

Stefan Hammer, Alexander Somek,  
Manfred Stelzer, Barbara Weichselbaum (Hg.)

# Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa

Festschrift für Theo Öhlinger

Gesamtredaktion:  
Manfred Stelzer  
Barbara Weichselbaum

Wien 2004

**WUV** Universitätsverlag

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung von:

Oesterreichische Nationalbank  
Alfred Schachner Gedächtnis Fonds  
Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte  
Österreichischer Rundfunk  
Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur in Wien  
Kuratorium für Schutz und Sicherheit  
Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte  
Österreichische Post AG  
Österreichischer Gemeindebund  
Österreichischer Städtebund  
Kammer für Arbeiter und Angestellte Oberösterreich  
Kulturabteilung der Stadt Wien, Wissenschafts- und Forschungsförderung  
Österreichischer Gewerkschaftsbund  
UNIQA Versicherungen AG  
WIENER STADTWERKE Holding AG  
Bund Sozialdemokratischer Akademikerinnen und Akademiker,  
Intellektueller, Künstlerinnen und Künstler  
Land Oberösterreich  
WIENER STÄDTISCHE Allgemeine Versicherung AG

#### Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2004 Facultas Verlags- und Buchhandels AG  
WUV-Universitätsverlag, Berggasse 5, A-1090 Wien  
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der  
Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Autorenfoto: Paul Wilke  
Satz und Druck: Facultas AG  
Printed in Austria  
ISBN 3-85114-849-5

*Inhaltsverzeichnis*

Vorwort .....	V
Geleitwort .....	VII

**Souveränität und Integration**

<i>Gerhard Luf, Wien</i> Souveränität bei Rousseau und Kant .....	3
<i>Stanley L. Paulson, St. Louis</i> Souveränität und der rechtliche Monismus. Eine kritische Skizze einiger Aspekte der frühen Lehre Hans Kelsens .....	21
<i>Alexander Somek, Iowa City</i> Dogmatischer Pragmatismus Die Normativitätskrise der Europäischen Union .....	41
<i>Hanspeter Neuhold, Wien</i> Außenpolitik und Demokratie: „Immerwährende“ Neutralität durch juristische Mutation .....	68
<i>Waldemar Hummer, Innsbruck</i> Von der „Agentur“ zum „Interinstitutionellen Amt“ .....	92
<i>Karl Korinek, Wien</i> Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechtsausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften .....	131
<i>Gerhart Holzinger, Wien</i> Der Verfassungsgerichtshof und das Gemeinschaftsrecht .....	142
<i>Gabriel Lansky/Clemens Lintschinger, Wien</i> Auswirkungen des Spannungsverhältnisses zwischen dem Gebot der Vorrangwirkung des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts und dem Rechtsstaatprinzip auf die (anwältliche) Praxis .....	159

**Verfassung, Verfassungsgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit**

<i>Wilhelm Braunerder, Wien</i> Was ist die Verfassung? .....	181
--	-----

<i>Ludwig Adamovich, Wien</i> Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht .....	200
<i>Cheryl Saunders, Melbourne</i> A case-study in common law constitutionalism .....	210
<i>Patrice Gélard, Paris</i> Avis de tempête sur le constitutionnalisme .....	227
<i>Thomas Fleiner, Freiburg</i> Verfassungsgrundsätze für einen multikulturellen Staat .....	235
<i>Bernd-Christian Funk, Wien</i> Soziale Grundrechte und Konsenssuche im Österreich-Konvent Semantische Differenzen eines Innovationsdiskurses .....	248
<i>Christian Starck, Göttingen</i> Aspekte deutscher Bundesstaatlichkeit in Rechtsprechung und Reformplänen .....	254
<i>Daniel Thürer, Zürich</i> Die Worte des Richters Gedanken rund um die Verfassungsgerichtsbarkeit .....	272
<i>Martin Hiesel, Wien</i> Gedanken zur gerichtlichen Konkretisierung von Verfassungsrecht .....	298
<i>Pavle Nikolic, Belgrade</i> La justice constitutionnelle et le contrôle des lois (en égard à la Serbie et la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro) .....	314
 <b>Perspektiven demokratischer Legitimität</b>	
<i>Peter Koller, Graz</i> Sozialtheoretischer Individualismus bei Spinoza und James Buchanan .	327
<i>Manfred Stelzer, Wien</i> Der Druckfehler, die Monarchie und der Verfassungsgerichtshof .....	339
<i>Rudolf Thienel, Wien</i> Staatsangehörigkeit und Wahlrecht im sich einigenden Europa: Das „Volk“ im Sinne des Art 3 1. ZPEMRK .....	356

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XI
---------------------------	----

<i>Gerhard Strejcek, Wien</i> Das Europawahlrecht – Stand und Perspektiven .....	395
---	-----

<i>Heinz Schäffer, Salzburg/Wien</i> Über die „Schwäche“ der Volksbegehren in Österreich Anmerkungen zur direkten Demokratie in Österreich .....	412
--	-----

<i>Manfried Welan, Wien</i> Regierungsbildung und B-VG .....	434
---	-----

## **Grundrechte und Sozialstaat**

<i>Peter Pernthaler, Innsbruck</i> Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung .....	447
---	-----

<i>Christoph Grabenwarter, Wien</i> Die Grundrechte im Verfassungsvertrag der Europäischen Union .....	469
---	-----

<i>Michael Potacs, Klagenfurt</i> Europäischer Leistungsstaat im Wandel .....	486
--	-----

<i>Michael Holoubek, Wien</i> Zur Struktur sozialer Grundrechte .....	507
--	-----

<i>Heinrich Neisser, Wien/Innsbruck</i> Die sozialpolitische Dimension der europäischen Grundrechts- diskussion .....	529
---	-----

<i>Sergio Bartole, Trieste</i> On the judicial implementation of Constitutional economic and social rights in Italy .....	541
---	-----

<i>Manfred Nowak, Wien</i> Ein Menschenrechtsansatz für die Armutsbekämpfung .....	550
---	-----

<i>Julia Iliopoulos-Strangas, Athènes</i> La garantie de la liberté religieuse impose-t-elle un Etat laïque et notamment la séparation des Eglises de l'Etat? .....	573
---	-----

<i>Walter Berka, Salzburg</i> Das BVG-Rundfunk: Rundfunkrechtliches Leitprinzip für einen modernen Rundfunk oder obsoletes Verfassungsrecht? .....	584
<i>Bea Verschraegen, Wien</i> Familienzusammenführung in Europa Zur Bekämpfung von Schnecken, Wühlmäusen und allzu ungestümen Wucherern .....	603
 <b>Rechtsstaat und Verwaltung</b>	
<i>Rudolf Machacek, Wien</i> Der Rechtsschutz und seine Feinde .....	621
<i>Barbara Weichselbaum, Wien</i> Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung .....	640
<i>Bernhard Raschauer, Wien</i> Transnationale Verwaltungsakte .....	661
<i>Manfred Matzka, Wien</i> Das B-VG und die atypischen Organisationsformen der österreichischen Verwaltung .....	685
<i>Clemens Jabloner, Wien</i> Ist das Weisungsprinzip überholt? .....	699
<i>Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Wien</i> Disziplinarrechtliche Offizialmaxime und Gleichbehandlungsrecht .....	718
<i>Harald Eberhard, Wien</i> Kontraktmanagement und rechtsstaatliches Prinzip Zugleich ein Beitrag zu Stand und Perspektiven der „Leistungsvereinbarungen“ im österreichischen Universitätsrecht .....	736
Autorenverzeichnis .....	757
Schriftenverzeichnis .....	759

# Ist das Weisungsprinzip überholt?

*Clemens Jabloner, Wien*

## *I. Zur Aktualität der Fragestellung*

### *A. New Public Management als Herausforderung*

Die wissenschaftliche Erfassung der staatlichen Verwaltung ist unter verschiedenen Perspektiven möglich: Traditionell wird zwischen einer dogmatischen *Verwaltungsrechtslehre*, einer grundsätzlich empirischen *Verwaltungslehre* und einer an bestimmten Zielvorstellungen orientierten *Verwaltungspolitik* unterschieden.<sup>1</sup> Obzwar diese Disziplinen, da jeweils verschiedenen Methoden folgend, sich nicht auf denselben Gegenstand beziehen und daher nebeneinander bestehen können, ist doch ein stetiger Konkurrenzkampf um den Deutungsprimat des Phänomens „Verwaltung“ erkennbar.

Die in Österreich vorherrschende Deutung der staatlichen Verwaltung als *Rechtsfunktion* und damit ihr Einbau in die Zusammenhänge von *Rechtserzeugung* und *Rechtsschutz* ist eine wesentliche Errungenschaft des Rechtspositivismus<sup>2</sup> und der am Gedanken der Verrechtlichung orientierten (Verfassungs-)gesetzgebung über weite Strecken des 19. und 20. Jahrhunderts.<sup>3</sup> Dieses Verständnis war in der bürgerlichen Revolution gegen das ältere Konzept des „Polizeistaates“ durchzusetzen,<sup>4</sup> dessen Residuen lange wirksam

---

1 Vgl zB *Koja*, in: *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 128. Zur wissenschaftshistorischen Dimension vgl *Wenger*, Verwaltungslehre als wissenschaftliche Disziplin, in: *Weniger/Brünner/Oberndorfer* (Hrsg), Grundriss der Verwaltungslehre (1983) 33 (38).

2 Grundlegend *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 236.

3 Vgl zB *Koja* (Fn 1) 119.

4 Polizeistaat sei der Staat ohne Verwaltungsrecht, Rechtsstaat der Staat mit Verwaltungsrecht, so *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 68.

blieben.<sup>5</sup> Betrachtet man die Entwicklung der Lehre vom „Allgemeinen Verwaltungsrecht“, so lässt sich eine wachsende verfassungsrechtliche Durchdringung des Verwaltungsrechts feststellen, was im Ergebnis zu einer noch schärferen, weil prinzipielleren Verfestigung der normativen Betrachtungsweise beitrug. Aggressive Gegenkonzepte dazu entwickelten besonders die Nationalsozialisten mit der neuen Formel des „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens“<sup>6</sup> und die Kommunisten mit der Indienststellung der Verwaltung für die „Diktatur des Proletariats“.<sup>7</sup>

Heute sieht sich die Lehre des öffentlichen Rechts in stetig zunehmender Intensität mit den Konzepten und Methoden des *New Public Management* („NPM“) konfrontiert.<sup>8</sup>

Selbstverständlich ist NPM kein totalitäres Denksystem. Vergleichbar ist allerdings der Aspekt, dass die staatliche Verwaltung eben nicht mehr – oder jedenfalls nicht mehr primär – juristisch als „Gesetzesvollzug“ verstanden wird, sondern bei merkbar herabgestufter Gesetzesbindung die Ziele der *Wirkungs-, Kunden- und Kostenorientierung* in den Vordergrund treten. Unter dem Gesichtspunkt der „Effizienz“ wird die Steuerungsfähigkeit der Verwaltung durch Rechtsnormen kritisch betrachtet, überhaupt wird sie als „Dienstleistung“ und der Bürger statt als „Normadressat“ als „Kunde“ angesehen.

Dass in Zeiten der budgetären Verknappung und der ständigen Kritik an Überregulierung und Bürokratisierung solche Denkweisen willkommen – und in kontrollierter Form wohl auch objektiv nötig – sind, braucht nicht zu überraschen. Als „Verwaltungsphilosophie“<sup>9</sup> überwiegen bei NPM die Aspekte einer normativen Verwaltungspolitik gegenüber den streng empirischen Linien

5 Vgl die erst nach und nach verrechtlichten „besonderen Gewaltverhältnisse“ (dazu *Koja* [Fn 1] 236).

6 Näher *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914–1945 (1999) 324.

7 Vgl *Brunner*, Verwaltungsstrukturen in den kommunistischen Einparteidiktaturen Osteuropas, in: *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte* 10 (1998) 153 (154).

8 Für das „NPM“ – auf Deutsch: „wirkungsorientierte Verwaltungsführung“ – wurden konsultiert: *Mastronardi/Schedler*, New Public Management in Staat und Recht, Ein Diskurs (1998); *Neisser*, Die politischen und institutionellen Rahmenbedingungen der Verwaltungsreform; *Neisser/Hammerschmid*, Perspektiven der österreichischen Verwaltungsmodernisierung, jeweils in: *Neisser/Hammerschmid* (Hrsg), Die innovative Verwaltung (1998) 297 und 547; *Schedler/Proeller*, New Public Management<sup>2</sup> (2003); *Strehl*, Die Arbeitsweise der Verwaltung, in: *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre (2001) 213 (230) und neuerdings *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre, Ein Handbuch der Verwaltungsreform (2004) 243 und *Schäffer*, Verwaltungsinnovation durch E-Government, in: FS König (2004) 495.

9 Vgl *Mastronardi*, New Public Management im Kontext unserer Staatsordnung, in: *Schedler/Mastronardi* (Fn 8) 56.

der Verwaltungslehre. Damit werden allerdings Elemente von Beschreibung und Bewertung der Verwaltung verquickt.<sup>10</sup> Den ideologischen Charakter von NPM kann man unterschiedlich sehen: Bald erscheint NPM als ein inhaltlich weitgehend neutrales Mittel dazu, die – demokratisch gewonnenen – politischen Zielen folgende Verwaltung effizienter und bürgerfreundlicher zu machen.<sup>11</sup> Bald erscheint NPM aber auch als Element einer aggressiven Strategie zur Zerstörung staatlicher Institutionen, verbunden mit der Eröffnung lukrativer Ressourcen für private Dienstleister. Am Beispiel der Universität: Ob die Universitätsreform 2003 die Universitäten tatsächlich leistungsfähiger machen oder doch nur bei sinkender budgetärer Dotierung deren Schwächung zugunsten privater Anbieter bewirken soll, wird die Zukunft weisen.

Von der Lehre des öffentlichen Rechts wurde NPM längere Zeit insoweit unterschätzt, als man darin bloß ein Konzept sah, innerhalb zumindest der verfassungsgesetzlichen Grenzen die Verwaltung zu reformieren. So kann NPM allerdings nicht domestiziert werden. In der Diskussion wird dies bereits deutlich ausgesprochen. So meint *Mastronardi*,<sup>12</sup> dass die Einführung von NPM eine „Verschiebung im Verhältnis der Legitimationsquellen der Verwaltung zu Lasten des Rechtsstaates und zu Gunsten des Leistungs- und des Wirtschaftsstaatsprinzips sowie eine Änderung des Legitimationsprozesses in der Demokratie bedeutet“. NPM sei politischer als es sich meist gäbe und nicht bloß eine neue Verwaltungsführung, sondern eine neue Staatsführung.

Damit sollte zunächst der Hintergrund skizziert werden, vor dem das besondere Problem des Weisungsprinzips diskutiert wird.

### B. Schwere Geschütze im „Österreich-Konvent“

Den Anstoß zur folgenden Betrachtung gab eine Diskussion im Österreich-Konvent, der seit der Mitte 2003 eine umfassende Reform der österreichischen Bundesverfassung berät.<sup>13</sup> Im Ausschuss „*Reform der Verwaltung*“ wurden u. a. die verfassungsrechtlichen Regelungen über die Verwaltungsführung behandelt, darunter besonders Art 20 Abs 1 B-VG, der Sitz des Weisungsprinzips.<sup>14</sup> Vom Vorsitz wurde zur Diskussion gestellt, künftig sollte der *einfa-*

10 In die gleiche Richtung schon *Wenger* (Fn 1) 38, 87 und dazu kritisch *Koja* (Fn 1). Zum Begriff der „Verwaltungspolitik“ vgl insbesondere *Neisser*, aaO 297.

11 So zB *Schedler/Proeller* (Fn 8) 13.

12 AaO 65. In die gleiche Richtung *Wimmer* (Fn 8) 256.

13 Vgl <www.konvent.gv.at>.

14 „Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe oder ernannte berufsmäßige Organe die Verwaltung. Sie sind, soweit nicht verfassungsgesetzlich anderes bestimmt

che Gesetzgeber zuständig sein, „erforderlichenfalls“ Ausnahmen vom Weisungsprinzip vorzusehen.<sup>15</sup> Den obersten Organen sollte eine der Art der jeweiligen Verwaltungsgeschäfte entsprechende allgemeine Leitungs- und Aufsichtsbefugnis verbleiben. Dies würde „flexible Unabhängigkeitsgrade“ der Verwaltung ermöglichen und es könnte so dem VfGH „Anlass für eine etwas großzügigere Judikatur gegeben werden“. Begründet wurde dieser Vorschlag – teils im Zuge der Diskussion – in zwei Richtungen: Zum einen stünden die mehrfachen Weisungsfreistellungen auf Verfassungstufe dem Konventsziel einer „schlanken Verfassung“ entgegen. Zum anderen würde diese Änderung auf der Linie eines neuen flexiblen Verwaltungsmanagements liegen.

Freilich wird das Weisungsprinzip von der österreichischen Verfassungsdogmatik seit jeher besonders wichtig genommen.<sup>16</sup> Erwartungsgemäß widersprachen daher einzelne Mitglieder des Ausschusses – u. a. der Autor dieses Beitrages – dem Vorschlag vehement. Die Diskussion verdeutlichte, dass aus juristischer Sicht nicht die (tatsächliche) Steuerung der Verwaltung im Vordergrund steht, sondern das Weisungsprinzip als Schnittstelle zwischen demokratischen und rechtsstaatlichen Strukturen hochgehalten wird. Dies erschwert allerdings eine rationale Diskussion des Themas „Juristisches Verwaltungsverständnis versus NPM“. *Man spricht aneinander vorbei*: Für den Verfassungsjuristen ist die Effizienz des Weisungsprinzips im Hinblick auf die Verwirklichung politischer Ziele keine juristische, sondern bereits eine politische Fragestellung, die demgemäß aus dem Fokus gerät. Für die verwaltungspolitische Betrachtung steht aber gerade dieser Aspekt, die Wirkung der Verwaltung, im Zentrum des Interesses.

### C. Einschränkung des Themas

Im Folgenden kann keine Gesamtauseinandersetzung mit diesem schwierigen Thema erfolgen. Lediglich *ein* Teilaspekt soll beleuchtet werden, an dem

wird, an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden und diesen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.“

15 Wutscher, Reformaspekte zur allgemeinen Verwaltungsorganisation, Papier v 25. 11. 2003, 6.

16 Vgl schon Merkl (Fn 4) 42 und aus der neueren Literatur paradigmatisch Raschauer, Art 20 Abs 1 B-VG, Rz 12, in: Korinek/Holoubek (Hrsg) B-VG-Komm.: „In größter Allgemeinheit ist der Grundsatz der leitungs- und verantwortungsgebundenen Verwaltungsorganisation sogar Verfassungsänderungen entzogen, bestehen also in den Grundprinzipien der Verfassung Grenzen einer Abänderbarkeit ...“. Zum Weisungsprinzip besteht eine reiche Literatur – vgl die Übersicht bei Raschauer, aaO.

Grundlinien der Diskussion deutlich werden. Das Verlangen nach Aufhebung der verfassungsrechtlichen Verankerung des Weisungsprinzips gibt Anlass, seine heutige Bedeutung grundsätzlich zu reflektieren: Steht die „Weisung“ in der Tat modernen Managementmethoden im Weg? Geht es allein um effiziente Steuerung? Worin liegen die behaupteten unverzichtbaren demokratischen und rechtsstaatlichen Funktionen des Weisungsprinzips? Wie verhält es sich mit weisungsfreier Verwaltung?

## II. Die Weisung als Steuerungsinstrument

### A. Art 20 Abs 1 B-VG als Ermächtigungsnorm

Die ablehnende Haltung des NPM gegen eine prinzipielle Weisungsgebundenheit kommt aus einer allgemeinen Skepsis gegenüber der Steuerungsfunktion des Rechts. Die strenge Gehorsamspflicht schwäche die Eigenverantwortlichkeit und damit die Leistungsfähigkeit und „Flexibilität“ der Verwaltungsorgane. Typisch privatwirtschaftliche Steuerungsinstrumente seien wesentlich effizienter: Die Vorgabe von Zielen („finale“ Programmierung), Vereinbarungen („Leistungs“- und „Ziel“-Vereinbarungen), budgetäre Vorgaben („Globalbudgetierung“), uam.<sup>17</sup> Nun soll die Wirksamkeit dieser Instrumente, insbesondere zur Erzeugung eines entsprechenden Kostenbewusstseins, gar nicht angezweifelt werden.<sup>18</sup> Interessant ist allein die Frage, ob dem Gebrauch dieser Instrumente die verfassungsrechtliche Verankerung der Gehorsamspflicht entgegensteht.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass aus der Ermächtigung des Art 20 Abs 1 B-VG zur Erteilung von Weisungen an nachgeordnete Organe keine allgemeine Pflicht vorgesetzter Verwaltungsorgane ableitbar ist, Weisungen auch zu erteilen. Aus der verfassungs- bzw. dienstrechtlichen Verantwortlichkeit der obersten – und aller zwischenvorgesetzten – Organe folgt zwar, dass es etwa *keinen – rechtserheblichen – Verzicht auf die Erteilung von Weisungen* „a priori“ geben darf, die Verpflichtung zur tatsächlichen Erteilung von Weisungen aber nur dann und insoweit besteht, als (nur) so die Verwaltung in den Bahnen der Gesetzmäßigkeit, sowie der „Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsam-

17 Vgl Wimmer (Fn 8) 249.

18 Es sei hier nur angemerkt, dass die Effizienz informeller Steuerungsinstrumente keine neue Entdeckung ist. So haben totalitäre Systeme gerade ihre schlimmsten Ziele keineswegs nur – wie das oft fälschlich gesehen wird – über strikte Befehle durchgesetzt, sondern über „Motivation“. So galt im Nationalsozialismus die Parole „Dem Führer entgegenarbeiten“! Vgl Kershaw, Hitler 1889–1936 (2002) 665.

keit“ zu halten ist.<sup>19</sup> Ein „Recht“ des Beamten, Weisung erteilt zu bekommen, besteht freilich nicht. Ansonsten bleibt der Einsatz des Weisungsrechts eine Frage der politischen Gestaltung, der Einengung von Ermessensräumen oder der Leitung der Verwaltung dort, wo sie nicht förmlich agiert. Unter diesem Aspekt erscheint die Problematik aber keineswegs als eine solche der Verfassungspolitik, vielmehr der *Verwaltungskultur*. Zutreffend ist, dass die übergeordneten Organe lernen müssen, das Weisungsrecht sparsam und zweckmäßig einzusetzen.<sup>20</sup> Auch in einem privaten Wirtschaftsbetrieb, der sich modernster Manage-

19 Vgl etwa § 45 Abs 1 BDG und zum Ganzen – mwH – *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten<sup>3</sup> (2003) 178. Das Problem, ob ein Bundesminister für einen bestimmten Ausschnitt der Geschäftsführung auf die Ausübung seines Weisungsrechts verzichten kann, wird aktuell, wenn sich Amtshandlungen im Ressortbereich „gegen“ den Bundesminister als Partei richten. Beamtenrechtliche allgemeine Befangenheitsregeln wie § 47 BDG sind nicht anwendbar, verfahrensrechtliche Befangenheitsregelungen – wie § 7 AVG – sind nur einschlägig, wenn bereits ein konkretes Verwaltungsverfahren im Gang ist, jedenfalls fehlt es aber an komplementären Vertretungsregelungen. *Raschauer* (Art 73 B-VG, Rz 6, in: *Korinek/Holoubek* (Fn 16) vertritt die Ansicht, bei Befangenheit eines Bundesministers und „soweit es um Angelegenheiten geht, die ihm als Ressortleiter obliegen und die er sich nach der Geschäftsordnung selbst vorbehalten hat“, wäre nach Art 78 Abs 3 B-VG, also mit Betrauung eines Staatssekretärs oder eines Ressortbediensteten, vorzugehen. Dies kann zum einen deshalb nicht überzeugen, weil der Bundesminister stets zuständig bleibt, ob er sich in der Geschäftsordnung die Sache persönlich vorbehält oder nicht – er ist eben ein monokratisches Verwaltungsorgan –, zum anderen ordnet Art 78 Abs 3 B-VG ausdrücklich an, dass der Staatssekretär dem Bundesminister weisungsgebunden bleibt. Allenfalls könnte diese Problematik im Wege der Heranziehung des Art 73 B-VG als „sachlich nächstliegende Rechtsregel“ (vgl *Raschauer*, Art 64 B-VG, Rz 10, in: *Korinek/Holoubek*, Fn 16) gelöst werden, wenn man unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet, dass ein befangenes Organ auszuscheiden hat und so eine echte Lücke zu schließen vermeint. Art 73 B-VG spricht von einer „zeitweisen Verhinderung“ und passt damit nicht für eine Verhinderung hinsichtlich einzelner Geschäftsfälle, die Grenzen des möglichen Wortlautes werden aber gerade noch eingehalten. ME ist es aber zweifelhaft, dass darin die Problemlösung gefunden werden kann: Es liegt gar keine „echte Lücke“ vor, vielmehr geht das B-VG davon aus, dass auch der persönlich involvierte Bundesminister weisungsermächtigt und verantwortlich bleibt. Er hat daher konsequenterweise nicht auf die Ausübung des Weisungsrechts zu verzichten, sondern ganz im Gegenteil die entsprechenden Weisungen zu erteilen, nämlich explizit anzuordnen, dass im gegebenen Fall ohne Rücksicht auf „seine“ Person vorzugehen ist. Dass die ganze Konstellation verfassungspolitisch verbesserungswürdig ist, ist keine Frage. Hinsichtlich anderer oberster Organe – insbesondere den Mitgliedern der Landesregierungen – sind gesonderte bundes- und landesverfassungsrechtliche Erwägungen anzustellen.

20 Diesen Aspekt betont etwa *Wimmer* (Fn 8), 241: „Führungsstil und Unternehmenskultur“.

mentmethoden bedient, käme man schwerlich auf die Idee, dem Vorstand die Durchgriffsmöglichkeit im Einzelfall nehmen zu wollen. Im Übrigen wird auch von der NPM-Literatur vertreten,<sup>21</sup> dass das Weisungsrecht der Verwaltungsspitze unangetastet bleibt. Umso erstaunlicher mutet es an, dass ernsthaft die Auffassung des Weisungsprinzips als verfassungsrechtlicher Grundsatz in Erwägung gezogen wird.<sup>22</sup> Möglicherweise liegt dem die Überlegung zugrunde, dass der Gesetzgeber in Bindung an das „Rechtsstaatsprinzip“ (und das Sachlichkeitsgebot (?)) adäquate Lösungen finden soll. Eine Verfassungstechnik, bei der die Ebene des Verfassungsrechts „ausgespart“ wird, ist aber äußerst bedenklich und daher abzulehnen. Es hilft auch nicht weiter, die Grenze entlang der Linien Eingriffsverwaltung/gestaltende Verwaltung oder Hoheitsverwaltung/Privatwirtschaftsverwaltung zu ziehen, da aus diesen Unterschieden nichts für die Frage der Leitung und Verantwortung zu gewinnen ist. Soweit besondere Rechtsträger, die mit einer Gebietskörperschaft organisatorisch nicht mehr verbunden sind, keine hoheitlichen Befugnisse ausüben, wird man allerdings nicht mehr von staatlicher Verwaltung sprechen können.<sup>23</sup>

### *B. Ausdrucksmöglichkeiten der Weisung*

Dazu tritt auch noch Folgendes: Mit „Weisung“ bezeichnet die Bundesverfassung eine Rechtssatzform, die sprachlich in vielen Gestalten auftreten kann, vom expliziten militärischen Befehl bis hin zur höflich ausgesprochenen Ein-

21 Vgl. *Schedler/Proeller* (Fn 8) 95.

22 Die Abneigung mancher politischer Funktionäre, Weisungen zu erteilen, ja es sogar vorzuziehen, sie nicht erteilen zu dürfen, hängt wohl auch mit dem Trend zusammen, nicht mehr als vom Volk mittelbar legitimierte Leiter der Verwaltung zu erscheinen, sondern als unmittelbare Volksvertreter, die mit der Verwaltung nichts zu tun haben.

23 Aus der einschlägigen Judikatur des VfGH – VfSlg 14.473/1996, 14.474/1996; 14.500/1996; Erk v 12.12.2001, G 269/01 – ist abzuleiten, dass ausgegliederte Rechtsträger mit hoheitlichen Befugnissen dem Art 20 Abs 1 B-VG unterliegen (vgl unten III.). Für ausgegliederte Rechtsträger, die nicht hoheitlich tätig werden, ist aus dieser Judikatur unmittelbar nichts zu gewinnen. Die Grenzziehung zwischen „noch“ Verwaltung und „nicht mehr“ Verwaltung ist insoweit nicht ganz scharf, als der Gesetzgeber bei einer gewissen Staatsnähe der Aufgabenbesorgung entsprechende Elemente normieren kann, wie zB die Amtshaftung. Wenn in solchen Bereichen Weisungsbindungen angeordnet werden, so sind sie Ausdruck einer allenfalls privatrechtlichen Beherrschung einer Einrichtung durch den Staat. Insoweit liegen aber dann keine Weisungen im Sinn des Art 20 Abs 1 B-VG vor, sondern „Weisungen“ gesellschafts- oder arbeitsrechtlicher Art (vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT 2003, I/1, 34, Fn 119 und 43, mwH).

ladung.<sup>24</sup> Wenn nur der normative Charakter ersichtlich ist, handelt es sich jeweils um Ausformungen der Weisung.<sup>25</sup> Zielvereinbarungen zwischen Organen verschiedener hierarchischer Stufe sind unter Umständen auch nichts anderes als Weisungen, die in einem bestimmten Verfahren, nämlich nach besonders intensiver Anhörung des angewiesenen Organs, zustande kommen.<sup>26</sup>

Bedenklich erscheint der Einsatz solcher Instrumente erst dann, wenn sie – wie gefordert – in einem rechtlichen Sinn *an die Stelle* von Weisungen treten sollen. Denn dann besteht zwar weiterhin ein System der Über- und Unterordnung, das in „Abhängigkeiten“ zum Ausdruck kommt, und nur aus Gründen des äußeren Anscheins ist von „Vereinbarungen“ die Rede. In solchen Fällen hätten wir es dann allerdings mit dem Versuch einer Verschleierung der tatsächlichen Machtverhältnisse zu tun.<sup>27, 27a</sup>

24 Vgl. *Oberndorfer*, Die Verwaltung im politisch-gesellschaftlichen Umfeld, in: *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Fn 1) 29 (44).

25 Vgl. *Kucsko-Stadlmayer* (Fn 19) 166 mH auf die Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.

26 Zur Schweizer Rechtslage vgl. *Mastronardi* (Fn 8) 112: „Die Leistungsvereinbarungen, die heute in den Verwaltungen abgeschlossen werden, sind somit keine Verträge. Als generell gehaltene Weisungen gleichen sie am ehesten dem Institut der Verwaltungsverordnung. ... Für die rechtliche Einordnung genügt es vorläufig, sie als eine in kooperativer Form erlassene Verwaltungsverordnung zu verstehen.“ Die „Vereinbarungen“ nach § 45a BDG (und ähnlichen Bestimmungen) sind systematisch wohl keine Weisungen, deren Nichteinhaltung an sich schon disziplinare Folgen hat. Insoweit so aber Dienstpflichten konkretisiert werden, ergeben sich mittelbare normative Effekte, etwa die Verdichtung des Maßstabs der Sorgfalt, die das nachgeordnete Organ walten lassen muss. Insoweit ist die Bezeichnung dieses Instruments als „Vereinbarung“ auch hier nicht unproblematisch. Besser wäre, es beim „Mitarbeitergespräch“ und dessen Ergebnissen bewenden zu lassen.

27 Ein höchst bedenklicher Zug der neueren Rechtspolitik liegt in der missbräuchlichen Verwendung des Begriffs der „Vereinbarung“, wo es um schlichte öffentlich-rechtliche Pflichten geht – vgl. die „Integrationsvereinbarung“ nach §§ 50a ff des Fremdengesetzes 1997 (dazu *Pöschl*, Die Integrationsvereinbarung nach dem Österreichischen Fremdengesetz – lässt sich Integration erzwingen?, in: *Integration und Recht* (2003) 197 (206) und *Muzak*, Komm. zum Fremdenrecht, in: *Muzak/Taucher/Pinter* [Hrsg], Fremden- und Asylrecht [2003] 192) – oder um „öffentlich-rechtliche Verträge“ die unter keine verfassungsrechtliche Rechtssatzform subsumierbar sind wie die vom VfGH mit Erk v 23.1.2004, G 359/02 als verfassungswidrig aufgehobene „Leistungsvereinbarung“ nach § 13 UG 2002 (vgl. auch *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Der Paradigmenwechsel im Universitätsrecht, in: „Res Universitatis“, in: *FS Funk* [2003] 129, 159). Die Bezeichnung „Vereinbarung“ täuscht eine privatrechtliche Angelegenheit vor, das Publikum soll „Gestaltungsfreiheit“ und „Gleichrangigkeit“ assoziieren.

27a Deutlich nun der VfGH im Erkenntnis vom 13. März 2004, G 279 u.a./02 in der Begründung der Aufhebung der „Zielvereinbarungen“ nach § 32a ASVG. Es wird „daran erinnert, dass die Bundesverfassung zur Steuerung der Vollziehung im Bereich

## C. Neue Freiräume für Verwaltungsorgane?

NPM tritt auch mit dem Anspruch auf, den Verwaltungsorganen durch die Einräumung größerer Handlungsräume mehr Freiheit zu geben.<sup>28</sup> Dies könnte insoweit im Dienst eines „humanen Managements“ stehen, als damit nicht nur die Effizienz, sondern auch die Zufriedenheit der Mitarbeiter gehoben würde. Nun ist es eine Binsenweisheit, dass die starre Determination durch generelle und individuelle Regelungen oft zu einer Beengung führt, die jede Motivation erstickt, Kreativität verhindert und die Mitarbeiter frustriert. In einem gewissen Maß fördert die traditionelle Bürokratie ein bedenkliches Menschenbild. So hat es auch *Friedrich Koja* gesehen, ein ausgesprochener Vertreter des Berufsbeamtentums: „Daher muss man auch der psychologischen Implikation, die sich nur allzu leicht mit dem Legalitätsprinzip verbindet, nämlich die Entwicklung eines wenig initiativen und aktiven Persönlichkeitstyps bei den Verwaltungsorganen zu begünstigen, nach Möglichkeit entgegenwirken“.<sup>29</sup>

Dabei sollte nicht unbeachtet bleiben, dass sich erfahrungsgemäß manche in zu weiten Freiräumen nicht bewegen können oder möchten. Sozialpsychologisch gesprochen erfasst die strikte staatliche Verwaltung nicht wenige Menschen, die erst in ihrem „Korsett“ zu einer gewissen existentiellen Sicherheit gelangen können. Dem lässt sich wiederum entgegenhalten, dass dies eben ein gerade für Österreich typischer Mangel sei – Beamten- und Untertanenmentalität –, den man überwinden müsse. Dies mag so sein, doch sei die

---

der Hoheitsverwaltung (wozu auch die Sozialversicherungsträger und der Hauptverband in Selbstverwaltung berufen sind) Gesetz und Verordnung (Art. 18 B-VG), die Weisung demokratisch legitimierter oberster Organe der Staats- oder Selbstverwaltung (Art. 20 Abs 1 B-VG ... sowie im Falle der Selbstverwaltung überdies das Instrumentarium der staatlichen Aufsicht bereitstellt und dass zur Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit der Vollziehung ein umfassendes Rechtsschutzinstrumentarium vorgesehen ist, das an diese Rechtsinstitute anknüpft. Der Inhalt verschiedener Vorgaben mag zwar durchaus unter Verwendung von im Wirtschaftsleben etablierten Techniken erarbeitet werden, die verbindliche Anordnung selbst muss jedoch in der Form eines bundesverfassungsgesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmittels getroffen werden.“ Damit wird – jedenfalls für den Bereich der Hoheitsverwaltung – die zentrale verfassungsrechtliche Bedeutung der Weisung scharf herausgestellt.

28 „Personalentwicklung“ – vgl. *Schedler/Proeller* (Fn 8) 231.

29 In: *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1986) 233. Freilich gehörte die Selbstständigkeit des Beamten und seine „Erziehung zur eigenen Problemdurchdringung und -lösung“ durchaus schon zum preußischen Beamtenideal – vgl. *H. Dreier* – Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991) 71: „Der Selbstständigkeitsgedanke entzog dem Beamten nicht der Gesamtordnung, sondern gliederte ihn unter Betonung seiner eigenständigen Verantwortung nur um so fester in diese ein.“

allgemeine Bemerkung gestattet: Die Diskussion um die „bessere“ Verwaltung leidet vor allem daran, dass jeweils die Idealvorstellung des einen Systems mit der behaupteten Realität des anderen Systems verglichen wird. So steht eine von Rechtsstaat und Beamtenethos genährte „Staatsfrömmigkeit“,<sup>30</sup> die mit dem Alltag der Verwaltung kaum etwas zu tun hat, einer „Betriebswirtschaftsideologie“ gegenüber, wie sie besonders von Propagandisten in den Medien und im Beratungsmilieu vertreten wird. Die Realität des Verwaltungsorgans in der Welt des NPM könnte nämlich auch so aussehen, dass seine „Weisungsfreiheit“ in ein System strikter Abhängigkeiten „eingebettet“ wäre – stetige budgetäre Einschränkungen, um immer engere Sparziele zu verwirklichen, Druck der leichteren Kündbarkeit, Verpflichtung, andere Dienstnehmer „abzubauen“<sup>31</sup> etc. Die dem Verwaltungsorgan neu zukommende Freiheit erwiese sich so als höchst ambivalent.

In ein anderes Licht rückt der Einsatz alternativer Steuerungsinstrumente wiederum in Bereichen, die verfassungsrechtlich nur sehr begrenzt durch Weisung steuerbar sind, wie Wissenschaft und Lehre (Art 17 StGG 1867). Hier bieten sich diese Instrumente von der Sache her zwar an, doch besteht die Gefahr, dass so weisungsfreie Räume unterlaufen werden. Die eigenartige Janusköpfigkeit dieser Steuerungsinstrumente liegt also darin, dass sie sowohl dazu dienen können, Hierarchien zu verschleiern, als auch darin, nicht bestehende Hierarchien zu ersetzen.

Wir gelangen somit zu folgendem *Zwischenergebnis*: Es kann dahingestellt bleiben, wie weit das Weisungsprinzip dem Effizienzgedanken dient. Keinesfalls trifft zu, dass die Ermächtigung zur Weisungserteilung an sich schon der Einführung moderner Methoden des Verwaltungsmanagements entgegenstünde. *Zu ändern ist die Verwaltungskultur, nicht die Bundesverfassung!*

### *III. Die demokratische Funktion des Weisungsprinzips*

Schon einleitend ist angeklungen, dass das Weisungsprinzip aus verfassungsrechtlicher Sicht als wesentliches Element des *demokratischen Baugesetzes* angesehen wird. Der Gedanke, dass eine hierarchisch strukturierte Bürokratie keineswegs im Widerspruch zum gewählten Parlament steht, sondern sogar das diesem genau entsprechende Gegenstück bildet, ist als geradezu klassisches Systemprinzip der österreichischen „Staatsdoktrin“ anzusehen. *Theo Öhlinger* bringt dies besonders einprägsam zum Ausdruck: „*Dieses hierarchi-*

30 Treffender Ausdruck bei *Hanisch*, *Der lange Schatten des Staates* (1994) 28.

31 Hier ist die Einfallspforte für ein von oben bewirktes „mobbing“.

*sche Verwaltungsmodell ist als Pendant zur parlamentarischen Verantwortlichkeit der obersten Organe zu sehen: Die Weisungsgebundenheit verknüpft die Verwaltung mit der parlamentarischen Kontrolle; das parlamentarisch verantwortliche oberste Organ kann so auch für die ihm nachgeordneten Verwaltungsorgane verantwortlich gemacht werden. Die Weisung stellt somit einen spezifischen Verantwortungskonnex zwischen Parlament und dem Verwaltungsapparat dar.*<sup>32</sup>

Freilich übernahm die republikanische Verfassung damit auch die bürokratischen Grundlinien der Monarchie. In der Entstehungsphase des B-VG war dies keinesfalls unumstritten, zielte doch namentlich die Sozialdemokratie auf eine Demokratisierung der Verwaltung ab und gab es Tendenzen, statt der – monarchistisch geprägten – Beamtenschaft „Räte“ einzusetzen.<sup>33</sup> Eine

32 Verfassungsrecht<sup>5</sup> (2003) Rz 520.

33 Es mag in diesem Zusammenhang recht interessant sein, einen lehrhaften Fall aus der Frühzeit der Ersten Republik „auszugraben“, den „Fall Kokstein“, der zeigt, dass man schon lange unser Thema diskutiert: Oskar Kokstein war seit 1910 Vizepräsident und später Präsident der Niederösterreichischen Finanzlandesdirektion, gegen Ende des Weltkrieges kurze Zeit Leiter des „Amtes für Volksernährung“ und spielte dann eine wichtige Rolle bei den Reformüberlegungen. In den Jahren 1919 und 1920 hat sich Kokstein sehr exponiert und es auf einen – öffentlich ausgetragenen – Streit mit dem Staatssekretär für Finanzen, Reisch, ankommen lassen, der mittels Leserbriefen in der Neuen Freien Presse geführt wurde und schließlich mit der Außerdienststellung Koksteins endete. Dabei warf er dem Staatssekretär öffentlich falsche Angaben über Personaleinsparungen vor, was offenbar den unmittelbaren Anlass für seine Suspendierung darstellte – Neue Freie Presse vom 25. und 27.6.1920. Der Fall hat Aufsehen erregt und einen aufmerksamen Chronisten, Robert Musil, veranlasst, in seinen Tagebüchern die Quintessenz des Falles wiederzugeben. Unter der Überschrift „Bürokratie“ schreibt Musil unter anderem Folgendes: „Wenn der Chef einer Unterstelle nicht bei allem einigermaßen Interessanten um Genehmigung ansucht, so empfindet die vorgesetzte Stelle es als Beleidigung ... Grundsätzlich das tun, was man für Recht hält, nicht der Oberbehörde, sondern der Gesamtheit verantwortlich zu sein – ist nach monarchischer Ideologie eine Anmaßung. Koksteins Grundsätze, über die er gefallen ist: Für das Volk arbeiten und nicht für den Beifall des Vorgesetzten. – Die Persönlichkeit muss vom Vorgesetzten geweckt werden und im Dienst möglichst freien Spielraum haben. – Der Beamte hat zwischen Wichtigem und weniger Wichtigem zu unterscheiden. Nicht der Akt ist die Hauptsache, sondern es ist ‚gegenständlich‘ zu arbeiten. Er selbst hat fast keinen Akt mehr sich zur Entscheidung geben lassen ... Die formale Rechtskraft darf kein Unrecht decken. Ein Unrecht muss beseitigt werden. Auch wenn der Rekurstermin schon abgelaufen ist. – Einmal erlassene Vorschriften werden nie wieder geprüft, man muss sie kennen. Kokstein hat seinen Leuten gepredigt: Eine Vorschrift, die einige Jahre alt ist, muss ein tüchtiger Beamter vergessen ... Man darf die Leistung nicht nach den gemachten Dienststunden beurteilen. Der Beamte muss sich weiterbilden und im Leben bewegen. Seine Unparteilichkeit darf auch nicht durch künstliche politische Neutralisierung angestrebt werden.“ Und Musils letzter Satz: „Das meiste von dem werden die zünftigen Bürokraten gar nicht bestrei-

Schwächung der abgeleiteten demokratischen Legitimation der Verwaltung würde deshalb unweigerlich die Forderung nach einer Demokratisierung der Bezirkshauptmannschaften aktualisieren.<sup>34</sup>

Unter dem demokratischen Aspekt dient die Weisungsgebundenheit auch zwei besonderen Zielen, nämlich der *Transparenz der Verwaltungsabläufe* und der *Exklusivität der Einflussnahme* auf den Beamten. „Transparenz „spielt, wie später zu behandeln sein wird, auch in rechtsstaatlicher Hinsicht eine wichtige Rolle. Hier geht es darum, dass für den Normadressaten möglichst deutlich werden sollte, nicht allein welchem Organ ein Rechtsakt zuzurechnen ist, sondern auch welcher Mensch oder welche Menschen an der *tatsächlichen Willensbildung* beteiligt waren. Im Allgemeinen ist diese Transparenz – bei guter Aktenführung – nur im internen Bereich der Verwaltung gegeben und tritt relativ selten nach außen. In besonders sensiblen Verwaltungszweigen, wie etwa bei den Staatsanwaltschaften, kommt diesem Aspekt aber eine besondere Bedeutung zu. Außerdem geht eine verfassungspolitische Tendenz dahin, die Verwaltung ganz generell „offener“ zu gestalten, insbesondere durch den Abbau der Amtsverschwiegenheit und den Ausbau der Auskunftspflicht.

Unter „Exklusivität“ wird hier verstanden, dass die explizite Weisung sicherstellt, dass der Beamte so nur dem „Druck von oben“ ausgesetzt wird – und nicht von der Seite politischer Parteien und Netzwerke, mächtiger Wirtschaftstreiber, der Medien, ungezügelter Bürgerinitiativen etc. Die Problemstellung wird auch deutlich im Vergleich mit der verfassungsrechtlichen Stellung der Richter: Diesen Organen ist eben nicht nur die „Weisungsfreiheit“, sondern eine viel weiter gehende „Unabhängigkeit“ – Unversetzbarkeit, Unabsetzbarkeit – garantiert.

Die aktuelle politische Bedeutung der demokratischen Kontrolle über die Verwaltung leuchtet aus der andauernden Diskussion um verschiedene Formen der *Ausgliederung* von Staatsaufgaben hervor. Dort wo es zu *Beleihungen* kommt, also zur Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private, hat die Judikatur des VfGH dem Gesetzgeber markante Grenzen gezogen: So sind Beleihungen insbesondere nur zulässig, wenn dem obersten Organ ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Beliehenem und dessen Personal eingeräumt ist und überdies die Verantwortlichkeit der Organe des beliehe-

---

ten ...“ Die Leserbriefe Koksteins an die Neue Freie Presse und andere Zeitungen enthalten viele interessante Ausführungen. So etwa unterschied er zwischen Bürokraten und Beamten. Von den „Bürokraten“ sagte er, das seien jene auserlesenen Beamten, „die sich durch ihre Stellungen – vor allem in den Zentralbehörden – dazu berufen fühlen, den unpersönlichen Dienstgeber zu personifizieren, und dem bestehenden Verwaltungssystem ihr Gepräge geben“.

34 Vgl noch immer Art 120 B-VG!

nen Rechtsträgers für ihre Amtsführung gesichert bleibt.<sup>35</sup> Wir bewegen uns hier auf dem derzeit prekärsten Gebiet der verwaltungsrechtlichen Entwicklung. Denn nur die Einhaltung dieser Kriterien kann verhindern, dass es nicht hinter der Maske der „Ausgliederung“ im Ergebnis zu einer unkontrollierten „Politisierung“ kommt.<sup>36</sup> Die eingangs referierte Bemerkung im Dokument des Österreich-Konvents, dem VfGH solle „Anlass für eine etwas großzügigere Judikatur gegeben werden“, erscheint in diesem Licht als sehr bedenklich. Vielmehr sollte es doch darum gehen, die vom VfGH gewonnenen Ausgliederungskriterien explizit in die Verfassung aufzunehmen!

#### IV. Die Rechtsstaatliche Funktion des Weisungsprinzips

##### A. Legalitätsprinzip und Gehorsamspflicht

*Legalitätsprinzip* (Art 18 Abs 1 B-VG) und *Weisungsgebundenheit* (Art 20 Abs 1 B-VG) sind Schlüsselemente auch des Rechtsstaatskonzepts der Bundesverfassung. Wenn auch beide Regelungen eng zusammenspielen, sind sie doch verschiedenen Ursprungs und unterschiedlicher Funktion. Das *Legalitätsprinzip* verbindet die Grundprinzipien des Rechtsstaates und der Demokratie. Unter dem rechtsstaatlichen Aspekt geht es um die Gewährleistung von Rechtssicherheit: das Verhalten der Verwaltung im Einzelfall soll vorhersehbar sein, relativ eng bemessene Ermessensräume sollen der Willkür vorbeugen und eine gleichmäßige Behandlung der Normadressaten sichern. Wesentlich ist die Funktion des Legalitätsprinzips indessen gerade auch dann, wenn der Einzelne – mangels verdichteter Betroffenheit – keine Rechtsmacht hat, das objektiv Gesetzmäßige durchzusetzen. Denn dort gilt es, das Interesse vieler anonymer Menschen, wenn man will: der Gesellschaft, an gesetzlichen Gewährleistungen zu wahren.<sup>37</sup> Freilich kann gerade diese Funktion des

35 Vgl die einschlägige Judikatur des VfGH systematisch darstellend: *Kusko-Stadlmayer* (Fn 23) 80.

36 Entsprechende Befürchtungen bei *Prisching*, Entstaatlichung als Politisierung, in: FS Funk (2003) 203.

37 Es sind deshalb auch Versuche verfehlt, Art 18 Abs 1 B-VG so einzuschränken, dass der Determinationsgrad von der Intensität des „Eingriffs in Rechte“ abhängig gemacht wird. Damit wird nämlich vorausgesetzt, dass es die „Rechte“ quasi noch „vor dem Gesetz“ gibt. Das ist aber – mit Ausnahme der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte – nicht der Fall. Es ist Sache des Gesetzgebers, ob er im Wege ausdrücklicher Einräumung oder durch entsprechende Verdichtungen der Determination – vgl VwGH v. 14.6.1995, Zl. 94/12/0301 – subjektive Rechte schafft. Diese können – schon definitionsgemäß – nicht mehr enthalten als das Gesetz an „objektiver“ Recht-

Legalitätsprinzips nur im Zusammenhang von Verantwortlichkeit und Weisungspflicht wirksam werden: Erst die Normierung von Dienstpflichten verhält die Verwaltungsorgane dazu, ihre gesetzlichen Ermächtigungen auch auszuüben.

Zwar wäre – unter dem rein rechtsstaatlichen Aspekt – auch die Selbstregulation der Verwaltung durch generelle Normen zielführend. Unter dem demokratischen Aspekt ist jene bindende generelle Rechtsquelle aber primär das im Parlament erzeugte Gesetz.<sup>38</sup>

Die *Weisungsgebundenheit oder Gehorsamspflicht* wurzelt in der Vorstellung der monarchischen Spitze der Verwaltung und in der Notwendigkeit, für die vielköpfigen Kollektivorgane der Verwaltung eindeutige Willensbildungsregelungen zu schaffen. Zunächst galt es nur, die Ermessensräume des Monarchen in einer weitgehend noch gesetzungebundenen Verwaltung zu wahren. *Erst in der Kombination mit dem Legalitätsprinzip erhält die Weisungsgebundenheit auch eine rechtsstaatliche Funktion.* Aus der Perspektive des zur Setzung eines Verwaltungsaktes letztlich ermächtigten Organs zeigen sich Gesetzesbindung und Gehorsamspflicht komplementär: Je dichter die Determination durch das Gesetz ist, desto relativ bedeutungsloser ist die Determination durch Weisung, je größer die Ermessensräume sind, desto bedeutsamer die Weisung.

Die in diesem Demokratiekonzept angestrebte Perfektionierung der Durchsetzung des parlamentarisch gebildeten Volkswillens erreicht in der Kombination beider Elemente die maximale Wirkung: Die ohnedies schmalen Ermessensräume können durch die Weisung der übergeordneten Organe geschlossen werden, wobei es wesentlich auf die *Ermächtigung* zur Weisungserteilung ankommt.

Von einer wichtigen Traditionslinie der österreichischen Verwaltungsrechtslehre wurde das Element der „Weisung“ als Definitionsmerkmal der Ver-

---

mäßigkeit vorsieht. So gesehen enthält dieser Vorschlag einen nicht auflösbaren Zirkelschluss. Einen Sinn erhielte diese Konstruktion überhaupt nur dann, wenn man „Rechte“ mit „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ gleichsetzte. Im bisherigen Rechtssystem geht der Kreis der subjektiven Rechte allerdings weit über die Grundrechte hinaus. Ein „verdünntes“ Sozialhilfegesetz etwa wäre dann nur im Wege eines erst zu schaffenden „sozialen Grundrechts“ justiziabel. Dies erscheint wenig realistisch und wäre außerdem mit einem tendenziellen Bedeutungsverlust der parlamentarischen Willensbildung und der Zerstörung einer spezifischen Verwaltungsgerichtsbarkeit verbunden.

38 Auf den *demokratischen* Aspekt des Legalitätsprinzips weist besonders *Öhlinger* (Fn 32), Rz 355, hin.

waltung schlechthin angesehen.<sup>39</sup> Anders *Kelsen* 1927:<sup>40</sup> Er wies auf den „historisch-politischen Zusammenhang“ hin, der „zwischen der Abhängigkeit der Verwaltung und der ihr eingeräumten Ermessensfreiheit, sowie zwischen der Unabhängigkeit der Justiz und ihrer weitgehenden gesetzlichen Bindung“ bestehe. *Kelsen* sah diese Zusammenhänge in der spezifischen Interessenlage der konstitutionellen Monarchie begründet, in der es dem Monarchen darum gegangen sei, einen möglichst weiten Raum der Verwaltung mittels Weisung zu beherrschen, die richterliche Unabhängigkeit aber nur dort wirksam werden zu lassen, wo ohnehin schon das Gesetz determinierte, mithin in den traditionellen Materien des Zivil- und Strafrechtes. In jenem Maß, in dem die Verwaltung zur Rechtsfunktion werde – umfassendes Legalitätsprinzip, Justizmäßigkeit der Verwaltung durch die Entwicklung eines gerichtsmäßigen Verwaltungsprozesses, Verdichtung der subjektiven Rechte – verlöre die Weisungsgebundenheit der Verwaltung (aber auch die Unabhängigkeit der Justiz) an Bedeutung.

Die Rechtsentwicklung liegt auf dieser Linie: Überall dort wo die gesetzliche Bindung relativ dicht ist und Verwaltungsorgane eine quasi-richterliche Tätigkeit ausüben, hält die Tendenz an, diese Organe weisungsfrei zu stellen. Die österreichische Rechtsordnung ist an solchen Beispielen reich.<sup>41</sup> *Kelsen* minimierte die Bedeutung der Weisung für die Definition der Verwaltung, und in der neueren österreichischen Lehre wird diese auch nur mehr negativ-organisatorisch definiert.<sup>42</sup> Damit meinte *Kelsen* aber wohl nicht, die Weisung sei prinzipiell überflüssig. Dies schon deshalb, weil selbst bei schärfster Zuspitzung des Legalitätsprinzips generelle Normen die bei der Rechtsanwendung im Einzelfall notwendig gegebenen „Ermessensräume“ nicht gänzlich schließen können. Keine Rechtsnorm kann ihre Anwendung abschließend regeln. Dazu tritt, dass das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip heute nicht mehr so streng verstanden wird wie in vergangenen Jahrzehnten (These vom „differenzierten Legalitätsprinzip“ als Grundmuster der neueren Judikatur des VfGH.)<sup>43</sup>

39 So wohl *Merkel* (Fn 4) 36, besonders 42: „Wie in so vielen anderen Punkten, hat auch in diesem Falle die österreichische Bundesverfassung aus richtiger rechtstheoretischer Einsicht heraus das positiv-rechtlich Notwendige erfüllt, indem sie ausdrücklich alle Organe der Verwaltung an die Weisung ihrer vorgesetzten Organe für gebunden erklärt (Art 20 B-VG)“ (vom Verfasser dieses Aufsatzes bereinigter Text).

40 Justiz und Verwaltung, Nachdruck in *Klecatsky ua* (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule (1968), Bd 2, 1781 (1791).

41 Vgl später V.

42 Vgl zB *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in: *Ermaçora/Winkler ua*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 35 (44).

43 Vgl zusammenfassend *Rill*, Art 18 B-VG in: *Rill/Schäffer* (Hrsg), BVR Komm. Rz 41–71. In der polemischen Agitation gegen das Legalitätsprinzip wird dies meistens unter den Tisch gekehrt. (vgl dagegen die zutreffende Darstellung der österreichischen Situation selbst bei *Schedler/Proeller* [Fn 8] 186).

Zurück zum Verfassungskonvent: Es leuchtet nun ein, dass die Lockerung sowohl des Legalitätsprinzips als auch der Weisungsgebundenheit – wie dies freilich von NPM gefordert wird – nicht nur historisch inkonsequent wäre, sondern vor allem auch massiven rechtsstaatlichen und demokratischen Bedenken begegnen muss. Denn werden einerseits die Ermessensräume geweitet und andererseits die Organe „weisungsfrei“ gestellt, so entfällt damit nicht nur die materielle Determination des Verwaltungshandelns, sondern auch die Möglichkeit der personellen Zurechnung zu verantwortlichen obersten Organen. Eine solche gleichzeitige Destabilisierung beider Elemente würde die österreichische Bundesverfassung buchstäblich „entkernen“.<sup>44</sup>

#### *B. Die Weisung als Instrument zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit*

Die rechtsstaatliche Funktion der Weisung wurde vor allem im Zuge der Verdichtung des Dienstrechtes ausgebaut und damit verdeutlicht:<sup>45</sup> Zunächst wurde aber mit der B-VG Novelle 1925 Art 20 Abs 1 B-VG selbst um das *Ablehnungsrecht* gegenüber qualifiziert rechtswidrigen Weisungen erweitert. Die Befolgung einer Weisung „kann“ abgelehnt werden, wenn sie von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder ihre Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Die Dogmatik dieser Ablehnungstatbestände ist diffizil: Erst wenn man unter den – praktisch relevanteren – zweiten Tatbestand zutreffender Weise auch den „Missbrauch der Amtsgewalt“ nach § 302 StGB subsummiert, der „jedes qualifiziert rechtswidrige wider besseres Wissen gesetzte Verhalten eines Beamten im hoheitlichen Bereich unter Strafe stellt“,<sup>46</sup> erkennt man die ganze Tragweite dieser Novellierung.

Nach heute herrschender Ansicht ist das nachgeordnete Organ zur Ablehnung solcher – absolut nichtiger – Weisungen nicht etwa „berechtigt“, sondern hat diese als Verhaltensnormen zu negieren.<sup>47</sup> Die Befolgung einer solchen „Weisung“ entbindet daher nicht von der strafgerichtlichen oder disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit.

Nicht exzessiv rechtswidrige Weisungen sind zu befolgen. Selbstverständlich enthält Art 20 Abs 1 B-VG keine Ermächtigung an vorgesetzte Organe,

<sup>44</sup> Womit in der Tat eine „Gesamtänderung“ gegeben wäre (vgl Fn 16 – *Raschauer!*)

<sup>45</sup> Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Legalitätsprinzip und Weisungsgebundenheit des Beamten, in: GS Ringhofer (1995) 77.

<sup>46</sup> Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, aaO 81. Auch der erste Ablehnungstatbestand der „Unzuständigkeit“ hat eine größere Bedeutung als zunächst vermutet, fallen darunter doch auch etwa Weisungen, die ein Grundrecht verletzen (aaO 92).

<sup>47</sup> Dazu – unter Hinweis auf *Ringhofer* – näher *Kucsko-Stadlmayer*, aaO 79.

rechtswidrige Weisungen zu erlassen.<sup>48</sup> Das nachgeordnete Organ, das die Weisung für rechtswidrig hält, kann ihre Erteilung in schriftlicher Form verlangen.<sup>49</sup> In der verfestigten Judikatur des VwGH hat das „*Remonstrationsrecht*“ insoweit eine Bedeutungssteigerung erfahren, als es nicht nur bei mündlichen Weisungen besteht – entsprechend der ursprünglichen Intention als Beweissicherungsmaßnahme<sup>50</sup> –, sondern auch bei bereits schriftlich erteilten Weisungen.<sup>51</sup> Der VwGH sieht das *Remonstrationsrecht* ausdrücklich als Instrument der *objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle*.<sup>52</sup>

Freilich unter der Voraussetzung eines relativ streng verstandenen Legalitätsprinzips liegt in den Schranken des Weisungsrechts somit ein vom Beamten pflichtgemäß zu aktivierendes *Instrumentarium gegen eine gesetzwidrige Vollziehung*.

Für den gegebenen Zusammenhang ist wesentlich, dass derartige Rechtsschutzvorkehrungen allerdings nur funktionieren können, wenn das Verhalten der nachgeordneten Organe eben auch durch Weisungen gesteuert wird, und nicht auf andere Weise. So lange etwa eine „Leistungsvereinbarung“ in diesem Sinn als Weisung deutbar ist (vgl oben), wirken auch die Begrenzungsmechanismen. Würde man allerdings dem Vorschlag folgen, das Weisungsprinzip für ganze Verwaltungsbereiche abzuschaffen, so fiel auch die Rechtsschutzfunktion fort. Ein immer informellerer Führungsstil droht der rechtsstaatlichen Kontrolle zu entgleiten.

### C. Rechtsschutz des Beamten

Schließlich schützt die Weisung auch die *subjektive Rechtssphäre* des Beamten. Explizit dient diesem Ziel seine Möglichkeit, einen Feststellungsbescheid der Dienstbehörde darüber zu erlangen, ob die Befolgung einer bestimmten Weisung zu seinem Pflichtenkreis gehört (§ 1 Abs 1 Z 1 DVV). So kann insbesondere die absolute Nichtigkeit qualifiziert rechtswidriger Weisungen festgestellt werden (vgl oben), was den in einer heiklen Situation zwischen straf- und disziplinarrechtlicher Verantwortung stehenden Beamten entlastet. Anders als die Remonstration, die auch Vertragsbediensteten freisteht, handelt es sich hier allerdings um eine spezifisch beamtenrechtliche Vorkehrung.

Die Judikatur zum Gemeinschaftsrecht, zum „Amtsmissbrauch“ und zum Amtshaftungsrecht haben den Trend gemeinsam, das „hinter“ dem Verwal-

48 Vgl schon VwSlg 6191 A.

49 § 44 Abs 3 BDG.

50 So *Kucsko-Stadlmayer* (Fn 19) 173.

51 VwSlg 12.894 A, zuletzt VwGH v 19.3.2003, 2000/12/0110.

52 VwSlg 14.856 A.

tungsrecht stehende Haftungsrecht wirksamer zu machen; es geht nicht mehr nur um die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten, sondern darum, Verwaltungsfehler den Verwaltungsorganen persönlich zuzurechnen. In dieser Situation können informelle Steuerungsmechanismen zur leichteren Haftbarkeit beitragen. Fehlt es an expliziten Weisungen, gegen die remonstriert werden kann – vgl §§ 4 AHG und 2 OrgHG, worin ein (Regress-)Ausspruch gegen einen Beamten, der auf Weisung gehandelt hat, deren Befolgung er nicht ablehnen musste, ausgeschlossen ist –, kommt der Betroffene eher in die Lage, ohne gesicherte Beweise für seine Fremdsteuerung vor Gericht zu stehen, wenn er nicht ständig Aktenvermerke macht oder jeden Schritt mit seinem Rechtsfreund berät. Eine Gefahr liegt hier in einem verhängnisvollen Zusammenspiel mehr oder weniger konkludenter Verhaltenserwartungen verschiedener Ebenen. Zwar gibt es einen „vorausseilenden Gehorsam“ auch in der Welt der „alten“ Verwaltung, aber diese Phänomene könnten sich noch wesentlich verstärken!

#### V. Verfassungsgesetzlich vorgesehene weisungsfreie Verwaltung

Art 20 Abs 1 B-VG sieht nun zwar die Weisungsgebundenheit und Verantwortlichkeit nachgeordneter Verwaltungsorgane vor, enthält jedoch zugleich einen *formellen Verfassungsvorbehalt*. Demgemäß finden sich bundes- und landesverfassungsrechtliche Weisungsfreistellungen in etlichen Rechtsquellen – namentlich in Verfassungsbestimmungen in einfachen Bundesgesetzen – was in der Tat zur *Zersplitterung* des formellen Verfassungsrechts beiträgt.

Während nun für die *weisungsgebundene* Verwaltung eine ausgeprägte Dogmatik besteht, die vor allem den Zusammenhang zu verfassungsrechtlichen Grundprinzipien zeigt, ist es für die sich aus dem positiven Verfassungsrecht ergebende weisungsfreie Verwaltung wesentlich schwieriger, ein konsistentes System zu gewinnen. Erkennt man in der weisungsgebundenen Verwaltung den Normalfall, sind andere Formen besonders zu begründen.<sup>53</sup> Der Tribunalbegriff des Art 6 EMRK ist ein solches Kriterium, wenn man eben keine Gerichte einrichten will.<sup>54</sup> Auch Organe wie der Menschenrechtsbeirat oder die Rechtsschutzbeauftragten,<sup>55</sup> schließlich alle „Anwälte des öffentlichen Rechts“ und Regulierungsbehörden gehören hierher. Die Gründe, weshalb der Bundes- oder Landesverfassungsgesetzgeber ansonsten Organe weisungsfrei stellt, sind vielfältig, ergeben sich manchmal aus dem Gemeinschaftsrecht und können manch-

53 Vgl H. Dreier (Fn 29) 135.

54 Vgl Art 133 Z 4 und 20 Abs 2 B-VG, sowie weitere Formen der Verwaltungsrechtsprechung, wie etwa die Datenschutzkommission.

55 Vgl Jabloner, Verfassungsrechtliche Probleme um die Rechtsschutzbeauftragten, in: FS H. Steininger (2003) 23 und VfGH v 23. 1. 2004, G 363/02.

mal auch sehr zweifelhaft sein. Verfassungspolitisch besonders problematisch ist etwa die verfassungsrechtliche Stellung des Vorstandsvorsitzenden der Post und Telekom Austria AG gemäß § 17a Abs 2 des Poststrukturgesetzes als weisungsfreies und „oberstes“ Organ in der Funktion als Leiter der obersten Dienst- und Pensionsbehörde. Einerseits fehlt der Weisungszusammenhang zu einem Bundesminister, andererseits die selbstständige Verantwortung gegenüber dem Nationalrat. Insoweit hier hoheitliche Akte zu setzen sind, insbesondere bei der Vollziehung dienstrechtlicher Vorschriften, ist diese Sonderstellung schwerlich zu begründen. Hier geht es um den Fall einer *planmäßig erzeugten Unverantwortlichkeit* der eigentlichen politischen Ebene.

Eine bereinigte Bundesverfassung wird die Erscheinungsformen weisungsfreier Organe dadurch zu bewältigen haben, dass ein Teil – namentlich die „Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag“ – in die Verwaltungsgerechtigbarkeit erster Instanz eingebaut wird, Organe wie der Menschenrechtsbeirat besonders im B-VG geregelt werden, und im Übrigen in Art 20 B-VG eine determinierte Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber erteilt wird, für die hauptsächlichen Formen – Kollegialbehörden im Dienstrecht, sachverständige Organe, zur Wahrung der objektiven Gesetzmäßigkeit eingerichtete Organe, Kollegialbehörden und Organe in Gleichbehandlungsangelegenheiten – Weisungsfreiheit vorzusehen. So könnte die Rechtsentwicklung in geordnetere Bahnen gelenkt werden, zumal dann, wenn die Verfassungstechnik der Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen aufgegeben wird. Einen entsprechenden Formulierungsvorschlag haben bereits früher *Novak/Wieser* vorgelegt, andere Varianten werden derzeit – im Februar 2004 – im Österreich-Konvent diskutiert.

## *VI. Zusammenfassung*

Die vorstehende Untersuchung hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Die verfassungsrechtliche Weisungsermächtigung steht der Einführung zusätzlicher Mittel zur Steuerung der Verwaltung nicht entgegen. Zu ändern ist die Verwaltungskultur, nicht die Bundesverfassung.
2. Die wichtigste Funktion des Weisungsprinzips liegt in der mittelbaren demokratischen Legitimation der Verwaltung, worauf besonders bei Ausgliederungen zu achten ist.
3. Als rechtsstaatliches Instrument kann die Weisung nicht durch informelle Steuerungsformen ersetzt werden.
4. Eine verbesserte Bundesverfassung sollte den Bereich nicht weisungsbundener Verwaltung strukturieren. Dem könnte eine determinierte Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber dienen.