtschaft ist für den gegebenen Zusammenhang sehr aufschlussreich.

Der Wirkungsbereich des Ackerbauministeriums wurde erstmals mit Verordnung RGBl. 1868/12, die der 1867 erfolgten Errichtung der neuen Zentralstelle folgte, sachlich bestimmt.33) Die Wendungen "legislative Verhandlungen", "Handhabung... in oberster Linie", "oberste Leitung" etc. bestätigen. dass auch dieses k.k. Ministerium einen entsprechend "abstrakten" Wirkungskreis hatte, zu dem die Setzung von Zwangsakten keinesfalls gehörte. Das heutige Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft hat allerdings eine zweifache Wurzel: Zum einen kann es als Nachfolger des seinerzeitigen Ackerbauministeriums angesehen werden, zum anderen aber auch als Nachfolgeorgan des 1916 eingerichteten "Amtes für Volksernährung".34) Dieses Amt stellte in der Monarchie kein Ministerium, sondern eine einem Minister ohne Portefeuille unterstellte Zentralbehörde in Wien dar. Das Amt für Volksernährung übernahm insbesondere den Wirkungsbereich des Ackerbauministeriums hinsichtlich der Versorgung mit Lebens- und Futtermitteln. Das Statut dieses Volksamtes nennt unter anderem auch sog. "Ernährungsinspektorate", was darauf hindeutet, dass damit eine unmittelbare Verwaltungstätigkeit in den Ländern gemeint war.35) Insbesondere aber ging auf das Amt für Volksernährung auch eine konkret aus den Rechtsquellen nachweisbare Befugnis zu unmittelbarer Zwangsausübung über. Die kurze Zeit vor der Errichtung des Amtes für Volksernährung erlassene Verordnung betreffend den Verkehr mit Futtererzeugnissen, RGBl. 1916/277, ermächtigte in § 7 einen "Fachausschuss", durch seine Bevollmächtigten jederzeit die Betriebe, in denen die Herstellung der Futtererzeugnisse erfolgte, einer Revision zu unterziehen und Proben der Erzeugnisse und der verwendeten Stoffe zu entnehmen. Diese Zuständigkeit fiel nach der Auflassung des Bundesministeriums für Volksernährung an das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft "zurück",36) wobei die oben genannten Aufsichtsbefugnisse des vormaligen Fachausschusses von der zeitgenössischen Literatur als auf das Bundesministerium übergegangen qualifiziert wurden.³⁷)

Man könnte nun annehmen, dass das "reine" Bild des Ministeriums in den Tagen der Zwangswirtschaft gewissermaßen "getrübt" worden sei und dass der Verfassungsgesetzgeber gerade auch an diese – vorher untypischen – Ermäch-

³¹⁾ Vgl. Mayer, Lebensmittelüberwachung und mittelbare Bundesverwaltung, ÖZW 1977, 97 (99).

³²⁾ Ulbrich, Staatsrecht 97.

³³⁾ Vgl. im einzelnen Eichler, Wirkungsbereich 150 und Mayrhofer/Pace, Handbuch 629.

³⁴) Vgl. Goldinger, Zentralverwaltung 164 und Eichler, Wirkungsbereich 157.

³⁵) Vgl. das Statut des Amtes für Volksernährung vom 30. November 1916 (bei *Goldinger*, Zentralverwaltung 167) und die Verordnungen RGBI. 1916/401, 402.

³⁶) Vgl. das Bundesgesetz über eine Auflassung des Bundesministeriums für Volksernährung, BGBl. 1927/527, mit dem die hier relevanten Kompetenzen auf das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft übertragen wurden. Zur Entwicklung im Einzelnen vgl. Eichler, Wirkungsbereich 162.

³⁷) Vgl. Zessner-Spitzenberg, Das österreichische Agrarrecht (1929) 1264.

tigungen anknüpfen wollte. Freilich erscheint bei der Heranziehung der Zuständigkeiten des Amtes für Volksernährung im Besonderen wie überhaupt der zwangswirtschaftlichen Verhältnisse der Kriegs- und unmittelbaren Nachkriegszeit für die Sinnermittlung von Begriffen des B-VG doch Vorsicht geboten. Zunächst einmal stellten die hier relevanten Zuständigkeiten des Amtes für Volksernährung auch im Zusammenhang der Kriegswirtschaft offensichtlich Besonderheiten dar. 38) Zum anderen hat der Verfassungsgerichtshof im Zusammenhang mit einer Auseinandersetzung um die Auslegung des Kompetenztatbestandes "Ernährungswesen" (Art. 10 Abs. 1 Z. 12 B-VG) Aussagen getroffen, die im Hinblick auf ihre Allgemeinheit auch im gegenständlichen Zusammenhang beachtet werden sollten.³⁹) Die Bundesregierung versuchte nämlich als Basis für bundesgesetzliche Regelungen auf dem Gebiete der agrarischen Marktordnung einen besonders weiten Begriffsumfang des in Rede stehenden Kompetenztatbestandes mit Hilfe der Zuständigkeiten des Amtes für Volksernährung zu behaupten. In einer einschlägigen Passage der Begründung führt der Verfassungsgerichtshof dazu nun folgendes aus:

"Die Verordnung RGBl. 1917/131 enthielt Maßnahmen, wie sie die Erfordernisse einer totalen Kriegswirtschaft verlangten. Zweck der Verordnung war es, den sich aus dem durch die Kriegsverhältnisse hervorgerufenen Warenmangel ergebenden Gefahren für die Versorgung der Bevölkerung mit Bedarfsartikeln, darunter auch mit Lebensmitteln, zu begegnen, aber darüber hinaus auch die Wirtschaft in Gang zu halten. Nicht nur die Rechtsgrundlage der Verordnung (§ 14 des Gesetzes RGBl. 1867/141), sondern auch der Inhalt der Verordnung lassen erkennen, dass es sich um Maßnahmen der Mobilisierung der Wirtschaft von vorübergehender Natur handelte. Der Inhalt der Verordnung ist daher nicht geeignet, den Kompetenzbegriff des Ernährungswesens, der im Jahre 1920 geschaffen und am 1. Oktober 1925 in Wirksamkeit getreten ist, aufzuhellen."

Wenn man diese Aussage des Verfassungsgerichtshofes verallgemeinert, so könnte man sagen, dass hinsichtlich der besonderen kriegswirtschaftlichen Maßnahmen und der damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Einrichtungen eine Art "Versteinerungsverbot" aufgestellt wird. Auch die besonderen Zwangszuständigkeiten des Amtes für Volksernährung müssen daher vor dem Hintergrund der besonderen kriegswirtschaftlichen Verhältnisse gesehen werden. Es lässt sich daher trotz dieser Hinweise die Ansicht aufrechterhalten, dass dem Bundesverfassungsgesetzgeber von 1920 unverändert das in der Monarchie maßgebende Bild eines "Ministeriums" vor Augen gestanden ist. Freilich muss man die doppelte Wurzel des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, nämlich einerseits als "Centralstelle zur Förde-

³⁹) VfSlg. 5748/1968.

rung der landwirtschaftlichen Interessen"⁴⁰) und andererseits als Vertretung der Interessen einer Versorgung der Bevölkerung durch die Landwirtschaft im Auge behalten. Es ist eben kein Zufall, dass gerade im Bereich der Land- und Forstwirtschaft die Tendenz besteht, die Zentralstelle mit besonderen Zuständigkeiten auszustatten.

D. Der doppelte Begriff der "Inspektionsorgane"

Rei der Durchsicht der Organisation der k.k. Ministerien trifft man auf die Einrichtungen von "Inspektoren". Solche Spezialorgane gab es insbesondere auch im Ackerbauministerium. Im "Weinaufsichtsverfahren" versuchte die Bundesregierung die Existenz und den Wirkungsbereich der k.k. Landeskulturinsnektoren⁴¹) als Indiz für eine vorgefundene – und somit verfassungskonforme - Dislokation des Ministeriums ins Treffen zu führen. Die Landeskulturinspektoren waren Organe des Ackerbauministeriums, die zur Information "Bereisungen" in den ihnen zugewiesenen Ländergruppen vorzunehmen hatten, somit in einer - wie die Bundesregierung vermeinte - den Bundeskellereiinspektoren durchaus ähnlichen organisatorischen Stellung waren. Dieser Hinweis übersah freilich, dass Landeskulturinspektoren, ähnlich wie die Schulinspektoren Organe waren, die die Aufgabe hatten, die Geschäftsbesorgung durch die Unterbehörden zu kontrollieren. Nicht übertragen waren diesen Organen Zuständigkeiten zur Setzung von Zwangsakten gegenüber den Normunterworfenen. Ein Organ im letzteren Sinn war der Gewerbeinspektor, der dann aber auch - man könnte sagen: konsequenterweise - organisatorisch bei den politischen Behörden angesiedelt war. 42) Der Typus der zuerst genannten Inspektionsorgane gehört ohne Zweifel zum vorgefundenen Bild des Ministeriums und stellt ein Instrument zur Organisation der "Leitung" dar. Dieser Typus von Inspektionsorganen ist im übrigen auch verfassungsrechtlich verankert: In einigen Fällen, in denen der Bundesminister ausnahmsweise zur Kontrolle der autonomen Landesvollziehung berufen ist - Art. 14 Abs. 8, Art. 15 Abs. 2 B-VG und § 13 F-VG 1948 -, werden die Inspektionsorgane des Bundesministeriums ausdrücklich verfassungsrechtlich vorgesehen. Auf diese Verfassungsbestimmungen wird im Zusammenhang mit der Frage der Kontrollbefugnisse des Bundesministers gegenüber den Behörden der mittelbaren Bundesverwaltung noch zurückzukommen sein (vgl. IV). Für den gegebenen Zusammenhang ist festzuhalten, dass auch aus den verschiedentlich eingerich-

³⁸⁾ Die Kaiserliche Verordnung über die Versorgung der Bevölkerung mit Bedarfsgegenständen, RGBl. 1917/131, enthielt keine unmittelbaren Zwangsbefugnisse der Zentralstellen. Auch das Amt für Volksernährung bediente sich im Allgemeinen zur Zwangsausübung der Unterbehörden (vgl. z.B. die Verordnung RGBl. 1917/15).

⁴⁰) Vgl. das ah. Handschreiben vom 30. Dezember 1867 (*Mayrhofer/Pace*, Handbuch 629).

⁴¹) Verordnung des Ackerbauministeriums über die dienstliche Stellung und den Wirkungsbereich der k.k. Landeskulturinspektoren, Verordnungsblatt für den Dienstbereich des k.k. Ackerbauministeriums 1877/33.

⁴²) Nach §§ 2 ff. des Gesetzes betreffend die Bestellung von Gewerbeinspektoren waren diese der politischen Behörde (Gewerbebehörde) zugeordnet (vgl. *Mayer*, Stellung und Aufgaben der Arbeitsinspektoren im österreichischen Arbeitnehmerschutzrecht, DRdA 1988, 149).

teten Inspektoren kein Schluss in die Richtung einer vom Verfassungsgesetzgeber vorgefundenen Dislokation gezogen werden kann.

E. Das EGVG als Indiz

Ein weiteres aufschlussreiches Indiz für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung stellt auch Art. IV Z. 3 EGVG 1950 dar: Bei der Regelung des "sofortigen Polizeizwangs" ist hier die Rede von den "Befugnissen der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung (Bundespolizeibehörden) und der Organe der öffentlichen Sicherheit" zur Setzung derartiger Zwangsakte. Die Bundesministerien sind hier nicht erwähnt. Dies kann als sicherer Anhaltspunkt dafür genommen werden, dass im Jahre 1925 von der Vorstellung ausgegangen wurde, dass Bundesministerien derartige Akte nicht setzen bzw. dass sie Bundesministern nicht zugerechnet werden.

F. Wien als "Sitz der obersten Organe"

Die bisherigen Ausführungen sollten deutlich machen, dass es Art. 77 Abs. 1 B-VG nicht erlaubt, einem Bundesminister Befugnisse zur Setzung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt einzuräumen (funktionelle Sicht) bzw. das Bundesministerium so zu organisieren, dass die dafür erforderlichen besonderen Hilfsorgane eingerichtet werden.

Das so gewonnene Ergebnis kann meines Erachtens auch noch durch eine zweite Überlegung gefestigt werden: Art. 5 B-VG sieht vor, dass die Bundeshauptstadt Wien der "Sitz der obersten Organe des Bundes" ist. Wenn man in bezug auf die Bundesminister (Art. 69 B-VG) davon geleitet ist, dass – wie oben ausgeführt – das B-VG sowohl den funktionellen als auch den organisatorischen (institutionellen) Aspekt regelt, so erscheint auch der normative Inhalt des Art. 5 B-VG in doppelter Weise gegeben:

Bezieht man die Vorschrift auf das monokratische Organ Bundesminister, so hat sie die Bedeutung, dass außerhalb des Landesgebietes von Wien die für die Normerlassung wesentlichen Willensakte nicht gesetzt werden können. Dies bedeutet insbesondere, dass Bescheide und Verordnungen in Wien zu "erlassen" sind. Bezieht man die Vorschrift auf den Geschäftsapparat "Bundesministerium", so trifft die Überlegung der Bundesregierung im Gesetzesprüfungsverfahren zu, dass dem Verfassungsgesetzgeber 1920 die mit dem traditionellen Bild eines Ministeriums verbundene Vorstellung eines "Geschäftsapparates", also einer Allokation räumlicher und personeller Ressourcen vorgeschwebt sein musste.

Bei richtiger Betrachtungsweise wird man beide Aspekte miteinander verbinden müssen. Geht man nämlich davon aus, dass der behördliche Wille nicht ohne eine entsprechende bürokratische Vorarbeit geleistet werden kann,

so kann man aus Art. 5 B-VG relativ leicht zwei verfassungsrechtliche Beschränkungen herauslesen:⁴³)

Zum einen wird es nicht zulässig sein, ein Bundesministerium räumlich derart zu "dekonzentrieren", dass es zur Einrichtung von Exposituren in den einzelnen Bundesländern kommt.44) Eine Gliederung eines Bundesministeriums etwa in der Weise, dass für jedes Bundesland eine Sektion zuständig ist. die ihren Sitz in der jeweiligen Landeshauptstadt hat, wäre wohl sicher unzulässig. Auf der anderen Seite wird man - um die Verbindung zu dem schon Gesagten herzustellen – zu beachten haben, dass sich Akte der unmittelbaren hehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt gerade dadurch auszeichnen, dass sie "an Ort und Stelle" gesetzt werden. 45) Organe, die regelmäßig derartige Zwangsakte zu setzen haben, werden wohl zwingend außerhalb des Sitzes des Bundesministeriums tätig. Dies meint offenbar auch der Verfassungsgerichtshof, wenn er davon spricht, dass die Weinaufsicht eine "typische Inspektionstätigkeit" sei, "die ihrer Natur nach mit einer faktischen Anwesenheit von Inspektionsorganen im Kontrollgebiet einhergehe". Der von der Bundesregierung unternommene Versuch, nachzuweisen, dass die Bundeskellereiinspektoren im Rahmen von "Dienstreiseaufträgen" tätig wurden, konnte demgegenüber nicht überzeugen: Die Bundesregierung musste nämlich auch einräumen, dass die Kontrollorgane ihren ordentlichen Wohnsitz außerhalb von Wien hatten. Gerade wenn man auch die traditionelle dienstrechtliche Verklammerung zwischen "Behördensitz" und ständigem Wohnsitz des Beamten beachtet,46) wird deutlich, dass - institutionell gesehen - die behördlich tätigen Organwalter eines Bundesministeriums eben tatsächlich in Wien zu konzentrieren sind.

G. Folgerungen für die Verwaltungsorganisation des Bundes

Die bisher dargestellten Überlegungen führen zum Ergebnis, dass die vom Weingesetz 1985 hergestellte Organisation der Weinaufsicht deshalb im Widerspruch zur Bundesverfassung stand, weil dem Verfassungsgesetzgeber von 1920 dem bestimmtes vorgefundenes Bild der Organisation der Geschäftsbesorgung durch den Bundesminister vor Augen gestanden ist. Die Aufgaben der

⁴³) Walter, Bundesverfassungsrecht 133, sieht es als problematisch an, "inwieweit das Gebot, den Sitz in Wien zu haben, Amtshandlungen außerhalb des Sitzes zuläßt". Vgl. weiters *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 21.

⁴⁴) Dies wird nur für hoheitlich tätige "Außenstellen" von Bundesministerien gelten (so Schäffer, Weinaufsicht 373), da außerhalb des Bereiches der Hoheitsverwaltung keine verfassungsrechtlich typisierten Rechtsakte "erlassen" werden. Problematisch ist die Stellung des Staatskommissärs im Kreditwesen, der nach Schäffer durch seine "Einsprüche" bloße Tatbestandswirkungen erzeugt (Schäffer, Bankaufsicht – Möglichkeiten und Grenzen ihrer Organisation aus rechtlicher Sicht, Österreichisches Bankarchiv 1985, 199 [215]; Schäffer, Weinaufsicht 373). Vgl. auch FN 63.

⁴⁵⁾ Vgl. Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 102, 174.

⁴⁶⁾ Vgl. heute § 55 Abs. I Satz 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. 333 (BDG): "Der Beamte hat seinen Wohnsitz so zu wählen, dass er bei der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben nicht heeinträchtiet wird"

Weinaufsicht durch dem Bundesminister zuzurechnende Exekutivorgane vornehmen zu lassen, erscheint sowohl im Hinblick auf die mangelnde Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers, den Bundesminister zur Ausübung von unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu ermächtigen, als auch im Hinblick auf die mit einer solchen Geschäftsbesorgung notwendig verbundenen Dekonzentration des Geschäftsapparates "Bundesministerium" als unzulässig. Nun wurde dieses Auslegungsergebnis gewonnen, ohne auf die mittelbare Bundesverwaltung besonders einzugehen. Naheliegend ist daher die Frage, ob das so gewonnene Resultat nur für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung oder schlechthin maßgebend sein soll. Meiner Ansicht nach wird man in einer verfassungsrechtlichen Betrachtung zum Ergebnis kommen müssen, dass der Bundesgesetzgeber auch für den Funktionsbereich der unmittelbaren Bundesverwaltung keine derartige Organisationsform schaffen kann, Allerdings ergeben sich für beide Vollziehungsbereiche der Bundesverwaltung unterschiedliche Konsequenzen: Auszugehen ist davon, dass der Bundesgesetzgeber, will er eine Vollziehung nach Art der Weinaufsicht durch Bundesorgane sichern, diese Organe als "Bundesbehörden" einrichten muss. Für den Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung ergibt sich daraus lediglich, dass die Zurechnung der von diesen Organen gesetzten Akte zum Bundesminister zu entfallen hat. In allfälligen Verfahren, in denen es um die Rechtmäßigkeit der von den Aufsichtsorganen gesetzten Maßnahmen geht, hätten diese konsequenterweise als "belangte Behörde" aufzutreten. Es soll nun nicht übersehen werden, dass der in Österreich in der Begriffsbildung des allgemeinen Verwaltungsrechtes gebrauchte Behördenbegriff nur Verwaltungsorgane erfasst, die zwangsandrohende Rechtsakte, also Bescheide und Verordnungen, erlassen. So gesehen dürften – so könnte man einwenden – die Bundeskellereiinspektoren, die ausschließlich zur Setzung von Maßnahmen berufen sind, nur als Hilfsorgane einer Behörde und in Zuordnung zu dieser eingerichtet werden.⁴⁷) Es stellt sich aber die Frage, ob tatsächlich ein verfassungsrechtliches Hindernis der Einrichtung solcher "Maßnahmenbehörden" entgegensteht. Der Charakter als "Hilfsorgan" setzt neben der Wahrnehmung typischer Aufgaben weiters eine gesetzliche Zurechnung dieser Akte zu einer anderen Behörde voraus. Fehlt diese Zurechnung, so sind die vom Exekutivorgan gesetzten Akte eben dem Organ selbst zuzuschreiben. Eine verfassungsrechtliche Bestimmung, die die Einrichtung derartiger "selbsttragender" Exekutivorgane als Behörden verbieten würde, ist nicht zu erkennen.⁴⁸) Wenn man der hier vertre-

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung

tenen Ansicht nicht folgt und aus verfassungsrechtlichen Gründen derartige Rehörden für unzulässig hält, dann hätte der Bundesgesetzgeber (nur) die Möglichkeit, "seine" Hilfsorgane dem Landeshauptmann zuzuordnen und diesen nach Art. 102 Abs. 3 B-VG mit der Vollziehung zu betrauen, 49) womit freilich eine Überstellung dieser Angelegenheiten in die mittelbare Bundesverwaltung⁵⁰) und ein Abgehen vom Modell "Weinaufsicht 1985" verbunden

Für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung können derartige Organe nur eingerichtet werden, wenn die Länder nach Art. 102 Abs. 4 B-VG ihre Zustimmung erteilen. Bei der zuletzt genannten Konstruktion treten allerdings wieder verfassungsrechtliche Fragen auf: Richtet der Bundesgesetzgeber eine für das ganze Bundesgebiet zuständige "zentrale" Bundesbehörde unter dem Bundesminister (dem Bundesministerium) ein, so ist die in der Lehre noch immer strittige Problematik zu beachten, ob damit überhaupt ein Fall des Art. 102 Abs. 4 B-VG vorliegt, 51) denn die in Rede stehende Konstruktion hringt analoge Probleme mit sich wie die bereits behandelte Dekonzentration

⁴⁷) Unter Berufung auf die h.L. (z.B. Mayer, Lebensmittelüberwachung 100: Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht [1986] 308; Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht² [1984] 295) bezweifelt Schäffer, Weinaufsicht 363 den Behördenbegriff, von dem der VfGH im Weinaufsichtserkenntnis offensichtlich ausgeht und der auch Organe zu umfassen scheint, die nur zur Zwangsausübung berufen sind.

⁴⁸⁾ Es wird davon auszugehen sein, dass auch derartige Behörden nach Art. 18 Abs. 2 B-VG zur Erlassung von Verordnungen ermächtigt sind. Es liegt im Übrigen auf der Hand, dass verwaltungstechnisch gesehen die Einrichtung des in Frage stehenden Behördentypus problematisch ist. Dies ist ein Grund, weshalb die geltende Organisation

der Weinaufsicht eine – herkömmliche – Behörde Bundeskellereiinspektion und Hilfsorgane einrichtet (vgl. FN 12).

⁴⁹⁾ Vgl. VfSlg. 8466/1978.

⁵⁰⁾ Vgl. VfSlg. 2978/1956, 4592/1963.

⁵¹⁾ Die Frage, ob die Errichtung einer zentralen nachgeordneten Bundesbehörde für andere als in Art. 102 Abs. 2 genannte Angelegenheiten gemäß Art. 102 Abs. 4 B-VG bloß mit Zustimmung der beteiligten Länder vorgenommen werden kann, fällt nicht unter das gegebene Thema. In der Lehre hat Öhlinger (Verfassungsrechtliche Probleme der Nationalbank, in FS Wenger [1983] 679 [689]) – auch unter Berufung auf ältere Lehren (vor allem Körner, Kollegiale Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag, Zentralblatt für die juristische Praxis 1933, 257) - insoweit eine Verbindung zur hier in Rede stehenden Problematik hergestellt, als seiner Ansicht nach in ienen Grenzen, in denen auch der Bundesminister als erste und einzige Instanz eingesetzt werden kann, die Errichtung einer für alle Länder tätigen Bundesbehörde nicht unter Art. 102 Abs. 4 B-VG fällt (a.A. Mayer, Lebensmittelüberwachung 98, und wohl auch die Staatspraxis). Unter Weiterführung von Erwägungen aus dem Weinaufsichtserkenntnis geht Potacs, Die Rechtsstellung der Österreichischen Nationalbank als Devisenbehörde im Lichte der jüngeren Judikatur des VfGH zur mittelbaren Bundesverwaltung, ZfV 1989, 115, prinzipiell zutreffend von einer Differenzierung der Behördenerrichtung zwischen "Lokalisierung" in einem Land, also Sitzbegründung und funktioneller Zuständigkeit im Sinne einer Sprengelfestlegung aus verliert sich aber in undurchsichtigen teleologischen Erwägungen. Angesichts der Ambivalenz des Wortlautes und der wenig ergiebigen Entstehungsgeschichte des Art. 102 Abs. 4 B-VG (die Vorschrift geht offensichtlich auf Art. 90 des "Privatentwurfes Mayr" zurück - vgl. Ermacora [Hrsg.], Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht 1920 [1967] 58) ist eine sichere verfassungsdogmatische Aussage kaum möglich. Auf der Basis der oben angestellten Überlegungen, die jedenfalls für das Verhältnis Bundesminister - Landesbehörden den Behördensitz, also den organisatorischen Aspekt in den Vordergrund stellen, ergibt sich meiner Ansicht nach eine Praevalenz der Auffassung, dass bloß jenes Land als "beteiligt" anzusehen ist, in dem die Bundesbehörde ihren Sitz hat. Dies gilt freilich nur insoweit, als es nicht durch Dependancen in anderen Ländern oder durch die Einräumung von Maßnahmenkompetenzen zu einer Dislokation und damit - im Ergebnis - zu einer Errichtung auch in anderen Ländern kommt.

des Bundesministeriums. Soweit nämlich die einzelnen Inspektionsorgane wieder mit den charakteristischen Ermächtigungen zur Setzung von unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet werden und nur eine formelle Zurechnung zur zentralen Unterbehörde vorgesehen ist, wird man auch hier wieder eine behördliche Tätigkeit in den Ländern anzunehmen haben, deren gesetzliche Regelung nur nach Maßgabe des Art. 102 B-VG möglich ist. Das heißt aber, dass man auch bei einer engen Auslegung des Art. 102 Abs. 4 B-VG um die Zustimmung der Länder zur gegebenen Verwaltungsorganisation nicht herumkommt. 52) Am Ende sei noch betont, dass auch die für den Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung gezogene Konsequenz keineswegs unerheblich für den bundesstaatlichen Aufbau Österreichs ist: Man kann nämlich davon geleitet sein, dass jeder Form der Dekonzentration der Aufgabenbesorgung prinzipiell ein föderalistisches Element innewohnt. Es macht - verfassungspolitisch gesehen - einen Unterschied, ob es zur Einrichtung von Behörden "im Land" kommt oder ob die im Land tätigen Organe unmittelbar in die Zentralstelle eingeordnet sind. Die Einrichtung einer selbständigen Behörde wird immer damit verbunden sein, dass sie sich eher aus Organwaltern des betreffenden Gebiets rekrutiert und dass ihr - im Regelfall ein größerer Freiraum praktisch weisungsfreier Verwaltung zukommen wird.

III. Der Bundesminister als erste und einzige Instanz in Verwaltungsverfahren

Im Weinaufsichts-Erkenntnis blieb der Verfassungsgerichtshof ausdrücklich bei seiner bisherigen Auffassung, "dass es verfassungsrechtlich an sich nicht ausgeschlossen ist, im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung in einem bestimmten Ausmaß und unter Einhaltung sonstiger verfassungsrechtlicher Grenzen dem Bundesminister auch Agenden zur Besorgung in erster Instanz zu übertragen." In seinem Beschluss vom 15. Dezember 1988, B 1378/87-11, hat der Verfassungsgerichtshof die "verfassungsrechtlichen Grenzen" präzisiert, und zwar soll eine "verfassungswidrige Aushöhlung des Grundsatzes der mittelbaren Bundesverwaltung" jedenfalls dann vorliegen, wenn sich die Zuständigkeit des Bundesministers in erster und letzter Instanz sachlich nicht rechtfertigen lässt, "sohin dem aus dem Gleichheitssatz ableitbaren Sachlichkeitsgebot widerstreitet".

Damit tritt ein anderer Aspekt der hier zu behandelnden Problematik hervor. Schon Kelsen/Froehlich/Merkl halten fest, dass die Vollziehung in der Ministerialinstanz notwendigerweise unmittelbare Bundesverwaltung sein muss. Soweit also der Instanzenzug vom Landeshauptmann zum Bundesminister geführt wird, kommt es zwingend zu einem Sprung von der mittelbaren in

52) A.A. Öhlinger, Nationalbank 693, der die Zweiganstalten der Nationalbank für unproblematisch hält. Vgl. demgegenüber Potacs, Nationalbank 115.

die unmittelbare Bundesverwaltung.⁵³) Wenn nun der Bundesgesetzgeber von vornherein den Bundesminister als erste und einzige Instanz einsetzt, so wird damit in einem gewissen Sinn die mittelbare Bundesverwaltung "ausgeschaltet".

Nun kann es nach dem historischen Befund keinem Zweifel unterliegen. dass bereits auf dem Boden der Dezember-Verfassung in mehreren Fällen Minister als erste und einzige bescheiderlassende Behörde eingerichtet waren.54) Anders als im zuvor behandelten Fall der Übertragung der Zuständigkeit zur Setzung von Maßnahmen der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt lässt sich im Fall der Ermächtigung zur Erlassung von Bescheiden jedenfalls keine qualitative Grenze angeben. Von der Lehre wurde nun bisweilen ein "quantitatives" Argument ins Spiel gebracht. So meint etwa Mayer, dass die Betrauung der Ministerialinstanz mit Vollzugsaufgaben in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung nur ausnahmsweise erfolgen könne und nicht im Wege einer allgemeinen Zuständigkeitskonzentration beim Bundesminister zu einer Beseitigung des Prinzips der mittelbaren Bundesverwaltung führen dürfte.55) Der Verfassungsgerichtshof und einige Lehrmeinungen kombinieren dieses Argument mit der Heranziehung des Gleichheitssatzes. 56) Nun ist zweifellos die Anwendung des versassungsrechtlichen Gleichheitssatzes - in seiner Ausprägung durch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, also im Sinne einer allgemeinen "Sachlichkeitsprüfung" – auch auf Zuständigkeitsnormen grundsätzlich möglich. Die vom Verfassungsgerichtshof in diese Richtung getroffenen Erkenntnisse zeigen, dass etwa die Einräumung eines Instanzenzuges für bloß einen Teil der Adressaten von Bescheiden sehr wohl am Gleichheitssatz zu messen ist. 57) Auch für den hier gegenständlichen Fall kann die Anwendung des Gleichheitssatzes nicht prinzipiell ausgeschlossen werden. Freilich bleibt es aber nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls eine Frage des rechtspolitischen Gestaltungsraumes des Gesetzgebers, ob er sich für die Besorgung von Verwaltungsverfahren in mittelbarer Bundesverwaltung oder in der Ministerialinstanz entscheidet.⁵⁸) Ist die Regelung aus anderen Gründen sachlich nicht gerechtfertigt, so bedarf es der Heranziehung des Organisationsprinzips der mittelbaren Bundesverwaltung nicht. Der Verfassungsgerichtshof kombiniert zwei miteinander in Wahrheit nicht zusammenhängenden Argumente. In diesem Sinn wird daher keine Mög-

54) Vgl. die Beispiele bei Öhlinger, Nationalbank 689.

55) Mayer, Lebensmittelüberwachung 98. Vgl. weiters Antoniolli/Koja, Verwaltungsrecht 385.

⁵³) Kelsen/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil (1922) 215. Vgl. weiters Schäffer, Weinaufsicht 365.

⁵⁶⁾ Vgl. Raschauer, Die obersten Organe der Landesverwaltung, in Ermacora u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 375 (369) und Öhlinger, Nationalbank 689.

 ⁵⁷) Vgl. VfSlg. 4327/1962, 5119/1965, 8901/1980, 9287/1981.
 ⁵⁸) So auch Schäffer, Weinaufsicht 372.

lichkeit gesehen, durch Anwendung des Gleichheitssatzes die aufgeworfene Frage zu beantworten.

Ein anderer Weg, zu einem verfassungsrechtlichen Kalkül zu gelangen, könnte in der Heranziehung des Art. 103 Abs. 4 B-VG liegen. Nach dieser Bestimmung geht der Instanzenzug gegen Bescheide des Landeshauptmannes in der zweiten Instanz nur dann bis zum Bundesminister, wenn "durch Bundesgesetz ausnahmsweise auf Grund der Bedeutung der Angelegenheit ausdrücklich anderes bestimmt ist". Man könnte nun meinen, dass diese Regel auch zu gelten hätte, wenn der Bundesgesetzgeber überhaupt keine Ermächtigung an den Landeshauptmann ausspricht. Nur in besonderen Fällen und nur "wegen der Bedeutung der Angelegenheit" dürfte der Bundesminister als erste und einzige Instanz ermächtigt werden. 59)

Meiner Ansicht nach ist diese Argumentation nicht zielführend: Sie setzt voraus, dass die Bestimmungen des B-VG in den Art. 102 f. B-VG als lückenhaft qualifiziert werden und eine verfassungsrechtliche Anordnung darüber fehlt, ob der Bundesgesetzgeber den Bundesminister als einzige bescheiderlassende Behörde einsetzen kann. Diese "Lücke" wäre dann im Wege der Analogie zu schließen. Eine solche "echte" Lücke, ohne deren Schließung eine Bundesgesetzgebung nicht möglich wäre, liegt aber nicht vor. 60) Vielmehr ist es so, dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1974 Fragen der mittelbaren Bundesverwaltung detailliert geregelt hat. Eine Regelung über etwaige Schranken des Bundesgesetzgebers im hier fraglichen Bereich hätte ausdrücklich eingeführt werden müssen.

Die gesamte Fragestellung beruht meiner Meinung nach im Grund auf einem verfehlten Ansatz. Implizit wird nämlich auf die mittelbare Bundesverwaltung die verfassungsrechtliche Regelungstechnik hinsichtlich des "eigenen Wirkungsbereiches" der Gemeinde übertragen. Es wird davon ausgegangen, dass die Bundesverfassung den Ländern einen Bereich der Besorgung von Bundesangelegenheiten in mittelbarer Bundesverwaltung quasi garantiert. Dies kann aber – wie oben dargelegt wurde – eben nur soweit angenommen werden, als es sich um "Verwaltung im Bereich der Länder" handelt, aber nicht schlechthin.⁶¹) In Wahrheit entspricht aber der Funktionsbereich der "mittelbaren Bundesverwaltung" regelungstechnisch dem übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinde, wohingegen man als "eigenen" Wirkungsbereich allenfalls die Besorgung von Aufgaben in organisatorischer und funktioneller Selbständigkeit nach den Art. 11 und 12 B-VG ansprechen könnte.⁶²) Für den übertragenen Wirkungsbereich steht es aber fest, dass es grundsätzlich im Ermes-

⁵⁹) So *Öhlinger*, Nationalbank 689, der allerdings einräumt, dass "dieses Kriterium äußerst vage" sei.

60) Zum Begriff der "echten Lücke" vgl. Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz. 136.

61) Vgl. Schäffer, Weinaufsicht 367, 370 (FN 41 dort).

sen des zur Übertragung zuständigen Gesetzgebers liegen muss, welche Aufgaben er in welchem Umfang auf andere Rechtsträger überträgt.

Dennoch wird auch auf dem Boden der gegenständlichen Untersuchung dem Bundesgesetzgeber eine Grenze zu ziehen sein: Auch mit der Durchführung von Verwaltungsverfahren - die der Erlassung von Bescheiden notwendig vorangehen müssen – ist insoweit eine "Vollziehung im Bereiche der Länder" gegeben, als es zur Setzung von behördlichen Teilakten, etwa zu einem Augenschein, kommen kann. Ist man davon geleitet, dass der Bundesminister ermächtigt sein kann, Bescheide zu erlassen, dann stellen die von ihm - d.h. von seinen Organen - zu setzenden Teilakte eine - notwendige - Durchbrechung dieses Grundsatzes dar. Problematisch wäre es, wenn der Bundesgesetzgeber durch die missbräuchliche Heranziehung der Bescheidform zu verschleiern versuchte, dass - nach dem Rechtsinhalt betrachtet - Maßnahmen der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt gesetzt werden. Ein solcher Formenmissbrauch läge vor, wenn der Gesetzgeber etwa eine "Nachschau" als Bescheid konstruierte, der in einem besonders formlosen Verwaltungsverfahren zu erlassen wäre. Es kommt also nach der hier vertretenen Ansicht nicht darauf an, wie der Bundesgesetzgeber den Verwaltungsakt qualifiziert, sondern darauf, ob der betreffende Verwaltungsakt nach einem Verwaltungsverfahren, zu dem auch die Setzung von Teilakten in den Ländern gehören kann, letztlich in der Zentralstelle erlassen wird oder ob in der Weise der Setzung einer Maßnahme die typische Erlassung an Ort und Stelle stattfindet.63)

IV. Die Inspektion der Behörden der mittelbaren Bundesverwaltung durch den Bundesminister

Nach einer von Weiler begründeten Lehre kann der Bundesminister die Geschäftsbesorgung durch die Behörden der mittelbaren Bundesverwaltung, und zwar sowohl durch den Landeshauptmann als auch durch die ihm unterstellten Landesbehörden, beaufsichtigen. Weiler⁶⁴) stützt seine Auffassung auf die Verantwortung des Bundesministers und auf das dieser Verantwortung entsprechende Leitungsrecht, das nur hinsichtlich der Erteilung von Weisungen nach Art. 103 Abs. 1 B-VG durch die alleinige Adressierbarkeit des Landeshauptmannes beschränkt sei. Die Gegenposition, die in der Lehre von Kohl vertreten wurde, schloss hingegen aus Art. 103 Abs. 1 B-VG, dass nur der Landeshauptmann der Bundesaufsicht unterläge, ein "Durchgriff" auf die Unterbehörde dagegen ausgeschlossen wäre.⁶⁵) Die offene Problematik wurde

⁶²⁾ Das Organisationsprinzip "mittelbare Bundesverwaltung" stellt, auch verfassungsgeschichtlich betrachtet, die Durchsetzung der Konstruktion der Besorgung von Bundesaufgaben im "übertragenen Wirkungsbereich" dar (vgl. Weber, Bundesverwaltung 102).

⁶³) Problematisch ist auch die Konstruktion von Tatbestandswirkungen, da damit die Setzung von Verwaltungsakten verschleiert werden kann. Vgl. auch FN 44.

⁶⁴) Die Aufsicht des Bundes im übertragenen Vollziehungsbereich der Länder, ÖHW 1961, H 2, 1.

⁶⁵) Die Aufsicht des Bundes im übertragenen Vollziehungsbereich der Länder, ÖHW 1961, H 3, 10.

dann zuletzt von Weber aufgegriffen, der eine differenzierende Position vertritt.66) Weber ist zunächst insoweit zuzustimmen, als berichtigende Aufsichtsmaßnahmen nur gegenüber dem Landeshauptmann gesetzt werden können. Dies ergibt sich wohl aus dem nur gegenüber dem Landeshauptmann auszuübenden Weisungsrecht (Art. 103 Abs. 1 B-VG). Im Übrigen will Weber auch den Bereich des Organisationsrechtes grundsätzlich von der Bundesaufsicht in der mittelbaren Bundesverwaltung ausnehmen. Diese Auffassung ist meines Erachtens in dieser Weite im Hinblick darauf nicht zutreffend, als wie dies der Verfassungsgerichtshof im sog. "Lebensmittelgesetzerkenntnis"⁶⁷) grundsätzlich zutreffend ausführt - im positiven Recht zwischen "Organisation" und "Besorgung von Sachaufgaben" ein nicht trennbarer Zusammenhang besteht. Dass die Bundesverfassung für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung denn auch von dieser gegenseitigen Abhängigkeit ausgeht, zeigen die Zustimmungsrechte der Bundesregierung nach dem Bundesverfassungsgesetz über die Organisation und Einrichtung der Ämter der Landesregierungen außer Wien, BGBl. 1925/289, für die dort genannten generellen Organisationsakte des Landeshauptmannes hinsichtlich des Amtes der Landesregierung, die an die Zustimmung der Bundesregierung gebunden sind, "(s)oweit hiebei die Geschäfte der mittelbaren Bundesverwaltung in Betracht kommen."68)

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung

Im Übrigen lässt Weber das "Informationsrecht" des Bundesministers zwar auch gegenüber den Unterbehörden zu, will dieses Recht aber freilich nur auf eine "Beobachtungsfunktion" reduziert wissen. Die hier relevante Problematik der Zulässigkeit eines - zwangsweise durchsetzbaren - Inspektionsrechtes bleibt offen. Da wir es im gegebenen Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Funktionen zu tun haben, kann unter dem "Informationsrecht" nach der hier vertretenen Ansicht nur ein Bündel von Inspektionszuständigkeiten verstanden werden, also Befugnisse zur Akteneinsicht, zur Nachschau, zur Erheischung von Auskünften etc. Andere - schwächere - Formen der Information wären entweder als nicht zwangsbewehrt dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuzählen oder bereits von der allgemeinen Amtshilfeverpflichtung des Art. 22 B-VG abgedeckt. Würde das Informationsrecht bloß die Ermächtigung umfassen, von den Unterbehörden Auskünfte zu erlangen, deren Leistung wieder nur mittels Weisung an den Landeshauptmann durchsetzbar wäre, dann hätte ein Informationsrecht neben der Ermächtigung des Art. 103 Abs. 1 B-VG kaum einen rechtlichen Gehalt.

Meiner Ansicht nach sprechen die besseren Argumente dafür, Inspektionsbefugnisse des Bundesministers auch gegenüber den nachgeordneten Landesbehörden anzunehmen und damit im Ergebnis der Weiler'schen Lehre zu folgen:

Zum einen muss die allgemein anerkannte Inspektionsbefugnis gegenüber dem Landeshauptmann jedenfalls auch die Inspektion seines Geschäftsapparates, d.h. des Amtes der Landesregierung, einschließen, da die Inspektion des

1 andeshauptmannes "als Person" keinen Sinn ergibt. Zum anderen ist zu beachten, dass nach den unter II. angestellten Überlegungen die Ausübung von Inspektionsbefugnissen zum traditionellen Bild des "abstrakten" Ministeriums oehört: Die Inspektion erscheint demnach als Instrument zur Organisation der Leitung eines Ressorts. Probleme einer eventuell behauptbaren Verwaltung des Bundes "in den Ländern" treten daher im Zusammenhang mit der Ausübung von Inspektionsbefugnissen gegenüber nachgeordneten Organen nicht auf. Schließlich sprechen systematische Gründe für das Inspektionsrecht in der mittelbaren Bundesverwaltung: Die Bundesverfassung sieht - wie bereits oben ausgeführt⁶⁹) - in einigen Fällen ausdrücklich die Entsendung von Inspektionsorganen durch den zuständigen Bundesminister vor. Bei diesen Fällen handelt es sich jeweils um Bereiche der Landesvollziehung, die ansonsten in keinem Verhältnis zur Gesetzgebung oder Vollziehung des Bundes stehen. Allein wegen bestimmter verfassungspolitischer Naheverhältnisse werden punktuell besondere Ermächtigungen des Bundesministers geschaffen und für die Korrektur von Missständen schmale Sektoren der Aufgabenbesorgung in mittelbarer Bundesverwaltung hergestellt. Ein Umkehrschluss von diesen Vorschriften kann - methodisch korrekt - allenfalls auf die Auslegung des Art. 15 Abs. 8 B-VG gezogen werden, nicht aber auf die dem Bund doch "nähere" mittelbare Bundesverwaltung.

Für den Bereich der Art. 11 und 12 B-VG, d.h. der Vollziehung von Bundesgesetzen oder bundesgesetzlichen Grundsätzen durch die Länder (in organisatorischer und funktioneller Selbständigkeit) sieht Art. 15 Abs. 8 B-VG in bekanntlich nicht sehr deutlicher Weise vor, dass "dem Bund das Recht zu(steht), die Einhaltung der von ihm erlassenen Vorschriften wahrzunehmen."

Unter Berufung auf die Materialien und auf den Kommentar von Kelsen/Froehlich/Merkl vertritt Pernthaler70) unter Berufung auf eine "ganz einhellige Lehre" die Auffassung, Art. 15 Abs. 8 B-VG schließe die Entsendung von Inspektionsorganen aus. Materialien und Kommentar stehen freilich nicht miteinander im Einklang:

In der 13. Sitzung des Unterausschusses⁷¹) richtete Seipel an Kelsen die Frage, "ob die Absicht bestehe, Inspektionsorgane in die Länder zu senden, was Prof. Kelsen als unwahrscheinlich bezeichnet; gemeint sei nur die Ausübung eines Kontrollrechtes im Rahmen der verfassungsmäßigen Kompetenz". Trotz einer gewissen Vagheit spricht diese Stelle sicher für die Auffassung von Pernthaler. Eindeutig anderer Ansicht sind allerdings Kelsen/Froehlich/Merkl, die zum Schluss kommen, dass dem Art. 15 Abs. 4 (jetzt: Abs. 8) B-VG mehr "als ein solches Inspektionsrecht" - nämlich nach dem Beispiel der Finanzverfassung - "nicht entnommen werden (kann), insbesondere dürfte trotz des sehr unbestimmten Wortlautes des Abs. 4 von einem Weisungsrecht wohl kaum die Rede sein."72) Von einer "ganz einhelligen Lehre" kann also nicht gesprochen

⁶⁶⁾ Weber, Bundesverwaltung 240.

⁶⁷⁾ VfSlg. 8466/1978.

⁶⁸⁾ Vgl. § 2 Abs. 5 (Geschäftseinteilung) und § 3 Abs. 2 (Geschäftsordnung).

⁶⁹⁾ Vgl. dazu unter Pkt. II. D.

⁷⁶) Die Bundesaufsicht nach Art. 15 Abs. 8 B-VG, in Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich (1979) 35 (38, 41, 49).

⁷¹⁾ Vgl. Ermacora, Quellen 416.

⁷²⁾ Kelsen/Froehlich/Merkl. Kommentar 81

werden. Aber auch wenn man die Ansicht Pernthalers teilt,⁷³) so wird man im Lichte der Auslegungsbedürftigkeit des Art. 15 Abs. 8 B-VG hinsichtlich der Zulässigkeit einer Entsendung von Inspektionsorganen zur Kontrolle des "eigenen Wirkungsbereiches" der Länder im Fall der mittelbaren Bundesverwaltung, für die – wie dies schon als tragendes Argument von Weiler⁷⁴) herangezogen wird – die Verantwortung des Bundesministers gegenüber dem Nationalrat tragendes Element ist, im Zweifel ein Inspektionsrecht des Bundesministers auch gegenüber den nachgeordneten Landesbehörden anzunehmen haben.

⁷⁴) ÖHW 1961, H 2, 1.

⁷³⁾ Dafür spricht, dass die Materialien mehr wiegen als der – notabene – in diesem Punkt etwas frei interpretierende Kommentar. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 14a Abs. 6 spricht für die These, dass die Bundesaufsicht die Entsendung von Inspektionsorganen grundsätzlich nicht einschließt, da die RV der B-VG-Nov. BGBl. 1975/316 (584 BlgNR, 13. GP, 10) noch dem Art. 14 Abs. 8 B-VG nachgebildet war, die besondere Ermächtigung zur Inspektion im Verfassungsausschuss (1523 BlgNR, 13. GP) aber gestrichen wurde.

Verzeichnis der Originalpublikationen

- Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz, 1988) S. 75-95.
- Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter zum 60. Geburtstag (Wien: Manz, 1991) S. 293–315.
- Das "Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang Mantl/Kurt Ringhofer (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. FS für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag (Wien/New York: Springer, 1992) S. 189–201.
- Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger/Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (Hrsg.), Für Staat und Recht. FS für Herbert Schambeck (Berlin: Duncker&Humblot, 1994) S. 441–457.
- Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 29, 1998, Heft 1, S. 1–21.
- Verrechtlichung und Rechtsdynamik, Zeitschrift für öffentliches Recht 54, 1999, Heft 2, S. 261–278.
- Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Juristische Blätter, 123. Jg., 2001, Heft 3, S. 137-144.
- Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, Journal für Rechtspolitik 9, 2001, Heft 1, S. 34–46.
- Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd. 10, Wien/New York: Springer, 2001) S. 19-43.
- Vergangenes Recht, in: Carl Baudenbacher/Heinz Mayer/Hellwig Torggler (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, FS für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2002) S. 113-126.
- "Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit", Österreichische Notariatszeitung, 135. Jg., 2003, Heft 2, S. 35-40.
- Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS für Theo Öhlinger (Wien: WUV, 2004) S. 699-717.
- Stufung und "Entstufung" des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht 60, 2005, Heft 2, S. 163-185.
- Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften, 16. Jg., 2005, Heft I, S. 111–136.
- Abschied eines Senatspräsidenten, in: Metin Akyürek/Gerhard Baumgartner/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher/Harald Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS für Heinz Schäffer (Wien/München: Manz/C.H. Beck, 2006) S. 295–311.
- Das Gesetz als Problem, Juristische Blätter, 128. Jg., 2006, Heft 7, S. 409-414.

- Am Rande des Rechtsstaates, Zeitschrift für Verwaltung, 31. Jg., 2006, Heft 4, S. 426-432.
- "Rechtskraft" Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (Wien: Linde, 2007) S. 15-25.

Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts. Bd. 30, Wien: Manz, 2008) S. 99–113.

Der idealistische Mörder, in: Margarethe Lasinger (Red.), Programmheft der Salzburger Festspiele 2008 zu Fjodor M. Dostojewskij, Verbrechen und Strafe (Salzburg: Salz-

burger Festspielfonds, 2008) S. 26-29.

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 32, Wien: Manz. 2009) S. 169–182.

Person, Amt und Institutionen, in: Klaus Poier (Hrsg.), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (Schriftenreihe für öffentliches Recht und Po-

litikwissenschaft, Bd. 2, Wien/Graz: NWV, 2011) S. 17-25.

Richter im Zwiespalt, in: Brigitte Schenk/Elisabeth Lovrek/Gottfried Musger/Matthias Neumayr (Hrsg.), FS für Irmgard Griss (ohne Ort [Wien]: Jan Sramek, 2011) S. 315–333.

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, FS für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2011) S. 155–168.

Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Generaldirektion des Österreichischen Staatsarchivs (Hrsg.), Beruf(ung): Archivar, FS für Lorenz Mikoletzky (Mitteilungen des Österreichen Staatsarchivs 55, Innsbruck/Wien/Bozen: Studi-

enverlag, 2011) Teil II, S. 1105-1127.