



universität  
wien

# DISSERTATION

„Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung“

Verfasserin  
Mag.iur. Anna-Theresa Bergt

angestrebter akademische Grad  
Doktorin der Rechtswissenschaften

Wien, 2010

Studienkennzahl lt.	A 083 101
Studienblatt:	
Dissertationsgebiet lt.	Rechtswissenschaften
Studienblatt:	
Betreuer:	Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Strejcek

# Inhaltsverzeichnis

I. EINLEITUNG.....	5
II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER GEWALTENTEILUNG.....	7
A. DIE ANTIKE.....	7
1. Griechische Philosophen.....	7
a. Platon .....	7
b. Aristoteles.....	8
c. Polybios.....	9
2. Die Verfassung der römischen Republik .....	11
B. DIE NEUZEIT.....	14
1. Jean Bodin und Johannes Althusius.....	14
2. Die Entwicklung in England.....	15
3. Thomas Hobbes.....	17
4. John Locke.....	18
5. Charles de Secondat Montesquieu.....	22
6. Die Entwicklung in Amerika.....	26
a. Die amerikanische Revolution.....	26
b. Die Federalist Papers.....	28
c. Die amerikanische Verfassung.....	30
7. Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.....	38
III. THEORETISCHE KONZEpte DER GEWALTENTEILUNG.....	40
A. FORMEN DER GEWALTENTEILUNG.....	40
1. Formelle und materielle Gewaltenteilung.....	43
2. Horizontale und vertikale Gewaltenteilung.....	47
3. Die „neue Gewaltenteilung“ .....	51
4. Soziale Gewaltenteilung.....	52
5. Dezisive Gewaltenteilung.....	54
6. Konstitutionelle Gewaltenteilung.....	56
7. Temporale Gewaltenteilung.....	60
8. Personelle Gewaltenteilung.....	62
9. Zusammenfassung.....	62
B. REGELUNGEN IM ÖSTERREICHISCHEN BUNDESVERFASSUNGSGESETZ.....	63
1. Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung.....	68
a. Allgemeines.....	68
b. Das demokratische Grundprinzip.....	69
c. Das Republikanische Prinzip.....	76
d. Das Bundesstaatliche Prinzip.....	77
e. Das Rechtsstaatliche Prinzip.....	78
f. Das Liberale Prinzip.....	82
2. Die Gesetzgebung.....	82
3. Die Verwaltung .....	84
a. Legalitätsprinzip.....	86
b. Weisungsgebundenheit.....	87
c. Formgebundenheit des Verwaltungshandelns.....	88
d. Andere Prinzipien.....	90

4. Kontrolle der Verwaltung.....	91
5. Die Judikative.....	93
6. Artikel 94 B-VG (Abgrenzung Gerichtsbarkeit – Verwaltung) .....	97
7. Abgrenzung Verwaltung – Gesetzgebung.....	100
8. Abgrenzung Gerichtsbarkeit – Gesetzgebung.....	101
<b>IV. AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUR GEWALTENTEILUNG.....</b>	<b>104</b>
<b>A. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN EXEKUTIVE UND LEGISLATIVE.....</b>	<b>104</b>
1. Einleitung.....	104
2. Das parlamentarische System.....	105
3. Gewaltenverschränkung.....	111
4. Die Rolle der Opposition.....	120
5. Zusammenfassung.....	123
<b>B. AUSNAHMEN VON ART 94 B-VG.....</b>	<b>124</b>
1. Die sukzessive Zuständigkeit.....	124
a. Begriffserklärung.....	124
b. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der sukzessiven Zuständigkeit.	126
Außer Kraft treten des Bescheides.....	127
Keine Kontrolle der Verwaltungsbehörden.....	127
Verletzung von Art 94 B-VG.....	127
Die Grenzen des Art 94 B-VG.....	128
c. Historische Grundlagen.....	131
d. Die sukzessive Zuständigkeit in Sozialrechtssachen.....	131
e. Die sukzessive Zuständigkeit im Wasserrechtsgesetz.....	136
Hintergrund.....	137
Verfassungswidrigkeit nach Art 94 B-VG?.....	138
Widerspruch zu Art 6 EMRK? .....	141
Fazit.....	143
2. Die Justizverwaltung.....	143
3. Resümee.....	146
<b>C. JUDIKATIVE UND GEWALTENTEILUNG.....</b>	<b>147</b>
1.Rückzug des Gesetzgebers zugunsten der Judikative?.....	147
2. Resümee.....	161
3. Der „politische“ Richter – Unabhängigkeit des Richters.....	162
4. Auf dem Weg zum Richterstaat?.....	172
5. Die Verfassungsgerichtsbarkeit.....	176
<b>V. RESÜMEE.....</b>	<b>183</b>
<b>ANHÄNGE.....</b>	<b>185</b>

ANHANG A.....	185
ANHANG B.....	187
ANHANG C.....	188
ANHANG D.....	188
ANHANG E.....	191
ANHANG F.....	192
ANHANG G.....	193
ANHANG H.....	194
ANHANG I.....	195
LITERATURVERZEICHNIS.....	196
ZEITUNGSARTIKEL .....	215
ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG:.....	216
ABSTRACT.....	218
LEBENSLAUF.....	220

## I. EINLEITUNG<sup>1</sup>

Das Thema meiner Dissertation ist die Gewaltenteilung. Mit diesem komplexen und wichtigem Thema beschäftigten sich Philosophen und Staatstheoretiker schon seit der Antike. Es wurden die unterschiedlichsten Denkansätze zu diesem Thema aufgestellt, wobei die Ideen von *Montesquieu* die wohl wichtigsten für die Entwicklung des Konzeptes der Gewaltenteilung waren.

Im ersten Teil meiner Arbeit möchte ich daher kurz auf Denkansätze von einigen Staatstheoretikern bzw auf Konzepte, die während einer Periode aufgestellt wurden, eingehen. Die aufgestellten Ideen möchte ich deskriptiv wiedergeben, sodass man einen kurzen Überblick über die unterschiedlichen Gedanken zum Thema der Gewaltenteilung erhält. Vorauszuschicken ist, dass es unmöglich ist, alle wichtigen Denker, die sich mit diesem Thema befasst haben, anzuführen und ihre Ideen genauer zu umschreiben, weswegen ich mich daher auf jene beschränken werde, die meiner Meinung nach wichtige Ansätze geliefert haben. Dies ist jedoch bloß eine Meinung und soll keineswegs die gedanklichen Leistungen der Nichterwähnten mindern. Es handelt sich bei den Angeführten um Staatstheoretiker, die häufig rezipiert wurden, und auch auf die Nachwelt einen starken Einfluss hatten. Bei den angeführten Zeiträumen bzw historischen Einzelereignissen handelt es sich auch um solche, die für die weitere Entwicklung des Gewaltenteilungskonzeptes maßgebliche Impulse gaben.

Im zweiten Teil werde ich mich mit ausgewählten Fragen der Gewaltenteilung beschäftigen. Dazu werde ich bestimmte Problemkreise herausgreifen und analytisch untersuchen, wie diese mit dem Prinzip der Gewaltenteilung in Einklang zu bringen sind, und was das Besondere an diesen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung ist. Es handelt sich bei dieser Untersuchung um Fragen, die sowohl in der Praxis als auch in der Literatur im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung auftauchen.

---

<sup>1</sup> Bei den in den Fußnoten angegebenen Zahlen handelt es sich jeweils um die Seite des zitierten Werkes.

## I. Einleitung1

Das Prinzip der Gewaltenteilung ist eine Konsequenz des Gedankens, dass zuviel Macht in der Hand einer Person bzw einer Institution zu Mißbrauch derselben führt. Gewaltenteilung verhindert eine Konzentration von Macht in der Hand einer Person bzw einer Institution, und sorgt für eine Aufteilung der Gewalten auf unterschiedliche Institutionen bzw Personen, was eine gewisse gegenseitige Kontrolle ermöglicht. Die Gewaltenteilung ist auch aus modernen, demokratischen Verfassungen heute nicht mehr wegzudenken, da die Konzentration der Gewalt einen absoluten Herrscher zur Folge hat.<sup>2</sup> Neben der klassischen Aufteilung der Gewalten in Exekutive, Legislative und Judikative gibt es auch noch weitere Formen der Gewaltenteilung. Auf diese anderen Formen der Gewaltenteilung werde ich noch im Laufe der Arbeit unter Punkt *III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung* eingehen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gewaltenteilung Bestandteil eines modernen Staates ist, und die Gewaltenteilung ist in Österreich auch umgesetzt.

Die Gewaltenteilung in Österreich basiert auf der Bundesverfassung, wobei in keinem Artikel des B-VG ausdrücklich festgehalten wird, dass das Prinzip der Gewaltenteilung in Österreich zur Anwendung kommt. Doch es ergibt sich aus einzelnen Artikeln, dass Gewaltentrennung vorgesehen und dementsprechend umzusetzen ist. In Österreich gibt es eine Trennung von Gesetzgebungs- und Vollziehungsorganen, ausdrücklich geregelt wird die Trennung von Judikative und Verwaltung in Art 94 B-VG.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 42.

<sup>3</sup> Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 71.

## II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER GEWALTENTEILUNG

### A. Die Antike

#### 1. Griechische Philosophen

##### a. Platon

*Platon* ist einer der wichtigsten Vertreter der griechischen Philosophie und einer der ersten, der sich intensiv mit Fragen des Staates und der Rolle der Verfassung in einem Staat auseinandersetzt.

*Platon* sieht für den Idealstaat eine Teilung in drei Stände<sup>4</sup>, und zwar Herrscher, Wächter und Bauern/ Handwerker<sup>5</sup> vor. Durch diese Teilung würde Gerechtigkeit entstehen.<sup>6</sup>

Die sogenannten Philosophenherrscher sollen keinerlei Beschränkung unterliegen, sind an kein Gesetz gebunden und herrschen „nach den Regeln eines wohlwollenden Absolutismus.“<sup>7</sup> Es besteht lediglich die Pflicht, dass nach den Maßstäben der philosophischen Weisheit gerecht regiert wird. *Platon* gesteht jedoch zu, dass es außerhalb eines Idealstaates, wie er ihn vorsieht, einer Machtteilung bedarf, um Mißbrauch zu vermeiden.

Aufgrund seiner späteren Erfahrungen überdenkt *Platon* seine Ideen in den „Nomoi“ neuerlich.<sup>8</sup> Der Herrscher hat ein tugendhafter zu sein, soll jedoch über monarchische Gewalt verfügen. Es soll auch wieder Gesetze geben, die auch für den Herrscher gelten. Weiters tritt dieser weniger als Philosophenherrscher auf, denn mehr als ein Gesetzgeber. Durch die Gesetze sollen die Bürger zur Tugend geführt werden.

---

4 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 76.

5 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 9, 16.

6 Platon, Politeia, 23.

7 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 17.

8 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 76; Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 17.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

*Platon* sieht Gesetzeswächter vor und auch eine Geheimbehörde, die die Gesetze auf Widersprüchlichkeiten hin untersuchen soll.<sup>9</sup> Hinsichtlich der Teilung der Macht verweist *Platon* auf die Staaten Argos, Messene und Sparta (Lakedaimon)<sup>10</sup>, in denen sich König und Untertanen schworen, bei Einhaltung der jeweiligen Kompetenzen, die Kompetenzen des anderen auch zu achten. Hier vertritt *Platon* die Idee einer Mischverfassung – eine Teilung der Macht zwischen Volk und König.<sup>11</sup> In den „Nomoi“ nähert sich *Platon* mehr der Realität an. Es gibt zwar auch einige demokratische Einrichtungen, wie die Volksversammlung, den Rat und die gewählten Minister, doch durch die Geheimbehörde werden diese demokratischen Elemente wieder relativiert.<sup>12</sup>

### b. Aristoteles

*Aristoteles* widmet in seinem Werk, der „Politik“ jeder der drei Gewalten

- Exekutive („die Regierungsämter“<sup>13</sup>)
- Legislative („die beratende Staatsgewalt“<sup>14</sup>) und
- Judikative („die richterliche Staatsgewalt“<sup>15</sup>)

ein Kapitel. Hierbei legt er jedoch weniger Wert auf die Problematik der Gewaltenteilung, sondern es handelt sich um eine Abhandlung in Form einer Methodendiskussion in Bezug auf die einzelnen Gewalten.<sup>16</sup> „Diese drei Gewalten sind bei Aristoteles nicht nur getrennt, sondern sogar nach verschiedenen Grundsätzen organisiert. So kann eine demokratische Legislative mit einer aristokratischen Exekutive vereinigt sein.“<sup>17</sup>

---

9 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 80.

10 *Platon*, Nomoi in Loewenthal (Hrsg), *Platon*, Sämtliche Werke in drei Bänden, Band 3, 293f.

11 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 81.

12 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 21,23.

13 Aristoteles, Politik, 154.

14 Aristoteles, Politik, 151.

15 Aristoteles, Politik, 160.

16 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 91.

17 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 33.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

*Aristoteles* unterscheidet mehrere Regierungsformen, wobei er eine Zweiteilung in gute (Monarchie, Aristokratie und Politie<sup>18</sup>) und schlechte (Tyrannis, Oligarchie und Demokratie<sup>19</sup>) vornimmt.<sup>20</sup>

Die Idealverfassung ist für ihn eine Mischverfassung. Er geht davon aus, dass ein Staat mit Mischverfassung anderen Staaten überlegen ist. Fundamente für einen Staat mit Mischverfassung sind der Mittelstand, der einen Garanten für Sicherheit darstellt, und die Tatsache, dass die Mehrheit der Bevölkerung der Verfassung gegenüber positiv eingestellt ist. *Aristoteles* geht von einem Kreislauf der Verfassungen aus, und zwar in der Form, dass eine gute Verfassung entartet und diese entartete Verfassung sich wiederum hin zu einer guten Verfassung entwickelt. Eine Mischverfassung wäre diesen Verfassungen überlegen und man könnte solcherart diesem Kreislauf entgehen.<sup>21</sup>

### c. Polybios

*Polybios* umschreibt in seinem Werk „Geschichte“ den sogenannten Kreislauf der Verfassungen (Alleinherrschaft – Königum – Tyrannis – Aristokratie – Oligarchie – Demokratie – Ochlokratie).<sup>22</sup> *Theimer*<sup>23</sup> führt jedoch aus, dass es sich bei diesem regelmäßigen Wechsel lediglich um eine Konstruktion handelt, und bei den meisten Stadtstaaten kein derartiger Zyklus festgestellt werden kann.

Hinsichtlich der Idealverfassung spricht *Polybios* ein gemischtes Regierungssystem an. Diese Mischverfassung sieht er in Rom mit den Einrichtungen von Konsulat, Senat und Tribunat verwirklicht.

Diese Mischung sieht vor, dass „kein Teil über Gebühr Macht gewinnen kann und so

18 Es handelt sich hiebei um eine Mischform mit Elementen der Demokratie und der Oligarchie; vgl *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 43f.

19 Der Begriff Demokratie ist jedoch keineswegs mit dem heutigen Verständnis einer Demokratie ident; vgl *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 44.

20 *Braun/Heine/Opolka*, Politische Philosophie, 67.

21 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 90; *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 33.

22 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 106f; *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 47.

23 *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 47.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

der ihr entsprechenden Entartung anheimfällt, sondern die einzelnen Machtfaktoren so gegeneinander ausgewogen sind, dass keiner das Übergewicht erhält und den Ausschlag gibt, dass sie vielmehr im Gleichgewicht bleiben wie an einer Waage, dass die widerstreitenden Kräfte sich gegenseitig aufheben und infolgedessen der Staat auf lange hin erhalten bleibt, [...].“<sup>24</sup>

*Polybios* spricht hier das System der checks and balances, ein System der gegenseitigen Kontrolle und Begrenzungen, durch das ein Gleichgewicht der Macht hergestellt werden soll, an.

In einer Untersuchung des römischen Staates kommt es zu einer genaueren Behandlung dieses Systems. Je einem Organ wird eine Staatsform zugeordnet: Die Magistrate (Konsulen) stellen das monarchische, der Senat das aristokratische und die Volksversammlung das demokratische Element dar<sup>25</sup>.

Durch die Mischverfassung, die *Polybios* beschreibt, wird eine gewisse Gewaltenhemmung gewährleistet, denn „wenn einer der drei Teile die ihm gezogenen Grenzen überschreitet und sich eine größere Macht anmaßt, als ihm zusteht, dann erweist sich der Vorteil dessen, dass keiner selbstherrlich ist, sondern in den anderen sein Gegengewicht hat und von ihnen in seinen Absichten gehindert werden kann: keiner darf zu hoch hinaus, keiner alle Dämme überfluten.“<sup>26</sup> Entweder werden Machtgelüste gedämpft oder aufgrund des zu erwartenden Widerstands der Machthunger erst gar nicht offen ausgelebt, was dazu führt, dass der von der Verfassung festgeschriebene Zustand aufrecht bleibt.

Dieses System der Gewaltenteilung dient jedoch nicht einer Sicherung und Stärkung der Grundrechte der Bürger, sondern soll den Staat sowie die Staatsmacht festigen.<sup>27</sup>

---

24 *Polybios*, Geschichte, Band 1, 535.

25 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 109; *Polybios*, Geschichte, Band 1, 541ff;

26 *Polybios*, Geschichte, Band 1, 544.

27 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 47.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

### 2. Die Verfassung der römischen Republik

Unter der Bezeichnung der römischen Republik versteht man die Staatsform, welche nach der Königsherrschaft (509 v. Chr.) und der Errichtung des Kaisertums (27 v. Chr.) im römischen Staat vorherrschte. In der römischen Verfassung stehen 3 Verfassungsorgane nebeneinander:

1. die Staatsbeamten (magistratus)
2. der Senat (senatus)
3. die Volksversammlung (comitia).<sup>28</sup>

Der römische Staat wurde von den jährlich gewählten Konsulen geleitet, welche die wichtigsten der Magistrate waren. Das Konsulat ist das höchste Amt der Ämterlaufbahn in Rom. Konsul konnte man erst nach erfolgreicher Absolvierung der Ämterlaufbahn werden. Eines der Grundprinzipien in Rom war das der Annuität, dh dass die Konsulen jeweils nur für ein Jahr tätig wurden und ein anderes das der Kollegialität, was bedeutet, dass das Amt gleichzeitig von zwei oder mehreren Personen besetzt wurde. Die Konsulen waren die obersten Leiter der Staatsgeschäfte und standen militärischen Operationen vor.<sup>29</sup>

Bei den Prätoren, die für die Rechtssprechung zuständig waren, herrschte das Prinzip der Kollegialität, was bedeutet, dass es immer zwei Prätoren gab. Es ist zu unterscheiden zwischen dem praetor urbanus, der für die Rechtsangelegenheiten römischer Bürger zuständig war, und dem praetor peregrinus, der für Rechtsangelegenheiten, die Nichtrömer (also Angelegenheiten zwischen zwei Nichtrömern, aber auch Angelegenheiten zwischen einem Römer und einem Nichtrömer) betrafen, zuständig war.<sup>30</sup>

Daneben gab es noch Quästoren, die für die Finanzverwaltung zuständig waren und die Aufsicht über die Staatskasse hatten, sowie vier Ädile, die für polizeiliche

---

28 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 2, Die Römer, 250.

29 Bleicken, Geschichte der römischen Republik<sup>6</sup>, 90

30 Bringmann, Römische Geschichte: Von den Anfängen bis zur Spätantike<sup>10</sup>, 88.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Aufgaben, die Marktaufsicht und die Getreideversorgung zuständig waren. Darüber hinaus waren die Ädile für die Veranstaltung der Spiele in Rom verantwortlich.<sup>31</sup>

Die Aufgaben des Staates waren in Rom somit auf diverse Organe verteilt. Nichtsdestotrotz bestand in Krisenzeiten die Möglichkeit, dass durch die beiden Konsulen im Auftrag des Senates ein Diktator benannt wurde, dem dann die Alleinherrschaft zukam. In Rom verstand man unter einem Diktator einen Alleinherrscher, der in aller Regel für eine bestimmte Zeit, während einer Krise dieses Amt ausübte.<sup>32</sup>

Neben diesen Magistraten gab es noch die Volkstribune (tribuni plebis), die für die Wahrung der Rechte des unteren Volkes (plebs) zuständig waren. Die Volkstribune waren bei Übergriffen der Magistrate als Beistand für die Bürger vorgesehen und darüber hinaus konnten sie ihr Veto gegen Maßnahmen der Magistrate einlegen. Auch war es ihnen möglich, die Volksversammlung einzuberufen.<sup>33</sup>

Daneben gab es noch die Zensoren, deren Hauptaufgabe darin bestand, die Zählung der Bürger sowie die Feststellung des Vermögens der Bürger durchzuführen. Daraus ergab sich auch die Befugnis der Zensoren die einzelnen Bürger einer Wahlklasse zuzuordnen. Darüber hinaus überprüften und ergänzten sie den Senat und überwachten die Einhaltung der Sitten (mos maiorum).<sup>34</sup>

Neben dem Prinzip der Annuität und Kollegialität gab es noch das Prinzip des Verbietungsrechtes, was besagt, dass ein höherer Magistrat eine Maßnahme eines niedrigeren annulieren konnte. Das Prinzip des Verbotes der Kontinuität besagt, dass ein Beamter nicht das nächste Amt unmittelbar anschließend an das bisher ausgeübte anschließen darf. Es durften auch nicht mehrere Ämter gleichzeitig von einem Beamten ausgeübt werden und durfte es auch nicht dasselbe Amt mehrfach ausgeübt werden.<sup>35</sup>

Der Senat setzt sich aus ausgewählten ehemaligen Beamten zusammen und bildet eine

---

31 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 2, Die Römer, 255.

32 Bleicken, Die Verfassung der Römischen Republik: Grundlagen und Entwicklung<sup>7</sup>, 60.

33 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 2, Die Römer, 257.

34 Bleicken, Geschichte der römischen Republik<sup>6</sup>, 124.

35 Bringmann, Römische Geschichte: Von den Anfängen bis zur Spätantike<sup>10</sup>, 50.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Rechtsversammlung, die sowohl für die Gesetzgebung als auch die Vollziehung in Form der Regierung zuständig war. Für die Gesetzgebung war der Senat insofern zuständig, als er auswählte, welche Vorhaben der Volksversammlung zur Abstimmung vorgelegt werden. Weiters war er für die Außenpolitik, die Vergabe von Magistraten und die Finanzen zuständig. Im Laufe der Zeit wurde die Erlassung der Gesetze zwar auf die Volksversammlung übertragen, doch gab der Senat vor, über welche Vorlagen entschieden wird. Bis zu den Ständekämpfen war der Senat rein dem Adel vorbehalten.<sup>36</sup>

Die Volksversammlung ist auf die Ständekämpfe zurückzuführen. Es gab unterschiedliche Volksversammlungen, und zwar kam es darauf an, ob die männlichen Bürger innerhalb der jeweiligen Volksversammlung innerhalb ihrer Geschlechter (Curien), der Heeresklasse (Centurie) oder ihrer Stadtbezirke abstimmten. Wie bereits dargelegt wurden in der Volksversammlung im Laufe der Zeit über vom Senat ausgewählte Gesetzesvorhaben entschieden. Das Abstimmungsergebnis richtete sich dabei jedoch nicht nach Stimmen einzelner Personen, sondern nach Stimmen bestimmter Gruppen. Wie viel Einfluss das Volk in der römischen Republik über die Comitien auf die Politik hatte, ist umstritten. Während *Polybios*<sup>37</sup> Rom als Beispiel einer Mischverfassung ansah, in der monarchische (Magistrate), aristokratische (Senat) und demokratische (Comitien) Elemente anzutreffen waren, geht die spätere Forschung<sup>38</sup> davon aus, dass ein eindeutiges Übergewicht zugunsten des Senats, der bestimmte, worüber die Volksversammlung abzustimmen habe, vorlag. Die Macht der Volksversammlung war nämlich begrenzt, zum einen dadurch, dass sie nur durch die Magistrate einberufen werden konnte, zum anderen dadurch dass sie nicht selbstständig über die abzustimmenden Agenden bestimmen konnten.<sup>39</sup>

---

36 Bleicken, Geschichte der römischen Republik<sup>6</sup>, 95.

37 Polybios, Geschichte, Band 1, 541ff.

38 Herder, Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit, 420.

39 Bleicken, Die Verfassung der Römischen Republik: Grundlagen und Entwicklung<sup>7</sup>, 44.

## B. Die Neuzeit

### 1. Jean Bodin und Johannes Althusius

*Althusius* Hauptwerk ist die „*Politica methodice digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata*“ (Veranschaulichung politischer Methoden anhand religiöser und weltlicher Beispiele). Sein Schreiben ist als Gegenstück zu den hugenottischen Kampfschriften zu sehen und gleichzeitig eines der wichtigsten Bücher der politischen Theorie des Calvinismus.<sup>40</sup> Er spricht sich gegen die Ideen von *Jean Bodin* (*Six Livres de la République*) aus, und prägt den Begriff des Absolutismus durch seine Abhandlungen.<sup>41</sup>

*Bodin* fordert unter anderem, dass Staat und Religion voneinander getrennt werden müssten.<sup>42</sup> Der Monarch als Alleinherrscher muss sich, gemäß *Bodin*, lediglich an die Gesetze Gottes und der Natur halten, ansonsten wird die Souveränität des Monarchen durch nichts eingeschränkt, da er nur dadurch optimal als Herrscher agieren kann. Laut *Bodin* ist Gott das Höchste und die souveränen Fürsten sind als Gottes Stellvertreter dazu aufgefordert, über das Volk zu gebieten. Dadurch ergibt sich auch die hohe Stellung der Fürsten, denn mangelnde Achtung dem Fürsten gegenüber ist mit mangelnder Achtung Gott gegenüber gleichzustellen.<sup>43</sup> Dem Herrscher kommen unzählige Kompetenzen zu, wobei die Gesetzgebungsbefugnis wohl die wichtigste ist, denn auf dieser Befugnis gründen sich auch alle weiteren, wie Ernennung von Beamten und das Treffen von höchstrichterlichen Entscheidungen.<sup>44</sup>

*Althusius* zählt zu den Monarchomachen, die sich zwar nicht für eine Abschaffung der Monarchie einsetzen, jedoch abgehend vom absolutistischen Herrscher eine Beschränkung der Macht des Herrschers durch sogenannte Herrschaftsverträge fordern.<sup>45</sup>

---

40 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 93, 104.

41 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 306.

42 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 93, 214.

43 Bodin, *Sechs Bücher über den Staat*, I-III, 284; Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 297f.

44 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 93, 219.

45 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 110.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

*Althusius* spricht sich gegen einen absolutistischen Herrscher aus, da er die Meinung vertritt, dass die verfassungsgebende Macht beim Volk liegt und nicht übertragen werden kann.<sup>46</sup> *Althusius* sieht also die Souveränität beim Volk. Die Gesetzgebung ist, anders als bei *Bodin*, Sache des Volkes. Bei der Souveränität geht er von einer Delegation der Macht vom Volk an die Herrschenden aus. Durch diesen Vorgang kommt es zwar nicht zu einer Teilung der Gewalt, jedoch ist dies wohl als eine Vorstufe zur Gewaltenteilung zu sehen.<sup>47</sup> Über all dem steht jedoch auch noch das Naturrecht und Gott, die über den Herrschenden stehen.<sup>48</sup>

### 2. Die Entwicklung in England

Die Entwicklung in England war im 16. und 17. Jahrhundert von religiösen Konflikten stark beeinflusst. Von 1642 bis 1649 fand der englische Bürgerkrieg statt, in welchem königstreue Truppen gegen Anhänger des Parlamentes kämpften. Von Anfang an war das Verhältnis zwischen dem Parlament und dem König gespannt und es gelang dem Parlament in der Folge, einige bedeutende Regelungen durchzusetzen, die seine Rolle stärkten.

1641 wurde die sogenannte Große Remonstranz verabschiedet, in welcher erstmals die parlamentarische Kontrolle der Exekutive verlangt wurde.<sup>49</sup>

Der Bürgerkrieg endete mit der Hinrichtung von König *Karl I*, der Abschaffung der Monarchie und der Errichtung einer parlamentarischen Republik, genannt Commonwealth, welche im Jahre 1653 in eine Diktatur unter *Cromwell* überging. Nach dem Tod *Cromwells* 1658 kam es binnen kurzer Zeit zur Rückkehr eines Königs, und zwar *Karl II*.

In England beschäftigte man sich gegen Ende des 16. Jahrhunderts mit der Frage nach der Souveränität; in diesem Zusammenhang wurde die Frage aufgeworfen, ob die

---

46 Friedrich in *Althusius*, Politica methodice digesta of Johannes Althusius <Althaus>, LIX.

47 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 110.

48 Friedrich in *Althusius*, Politica methodice digesta of Johannes Althusius <Althaus>, XCI.

49 Roots, Die englische Revolution in Mann/Nitschke (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 245ff; Stadelmann, Geschichte der englischen Revolution, 61ff.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Souveränität allein beim König oder dem König im Parlament (king-in-parliament: das ist die Zusammenarbeit von König und dem Parlament) liegen solle. Die Antwort auf diese Frage lautete in der Regel, dass sie beim King-in-Parliament liege.<sup>50</sup> Auch unterschiedliche Auffassungen zum Stand der Rechtsprechung wurden geäußert. *Edward Coke* zB vertrat die Ansicht, dass das sogenannte Common Law sowohl über der Krone als auch über dem King-in-Parliament stehe.<sup>51</sup>

*Henry Parker* vertritt hingegen die Ansicht, dass die Souveränität allein beim Parlament liegen solle.<sup>52</sup> Zum ersten Mal kommt bei ihm auch der Vorschlag auf, eine Gewaltenteilung in Exekutive, Legislative und Judikative vorzunehmen.<sup>53</sup>

Aufgrund der Erfahrungen, welche in der ersten englischen Revolution hinsichtlich der Parlamente gewonnen wurden, kam es zu unterschiedlichen Ansätzen, um die staatliche Macht zu unterscheiden und zu trennen. Eine der wichtigsten Erkenntnisse, die hiebei gewonnen wurde, war diejenige, dass Gesetze nicht nur dauernd zu gelten haben, sondern auch den Gesetzgeber selbst binden. Gesetze wurden daher als Normen erkannt, welchen generelle Bindungswirkung zukommen sollten. Weiters wurde eine Trennung der Gesetze von den anderen staatlichen Bereichen vorgenommen. Mit *Cromwells* „Instrument of government“ kam es 1653 zu einer ersten praktischen Teilung der Macht.

„Die Erfahrungen, welche das englische Volk in der ersten englischen Revolution mit der Herrschaft seiner Parlamente gemacht hatte, führten zu theoretischen und praktischen Versuchen, die verschiedenen Gebiete staatlicher Machtbetätigung voneinander zu unterscheiden und zu trennen. Die wichtigste und fundamentalste Unterscheidung, die sich hierbei ergab, war die Unterscheidung des Gesetzes als einer dauernden, für alle, auch für den Gesetzgeber selbst bindenden und daher generellen Norm, die nicht für einen Einzelfall durchbrochen werden darf, von den übrigen

---

50 *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 122.

51 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 313.

52 *Stadelmann*, Geschichte der englischen Revolution, 61ff.

53 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 313.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Zweigen staatlicher Willensbetätigung. Cromwells „Instrument of government“ von 1653 gilt als erstes Beispiel eines praktischen Versuchs dieser Teilung.<sup>54</sup> Cromwell versuchte als Gegenpol zum Parlament eine starke Regierung zu installieren. Aus den in dieser Zeit gewonnenen Erfahrungen entwickelte sich eine Diskussion, die sich mit den Fragen der Gewaltenteilung beschäftigte.

Im Jahre 1689 wurden schließlich durch die Bill of Rights die Rechte des Parlaments gegenüber dem König geregelt, und so die Rolle des Parlaments bedeutend gestärkt. Durch dieses Reglement kam es zu einer entschiedenen Stärkung des Parlaments. Durch die Bill of Rights wurde festgelegt, dass der König das Parlament in regelmäßigen Abständen einberufen muss, sowie dass er bei bestimmten Dingen, wie Steuern und Abgaben die Zustimmung des Parlamentes benötigte. Weiters wurde die Immunität von Parlamentsabgeordneten festgelegt, was bedeutet, dass sie sich für ihr Verhalten nicht mehr vor dem König oder seinen Gerichten verantworten mussten.<sup>55</sup>

### 3. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes (1588 - 1679) ist vor allem wegen seiner pessimistischen Einschätzung des Menschen (homo homini lupus) bekannt.<sup>56</sup>

In seinem Hauptwerk, dem „Leviathan or the Matter, Forme and Power of Commonwealth Ecclesiastical and Civil“ beschreibt er sein Menschenbild auch ausführlich. Im Naturzustand leben die Menschen laut Hobbes nicht in einem geordneten Staat zusammen, sondern jeder für sich allein. Es herrscht ein kriegerischer Zustand.<sup>57</sup> Aus diesem Zustand erwächst die Notwendigkeit einer übergeordneten Instanz, die für Sicherheit und Schutz sorgt. Erreicht wird dies dadurch, dass ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wird. Dieser kommt durch die Übertragung des Willens aller auf eine oder mehrere Personen zustande. Es bedarf einer Gewalt, die dafür sorgt, dass kriegerische Gewaltakte eingeschränkt bleiben und das Gemeinwohl

54 Schmitt, Verfassungslehre, 183.

55 Roots, Die englische Revolution in Mann/Nitschke (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 270ff.

56 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 287f.

57 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 59.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

dominiert.<sup>58</sup>

Durch diese Willensübertragung entsteht der Staat, der Leviathan. Dabei ist diejenige Person, auf die die Macht übertragen wird der Souverän, die Übertragenden sind die Untertanen<sup>59</sup>. Der Souverän soll befähigt werden, für Schutz und Sicherheit zu sorgen.<sup>60</sup>

In diesem so entstandenen Staat bleibt allerdings kein Platz mehr für Gewaltenteilung, da die unbeschränkte Gewalt beim Souverän liegt, und sich alle dieser Gewalt zu unterwerfen haben.<sup>61</sup> Der Souverän selbst unterliegt keinerlei Beschränkung. Doch nur durch dieses Gewaltmonopol kann er, so *Hobbes*, für Sicherheit sorgen. Geopfert wird hiebei jedoch die Freiheit des Einzelnen. Der Gedanke dahinter ist der, dass durch die Übertragung der Macht von jedem Einzelnen auf einen Einzigen dem dadurch entstehenden Staat ein derartiges Schreckenspotential zur Verfügung gestellt wird, dass der Einzige bzw der Staat in die Lage versetzt wird, den Frieden zu gewährleisten.<sup>62</sup>

### 4. John Locke

Das Hauptwerk von *John Locke* (1632 - 1704) ist „Two Treatises of Government“, auf deutsch „Über die Regierung“. Gleich wie *Hobbes* geht er davon aus, dass sich der Mensch vor der Bildung eines Staates in einem Naturzustand befindet. Dieser Zustand zeichnet sich bei *Locke* jedoch nicht durch Zügellosigkeit aus, sondern herrscht in diesem Zustand das natürliche Recht, und diesem Gesetz entspringt die Vernunft. Dieses natürliche Recht ist auch für alle verbindlich. Die Freiheit des Menschen erfährt in diesem Zustand eine Begrenzung durch die Rechte anderer - „...dass niemand einem anderen an seinem Leben, seiner Gesundheit, seiner Freiheit oder seinem Besitz Schaden zufügen soll.“<sup>63</sup>

Weiters leitet *Locke* daraus ab, dass es die Möglichkeit gibt, denjenigen, der sich einer

58 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 319; *Hobbes*, Leviathan, 134.

59 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 292ff.

60 *Hobbes*, Leviathan, 134.

61 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 320.

62 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 62f.

63 *Locke*, Über die Regierung, 6.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Gesetzesüberschreitung schuldig macht, zu bestrafen und möglicherweise Ausgleich zu fordern. *Locke* beschäftigt sich in weiterer Folge ausführlich mit der Frage nach dem Eigentum bzw mit dem Eigentumserwerb. *Locke* kommt zu dem Schluss, dass dem Menschen zusteht, soviel Geld anzuhäufen wie er will, wodurch Ungleichheiten in der Gesellschaft entstehen.<sup>64</sup> Durch diese ungleiche Vermögensverteilung entstehen Neid und Streitereien, die im schlimmsten Fall zu einem Krieg eskalieren. In diesem Zeitpunkt entsteht der Wunsch der Menschen sich zusammenzuschließen, um diesen Zustand des Krieges zu beenden, und die Eigentumsrechte zu schützen. Der Mensch gibt also den Zustand der Freiheit auf, es bildet sich ein Staatswesen, um Übergriffe der anderen auf Güter anderer zu verhindern. Der Schutz des Eigentums ist somit der Hauptgrund für die Bildung des Staates.<sup>65</sup>

Nachdem die Gründe, die zur Staatsbildung geführt haben dargelegt wurden, geht *Locke* noch auf den Aufbau des Staates bzw der Verteilung der Macht in diesem ein. Hinsichtlich der Gewaltenteilung spricht *Locke* von zwei Gewalten, nämlich der Legislative und der Exekutive, von einer getrennten gerichtlichen Gewalt spricht er nicht.<sup>66</sup> Es ist nämlich auch Aufgabe der Legislative, für Gerechtigkeit zu sorgen. Dies nicht nur durch Verkündung von Gesetzen, sondern auch durch „*anerkannte und autorisierte Richter*“.<sup>67</sup>

Wie oben dargelegt, ist der Schutz des Eigentums der Hauptgrund, sich gesellschaftlich zusammenzuschließen. Mittel, um diesen Schutz für das Eigentum zu gewährleisten, sind die Gesetze.<sup>68</sup>

Nach *Locke* ist die Legislative die „*höchste Gewalt im Staat*“, welche von der Allgemeinheit an Repräsentanten übertragen werden kann. Es kann keine andere Norm oder Vorschrift geben, die eine dem Gesetz gleich- oder gar höherwertige „*Verpflichtungskraft*“ hat.<sup>69</sup>

---

64 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 356.

65 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 326.

66 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 76.

67 Locke, Über die Regierung, 104.

68 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 327.

69 Locke, Über die Regierung, 101.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Ein Gesetz bedarf somit der Zustimmung der Gesellschaft, um Gültigkeit zu erlangen; diese Zustimmung wird eben dadurch erreicht, dass diejenigen, die von der Gesellschaft dazu autorisiert wurden, Gesetze erlassen. Wenn die Legislative, das Vertrauen, das die Allgemeinheit in sie setzt, erfüllt, sind alle Mitglieder der Gesellschaft der Legislative gegenüber zu Gehorsam verpflichtet. Umgekehrt heißt das, dass das Volk, wenn dieses Vertrauen nicht mehr erfüllt ist, Widerstand leisten darf.<sup>70</sup> Der Legislative sind auch Grenzen gesetzt, und zwar muss sie nach den „öffentlich bekanntgemachten festen Gesetzen regieren“<sup>71</sup>, muss auf „das Wohl des Volkes ausgerichtet sein“<sup>72</sup> und weiters kann „die Legislative die Gewalt, Gesetze zu geben, nicht auf irgend jemand anders übertragen, und sie kann sie nirgendwo anders hinlegen als dort, wohin sie das Volk gelegt hat.“<sup>73</sup>

Die Legislative handelt jedoch nur treuhänderisch, die Gewalt an sich bleibt beim Volk, denn dieses hat die Möglichkeit, die Legislative dann abzuberufen, wenn sie das in sie gesetzte Vertrauen nicht erfüllt.<sup>74</sup>

„Denn aller Gewalt, die im Vertrauen auf ein bestimmtes Ziel verliehen wird, sind durch jenes Ziel die Grenzen gesetzt, und immer wenn dieses Ziel offenkundig vernachlässigt oder ihm zuwider gehandelt wird, ist dieses Vertrauen notwendigerweise verwirkt, und die Gewalt fällt zurück in die Hände derjenigen, die sie verliehen haben und die sie dann von neuem so vergeben können, wie es ihnen für ihren Schutz und ihre Sicherheit am besten erscheint.“<sup>75</sup>

Dadurch ist es der Bevölkerung möglich, trotz Übertragung der legislativen Gewalt diese, bei einer Gefahr für die Freiheit oder das Eigentum, egal ob diese von Dritten oder den Trägern der Legislative selbst ausgeht, den Repräsentanten zu entziehen und anderweitig zu übertragen.

Neben der Legislative besteht noch die Exekutive, die vollziehenden Gewalt. Dieser

---

70 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 363.

71 Locke, Über die Regierung, 110.

72 Locke, Über die Regierung, 110.

73 Locke, Über die Regierung, 110.

74 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 356.

75 Locke, Über die Regierung, 114.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Gewalt gehört auch die föderative Gewalt an, die im Gegensatz zur Exekutive, die die Vollziehung im Inneren bezeichnet, diejenigen Tätigkeiten meint, die sich mit außerstaatlichen Angelegenheiten, wie dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge befasst.<sup>76</sup> Häufig sind exekutive und föderative Gewalt vereint, und sie sind kaum voneinander zu trennen wodurch es kaum möglich ist, diese Gewalten in die Hände unterschiedlicher Personen zu legen. Dennoch ist diese Unterscheidung nötig, da die exekutive Gewalt auf Gesetzen und die föderative Gewalt auf dem Natur- und Kriegszustand basiert.<sup>77</sup>

Die Exekutive muss eine ständige Gewalt sein, und es muß ihr ein gewisser Ermessensspielraum bleiben, da die Legislative nicht immer angemessen und schnell genug reagieren kann. Dieser Ermessensspielraum muss auch der föderativen Gewalt eingeräumt werden, da diese „weniger leicht durch im voraus gefasste, stehende, positive Gesetze geleitet“<sup>78</sup> wird als die Exekutive.<sup>79</sup> Deshalb kommt der Klugheit der Personen, die die föderative Gewalt innehaben eine große Rolle zu, denn diese müssen oft entscheiden, wie man sich Fremden gegenüber am Besten verhält, wobei die Gesetze in dem Fall maximal als Richtschnur dienen.

Da es weiters nicht möglich ist, alle Geschehnisse, die exekutive Gewalt betreffend vorherzusehen, kann auch nicht für alle Fälle eine Regelung im Voraus per Gesetz getroffen werden, weswegen ein gewisser Ermessensspielraum notwendig ist.<sup>80</sup> Daher sieht auch *Locke* die Notwendigkeit, in Fällen, in denen seitens des Gesetzgebers keine Regelungen getroffen wurden, es dem Trägers der Exekutive überlassen, gemäß den Naturgesetzen, die ihm übertragene Macht zum Wohle des Volkes zu gebrauchen. Dies darf jedoch nur solange geschehen, als es keine gesetzlichen Regelungen gibt.<sup>81</sup>

In einigen Fällen empfiehlt es sich, der Exekutive den Vorrang zu geben, da eine Gesetzesanwendung mitunter mehr Schaden anrichten kann, als dass sie nützt.

„Diese Macht, ohne Gesetzesvorschrift bisweilen sogar gegen das Gesetz zum

---

76 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 76.

77 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 327.

78 Locke, Über die Regierung, 113.

79 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 361.

80 Braun/Heine/Opolka, Politische Philosophie, 152.

81 Locke, Über die Regierung, 123.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

öffentlichen Wohl nach dem eigenen Ermessen zu handeln, bezeichnen wir als Prärogative.“<sup>82</sup>

### 5. Charles de Secondat Montesquieu

Untrennbar mit der Idee der Gewaltenteilung ist auch *Montesquieu* und sein Werk „Vom Geist der Gesetze“ verbunden. Bekannt wurde er allerdings schon früher, vor allem mit seiner kritischen Betrachtung der politischen Verhältnisse in Frankreich in den sogenannten „Persischen Briefen“<sup>83</sup> und mit seinem Werk „Betrachtungen über die Ursache der Größe der Römer und ihres Niedergangs“.<sup>84</sup>

Sein Hauptwerk ist jedoch „Vom Geist der Gesetze“. In diesem Werk befasst er sich unter anderem mit den Fragen zur Gewaltenteilung, er entwickelt dort die heute bekannten Theorien zur Gewaltenteilung.<sup>85</sup> Grundlage des Werkes von *Montesquieu* ist ein „menschlicher Humanismus“. Die Würde des Einzelnen war ein Wert dem er besonders große Bedeutung beilegte und vertrat er auch die Ansicht, dass es eine „Gleichheit der Personenwürde“ gebe.<sup>86</sup>

*Montesquieu* stellt fest, dass es für das Bestehen von politischer Freiheit notwendig ist, dass Machtmisbrauch verhindert wird. Politische Freiheit definiert er wie folgt: „Aber politische Freiheit besteht nicht darin, zu tun, was man will. In einem Staat, in einer Gesellschaft, in der es Gesetze gibt, kann die Freiheit nur darin bestehen, das tun zu können, was man wollen darf, und nicht gezwungen zu sein, das zu tun, was man nicht wollen darf.“<sup>87</sup>

Um eben diese Freiheit zu gewährleisten und zu sichern ist es notwendig, dass man Macht mithilfe von Macht Einhalt gebietet.<sup>88</sup> Es ist daher, um einen Machtmisbrauch

---

82 *Locke*, Über die Regierung, 124.

83 *Schalk*, Die Europäische Aufklärung in *Mann/Nitschke* (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 503.

84 *Montesquieu*, Betrachtungen über die Ursache der Größe der Römer und ihres Niedergangs, 139.

85 *Braun/Heine/Opolka*, Politische Philosophie, 154.

86 *Kägi*, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, 154.

87 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 198.

88 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 335.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

zu verhindern, erforderlich, dass die „Macht die Macht bremse.“<sup>89</sup> Die politische Freiheit ist weiters Voraussetzung für den Erhalt der Personenwürde.<sup>90</sup>

Eine weitere berühmte Aussage – die Gewaltenteilung betreffend – des Buches findet sich im sechsten Kapitel des elften Buches: „In jedem Staat gibt es drei Arten von Gewalt: die gesetzgebende Gewalt<sup>91</sup>, die vollziehende Gewalt in Ansehung der Angelegenheiten, die vom Völkerrechte abhängen, und die vollziehende Gewalt, hinsichtlich der Angelegenheiten, die vom bürgerlichen Recht abhängen.“<sup>92</sup> Die erste Gewalt ist die gesetzgebende, die zweite Gewalt nennt *Montesquieu* auch die vollziehende Gewalt<sup>93</sup> und die dritte bezeichnet er als die richterliche Gewalt<sup>94</sup>. In weiterer Folge erklärt *Montesquieu* den Inhalt dieser Gewalten.

Die Erste Gewalt stellt die Grundlage dar, auf welcher der Herrscher Gesetze schafft, aufhebt oder abändert. Der Inhalt der zweiten ist ein möglicher Friedensabschluss oder das Führen eines Krieges, das Empfangen von Gesandtschaften, das Verhindern von Invasionen und allgemein die Befestigung der Sicherheit. Im Rahmen der dritten Gewalt werden Verbrecher bestraft und Entscheidungen in streitigen Angelegenheiten zwischen Privaten Personen getroffen.<sup>95</sup>

*Montesquieu* spricht aber nicht nur davon, dass es eben diese drei Gewalten gibt, sondern betont auch, dass der Träger einer Gewalt nicht gleichzeitig der Träger einer anderen Gewalt sein kann und darf. Wie bereits angeführt, sieht *Montesquieu* nämlich die Gefahr, die Macht mit sich bringt: Eine Person, die über Macht verfügt, neigt dazu sie zu mißbrauchen. Daher ist eine Begrenzung notwendig, denn diese sichert die politische Freiheit.<sup>96</sup> Seine Überlegung ist die, dass ein Gesetzgeber, der eben nicht in der Exekutive und Judikative tätig sein darf, eher „richtige“ Gesetze erlassen wird, als einer, der Macht über alle drei Gewalten hat. Denn wenn seine Macht auf die Legislative beschränkt ist, kann er sich nicht sicher sein, sich dem Vollzug eines

---

89 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 198.

90 *Kägi*, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, 154.

91 Puissance législative.

92 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 11. Buch, 6 Kapitel.

93 Puissance exécutive.

94 Puissance de juger.

95 *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 448.

96 *Hartmann/Meyer/Oldopp*, Geschichte der politischen Ideen, 76.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

unrichtigen Gesetzes entziehen zu können. *Montesquieu* spricht hier die Machthemmung an.

Ein weiters Erfordernis für die Wahrung der politischen Freiheit ist für ihn jedoch, anders als bei *Locke*, eine getrennte und unabhängige Judikative.<sup>97</sup>

Durch die Gewaltenteilung wird ein Gleichgewicht zwischen den Gewalten geschaffen, da sich die Träger der einzelnen Gewalten bemühen, ihre Grenzen nicht zu überschreiten. Somit ist eine Teilung der Gewalten Bedingung für das Bestehen von Freiheit.<sup>98</sup>

So vertritt *Montesquieu* die Auffassung, dass diese drei Gewalten getrennt werden müssen, aber auch, dass die Träger der jeweiligen Gewalten unterschiedliche Personen sein sollen. Er begründet dies damit, dass es bei einem Fehlen der Trennung keine Freiheit geben könne. Dies sei sowohl dann der Fall, wenn es zu einer Vereinigung der Macht hinsichtlich der Legislative und der Exekutive komme,<sup>99</sup> aber auch dann, wenn die Judikative nicht von der Legislative und Exekutive getrennt sei.<sup>100</sup> Bei einer Verbindung zwischen Legislative und Judikative würde zweifelsohne Willkür vorherrschen, denn der Gesetzgeber wäre gleichzeitig auch Richter. Wenn die Judikative mit der Exekutive vereint wäre, würde der Richter als Unterdrücker auftreten.<sup>101</sup> Am schlimmsten wäre es jedoch, wenn alle drei Gewalten in einer Person vereint wären.

In den Monarchien Europas gibt es laut *Montesquieu* faktisch eine Zweiteilung: Der Herrscher hat die legislative und exekutive Gewalt, jedoch keinerlei judikative Gewalt. Hingegen sieht *Montesquieu* die türkischen Sultane und die Republik Italien als despotisch an, da dort keinerlei Aufteilung der Gewalten erfolgt. Um die Macht zu erhalten kommt es in diesen despotisch regierten Ländern zum Einsatz von Gewalt. Die Regierung in den europäischen Monarchien wird als maßvoll angesehen, da eben eine gewisse Trennung der Gewalten stattfindet während in der Türkei und in Italien

---

97 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 448.

98 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 142.

99 Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 200.

100 Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 200.

101 Theimer, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 143; Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 200.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

ein Despot herrscht, der den Untertanen keinerlei Freiheit gewährt.<sup>102</sup>

Anschließend erläutert *Montesquieu*, wer Träger der einzelnen Gewalten sein kann und wie sie beschaffen sein sollen. Die Legislative muss in einem freien Staat beim Volk liegen. Aufgaben, die das Volk nicht selber wahrnehmen kann, in der Regel aufgrund der Größe des Staates, muss es durch Repräsentanten erledigen lassen. Neben diese Repräsentanten des Volkes tritt auch eine Adelskörperschaft.

Die Exekutive hingegen soll beim Monarchen verbleiben, da er in der Lage ist unverzüglich zu handeln.<sup>103</sup> Es muss der Exekutive möglich sein, die Legislative zu stoppen, hingegen darf es der Legislative nicht möglich sein, die Exekutive zu stoppen. Die Legislative darf nur prüfen, auf welche Art die von ihr erlassenen Gesetze vollzogen wurden. Jedoch darf es nicht sein, dass die Legislative die exekutiven Organe gerichtlich prüft.<sup>104</sup> Die Judikative ist von geringem Wert, das Hauptaugenmerk liegt bei dem Kräftespiel zwischen Legislative und Exekutive. Die richterliche Gewalt soll nicht von einem dauernden Senat ausgeübt werden, sondern von Personen, die aus dem Volk ausgewählt werden, nur zu bestimmten Zeiten ausgeübt werden. Nur solange ein Gerichtshof notwendig ist, soll er auch bestehen.<sup>105</sup> Die Lehren von *Montesquieu* wurden bzw werden oft simplifiziert und dogmatisiert werden. Es ist jedoch Faktum, dass es ohne diese Dogmatisierung nicht zu einer derartigen Ausbreitung der Gewaltenteilungslehre gekommen wäre.<sup>106</sup>

---

102 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 335.

103 *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 448.

104 *Theimer*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 143.

105 *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 448.

106 *Kägi*, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, 158ff.

## 6. Die Entwicklung in Amerika

### a. Die amerikanische Revolution

Lange vor der Unabhängigkeitserklärung der USA im Jahre 1776 gab es Differenzen zwischen den englischen Kolonien in Amerika und England als Kolonialmacht. In weiterer Folge erkalierte die Situation, bis es schließlich im Jahr 1775 zum sogenannten Unabhängigkeitskrieg kam, der erst 1783 offiziell beendet wurde.<sup>107</sup>

1776 wurde die Unabhängigkeit deklariert. In der Unabhängigkeitserklärung wird der englische König als Tyrann dargestellt, und somit klar, dass keinerlei Notwendigkeit besteht, sich ihm gegenüber gehorsam zu verhalten.<sup>108</sup> „Die Geschichte des jetzigen Königs von Großbritannien ist eine Geschichte von wiederholten Ungerechtigkeiten und gewaltsamen Eingriffen, welche alle die Errichtung einer absoluten Tyranney über diese Staaten zum geraden Endzweck haben.“<sup>109</sup> Das Parlament in Großbritannien wurde praktisch gar nicht als Gegner der Kolonien wahrgenommen, da man ohnehin davon ausging, dass man diesem nicht unterstellt war.<sup>110</sup> Die Unabhängigkeitserklärung spiegelt in weiten Teilen die Ideen von *Locke* wieder.<sup>111</sup> Mit der Unabhängigkeitserklärung sollte nicht nur ein „vernünftiges, aufgeklärtes Staatswesen“ begründet werden, sondern wollte man sich auch von den sich aus der Geschichte ergebenden Vorbelastungen Europas befreien. Darüberhinaus sah man vor, dass die politische Herrschaft einer Zustimmung der Beherrschten bedurfte.<sup>112</sup>

Weiters werden die Grundsätze, die in den nunmehr unabhängigen Staaten gelten, proklamiert (Gleichheit, Grundrechte). Auch hier kommt das Selbstverständnis, dass alle Gewalt ursprünglich beim Volk liegt, zum Tragen. Das Volk hat das Recht, eine Regierung zu ändern, wenn sie die Rechte des Volkes nicht mehr gewährleistet. Das

---

107 *Morgan*, Die amerikanische Revolution in *Mann/Nitschke* (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 525ff

108 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 369.

109 Die Amerikanische Unabhängigkeitserklärung von 1776,

<http://www.br-online.de/wissen-bildung/collegeradio/medien/geschichte/lincoln/quellentexte/>, Datum des letzten Logins: 22.10.2008.

110 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 369.

111 *Meyer/Oldopp*, Geschichte der politischen Ideen, 117.

112 *Hartmann/Meyer/Oldopp*, Geschichte der politischen Ideen, 117.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Volk hatte darüberhinaus das Recht eine Regierungsform abzuändern oder gänzlich abzuschaffen oder die Errichtung eines neuen Regierungssystems vorzunehmen.<sup>113</sup>

In den Jahren 1776/1777 wurden in den meisten der Kolonien neue Verfassungen ausgearbeitet. Es gab im Zusammenhang mit diesen Verfassungen viele Fragen und Problemfelder, die diskutiert wurden (Freiheit, Gleichheit, Grundrechte und auch Gewaltenteilung). „Strukturprinzipien der neuen Verfassungen waren überall möglichst gleichmäßige Repräsentation in der Legislative und die Gewaltenteilung mit gegenseitiger Kontrolle der Gewalten.“<sup>114</sup> So konnte man auf einen großen Erfahrungsschatz zurückgreifen, als der Verfassungstext für die USA ausgearbeitet wurde. Entworfen wurde der Verfassungstext auf der sogenannten „Philadelphia Convention“ von 1787, an der Delegationen der einzelnen Kolonien teilnahmen. Auf dieser Convention wurden diverse Problemkreise besprochen und es gab verschiedene Pläne, wobei der Virginia-Plan und der New Jersey-Plan am einflußreichsten waren, und es schließlich zum sogenannten Great Compromise kam. Unterzeichnet wurde dieser Entwurf am 17. September 1787 von 39 Delegierten, drei verweigerten jedoch die Unterschrift. Bedingung für das Inkrafttreten war, dass neun Staaten den Entwurf ratifizieren, was am 21. Juni 1788 geschah.<sup>115</sup> Grundsätzlich hatten die Mitglieder der Convention lediglich die Vollmacht dazu erhalten, die Artikel der Konföderation zu überarbeiten. Faktisch haben sie jedoch etwas komplett neues zusammengestellt. Aus Angst davor, dass die auf der Convention ausgearbeiteten Ideen auf Widerstand stoßen könnten, wurde eben der oben geschilderte Ratifizierungsmodus beschlossen, wonach es reicht, dass neun Staaten den Entwurf ratifizieren. Darüber hinaus sollten in den Einzelstaaten diejenigen gesetzgebenden Körperschaften, die die ausgearbeitet Verfassung verhindern hätten können und wollten, übergangen werden. Es sollte in jedem Staat ein eigens dafür gewählter Sonderkonvent, der über die Verfassung entscheiden sollte, gewählt werden.<sup>116</sup>

---

113 Morgan, Die amerikanische Revolution in Mann/Nitschke (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 538.

114 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 370.

115 Morgan, Die amerikanische Revolution in Mann/Nitschke (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 558ff.

116 Morgan, Die amerikanische Revolution in Mann/Nitschke (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 564.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

### b. Die Federalist Papers

In den Jahren 1787 und 1788 wurden die sogenannten „Federalist Papers“ von *John Jay, Alexander Hamilton* und *James Madison* geschrieben. Insgesamt umfassen sie 85 Zeitungsartikel. In diesen Artikeln wird die Verfassung, die auf der „Philadelphia Convention“ ausgearbeitet wurde, verteidigt.

Den Federalist Papers kommt auch heute noch eine große Bedeutung zu, da der Supreme Court als Verfassungsgericht mit den Artikeln der Federalist Papers argumentiert.<sup>117</sup>

Zur Gewaltenteilung nimmt *Madison* in Nr. 47, 48 und 51 der Federalist Papers Stellung. Zu diesem Thema nimmt *Madison* deswegen Stellung, weil Kritiker der Verfassung vorbrachten, dass man den fundamentalen Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt. Von den Kritikern wurde behauptet, dass die Gewaltenteilung, welche als eine Vorsichtsmaßnahme gesehen wurde, zugunsten der Freiheit keine Berücksichtigung gefunden habe.<sup>118</sup> *Madison* jedoch betont, dass, sollte es zu einer Vereinigung aller drei Gewalten in den Händen einer Person oder einer Personengruppe kommen, es sich um eine Tyrannie handle. Weiters vertritt er aber die Ansicht, dass es keineswegs ausgeschlossen sei, dass sich die einzelnen Gewalten gegenseitig kontrollieren und einen gewissen Einfluss aufeinander haben.<sup>119</sup>

*Madison* beschäftigt sich jedoch nicht nur mit theoretischen Fragen, sondern überlegt auch, wie diese Theorie in der Praxis umgesetzt werden kann. Dies würde eben dadurch möglich, dass sich die einzelnen Gewalten durch den Einfluss, den sie aufeinander haben, an ihrem Platz halten. Es ist jedoch nötig, dass jede Gewalt einen eigenen Willen hat und dass die Personen, die einer Gewalt zugehörig sind, nicht nur persönlich interessiert sind, ihre Gewalt vor zu starkem Einfluss einer anderen Gewalt zu schützen, sondern auch von der Verfassung Mittel zugestanden bekommen, mit

---

<sup>117</sup> Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 119.

<sup>118</sup> *Madison*, An das Volk des Staates New York, Nr 47 in *Hamilton/Madison/Jay*, Die Federalist Papers , 301.

<sup>119</sup> *Madison*, An das Volk des Staates New York, Nr 47 in *Hamilton/Madison/Jay*, Die Federalist Papers , 301f; Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 125.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

denen sie diesen Schutz erreichen können.<sup>120</sup> Eine hundertprozentige Trennung ist jedoch gar nicht vorgesehen, da es einer gewissen Beeinflussung und Verknüpfung bedarf, die auch eine Kontrolle gewährleistet. Die Idee der Checks and Balances wird hier angeführt – Macht kann eben nur durch Macht begrenzt und kontrolliert werden.<sup>121</sup>

Im 78. Artikel<sup>122</sup> der Federalist Papers wird von *Hamilton* der sogenannte Judicial Review behandelt und ausdrücklich verteidigt. Unter Judicial Review versteht man das Recht des Supreme Court (oberster Gerichtshof), die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen.<sup>123</sup> Die Judikative gilt zwar wie bei *Montesquieu* als die schwächste Gewalt, doch schrieb bereits 1788 der Anti-Federalist *Robert Yates*, dass der Supreme Court sich zur Konkurrenz für die Legislative und somit dem Parlament entwickeln würde. Dies begründete er mit der Befugnis, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen.<sup>124</sup>

Laut *Hamilton* kommt es durch den judicial review nicht zu einer Überordnung der Judikative gegenüber der Legislative. Man könne auch keineswegs der Verfassung entnehmen, dass die Legislative selbst über die Verfassungsmäßigkeit entscheiden müsse.<sup>125</sup> „Man kann auch nicht davon ausgehen, die Verfassung könnte beabsichtigt haben, die Vertreter des Volkes dazu in die Lage zu versetzen, ihren Willen an die Stelle des Willens ihrer Wähler zu setzen. Es ist weitaus vernünftiger anzunehmen, dass die Gerichtshöfe als eine vermittelnde Körperschaft zwischen dem Volk und der Legislative gedacht waren, um – unter anderem – die Legislative innerhalb der Grenzen zu halten, die ihrer Autorität gesetzt sind.“<sup>126</sup> Es obliegt daher den Gerichten die Gesetze auszulegen, wobei die Verfassung dabei als „grundlegendes Gesetz“ betrachtet wird. Bei einem Widerspruch gegen die Verfassung kommt dieser, da sie höherrangig ist, mehr Gewicht zu.<sup>127</sup>

---

120 *Madison*, An das Volk des Staates New York, Nr 51 in *Hamilton/Madison/Jay*, Die Federalist Papers , 319f.  
121 *Hartmann/Meyer/Oldopp*, Geschichte der politischen Ideen, 725.

122 *Hamilton*, An das Volk des Staates New York, Nr 78 in *Hamilton/Madison/Jay*, Die Federalist Papers, 454ff.  
123 *Clinton*, *Marbury v. Madison* and Judicial Review, 124.

124 *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen*, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 373.

125 *Hartmann/Meyer/Oldopp*, Geschichte der politischen Ideen, 126.

126 *Hamilton*, An das Volk des Staates New York, Nr 78 in *Hamilton/Madison/Jay*, Die Federalist Papers, 457.

127 *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Band 3 Neuzeit, 456.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Das erste Mal, dass der Supreme Court ein Bundesgesetz als verfassungswidrig erklärte und aufhob war bei *Marbury v. Madison* (1803). Dieser Fall legte den Grundstein für die heute wichtige Rolle des Supreme Court.<sup>128</sup>

### c. Die amerikanische Verfassung

Anders als in Österreich (parlamentarisches System) ist in den USA das präsidentielle System umgesetzt. Einige Kennzeichen präsidentieller Systeme sind<sup>129</sup>:

- Eine Trennung von Parlament und Regierung. Die Regierung ist dem Parlament gegenüber nicht politisch verantwortlich. Ein Misstrauensvotum ist in diesem System nicht vorgesehen, dh die Regierung ist nicht vom Vertrauen des Parlaments abhängig.
- Die Regierung hat aber auch umgekehrt keine Möglichkeit, das Parlament aufzulösen. Das Auflöserecht ist den präsidentiellen Systemen fremd.
- Weiters besteht nicht die Möglichkeit, gleichzeitig Mitglied in der Regierung und im Parlament zu sein (Inkompatibilität).
- Die Zwei Kammern sind in etwa gleichwertig, man spricht hier von einem echten Zweikammernsystem.
- Die Exekutive liegt beim Staatsoberhaupt, der gleichzeitig Regierungschef ist.
- Eine Mehrheit der Opposition im Parlament ist durchaus denkbar. Eine solche Mehrheit ist nicht ungewöhnlich und stellt keinerlei Gefahr für die Regierung dar.
- Das Parlament kann gegenüber der Regierung relativ eigenständig auftreten und handeln, da es durchaus sein kann, dass nicht die Regierungspartei die Mehrheit im Parlament stellt.<sup>130</sup>

Allgemein kann man sagen, dass vor allem das Fehlen des Auflösungsrechts und des

---

128 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 126.

129 Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 52f.

130 Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 52f.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Misstrauensvotums zu einer Aufwertung des Parlaments führt, und Parlament und Regierung relativ selbstständig auftreten. Diese zwei Instrumente (Misstrauensvotum und Auflösungsrecht) sind ein typisches Charakteristikum des parlamentarischen Systems.<sup>131</sup>

Die Gewaltenteilung ist in den USA besonders ausgeprägt, doch ist eine strikte Trennung auch nicht möglich, sondern es gibt Kooperationen zwischen den einzelnen Gewalten, dies jedoch nur in einem geringen Ausmaß.<sup>132</sup>

Artikel I der US-Verfassung regelt die Legislative, welche beim Kongress liegt. Der Kongress setzt sich aus zwei Kammern, dem Senat und dem Repräsentantenhaus, zusammen.<sup>133</sup> Man spricht hier von einem echten Zweikammernsystem und die Mitglieder beider Kammern werden durch Direktwahl bestellt. Das Repräsentantenhaus stellt eine Vertretung des gesamten Volkes dar, die Mitglieder (insgesamt 435) werden für jeweils zwei Jahre gewählt. Der Senat wiederum gilt als Vertretung der einzelnen Staaten, die Amtszeit der Senatoren (insgesamt 100) beträgt sechs Jahre, wobei aus jedem Staat, unabhängig von seiner Größe, zwei Senatoren stammen. Eine Gesetzesvorlage bedarf jedoch der Zustimmung beider Kammern, sie sind also als gleichwertig zu betrachten. Diese Regel wurde deswegen getroffen, um die Macht der Legislative, die als besonders groß eingestuft wird, schon innerhalb des Legislativorgans zu hemmen.<sup>134</sup> Der Gewaltenteilung wird auch dadurch Rechnung getragen, dass ein Mitglied des Kongresses nicht gleichzeitig ein Amt im Dienst der Vereinigten Staaten innehaben darf.<sup>135</sup> Bevor ein Gesetz jedoch in Kraft treten kann, muss die betreffende Vorlage dem Präsidenten zugeleitet werden und erhält erst ab dem Zeitpunkt der Unterzeichnung durch den Präsidenten Gültigkeit. Der Präsident hat jedoch auch die Möglichkeit ein Veto einzulegen, welches vom Kongress durch erneuten Beschluss mit Zweidrittelmehrheit außer Kraft gesetzt werden kann. So kann

---

131 *Kobzina*, Parlamentarismus heute, 11.

132 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 223.

133 *Hugerth*, Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika und die österreichische Bundesverfassung, 2.

134 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 54; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 224.

135 Artikel 1, Abschnitt 6: No Senator or Representative shall, during the time for which he was elected, be appointed to any civil office under the authority of the United States [...].

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

eine Gesetzesvorlage trotz Veto des Präsidenten gültig in Kraft treten.<sup>136</sup> In seiner Amtszeit von 2001 bis 2009 legte der Präsident *George W. Bush* häufig ein Veto gegen Gesetzesvorhaben ein, und zwar nicht nur gegen solche, die verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen, sondern auch gegen solche, die ihm unerwünscht waren. Dadurch nahm der Präsident in nicht unerheblichem Maße Einfluss auf die Gesetzgebung. Hinsichtlich der Gesetzgebung gibt es die necessary and proper-clause<sup>137</sup>, welche festlegt, dass der Kongress alle Gesetze erlassen kann, die zur Ausübung der ausdrücklich in der Verfassung benannten Befugnisse notwendig und zweckdienlich sind.<sup>138</sup>

Artikel II regelt die Exekutive, welche beim Präsidenten liegt. Der Präsident wird von einem Wahlmännerkollegium für vier Jahre gewählt, wobei eine einmalige Wiederwahl möglich ist. Schon im Vorfeld der Wahl legen sich die einzelnen Parteien auf einen Kandidaten für das Präsidentenamt fest.<sup>139</sup>

Der Präsident tritt als Regierungschef und Staatsoberhaupt auf, nebenbei ist er auch noch militärischer Oberbefehlshaber. Dem Präsidenten steht das Kabinett zur Seite, dessen Mitglieder werden vom Präsidenten berufen, eine Zustimmung durch den Senat ist vorgesehen. Sie können auch jederzeit vom Präsidenten entlassen werden, und sie sind im übrigen nur auf eine beratende Tätigkeit beschränkt.

Der Präsident hat kein Gesetzesinitiativrecht, doch kann er dem Kongress Maßnahmen zur Beratung empfehlen. Weiters kann er die Zustimmung zu einem Gesetz verweigern. Nur eine Zweidrittelmehrheit des Kongresses kann dann noch ein Inkrafttreten des Gesetzes herbeiführen. Er ist dem Kongress gegenüber nicht politisch verantwortlich, und es besteht lediglich die Möglichkeit, den Präsidenten (und auch den Vizepräsidenten) auf dem Wege der Anklage wegen Verfassungs- und

---

<sup>136</sup> Artikel 1, Abschnitt 7: Every order, resolution, or vote to which the concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the same shall take effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the rules and limitations prescribed in the case of a bill. *Hartmann/Meyer/Oldopp*, Geschichte der politischen Ideen, 126.

<sup>137</sup> Artikel 1, Abschnitt 8.

<sup>138</sup> *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 226.

<sup>139</sup> *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 225.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Rechtsverletzung (Impeachment) abzusetzen.<sup>140</sup> Dies ist jedoch nicht mit dem Misstrauensvotum ident.

Der Vizepräsident hat die Aufgabe den Präsidenten bei dessen Rücktritt, Tod oder einer Amtsenthebung (Impeachment) zu vertreten und dessen Aufgaben wahrzunehmen. Nebenbei ist der Vizepräsident jedoch auch Senatsvorsitzender.

Die dritte Gewalt, die Judikative liegt beim Supreme Court, dem obersten Gerichtshof und den übrigen Gerichten. Politisch bedeutsam ist der Supreme Court wegen des bereits erwähnten Rechtes, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen (Judicial review), und im Falle der Verfassungswidrigkeit diese aufzuheben. Der erste Fall in dem dies geschah war *Marbury vs. Madison*.<sup>141</sup>

Wegen dieses Rechtes kam es sogar dazu, dass man das amerikanische Regierungssystem als Richterherrschaft betitelte. Jedoch kann man bereits aus der Verfassung ein solches Recht der Richter herauslesen, da ein Richter neben der Verfassung auch an die Gesetze gebunden ist.<sup>142</sup> Bei Vorliegen eines verfassungswidrigen Gesetzes liegt es nahe, dass ein Richter an die höherrangige Norm, und somit an die Verfassung gebunden ist. Der Richter darf allerdings nicht soweit gehen, dass er seine Verfassungsinterpretation über der des Gesetzgebers sieht.<sup>143</sup>

Da eine Verfassungsänderung nur sehr schwierig durchzuführen ist, kommt es durch die Rechtsprechung des Supreme Court zu einer ständigen Interpretation der Verfassung und es ist somit möglich, auf aktuelle gesellschaftspolitische Fragen Einfluss zu nehmen (Rassentrennung, Abtreibung, Todesstrafe). Die Mitglieder des Supreme Court werden vom Präsidenten auf Lebenszeit ernannt und müssen vom Senat bestätigt werden. Der Supreme Court ist der einzige Gerichtshof, der explizit in der Verfassung vorgesehen ist.<sup>144</sup> Neben dem Supreme Court, der zugleich die höchste Instanz ist, werden durch den Kongress 13 Federal Courts of Appeals (Appellationsgerichte auf Bundesebene) und in der Instanz darunter 95 Federal District

---

140 Carstens, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihrer Verwirklichung, 155.

141 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 126; Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 227.

142 Artikel 6 US-Verfassung.

143 Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 227.

144 Artikel 3 US-Verfassung.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Courts (Distriktgerichte auf Bundesebene) eingerichtet.

Es besteht jedoch eine gewisse Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen den Gewalten, wodurch es zu einer Lockerung der strikten Gewaltenteilung kommt – es kommt zur Gewaltenhemmung und Gewaltenverschränkung.<sup>145</sup> Einige Überschreitungen wurden bei der Darstellung der Gewaltenteilung in den USA bereits angesprochen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit möchte ich nachfolgend die wichtigsten Kooperationen zwischen den Gewalten zusammengefasst darstellen.<sup>146</sup>

- Das Budgetrecht, das ist die Genehmigung der Einnahmen und Ausgaben, welche die Exekutive tätigen darf, liegt beim Kongress. Der Präsident (Exekutive) ist somit auf den Kongress (Legislative) angewiesen.
- Bei der Gesetzgebung, die eigentlich beim Kongress liegt, hat der Präsident die Möglichkeit ein Veto einzulegen. Dieses Veto kann dann in weiterer Folge nur durch eine Zweidrittel-Mehrheit im Kongress außer Kraft gesetzt werden. Der Präsident verfügt über keinerlei Gesetzesinitiativrecht, kann jedoch dem Kongress von ihm gewünschte Maßnahmen zur Beratung empfehlen
- Umgekehrt kommt dem Senat aber auch ein Vetorecht zu: Bei einer Richter- oder Beamtenbestellung durch den Präsidenten kann der Senat ein Veto einlegen. So kann es zu einer Verhinderung der Bestellung kommen.
- Zu einer Zusammenarbeit von Senat und Präsident kommt es in der Außenpolitik: Völkerrechtliche Verträge werden vom Präsidenten abgeschlossen, die Ratifikation jedoch erfolgt erst im Senat.
- Die Trennung von Exekutive und Legislative wird auch durch das sogenannte Impeachment Verfahren nicht aufgehoben. Ein Impeachment ist strikt von dem sogenannten Misstrauensvotum in parlamentarischen Systemen zu unterscheiden. Beim Impeachment Verfahren handelt es sich um ein gerichtsähnliches Verfahren, bei dem das Repräsentantenhaus den Präsidenten in Folge ein Vergehens anklagen kann. Der Präsident muss dann vom Senat mittels Zweidrittel-Mehrheit schuldig gesprochen werden, damit der

---

145 Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 54.

146 Vgl dazu Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 224ff; Carstens, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihrer Verwirklichung, 55ff.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

Amtsverlust eintritt. Es handelt sich hiebei um eine rechtliche Verantwortlichkeit des Präsidenten, nicht um eine politische.<sup>147</sup>

Neben diese horizontalen Gewaltenteilung (das ist die Dreiteilung der Gewalten in Exekutive, Legislative und Judikative) tritt noch die vertikale. Darunter versteht man die Teilung der Gewalt zwischen dem Bund und den einzelnen Staaten. Durch den föderativen Charakter kommt es eben auch auf der Ebene Bund-Gliedstaat zu einem Machtausgleich. Es gibt in den USA 50 Gliedstaaten, die eine eigene Verfassung und eigene gewaltenteilig organisierte politische Systeme haben (die Legislative liegt bei einem Zweikammernparlament, die Exekutive beim Gouverneur).

Geregelt wird die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Gliedstaaten derart, dass gewisse Aufgabenbereiche auf Organe des Bundes übertragen werden, und die übrigen Kompetenzen den Gliedstaaten zufallen.<sup>148</sup> Die sogenannte Commerce Clause<sup>149</sup> hat für zahlreiche Diskussionen hinsichtlich ihrer Auslegung gesorgt, und diese Diskussion und die Auslegung selbiger hat auch für das Gleichgewicht zwischen Bund und Gliedstaaten viel beigetragen.<sup>150</sup>

In der Bundesverfassung werden jedoch dem Bund nur sehr wenige Kompetenzen übertragen (v.a. Steuer-, Wirtschafts-, Zoll- und Verteidigungspolitik).<sup>151</sup> Durch wirtschaftliche und soziale Änderungen sowie durch das moderne Parteiwesen kam es zu einer Verlagerung der Gewalten zu Gunsten des Bundes. Es kam zu einem Erstarken der Zentralgewalt und auch im Verhältnis zwischen dem Kongress und der Regierung verschoben sich die Gewaltverhältnisse, und zwar zugunsten der Exekutive. Ein erstes Anzeichen für die Stärkung der Gewalt des Bundes war bereits die den Bund begünstigende Rechtsprechung des Supreme Court unter *John Marshall*. Weiters kam

---

147 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 54; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 224ff.

148 X. Amendment, US-Verfassung.

149 Diese besagt, dass der Kongress das Recht hat, auf Rechnung der Vereinigten Staaten Kredit aufzunehmen, sowie das Recht hat, den Handel mit fremden Ländern, zwischen den Einzelstaaten und mit den Indianerstämmen zu regeln.

150 *Carstens*, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihrer Verwirklichung, 43; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 229.

151 *Beck/Friedmann*, Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika, 335; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 228.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

es durch die Auslegung der sogenannten Commerce-Clause, welche besagt, dass der Kongress das Recht hat, den Handel mit fremden Ländern, zwischen den Einzelstaaten und mit den Indianerstämmen zu regeln<sup>152</sup>, durch das Ende des Sezessionskrieges sowie durch das Auftauchen wirtschaftlicher und sozialer Probleme, die eine einheitliche Lösung verlangten, zu einer Stärkung der Zentralgewalt. Die Commerce Clause steht auch im Zusammenhang mit der necessary and proper clause<sup>153</sup>, welche besagt, dass der Kongress weiters das Recht hat alle zur Ausübung der mittels der US-Verfassung eingeräumten Befugnisse notwendigen und zweckdienlichen Gesetze zu erlassen.<sup>154</sup>

Aufgrund der Stärkung der Exekutive war es für die Legislative notwendig, gewisse Strategien zu entwickeln, um sich eigenständig ein Urteil bilden zu können. Zu diesen Methoden zählt unter anderem die Bildung zahlreicher Ausschüsse, die im Großen und Ganzen den Regierungsdepartements (was die Kompetenzen anbelangt) entsprechen. Eine weitere Möglichkeit, ein möglichst unabhängiges Bild der Lage zu bekommen, bilden die sogenannten hearings. Hier wird den einzelnen Parteien eine Möglichkeit geboten, ihren Standpunkt darzulegen. Auch stehen dem Kongress eigene Experten zur Verfügung. So kann eine gewisse Neutralität in der Informationsfindung gewahrt werden.<sup>155</sup>

Eine weitere Möglichkeit, die in der Verfassung sehr strikt geregelte Gewaltenteilung zu lockern sind die Parteien. In parlamentarischen Demokratien verschwimmt häufig die Grenze zwischen Regierung und Parlament, da in der Regel eine Partei bzw mehrere Parteien die Mehrheit sowohl im Parlament als auch in der Regierung haben. Aber auch das Präsidialsystem in den USA bietet Möglichkeiten, die strikte Trennung zu umgehen.<sup>156</sup> Das Phänomen des cross-votings ist in Präsidialsystemen häufig anzutreffen; gemeint ist hier, dass der Präsident oftmals Unterstützung von Abgeordneten der gegnerischen Partei bekommt, während die Abgeordneten der

---

152 Artikel 1, Abschnitt 8, 3. Absatz der US Verfassung.

153 Artikel 1, Abschnitt 8, 18. Absatz der US Verfassung.

154 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 229; *Carstens*, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihrer Verwirklichung, 150.

155 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 230.

156 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 50, 53.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

eigenen Partei gegen den Präsidenten stimmen. Bei der Aufstellung der Kandidaten für die Wahl zum Kongressabgeordneten nehmen diverse Interessensverbände enormen Einfluss. Die Interessensverbände sichern sich so ein gewisses Maß an Einfluss im Kongress, da der von ihnen unterstützte Abgeordnete sich in der Regel für ihre Interessen einsetzt. Da starke Zentralorgane fehlen, ist das Maß der Parteidisziplin herabgesetzt und der einzelne Abgeordnete entscheidet relativ unabhängig von einer möglichen Parteilinie.<sup>157</sup>

Im amerikanischen System kann es vorkommen, dass der Präsident (also die exekutive Gewalt) sich mit sich ändernden Verhältnissen im Senat und im Repräsentantenhaus (Legislative) auseinandersetzen muss.<sup>158</sup> Dies geschieht durch die sogenannten „midterm elections“. Diese Wahlen finden zu einem anderen Zeitpunkt als die Präsidentenwahl statt. Der Präsident *George W. Bush* hatte während seiner zweiten Amtszeit (2005 – 2009) eine starke Position, weil (bis zu den midterm elections am 7.11.2006) sowohl im Senat als auch im Repräsentantenhaus die republikanische Partei die Mehrheit hatte. Eine solche Konstellation ist das Ergebnis der relativen Eigenständigkeit, die der Legislative (dem Parlament) im Unterschied zu parlamentarischen Systemen zukommt. Exekutive und Legislative erfahren hier eine striktere Trennung, und zwar dadurch, dass man von Anfang an zwei Wahlgänge ansetzt. Dass die Opposition (in dem Fall die Demokraten) die Mehrheit in Senat und Repräsentantenhaus erringen, stellt keinerlei Gefahr für den Präsidenten dar, da es kein Misstrauensvotum gibt (umgekehrt auch kein Auflösungsrecht). Es besteht zwar auch keine Verpflichtung der einzelnen Abgeordneten für die Vorhaben „ihres“ Präsidenten zu stimmen, dennoch ist es für den Präsidenten einfacher, Vorhaben durchzubringen, wenn die Partei, der er auch angehört, die Mehrheit im Senat und im Repräsentantenhaus hält.<sup>159</sup> So stand Bush vor dem „Problem“, dass er sich

---

157 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 230f.

158 Zum Beispiel haben die Republikaner durch die midterm election vom 7.11.2006 die Mehrheit sowohl im Senat als auch im Repräsentantenhaus verloren, und musste sich der damals amtierende Präsident *George W. Bush* mit geänderten Verhältnissen arrangieren.

159 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 52; Nach Wahl-Debakel muss Bush Rumsfeld opfern, 9.11.2006, *Kurier*, 6f.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

hinsichtlich seiner Vorhaben mit den Demokraten im Kongress arrangieren musste.

Die USA haben, wie dargestellt, ein präsidentielles System. Es ist in präsidentiellen Systemen möglich, dass es formell zu einer direkten Wahl des Regierungschefs durch das Parlament bzw. durch einer der Kammern des Parlaments kommt. Der Grund liegt darin, dass der Präsident zumeist auch Regierungschef ist und somit seine Wahl auch die des Regierungschefs bedeutet.<sup>160</sup> Auch die US-Verfassung sieht eine derartige Möglichkeit vor. Die Wahl obliegt in den USA dann der Legislative, wenn der Präsident (bzw. zu dem Zeitpunkt ist er noch Präsidentschaftskandidat) durch das Wahlmännerkollegium keine absolute Mehrheit erhält.<sup>161</sup> Dies ist in der Geschichte der USA auch tatsächlich schon vorgekommen: Sowohl *Thomas Jefferson* als auch *John Quincy Adams* wurden auf diese Weise zum Regierungschef gewählt.<sup>162</sup>

## 7. Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte

Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte stammt vom 26. August 1789. In diesem Text wurden in insgesamt 17 Artikeln grundlegende Prinzipien und Rechte definiert. Ausgearbeitet wurden diese Artikel von einer Kommission, die von *Mirabeau* geleitet wurde. Beantragt wurde die Ausarbeitung jedoch vom *Marquis de Lafayette*. Dieser nahm ab 1777 auch an dem amerikanischen Unabhängigkeitskrieg teil, so dass man wohl sagen kann, dass er durch die amerikanischen Ideen beeinflusst wurde, und es unter anderem auch diesem Umstand zu verdanken ist, dass diese Erklärung in Frankreich verfasst wurde. Neben *Lafayette* gab es aber auch andere Personen, die eine derartige Erklärung andachteten. Der bekannteste ist Abbé *Emmanuel Joseph Sieyès*.<sup>163</sup>

Inhaltlich behandelt die Erklärung die Regelungen, die den Menschen und dessen Rechte sowie die Nation betreffen. Sie benennt die natürlichen, unveräußerlichen und

---

160 Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 132.

161 Art 2 Abschnitt 2 und Zusatzartikel 12 der US-Verfassung.

162 Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 133.

163 Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen<sup>4</sup>, 382f.

## II. Historische Entwicklung der Gewaltenteilung

geheiligten Rechte wie Freiheit, Eigentum, Sicherheit und Widerstand gegen Unterdrückung. Alle Mensch sind gleich vor dem Gesetz und dem Recht. Zur Sicherung der dem Bürger eingeräumten Rechte ist es erforderlich, dass es eine öffentliche Gewalt gibt. Nach Artikel 6 steht allen Bürgern das Recht zu an dem Gesetzesprozess mitzuwirken. Artikel 3 legt auch den „Ursprung jeder Souveränität“ fest.<sup>164</sup> Dieser liegt nämlich beim Volk selbst. Auch zur Frage der Gewaltenteilung wird in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte Stellung genommen:

„Eine Gesellschaft, in der die Verbürgung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.“<sup>165</sup>

Man hat also erkannt, dass Gewaltenteilung eine unumgängliche Voraussetzung dafür ist, dass gewisse Rechte gewährt werden und ein Staat verfassungskonform aufgebaut ist.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Präambel in *Braun/Heine/Opolka, Politische Philosophie*, 192.

<sup>165</sup> Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Artikel 16 in *Braun/Heine/Opolka, Politische Philosophie*, 193.

<sup>166</sup> *Fenske/Mertens/Reinhard/Rosen, Geschichte der politischen Ideen*<sup>4</sup>, 383.

### III. THEORETISCHE KONZEPTE DER GEWALTENTEILUNG

#### A. Formen der Gewaltenteilung

Durch die politologische Gewaltenteilungslehre wird erforscht, inwieweit in einem Staat einerseits die äußereren Voraussetzungen für politische Freiheit gegeben sind, sowie andererseits inwieweit Rechte und Gestaltungschancen in diesem Staat auch wahrgenommen werden können. Die politologische Gewaltenteilungslehre umfasst sechs unterschiedliche Teillehren. Erst durch eine Gesamtbetrachtung dieser sechs Teillehren kann man sich ein umfassendes Bild von der Gewaltenteilung und ihrer Umsetzung machen. Die einzelnen Teillehren sind die staatsrechtliche (horizontale), die temporale, die föderative (vertikale), die konstitutionelle, die dezessive und die soziale Teilungslehre. Daneben gibt es natürlich auch noch die formelle und die materielle Gewaltenteilung, und die in jüngster Zeit entwickelte sogenannte neue Gewaltenteilung<sup>167</sup>.

Gewaltenteilung hängt weiters auch immer eng mit den Begriffen Freiheit, Demokratie und Verfassung zusammen, und gilt die Idee der Gewaltenteilung als eines der wichtigsten Prinzipien jeder „Verfassung der Freiheit“.<sup>168</sup> Hinter dem Zusammenhang von Demokratie und Freiheit steckt die Idee, Menschen nicht einem Gesetz zu unterwerfen, welches nicht von ihnen selbst bestimmt werden konnte; das Unterwerfen unter einen fremden Willen kann als Unfreiheit betrachtet werden.<sup>169</sup> In einer repräsentativen Demokratie ist die Regierung allgemein auf die Zustimmung durch das Volk bzw die Mehrheit des Volkes angewiesen. Diese Abhängigkeit vom Volk bzw von der Mehrheit des Volkes äußert sich vor allem in Wahlen, bei denen das Volk die Staatsgewalt an Repräsentanten überträgt. Dass das Volk nur einen einzigen Willen hat entspricht keineswegs der Realität, da es in einer Bevölkerung nunmal die

---

167 Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 37.

168 Welan, Die Gewaltenteilung in Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 482.

169 Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 223.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

unterschiedlichsten Interessen gibt, wobei natürlich auch gesagt werden kann, dass der Wille der Mehrheit der Bevölkerung nicht immer die ideale Meinung darstellt. Das wirksame Funktionieren einer Demokratie erfordert Pluralismus. Dies bedeutet, dass die unterschiedlichen Meinungen miteinander im Wettstreit stehen und in weiterer Folge, dass konkurrierende Modelle präsentiert werden. Demokratie bedeutet sohin auch, dass die unterschiedlichen Ideen keinen Beschränkungen unterworfen werden, um Konflikte zu vermeiden.<sup>170</sup>

Dennoch steht außer Zweifel, dass in einer Demokratie die Zustimmung durch die Mehrheit zu einem der grundlegenden Prinzipien zählt. Um jedoch einen Machtmisbrauch durch die Mehrheit zu verhindern, ist es notwendig, gewisse Kontrollinstrumente einzurichten.

Eine wichtige Frage, mit der sich eine Demokratie auseinandersetzen muss ist die, ob auch Bewegungen, die für eine Abschaffung der Demokratie eintreten, geduldet werden. *Kelsen* vertritt anfangs die Meinung, dass es inkonsistent wäre, Bewegungen, die gegen die Demokratie auftreten nicht zu dulden<sup>171</sup>, wenngleich er diese Position später dahingehend abschwächt, dass solche Bewegungen nur dann zu dulden sind, solange sie von gewaltlosen Veränderungsversuchen Abstand nehmen. Auch einer demokratischen Regierung steht es zu, auf Versuche, die Demokratie mit Gewalt zu beseitigen mit Gewalt zu reagieren, also diese antidemokratischen Bewegungen zu unterdrücken bzw zu verhindern.<sup>172</sup> Diese Auffassung ist jedoch bedenklich und berücksichtigt den der Demokratie innewohnenden Charakter der Selbstbestimmung und Freiheit nicht. Sinn einer Demokratie ist es nämlich auch, den einzelnen nicht solchen Regelungen zu unterwerfen, die nicht im Wege der demokratischen Willensbildung zustande gekommen sind.<sup>173</sup> Es ist daher durchaus gerechtfertigt, Bestrebungen, die für eine Abschaffung der Demokratie eintreten entgegenzutreten, um die Demokratie, welche dem einzelnen Selbstbestimmung und Freiheit garantiert

---

170 *Thienel*, Wehrlose oder streitbare Demokratie, JRP 2005, 164; *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Art 1 B-VG, 9.

171 *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, 88.

172 *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit, 42; *Thienel*, Wehrlose oder streitbare Demokratie, JRP 2005, 164.

173 *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Art 1 B-VG, 34.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

und dies auch zukünftig tun soll, zu erhalten.<sup>174</sup> In Deutschland ist es aus diesem Grund verboten, die Demokratie abzuschaffen (sogenannte Ewigkeitsklausel)<sup>175</sup> während es in Österreich keine Absicherung durch eine derartige Klausel gibt<sup>176</sup>.

Um die Interessen des Volkes zu wahren sind daher in regelmäßigen Abständen Wahlen vorgesehen. Zwischen dem Volk und der Regierung besteht eine Gewaltenteilung, Gewaltenteilung ist allgemein nur durch die Teilnahme des Volkes an der Staatsgewalt möglich.<sup>177</sup> Voraussetzung für Gewaltenteilung im Sinne der Aufteilung der Staatsgewalt auf unterschiedliche Organe ist die Repräsentation. Für eine Staatsordnung ist die Existenz einer Regierung notwendig, jedoch bedarf es der Repräsentation um das Parlament als einen eigenständigen Machträger zu ermöglichen. Durch die Unabhängigkeit der Rechtssprechung ergibt sich dann ein System von unabhängigen Machträgern.<sup>178</sup>

Eine Analyse der Begriffe Demokratie und Gewaltenteilung zeigt daher, dass Gewaltenteilung Demokratie praktisch voraussetzt und sogar mit einschließt. Durch die Umsetzung der Gewaltenteilung wird auch ein gewisses Maß an Freiheit gewährleistet, und zwar in dem Ausmaß, dass der Einzelne durch die gegenseitige Machtkontrolle, welche durch die Aufteilung der Macht erreicht wird, vor willkürlichen Übergriffen durch den Staat geschützt wird. Der Begriff der Freiheit an sich kann jedoch viel weiter gefasst werden, und auch die Möglichkeit des Einzelnen umfassen, sich in einem Staat nach seinen Vorstellungen bestmöglich zu entfalten und zu verwirklichen. Um einen Staat auf diese Möglichkeiten hin zu untersuchen, ist es jedoch notwendig, die Gesellschaft als solche, sowie die Beziehungen der Gesellschaft zum Staat bei der Analyse mitzuberücksichtigen. Die sozialen Gewalten müssen auch analysiert werden.<sup>179</sup>

Im Staat erfolgt eine Einteilung der Staatsaufgaben nach inhaltlichen Kriterien und

---

<sup>174</sup> Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde<sup>4</sup> 149f.

<sup>175</sup> Thienel, Wehrlose oder streitbare Demokratie, JRP 2005, 165.

<sup>176</sup> Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht, Art 1 B-VG, 34.

<sup>177</sup> Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 223.

<sup>178</sup> Loewenstein, Verfassungslehre<sup>3</sup>, 36f.

<sup>179</sup> Steffani, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 30ff.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

eine entsprechende Einteilung nach organisatorischen Kriterien. Darüber hinaus wird diese Einteilung durch „ein soziologisches Prinzip des Gleichgewichts der sozialen Kräfte ergänzt.“<sup>180</sup> Durch entsprechende Nutzung der politischen Kräfte im Staat soll die Freiheit des Einzelnen, sowie auch Sicherheit garantiert werden und auch sichergestellt werden, dass die politischen Kräfte, um eine Änderung zu erreichen, gemeinsam vorgehen. Um dies zu erreichen ist es jedoch nicht ausreichend, dass den einzelnen Institutionen bestimmte Funktionen zugeteilt werden, sondern muss, um die Freiheit des Einzelnen sichern zu können auch auf die soziale Grundlage des Systems geachtet werden.<sup>181</sup>

Der Begriff der Gewaltenteilung ist also ein weiterer, als auf den ersten Blick scheint. Es sind viele Aspekte miteinzubeziehen bei der Betrachtung eines Systems, die Gewaltenteilung ist hinsichtlich mehrerer Systeme verwirklichbar. Diese Vielfalt, die die Gewaltenteilung umfasst wird durch das System der oben erwähnten politologischen Gewaltenteilungslehre klar.<sup>182</sup> Die Gewaltenteilung kann als eine „Ordnungsidee der freien Gemeinschaft freier Menschen“ bezeichnet werden. Die von *Montesquieu* vorgenommene Dreiteilung ist zwar wichtig, aber es gibt daneben noch unzählige andere Formen der Gewaltenteilung. Es muss jede Zeit für sich die jeweils optimale Form der Umsetzung der Gewaltenteilung finden.<sup>183</sup>

#### 1. Formelle und materielle Gewaltenteilung

Bei der materiellen Gewaltenteilung wird zur Unterscheidung der drei verschiedenen Gewalten auf inhaltliche Kriterien zurückgegriffen. Diese Unterscheidung basiert auf einem inhaltlich geprägtem Vorverständnis der Staatsfunktionen. Das heißt, dass man unter Legislative die Erlassung der Gesetze bzw Aufstellung allgemeiner Normen (dies

---

<sup>180</sup> *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 482.

<sup>181</sup> *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 482.

<sup>182</sup> *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 37.

<sup>183</sup> *Kägi*, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, 163.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

im Unterschied zu individuellen Entscheidungen), denen ein autoritativer Charakter zukommt, unter Judikative die Auslegung und Anwendung dieser Gesetze auf Zivil- bzw Strafverfahren und die Verwaltung als die übrigen gesetzesvollziehenden Aufgaben versteht. Eine strenge Umsetzung dieses Konzeptes würde zur Folge haben, dass jedes Organ ausschließlich Aufgaben der Gewalt ausübt, der es zugerechnet werden kann.<sup>184</sup>

Der Gesetzgebung, die Gesetze erlässt, steht die Judikative und die Verwaltung gegenüber, welche für den Vollzug der vom Gesetzgeber erlassenen Normen zuständig sind.<sup>185</sup> Dabei ist jedoch auf jeden Fall zu berücksichtigen, dass es hinsichtlich der Legislative gewisse Überschneidungen gibt, was bedeutet, dass auch andere Organe, überwiegend Verwaltungsorgane, als Organe der Gesetzgebung in Frage kommen und heißt dies auch, dass auch Organe der Gesetzgebung Akte setzen, welche nicht als Gesetzgebungsakte im engeren Sinne zu qualifizieren sind (z.B. Bundesgesetz über Veräußerung von Bundesvermögen). Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, dass neben den Gesetzgebungsorganen und den Verwaltungsbehörden, welche Verordnungen erlassen, auch Gerichte generell- abstrakte Normen erlassen können (Erlassung von Geschäftsordnungen).<sup>186</sup>

Gerichte, die im Rahmen der Judikative tätig werden, sprechen Recht in Streitigkeiten zwischen einzelnen Parteien, die aus den Rechtsverhältnissen zwischen diesen Parteien entstehen. Ein Parteienstreit ist jedoch nicht zwingend Voraussetzung für das Tätigwerden eines Gerichtes (zB Pflegschaftsangelegenheiten). Andererseits gibt es auch Fälle, in denen Streitigkeiten zwischen Parteien von einer Verwaltungsbehörde gelöst werden (Baurecht, Sozialversicherung). Man kann daher den Begriff Streitentscheidung nicht mit dem der Rechtsprechung gleichsetzen. Es obliegt dem Gesetzgeber, wann er ein Zweiparteienverfahren einrichtet.<sup>187</sup>

Am schwierigsten ist die Umschreibung der Verwaltung, weswegen auch die

---

184 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 101.

185 *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 55.

186 *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1.

Teil, 10; *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.

187 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 40.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Definition, wonach die Verwaltung alles ist, was nicht Gesetzgebung bzw Rechtsprechung ist, aufgekommen ist.<sup>188</sup> Dies würde jedoch bedeuten, dass die Verwaltung inhaltlich nicht bestimmt werden kann. Da dies allgemein unbefriedigend scheint, wurde immer wieder versucht, eine inhaltliche Begriffsbestimmung zu finden.<sup>189</sup> Eine Abgrenzung zur Gesetzgebung erfolgt meist dadurch, dass man ausführt, dass diese der Verwaltung im Normenkonkretisierungsverfahren vorgeordnet ist.<sup>190</sup> Hinsichtlich der Rechtsprechung gibt es verschiedene Abgrenzungsmodelle, wie zB die Trennung, dass die Rechtsprechung für private und die Verwaltung für öffentliche Interessen auftritt. Ein sich aus dieser Definition ergebendes Problem würde die Zuordnung des Strafrechtes bedeuten, welches eindeutig öffentlichen Interessen dient, jedoch in die Kompetenz der Gerichte fällt. Aus diesem Grund bleibt dieses Abgrenzungsmodell unbefriedigend. Eine andere These sieht im Recht einen Verhaltensmaßstab für die Verwaltung, und einen Beurteilungsmaßstab für die Rechtsprechung bzw ist die Rechtsprechung Rechtsvollzug, die Verwaltung hingegen eine rechtsfreie Tätigkeit, welche gewissen rechtlichen Schranken unterliegt.<sup>191</sup> Jüngere Versuche der Umschreibung, was genau Verwaltung ist, wollen diese Umschreibung nicht durch Gegenüberstellung der einzelnen Gewalten erreichen, sondern das Wesen der Verwaltung an sich erfassen. Dazu werden Merkmale, die typisch für die Verwaltung sind, zur Beschreibung herangezogen. Solche Merkmale sind eine aktive Handlungsweise, die Möglichkeit bei der Durchführung der Staatsaufgaben initiativ zu sein sowie „die Durchführung, Erledigung und Erzwingung von der Regierungspolitik bestimmten Tätigkeiten.“<sup>192</sup>

Das Problem bei dieser Umschreibung der Verwaltungstätigkeit ist jedoch, dass diese Merkmale zwar bei der Verwaltung auftreten können, jedoch nicht zwingend müssen!<sup>193</sup>

---

188 *Winkler*, Zum Verwaltungsbegriff, *ÖzöffR* IX (1958), 66.

189 vgl zB *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 4.

190 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 40.

191 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts<sup>9</sup> I, 4; *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 12.

192 *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 5, mwN.

193 *Giese*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 1,6.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Nach *Wolff*<sup>194</sup> ist das Problem der Umschreibung der Verwaltung, dass es keinen einheitlichen Begriff der Verwaltung gibt. Sein Vorschlag ist es daher, den Verwaltungsbegriff in drei Teile zu gliedern, und zwar in einen materiellen, einen organisatorischen sowie einen funktionellen Begriff. Dadurch könnte die Verwaltung umfassend umschrieben werden. Den materiellen Teil des Begriffes umschreibt *Wolff* dabei wie folgt: Die Verwaltung ist als „mannigfaltige, zweckbestimmte, in der Regel fremdnützige und verantwortliche, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens“<sup>195</sup> zu sehen. Das Problem dieser Umschreibung ist jedoch, dass die aufgezählten Merkmale zum größten Teil auch auf die Gesetzgebung und Rechtsprechung zutreffen.<sup>196</sup> *Forsthoff* hingegen vertritt die Meinung, eine Definition der Verwaltung im materiellen Sinne könne nicht gefunden werden, da die Verwaltung derart mannigfaltig sei, dass man sie lediglich beschreiben, nicht jedoch konkret definieren kann.<sup>197</sup>

Bei der Einteilung nach materiellen Kriterium wird auf das innere Wesen der einzelnen Gewalten abgestellt. Dabei wird jedoch vielmehr eine Gesamtbetrachtung angestellt, dh dass die Funktion einer einzelnen Gewalt im Staatsganzen betrachtet wird und nicht die zahlreichen einzelnen Aspekte der jeweiligen Gewalt. Anhand dieser Methode kann man die komplette Staatstätigkeit zuordnen. Bei der materiellen Gewaltenteilung will man jedoch die einzelnen Funktionen ihrem Typus nach im Hinblick auf das staatliche Handeln erfassen.<sup>198</sup>

Der Verfassungsgerichtshof sprach hinsichtlich der materiellen Gewaltenteilung im Zusammenhang mit dem Strafrecht aus, dass bestimmte Angelegenheiten den Gerichten durch den Gesetzgeber zuzuweisen sind. Der VfGH sieht einen sogenannten

---

194 *Wolff*, Verwaltungsrecht I<sup>12</sup>, 8ff.

195 *Wolff*, Verwaltungsrecht I<sup>12</sup>, 8ff.

196 *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 15.

197 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts<sup>9</sup> I, 1.

198 *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 9.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

„Kernbereich gerichtlich strafbarer Handlungen“ und sind diese den Gerichten und nicht den Verwaltungsbehörden zuzuweisen.<sup>199</sup>

Die formelle Gewaltenteilung, die auch als organisatorische Gewaltenteilung bekannt ist, stellt darauf ab, welcher Gewalt welche Organe zugerechnet werden können, sowie darauf, welche Stellung die Organe innehaben. Es kommt auf formale Elemente an.<sup>200</sup> Es soll für die Exekutive, die Legislative und die Judikative eigene Organe geben, und das Tätigwerden eines jeden Organes ist auf die Gewalt beschränkt, der es zuzurechnen ist.<sup>201</sup> Die einzelnen Organe stehen nicht absolut selbstständig nebeneinander, sondern es gibt eine gewisse Kooperation.<sup>202</sup>

Durch die Aufteilung der Macht bzw der Gewalt auf die Organe soll vermieden werden, dass zu viel Macht bei einer einzelnen Person bzw einem einzelnen Organ konzentriert wird. Hand in Hand mit der Aufteilung nach Organen geht auch die Forderung, dass eine Person nicht gleichzeitig Aufgaben verschiedener Gewalten ausüben darf.<sup>203</sup>

## 2. Horizontale und vertikale Gewaltenteilung

Die vertikale Gewaltenteilung meint den Föderalismus; sie wird deshalb auch häufig föderative Gewaltenteilungslehre genannt. Föderalismus ist ein vielschichtiger Begriff, welcher in politischen Diskussionen einer Ideologisierung unterzogen wurde, und sowohl in der wissenschaftlichen als auch in der populären Debatte enorme Aufmerksamkeit gefunden hat, und nicht nur dem politisch-rechtlichen sondern auch dem philosophischen und soziologischen Bereich zugerechnet werden kann. Dennoch ist es schwer, den Begriff konkret zu definieren.<sup>204</sup>

---

199 VfSlg 12.151; *Herbst*, Art 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), *Grund und Menschenrechte in Österreich*, Band III, 665.

200 *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*<sup>7</sup>, 260.

201 *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*<sup>5</sup>, 186.

202 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*; *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>10</sup>, 80.

203 *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*<sup>5</sup>, 186.

204 *Deuerlein*, *Föderalismus - Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips*, 9.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Die Verwirklichung des Föderalismus erfolgt im Bundesstaat dergestalt, dass es eine Aufteilung der Gewalt auf Behörden, die für das ganze Bundesgebiet, den Bund, zuständig sind, und welche, die für einen Teil, in Österreich ein Bundesland, zuständig sind.<sup>205</sup>

Für einen Bundesstaat gibt es gewisse notwendige Einrichtungen, die einen Bundesstaat kennzeichnen. Es handelt sich bei diesen Einrichtungen um die Kompetzenverteilung, die Mitwirkung der Länder an Gesetzgebung und Vollziehung des Bundes sowie um den Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern.<sup>206</sup>

Der förderativen Gewaltenteilung liegt die Idee, welche sowohl *Montesquieu* als auch *Hamilton* ansprachen, zugrunde, dass sich die Freiheit in „kleinen Gemeinwesen“ besser entfalten könne als im Bund alleine, der Bund (die *république fédérative*) jedoch als Ganzes Schutz nach außen gewähre.<sup>207</sup> Die Idee des Föderalismus ist somit ein Zusammenspiel von größeren und kleineren Einheiten, wobei es als notwendig erachtet wird, dass es eine Zusammenarbeit in größeren Verbänden gibt sowie auch, dass die kleineren Einheiten Schutz erfahren, um ihre Gestaltungsmöglichkeiten voll ausspielen zu können.<sup>208</sup> Der Unterschied zum Einheitsstaat, in dem es nur einen Hoheitsträger gibt, ist der, dass es im Bundesstaat neben den Hoheitsträgern des Bundes auch noch die der Länder gibt, und eine der zentralen Fragen des Bundesstaates ist es in welchem Verhältnis zueinander die beiden Hoheitsgewalten stehen.<sup>209</sup>

Beim föderativen Gewaltenteilungssystem handelt es sich nicht um die Aufteilung der Macht bzw. der Aufgaben auf unterschiedliche Organe eines Staatswesens auf derselben Ebene sondern um die Aufteilung der Macht auf mehrere unterschiedliche Ebenen. Dabei gibt es neben dem föderalistischen Modell des Bundesstaates auch andere föderale Organisationsformen.<sup>210</sup> Die Schwierigkeit mit denen sich der Bundesstaat, also das föderale System konfrontiert sieht, ist, dass nicht nur eine

---

205 *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 87.

206 *Weber*, Kriterien des Bundesstaates, 88.

207 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 44.

208 *Deuerlein*, Föderalismus - Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips, 10.

209 *Weber*, Kriterien des Bundesstaates, 65.

210 *Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 26f.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

angemessene Lösung für ein Problem gefunden werden muss, sondern auch eine föderative Lösung des jeweiligen Problemes.<sup>211</sup>

Die gewaltenteilende Wirkung des Föderalismus bedeutet, dass es eine gewisse Absicherung gegen eine autoritäre Zentralregierung gibt. Daneben gibt es eine gewaltenteilende Wirkung dadurch, dass die Glieder des Föderalismus eigenständige Gestaltungsmöglichkeiten haben, und somit die Möglichkeit ihre eigenen Ideen zu verfolgen und zu verwirklichen, und somit auch ein Korrektiv darstellen, oder sogar Ideen, die auf den Gesamtstaat Anwendung finden können, liefern; „[...] innerhalb ihrer Zuständigkeit dienen die Einzelstaaten als Laboratorien für Gesetzgebung, Verwaltung und wissenschaftliche Forschung.“<sup>212</sup> Es lässt sich mitunter sogar feststellen, dass Wahlen in den einzelnen Gliedstaaten als Feedback für die Regierung gesehen werden können, was mit der Rolle der Parteien zusammenhängt. Somit bilden Föderalismus und die zeitliche Gewaltenteilung ein Instrument zu Kontrolle der Macht.<sup>213</sup>

Unter horizontaler (staatsrechtlicher) Gewaltenteilung versteht man die klassische Dreiteilung der Gewalten in einem Staat, wie sie vor allem von *Montesquieu* (aber auch *John Locke* hat, wie dargelegt, schon die Idee einer Aufteilung der staatlichen Macht auf unterschiedliche Träger geäußert) entwickelt wurde: Legislative, Exekutive und Judikative.<sup>214</sup> Diese Trennung kann und wird jedoch in aller Regel durch ein gewisses Maß der Kooperation zwischen den Gewalten abgeschwächt. Für diese Form der Gewaltenteilung zieht man auch häufig den englischen Begriff der „checks and balances“ heran.<sup>215</sup>

Kernidee dieser Lehre ist, dass verhindert werden soll, dass zuviel Macht in der Hand einer Person zusammenfällt. Durch die Teilung wird wirksame Kontrolle und Begrenzung der Macht ermöglicht, eine Konzentration der Macht in der Hand einer Person ist nicht mit der Freiheit des Einzelnen vereinbar.<sup>216</sup>

---

211 *Grande*, Parteiensystem und Föderalismus in *Benz/Lehmbruch* (Hrsg), Föderalismus, 181f.

212 *Loewenstein*, Verfassungslehre<sup>3</sup>, 308f.

213 *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre<sup>2</sup>, 101.

214 *Euchner* in *Maier* (Hrsg), Klassiker des politischen Denkens<sup>5</sup>, 21f.

215 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 260.

216 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 198.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Die Dreiteilung lässt sich auch mit den folgenden Begriffen umschreiben: Rechtsetzung, nichtstreitige und streitige Rechtsanwendung.<sup>217</sup>

Die streitige Rechtsanwendung meint die Justiz. Oberstes Prinzip ist, dass die Justiz von den anderen Gewalten, welche auch als die politischen Gewalten bezeichnet werden unabhängig ist. Dies ist eines der wesentlichen Merkmale eines Rechtstaates.<sup>218</sup> *Montesquieu* betont, dass es notwendig ist, die Judikative von den anderen Gewalten strikt zu trennen, während bei den anderen Gewalten durchaus Kooperationen denkbar sind; weiters führt er jedoch aus, dass Gerichtsurteile sich an den Gesetzestext zu halten haben, und eine Privatmeinung eines Richters außer Acht bleiben muss.<sup>219</sup>

Der Judikative kommt grundsätzlich die Aufgabe der Bewahrung des Rechts (im Unterschied zur Gestaltung, welche den so genannten politischen Gewalten obliegt) zu. Die Tatsache, dass ein Urteil erzwingbar ist, ist aber nicht der Hauptgrund, warum der Justiz Autorität zukommt. Wäre dies nämlich der Fall würde dies eine Abhängigkeit von den exekutiven Gewalten bedeuten.<sup>220</sup>

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist in einer Grenzsituation vor allem was die Normenkontrolle betrifft. Sie ist zwar auch rechtssprechend tätig, doch kommt es in Wirklichkeit häufig dazu, dass sich die Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen des ihr zustehenden Tätigkeitsbereiches auch mit Angelegenheiten zu befassen hat, die neben der erwähnten Aufgabe der Bewahrung des Rechts, auch eine politische Gestaltung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit eröffnen.<sup>221</sup>

Die Gestaltung kommt wie erwähnt der Legislative (Rechtsetzung) und der Exekutive (nichtstreitige Rechtsanwendung) zu. Rechtsetzung steht wiederum für Bestimmung und die Exekutive steht für Rechtsanwendung, somit Ausführung.<sup>222</sup>

Bei der Rechtsetzung wiederum gibt es zwei Funktionen und zwar die *Planung*, was

---

217 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 38.

218 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 285.

219 *Weigand*, Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 215.

220 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 39.

221 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 39.

222 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 66.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

heißt Zielsetzung und Richtungsbestimmung und *Zustimmung*, also endgültige Beschlussfassung. Die Planung übernimmt dabei in aller Regel jedoch die Regierung. Auch die Rechtsanwendung lässt sich in zwei Funktionen unterteilen, und zwar in die *Ausführung* im engeren Sinn und die *Leitung*; die Leitung wird dabei der Regierung, die Ausführung im Sinne von Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall innerhalb einer begrenzten Ermessenskompetenz der Verwaltung zugeordnet.<sup>223</sup>

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass es vier Funktionen gibt, und zwar Planung, Zustimmung, Leitung und Ausführung. Diesen Funktionen stehen die Regierung, das Parlament und die Verwaltung gegenüber. Planung und Leitung kommt dabei, wie erwähnt in aller Regel der Regierung zu, was jedoch bedeutet, dass die Regierung, als Teil der Exekutive einen nicht unbedeutenden Einfluss auf die Legislative hat. Dem Parlament verbleiben hingegen die Funktionen Zustimmung und auch Kontrolle (dies ergibt sich aus der Funktion der Zustimmung).<sup>224</sup>

### 3. Die „neue Gewaltenteilung“

Der Begriff der „neuen Gewaltenteilung“ wird aktuell in der Literatur verwendet, um eine gewisse Tendenz in vielen parlamentarischen Staaten zu bezeichnen. Genauer versteht man darunter die Entwicklung, dass die Parteien, die die Mehrheit im Parlament (Legislative) haben, auch die Regierung (Exekutive) stellen. Dadurch, dass es sich dabei um dieselben Parteien handelt, ist die Kontrollfunktion des Parlamentes der Regierung gegenüber abgeschwächt.<sup>225</sup>

Art 56 B-VG bestimmt, dass Mitglieder des Nationalrates und auch die Mitglieder des Bundesrates bei der Ausübung ihres Berufes an keinen Auftrag gebunden sind. In Art 56 B-VG wird somit der Grundsatz des freien Mandates geregelt. Diese Regelung

---

<sup>223</sup> *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 84; *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 39.

<sup>224</sup> *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 270; *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

<sup>225</sup> *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 43.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

bedeutet, dass die Nationalrats- bzw Bundesratsabgeordneten an keinerlei Wünsche oder Aufträge gebunden sind. In der parlamentarischen Realität jedoch wird dieses freie Mandat durch den sogenannten Klubzwang bzw die Klubdisziplin eingeschränkt.<sup>226</sup> Aufgrund der Regelung im B-VG kann jedoch einem Abgeordneten, der sich dem Klubzwang nicht unterwirft nicht das Mandat entzogen werden.<sup>227</sup>

Aufgrund der faktischen Dominanz einer Partei gibt es jedoch in der Realität des parlamentarischen Systems Einschränkungen beim Prinzip des freien Mandats, der sich auch auf die Unabhängigkeit des einzelnen Abgeordneten auswirkt. Obwohl es dem einzelnen Abgeordneten grundsätzlich erlaubt ist, sich nicht entsprechend der Klubdisziplin zu verhalten, ist eben in parlamentarischen Systemen aufgrund der Klubdisziplin die Unabhängigkeit der einzelnen Abgeordneten eingeschränkt.<sup>228</sup> Die Regierung kann bei ihren Vorhaben und deren Umsetzung auf die Parlamentsabgeordneten ihrer Parteien zählen. Da somit die klassische Kontrollfunktion nicht mehr in vollem Umfang gewährleistet ist, hat sich die Opposition als neues Gegengewicht von Parlamentsmehrheit und Regierung etabliert.<sup>229</sup> Somit steht die Regierung und die Parlamentsmehrheit auf der einen und die Opposition auf der anderen Seite. Diese Form der Gewaltenteilung wird als „neue Gewaltenteilung“ bezeichnet, da sie vom klassischen Verständnis der Gewaltenteilung (Trennung der Regierung als Exekutive vom Parlament als Legislative) abweicht, da Regierung und Parlamentsmehrheit zusammenarbeiten.<sup>230</sup>

## 4. Soziale Gewaltenteilung

Dieses System sucht einen real-sozialen Bezug herzustellen und will sicherstellen, dass es jedem Bürger möglich wäre, ein Position in einer der drei Gewalten einnehmen zu können. Dass alle Bürger als vor dem Gesetz gleich gelten, bedeutet nicht, dass es

<sup>226</sup> Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 182.

<sup>227</sup> Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 182; Vgl VfSlg 3426/1958; Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 173.

<sup>228</sup> Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 182.

<sup>229</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 88.

<sup>230</sup> Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

eine Gleichheit der Chancen gibt. Bei der Stimmabgabe einer Wahl kommt jedem Bürger dieselbe Macht zugute, im Gesellschaftsgefüge hingegen besteht häufig keine Machtgleichheit.<sup>231</sup>

Es soll bei der Auswahl der Besetzung des Amtes nur auf die Qualifikation der sich bewerbenden Person abgestellt werden und nicht auf deren sozialen Hintergrund. Es soll aufgrund eines fairen Verfahrens ausgewählt werden, wer sich durchsetzt und wer nicht. Diese Ämter sollen nicht einer elitären Gruppe vorbehalten sein, und es soll sichergestellt werden, dass derjenige der die beste Qualifikation vorweist zum Zug kommt. So soll allen, die die notwendige Qualifikation vorweisen der Zugang zu diesen Ämtern ermöglicht werden.<sup>232</sup>

Die unterschiedlichen im Staat wirkenden Gruppierungen verfolgen naturgemäß auch die unterschiedlichsten Ziele. Widersprüchliche Interessen gibt es vor allem in der Beziehung Kapital (also jenen Gruppierungen, die über Eigentum und Kapital verfügen) und Arbeit (dh der Arbeiterschicht). Hinsichtlich der sozialen Gewaltenteilung verweist *Arthur T. Hardly*<sup>233</sup> auf das System in Amerika, wonach dort nicht nur eine Teilung in Legislative, Exekutive und Judikative zu finden sei, sondern auch eine Teilung der Gewalten zwischen den Wählern und den Eigentümern vorgenommen werde. Diese Teilung findet dergestalt statt, dass es Kräfte der Demokratie gibt, welche sich in Form der Legislative und Exekutive manifestieren und daneben auch Kräfte des Eigentums. Zwischen diesen Kräften steht quasi als Schiedsrichter die Judikative. Der Regierung und der Gesetzgebung sei es verboten, in das Eigentum des Einzelnen einzugreifen, ja seien diese zwei Funktionen sogar dazu angehalten, das Eigentum zu verteidigen und zu wahren. Dem Wähler standen somit alle Möglichkeiten offen, solange er damit nicht das Eigentumsrecht eines anderen verletzte. Als Beispiele genannt werden die Möglichkeiten nach freiem Belieben Beamte zu wählen oder Gesetze zu erlassen.<sup>234</sup>

---

231 *Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 31.

232 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 53.

233 *Hardly*, The Constitutional Position of Property in America, in *Mason*, Free Government in the Making<sup>4</sup>, 676ff.

234 *Hardly*, The Constitutional Position of Property in America, in *Mason*, Free Government in the Making<sup>4</sup>,

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Weiters wird im Rahmen der sozialen Gewaltenteilung das widersprüchliche Verhältnis Kapital – Arbeit näher untersucht. Bei der sozialen Gewaltenteilung stellt sich nun auch die Frage, wie dieser Widerspruch behandelt werden soll. Es kommt dabei vor allem darauf an, dass ein Gleichgewicht hergestellt wird, und die faktisch schwächere Seite als Partner gesehen und behandelt wird und nicht als Unterlegener.<sup>235</sup>

## 5. Dezitive Gewaltenteilung

Hiebei wird die Gewalt, genauer der Entscheidungsgewalt (Dezitive Ebene = Entscheidungsebene) auf verschiedene Gruppen, die im politischen Alltag aufeinandertreffen, aufgeteilt. Durch die Beteiligung bzw Aufteilung der Gewalt auf mehrerer Gruppen kommt es zu einer gegenseitigen Kontrolle und Beschränkung jeder dieser Gruppen.<sup>236</sup> Grundsätzlich unterscheidet man im Gemeinwesen unzählige unterschiedliche Gruppen, die ihre Interessen auf die unterschiedlichste Art und Weise verfolgen. Während die einen Gruppen versuchen, selbst in den Organen durch ihre Vertreter Einfluss zu nehmen, versuchen andere, durch zur Verfügungstellung von Know-how oder anderen Mitteln Einfluss zu nehmen (Lobbying). Aufgrund der überragenden Bedeutung einzelner Gruppen werden fünf verschiedene Entscheidungsebenen, die aber gegenseitig aufeinander einwirken extra ausgegliedert. Diese fünf Ebenen sind:

1. Die Regierung,
2. das Parlament,
3. die Parteien,
4. die Interessensgruppen und
5. die öffentliche Meinung.<sup>237</sup>

Im Rahmen der dezisiven Gewaltenteilungslehre findet man jedoch auch die staatsrechtliche, die föderative und die konstitutionelle Teilungslehre. Laut *Gustav*

---

676ff.

235 *Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 26f.

236 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 224.

237 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 48.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

*Kafka* findet man in einer „pluralistisch-rechtsstaatlichen Demokratie“ einen zwar freien, aber durch bestimmte Regelungen genau vorgegebenen Wettbewerb, um die Wahlberechtigten, also das Volk, für sich und seine Positionen zu gewinnen. Das Volk hat hiebei auch die Aufgabe der Kontrolle der Staatsführung, und setzt sich dieses Volk nicht nur aus einzelnen Individuen zusammen, sondern besteht es vielmehr aus zahllosen einzelnen Gruppierungen, die zum einen öffentliche Meinung bilden und in denen sich zum anderen „das Strukturprinzip aller Gruppenbildung, nämlich die Einheit des Zusammenwirkens von Führern und Geführten“ verwirklicht.<sup>238</sup>

Im Rahmen des Staates obliegt es den Parteien, den Staat handlungsfähig zu machen. Parteien sind die Kräfte, die für die Organisation des Staates den notwendigen Antrieb liefern. Sie tragen zur Einheit bei der Entscheidungsfindung sowie zur organisierten Umsetzung von Vorhaben bei, und dienen dadurch dem Gemeinwohl.<sup>239</sup>

Zum besseren Verständnis des Systems der dezisiven Teilungslehre wird allgemein unterschieden zwischen dem staatlichen, herrschaftlichen Raum und dem sozialen, genossenschaftlichen Raum. Unter letzterem versteht man einen nichtstaatlichen Bereich, in dem sich Religion, Wirtschaft und Geisteswissenschaft entfalten können. Im staatlichen Raum hingegen ist der Staatsapparat tätig. Zum staatlichen Raum werden gezählt die Regierung und das Parlament und zum sozialen Raum die Interessengruppen und die öffentliche Meinung. Quasi als Verbindungsglied fungieren die Parteien.<sup>240</sup> Die Interessengruppen umfassen alle Gruppen, die sich am politischen Entscheidungsprozeß beteiligen (zB staatliche Verwaltungsbürokratie, Gerichtsbürokratie, diverse Kammern und Körperschaften uvam). Zwischen den fünf Entscheidungsebenen bestehen zwar Abhängigkeiten, doch ist es notwendig, dass innerhalb der einzelnen Entscheidungsebenen eine möglichst freie Entscheidung möglich ist, um ein pluralistisches System zu gewährleisten.<sup>241</sup> Zweifelsohne besteht ein Einfluss durch Interessensgruppen auf das staatliche Handeln, was wiederum die Gefahr mit sich bringt, dass einflussreichere Gruppen andere Gruppen, die weniger

---

<sup>238</sup> *Kafka*, Arbeitstagung Ettal zitiert in *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 49.

<sup>239</sup> *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 50.

<sup>240</sup> *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

<sup>241</sup> *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 227.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Einfluss haben und deren Ideen und Wünsche zurückdrängen.<sup>242</sup>

Die dezitative Gewaltenteilung muss zum einen dafür sorgen, dass die dem staatlichen Raum zugehörigen Ebenen nicht zu einem Werkzeug einer Interessengruppe werden und vor allem bei der öffentlichen Meinung Pluralismus gewährleisten wird, zum anderen muss sichergestellt werden, dass die den sozialen Raum zugehörigen Ebenen sich frei entfalten können.

## 6. Konstitutionelle Gewaltenteilung

Bei dieser Form der Gewaltenteilung kommt es zu einer Einschränkung durch die Verfassung selbst. Es gibt in einem Staat Normen unterschiedlicher Bedeutsamkeit (Grundprinzipien der Verfassung, einfache Gesetze, Verordnungen). Als Folge dieser unterschiedlichen Bedeutsamkeit kommt man zum Schluss, dass die Normen je nach Gewichtigkeit von unterschiedlichen Organen erlassen werden müssen.<sup>243</sup> In Österreich geschieht dies zB dergestalt, dass einfache Gesetze vom Nationalrat mit einfacher Mehrheit beschlossen werden können, wobei ein Drittel der Mandatare anwesend sein muss<sup>244</sup> und dem Bundesrat nur ein aufschiebendes Veto zukommt<sup>245</sup>. Verfassungsgesetze hingegen können nur mit einer Zweidrittelmehrheit und bei Anwesenheit von wenigstens der Hälfte der Abgeordneten beschlossen werden<sup>246</sup>. Bei einer Gesamtänderung der Verfassung ist weiters eine Abstimmung durch die Bevölkerung vorgesehen (Art 44 Abs 3 B-VG).<sup>247</sup> Weiters wird durch die Verfassung festgelegt, dass dem Bundesrat als Länderkammer dann ein absolutes Veto zukommt, wenn die Kompetenzen der Länder verändert werden sollen.<sup>248</sup>

Ein moderner Bundesstaat ist heute ohne eine Verfassung, welche auch eine konkrete

---

242 *Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 31.  
243 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

244 Art 31 B-VG.

245 Art 42 Abs 2 B-VG.

246 Art 44 Abs 1 B-VG.

247 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 4.

248 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 267; Art 44 Abs 2 B-VG.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Zuteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Länder vornimmt, nicht denkbar. Durch die Normierung von Verfassungsbestimmungen, die nur mit einer Zweidrittelmehrheit geändert werden können, werden gewisse Einschränkungen sowie Kontrolle möglich. Zur Änderung bedarf es nämlich der Zweidrittelmehrheit im Parlament und somit eines Konsenses unter den Abgeordneten. Durch dieses hohe Mehrheitserfordernis wird gewissermaßen sichergestellt, dass bestimmte Vorschriften nicht einfach wieder geändert werden können, und wenn doch, nur unter der Voraussetzung, dass die geplante Änderung eine breite Zustimmung unter den Parlamentsabgeordneten findet.<sup>249</sup>

Dieses System der Gewaltenteilung stellt daher auf die verschiedenen Rechtsebenen ab bzw beschäftigt sie sich mit den Organen die zur Setzung der unterschiedlichen Rechtsakte befugt sind.

Es wird in diesem System klar zwischen dem Verfassungsgesetzgeber und dem einfachen Gesetzgeber unterschieden. Die Hauptfrage in diesem System ist die nach der Zuständigkeit von verfassungsgebender oder gesetzgebender Gewalt (also die Unterscheidung Verfassungsgesetzgeber und einfacher Gesetzgeber).<sup>250</sup>

Um die Fragen, die sich im Rahmen dieses Gewaltenteilungssystems ergeben zu verdeutlichen, vergleicht *Steffani* die Situation in Großbritannien, den USA und der Schweiz. So stellt sich in Großbritannien das Problem der Unterscheidung zwischen einfachem Gesetzgeber und Verfassungsgesetzgeber erst gar nicht, da dort eine derartige Unterscheidung real nicht existiert, da einfach jedem von dem Parlament verabschiedetem Gesetz Verfassungsrang zukommt. Daraus folgt, dass diese Gesetze von keiner außerparlamentarischen Instanz auf mögliche Verfassungsverstöße hin überprüft werden (Parlamentssouveränität); auch gibt es darüber – wie dies in der Schweiz ist – keinen Volksentscheid. Zusammengefasst kann man daher sagen, dass das von der Parlamentsmehrheit Verabschiedete der Verfassung entspricht.<sup>251</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass Großbritannien keine geschriebene Verfassungskunde hat. Dennoch haben sich auch in Großbritannien gewisse Verfassungsnormen gebildet,

---

249 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 265.

250 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48; *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 46f.

251 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 46f.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

die tatsächlich den einfachen Gesetzen übergeordnet sind. Beispiele dafür sind die sogenannte Habeas-Corpus-Akte von 1679 und die Bill of Rights von 1689. Das britische Parlament hätte realistisch betrachtet nicht die Möglichkeit diese Gesetze mit einfachem Gesetzesbeschuß aufzuheben.<sup>252</sup> Dies lässt sich damit erklären, dass Regelungen, die fest im Bewußtsein der Bevölkerung verankert sind, auch als Verfassung gelten, selbst wenn sie nicht als Verfassung niedergeschrieben sind. Bei einem Bundesstaat hingegen ist es unumgänglich, eine Verfassungskunde zu erstellen. Dies deswegen, weil dort mehrere Ebenen der Staatlichkeit existieren, und es wichtig ist, entsprechende Regelungen über die Kompetenzen aufzustellen, um in weiterer Folge Übergriffe als solche erkennen und gegen sie vorgehen zu können. Wäre eine Regelung dieser Punkte nicht durch die Verfassung gewährleistet, sondern könnte derartiges durch eine einfache Gesetzesänderung abgeändert werden, wäre die Existenz der einzelnen Glieder des Staates auf Dauer gefährdet. Die Verfassung bietet somit Rechtssicherheit über die Kompetenzen, auch dadurch, dass sie festlegt, wann eine Änderung der Verfassung zulässig ist. Über Verfassungsverletzungen hingegen entscheidet die Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>253</sup>

In den USA hingegen ist das Parlament an die Verfassung gebunden, was zur Folge hat, dass es quasi unter die Verfassung tritt. Für die Erlassung eines Gesetzes ist es ausreichend, wenn sowohl Senat als auch Repräsentantenhaus mit einfacher Mehrheit ein Gesetz beschließen und der Präsident kein Veto gegen dieses Gesetz einlegt. Für eine Verfassungsänderung bedarf es hingegen sowohl im Senat als auch im Repräsentantenhaus einer Zweidrittelmehrheit sowie weiters muss eine Zustimmung durch Dreiviertel der Gesetzgebenden Organe der in den USA existierenden Einzelstaaten vorliegen.<sup>254</sup> Eine Verfassungsänderung ist aufgrund dieser formal strengen Voraussetzungen nur sehr schwer möglich. Allfällige Kompetenzüberschreitungen des einfachen Gesetzgebers können in den USA dabei von den Gerichten geprüft werden – in letzter Instanz ist dies der Supreme Court, der

---

252 Kimmel, Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten<sup>5</sup>, 412ff.

253 Loewenstein, Verfassungslehre<sup>3</sup>, 289.

254 Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 47; Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 50.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

durch seine Rechtsprechung großen Einfluss auf die Verfassungswirklichkeit in den USA nimmt. Die Verfassung der USA wird nämlich durch die Rechtsprechung des Supreme Court an die sich ändernden Gegebenheiten angepasst.<sup>255</sup>

Wieder anders ist die Situation in der Schweiz. Die Bundesgerichte haben zwar verfassungsgerichtliche Kompetenzen, jedoch nur bei Konflikten zwischen dem Recht des Bundes und dem eines Kantons; Bundesgesetze dürften nicht auf Widersprüche zur Verfassung von Bundesgerichten geprüft werden. In der Schweiz, in der das Prinzip der direkten Demokratie umgesetzt ist gibt es das sogenannte Referendumsverfahren, bei welchem der wahlberechtigte Teil des Volks mittels (fakultativem oder obligatorischem) Referendum Gesetze aufheben oder bestätigen kann. Der wahlberechtigte Teil des Volkes ist somit sowohl einfachgesetzgebend wie auch verfassungsgesetzgebend tätig, wobei es keine verfassungsgerichtliche Kontrolle gibt.<sup>256</sup>

Kerngedanke der direkten Demokratie ist der, dass das Volk bei Sachfragen direkt mitentscheiden kann. Dem demokratischen Prinzip kommt in der Schweiz eine übergeordnete Rolle zu, und bedeutet ein konsequente Umsetzung sogar, dass das Volk und die Volksvertretung gegenüber den anderen Staatsgewalten eine Vorrangstellung einnimmt. Eine direkte Entscheidung durch die Bürger kann mithilfe unterschiedlicher Instrumente, wie der Verfassungsinitiative, dem Verfassungsreferendum, dem Gesetzes- und Staatsvertragsreferendum, erreicht werden. In der Bundesverfassung wird auch ausdrücklich normiert, dass die Bundesversammlung die „oberste Gewalt des Bundes“ darstellt. Weiters müssen die Bundesgerichte und auch alle anderen Rechtsanwendungsorgane die Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse selbst dann anwenden, wenn diese der Bundesverfassung widersprechen, da das demokratische Prinzip gegenüber dem rechtsstaatlichen Prinzip eine Vorrangstellung genießt.<sup>257</sup>

Beim Gesetzesprüfungsverfahren durch die Verfassungsgerichtsbarkeit liegt der gewaltenteilende Aspekt darin, dass festzustellen ist, ob ein Beschluss, den der

---

255 Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 224.

256 Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 57ff.

257 Häfelin/Haller, Schweizer Bundesstaatsrecht<sup>2</sup>, 44f.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Gesetzgeber gefasst hat, mit gesetzgebender oder mit verfassungsändernder Mehrheit gefasst werden durfte, sowie auch, ob ein Gesetz durch Interpretation mit den Bestimmungen der Verfassung vereinbart werden kann.<sup>258</sup> Für den Fall, dass sich der Gesetzgeber in einem derartigen Streitfall auf einen „entsprechend gedeuteten Wählerwillen“ beruft, ist darauf hinzuweisen, dass „sich auch die für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten auf „Wählerwillen“ beziehen können.“ Ansonsten würde die Situation entstehen, dass das Volk zwar eine Verfassung will, die eben zwischen dem einfachen und dem Verfassungsgesetzgeber unterscheidet, jedoch aufgrund eines „Wählerauftrages“ an den Gesetzgeber die vom Volk gewollte Entscheidung wieder aufheben würde. Die Funktion der Verfassungsgebung bildet somit laut *Steffani* neben den anderen drei Gewalten eine eigenständige vierte Gewalt.<sup>259</sup>

## 7. Temporale Gewaltenteilung

Dieses System befasst sich, wie der Name schon sagt, mit der Zeitkomponente im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung. Es gibt, wie bereits erwähnt, in einer Gesellschaft unterschiedliche Meinungen und Standpunkte. Mittels Wahlen werden Repräsentanten festgelegt, welche den Willen der Bevölkerung umsetzen sollen. Die wichtigste Frage, die sich im Zusammenhang mit der temporalen Gewaltenteilung stellt, ist die Frage nach der Dauer einer Amtsinhabung, also dem Zeitrahmen, in welchem sich ein Repräsentant wieder einer Wahl zu stellen hat, durch welche das Volk Zustimmung oder Ablehnung gegenüber dem Repräsentanten und dessen Politik äußern kann.<sup>260</sup> *Friedrich Meinecke* spricht in diesem Zusammenhang von einer sogenannten „temporären Vertrauensdiktatur“<sup>261</sup>. *Rousseau* spricht auch dieses Problem an, und äußert sich dazu sinngemäß, dass das englische Volk, welches meint, frei zu sein, sich in diesem Punkt täusche, da eine Freiheit höchstens während der Zeit

258 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 47.

259 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 47.

260 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 230.

261 *Meinecke*, Politische Schriften und Reden, 51.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

der Parlamentswahl bestehe. Nach der Wahl hingegen sei das Volk nicht mehr frei, sondern lediglich ein Sklave. Jedoch habe das Volk es, aufgrund des Gebrauches der Freiheit auch verdient, diese wieder zu verlieren.<sup>262</sup>

Bei der temporalen Gewaltenteilung kommt es zum Zweck der Kontrolle mitunter zu häufigen Intervallen bei den Wahlen. Ein gutes Beispiel für die unterschiedlichen Intervalle von Wahlen für diverse Amtsinhaber sind die USA: Die Mitglieder des Repräsentantenhauses werden alle zwei Jahre, der Präsident alle vier Jahre und die Senatoren alle sechs Jahre neu gewählt. Das Repräsentantenhaus wird dabei alle zwei Jahre komplett neu gewählt, bei den Senatswahlen werden jedoch nur ein Drittel der Senatoren neu gewählt.<sup>263</sup> Häufig ist es so, dass das „Volkshaus“ einer häufigen Totalerneuerung entgegensteht, während das „Oberhaus“ sich in längeren Intervallen der Wahl stellen muss, und es zusätzlich häufig nur zu einer Partialerneuerung kommt.<sup>264</sup>

Mit der Idee der zeitlichen Gewaltenteilung ist es jedoch unvereinbar, wenn das System so aufgebaut ist, dass das Volk nie die Gelegenheit hat, bei einem Wahlgang die politische Landschaft grundlegend zu ändern, was dann der Fall wäre, wenn sich ein Organ nicht in regelmäßigen Abständen einer Wahl stellen muss.<sup>265</sup>

Bei dem System der temporalen Gewaltenteilung kommt es somit in regelmäßigen Abständen immer wieder zu Wahlen. Die jeweiligen Machträger müssen sich so in regelmäßigen Abständen zur Wahl stellen und somit wird sichergestellt, dass sich jeder Machträger dem Willen des Volkes beugt. Der dahinterstehende Gedanke ist der, dass ein Machträger, der ansonsten eine Abwahl fürchten muss, eher den Willen des Volkes umsetzt bzw. diesem Rechnung trägt, als einer der dies nicht muss. Um eine möglichst effektive Umsetzung zu erlangen werden die Abstände, in denen sich der Machträger zu Wahl stellen muss, kurz gehalten. Somit kommt es zu einer Begrenzung der Zeit, in der eine Person als Machträger auftreten kann.<sup>266</sup> Ein weiterer Aspekt der hier zu

---

262 Rousseau, *Der Gesellschaftsvertrag*, 55.

263 Pelinka, *Grundzüge der Politikwissenschaft*<sup>2</sup>, 50.

264 Steffani, *Gewaltenteilung und Parteien im Wandel*, 43.

265 Steffani, *Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien*, 132.

266 Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, 569; Steffani, *Gewaltenteilung und Parteien im Wandel*<sup>1</sup>, 41.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

berücksichtiein ist, ist auch die Opposition, da diese – wie unter dem Punkt „Neue Gewaltenteilung“ dargelegt – als Alternative zur Regierung auftreten wird, und durch ihre Kritik und ihre Entwicklung neuer Konzepte Einfluss auf die Regierung nehmen wird.<sup>267</sup>

#### 8. Personelle Gewaltenteilung

Bei diesem System wird auf den einzelnen Träger der Macht abgestellt, somit auf die Personen, die im Rahmen der einzelnen Gewalt agieren und die Funktionen der einzelnen Gewalt ausüben. Die Macht wird im Zuge der Gewaltenteilung auf einzelne Organe aufgeteilt, und es ist gewissen Gewaltenträgern nicht gestattet, ein Amt, das einer anderen Gewalt zugeordnet wird, zeitgleich auszuüben. Man spricht hier von Inkompatibilität.<sup>268</sup> Durch solche Regelungen sollen Interessenskonflikte, die sich durch die zeitgleiche Ausübung zweier Funktionen von unterschiedlichen Gewalten ergeben könnten, vermieden werden. Durch derartige Bestimmungen soll auch verhindert werden, dass die Objektivität eines Amtsträgers in Zweifel gezogen wird. Es besteht aber nicht nur eine Unvereinbarkeit zwischen öffentlichen Ämtern, sondern zum Teil auch zu wirtschaftlichen Funktionen.<sup>269</sup>

#### 9. Zusammenfassung

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Begriff der Gewaltenteilung ein vielschichtiger und komplexer ist, und dass mehrere Aspekte bei einer umfassenden Untersuchung eines Staates auf Umsetzung der Gewaltenteilung hin mit berücksichtigt werden müssen. So geht der Begriff viel weiter als die bekannte Dreiteilung, wie sie *Montesquieu* beschreibt, auch wenn allen Definitionen gemein ist, dass eine

---

267 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 88.

268 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 260.

269 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 189.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Machtkonzentration verhindert werden soll, um Machtmißbrauch zu vermeiden. Es sind zum einen im Staat selber unterschiedliche Ebenen zu berücksichtigen, aber weiters ist auch die soziale Ebene miteinzubeziehen, wobei die oben umschriebenen Systeme miteinander in Verbindung stehen.<sup>270</sup>

Der Teilung der Gewalten kann auf unterschiedlichen Kriterien beruhen, es machen diese unterschiedlichen Kriterien, die unterschiedliche Betrachtungsweisen ermöglichen, erst möglich, sich ein umfassendes Bild von dem Begriff der Gewaltenteilung zu machen. Die Gewaltenteilung ist weiters unumgänglich um Freiheit und Demokratie, sowie ein Zusammenleben der Menschen in Würde, zu gewährleisten und daher aus modernen Demokratien in der heutigen Zeit nicht mehr wegzudenken.<sup>271</sup> Die politologische Gewaltenteilungslehre wird für die Beurteilung der tatsächlichen Verwirklichung von Freiheit in einem Staat herangezogen<sup>272</sup>. Das System der checks and balances ist daher als Garant dafür zu sehen, dass durch ein Gleichgewicht der Kräfte die Freiheit gewahrt und eine Diktatur bzw Anarchie vermieden wird.<sup>273</sup>

## B. Regelungen im österreichischen Bundesverfassungsgesetz

Das Prinzip der Gewaltenteilung ist in Österreich zwar nicht ausdrücklich allgemein ausformuliert, jedoch ergibt sich das Bestehen dieses Prinzips in Österreich aus unterschiedlichen Verfassungsbestimmungen.

Historisch betrachtet ist die Abkehr von der monarchischen Gewaltenteilungsidee, welche mit dem Ende der Monarchie in Österreich einherging, ein wichtiger Entwicklungspunkt im republikanischen Verfassungsrecht. Obwohl es im Kremsierer Verfassungsentwurf von 1848/49 bereits eine Ausformulierung der Gewaltenteilung, welche mit der Volkssouveränität in Einklang stand, gab, wurde dieser Entwurf zu

270 *Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 145.  
271 *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995,153.

272 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 48.

273 *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995,153.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Beginn abgelehnt. In der Verfassung von 1918 war, obwohl es Gegner der Gewaltentrennung gab, schon Gewaltenteilung zu erkennen. Die Gesetzgebung lag in weiten Teilen bei der Nationalversammlung, Vollziehungsaufgaben lagen hauptsächlich beim Staatsrat und richterliche Angelegenheiten bei den Gerichten. In dieser Verfassung war auch bereits das Konzept der Proporzdemokratie zu erkennen. Dieses Prinzip besagt, dass das Volk vom Parlament und das Parlament von der Regierung – „als proportional gewählter Parlamentsausschuss“ – repräsentiert wird.<sup>274</sup> Jedoch setzt sich in weiterer Folge, und zwar bereits im Februar 1919, die „Parlamentsherrschaft in der Form der Mehrheitsregierung“ durch, es kommt daher in weiterer Folge zur Bildung einer Mehrheit, welche die Regierung unterstützt und einer Opposition, welche die Aufgaben der Kontrolle zufällt. Mit dem Gesetz vom 14. 3. 1919 über die Volksvertretung, StGBI Nr 179 wurde die oberste Gewalt der Republik auf die Nationalversammlung als höchstes Organ übertragen. Damit wurde dem Prinzip der Volkssouveränität und der Ablehnung des Gewaltenteilungsprinzips Ausdruck verliehen, da die Staatsgewalt beim Volk liegt und diese vom Volk auf die Nationalversammlung als gesamtes übertragen wird, und es würde dem Volk obliegen, eine allfällige Delegation dieser Staatsgewalt vorzunehmen.<sup>275</sup> Kelsen lehnte aus dem Grund die Gewaltenteilungslehre anfangs ab, da er dadurch eine Einschränkung der Volkssouveränität fürchtete, und er hat erst später den Wert der Gewaltenteilung als Instrument zur Vermeidung von Machtmissbrauch betont.<sup>276</sup> In der Verfassung von 1919 war eine repräsentative Demokratie vorgesehen, sowie das Prinzip der Verhältniswahl und auch die Parlamentsherrschaft. Durch die Einrichtung des Misstrauensvotums wurde die parlamentarische Regierung festgelegt.<sup>277</sup> In der Verfassung von 1919 gab es eine Form der Gewaltenteilung dadurch, dass ein Mitglied der Staatsregierung nicht gleichzeitig Mitglied des Hauptausschusses der Nationalversammlung sein konnte. Dadurch wurde die sogenannte parlamentarische

---

274 Welan, Die Gewaltenteilung in Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 485.

275 Kelsen, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 12.

276 Korinek, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 153.

277 Welan, Die Gewaltenteilung in Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 486ff.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Exekutive von der Vollziehung getrennt. Dadurch, dass die Regierung vom Parlament unmittelbar gewählt wurde und dass es eine parlamentarische Regierung gab, meinte man, das Gewaltenteilungsprinzip nicht umzusetzen. Dabei wurde jedoch übersehen, dass es eine Gewaltenteilung dadurch gab, dass am politischen Leben Parteien beteiligt waren und auch die Staatsmacht geteilt war und auch die alte Ordnungskonzeption der Gewaltenteilung fortdauerte.<sup>278</sup>

Vor allem im den Jahren 1918 bis 1920 wurde die Meinung vertreten, dass die Gewaltenteilung mit dem Prinzip der Volkssouveränität nicht vereinbar sei. Um zu verhindern, dass der Gesamtwille eines „vielköpfigen“ Parlaments dem des Volkes entgegensteht, dürfe sich der Machtwille der Einzelnen im Parlament wenig entfalten. Um die unterschiedlichen Meinungen des Volkes im Parlament bestmöglich widerspiegeln und erhalten zu können, eigne sich ein großes Parlament besser. Hingegen würde ein Exekutivorgan, welches sich nur aus wenigen Personen zusammensetzt oder ein „einzelnes Staatsoberhaupt“ einen Widerspruch zur Volkssouveränität darstellen. Darum würden moderne Demokratien das Gewaltenteilungsprinzip überwinden, da es ein Charakteristikum von Monarchien und Präsidentschaftsrepubliken, welche der Monarchie nachgebildet sind, sei.<sup>279</sup>

Erst später kam es zu einem Abgehen von dieser Meinung, und kam die Meinung auf, dass Gewaltenteilung notwendig sei, um durch die Aufteilung der Macht auf einzelne Organe eine Kontrolle zu erreichen und Machtmissbrauch zu verhindern.<sup>280</sup>

In der Auseinandersetzung um die entgültige Verfassung und der Umsetzung der Gewaltenteilung ging es auch intensiv um die Frage der föderalen Gewaltenteilung und somit um die Frage der Aufteilung der Macht zwischen Bund und Ländern. Jedoch wurde in der Diskussion diese Aufteilung zwischen Bund und Ländern, somit die föderale Gewaltenteilung und auch die Thematik der Unterscheidung zwischen verfassungs- und gesetzgebender Gewalt und die in diesem Zusammenhang stehende

---

278 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 487ff.

279 *Kelsen*, Die Entstehung der Republik Österreich und ihrer Verfassung in *Klecatsky* (Hrsg), Die Republik Österreich, 55ff.

280 *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 83; *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 488f.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Verfassungsgerichtsbarkeit nicht unter dem Aspekt der Gewaltenteilung erörtert, da unter diesem Aspekt nur die klassische Gewaltenteilung thematisiert wurde. Es gab daher unterschiedliche Entwürfe und es ist den meisten gemein, dass zwischen der Gesetzgebung und Vollziehung unterschieden wurde, und die Vollziehung wiederum in Gerichtsbarkeit und Regierungsgewalt unterteilt wurde. In den Jahren von 1918 – 1929 der Ersten Republik kam es bei der Entwicklung der Verfassung zu einer beständigen „Steigerung der klassischen Gewaltenteilung“, wobei die Entwicklung hin zu einer „gewaltenteilenden Präsidentschaftsrepublik“ ging, welche jedoch letztendlich nicht erreicht wurde.<sup>281</sup> In der Verfassung von 1920 (B-VG 1920) wurde das Prinzip der Gewaltenteilung schon weitaus mehr als in den vorangegangenen Verfassungen umgesetzt. Es gibt die Unterscheidung nach Gesetzgebung und Vollziehung, die Bundesverfassung basiert auf einem gewaltenteilenden Verständnis hinsichtlich dieser beiden Gewalten. Die Vollziehung ist in der Verfassung von 1920 in Verwaltung und Gerichtsbarkeit unterteilt, die Beteiligung der Gesetzgebung an der Verwaltung ist auf einige ausdrücklich bestimmte Fälle beschränkt. 1929 kam es zu einer Verfassungsreform, und bei dieser war die Thematik der Gewaltenteilung präsent, da es in der politischen Entwicklung zu einer neuen Machtverteilung zwischen dem sozialistischen und dem bürgerlichen Lager gekommen war. Die Regierungsvorlage der Reform sah eine Stärkung der Exekutive zulasten der Legislative vor, um die staatliche Autorität zu stärken. In dem Entwurf war ein Mehr an Staatsautorität sowie an Gewaltenteilung vorgesehen, weiters eine „Entpolitisierung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts“. Dies hätte nicht nur eine Stärkung der Exekutive zulasten der Legislative zur Folge gehabt, sondern darüber hinaus auch eine Schwächung der Minorität, der Länder, vor allem Wiens, sowie der Sozialdemokratie bedeutet.<sup>282</sup> In der Debatte um die Gewaltenteilung gab es von den beiden Lagern, dem bürgerlichen und dem sozialdemokratischen, unterschiedliche Auffassungen und somit unterschiedliche Ansätze. Die bürgerlichen Parteien vertraten den „Übergang zum System der

---

281 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 490f.

282 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 493.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Präidentschaftsrepublik mit parlamentarischer Verantwortlichkeit der Vollziehung“ sowie eine Schaffung von Gegengewichten zum Parlament, während die Sozialdemokraten in „dieser Form der Gewaltenteilung die eigene Entrechtung und Ausschaltung“ sahen, und in den Ansätzen der Sozialdemokraten wurde daher die Idee der „neuen Gewaltenteilung“, welche eine Teilung in Regierung und Opposition, somit in Mehrheit und Minderheit, vorsieht, vertreten. In der konkreten Umsetzung der Verfassungsreform von 1929 die Gewaltenteilung zwischen der Gesetzgebung und der Vollziehung eine Stärkung ohne dabei zu einer Präidentschaftsdemokratie zu werden. Bei diesen Diskussionen wurde die Stellung der Judikative aufgrund ihrer Neutralität, abgesehen von der Verfassungsgerichtsbarkeit, kaum diskutiert.<sup>283</sup>

Die wichtigste Bestimmung der Bundesverfassung aus der sich das Gewaltenteilungsprinzip ableiten lässt, ist der Art 94 B-VG. Dieser Artikel ist auch der Einzige, der explizit eine Trennung von Gewalten anspricht. In Österreich zeigt sich der Gedanke der Gewaltenteilung jedoch nicht nur im Art 94 B-VG, der eine Trennung der Verwaltung von der Gerichtsbarkeit normiert, sondern manifestiert sich die Gewaltenteilung auch in der Existenz von Selbstverwaltungskörpern (Art 115 ff B-VG), in den Regelungen hinsichtlich der Inkompatibilität, in der Existenz des Bundesstaates, sowie auch in der „Trennung von Gesetzgebungs- und Vollziehungsorganen“<sup>284</sup> So besteht in Österreich trotz der Tatsache, dass es keine Norm gibt, in welcher der Gedanke einer umfassenden Trennung der Gewalten – Art 94 B-VG bezieht sich nur auf die Trennung der Verwaltung und Gerichtsbarkeit – explizit ausformuliert wurde Gewaltenteilung. Hinsichtlich der Verschränkung der Gewalten fällt jedenfalls auf, dass die Kooperation zwischen der Gesetzgebung und der Verwaltung zahlreich ist, während die Judikative relativ isoliert dasteht und darüber hinaus sogar Mitwirkungsrechte an der Judikative ausgeschlossen sind.<sup>285</sup>

---

283 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 494f.

284 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 88; *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 153.

285 *Winkler*, Das österreichisch Konzept der Gewaltenteilung in Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliche Recht, und Verfassungsgeschichte, 6. Band, 1967, 305.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Die Gewaltenteilung ist somit aus unterschiedlichen Artikeln der Bundesverfassung ableitbar, die Umsetzung des Prinzips der Gewaltenteilung ist bei den einzelnen Gewalten ersichtlich. Bei der Legislative wird dies durch das Zweikammernsystem deutlich, bei der Exekutive durch das Ministerialsystem und durch die Existenz des Staatsoberhauptes. Sogar bei der Judikative findet sich eine Teilung und zwar dergestalt, dass die Rechtsprechung auf verschiedene Höchstgerichte aufgeteilt wird.<sup>286</sup> Das Bundesverfassungsgesetz versteht sich als eine „Verfassung der Freiheit“, das Prinzip der Gewaltenteilung ist eines der tragenden Prinzipien der österreichischen Verfassung. Historisch betrachtet galt das Gewaltenteilungsprinzip jedoch nicht immer als ein Kernstück der österreichischen Verfassung, sondern es kam diesem Prinzip ein geringer Stellenwert zu. Erst aufgrund des Falles Habsburg wurde dem Gewaltenteilungsprinzip erhöhte Aufmerksamkeit zuteil, und es ist ein Verdienst von *Antoniolli* und *Winkler*, dass die Gewaltenteilung ins Bewußtsein der Staatsrechtslehre drang.<sup>287</sup>

In der weiteren Folge meiner Arbeit möchte ich zuerst auf die Grundprinzipien, welche in der österreichischen Verfassung angesprochen und in der Verfassungswirklichkeit auch umgesetzt sind, eingehen, um anschließend die einzelnen Gewalten und die Gewaltenverschränkung in Österreich zu untersuchen.

#### **1. Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung**

##### **a. Allgemeines**

Neben dem in dieser Arbeit behandelten Baugesetz der österreichischen Verfassung, der Gewaltenteilung gibt es auch noch weitere Prinzipien, die ich hier auch noch kurz ansprechen möchte.

---

286 *Ermacora*, Allgemeine Staatslehre, 609.

287 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 482.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Neben dem gewaltenteilenden Prinzip gibt es noch das demokratische, das republikanische, das rechtsstaatliche, das liberale und das bundesstaatliche Grundprinzip.<sup>288</sup>

Das Prinzip der Gewaltenteilung ist zwar nicht direkt im Bundesverfassungsgesetz geregelt, jedoch ergibt es sich indirekt aus dem Aufbau des B-VG. Es gibt in selbiger die Gesetzgebung und daneben noch die Vollziehung, welche in Gerichtsbarkeit und Verwaltung unterteilt wird. Ein weiteres Indiz für die Umsetzung der Gewaltenteilung ist der Föderalismus.<sup>289</sup>

Es wäre jedoch unzulässig, wenn man die von *Montesquieu* vorgenommene Unterteilung einfach auf moderne Verfassungen überträgt, da er unter den einzelnen Gewalten etwas anderes verstand, als man heute darunter versteht. Mit Exekutive zB meint er lediglich die Regierungsfunktion, nicht jedoch das, was alles unter den Begriff der Verwaltung fällt, und unter Judikative subsumiert *Montesquieu* lediglich die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit, nicht jedoch den Bereich der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Es ist jedoch so, dass sich das Gewaltenteilungsprinzip auf die Ausübung der einzelnen Gewalt bezogen zu sehen ist, denn das Volk bleibt Träger der Staatsgewalt, während die Ausübung den Repräsentativorganen obliegt.<sup>290</sup>

#### b. Das demokratische Grundprinzip

In Art 1 B-VG heißt es „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“ Das Wort Republik wird hier dazu gebraucht, um die Staatsform anzugeben. Das Wort demokratisch hingegen drückt das vorgesehene politische Ordnungssystem aus. Der Begriff der Demokratie wird jedoch nicht näher erläutert.<sup>291</sup>

Der zweite Satz des 1. Artikels befasst sich mit der Art und Weise wie die

288 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 192ff.

289 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 496.

290 *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 152.

291 *Schambeck*, Die Demokratie in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 149.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Staatswillensbildung vonstatten gehen soll, und zwar wird festgelegt, dass dies durch das Volk geschieht, da bei diesem die Souveränität liegt. Ausgeübt hingegen wird diese von den Repräsentativorganen.<sup>292</sup>

Die Einstufung Österreichs als demokratische Republik ergibt sich jedoch nicht nur aus der Bestimmung des Artikel 1 B-VG, sondern vielmehr aus dem gesamten Bundesverfassungsgesetz. Es ist zudem auch jede Bestimmung im Hinblick auf die demokratisch republikanische Staatsform auszulegen.<sup>293</sup> Es ist daher unbestritten, dass das demokratische Grundprinzip erst durch andere Bestimmungen konkret Gestalt annimmt. Es handelt sich dabei vor allem um die Bestimmungen, die die allgemeinen Vertretungskörper (insbesondere die Regelung zu deren Kreation und Funktion) „sowie die Abhängigkeit der Vollzugsorgane von diesen Repräsentativkörperschaften“ betreffen. Art 1 B-VG macht aber darüber hinaus klar, dass alle Staatsorgane ihre Legitimation vom Volkswillen ableiten müssen.<sup>294</sup>

*Merkl* führt dazu aus, dass sich das demokratische Prinzip sowohl durch die Bundesverfassung als auch die sonstigen Verfassungsrechtsquellen (Landesverfassungen sowie das übrige Recht) wie ein roter Faden zieht.<sup>295</sup> Art 1 B-VG dient einerseits als Auslegungsregel und bildet darüber hinaus aber auch eine Schranke für allfällige geplante Änderungen, die sich auf Regelungen, die das demokratische Prinzip ausgestalten, beziehen, zB Regelungen, die das Wahlrecht betreffen. Beschränkungen des Wahlrechtes wären in jedem Fall als eine Änderung des demokratischen Prinzipes zu werten, und daher ohne Volksabstimmung nicht durchführbar. Strittig hingegen ist die Frage, ob die Änderung vom derzeit vorherrschenden Verhältniswahlrecht auf das Mehrheitswahlrecht als Änderung des demokratischen Prinzipes zu sehen wäre oder nicht.<sup>296</sup>

Als einer der wichtigsten demokratischen Elemente wird die Volkswahl der

---

292 *Welan*, Die Gewaltenteilung in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 495.

293 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 79.

294 *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 6.

295 *Merkl*, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in *Klecatsky* (Hrsg), Die Republik Österreich – Gestalt und Funktion ihrer Verfassung, 81.

296 *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 16f.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Vertretungskörper sowie des Bundespräsidenten gesehen.<sup>297</sup>

Man unterscheidet zwischen dem Verhältnis- und dem Mehrheitswahlrecht. In Österreich gibt es ein Verhältniswahlrecht, mit den Grundsätzen eines allgemeinen, gleichen, unmittelbaren, persönlichen, geheimen und freien Wahlrechtes (Art 26 B-VG).<sup>298</sup> Letzteres bewirkt in aller Regel die Bildung von Zwei-Parteien-Systemen. Durch eine Wahl wird daher entweder die Partei, die die Regierung bildet, bestätigt oder abgelöst, was bei einem Verhältniswahlsystem deswegen oft nicht möglich ist, da eine Partei trotz enormen Stimmverlusten dennoch auch an der Regierung im Rahmen einer Koalition beteiligt sein kann.<sup>299</sup> Dieser Meinung kann jedoch entgegengehalten werden, dass gerade durch das Bestehen mehrerer Parteien der Mehrheitswillen besser berücksichtigt werden kann, da es in diesem Fall zu vielfältigeren Meinungen und auch zu Kompromissen kommt. Mitunter kommt es auch zu sogenannten Paketlösungen, was bedeutet, dass eine Partei bei einem bestimmten Vorhaben nur dann zustimmt, wenn die andere Partei dafür im Gegenzug bei einem anderen Vorhaben auch zustimmt.<sup>300</sup> Eine Kernidee des demokratischen Prinzipes ist auch der durch Wahlen vollzogene Wechsel der Mehrheiten. Dies bedingt auch eine sich wechselnde Zusammensetzung des Parlaments und der Regierung. Durch die Einräumung von Wahlperioden wird dem Volk die Möglichkeit gegeben, über die Zusammensetzung des Parlaments neu zu entscheiden, und damit auch über die im Parlament vorherrschenden Mehrheiten. Nicht vereinbar mit dem demokratischen Prinzip wäre es, wenn es keine Wahlperioden gäbe und ein Organ ständig im Amt bliebe. Dadurch, dass das Volk in festgelegten Zeitabständen wählt, wird gewährleistet, dass das Volk die ihm zustehende Macht auch ausübt.<sup>301</sup>

Auch das bundesstaatliche Prinzip ist beim demokratischen Prinzip zu berücksichtigen, da sich die Demokratie auf mehreren Ebenen abspielt. Es treten nämlich neben den Bund auch die Länder und die Gemeinden hinzu.<sup>302</sup> In Art 95 Abs 1

---

297 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 266.

298 *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 136.

299 *Popper*, Zur Theorie des Demokratie, in *Popper*, Alles Leben ist Problemlösen: Über Erkenntnis, Geschichte und Politik<sup>3</sup>, 207.

300 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 79.

301 *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 15.

302 *Schambeck*, Die Demokratie in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

bis 3 B-VG wird die Homogenität der Wahlen der Vertretungskörper festgelegt, was bedeutet, dass die Regelungen für das Wahlrecht zum Landtag an jene Regelungen zur Wahl des Nationalrates gebunden sind.<sup>303</sup>

Idee des demokratischen Systems ist es, dass das Recht durch die Rechtsunterworfenen selbst erzeugt werden soll, um somit die Freiheit des einzelnen bestmöglich zu wahren. Einem demokratischen System immanent ist weiters die Meinungsfreiheit sowie die politische Gleichheit.

Allgemein kann man unterscheiden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Demokratie. Bei letzteren kommt es zu einer Rechtsbildung durch von den Rechtsunterworfenen gewählten Repräsentanten.<sup>304</sup>

In Österreich gibt es ein mittelbar demokratisches System einer parlamentarischen Demokratie; daneben gibt es auch Elemente einer unmittelbaren Demokratie, wie zB die Volksbegehren nach Art 41 B-VG und die Gesetzesreferenden nach Art 43 B-VG. Daneben weist Österreich gewisse Züge einer Präsidentschaftsrepublik auf.<sup>305</sup> Österreich ist eine parlamentarische Demokratie, was bedeutet, dass die Parlamente als die Volksvertretungen das zentrale Organ des demokratischen Prinzips sind, und darüber hinaus, dass die dem Volk obliegenden Befugnisse nicht von diesem selbst, sondern von Vertretungskörpern ausgeübt werden. Ausfluss dieses Prinzipes ist auch die Tatsache, dass die österreichischen Staatsorgane, mit Ausnahme des Bundespräsidenten eine Legitimation dadurch erfahren, dass eine Abhängigkeit zu den allgemeinen Vertretungskörpern besteht.<sup>306</sup>

Ein wichtiger Grundsatz, der durch das demokratische Prinzip zum Ausdruck kommt, ist der der Volkssouveränität. Bei der Konstituierung von Vertretungsorganen ist darauf zu achten, dass alle Macht, die diesen Organen übertragen wird auf einer Legitimation durch das Volk beruht. Die Verfügungsmacht des Volkes ist eine „stetige,

---

Entwicklung, 151.

303 *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 95 B-VG, 4.

304 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 45.

305 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 46.

306 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 155; *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 13.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

verfassungsrechtlich nicht zu beseitigende Verfügungsmacht zur verfassungsrechtlichen Gestaltung der politischen Ordnung im Staat.“<sup>307</sup>

Wesentlich für die österreichische Demokratie sind die Parteien, was in § 1 Parteiengesetz zum Ausdruck kommt. Dort heißt es: „§ 1. (1) Die Existenz und Vielfalt politischer Parteien sind wesentliche Bestandteile der demokratischen Ordnung der Republik Österreich (Art. 1 B-VG).“ Ausfluss des demokratischen Prinzipes im Zusammenhang mit Parteien ist, dass diese sich frei bilden und auch existieren können.<sup>308</sup>

Eine Einschränkung des demokratischen Prinzipes, und zwar der mittelbaren Demokratie, erfolgte durch den EU-Beitritt Österreichs. Rechtserzeugungskompetenzen die vorher bei nationalen Organen lagen, kommen nun den Organen der EU zu.<sup>309</sup> Da der EU-Beitritt eine Gesamtänderung der Verfassung bedeutete, war eine Volksabstimmung über das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union verpflichtend. Eine Gesamtänderung liegt dann vor, wenn eine „Änderung der verfassungsrechtlichen Grundordnung erfolgt.“<sup>310</sup> Vorhaben, die das demokratische, bundesstaatliche, rechtsstaatliche oder das gewaltenteilende Prinzip, also die Bauprinzipien der Verfassung, betreffen, machen eine Volksabstimmung notwendig, da sie eine Gesamtänderung bedeuten.<sup>311</sup> Bei der Beseitigung oder der Schaffung eines Prinzips oder bei einer Änderung des strukturellen Verhältnisses der Prinzipien zueinander kann von einer Gesamtänderung gesprochen werden. Tatsächlich war der EU-Beitritt bisher die einzige formelle Gesamtänderung der Verfassung. Wie hinlänglich bekannt, wurde in der Volksabstimmung „für“ den Beitritt zur EU und damit der Gesamtänderung der Verfassung zugestimmt. Der Beitritt bedeutete eine gewisse Modifikation der Bauprinzipien der Verfassung. Die Bauprinzipien wurden jedoch durch den Beitritt nicht beseitigt, sondern lediglich geändert, und zwar soweit, als dies hinsichtlich dem

---

307 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 9.

308 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 18.

309 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 154.

310 Mayer, B-VG Bundes-Verfassungsrecht<sup>3</sup>, 198.

311 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 6.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Stand des EU-Rechts beim Beitritt Österreichs nötig war.<sup>312</sup> Modifikationen von EU-Recht müssen daher immer wieder aufs neue darauf hin untersucht werden, ob sie neuerlich eine Gesamtänderung der Österreichischen Verfassung darstellen oder nicht.<sup>313</sup> Zu einer Gesamtänderung durch den EU-Beitritt kam es deswegen, da das Rechtserzeugungsmonopol des nationalen Parlaments durch die EU-Organe beseitigt wurde. Ausfluss des demokratischen Prinzip ist es, dass das geltende Recht von den vom Volk gewählten Parlamenten erzeugt wird. Innerhalb der EU gibt es jedoch den Anwendungsvorrang und Rechtssetzung durch die Organe der EU und wird dadurch jedenfalls das nationale Gesetzgebungsverfahren abgeändert.<sup>314</sup>

Eine weitere Grundlage für das demokratische Prinzip findet sich in Art 8 Staatsvertrag von Wien (Staatsvertrag vom 15.5.1955, betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich), in dem es heißt, dass Österreich „eine demokratische, auf geheime Wahlen gegründete Regierung“ haben wird. Darüber hinaus wird in diesem Artikel festgelegt, dass den Staatsbürgern ein „freies, gleiches und allgemeines Wahlrecht“ eingeräumt wird, und darüber hinaus geregelt, dass jeder, unabhängig von „Rasse, Geschlecht, Sprache, Religion oder politische Meinung“ für ein Amt kandidieren und dafür gewählt werden kann.<sup>315</sup>

Neben diesen Aspekten gibt es auch noch andere Kennzeichen des demokratischen Prinzipes. So ist die Laienbeteiligung in Form von Schöffen und Geschworenen in Verfahren Teil des demokratischen Prinzipes im Rahmen der Rechtsprechung. Es ist dabei Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, die Laienbeteiligung im Detail zu regeln.<sup>316</sup>

Auch auf Gemeindeebene wird das Demokratieprinzip angewendet, dies zB dadurch, dass aufgrund von Art 117 Abs 6 B-VG die Direktwahl des Bürgermeisters möglich

---

312 Mayer, B-VG Bundes-Verfassungsrecht<sup>3</sup>, 199f.

313 Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, 764.

314 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 7.

315 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 80f.

316 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 25.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

ist, sofern dies in der Landesverfassung vorgesehen ist.<sup>317</sup>

Weiteres Kennzeichen des demokratischen Systems ist die Abhängigkeit der staatlichen Organe vom Parlament. Diese Abhängigkeit wird ua durch die parlamentarische Abhängigkeit der obersten Organe sowie der Weisungsgebundenheit der Verwaltungsorgane sowie durch das Legalitätsprinzip gesichert.<sup>318</sup> Art 18 B-VG iVm Art 1 zweiter Satz B-VG bildet „die rechtliche Basis für den demokratischen Legitimationszusammenhang aus funktioneller Sicht.“<sup>319</sup> So obliegt es den Verwaltungsorganen gemäß Art 1 B-VG die Gesetze, und somit den Volkswillen, zu vollziehen. Dem Legalitätsprinzip, das häufig als ein wichtiges Merkmal des rechtsstaatlichen Prinzipes gesehen wird, kommen daher darüber hinaus auch demokratische Elemente zu.<sup>320</sup> In einer rechtsstaatlichen Demokratie ist die Verwaltung von den Gesetzen abhängig. Darüber hinaus sind die Verwaltungsorgane an die Weisungen der obersten Organe gebunden, welche wiederum dafür zu sorgen haben, dass die einzelnen Verwaltungsorgane sich gesetzeskonform verhalten, da die obersten Organe wiederum für Verstöße vom Parlament verantwortlich gemacht werden können.<sup>321</sup>

Dem Legalitätsprinzip kommt bei der Betrachtung des demokratischen Prinzipes eine bedeutende Rolle zu. Grundsätzlich nimmt das Parlament in Österreich eine wichtige Stellung ein. Das demokratische Prinzip wird in Österreich vor allem dadurch umgesetzt, dass „auf Zeit gewählte Organe“ zur Führung der Verwaltung vorgesehen sind, darüber hinaus kommt der Wille des Volkes im parlamentarischen Systems Österreich hauptsächlich im Parlament zum Ausdruck. Kritik am derzeitigen System und der tatsächlichen Umsetzung im Rahmen des demokratischen Prinzipes kam in der Lehre ua deswegen auf, weil das Parlament von Regierung, Bürokratie, Parteien und

---

317 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 80f.

318 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 49f.

319 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 21f.

320 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 21f.

321 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 22.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Verbänden beeinflusst wird.<sup>322</sup> Weiters wird in der Lehre ausgeführt, dass durch den VfGH, der hohe Determinierungsanforderungen an ein Gesetz stellt, die Arbeit des Parlamentes einschränkt wird. Da dem Parlament oft die Detailkenntnis fehlt, da es sich bei den Abgeordneten nicht zwingend um Juristen oder Verwaltungsexperten handelt, kommt oftmals den Verwaltungsbeamten selbst die Aufgabe zu, die Gesetze in allen Details auszuführen. Aus diesem Grund würden weniger Detailerfordernisse die Arbeit wieder mehr auf das Parlament verlagern, was auch eine Stärkung des demokratischen Prinzips mit sich bringen würde. Als Alternative müsste dem Parlament ebenso ein Verwaltungsapparat zur Verfügung gestellt werden.<sup>323</sup> Darüberhinaus sind natürlich Grundrechte aus einem demokratischen Staat nicht wegzudenken. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundrecht auf Gleicheheit vor dem Gesetz und dem Wahlrecht zu.<sup>324</sup>

#### c. Das Republikanische Prinzip

Das Grundprinzip leitet sich, wie das demokratische Prinzip, aus dem bereits erwähnten Art 1 B-VG ab, in dem es heißt, dass Österreich eine demokratische Republik ist. Es gilt wie beim demokratischen Prinzip, dass sich die Gültigkeit des republikanischen Prinzipes nicht nur aus der Bestimmung des Art 1 B-VG ergibt, sondern auch aus einer Vielzahl von anderen Bestimmungen, zB aus den Artikeln 60, 68, 142 B-VG, also insbesondere Artikel die die Regelungen hinsichtlich des Bundespräsidenten betreffen (Art 60ff B-VG).<sup>325</sup>

Kernaussage des republikanischen Prinzipes ist, dass in Österreich eben kein monarchischer Staatsaufbau sondern ein republikanischer vorgesehen ist.<sup>326</sup>

Der republikanische Charakter Österreichs zeigt sich darin, dass es einen

---

322 Weichselbaum, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung in Hammer, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, 642f.

323 Weichselbaum, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung in Hammer, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, 642f.

324 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 26.

325 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 85.

326 Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 55.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Bundespräsidenten gibt, der als zeitlich begrenztes sowie politisch und rechtlich verantwortliches Staatsoberhaupt auftritt. Die Stellung des Staatsoberhauptes in einer Republik unterscheidet sich zu der eines Monarchen dadurch, dass der Monarch durch Erbfolge bestimmt wird, und mitunter als Herrscher von Gottes Gnaden angesehen wird. Der Begriff der Republik beinhaltet darüber hinaus auch ein säkularistisches Verständnis des Staates, was bedeutet, dass es im Staat zu einer Trennung von Staat und Kirche kommt. Darüber hinaus ist der Staat in religiösen Fragen neutral.<sup>327</sup>

Durch das Vorausstellen von „demokratisch“ vor das Wort Republik wird zum Ausdruck gebracht, dass das Volk den Präsidenten auf Zeit wählt und der Präsident „dem Volk politisch verantwortlich ist.“<sup>328</sup>

#### **d. Das Bundesstaatliche Prinzip**

Art 2 B-VG besagt:

(1) Österreich ist ein Bundesstaat.

(2) Der Bundesstaat wird gebildet aus den selbständigen Ländern:

Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, Wien.

(3) Änderungen im Bestand der Länder oder eine Einschränkung der in diesem Absatz und in Art. 3 vorgesehenen Mitwirkung der Länder bedürfen auch verfassungsgesetzlicher Regelungen der Länder.

Diese Bestimmung regelt die Gliederung Österreichs in Bund und Länder. Dieses Prinzip wird vor allem durch die relativ autonome Landesgesetzgebung und -verwaltung, die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung (Bundesrat) sowie die mittelbaren Bundesverwaltung gekennzeichnet.<sup>329</sup> Die

---

327 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 51.

328 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 1 B-VG, 30.

329 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 70.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Verfassungsautonomie der Länder bedeutet, dass die Länder die Möglichkeit haben müssen, sich eine eigene Verfassung zu geben. Diese ist im Verhältnis zur Bundesverfassung in ihrer Gültigkeit dem Stufenbau der Rechtsordnung entsprechend nachrangig.<sup>330</sup>

Ein typisches Merkmal des Bundesstaates ist die Dezentralisation, die sich dadurch ergibt, dass Gesetzgebung und Verwaltung auf Bund und Länder verteilt werden. Da es sich bei dem Bundesstaatlichen Prinzip um eines der Bauprinzipien der Bundesverfassung handelt, wäre eine Abänderung als eine Gesamtänderung der Verfassung zu sehen. Um eine Gesamtänderung der Verfassung durchzuführen wäre jedoch eine Volksabstimmung gemäß Artikel 44 Abs 3 B-VG zwingend notwendig. Eine zu beobachtende Entwicklung ist die, dass die Kompetenzen der Länder im Laufe der Jahre oft eingeschränkt wurden, was auch als „schleichende Gesamtänderung der Verfassung“ bezeichnet wird.<sup>331</sup>

Der Bundesstaat ist in Österreich schwach ausgeprägt, was das Übergewicht der Kompetenzen des Bundes sowie der geringe Einfluss des Bundesrates auf die Bundesgesetzgebung zeigen.<sup>332</sup> Dem bundesstaatlichen Prinzip kommt jedenfalls ein gewaltenteilender Effekt zu.<sup>333</sup>

#### e. Das Rechtsstaatliche Prinzip

Dieses Prinzip findet zwar keine ausdrückliche Erwähnung in der Verfassung, doch ergibt es sich aus den diversen einzelnen Bestimmungen der österreichischen Bundesverfassung.<sup>334</sup>

Dieses Prinzip soll sicherstellen, dass es eine Rechtsordnung gibt sowie dazugehörige Einrichtungen, die für die Einhaltung der Rechtsordnung sorgen. Es muss für den einzelnen klar sein, was gilt und was nicht, sowie, was für Rechte ihm zustehen bzw

---

330 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 53.

331 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 87.

332 Ermacora, Allgemeine Staatslehre, 609.

333 Korinek, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 154.

334 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 54.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

was für Pflichten ihn treffen. Ebenfalls muss dafür gesorgt werden, dass der Einzelne seine Rechte auch durchsetzen kann. Die Grundidee des Rechtsstaates ist, dass der Staat berechenbar ist und damit eine Rechtssicherheit geschaffen wird.<sup>335</sup>

Ein Rechtsstaat braucht eine Verfassung, welche die Gesetzgebung regelt und weiters muss der Rechtsstaat mittels Gesetzen klar definieren, welche Handlungsweisen im Rahmen des staatlichen Zusammenlebens akzeptiert werden, und was bei Nichteinhaltung der Vorschriften passiert. Dazu ist es notwendig, dass Organe für die Einhaltung der Normen sorgen bzw. Organe, die diese Normen vollziehen. Ein Rechtsstaat muss somit ein Verfassungs-, Gesetzes- und Rechtsschutzstaat sein. Dem B-VG liegt ein formeller Rechtsstaatsbegriff zugrunde, und bedeutet er zum einen Gesetzesbindung und zum anderen Rechtsschutz.<sup>336</sup>

Ausfluss der rechtsstaatlichen Prinzipien sind:

- Überprüfungsmöglichkeit von Verwaltungsakten durch den VwGH und VfGH auf ihre Verfassungs- bzw. Gesetzmäßigkeit hin
- Bindung der Vollziehung an die Gesetze
- Gesetzes- und Verordnungsprüfung durch den VfGH
- Verantwortung der Staatsorgane für die Einhaltung der Gesetze.<sup>337</sup>

Grundsätzlich gibt es selbst in einem Rechtsstaat gewisse Defizite. Ein Problem ist zB, das nach wie vor nicht bekämpfbar ist, ist das Untätigbleiben des Gesetzgebers. Auch bei der Vollziehung können sich Probleme ergeben, wenn Gesetze nur gegen bestimmte Personen angewendet werden, und andere durch die Nichtanwendung begünstigt werden. Es gibt keine Möglichkeit, gegen ein derartiges Verhalten vorzugehen, da weder der durch die Nichtanwendung Begünstigte noch der durch die Anwendung „nachteilig“ Behandelte (weil das Vorgehen ja rechtmäßig war) gegen ein derartiges Vorgehen der Vollziehung etwas unternehmen könnten.<sup>338</sup>

---

<sup>335</sup> Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 73.

<sup>336</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 90f.

<sup>337</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 90f.

<sup>338</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 54.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Laut VfGH erfordert das rechtsstaatliche Prinzip ein gewisses Maß an faktischer Effizienz der Rechtsschutzeinrichtungen.<sup>339</sup> Dies bedeutet, dass es dem einzelnen bei einem rechtswidrigem Verhalten einer Behörde möglich sein muss, gegen das Vorgehen dieser Behörde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bzw. bei einer Kollegialbehörde nach Art 133 Z 4 B-VG vorzugehen. Bei einem Verfahren bei dem es um subjektive Rechte eines einzelnen geht, muss zudem ein richtiges Ergebnis gewährleistet werden.<sup>340</sup>

Weiters hat der VfGH aufgrund des rechtsstaatlichen Prinzips das Prinzip der Geschlossenheit des Rechtsquellsystems im Sinne eines Rechtstypenzwanges festgestellt.<sup>341</sup> Grundsätzlich ist es so, dass ein bestimmter Rechtsakt ein eigenes System des Rechtsschutzes vorsieht. So kann es zB nicht zulässig sein, dass bei einem Individualeingriff die Bescheiderlassung ausgeschlossen wird.<sup>342</sup>

Eine weitere Folge des rechtsstaatlichen Prinzips ist das Kundmachungserfordernis von Rechtsakten. Neben diesem Publizitätskriterium lässt sich aus dem rechtsstaatlichen Prinzip auch ableiten, dass Rechtsakte einer gewissen klar verständlichen Formulierung bedürfen. Dies hängt wiederum mit dem Gedanken zusammen, dass eine gewisse Berechenbarkeit des staatlichen Handelns gegeben ist. Die Berechenbarkeit wird auch dadurch gewährleistet, dass die erlassenen Gesetze inhaltliche Grenzen setzen sowie die Verwaltung kontrolliert wird.<sup>343</sup> Auch beim rechtsstaatlichen Prinzip spielt das Legalitätsprinzip eine Rolle. Sollte es zu einer Lockerung des Legalitätsprinzips kommen, würde damit auch automatisch die Möglichkeit für mehr Spielraum der Behörden und damit eine geringe Überprüfbarkeit der Verwaltungsbehörden durch übergeordnete Instanzen einhergehen.<sup>344</sup>

*Weichselbaum*<sup>345</sup> weist jedoch darauf hin, dass hiebei zwischen individuellen und generellen Verwaltungsakten zu unterscheiden ist. Bei generellen Akten, also

---

339 VfSlg 14.765.

340 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 73f.

341 VfSlg 9886.

342 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 56.

343 *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 91.

344 *Weichselbaum*, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung in *Hammer*, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, 647.

345 *Weichselbaum*, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung in *Hammer*, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, 647ff

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Verordnungen kann ein Mehr an Spielraum für die Verwaltungsbehörden durchaus Sinn machen, da dadurch der Gesetzgeber entlastet werden kann. Dadurch, dass eine Verordnung eben nicht an ein Individuum gerichtet ist, ist auch die Problematik einer allfälligen Willkür durch die Verwaltungsbehörden entschärft. Ebenso ist durch vorab zu erfolgende Kundmachungen ein gewisses Maß an Publizität gewährleistet. Kein Defizit hingegen würde bei der nachträglichen Kontrolle durch den VfGH entstehen, da sich einfach die Prüfung durch den VfGH von der Gesetzes- auf die Vollzugsebene verlagern würde.<sup>346</sup>

Gänzlich anders wäre die Situation hingegen bei individuellen Akten zu sehen. Einerseits kann durch mehr Ermessensspielraum der Behörde zwar mitunter ein größeres Maß an Einzelfallgerechtigkeit gewahrt werden, andererseits hingegen ist zu fürchten, dass auch mehr Willkür geübt wird.<sup>347</sup>

In diesem Zusammenhang gibt es die Idee des „rechtsstaatlichen Ausgleichs“ durch den VfGH und den VwGH.<sup>348</sup> Das Problem, dass sich dabei jedoch ergeben könnte, wäre, dass es für den einzelnen nicht mehr nachvollziehbar ist, was nun noch zulässig ist und was nicht. Dadurch würde es aber zu einer Unsicherheit kommen, da man erst nach dem jeweiligen Urteil des VwGH bzw VfGH wissen würde, ob das Verhalten rechtmäßig war. Intention des Legalitätsprinzips war und ist es, unmittelbar, dh nicht erst durch die nachträgliche Überprüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, den Bürgern mehr Rechtsstaatlichkeit zuzusichern. Diese Absicht würde jedoch, wenn es zwar zu einer Lockerung des Legalitätsprinzips kommt, jedoch zu keinen Maßnahmen eines verfassungsrechtlichen Ausgleiches wohl verfehlt.<sup>349</sup>

---

346 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 93.

347 Weichselbaum, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung in Hammer, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, 649.

348 Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht, Art 18, 32.

349 Weichselbaum, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung in Hammer, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, 653.

## f. Das Liberale Prinzip

Es gibt in der österreichischen Bundesverfassung keine ausdrückliche Normierung des liberalen Prinzips. Wie auch bei den anderen Prinzipien ergibt sich das liberale Prinzip aus diversen Bestimmungen der Verfassung.<sup>350</sup> Sinn des liberalen Prinzips ist es, die Freiheit des Einzelnen zu gewährleisten. Dies soll dadurch geschehen, dass dem Staat gewisse Grenzen auferlegt werden, und bestimmte Bereiche überhaupt von der staatlichen Regelung ausgenommen werden sollen. Es soll sozusagen eine Freiheit vom Staat in bestimmten Bereichen gewährleistet werden. Wichtigster Ausfluß dieses Gedanken sind die Grund- und Freiheitsrechte.<sup>351</sup>

## 2. Die Gesetzgebung

Die Gesetzgebung liegt gemäß Art 24 B-VG auf Bundesebene beim Nationalrat und beim Bundesrat. Auf Landesebene werden die Landtage tätig. Der Nationalrat ist ein Vertretungskörper, die Abgeordneten werden mittels allgemeiner, gleicher, unmittelbarer, persönlicher, geheimer und freier Wahl bestimmt.<sup>352</sup>

Es herrscht der Grundsatz der Verhältniswahl, was bedeutet, dass der Stimmenanteil, den die zur Wahl stehende Partei bekommt möglichst genau in einen entsprechenden Mandatsanteil umgerechnet wird. Die Alternative zur Verhältniswahl ist die Mehrheitswahl.<sup>353</sup> Die Legislaturperiode beträgt vier Jahre<sup>354</sup> (Art 27 B-VG). Der Nationalrat ist hauptsächlich für die Gesetzgebung zuständig, doch stehen ihm auch Aufgaben zur Kontrolle bzw Mitwirkung an der Vollziehung zu.<sup>355</sup>

Für die Landtagswahlen sieht Art 95 B-VG ein gleichartiges Wahlverfahren vor.<sup>356</sup> Art

---

350 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 89.

351 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 53f.

352 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 164.

353 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 76.

354 Durch BGBl. I Nr. 27/2007 wurde die Legislaturperiode auf fünf Jahre verlängert.

355 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 168.

356 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 179.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

95 Abs 2 legt nämlich fest, dass die Bedingungen hinsichtliches des aktiven und passiven Wahlrechtes für die Landtagswahlen nicht enger gezogen werden dürfen, als in der Bundesverfassung hinsichtlich der Nationalratswahlen. Um den Ländern auch eine Möglichkeit einzuräumen, an der Gesetzgebung des Bundes teilzunehmen, wurde der Bundesrat eingerichtet. Abhängig von der Zahl der Landesbewohner darf jedes Land eine bestimmte Anzahl an Mitgliedern für den Bundesrat stellen (Art 34 B-VG ff). Die Mitglieder für den Bundesrat werden von den Landtagen durch Wahl bestimmt (Art 35 B-VG). Für Mitglieder des Bundesrates besteht Weisungsfreiheit gegenüber dem Landtag und der Landesregierung.<sup>357</sup> Gemeinsam bilden Nationalrat und Bundesrat die Bundesversammlung (Art 38 B-VG).<sup>358</sup> Der Einfluss bzw das Gewicht des Bundesrates ist sehr gering, da der Bundesrat meistens nur ein suspensives Veto gegenüber dem Nationalrat hat, gegen welches der Nationalrat einen Beharrungsbeschluss (Art 42 Abs 4 B-VG) fassen kann. Lediglich in einigen wenigen Fällen hat der Bundesrat ein absolutes Vetorecht im Sinne eines Zustimmungsrechtes. In Art 24 B-VG ist nicht von einem Bundesparlament die Rede. Trotzdem geht ein Teil der Lehre davon aus, dass das Zweikammernsystem in Österreich verwirklicht ist. Wenn die in Österreich bestehenden Kammern, der Nationalrat und der Bundesrat, zusammen tätig werden, dann spricht man von der Bundesversammlung (Art 38 bis 40), welche aber über keinerlei Gesetzgebungsbefugnisse verfügt.<sup>359</sup> Darüber hinaus sind im B-VG keine Gesetzesbeschlüsse des Nationalrates und des Bundesrates vorgesehen, solche gibt es lediglich vom Nationalrat, die allenfalls der Mitwirkung des Bundesrates unterliegen.<sup>360</sup>

Art 18 B-VG normiert, dass die Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Aus dieser Bestimmung ergibt sich eine Vorrangigkeit der Gesetzgebung vor der Verwaltung. Ebenso besteht ein gewisser Vorrang der Gesetzgebung vor der Gerichtsbarkeit, welcher aus Art 83 B-VG abgeleitet werden kann. Dieser Vorrang ist

---

357 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>,172

358 Winkler, Das österreichisch Konzept der Gewaltenteilung in Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliche Recht, und Verfassungsgeschichte, 6. Band, 1967, 305.

359 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 24 B-VG, 5.

360 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 24 B-VG, 5.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

jedoch weder „absolut noch unbegrenzt“.<sup>361</sup>

#### 3. Die Verwaltung

In Österreich gibt es eine komplexe Verwaltungsstruktur. Zu unterscheiden sind die Bundes- und Landesverwaltung. Die obersten Bundesverwaltungsorgane sind

- der Bundespräsident
- die Bundesregierung und
- die Bundesminister (vgl Art 69 B-VG).

Grundsätzlich herrscht in Österreich das sogenannte Ministerialsystem vor, was bedeutet, dass einzelne Bereiche der Bundesverwaltung von einem einzelnen Mitglied der Regierung und dem zugehörigen Ministerium besorgt werden. Die Minister sind dabei nicht unter die Regierung bzw den Bundeskanzler untergeordnet (Art 77 B-VG).<sup>362</sup>

Auf Landesebene ist die Landesregierung sowie die Mitglieder dieser Regierung<sup>363</sup> als oberstes Verwaltungsorgan anzusehen.<sup>364</sup> Diese obersten Verwaltungsorgane sind den vom Volk gewählten Repäsentanten sowohl politisch als auch rechtlich verantwortlich, es steht ihnen daher, um eine gesetzmäßige Verwaltung zu garantieren die Leitungsbefugnis gegenüber den untergeordneten Verwaltungsorganen zur Verfügung. Eine weitere Erscheinungsform der Verwaltung ist die sogenannte Selbstverwaltung bei Gemeinden, Kammern und der Sozialversicherung.<sup>365</sup> Unter Selbstverwaltung versteht man „eine Form dezentralisierter mittelbarer Verwaltung.“<sup>366</sup> Merkmal dieser Selbstverwaltung ist die weisungsfreie Ausführung durch eigene Rechtsträger. Neben diesem eigenen Wirkungsbereich gibt es auch noch einen übertragtenen

---

361 *Winkler*, Das österreichisch Konzept der Gewaltenteilung in Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht, und Verfassungsgeschichte, 6. Band, 1967, 298f.

362 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 225.

363 *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 20 B-VG, 5.

364 *Winkler*, Das österreichisch Konzept der Gewaltenteilung in Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliche Recht, und Verfassungsgeschichte, 6. Band, 1967, 310; *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 197; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 223.

365 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 197.

366 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 411

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Wirkungsbereich, in dem die Rechtsträger als Bundes- bzw Landesorgan tätig werden, und auch an Weisungen der Organe des zuständigen Rechtsträgers gebunden sind.<sup>367</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht kommt es beim eigenen Wirkungsbereich zu einer Ausnahme der Geltung der Weisungsgebundenheit zu den obersten Organen der Vollziehung, wie dies in Art 20 B-VG festgelegt ist.<sup>368</sup> Derartige Ausnahmen vom Weisungsprinzip sind jedoch nur aufgrund von Verfassungsbestimmungen zulässig (Art 20 B-VG). Deswegen braucht es für Selbstverwaltungskörper eine Grundlage im Verfassungsrecht.<sup>369</sup>

Mit dem Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird<sup>370</sup>, wurden die Artikel 120a, 120b sowie 120c B-VG, welche Regelungen zu den Selbstverwaltungskörpern treffen, eingefügt. Gemäß 120a Abs 1 B-VG können Personen „zur selbstständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die in ihrem ausschließlichen oder überwiegendem gemeinsamen Interesse gelegen und geeignet sind, durch sie gemeinsam besorgt zu werden, durch Gesetz zu Selbstverwaltungskörpern zusammengefasst werden.“

Den Selbstverwaltungskörpern kommt dabei gemäß Art 120b B-VG das Recht zu ihre Angelegenheiten einerseits in Eigenverantwortung und andererseits weisungsfrei zu erledigen und können sie im Rahmen der Gesetze Satzungen erlassen. Bund und Länder haben hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsführung ein Aufsichtsrecht, welches sich gegebenfalls auch auf die Zweckmäßigkeit der Verwaltungsführung erstrecken kann (Art 120b Abs 1 B-VG) Auch ist es möglich, dass den Selbstverwaltungskörper staatliche Aufgaben übertragen werden (übertragener Wirkungsbereich, Art 120b Abs 2 B-VG) oder dass die Selbstverwaltungskörper an der staatlichen Vollziehung mitwirken (Art 120b Abs 3 B-VG).

---

367 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 411.

368 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 198.

369 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 411.

370 BGBI I 2/2008.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Für die Verwaltung gelten gewisse in der Verfassung festgelegte Prinzipien. Das wichtigste davon ist das sogenannte Legalitätsprinzip.

#### a. Legalitätsprinzip

Grundlage dieses Prinzipes ist Art 18 Abs 1 B-VG, welcher besagt: „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“ Sinn der Regelung ist es, der Verwaltung einen gewissen vorhersehbaren und berechenbaren Charakter zu verleihen. Die Verwaltung wird somit rechtlich an die Gesetze gebunden, und darf nur das tun, wozu es auch eine Ermächtigung gibt.<sup>371</sup> Art 18 Abs 1 B-VG spricht lediglich von einer Bindung der Verwaltung an die Gesetze. Es ist jedoch unzweifelhaft, dass auch die Gerichtsbarkeit an die Gesetze gebunden ist. Dass die Bindung der Gerichtsbarkeit an die Gesetze nicht auch genannt wird, lässt sich historisch erklären, da diese Bindung zur Zeit der Schaffung des B-VG bereits eine Selbstverständlichkeit darstellte. Hingegen war die Bindung der Verwaltung an die Gesetze in der Verfassungsgeschichte des 19. Jh. noch keine Selbstverständlichkeit, weswegen diese Bindung ausdrücklich im B-VG festgehalten wurde („Antwortcharakter der Verfassung“).<sup>372</sup>

Durch das Legalitätsprinzip wird der Gesetzgebung eine Vorrangstellung zugestanden. Dadurch kommt die Überordnung der Gesetze über die Verordnungen zum Ausdruck.<sup>373</sup> Durch den EU-Beitritt Österreichs allerdings hat sich diese Vorrangstellung relativiert. Es kommt immer mehr zu einem Hervortreten der Exekutive im Verhältnis zur Legislative, da die Parlamente an Wichtigkeit verlieren und der Regierung immer mehr Einfluss zukommt. Diese Gewichtung zugunsten der Exekutive gibt es jedoch nicht nur auf nationaler Ebene sondern auch auf Ebene der

---

<sup>371</sup> Aichreiter, Gewaltentrennung und Änderung von Verwaltungsakten durch den Gesetzgeber in *Wiederin* (Hrsg), Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler, 2.

<sup>372</sup> Mayer, B-VG Bundes-Verfassungsrecht<sup>3</sup>, 103.

<sup>373</sup> Aichreiter, Gewaltentrennung und Änderung von Verwaltungsakten durch den Gesetzgeber in *Wiederin* (Hrsg), Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler, 6.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

EU.

Art 18 Abs 2 B-VG hingegen ermächtigt die Verwaltungsbehörde innerhalb ihres Wirkungskreises Verordnungen zu erlassen. Verordnungen dürfen nur auf Grund von Gesetzen erlassen werden und dienen lediglich der Konkretisierung von Gesetzen.<sup>374</sup>

#### b. Weisungsgebundenheit

Dieses Prinzip ist in Art 20 B-VG geregelt. Verwaltungsbehörden stehen unter der Leitung der obersten Organe, und sind somit im Regelfall an die Weisung der ihnen übergeordneten Behörde gebunden. Die obersten Organe hingegen unterliegen einer rechtlichen und politischen Verantwortlichkeit, und müssen daher für eine gesetzmäßige Ausführung der Vollziehung sorgen. Dies wird durch die Leitungsbefugnis, wie oben erwähnt gewährleistet.<sup>375</sup> Es gibt auch verfassungsrechtlich vorgesehene Ausnahmen dieser Weisungsgebundenheit. Kollegiale Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag (Art 133 Z 4 B-VG) sind weisungsfrei. Weiters gibt es eine Durchbrechung des Weisungsprinzips bei Selbstverwaltungskörpern im eigenen Wirkungsbereich.<sup>376</sup> Ausnahmen von der Weisungsgebundenheit bestehen dann, wenn man durch Befolgen der Weisung gegen das Strafgesetz verstößen würde oder die Weisung von einem unzuständigen Organ stammt.<sup>377</sup>

Mit dem Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird<sup>378</sup>, wurde der Art 20 B-VG geändert, und wurde dort in Abs 1 neu geregelt, dass „auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe“ die Verwaltung unter der Leitung der obersten Organe des Bundes bzw der Länder führen.

---

<sup>374</sup> Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 226f.

<sup>375</sup> Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 20 B-VG, 6.

<sup>376</sup> Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre<sup>2</sup>, 101.

<sup>377</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 249, 229.

<sup>378</sup> BGBI I 2/2008.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Diese genannten Organe sind dabei den jeweils vorgesetzten Organen verantwortlich und soweit Abs 2 nichts anderes bestimmt an deren Weisungen gebunden. Eine Weisung kann nach wie vor grundsätzlich dann nicht befolgt werden, wenn sie entweder von einem unzuständigen Organ stammt oder gegen eine strafrechtliche Bestimmung verstößen würde. Art 20 Abs 2 B-VG regelt hingegen nunmehr neu, dass bei bestimmten in Abs 2 genau umschriebenen Angelegenheiten, wie zB zur sachverständigen Prüfung oder zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ua, die Organe mittels Gesetz von der „Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden“ können. Darüber hinaus wird in Art 20 Abs 2 B-VG zu diesen weisungsfreien Organen festgelegt, dass durch Gesetz „ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen“ ist, welches wenigstens das Recht hat, sich über alle Dinge, die die Geschäftsführung betreffen zu informieren und soweit es sich nicht um bestimmte Organe handelt, diese weisungsfreien Organe aus wichtigem Grund abzuberufen.

#### **c. Formgebundenheit des Verwaltungshandels**

Für die Verwaltung sind bestimmte Handlungsformen vorgesehen.

Dies sind

- der Bescheid
- die Verordnung
- Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt und
- die Weisung.<sup>379</sup>

Bescheide richten sich an eine Einzelperson und regeln Rechte bzw Pflichten dieser einen Person. Bescheide ergehen in einem förmlichen Verwaltungsverfahren und in Durchführung von Gesetzen/Verordnungen.<sup>380</sup>

---

<sup>379</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 295.

<sup>380</sup> Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 257.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Verordnungen hingegen richten sich an die Gesamtheit der Rechtsunterworfenen bzw. einen bestimmten Teil dieser Rechtsunterworfenen. Es handelt sich bei Verordnungen um allgemeine Rechtsvorschriften von Verwaltungsbehörden, die zur Konkretisierung von Gesetzen erlassen werden.<sup>381</sup> Eine weitere Durchbrechung der materiellen Gewaltenteilung ergibt sich daraus, dass die Verwaltung „generelle Regelungen durch Verordnung“ treffen kann. Dies Durchbrechung ist aufgrund einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung in Art 18 Abs 2 B-VG zulässig.<sup>382</sup>

Bei der Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt handelt es sich um Akte, die nicht im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ergehen. Man spricht deswegen auch häufig von verfahrensfreien Verwaltungsakten oder faktischen Amtshandlungen. Ein Beispiel für eine derartige Maßnahme ist die Abnahme des Führerscheins.<sup>383</sup>

Weisungen hingegen sind lediglich interne Anordnungen einer übergeordneten Stelle an einen Unterstellten um verwaltungsinterne Dinge zu regeln. Aufgrund von Art 20 B-VG gilt im Bereich der Verwaltung das Weisungsprinzip, untergeordnete Verwaltungsstellen sind daher, sofern nicht verfassungsrechtlich anders bestimmt, an eine Weisung eines übergeordneten Organes gebunden.<sup>384</sup>

Diese Einteilung nach gewissen Handlungsformen ist vor allem deswegen wichtig, da an jede Form ein bestimmtes Rechtsschutzsystem knüpft. Somit wird es den Bürgern erleichtert, gegen etwaige Rechtsverletzungen vorzugehen, und von den ihnen eingeräumten Rechtsschutzinstrumenten Gebrauch zu machen. Durch diese Systematik wird der Rechtsschutz erleichtert, da eine gewisse Übersichtlichkeit dahingehend besteht, wann welches Rechtsmittel ergriffen werden kann.<sup>385</sup> So kann gegen ein Akt der unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt eine sogenannte Maßnahmenbeschwerde an den UVS erstattet werden, welcher diese Akte dann

---

381 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 296.

382 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 255.

383 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 257.

384 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 309; *Ermacora*, Österreichische Verfassungslehre, 138.

385 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 251.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

sowohl auf behauptete Verstöße gegen einfachgesetzliche als auch auf behauptete Verstöße verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte zu prüfen hat<sup>386</sup> Gegen Bescheide hingegen ist als Rechtsmittel die Berufung gem §§ 63ff AVG vorgesehen. In Fällen, in denen es vor Erlassung des Bescheides kein Ermittlungsverfahren gab, ist das Rechtsmittel der Vorstellung vorgesehen (vgl § 57 AVG). Über diese Berufung ist dann von der Berufungsbehörde zu entscheiden, wobei es auch die Möglichkeit gibt, dass seitens der erstinstanzlichen Behörde eine Berufungsvorentscheidung getroffen wird.<sup>387</sup> Für den Fall, dass eine Verordnung ohne eine weitere gerichtliche Entscheidung bzw ohne Erlassung eines Bescheides für einen Einzelnen wirksam wird, und dieser Einzelne eine Gesetzwidrigkeit der Verordnung behauptet, welche seine subjektiven Rechte verletzt, dann kann er diese Verordnung mittels Individualantrag beim VfGH anfechten.<sup>388</sup>

#### d. Andere Prinzipien

Andere Prinzipien der Vollziehung sind die Amtsverschwiegenheit, die Auskunftspflicht und die Amtshilfe.

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit (Art 20 Abs 3 B-VG) soll sicherstellen, dass Verwaltungsorgane Dinge, die ihnen im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt werden, nicht der Öffentlichkeit zugänglich und so publik machen. Die Auskunftspflicht (Art 20 Abs 4 B-VG) sieht hingegen vor, dass Verwaltungsorgane über ihre Tätigkeiten im Rahmen ihres Aufgabenbereiches Auskunft zu erteilen haben, solange dem keine Verschwiegenheitsverpflichtung entgegensteht. Hand in Hand mit dieser Verpflichtung geht das Recht des Einzelnen auf Auskunftserteilung einher.<sup>389</sup> Grundsätzlich stehen diese beiden Bestimmungen in einem gewissen Gegensatz, welcher durch einen Kompromiss gelöst wird. Es gibt deswegen eine taxative

---

386 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 447.

387 Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>8</sup>, 200.

388 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 521.

389 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 290ff.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Auflistung, wann Geheimhaltung gerechtfertigt ist.<sup>390</sup> Art 22 B-VG regelt die Amtshilfe, was bedeutet, dass alle Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereichs zur wechselseitigen Hilfe verpflichtet sind.<sup>391</sup>

## 4. Kontrolle der Verwaltung

Art 129 B-VG bestimmt folgendes:

„Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung sind die unabhängigen Verwaltungssenate und der Verwaltungsgerichtshof in Wien berufen.“

Der Art 129 B-VG spricht von der gesamten öffentlichen Verwaltung, obwohl nur die Hoheitsverwaltung von dieser Bestimmung umfasst ist. Die Hoheitsverwaltung ist jedoch auch nur zu einem Teil, und zwar zu jenem Teil, der die „Beurteilung individueller Akte“ betrifft, umfasst.<sup>392</sup>

Weiters ist die Nennung der UVS nicht ganz korrekt, da diese selbst der Kontrolle des VwGH unterliegen!<sup>393</sup>

Das System der Verwaltungskontrolle in Österreich ist reformbedürftig, da nur eine einzige Instanz zur Kontrolle der Verwaltungsrechtsprechung vorhanden ist, und die UVS nicht die gewünschte Entlastung des VwGH gebracht haben. Deswegen gibt es Forderungen nach einer Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese Forderungen verlangen ein dem VwGH vorgelagertes Verwaltungsgericht 1. Instanz.<sup>394</sup>

Diese Aufgabe der Verwaltungskontrolle obliegt dem Verwaltungsgerichtshof und den UVS. Diese Überprüfung ist Bestandteil des sogenannten rechtsstaatlichen Prinzips. Gemäß dem Legalitätsprinzip darf die Verwaltung nur aufgrund von Gesetzen ausgeübt werden (Art 18 Abs 1 B-VG), und um die Einhaltung dieses Prinzipes zu gewährleisten, ist es notwendig, dass eine Kontrolle erfolgt. Die Richter des VwGH

390 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 249.

391 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 251.

392 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 294; *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 299.

393 *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 299f.

394 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 308.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

kommen genauso in den Genuss der Garantien, die in der Bundesverfassung normiert sind, wie Richter bei ordentlichen Gerichten (Art 134 Abs 6 B-VG).<sup>395</sup>

Die Hauptaufgabe des VwGH, der für die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zuständig ist, ist die Kontrolle von Bescheiden.<sup>396</sup> Verordnungen (Art 18 Abs 2 B-VG), die auch Akte der Verwaltung sind, werden jedoch durch den VfGH kontrolliert. Auch kann der VwGH Bescheide dann nicht überprüfen, wenn sie von einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag (Art 133 Z 4 B-VG) stammen und nicht ausdrücklich per Gesetz eine Zuständigkeit des VwGH festgelegt wird.<sup>397</sup> Die Erfüllung dieser Sicherungspflicht der Gesetzmäßigkeit durch den VwGH erfolgt bei Beschwerdeverfahren.<sup>398</sup> Allgemein prüft der VwGH die vorgelegten Bescheide auf ihre Rechtmäßigkeit hin. Sollte etwas zu beanstanden sein, wird der Bescheid aufgehoben, der VwGH entscheidet jedoch nicht neuerlich in der Sache (kassatorische Entscheidungsbefugnis). Zu beachten ist weiters, dass der VwGH erst dann angerufen werden kann, wenn der Instanzenzug bereits erschöpft ist. Mittels Parteibeschwerde kann man den VwGH anrufen, wenn man der Meinung ist, dass man in einem subjektiven öffentlichen Recht durch ein Verwaltungsorgan verletzt wurde (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG).

Grundsätzlich liegt die Verwaltungsgerichtsbarkeit beim VwGH. Man spricht deswegen von einer zentralisierten Verwaltungsgerichtsbarkeit. Daneben wird jedoch auch der VfGH im Rahmen des Art 144 B-VG tätig, aber nur dann, wenn ein Eingriff in ein Grundrecht, also ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht oder eine Verletzung auf Grund einer rechtswidrigen Norm vorgebracht wird (Art 144 B-VG).<sup>399</sup> Zusammengefasst kann daher gesagt werden, dass es zu umfassend wäre, wenn man sagt, dass der VwGH für die Kontrolle der gesamten Verwaltung zuständig ist. Zum

---

395 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 273.

396 *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 28.

397 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 274.

398 *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 129 B-VG, 6.

399 *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 451.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

einen ist die Kontrolle auf den Bereich der Hoheitsverwaltung beschränkt (es erfolgt im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung somit keine Kontrolle durch den VwGH) und zum anderen gibt es innerhalb des Bereiches der Hoheitsverwaltung eine Beschränkung auf Bescheide- Zusätzlich wird jedoch auch geprüft, ob das dem Bescheid zugrunde liegende Verwaltungshandeln gesetzmäßig war.<sup>400</sup>

## 5. Die Judikative

Die Unabhängigkeit der Gerichte bzw der Richter wird in Art 87 Abs 1 B-VG normiert. Die Judikative betreffend handelt sich hiebei um den wichtigsten Grundsatz (Richterliche Unabhängigkeit) der in der Verfassung getroffen wird.

Die Gerichtsbarkeit geht gemäß Art 82 Abs 1 B-VG vom Bund aus. Wie bereits erwähnt, muss eine Aufgabe durch den Gesetzgeber entweder der Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung zugeordnet werden. Dieser Gedanke kommt auch im Art 83 Abs 2 B-VG, der das Recht auf den gesetzlichen Richter normiert, zum Tragen.<sup>401</sup> Das Recht auf den gesetzlichen Richter wird unter anderem immer dann verletzt, wenn nicht die zuständige Behörde, das kann neben den Gerichten auch eine Verwaltungsbehörde sein, tätig wird. Es muss deswegen offensichtlich sein, welche Behörde eben tätig werden darf und muss.<sup>402</sup>

Ein weiterer Grundsatz der Judikative ist der der festen Geschäftsverteilung. Dieser Grundsatz besagt, dass neben dem Gericht auch der zuständige Richter schon im Vorhinein festgelegt werden muss.<sup>403</sup> Zu Diskussionen bezüglich der Verteilung und möglicher Abänderungen im Zusammenhang mit Befangenheit kam es zuletzt im Fall des Historikers *David Irving*. Dieser leugnete, dass es Gaskammern unter dem NS-Regime gab und bestritt auch andere Verbrechen, die zur Zeit des Nationalsozialismus begangen wurden. Deswegen lag gegen ihn in Österreich ein Haftbefehl vor, und er

---

400 *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 129 B-VG, 7.

401 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 364.

402 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 364.

403 *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 282.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

wurde im November 2005, als er sich wieder in Österreich befand, verhaftet. Im Prozess wegen Wiederbetätigung wurde er zu drei Jahren Haft ohne Bewährung verurteilt und er äußerte sich im Anschluss an die Verhandlung wieder über den Nationalsozialismus und leugnete die zu der Zeit begangenen Verbrechen (Diese Aussagen wurden später – als die Strafe aus Bewährung ausgesetzt wurde – als Urteilsschelte abgetan). *Irving* bzw. sein Anwalt legten gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde ein, doch wurde der Schulterspruch vom OGH bestätigt. Gegen die Höhe der Strafe wurde Berufung erhoben.<sup>404</sup>

Das Oberlandesgericht Wien hatte dann am 20.3.2006 die Haftstrafe von drei Jahren im Ausmaß von zwei Dritteln auf eine Haftstrafe auf Bewährung umgewandelt. Da *Irving* bereits seit November 2005 in Untersuchungshaft war, wurde diese Untersuchungshaft auf die Haftstrafe angerechnet, und *Irving* somit entlassen, da ja der Rest der Strafe in eine Haftstrafe auf Bewährung umgewandelt wurde. Diese Umwandlung der Haftstrafe wurde anschließend heftig kritisiert, der Senatsvorsitzende Richter *Ernest Maurer* musste sich den Vorwurf gefallen lassen, dass diese Entscheidung mit seiner politischen Gesinnung – er soll mit der FPÖ sympathisieren – zu erklären ist.<sup>405</sup>

Im Anschluss daran entbrannte eine Diskussion, vor allem zwischen *Irving*'s Verteidiger *Herbert Schaller* und dem Justizsprecher der SPÖ *Hannes Jarolim*. Es wurden im Zuge dieser Auseinandersetzungen diverse Gastkommentare in der Wiener Zeitung<sup>406</sup> veröffentlicht.

*Jarolim* plädierte dafür, dass man bei der Besetzung der Senate auch auf derlei politische Hintergründe im Rahmen der Befangenheit einzugehen habe, wobei es natürlich am einfachsten wäre, würde sich der Richter selber für befangen erklären und den Akt somit weitergeben. Andernfalls wäre es notwendig, dass man der Justiz in diesen Fällen „mehr Rechte“ einräumt, um derartige Konstellationen zu vermeiden (also, dass ein Richter, der politisch dem rechten Lager angehört, nicht über Fälle im

---

404 <http://www.n-tv.de/706774.html>; Anhang E, Datum des letzten Logins: 18.05.2009.

405 <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,456117,00.html>, Anhang F, Datum des letzten Logins: 18.05.2009.

406 <http://www.wienerzeitung.at>.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Zusammenhang mit dem Verbotsgebot entscheiden kann).<sup>407</sup> Dieses Einräumen von mehr Rechten wäre zB durch eine Änderung des Gerichtsorganisationsgesetzes durchführbar.

*Schaller* griff *Jarolim* in seinem Kommentar vom 17.1.2007 in der Wiener Zeitung an, und warf ihm unter anderem vor, dass er die Unabhängigkeit der Justiz dadurch angreife, dass er für Richter, die zwar zu einer rechtlich richtigen, aber politisch nicht gewünschten Entscheidung kommen, schwarze Listen einführen würde.<sup>408</sup>

Diese Aussage ist als Reaktion auf die Äußerungen von *Jarolim* zu sehen, wonach es mit den Prinzipien des Rechtsstaates nicht vereinbar sei, wenn Richter über Angelegenheiten mit einem politischen Hintergrund zu entscheiden haben, denen die erforderliche Distanz für eine unabhängige und objektive Entscheidung fehle. Bei *Ernest Maurer* sei eben diese unabhängige und objektive Entscheidungsfindung nicht gewährleistet, was *Jarolim* mit einem Gutachten, über ein Urteil von *Maurer*, aus einer Zeit vor dem Aufstieg *Maurers* in den Mediensenat des OLG Wien („Der ausgebliebene Skandal“ von *Alexandra Pollak* und *Ruth Wodak*) begründet.<sup>409</sup>

Weiters stellt er fest, dass tatsächlich, nach diesem Gutachten eine Änderung der Geschäftsordnung (OLG Wien) vorgenommen wurde (dies va im Hinblick auf politische Medienrechtssachen). Er meint daher, dass es nur konsequent gewesen wäre, wenn man in diesem Fall unter Anwendung von Befangenheitsregelungen vorgegangen wäre. Es obliege nämlich der Justiz bei Fällen mit politischem Hintergrund zu kontrollieren, ob bei einem Richter die erforderliche Objektivität gegeben sei. Dies vor allem dann, wenn es schwerwiegende Anzeichen gibt, dass eben diese Objektivität nicht vorliegt. Dabei müssten jedoch solche Fragen generell gelöst werden, und müsste diese Problematik bereits bei der Geschäftsverteilung berücksichtigt werden.<sup>410</sup>

Diese Forderungen sind im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Justiz bedenklich.

---

407 „Befangene“ Richter: SPÖ im Notfall für Gesetzesänderung, Wiener Zeitung, 3.1.2007; Anhang G.

408 Schaller, Das Irving-Urteil und die politische Macht, Wiener Zeitung, 17.1.2007, Gastkommentar; Anhang H.

409 *Jarolim*, Die Objektivität muss außer Zweifel stehen, Wiener Zeitung, 1.1.2007, Gastkommentar. Anhang I.

410 *Jarolim*, Die Objektivität muss außer Zweifel stehen, Wiener Zeitung, 1.1.2007, Gastkommentar; Anhang I.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Der Vizepräsident des OLG, *Wolfgang Pöschl*, sieht keinen Grund für eine Änderung, denn „die Unabhängigkeit der Justiz muss gewahrt bleiben.“<sup>411</sup> Ein Abgehen vom derzeitigen System, wonach der gesetzliche Richter am Jahresanfang festgelegt wird, will er nicht. Nach dem derzeitigen System besteht somit bereits im Vorfeld eine Zuteilung; dies ist notwendig, um keinen Verstoß gegen das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter zu setzen.

*Kurt Kirchbacher*, Sprecher des Obersten Gerichtshofes, will ebenfalls am bestehenden System, wonach per Zahlenrad die Akten den Richtern zugeteilt werden, und man nicht sagen kann, wer dadurch welchen Akt bekommt, festhalten.

Laut *Wolfgang Pöschl* bestehen zwei Möglichkeiten in das derzeit bestehende System einzugreifen: Entweder erklärt der zuständige Richter selbst seine Befangenheit oder der dem gegenüber dem Minister weisungsgebundene Oberstaatsanwalt bringt selbst einen Ablehnungsantrag ein. Da seitens des Ministeriums jedoch versucht wird, die Unabhängigkeit der Rechtssprechung zu wahren, wird dies vom Ministerium nicht gemacht.<sup>412</sup>

Zu den Organen der Gerichtsbarkeit zählen jedoch nicht nur Richter sondern auch Rechtspfleger und Mitwirkende des Volkes.

Richter werden ernannt, und sie sind

- in ihrer Amtsausübung unabhängig (Art 87 Abs 1 B-VG), dh weisungsfrei<sup>413</sup>
- unabsetzbar und
- unersetzbare (Art 88 Abs 2 B-VG).<sup>414</sup>

Richter sind in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig, dh sie sind an keinerlei Weisung gebunden. Richter treffen ihre Entscheidungen daher lediglich auf Basis der bestehenden Rechtsvorschriften. Auch sind Richter unersetzbare. Eine Versetzung findet dann statt, wenn dem Richter gegen seinen Willen eine andere Stelle

---

411 „Befangene“ Richter: SPÖ im Notfall für Gesetzesänderung, Wiener Zeitung, 3.1.2007, Anhang G.

412 „Befangene“ Richter: SPÖ im Notfall für Gesetzesänderung, Wiener Zeitung, 3.1.2007, Anhang G.

413 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 281.

414 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 270ff.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

zugewiesen wird. Bereits die mangelnde Zustimmung des Richters verhindert eine Versetzung.<sup>415</sup>

Gewissermaßen von einer Ausnahme der Unabhängigkeit wird im Rahmen der Justizverwaltung nach Art 87 Abs 2 B-VG gesprochen. Denn diese zählt unter gewissen festgelegten Voraussetzungen nicht als richterliche Amtsausübung<sup>416</sup>. Auch bei der Unversetbarkeit gibt es eine Ausnahme, und zwar bei den sogenannten Sprengelrichtern (Art 88a B-VG)<sup>417</sup>.

Allgemein bleibt noch zu sagen, dass die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung unter dem Begriff „Vollziehung“ zusammengefasst werden. Auch geht das B-VG davon aus, dass die Tätigkeit der Gerichte als Gesetzesanwendung zu sehen ist. So gilt auch für die Gerichtsbarkeit das Legalitätsprinzip.

Ordentlichen Gerichten steht es jedoch nicht zu Gesetze zu überprüfen; diese Möglichkeit der Gesetzesprüfung wird durch den VfGH erfüllt. So sind ordentliche Gerichte zwar als Gesetzesvollzieher zu betrachten, nicht jedoch als Gesetzesprüfer. Gerichte können jedoch einen Prüfungsantrag beim VfGH stellen.<sup>418</sup>

## 6. Artikel 94 B-VG (Abgrenzung Gerichtsbarkeit – Verwaltung)

Artikel 94 B-VG lautet: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

Diese Bestimmung des Art 94 B-VG ist ein Ausfluss der „organisatorischen Trennung“ der Staatsfunktionen Verwaltung und Justiz.<sup>419</sup>

Dieser Artikel ist Teil des gewaltentrennenden Grundprinzipes des B-VG. Es ist auch der einzige Artikel der explizit von einer Trennung der Gewalten spricht. Sonst ist nirgends mehr in der Verfassung die Rede von einer anderen Trennung – zB Verwaltung – Gesetzgebung. Dass diese Trennungen aber in einem gewissen Maß

415 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 88 B-VG, 4.

416 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 283.

417 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 374.

418 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 270ff; Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 289ff.

419 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 101.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

dennoch vorgesehen sind, ergibt sich aus anderen Artikeln der Bundesverfassung.<sup>420</sup> Grundsätzlich handelt es sich bei Artikel 94 B-VG um ein sogenanntes Organisationsprinzip und gewisse Folgen sind daran geknüpft.

- Eine Behörde darf nie zur selben Zeit sowohl Gerichts- als auch Verwaltungsbehörde sein. Wenn eine Behörde als Gerichtsbehörde auftritt, ist es ausgeschlossen, dass diese Behörde in Verwaltungssachen tätig wird<sup>421</sup>. Somit kann auch kein in einer Verwaltungsbehörde Tätiger als Richter<sup>422</sup> auftreten. Eine Ausnahme gibt es lediglich bei der Justizverwaltung (Art 87 Abs 2 B-VG).<sup>423</sup>
- Hinsichtlich des Instanzenzuges ist es nicht zulässig, dass ein Gericht eine Instanz in einem Verwaltungsverfahren darstellt bzw. dass eine Verwaltungsbehörde im Rahmen eines gerichtlichen Prozesses als Instanz angerufen werden kann. Hinsichtlich der sukzessiven Kompetenz scheint eine Ausnahme vorzuliegen. Bei diesen Fällen kann im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ein Gericht angerufen werden. Sobald jedoch die Anrufung des Gerichtes erfolgt, tritt der Bescheid der Verwaltungsbehörde automatisch außer Kraft, und es obliegt nicht dem Gericht, den Bescheid zu prüfen, sondern neu in der Sache zu entscheiden. Beispiele für diese sukzessive Kompetenz findet man zB im Sozialversicherungsrecht (§ 71 ASGG) und im Mietrechtsgesetz (§ 40 MRG).<sup>424</sup>
- Wechselseitige Weisungen sind ausgeschlossen. Eine Verwaltungsbehörde darf keine Weisung an ein Organ der Gerichtsbarkeit erteilen und umgekehrt.<sup>425</sup>
- In derselben Sache kann es nicht zu sowohl einer Entscheidung durch eine Verwaltungsbehörde als auch durch ein Gericht kommen<sup>426</sup>. Es obliegt dem Gesetzgeber, eine Aufgabenverteilung unter Beachtung objektiver Kriterien

---

420 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 88.

421 VfSlg 12.073, VfSlg 12.929.

422 VfSlg 13.232.

423 *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 297.

424 *Mayer*, Das österreichische Bunde sverfassungsrecht<sup>3</sup>, 297; *Funk/Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfes eines Strafprozessreformgesetzes, 36.

425 *Harbich*, Trennungsgrundsatz und Strafprozess, in *Mayer* (Hrsg), Festschrift für Robert Walter, 191, *Mayer*, Das österreichische Bunde sverfassungsrecht<sup>3</sup>, 298.

426 VfSlg 8349, VfSlg 12.073, VfSlg 13.824.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

vorzunehmen. Ein Aufgabenbereich muss somit entweder der Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit zugeteilt werden. Hier wird jedoch durch die Artikel 91 Abs 2 und 3 sowie Artikel 92 B-VG gewährleistet, dass ein gewisser Aufgabenbereich den Gerichten zufällt.<sup>427</sup>

Um der Gerichtsbarkeit zugerechnet zu werden, sind weiters die Erfüllung der in Artikel 87 und 88 B-VG aufgestellten Erfordernisse (unabhängige, unversetzbare und unabsetzbare Richter) notwendig.

Es steht den ordentlichen Gerichten jedoch auch nicht zu Verwaltungsakte zu überprüfen. Dennoch gibt es eine gerichtliche Kontrolle; diese ist jedoch den von den ordentlichen Gerichten zu unterscheidenden unabhängigen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof vorbehalten.<sup>428</sup>

Eines der Motive für diese Regelung war es, dass so verhindert werden sollte, dass die Verwaltung richterliche Entscheidungen beeinflusst.<sup>429</sup>

Bei der Reform des Strafprozessgesetzes 2004 gab es die Diskussion, ob die Neuordnung dieser, insbesondere das Verhältnis der Staatsanwaltschaft, welche Teil der Verwaltung ist, zu den Gerichten mit dem Art 94 B-VG vereinbar wäre. Dazu ist jedoch zu sagen, dass das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Gerichten seit Normierung dieser Trennung von dem „strengen Trennungskonzept“ abgewichen ist. Dies wurde mit Art 90 Abs 2 B-VG begründet, wonach im Strafverfahren der Anklageprozess gilt, was eine gewisse Verflechtung von Verwaltungsorganen und richterlichen Organen bedingt. In der Diskussion um die Zulässigkeit dieser Änderungen in der StPO wurde unter anderem der versteinerungstheoretische Ansatz herangezogen, wonach nur Verflechtungen erlaubt seien, welche bereits in der StPO von 1920 vorgesehen waren. Diesem Ansatz wurde jedoch entgegengehalten, dass er hauptsächlich zur Auslegung der Kompetenzartikel heranzuziehen sei, und bei allen anderen Fragen eine „Gefahr“ darstellen würde. Die Reform der StPO wurde jedoch, unter der Prämisse dass das Anlageprinzip und die Gewaltentrennung „paritätische

---

427 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 297f; Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>5</sup>, 261.

428 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 263; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 53ff.

429 Harbich, Trennungsgrundsatz und Strafprozess, in Mayer (Hrsg), Festschrift für Robert Walter, 190

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Prinzipien“ seien, als „prinzipienkonform“ angesehen.<sup>430</sup>

#### 7. Abgrenzung Verwaltung – Gesetzgebung

In Österreich gibt es ein parlamentarisches System. Ein typisches Zeichen parlamentarischer Systeme ist die Verschmelzung der Exekutive und der Legislative, also von Parlament und Regierung.<sup>431</sup> Eine Teilung zwischen diesen zwei Gewalten, wie das in der Lehre von *Montesquieu* dargestellt wird, ist nur mehr vermindert gegeben. Eher kann man von gegenseitigen Abhängigkeiten sprechen. Einerseits ist die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig, kann diese doch ansonsten mittels Misstrauensvotum die Regierung „stürzen“ (in Österreich geregelt in Art 74 B-VG), andererseits besteht ein Auflösungsrecht, welches die Regierung befugt, das Parlament auszulösen und somit Neuwahlen herbeizuführen.

Bei einem Misstrauensvotum braucht es einen Mehrheitsbeschluss des Parlaments. Sollte die Mehrheit der Regierung oder einem einzelnen Mitglied der Regierung das Vertrauen versagen, so ist die Regierung bzw das Mitglied der Regierung ihres Amtes zu entheben.<sup>432</sup> Ein Erfordernis bei der Abstimmung über den Misstrauensantrag ist, dass mindestens die Hälfte der Parlamentsabgeordneten anwesend sind. Dies soll verhindern, dass eine Mehrheit durch Zufall zustande kommt.<sup>433</sup> In Österreich gibt es die Möglichkeit, dass der Bundespräsident den Nationalrat nach einem entsprechenden Vorschlag seitens der Bundesregierung auflöst (Art 29 B-VG, Art 67 B-VG). Eine Einschränkung bei dieser Auflösung ist jedoch die, dass der Bundespräsident dies nur einmal aus demselben Grund tun darf.<sup>434</sup>

Weiters ist zu sagen, dass in Österreich keine Inkompatibilität zwischen Exekutive und Legislative besteht. Das heißt, dass ein Mitglied der Regierung auch gleichzeitig

---

430 *Funk/Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfes eines Strafprozessreformgesetzes, 35ff..

431 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

432 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 176.

433 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 176.

434 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 199.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

Abgeordneter des Nationalrates sein kann.<sup>435</sup> Die Lehre spricht davon, dass in parlamentarischen Systemen die Regierung vom Parlament abhängig ist. Faktisch kommt der Regierung jedoch ein Übergewicht zu. Erfahrungsgemäß kommt auch das Misstrauensvotum bzw eine Auflösung durch den Bundespräsidenten kaum vor. Da die Parteien, die die Mehrheit im Parlament stellen idR auch die Regierung stellen, und man somit von einer gewissen Identität von Regierung und Parlament ausgehen kann, ist es durchaus verständlich, dass diese Instrumente kaum erfolgversprechend eingesetzt werden.

Es handelt sich aber bei diesen Bestimmungen dennoch nicht um „totes Recht“, da diese faktisch indirekt wirken, und zwar dadurch, dass es nur aufgrund der Existenz dieser Regelungen jene Parteistruktur („Geschlossenheit der Parteien, Parteidisziplin und insbes enge Fusion zwischen Regierung und Regierungsparteien“) gibt, welche wiederum zur Folge hat, dass diese Bestimmungen, wie oben dargelegt, nicht effektiv zur Anwendung kommen.<sup>436</sup>

## 8. Abgrenzung Gerichtsbarkeit – Gesetzgebung

Die Gerichtsbarkeit ist auch unter den Begriff der Vollziehung zu subsumieren. Ein Grundprinzip der Gerichtsbarkeit ist, dass diese unabhängig ist, und die Exekutive keinen Einfluss auf die Gerichtsbarkeit haben darf. Umgekehrt hingegen werden die Gesetze und somit die Gesetzgebung einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen. Diese Kontrolle wird vom VfGH vorgenommen (Art 140 B-VG).<sup>437</sup> Grundsätzlich gilt diese Prüfungsbefugnis des VfGH als ein „Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit“.<sup>438</sup> Verfassungsgerichtsbarkeit (im weitesten und funktionellen Sinn) ist die Überprüfung staatlichen Handelns hinsichtlich der Einhaltung bzw zum Schutz der als höchste

---

<sup>435</sup> Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48; Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 154.

<sup>436</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 159.

<sup>437</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 258.

<sup>438</sup> Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 140 B-VG, 9.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

rechtliche Ordnung des Staates verstandenen Verfassung („Hüter der Verfassung“).<sup>439</sup> Geprüft werden sowohl Bundes- wie auch Landesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin.<sup>440</sup> Als Maßstab werden nicht nur das B-VG und alle Verfassungsvorschriften, sondern auch das Landesverfassungsrecht (und Landesverfassungsbestimmungen) herangezogen. Das Gemeinschaftsrecht ist grundsätzlich kein Prüfungsmaßstab. Lediglich bei der „Prüfung von (innerstaatlichen) Verordnungen, die die Voraussetzung eines Individualantrages erfüllen“<sup>441</sup> ist das Gemeinschaftsrecht auch Prüfungsmaßstab. Der Maßstab richtet sich jedoch auch nach dem Gesetz, welches überprüft wird: Der Maßstab bei der Überprüfung eines Bundesverfassungsgesetzes ist die Bundesverfassung, bei einem Bundesgesetz die Bundesverfassung, bei einem Landesverfassungsgesetz die Bundesverfassung und bei einem Landesgesetz die Bundes- und Landesverfassung und zum Teil auch das einfache Bundesgesetz.<sup>442</sup>

Auch Gesetze die in Verfassungsrang gehoben wurden, können vom VfGH geprüft werden. So wurde etwa §126a Bundesvergabegesetz 1997 als verfassungswidrig aufgehoben (VfSlg 16.327). Kommt es zu einer Prüfung eines in Verfassungsrang stehenden Gesetzes kann jedoch nur dahingehend geprüft werden, ob das Gesetz gegen ein Grundprinzip der Verfassung verstößt und allenfalls aus diesem Grund aufzuheben ist.<sup>443</sup>

Hiermit möchte ich den ersten Teil meiner Arbeit beenden und nunmehr zum zweiten Teil, in dem ich mich mit ausgewählten Fragen der Gewaltenteilung beschäftigen werde, übergehen. Zusammengefasst kann abschließend zum ersten Teil gesagt werden, dass sich im Laufe der Geschichte bereits zahllose Denker mit der Idee der Gewaltenteilung beschäftigt haben, und der wichtigste Gedanke hinter dem Prinzip der Gewaltenteilung der ist, dass eine Machtkonzentration in der Hand eines einzelnen

<sup>439</sup> Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht, Art 140, 12.

<sup>440</sup> Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 337.

<sup>441</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 440.

<sup>442</sup> Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 337

<sup>443</sup> Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 327.

### III. Theoretische Konzepte der Gewaltenteilung

oder einiger weniger vermieden werden soll.<sup>444</sup> Auch in Österreich ist das Konzept der Gewaltenteilung umgesetzt. „Das Konzept der österreichischen Gewaltenteilung beruht auf einer umfassenden Ordnungsidee, in welcher Machtbegründung und Machtbegrenzung, Machtteilung und Machtbalance, Mitwirkung und gegenseitige Kontrolle, Gewaltentrennung und Gewaltenverbindung, Dezentralisation und Zentralisation, Dekonzentration und Konzentration, Vielheit und Einheit, die Republik als Ganzes konstituieren.“<sup>445</sup> Durch das Bundesverfassungsgesetz wird jedenfalls eine formal-organisatorische Gewaltenteilung umgesetzt, aber auch eine materielle. Den einzelnen Gewalten ist klar ein bestimmtes Gebiet und Funktionen zugeordnet. Trotzdem gibt es immer wieder Fälle, in denen Akte einer Gewalt von Organen einer anderen Gewalt umgesetzt werden und es dadurch zur gegenseitigen Kontrolle kommt. Diese Gewaltenverschränkungen finden ihre Grundlage jedoch jeweils im Bundesverfassungsgesetz. Darüber hinaus ist die Ausübung der einzelnen Gewalten nicht einem einzigen Organ übertragen, sondern es gibt auch innerhalb der einzelnen Gewalten eine Trennung durch Aufteilung der Aufgaben auf unterschiedliche Organe. Daher gibt es auch eine beträchtliche Anzahl von Ämtern und Organwaltern.<sup>446</sup>

In Österreich gibt es ein parlamentarisches System und die wichtigste Bestimmung der Gewaltenteilung ist der Art 94 B-VG.

Auch in Österreich herrscht die neue Gewaltenteilung vor, die eine Trennung der Macht zwischen der Regierung und derjenigen Parteien im Parlament, die der Regierung angehören einerseits und der Opposition andererseits meint.<sup>447</sup> Diese Gewaltenverschränkung zwischen Exekutive (Regierung) und Legislative (Parlament) möchte ich gleich zu Beginn des zweiten Teils meiner Arbeit behandeln.

---

444 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 88.

445 Welan, Die Gewaltenteilung in Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 495.

446 Welan, Die Gewaltenteilung in Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 496f.

447 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 258; Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48;

## IV. AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUR GEWALTENTEILUNG

### A. Das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative

#### 1. Einleitung

Wie bereits ausgeführt ist es das Ziel der Gewaltenteilung Machtkonzentration zu verhindern und die Macht in die Hände mehrerer zu legen. Der wichtigste dahinterstehende Gedanke ist dabei der, dass es durch die Teilung der Macht zu weniger Machtmisbrauch und Willkür kommt.<sup>448</sup> Die klassische Gewaltenteilung in Exekutive, Judikative und Legislative stammt von *Montesquieu*. Ein Blick in die österreichische Verfassungswirklichkeit zeigt jedoch, dass dieses Prinzip der Gewaltenteilung nicht so umgesetzt ist, wie von Montesquieu beschrieben. In Österreich herrscht, wie dies typisch für parlamentarische Systeme ist, eine neue Form der Gewaltenteilung vor. Bei dieser Form der Gewaltenteilung kommt es zu einer Neugestaltung der von der Gewaltenteilung angestrebten Kontrolle. Es gibt keine strikte Trennung von Exekutive und Legislative, von Regierung und Parlament, sondern vielmehr eine Gewaltenverschränkung.<sup>449</sup> Die dritte Gewalt, die Judikative ist hierbei unabhängig von dieser Verschränkung. Die Ausprägung der Verschränkung zwischen Exekutive und Legislative ist von der jeweils vorherrschenden Regierungsform abhängig. Als Regierungsform in Frage kommen dabei eine „Koalitions-, eine Konzentrations-, eine Minderheitsregierung oder eine Alleinregierung einer Partei mit absoluter Mehrheit.<sup>450</sup>

---

448 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 88.

449 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 258.

450 Welan, Die Gewaltenteilung in Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 501.

## 2. Das parlamentarische System

Die Bezeichnung der Gewaltenverschränkung zwischen der Regierung und dem Parlament umschreibt das Charakteristikum eines parlamentarischen Regierungssystems und zwar die Tatsache, dass das Zustandekommen sowie der Fortbestand der Regierung davon abhängt, ob die Mehrheit des Parlaments der Regierung weiterhin das Vertrauen ausspricht.<sup>451</sup> Dieses als Misstrauensvotum bezeichnete Merkmal ist typisch für ein parlamentarischen Systems. Durch das sogenannte Misstrauensvotum kommt es in parlamentarischen Systemen nämlich zu dieser Abhängigkeit der Regierung vom Vertrauen des Parlaments. Dadurch dass in der Verfassung festgeschrieben wird, dass die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig ist, wird auch festgelegt, dass das Parlament Einfluß auf die Regierung hat.<sup>452</sup> Man unterscheidet allgemein zwischen parlamentarischen und präsidentiellen Systemen. Die zwei Systeme werden durch bestimmte Merkmale gekennzeichnet. Kennzeichen parlamentarischer Systeme sind<sup>453</sup>:

- Es gibt eine klare Unterscheidung zwischen der Regierung und der Opposition. Ziel der Opposition, die die Minderheit im Parlament darstellt, ist es, durch Entwicklung von Alternativen und durch Kontrolle die Regierung abzulösen. Bei dieser von der Opposition zu entwickelnden Alternative geht es sowohl um die Sach- als auch um die Personalalternative. Während ersteres meint, dass von der Opposition ein alternatives Programm entwickelt werden wird, meint zweiteres, dass die Opposition auch immer alternative Kandidaten und Anwärter für die Regierungsposten bereitstellten muss.<sup>454</sup> Der Opposition stehen dazu auch die Instrumente des Parlamentes zur Verfügung, was eine gewisse Kontrolle der Regierung zur Folge hat. Da die Regierung auch danach strebt, bei den nächsten Wahlen wieder gewählt zu werden, kann sie sich nicht

451 Schneider, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in Merten (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 77.

452 Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 191.

453 Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48f.

454 Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 139.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

alles erlauben, da sie damit rechnen muss, dass die Opposition kontrolliert, Alternativen entwickelt und auf Mißstände aufmerksam macht (dies auch wohl deswegen, da es das Ziel der Opposition ist, selber an die Regierung zu kommen) und bei unpopulären Maßnahmen die Regierung heftig kritisieren wird, was mitunter dazu führt, dass man bestimmte Maßnahmen nicht oder in abgeschwächter Form durchsetzt.<sup>455</sup>

- Misstrauensvotum: Das bedeutet, dass die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig ist. Sollte die Parlamentsmehrheit der Regierung das Vertrauen entziehen, wird die Regierung faktisch „gestürzt“. (Hierbei ist jedoch die Entwicklung zu beobachten, dass es oftmals zu einer Identität zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit kommt, weswegen das Misstrauensvotum in der Form kaum zum Einsatz kommt bzw ein allenfalls stattfindendes Misstrauensvotum kaum erfolgversprechend ist).<sup>456</sup> Von gänzlicher Identität zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit kann man dann sprechen, wenn alle Regierungsmitglieder gleichzeitig Abgeordnete des Parlaments sind. Eine Unterscheidung zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit fällt umso schwerer, je mehr Regierungsmitglieder auch gleichzeitig Parlamentsabgeordnete sind.<sup>457</sup>
- Auflösungsrecht: Umgekehrt kann die Regierung das Parlament vorzeitig auflösen. Dadurch hat die Regierung die Möglichkeit vorzeitige Neuwahlen herbeizuführen.<sup>458</sup>
- Es besteht keine Inkompatibilität zwischen Regierung und Parlament. Dh Abgeordnete des Parlaments können auch Mitglied in der Regierung sein.<sup>459</sup>
- Der zweiten Kammer kommt eine geringere Stellung zu. Die Regierung und damit auch der Regierungschef sind mit der ersten Kammer, welche eine direkt gewählte ist, verbunden. Der zweiten Kammer, welche nicht direkt gewählt

---

<sup>455</sup> *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

<sup>456</sup> *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre<sup>2</sup>, 92.

<sup>457</sup> *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 134.

<sup>458</sup> *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48.

<sup>459</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 187.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

wurde, kommt eine geringere Rolle zu.<sup>460</sup>

- Dem Staatsoberhaupt (Monarch oder Präsident) kommt auch nur eine verminderte Machtposition zu, da die staatliche Macht hauptsächlich beim Regierungschef liegt.<sup>461</sup>
- Hinsichtlich der Führungspositionen bei der Regierung und bei der (den) Regierungspartei(en) gibt es eine Personalunion.<sup>462</sup> Wenn man weiters berücksichtigt, dass im Parlament Fraktionsdisziplin herrscht, kann man wohl sagen, dass die Regierung das Parlament durchaus lenken kann. Dadurch wird eine stabile parlamentarische Mehrheit erreicht und das Misstrauensvotum ist faktisch keine Bedrohung für die Regierung.<sup>463</sup>

Bei einem parlamentarischen System kommt es quasi dazu, dass die Exekutive, die Regierung, aus der gesetzgebenden Körperschaft, dem Parlament hervorgeht, was zur Folge hat, dass die Exekutive und die Legislative miteinander kooperieren.<sup>464</sup> Dadurch, dass dies in vielen parlamentarischen Demokratien Realität ist, meinte *Loewenstein*, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung „überholt und wirklichkeitsfremd“<sup>465</sup> sei. *Loewenstein* entwickelt daher ein eigenes Konzept der Teilungslehre, in welchem unterschieden wird zwischen politischer Grundentscheidung, die Aus- und Durchführung der politischen Grundentscheidung und die politische Kontrolle. Die politische Grundentscheidung meint die Entscheidung, welche die Gemeinschaft trifft, wenn sie vor mehrere politische Alternativen gestellt wird. Es handelt sich dabei um Entscheidungen, die sowohl in der Gegenwart als auch der Zukunft für die Gemeinschaft die Richtung vorgeben. Die wichtigsten Entscheidungen sind die Auswahl des politischen Systems und der Regierungsform. Die Verfassung an sich stellt auch eine politische Grundentscheidung dar. Die Aus- und Durchführung der politischen Grundentscheidung ist der Prozess der Umsetzung der getroffenen

---

460 *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre<sup>2</sup>, 201.

461 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 218.

462 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 49.

463 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 49; *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre<sup>2</sup>, 92.

464 *Steffani*, Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 37.

465 *Loewenstein*, Verfassungslehre<sup>3</sup>, 32.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Entscheidungen. Dies geschieht zum Beispiel durch Gesetze, die in der Regel als eine Umsetzung einer getroffenen Entscheidung zu sehen sind. Die Vollziehung der getroffenen Entscheidungen wird hauptsächlich durch die Verwaltung vorgenommen. Aber auch die Judikative ist durch ihr Handeln an der Ausführung der politischen Grundentscheidung beteiligt. Die politische Kontrolle wird am effektivsten dadurch erreicht, dass die verschiedenen Funktionen im Staat auf verschiedene Machträger übertragen werden. Diese Machträger üben die ihnen übertragenen Befugnisse zwar autonom aus, sind jedoch auch auf eine gewisse Kooperation untereinander angewiesen. Die Kontrolle wird daher durch das System der checks and balances erreicht. Neben diesem Kontrollinstrument bestehen jedoch noch weitere, wie zum Beispiel das Misstrauensvotum oder das Auflöserecht der Regierung.<sup>466</sup>

Dass es, wie dargestellt zu der Gewaltenverschränkung zwischen Regierung und Parlament kommt ist hauptsächlich auf die Existenz des Misstrauensvotums zurückzuführen. Denn dadurch, dass die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig ist, wird sie dazu gezwungen auf die Mehrheitsverhältnisse Rücksicht zu nehmen, um sich das Vertrauen zu sichern.

Durch die Tatsache, dass in den meisten Fällen die Regierungsparteien auch die Mehrheit im Parlament innehaben ist jedoch in der Regel sichergestellt, dass diese „Kooperation“ zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit unkompliziert funktioniert. Das parlamentarische System zeichnet sich eben dadurch aus, dass eine große Kompromissbereitschaft vorhanden ist, was auch als große Stärke dieses Systems gesehen wird. Durch diese Kompromissbereitschaft wird der Staat in die Lage versetzt, das Zusammenleben zu sichern und seiner Ordnungsfunktion nachzukommen. Nur mittels dieser Kompromissbereitschaft lassen sich nämlich die widerstreitenden Ideen in Einklang bringen.<sup>467</sup> Der Kompromiss besteht eben darin, dass die Ziele mehrerer Gruppen zu einem Programm vereint werden und die Interessen der einzelnen Gruppen aufeinander abgestimmt werden müssen. Daneben

---

466 Loewenstein, Verfassungslehre<sup>3</sup>, 40ff.

467 Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 24.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

gibt es jedoch auch noch den sogenannten funktionellen Kompromiss, was bedeutet, dass eine Gruppe dem Vorhaben der anderen zustimmt, unter der Bedingung, dass dafür die eine Gruppe einem Vorhaben der anderen zustimmt.<sup>468</sup>

Diese oben aufgezählten Merkmale findet man auch in Österreich. Die Opposition ist klar von der Regierung getrennt, und dies zeigt sich vor allem im Auftreten der politischen Parteien. Die Opposition ist bemüht durch ein alternatives Programm die Wähler von sich zu überzeugen, mit dem Ziel, bei den nächsten Wahlen die Regierungsparteien abzulösen.<sup>469</sup>

Das Misstrauensvotum ist in Österreich in Art 74 B-VG geregelt. Für die Anwendung des Misstrauensvotums braucht es keine besonderen rechtlichen Gründe, sondern es ist bereits ausreichend, wenn das Vertrauen des Parlaments in die Amtsführung der Regierung oder eines einzelnen Regierungsmitgliedes nicht mehr gegeben ist.<sup>470</sup> Jedoch bestimmt Art 74 Abs 2 B-VG, dass bei der Beschlussfassung die Hälfte der Mitglieder des Nationalrates anwesend sein müssen. Sinn dieser Bestimmung ist es, Zufallsmehrheiten zu vermeiden.<sup>471</sup> Grundsätzlich stellt das Misstrauensvotum ein wichtiges Instrument zur Umsetzung der Gewaltenteilung dar. Durch dieses Instrument soll unter dem Aspekt des demokratischen Prinzipes „die Vorherrschaft des indirekten Volkswillen“ gesichert werden, „der sich in der unbedingten parlamentarischen Rückbindung der Regierung ausdrückt“.<sup>472</sup> Zweck des Misstrauensvotums ist es, eine politische Kontrolle der Regierung durch das Parlament zu ermöglichen. Das Misstrauensvotum kann jedoch auch quasi umgekehrt eingesetzt werden, und zwar im Sinne eines Vertrauensvotums, um zu verdeutlichen, dass Vertrauen besteht. Diese Vorgangsweise ist etwa dann denkbar, wenn eine Entlassung durch den Bundespräsidenten droht. Ausüben kann das Misstrauensvotum nur der Nationalrat, nicht jedoch auch der Bundesrat. Das Votum richtet sich in erster Linie zuerst gegen die gesamte Bundesregierung, kann jedoch, da dies in den meisten Fällen

---

468 *Ermacora*, Allgemeine Staatslehre, 707.

469 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 49;

470 *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 203.

471 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 176.

472 *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 74 Abs 1 und 2 B-VG, 4.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

überschießend wäre auch auf ein einzelnes Mitglied der Bundesregierung beschränkt werden.<sup>473</sup>

Das Auflösungsrecht ist in Österreich wie folgt geregelt:

Nach Art 29 iVm Art 67 B-VG kann es zu einer Auflösung des Nationalrates durch den Bundespräsidenten kommen, wobei der Bundespräsident an einen Vorschlag der Bundesregierung gebunden ist. Die laufende Gesetzgebungsperiode ist mit der Auflösung sofort beendet. Durch einen derartigen Schritt wird es möglich, die zwischen Exekutive und Legislative bestehenden politischen Differenzen und Spannungen auf eine demokratische Art und Weise (Neuwahl des NR) zu regeln.<sup>474</sup>

Art 70 Abs 2 legt fest, dass Mitglieder der Bundesregierung auch dem Nationalrat angehören können, dies jedoch nicht müssen. Legiglich zum Nationalrat wählbar müssen sie sein.<sup>475</sup>

Die zweite Kammer ist in Österreich der Bundesrat. Bei dieser Kammer gibt es keine Direktwahl, sondern die Mitglieder werden durch den jeweiligen Landtag gewählt. Der Einfluss des Bundesrates ist eher gering, da durch den Bundesrat gegen Gesetzesbeschlüsse lediglich ein suspensives Veto eingelegt werden kann (Art 42 B-VG). Der Nationalrat hat daraufhin jedoch die Möglichkeit einen sogannnten Beharrungsbeschluss zu fassen, bei dem mindestens die Hälfte der Nationalratsabgeordneten anwesend sein müssen (Art 42 Abs 4 B-VG). In manchen Fällen hat der Bundesrat jedoch sogar ein Zustimmungsrecht, man spricht in diesem Zusammenhang von einem absoluten Veto.<sup>476</sup>

Die Aufgaben des Bundespräsidenten sind in der Verfassung festgelegt.

In Österreich ist es üblich, dass der Bundespräsident in das politische Tagesgeschehen nicht eingreift bzw. er sich in der Regel auf die Wirkung seiner Autorität beschränkt. Auch kommt es zu einer Einschränkung des Spielraumes des Bundespräsidenten dadurch, dass er gemäß Art 67 B-VG an Vorschläge der Bundesregierung gebunden ist. Dabei ist jedoch anzumerken, dass keine Pflicht besteht, die Vorschläge der

---

<sup>473</sup> Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 74 Abs 1 und 2 B-VG, 3ff.

<sup>474</sup> Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 142.

<sup>475</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 187.

<sup>476</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 222.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Bundesregierung auch umzusetzen.<sup>477</sup>

Auch das letzte der aufgezählten Merkmale – die Personalunion bei den Führungspositionen in Regierung und Regierungspartei – trifft auf Österreich zu.

### 3. Gewaltenverschränkung

Beim Verhältnis zwischen Parlament und Regierung kommt es darauf an, ob die Verfassung auf eine strenge Ausgestaltung der Gewaltenteilung aufbaut, und das Parlament somit keinen Einfluss auf Amtsduer und Bildung der Regierung hat und auf die Regierungsgeschäfte nur einen durch die Verfassung eng beschränkten Einfluss hat oder ob das Prinzip der Gewaltenteilung nicht derart strikt umgesetzt wird und dem Parlament dadurch weit mehr Einfluß auf die Regierung eingeräumt wird.<sup>478</sup>

Die Frage, die sich hier nun stellt, ist die Folgende: Wie wirkt sich diese Verschränkung zwischen Parlament und Regierung auf die Gewaltenteilung aus?

*Montesquieu* nämlich vertritt die Meinung, dass die Teilnahme der Gesetzgebung (Legislative) an der Regierung (Exekutive) als deren Auflösung zu sehen wäre, und somit jedenfalls als Verstoß gegen die Gewaltenteilung zu werten sei.<sup>479</sup>

Das verwundert eigentlich, denn das parlamentarische System zeichnet sich ja eben gerade dadurch aus, dass es eben diese gegenseitigen Einflussnahmen der beiden Gewalten gibt, und man kann eigentlich schon sagen, dass parlamentarische Systeme vom Prinzip der Gewaltenteilung getragen werden und auch keine der beiden Gewalten despotisch auftritt.

Bereits bei der Regierungsbildung tritt die Zusammenarbeit der Gewalten zu Tage. Es ist Aufgabe des Bundespräsidenten (Art 70 B-VG), die Bundesregierung zu ernennen. Es ist dabei üblich, dass die Partei, die bei den vorangegangenen Nationalratswahlen als stimmstärkste Partei hervorgegangen ist, den Auftrag vom Bundespräsidenten erhält, eine Regierung zu bilden. Auf diesen wichtigen Vorgang der Regierungsbildung

---

477 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 259.

478 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 41.

479 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 200.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

hat der Wähler keinen direkten Einfluss. Gewählt wird nämlich der Nationalrat. Doch es ist üblich, dass die stärkste Partei vom Bundespräsidenten den Auftrag zur Regierungsbildung erhält. Durch dieses Vorgehen nimmt der Wähler indirekt, durch die Wahlen, Einfluss.<sup>480</sup>

Die Schwierigkeit einer Regierungsbildung hängt damit zusammen, inwiefern die Parteien miteinander harmonisieren oder wie groß die Kompromissbereitschaft ist.<sup>481</sup>

In der Lehre wird zum Teil auch die Meinung vertreten, dass nicht die Abberufbarkeit der Regierung durch das Parlament das typische Wesensmerkmal eines parlamentarischen Systems darstellt, sondern die Einsetzung der Regierung durch das Parlament aufgrund von Wahlen.<sup>482</sup>

Diese Meinung bringt zum Ausdruck, dass eben nicht das Misstrauensvotum das entscheidende Merkmal des parlamentarischen Systems ist, sondern die Tatsache, dass die Regierung über die Wahl des Parlaments, des Nationalrats, eingesetzt wird.

Sobald dann erstmal eine Regierung besteht, weist das parlamentarische System jedoch unterschiedliche Instrumente (Misstrauensvotum, Ministeranklage, Untersuchungs-, Frage- und Zitationsrechte des Parlaments) auf, um die Regierung zu kontrollieren und die Gewaltenteilung zu sichern.<sup>483</sup> Natürlich bleibt hier zu berücksichtigen, dass die die Parlamentsmehrheit bildenden Parteien idR auch die Parteien sind, die die Regierung stellen, und somit das Instrument des Misstrauensvotums entwertet wird. Wie jedoch bereits früher aufgezeigt, wird dieses Instrument nicht komplett entwertet, sondern wirkt vor allem indirekt.<sup>484</sup>

Als typisches Kennzeichen eines parlamentarischen Regierungssystems gilt jedoch im allgemeinen das parlamentarische Abberufungsrecht bzw die diesem zukommende Gestaltungswirkung. Das Parlament, welches sich Wahlen stellen muss, ist auch an den Willen der Wähler gebunden, dies vor allem auch hinsichtlich der Frage, welcher

---

480 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 260; *Mayer*; Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 200.

481 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer, Heft 16, 54.

482 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 131.

483 *Schneider*, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in *Merten* (Hrsg.), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 84.

484 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 159.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Regierung es das Vertrauen ausspricht. Der Wille des Wählers wird erneut „erhoben“, wenn einer Regierung das Vertrauen entzogen wird. Denn in so einem Fall kommt es idR zu Neuwahlen und durch diese Wahl kann der Wähler seinen Willen erneut äußern.<sup>485</sup>

Ein weiterer Faktor, der bei der Gewaltenverschränkung zu beachten ist, ist die Parteienstruktur. Im Mehrparteiensystem mit einer beschränkten Anzahl von Parteien ist das Parlament idR mächtiger einzustufen, als im Einparteiensystem bzw im Mehrparteiensystem mit vielen gleich starken und einflussreichen Parteien. Bei einem Einparteiensystem ist faktisch zu beobachten, dass Partei und Regierung unter Umgehung des Parlaments agieren, während bei Vorhandensein vieler Parteien langwierige Verhandlungen notwendig sind, um bei der Parteienvielfalt einen Kompromiss zu erzielen, was der Regierung einen Machtvorteil verschafft und das Parlament im schlimmsten Fall komplett lähmt. Ein Mehrparteiensystem mit einer beschränkten Anzahl von Parteien, die zu wechselseitigen Bündnissen fähig sind, ist für die Stellung des Parlaments am günstigsten.<sup>486</sup>

Ein weiterer Faktor ist die innerparlamentarische Willensbildung. Bei Vorliegen einer geschlossenen Mehrheit ist eine höhere Transparenz sowie „Zurechenbarkeit der Entscheidungsfindung („input“)\, dadurch gegeben, dass es ein klares Gegenüber von Opposition und Regierung gibt. Bei einer unklaren Mehrheit ist dies nicht der Fall. Hinsichtlich der Entscheidungsleistung („output“) gibt es jedoch eine höhere Effizienz, wenn sich die Tätigkeiten des Parlaments mehr auf Ausschußberatungen (Arbeitsparlament) als auf Plenardebatten (Redeparlament) erstreckt.<sup>487</sup>

Allgemein kann man sagen, dass der politische Einfluss eines Parlaments davon abhängt, wie beständig und dauerhaft Mehrheiten vom Parlament gebildet werden können. Durch konstante Mehrheitsbildungen im Parlament wird insgesamt dem

---

485 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 132.

486 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 60; *Schneider*, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in *Merten* (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 84f; *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 49.

487 *Schneider*, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in *Merten* (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 85.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

parlamentarischen Regierungssystem Stabilität verliehen.<sup>488</sup>

In Österreich besteht keine Inkompatibilität zwischen Regierungsamt und Nationalratsmitgliedschaft (also Parlament). Jedoch müssen die Regierungsmitglieder zum Nationalrat wählbar sein. Es ist jedoch nicht Voraussetzung, dass sie dem Nationalrat auch angehören.<sup>489</sup>

Das B-VG sieht rechtlich keine Gleichordnung zwischen der Regierung und dem Parlament vor, sondern vielmehr eine Über- bzw Unterordnung, welche sich vor allem im Misstrauensvotum manifestiert. Im österreichischen Regierungssystem ist die „enge institutionelle und personelle Verschränkung zwischen Legislative und Exekutive“ charakteristisch<sup>490</sup> Die Regierung ist aufgrund des Misstrauensvotums vom Vertrauen des Parlaments abhängig. Die Regierung kann jedoch trotz der Abhängigkeit vom Parlament ihre Selbstständigkeit erhalten, und dies ist auch notwendig. Trotz der Abhängigkeit wirkt nämlich die Regierung auch auf das Parlament ein, gibt Impulse und ergreift Initiativen. Bei den meisten Verfassungen ist es so, dass es dem Regierungschef überlassen wird, die Richtlinien der Politik aufzustellen.<sup>491</sup> Bei der erwähnten Abhängigkeit der Regierung vom Parlament handelt es sich um „ein wesentliches Element der Demokratiekonzeption der Bundesverfassung“, dadurch soll „eine „Herrschaft“ der Volksvertretung“ gesichert werden.<sup>492</sup>

Die Verflechtung von Regierung und Parlament erfährt eine weitere Intensivierung durch die sogenannten Staatssekretäre. Diese unterstützen den Minister bei der Geschäftsführung und können ihn im Parlament vertreten (Art 78 Abs 2 B-VG)<sup>493</sup>. Durch diese Vertretungen wird die Verflechtung weiter manifestiert.<sup>494</sup> Überspitzt ausgedrückt kann man sagen, dass die Regierung in einem parlamentarischen System

---

488 Schneider, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in Merten (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 85.

489 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 189.

490 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 160.

491 Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer, Heft 16, 33.

492 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 160.

493 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 208.

494 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 268; Schneider, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in Merten (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 85.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

quasi einen „Ausschuss der Parlamentsmehrheit“ darstellt. In der Praxis verhält es sich dennoch nicht so, dass sich die Regierung dem Parlament weitgehend unterwirft, sondern kommt es im Gegenteil dazu, dass sich die Abhängigkeit des Parlaments von der Regierung verstärkt, welche bereits aufgrund von „Informationsvorsprünge, spezialisiertem Sachverstand und langfristigen Planungen der Ministerialbürokratie“ besteht.<sup>495</sup>

Aufgrund der Vervielfachung der Staatsaufgaben hat die Bürokratie vor dem Parlament einen immer größeren Vorsprung. Die Ministerialbürokratie, die der Regierung nämlich zur Verfügung steht, verfügt über präzises und sachverständiges Wissen. Diesen Vorsprung den die Regierung dadurch erhält muss das Parlament wieder etwas ausgleichen, was dadurch geschieht, dass sich das Parlament auch einer arbeitsteiligen Spezialisierung bedient. Dies bedeutet in der Praxis eine Verlagerung der Tätigkeiten in Ausschüsse. Dieser Arbeit in Ausschüssen sind jedoch auch gewisse Grenzen gesetzt. Das Parlament muss bei seinen Entscheidungen nach Möglichkeit alle Meinungen und Standpunkte berücksichtigen. Zuviel Verlagerung von Arbeiten in die Ausschüsse birgt die Gefahr, dass gewisse Standpunkte nicht ausreichend berücksichtigt werden. Auch kann es mitunter schwierig sein, die einzelnen Behandlungen der Ausschüsse in ein Gesamtkonzept zusammenzufügen, selbst wenn die letztendliche Entscheidung dann beim Gesamtparlament liegt.<sup>496</sup> Weiters ergibt sich durch eine Verlagerung in die Ausschüsse ein Problem mit der Publizität. Ein wichtiges Merkmal des Parlamentarismus ist jedoch die Öffentlichkeit, und verkümmert dieses Merkmal durch zuviel Ausschusstätigkeit. Auch die Möglichkeit, dem Parlament selbst sachverständige Berater zur Seite zu stellen stößt vor Probleme, und zwar vor jenes, dass ebenso eine enorme Bürokratie erforderlich wäre, und sich zuviel Einfluss auf diese verlagern würde.<sup>497</sup>

Man kann trotzallem sagen, dass in parlamentarischen Systemen durchaus noch eine

---

<sup>495</sup> Schneider, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in Merten (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 85f.

<sup>496</sup> Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 220f.

<sup>497</sup> Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 221.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

formelle Trennung zwischen Exekutive und Legislative stattfindet und weiters auch, dass es ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen den beiden Gewalten, konkreter zwischen der Regierung und der Parlamentsmehrheit, gibt.<sup>498</sup> Schneider<sup>499</sup> denkt daher, dass es verfehlt wäre, diese Verflechtungen des parlamentarischen Systems als Durchbrechung oder Beseitigung des Gewaltenteilungsprinzips zu sehen und verweist darauf, dass diese Meinung auch bereits von *Kaigi* und *Peters* vertreten wurde. Neu wäre hier jedoch nur, dass sich im Unterschied zur Lehre von *Montesquieu* nicht mehr Exekutive und Legislative gegenüber stünden, sondern eben Regierung und Parlamentsmehrheit stehen der Opposition, dh der Parlamentsminderheit gegenüber. Es wird aber durchaus auch die gegenteilige Meinung vertreten, also dass das parlamentarische System sehr wohl als Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzipes zu sehen ist. So schreibt *Peters*: „Es ist fast unbestritten, dass die parlamentarische Regierungsform die Gewaltenteilung durchbricht, da sie wesensgemäß die Exekutive in ständige Abhängigkeit von der Legislative bringt.“ Weiters vertritt er die Meinung, dass, dadurch dass die Regierung vom Vertrauen des Parlaments abhängig ist und sie auch jederzeit zum Rücktritt gezwungen werden kann, nicht mehr von einer unabhängigen Regierung die Rede sein kann.<sup>500</sup>

Trotz dieser Kooperation zwischen Regierung und Parlament gibt es wirksame Kontrollmöglichkeiten. Eine davon ist die innerparteiliche Kontrolle. Innerhalb der Partei gibt es unterschiedliche Richtungen und Flügel und dies spielt für die Kontrolle eine wichtige Rolle. Eine andere ist die bereits erwähnte Kontrolle durch die Opposition.<sup>501</sup>

Die These, dass die neue Gewaltenteilung die klassische Gewaltenteilung zwischen Regierung und Parlament ersetzt hat, trifft laut *Steffani*<sup>502</sup> jedoch nicht zu. Dies deswegen, weil die Opposition nicht die zur politischen Kontrolle gehörende Beschlussfähigkeit übernehmen kann, sondern diese weiter beim Parlament verbleibt.

---

498 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 148.

499 *Schneider*, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in *Merten* (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 85.

500 *Peters*, Die Gewaltenteilung in moderner Sicht, 11.

501 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 221.

502 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 149.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Es ist deswegen nicht möglich, dass die Opposition die gewaltenteilende Rolle des Parlaments übernimmt. Richtig sei hingegen, dass die neue Gewaltenteilung die alte überlagert, sie verändert und erweitert. Das Zusammenwirken sei das Kennzeichen der Verfassungsrealität im parlamentarischen System. Die klassische Gewaltenteilung basiert auf Bestimmungen, die festlegen, dass ein Organ dann zur Gewaltenteilung befähigt wird, wenn es über ausreichend gesicherte Entscheidungskompetenzen verfügen kann. Es besteht dann zwischen der Regierung und dem Parlament ein „organschaftlicher Dualismus verfassungsrechtlicher Konfliktfähigkeit.“<sup>503</sup> Der Parlamentarismus versucht diesen Dualismus zugunsten eines Miteinanders von Parlament und Regierung zu überwinden. Ergebnis dieses Miteinanders ist die Regierungsmehrheit, welche sowohl auf das Parlament als auch auf die Regierung Einfluss üben kann. Als Ergebnis dieser Zusammenarbeit bleibt noch die Opposition als Gegengewicht. Aufgrund dieser Systematik spricht man gelegentlich davon, dass in parlamentarischen Systemen kein Dualismus sondern ein Monismus vorherrscht. Diese Sichtweise beachtet jedoch nicht, dass sich dann innerhalb des Parlaments ein neuer Dualismus entwickelt (Regierungsmehrheit – Opposition).

Parteien, die nicht der Regierung angehören sondern der Opposition, sind im Parlament vertreten und können in der Rolle der Opposition agieren. Sie können die Öffentlichkeit des Parlaments nutzen, parlamentarische Kontrolle üben und die Regierung und die Parlamentsmehrheit kritisieren.<sup>504</sup>

Daraus folgt, dass auch parlamentarische Systeme dualistisch sind.<sup>505</sup> Die Trennung erfolgt somit im Parlament selber.

Die Regierung ist dafür verantwortlich, dass der Staat entsprechend gelenkt wird. Regieren bedeutet heute hauptsächlich Gesetze zu erlassen und deswegen ist die Regierung auf eine Mehrheit im Parlament angewiesen. Das Programm der Regierung bedarf zu einer Durchsetzung der Billigung durch das Parlament. Das Problem für eine Minderheitsregierung ist somit, dass bei jedem Vorhaben erst eine neue Mehrheit

---

503 Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 149.

504 Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 25.

505 Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 230; Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 149.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

gefunden werden muss.<sup>506</sup> Daraus ergibt sich schon eine gewisse Notwendigkeit der Kooperation. Auch ist ein gewisses Maß an Vertrauen unerlässlich, um einem möglichen Misstrauensvotum zu entgehen. Es ist daher im Interesse der Regierung, dass sie mit der Parlamentsmehrheit zusammenarbeitet.<sup>507</sup> Dadurch dass die Regierung vom Parlament unterstützt wird bzw dass es eine Kooperation gibt, fällt es der Regierung leichter, ihre Vorstellungen durchzusetzen. Das parlamentarische System führt nicht unbedingt dazu, dass die Regierung schwach ist. Gesichert werden soll lediglich die Mitwirkung des Parlaments bei der Regierung sowie die Kontrolle selbiger durch das Parlament.<sup>508</sup> Die Opposition hingegen strebt an, bei den nächsten Wahlen die Regierung abzulösen. Dies geschieht eben dadurch, dass mehr Wähler gewonnen werden. Es ist daher unerlässlich für die Opposition, die Regierungspolitik zu beobachten, zu kontrollieren und wenn nötig Kritik zu üben.<sup>509</sup> Dies allein wird jedoch noch nicht ausreichen. Weiters ist es nötig, dass der Bevölkerung entsprechend bessere Alternativvorschläge zur kritisierten Regierungspolitik gemacht werden.<sup>510</sup> Es kommt daher im parlamentarischen System, abgesehen von der Judikative, zu einer Zweiteilung der Gewalten hinsichtlich der Funktionen, und zwar zum einen hinsichtlich der Funktion der Initiative, Verantwortung und Entscheidung und zum anderen hinsichtlich der Funktion der Alternative, Kontrolle und Kritik.<sup>511</sup>

Checks and balances sind also auch bei dieser Form der Gewaltenteilung noch vorhanden, jedoch gibt es auch Fälle, in denen das Parlament geschlossen, also das Gesamtparlament tätig wird.<sup>512</sup>

Hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeiten ist jedenfalls klar, dass sich weder Parlament noch Regierung in die Judikative einmischen dürfen, und die Rechtsetzung, mit Ausnahme der Fälle der Delegation, dem Parlament zukommt. Es gibt kein dem

---

506 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 49.

507 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48f.

508 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 34.

509 *Kobzina*, Parlamentarismus heute, 17.

510 *Pelinka*, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 48f.

511 *Schneider*, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in *Merten* (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 86.

512 *Kobzina*, Parlamentarismus heute, 19.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

entsprechendes Aufgabengebiet, das nur der Regierung vorbehalten ist. Das Parlament darf zwar nicht in die Verwaltung eingreifen, jedoch obliegt die Staatsleitung der Regierung und dem Parlament quasi gemeinsam.<sup>513</sup> Nur wenn durch eindeutige Verfassungsbestimmungen ein Aufgabengebiet der Regierung vorbehalten ist, darf das Parlament darauf weder mit Beschlüssen außerhalb des Gesetzgebungsprozesses Einfluß nehmen noch sich ein Mitwirkungsrecht durch eine einfachgesetzliche Bestimmung einräumen. Wobei hier unter Mitwirkung keineswegs gemeint ist, dass das Parlament die Befugnisse der Regierung komplett an sich zieht. Da jedoch das Parlament aufgrund von Zeitmangel, Arbeitsdruck und Detailunkenntnis häufig von den Delegationsbefugnissen Gebrauch macht, ist es notwendig geworden, die Kontrollmöglichkeiten des Parlaments zu stärken und dies geschieht eben dadurch, dass dem Parlament ein Einfluß auf die Regierung bzw die Führung der Regierungsgeschäfte eingeräumt wird.<sup>514</sup>

Weiters wichtig für parlamentarische System ist die „Loyalität und Solidarität innerhalb der Regierungsmehrheit“<sup>515</sup>. Dies deswegen um der Opposition, die Minderheit, nicht allzu viel Angriffsfläche für das Stellen eines Misstrauensantrages zu bieten.

Es gibt jedoch auch im parlamentarischen System die Möglichkeit einer Minderheitsregierung. Dies liegt dann vor, wenn die Regierung bzw die Regierungsparteien im Parlament nicht über eine Mehrheit verfügen. In solch einem Fall muss die Regierung bei ihren Vorhaben immer erst eine Mehrheit finden. Bei Minderheitsregierungen kann man grundsätzlich unterscheiden zwischen einer Regierungs-, einer Stütz- und einer Tolerierungsfraktion. Die Regierungsfraktion umfasst dabei all jene Parteien, die auch in der Regierung vertreten sind. Diese stellen im Fall einer Minderheitsregierung jedoch nicht die Mehrheit im Parlament dar.

---

513 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 38.

514 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 38ff.

515 *Schneider*, Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in *Merten* (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 89.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Deswegen sind sie auf die Hilfe anderer Parteien angewiesen. Unter Stützfraktion versteht man nun jene Parteien, die zwar nicht der Regierungspartei angehören, aber das Regierungsprogramm im Wesentlichen mittragen. Daneben gibt es noch die Tolerierungsfaktion, mit denen keine Absprachen möglich sind, die jedoch selbst keine akzeptable Alternative zur Regierung sehen, und deswegen Misstrauensanträge nicht mittragen.<sup>516</sup>

### 4. Die Rolle der Opposition

Zum Parlament äußerte *Steffani*, dass dieses nur die „bloße Legislative“ darstellt, wenn das wichtigste dem Parlament zur Verfügung stehende „Sanktionsinstrument“ im Verhältnis zur Regierung die Gesetzgebungsbefugnis ist. Erst durch die Möglichkeit des Misstrauensvotums wird das Parlament zum „Parlament im engeren Sinn“.<sup>517</sup>

Zur Opposition gehören all jene Fraktionen, die keine Vertrauensleute in der Regierung haben. Die Rolle der Opposition wird grundsätzlich von keiner Partei als Ziel angestrebt, vielmehr bleibt den Parteien, die nicht an der Regierung beteiligt sind, gar nichts anderes übrig, als die Rolle der Opposition einzunehmen. Das Kontrollrecht der Legislative geht keineswegs eins zu eins auf die Opposition über, da bei dieser Überprüfung auch die Möglichkeit von Sanktionen besteht, und diese Sanktionen nur mittels eines Mehrheitsbeschlusses durchführbar sind. Die Opposition kann jedoch versuchen, solche Mehrheitsbeschlüsse herbeizuführen. Die Möglichkeit die Rolle der Opposition einzunehmen, stellt eine große Errungenschaft der modernen Verfassungsgeschichte dar und ist ein wichtiger Bestandteil einer modernen Demokratie.<sup>518</sup>

Die Aufgabe der Opposition ist es nicht nur die Regierung zu kontrollieren sondern es obliegt ihr auch, wie bereits erwähnt, Alternativen zu entwickeln, zu diskutieren und

---

516 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 129.

517 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 129.

518 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 117.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

zu kritisieren.<sup>519</sup>

Der Regierungsmehrheit kommt jedoch von Haus aus nicht unbeschränkte Macht zu, sondern es gibt Beschränkungen durch Verfassungsbestimmungen (Minderheitsrechte und auch Grundrechte).<sup>520</sup>

Da der Opposition ein durchaus großes Maß an Kontrolle zukommt, ist es wichtig, dass ihr bestimmte Informations- und Kontrollrechte in Form von Minderheitsrechten unabhängig von ihrer Größe zukommen. Trotz der Tatsache, dass der Opposition Kontrollrechte eingeräumt werden, ist der Handlungsspielraum aufgrund der Tatsache, dass die Opposition regelmäßig die Minderheit darstellt, eingeschränkt. Besondere Bedeutung kommt der Opposition dann zu, wenn Entscheidungen, die eine qualifizierte Mehrheit erfordern, getroffen werden sollen. In solch einem Fall kann die Opposition bei schwerwiegenden Entscheidungen ein Zustandekommen selbiger unter Umständen verhindern. Auch der Tatsache, dass die Opposition im Hinblick auf die nächsten Wahlen Kritik an der Parlamentsmehrheit und der Regierung übt, kommt eine nicht zu unterschätzende Kontrollwirkung zu. Dadurch nämlich werden Vorhaben von der Opposition publik gemacht, kritisiert und auch Alternativen vorgeschlagen. Der sich dadurch entwickelnde Druck der Öffentlichkeit kann zu einer Korrektur des Programmes führen. Das Handeln der Regierung wird somit an die Meinung der Öffentlichkeit gebunden.<sup>521</sup>

Die Meinung, dass die Wähler sich für eine Partei aufgrund eines bestimmten Programmes entscheiden, trifft laut *Kobzina* nicht mehr zu. Wähler werden nicht mehr mit einem Programm erreicht sondern mit einem wahren „Propagandaansturm“. Parteien würden sich vielmehr bestimmter Schlagworte bedienen oder für selbstverständliche Positionen eintreten.<sup>522</sup>

Während die Regierungsparteien nun dadurch versuchen, die Wähler wieder für sich zu gewinnen, indem sie Erreichtes hervorheben und auf weitere Vorhaben in diese Richtung hinweisen, versucht die Opposition mittels eines Alternativprogrammes

---

519 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 221.

520 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 138.

521 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 222ff.

522 *Kobzina*, Parlamentarismus heute, 17.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Stimmen zu gewinnen.<sup>523</sup>

Auch wenn man gelegentlich liest, dass sich die Gewaltenteilung verlagert hat [von einer Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative hin zur Gewaltenteilung zwischen der Regierung (und den Abgeordneten im Parlament, die der Regierungspartei angehören) und der Opposition] ist es der Opposition zwar möglich einen Misstrauensantrag einzubringen, doch bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass auch eine Mehrheit im Parlament der Regierung das Misstrauen ausspricht. Dies ist wohl damit zu erklären, dass die Opposition in aller Regel eine Minderheit im Parlament darstellt. Solange also die Regierung von der Parlamentsmehrheit unterstützt wird, wird ein von der Opposition eingebrachter Misstrauensantrag nicht erfolgreich sein. Sollte tatsächlich einmal das Misstrauen ausgesprochen werden, hat das in der Regel den Rücktritt der Regierung und einen Regierungswechsel zur Folge. In der Praxis kommt man einem derartigen Antrag jedoch dadurch zuvor, dass das Mitglied der Regierung, welches Unmut erregt hat, ausgetauscht wird. Natürlich nur dann, wenn zu befürchten ist, dass man nicht mehr das Vertrauen der Mehrheit haben würde, sollte es zu einer Abstimmung kommen. Wenn sich abzeichnet, dass ohnehin eine Mehrheit der Regierung das Vertrauen ausspricht, wird diese Maßnahme wohl kaum notwendig sein und man kann sich getrost dieser Abstimmung stellen. Ein positives Ergebnis stellt zudem eine Bestätigung der Regierung dar.<sup>524</sup>

Da keine Inkompatibilität zwischen einer Funktion im Parlament und in der Regierung besteht, kommt es durchaus vor, dass ein Abgeordneter auch in der Regierung vertreten ist. Dadurch entsteht zwischen der Regierung und der Parlamentsmehrheit (das sind jene Abgeordneten im Parlament, die den Parteien angehören, die die Regierung bilden) eine enge Verbundenheit. Das Parlament muss sich deswegen auch des öfteren den Vorwurf gefallen lassen, dass es unter der Führung

---

523 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 24f.

524 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 128.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

der Regierung steht (die Opposition ist von diesem Vorwurf natürlich ausgenommen).<sup>525</sup>

Die Kontrollmittel, die ursprünglich dem Parlament eingeräumt wurden, werden somit heute weitgehend von der Opposition ausgeübt. Bedeutend ist im Zusammenhang mit dem Agieren der Opposition auch die Tatsache, dass sich die Parteien und somit das Parlament und indirekt die Regierung regelmäßig Wahlen, und somit der öffentlichen Meinung stellen müssen.<sup>526</sup>

### 5. Zusammenfassung

In Parlamentarischen Systemen kommt es zu einer Zusammenarbeit zwischen Regierung und Parlament. Dies wird als Gewaltenverschränkung bezeichnet, da keine strikte Trennung der einzelnen Gewalten mehr erfolgt, wie dies von *Montesquieu* dargestellt wurde. Die Frage, ob man dieses System als Durchbrechung der Gewaltentrennung sehen kann, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. So gibt es Stimmen, die davon ausgehen, dass das Prinzip der Gewaltenteilung durchbrochen wird, während andere davon ausgehen, dass die klassische Teilung der Gewalten lediglich durch andere Formen der Gewaltenteilung überlagert wird.<sup>527</sup> Eine Durchbrechung wird darin gesehen, dass ein Gegensatz zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit kaum mehr zu erkennen ist, dies verstärkt durch die Parteidisziplin. Da die Regierungsparteien in der Regel auch über die Mehrheit der Abgeordneten verfügen, fehlt es der Opposition in der Regel auch an den nötigen Stimmen, um ein Misstrauensvotum erfolgreich durchzusetzen.<sup>528</sup>

Die Regierung setzt sich in der Regel aus den Parteien zusammen, die auch die stärksten im Parlament sind, und es kommt aufgrund dieser Konstellation zu einer verstärkten Kooperation dieser beiden Gewalten. Regierung und Regierungsmehrheit

---

525 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 160; *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel<sup>1</sup>, 130.

526 *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 16, 25.

527 *Steffani*, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 149; *Peters*, Die Gewaltenteilung in moderner Sicht, 11.

528 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 221.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

rücken daher zusammen, während der Opposition verstärkt die Aufgabe der Kontrolle zukommt.<sup>529</sup>

Trotz der bestehenden Verschränkung der Gewalten kommt es zu einer wirksamen Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips, solange die einzelnen Staatsorgane sich wirksam gegenseitig kontrollieren. Die wichtigste Rolle hinsichtlich der Kontrolle nimmt hiebei die Opposition ein.

### **B. Ausnahmen von Art 94 B-VG**

#### **1. Die sukzessive Zuständigkeit**

##### **a. Begriffserklärung**

Art 94 B-VG legt fest, dass die Verwaltung in allen Instanzen von der Gerichtsbarkeit getrennt sein muss. Welche Aufgaben den Verwaltungsbehörden und welche den Gerichten zukommen wird vom einfachen Gesetzgeber, der hiebei an verfassungsrechtliche Schranken gebunden ist, festgesetzt. Eine strikte Trennung wonach alle Zivil- und Strafrechtssachen den Gerichten vorbehalten bleibt, und alle anderen Vollziehungsaufgaben der Verwaltung zufallen ist dem österreichischen Recht fremd. Art 92 Abs 1 B-VG garantiert jedoch, dass der OGH die höchste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen ist und Zivil- und Strafrechtssachen in der Substanz nicht der Justiz entzogen werden können.<sup>530</sup> Dies vor allem deswegen, weil Art 6 MRK eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht garantiert. Allerdings kann ein Gericht durch eine gerichtsähnliche Verwaltungsbehörde, einem sogenannten Tribunal ersetzt werden.<sup>531</sup> Der Begriff Tribunal ist nicht mit unserem Begriff des Gerichtes ident, jedoch ist es, um die Tribunalsqualität zu erreichen

---

529 *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre<sup>5</sup>, 217f.

530 *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 287.

531 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 264; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 56.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

notwendig, gewisse Voraussetzungen zu erfüllen. Entscheidend ist, dass ein Tribunal auf einem Gesetz beruht, unabhängig sowie unparteiisch ist. Weiters muss das Tribunal in der Lage sein, die Sach- und Rechtsfragen in vollem Umfang zu behandeln. Einem Tribunal kann durchaus auch eine Behörde vorangestellt sein, der nicht der Tribunalcharakter zukommt.<sup>532</sup>

§ 1 JN legt fest, dass die Gerichtsbarkeit in bürgerliche Rechtssachen, „soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind, durch Bezirksgerichte, Bezirksgerichte für Handelssachen, Landesgerichte, Handelsgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch den Obersten Gerichtshof (ordentliche Gerichte) ausgeübt“ wird.

Der Zivilrechtsbegriff der EMRK geht hingegen weiter. Dieser umfasst nicht nur die klassischen Privatrechtsbereiche, sondern auch Behördenentscheidungen, die in privatrechtliche Freiheiten eingreifen. Auch beim Begriff des Strafrechtes sind nach Verständnis der EMRK mitunter auch Verwaltungsstrafen und dergleichen umfasst. Die EMRK stellt bei ihrer Zuordnung zum Strafrecht nicht auf die im Einzelfall drohende Strafe ab, sondern generell darauf, was für das konkrete Delikt für eine Sanktion vorgesehen ist. Es ist daher zum Beispiel auch der Bereich des Disziplinarrechts oft umfasst, da dort häufig empfindliche Freiheitsstrafen drohen.<sup>533</sup> Hinsichtlich der Zivilrechtlichen Ansprüche kommt es nicht auf die innerstaatliche Definition und Zuordnung an. Ein Anspruch ist jedenfalls nach der Judikatur des EGMR als zivilrechtlicher Anspruch zu werten, wenn es sich dabei um einen Anspruch „vermögenswerter Natur“ handelt.<sup>534</sup>

Vereinfacht kann man jedoch sagen, dass Gerichte für zivilrechtliche Angelegenheiten, Verwaltungsbehörden für öffentlich-rechtliche Angelegenheiten zuständig sind.<sup>535</sup>

---

<sup>532</sup> *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 366; *Herbst*, Art 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund und Menschenrechte in Österreich, Band III, 680.

<sup>533</sup> *Herbst*, Art 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund und Menschenrechte in Österreich, Band III, 675ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 784.

<sup>534</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 780f.

<sup>535</sup> *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren<sup>10</sup>, 52.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Die Trennung der Justiz von der Verwaltung jedenfalls meint auch, dass es keine wechselseitigen Instanzenzüge geben darf.

Doch kommt es immer wieder vor, dass Regelungen dagegen – jedenfalls scheinbar – verstößen. Die meisten dieser Regelungen wurden aus dem deutschen Recht übergeleitet.<sup>536</sup>

Bei der sukzessiven Zuständigkeit ist zuerst eine Entscheidung durch eine Verwaltungsbehörde mittels Bescheid vorgesehen. Für den Fall, dass eine der Parteien gegen diesen Bescheid ein Rechtsmittel erheben will, ist vorgesehen, dass er Klage bei Gericht erheben muss. Eine der wichtigsten Folgen der Anrufung des Gerichtes ist das *ex lege* außer Kraft treten des Bescheides. Das Gericht muss dann die Sache völlig neu entscheiden.<sup>537</sup> Sinn des Außerkrafttretens des Bescheides ist der, dass ein Instanzenzug zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem Gericht verhindert wird. Das Gericht soll den Bescheid der Verwaltungsbehörde nicht kontrollieren, sondern eine neue Entscheidung treffen. Man spricht hier auch vom sogenannten Quasiinstanzenzug<sup>538</sup>. Beispiele für sukzessive Zuständigkeiten finden sich bei Enteignungen (Höhe der Entschädigung), im Sozialrecht (Streitigkeiten über Leistungen) im Mietrecht und auch im Wasserrechtsgesetz. Die Idee hinter dieser Konstruktion ist die Entlastung der Gerichte.<sup>539</sup>

#### **b. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der sukzessiven Zuständigkeit**

In der Judikatur wurde das Problem der sukzessiven Zuständigkeit bereits öfters behandelt und deswegen gibt es genug Judikate, um gewisse Regelungen für die Zulässigkeit der sukzessiven Zuständigkeit aufzustellen.

---

536 *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 70.

537 *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 78.

538 Dieser Begriff wurde von *Novak*, ZfV 1976, 53ff geprägt.

539 *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>1</sup>, 110, RZ 190.

### **Außer Kraft treten des Bescheides**

Um einen unerwünschten und verfassungsrechtlich nicht zulässigen Instanzenzug zu verhindern, muss der Bescheid dann außer Kraft treten, sobald das Gericht angerufen wird. Dies soll gewährleisten, dass das Gericht nicht als Kontrollinstanz der Verwaltungsbehörde fungiert. Es ist ein neues Verfahren durchzuführen und auf Grund dessen vom Gericht neu zu entscheiden.<sup>540</sup>

### **Keine Kontrolle der Verwaltungsbehörden**

Es darf keineswegs zu einer Bescheidprüfung durch die Gerichte kommen, was bedeutet, dass eine Prüfung dahingehend, ob der Bescheid auf Grund eines rechtmäßigen Verfahrens erlassen wurde und ob er inhaltlich auch richtig ist, unzulässig ist. Dies soll verhindern, dass eine organische Verbindung zwischen den Gewalten entsteht.<sup>541</sup> Es ist vielmehr ein eigenständiges Verfahren durchzuführen, und auf Grund von diesen eigenständig gewonnenen Ergebnissen unabhängig zu entscheiden.

### **Verletzung von Art 94 B-VG**

Die Konstruktion der sukzessiven Zuständigkeit ist – im Hinblick auf die Gewaltenteilung – allgemein kritisch zu betrachten. Ein Verstoß ist jedenfalls dann gegeben, wenn normiert wird, dass das Gericht auf Grund seiner Prüfung den Verwaltungsbescheid entweder aufheben oder abändern kann.<sup>542</sup> Dies stellt nämlich zweifelsohne einen Verstoß gegen einen Aspekt des Gewaltenteilungsprinzips, wie er in Art 94 B-VG normiert ist, dar. Es darf nämlich keinen wechselseitigen Instanzenzug zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem Gericht geben.

---

540 VfSlg 3236/1957; 3424/1958; 4359/1963; 6537/1971.

541 VfSlg 3428/1958.

542 VfSIG 4359/1963; VfSIG 6537/1971; VfSIG 10.452/1985.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Ein Verstoß kann auch darin liegen, dass das Außerkrafttreten des verwaltungsbehördlichen Bescheides nicht explizit gesetzlich normiert wurde. Das Gericht würde nämlich in diesem Fall die Rechtmäßigkeit des Bescheides kontrollieren, und nicht neu und unabhängig entscheiden. Der Bescheid muss somit mit der Anrufung des Gerichtes außer Kraft treten.<sup>543</sup>

Bedenken gegen die sukzessive Zuständigkeit wurden in der Literatur trotz der aufgestellten Beschränkungen mehrfach geäußert. Einerseits wurde kritisiert, dass es trotz Außerkrafttretens eines Bescheides sehr wohl eine Kontrolle des verwaltungsbehördlichen Bescheides gäbe und andererseits sei durch diesen Quasiinstanzenzug der gewöhnliche Instanzenzug, der an einen Bescheid knüpft, nicht mehr gegeben. So sei es jemanden, der sich durch einen Bescheid beschwert fühlt zwar möglich ein Gericht anzurufen, nicht möglich sei es jedoch den VfGH bzw VwGH anzurufen.<sup>544</sup>

#### Die Grenzen des Art 94 B-VG

Zu den Fragen der sukzessiven Zuständigkeit gibt es unzählige Judikate des VfGH, aus denen sich gewisse Grenzen bzw allgemeine Regeln für die sukzessive Zuständigkeit herauslesen lassen.<sup>545</sup>

- Jedenfalls unzulässig ist es, wenn es zu einer Kontrolle der Verwaltungsbehörde durch das Gericht kommt. Also dann, wenn das Gericht den Bescheid der Verwaltungsbehörde auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin prüft<sup>546</sup> und gegebenenfalls das Gericht den Bescheid aufhebt, abändert oder bestätigt.<sup>547</sup>
- Weiters ist es nicht mit dem Trennungsprinzip des Art 94 B-VG vereinbar, wenn das Gericht an gewisse Ergebnisse der Verwaltungsbehörden gebunden

---

543 VfSlg 10.452/1985.

544 *Loebenstein*, Reform der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1968, 5f; *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 72.

545 *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 45f.

546 VfSlg 3109/1956; VfSlg 4836/1964; VfSlg 4837/1964; VfSlg 5690/1968; VfSlg 6537/1971; VfSlg 10.452/1985.

547 VfSlg 3507/1959; VfSlg 4359/1963; VfSlg 4836/1964M VfSlg 6537/1971.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

ist.<sup>548</sup>

- Da jede gerichtliche Überprüfung eines Verwaltungsaktes als verfassungswidrig einzustufen ist, ist es nicht von Belang, ob diese Überprüfung aufgrund eines Rechtsmittels im Wege der sukzessiven Zuständigkeit zustande kommt, oder ob das Gericht von Amts wegen tätig wird, und den Bescheid der Verwaltungsbehörde kontrolliert.<sup>549</sup>
- Weiters nicht mit dem Trennungsprinzip des Art 94 B-VG vereinbar wäre es, wenn es Gerichten zustünde, über die Zulässigkeit bzw über eine allfällige Einstellung von Verwaltungsverfahren zu entscheiden. Darüberhinaus sind „wechselseitige Aufträge oder bindende Erklärungen“ bereichsübergreifend nicht zulässig. Auch darf das Tätigwerden einer Behörde nicht von Anordnungen einer anderen Behörde, welche dem anderen Vollziehungsbereich angehören, abhängig gemacht werden, oder wäre es unzulässig, wenn eine Behörde hinsichtlich dem Tätigwerden im Rahmen ihrer Zuständigkeit auf den Willen einer dem anderen Bereich angehörenden Behörde angewiesen wäre.<sup>550</sup>
- Eine weitere der vom VfGH geforderten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der sukzessiven Kompetenz ist die, dass der Bescheid mit Anrufung des Gerichtes außer Kraft treten muss, um zu verhindern, dass das Gericht kontrollierend gegenüber der Verwaltungsbehörde tätig wird. Fraglich wäre nun, ob auch dann Verfassungswidrigkeit vorliegt, wenn das Gericht zwar ein unabhängiges und neues Verfahren durchführt, der Bescheid der Verwaltungsbehörde jedoch erst mit Erlassung der richterlichen Entscheidung außer Kraft tritt, somit während des Verlaufs des gerichtlichen Verfahrens noch in Kraft bleibt. Lediglich der Zeitpunkt, wann der Bescheid seine Wirksamkeit verliert würde sich – jedenfalls auf den ersten Blick – ändern. Diese Konstellation wäre aber deswegen bedenklich, da ein Verfahren am Ende nicht

---

548 Rath-Kathrein, Die Neufassung des § 117 Abs 4 Wasserrechtsgesetz-ein „Quasi-Quasiinstanzenzug“?, ZfV 1992, 23.

549 Melichar, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 75.

550 Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 46, mwN.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

unbedingt immer eine richterliche Entscheidung, sprich eine Sachentscheidung haben muss.<sup>551</sup>

Weiters würde für den außenstehenden Beobachter sehr stark der wohl berechtigte Eindruck entstehen, dass eben doch eine Kontrolle des Bescheides stattfindet, und die gerichtliche Entscheidung somit den Bescheid ändern, bestätigen oder aufheben kann (tatsächlich ist diese Möglichkeit in dieser Konstellation nicht von der Hand zu weisen). Auch eine durch das B-VG verpönte Über- und Unterordnung zwischen Verwaltungsbehörde und Gericht würde stattfinden. Die gerichtliche Entscheidung würde sich eigentlich gar nicht mehr von einer „normalen“ Berufung an eine höhere Instanz im Rahmen eines regulären Verwaltungsverfahren unterscheiden.

Zusammengefasst kann man daher wohl sagen, dass es unerlässlich ist, dass der Bescheid sogleich mit Anrufung des Gerichtes außer Kraft treten muss.<sup>552</sup> Ansonsten kann man diese Konstellation so sehen, dass das Gericht gegenüber der Verwaltungsbehörde eine Überordnung erfährt. Es ist aus dem Grund, um den Anschein der Kontrolle durch ein Gericht zu vermeiden, wichtig, dass der Bescheid automatisch mit der Anrufung des Gerichtes außer Kraft tritt, und das Gericht vollkommen neu und unbeeinflusst entscheidet.<sup>553</sup> Dieses Außerkrafttreten ist daneben auch noch deswegen unerlässlich, um das Instrument der sukzessiven Kompetenz mit dem Grundprinzip der Gewaltenteilung in Einklang zu bringen und dadurch eine Möglichkeit zu schaffen, dieses Instrument aufrecht erhalten zu können.

- Jedenfalls unzulässig wäre es, wenn der Bescheid auch dann bestehen bleiben würde, wenn es bereits eine gerichtliche Entscheidung gibt. Dies würde zu einem unzulässigen Nebeneinander der zwei Entscheidungen in derselben Sache führen, die mitunter beide auch rechtskräftig werden könnten. Es kann jedoch nicht sein, dass diese beiden Entscheidungen parallel bestehen,

---

<sup>551</sup> *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 73.

<sup>552</sup> *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 276, 451.

<sup>553</sup> *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht<sup>3</sup>, 238f.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

weswegen realistischerweise der Bescheid bei Erlass der gerichtlichen Entscheidung außer Kraft treten würde; dies würde jedoch einen unzulässigen Instanzenzug darstellen und wäre keinesfalls mit dem in Art 94 B-VG normierten Trennungsprinzip vereinbar.<sup>554</sup>

#### c. Historische Grundlagen

In Österreich gibt es eine gewisse Tradition dieses sukzessiven Prinzipes bzw der Einrichtung, dass erst eine Verwaltungsbehörde entscheidet und im Anschluß ein Gericht über die Angelegenheit entscheidet. Gewisse privatrechtliche Streitigkeiten wurden, trotz des Wissens, dass dies eine Unzulänglichkeit darstellt, den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zugewiesen. Um eben dieser Unzulänglichkeit entgegenzuwirken, wurde in den einzelnen Gesetzen, in denen eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde über Angelegenheit mit privatrechtlichen Charakter vorgesehen ist, die Möglichkeit eingeräumt, die ordentlichen Gerichte anzurufen.<sup>555</sup>

#### d. Die sukzessive Zuständigkeit in Sozialrechtssachen

Ein Beispiel der sukzessiven Zuständigkeit findet sich in Arbeits- und Sozialrechtssachen, genauer gesagt in Leistungssachen.<sup>556</sup> In § 65 ASGG findet sich eine Aufzählung der Sozialrechtssachen (Leistungssachen). § 67 Abs 1 Z 1 ASGG legt fest, dass der Versicherte nur dann eine Klage erheben darf, wenn der Versicherungsträger (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungsträger) über das Begehr bereits mit Bescheid entschieden hat. Das heißt, dass Voraussetzung für eine gerichtliche Klage eben jener Bescheid des Sozialversicherungsträgers ist, mit dem

---

<sup>554</sup> *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 46.

<sup>555</sup> *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 249; *Melichar*, Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 74.

<sup>556</sup> *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 227.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

über das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches eines Versicherten in einer Leistungssache entschieden wurde.<sup>557</sup> § 67 Abs 1 Z 2 ASGG sieht die Möglichkeit einer Gerichtsanrufung im Falle der Säumigkeit der Sozialversicherungsträgers vor. Wenn ein Bescheid nicht innerhalb von sechs Monaten erlassen wurde (bei Leistungen aus der Krankenversicherung bereits innerhalb von drei Monaten), kann der Versicherte auch ohne Erlassung eines Bescheides des Sozialversicherungsträgers Klage auf Grund der Säumigkeit erheben. Im Falle des § 67 Abs 1 Z 1 ASGG ist die Klage innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Zustellung des Bescheides zu erheben. Bescheide können nur von Behörden erlassen werden, die dazu auch befugt sind. Sinn eines Bescheides ist es, eine bestimmte Verwaltungssache gegenüber einer Einzelperson zu regeln. Durch einen Bescheid werden Rechtsverhältnisse gestaltet bzw festgestellt.<sup>558</sup>

Sobald die Entscheidungskompetenz an das Gericht übergeht, ist es dem Sozialversicherungsträger untersagt, einen Bescheid zu erlassen. Umgekehrt tritt der Bescheid des Sozialversicherungsträgers im Umfang des Klagebegehrens außer Kraft, sobald die Entscheidungsbefugnis dem Gericht zukommt (ab Klagserhebung). Jedoch erlangen Bescheide, die durch den nunmehr außer Kraft getretenen Bescheid abgeändert wurden, nun nicht wieder Wirksamkeit. Geregelt ist dies in § 71 ASGG. Diese Regelung soll sicherstellen, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung, genauer die Trennung von Exekutive und Judikative nicht verletzt wird. Deswegen ist es auch nicht die Aufgabe des Gerichtes Bescheide des Sozialversicherungsträgers zu prüfen, sondern das Gericht muss – wie es die Grundsätze der sukzessiven Kompetenz verlangen – eigenständig und neu entscheiden.<sup>559</sup>

§ 71 Abs 2 ASGG legt jedoch fest, dass, falls in dem außer Kraft getretenen Bescheid eine Leistungsverpflichtung enthalten ist, diese als vom Sozialversicherungsträger als unwiderruflich anerkannt zu gelten hat. Diese unwiderruflich anerkannte Leistungspflicht ist bis zur rechtskräftigen Beendigung des gerichtlichen Verfahrens

---

557 Feitzinger/Tades, ASGG Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 114.

558 Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 56.

559 Kuderna, Kommentar zum Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 458.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

weiter zu erfüllen. Dies dient dem Schutz mittelloser Versicherter.<sup>560</sup>

Zur Frage, ob das Gericht dem Versicherten weniger (oder gar nichts) zusprechen kann, als der Sozialversicherungsträger in seinem Bescheid, vertritt die Rechtsprechung<sup>561</sup> die Auffassung, dass dies möglich sei. Das heißt, dass das Urteil für den Versicherten unter Umständen nachteiliger sein kann als es der Bescheid des Sozialversicherungsträgers war. Die *Reformatio in peius* ist zulässig.

Demgegenüber vertritt man in der Lehre ua folgende Meinung: Dem Bescheid des Sozialversicherungsträgers, mit dem dem Versicherten eine Leistung zugesprochen wurde, soll Anerkenntniswirkung haben. Dies wäre im Namen der Rechtssicherheit geboten, und sollte daher das Gericht wenigstens die Leistung zusprechen, die auch bereits mit Bescheid zuerkannt wurde. Eine ähnliche Meinung findet sich hinsichtlich der Feststellung eines Unfallversicherungsträgers, wonach ein Arbeits(Dienst)unfall oder eine Berufskrankheit gegeben ist.<sup>562</sup>

Bei dieser Auslegung stellt sich jedoch die Frage, ob dies mit dem Art 94 B-VG vereinbar ist. Der VfGH hat ausgesprochen, dass eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der sukzessiven Zuständigkeit das Außerkrafttreten des Bescheides ist, und dass das Gericht völlig neu und losgelöst vom Bescheid der Verwaltungsbehörde entscheiden muss.<sup>563</sup> Fraglich ist, ob eine unabhängige Entscheidung des Gerichtes überhaupt noch möglich ist, wenn bereits feststeht, dass das Gericht eine gewisse Untergrenze (nämlich das vom Sozialversicherungsträger zugesproche) einhalten muss bzw bei einem Ausspruch über das Vorliegen eines Arbeits(Dienst)unfalls oder einer Berufskrankheit an die Feststellung des Sozialversicherungsträgers darüber gebunden ist, somit das Gericht nicht selber beurteilen kann, ob es tatsächlich ein Arbeitsunfall

---

560 *Feitzinger/Tades*, ASGG Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 121.

561 Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Wien im Leistungsstreitverfahren zweiter Instanz der Sozialversicherung, 25/164; Dort heißt es: „Es entspricht dem Grundsatz der sukzessiven Kompetenz, dass ein Bescheid, mit dem ein Anspruch des Klägers nur zum Teil zuerkannt und gegen den Klage erhoben wurde, zur Gänze und damit auch in dem Teil außer Kraft tritt, mit dem dem Kläger eine Leistung zuerkannt wurde.“

562 *Feitzinger/Tades*, ASGG Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 114; *Kuderna*, Kommentar zum Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 459f.

563 *Antonioli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 56, 599. *Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 234.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

ist oder nicht. Fehler der Verwaltungsbehörde, die sich im Rahmen des neuen Verfahrens des Gerichtes ergeben, könnten in dem Punkt dann nicht mehr richtig gestellt werden.

Auf der anderen Seite bedeutet die fehlende Bindung an den positiven Ausspruch der Verwaltungsbehörde jedoch eine enorme Rechtsunsicherheit für betroffene Versicherte. Kein Unsicherheiten für den Kläger bestünden dann nur bei einem abweisenden Bescheid, da es dort für den betroffenen Versicherten zu keiner Verschlechterung kommen kann.<sup>564</sup>

Betroffen sind hier jene Fälle, in denen vom zuständigen Sozialversicherungsträger zwar etwas zugesprochen wurde, der Versicherte jedoch mit Klage mehr begeht. Wenn ein Versicherter nun fürchten muss, dass er nach Erhebung der Klage noch weniger als mit dem Bescheid des Sozialversicherungsträgers oder gar nichts mehr zugesprochen bekommt, werden viele Versicherte eben keine Klage mehr erheben. Dadurch würde den Versicherten jedoch die Möglichkeit genommen (oder diese Möglichkeit jedenfalls mit einem enormen Risiko verbunden) ihre Ansprüche von einem Gericht prüfen zu lassen.<sup>565</sup>

Allerdings wäre diese Auslegung wenig konsequent und würde einen Verstoß gegen Art 94 B-VG darstellen. Die Bindung an die Betragsgrenzen ist meiner Meinung nach daher abzulehnen. Das Argument der Rechtssicherheit kann auch nicht komplett überzeugen, da es dem Gericht obliegt, zu prüfen – unabhängig von einem Verwaltungsbescheid – ob, und wenn ja wie viel dem Kläger zusteht. Sollte das Gericht, anders als der Sozialversicherungsträger, zu dem Schluss kommen, dass dem Kläger keine Leistung bzw. weniger zusteht, als im Bescheid des Sozialversicherungsträger ausgesprochen, so hat das Gericht seine Entscheidung ja auch zu begründen, und diese Entscheidung ist nun das Ergebnis eines neuen, unabhängigen Verfahrens. Es kann durchaus sein, dass der Sozialversicherungsträger bei Bescheiderlassung ein Fehler bei der Festlegung der Leistung unterlaufen ist. Dieser wäre dann nicht mehr sanierbar, da das Gericht eben an diesen

---

564 Müller, „Reformatio in peius“ im Leistungsstreitverfahren?, RdA 1991, 189.

565 Kuderna, Kommentar zum Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 459.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Leistungszuspruch gebunden wäre. In dem Fall wäre das Gericht auch bei Erkennen eines Fehlers (bei der Höhe der zugesprochenen Leistung) nicht in der Lage, den Fehler zu beheben, und die Leistung zuzusprechen, die es für angemessen und richtig hält. Es ist verfassungsrechtlich bedenklich, wenn das Gericht nach Durchführung eines Verfahrens zu einem niedrigeren Leistungszuschuss käme, und es aber aufgrund des Argumentes der Rechtssicherheit für den Kläger dem Gericht untersagt ist, das Urteil zu fällen, das es für richtig hält, zumal dem Kläger ja immer noch die Möglichkeit einer Berufung gegeben ist, um eben die gerichtliche Entscheidung zu bekämpfen. Das Gericht muss hier auf jeden Fall die Möglichkeit haben, den Sachverhalt vollständig und unabhängig zu würdigen und auch selber festzustellen. Jedoch müssen die Erkenntnisse, die zu dem Ergebnis führen, dass die Verwaltungsbehörde hier einen Fehler gemacht hat unabhängig vom Verwaltungsverfahren gewonnen werden.<sup>566</sup>

Somit sehe ich kein Argument, mit welchem man diese teilweise Bindung an den Bescheid rechtfertigen könnte. Meines Erachtens läge darin nämlich ein Verstoß gegen einen Aspekt des Gewaltenteilungsprinzips, denn wie bereits ausgeführt, muss der Bescheid außer Kraft treten und darf das Gericht nicht an den Bescheid oder Teile des Bescheides bzw die Feststellungen des Bescheides gebunden sein, denn diese Bindung wäre nicht mit dem Gewaltenteilungsprinzip, wie es in Art 94 B-VG normiert ist, vereinbar und eine Aushöhlung des Gewaltenteilungsprinzips ist nicht wünschenswert.

Die Unabhängigkeit des gerichtlichen Verfahrens ist eines der grundlegenden Prinzipien, welches aufgrund seiner enormen Bedeutung verfassungsrechtlich normiert wurde. Es ist daher der Rechtssprechung<sup>567</sup> zu folgen und die in der Literatur vertretene Meinung, wonach das Gericht an den Bescheid (oder an Teile des Bescheides) gebunden ist, abzulehnen.

---

566 *Feitzinger/Tades*, ASGG Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 114; *Kuderna*, Kommentar zum Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 459f.

567 Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Wien im Leistungsstreitverfahren zweiter Instanz der Sozialversicherung, 25/164.

#### e. Die sukzessive Zuständigkeit im Wasserrechtsgesetz

Ein weiteres Anwendungsgebiet der sukzessiven Zuständigkeit findet man im Wasserrechtsgesetz bei Enteignungen. § 117 Abs 1 WRG legt fest, dass die Wasserrechtsbehörde über Entschädigungen und Beiträge, die im Zusammenhang mit einer Enteignung anfallen, zu entscheiden hat, sofern nichts anderes bestimmt ist.<sup>568</sup> Die Wasserrechtsbehörde hat festzulegen, ob es eine Entschädigung gibt, und falls ja, ob diese als Sach- oder Geldleistung ausbezahlt wird. Weiters hat sie die Höhe sowie die Art der Entschädigung festzulegen und die Frist, binnen der es zu einer Auszahlung kommen muss, zu bestimmen.<sup>569</sup>

Regelungen bezüglich der sukzessiven Zuständigkeit finden sich in § 117 Abs 4 WRG. § 117 Abs 4 WRG lautet: „Gegen Entscheidungen der Wasserrechtsbehörde nach Abs. 1 ist eine Berufung nicht zulässig. Die Entscheidung tritt außer Kraft, soweit vor Ablauf von zwei Monaten nach Zustellung des Bescheides die gerichtliche Entscheidung beantragt wird. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann ohne Zustimmung des Antragsgegners nicht zurückgenommen werden. Bei Zurücknahme des Antrages gilt mangels anderweitiger Vereinbarungen die wasserrechtsbehördlich festgelegte Leistung als vereinbart. Hat nur der durch die Einräumung eines Zwangsrechtes Begünstigte das Gericht angerufen, so darf das Gericht die Entschädigung nicht höher festsetzen, als sie im Bescheid der Verwaltungsbehörde festgesetzt war; hat nur der Enteignete das Gericht angerufen, so darf es die Entschädigung nicht niedriger festsetzen. Dies gilt sinngemäß für die Festsetzung von Ersätzen, Beiträgen und Kosten.“

Hier wird nun unterschieden, ob der durch die Einräumung des Zwangsrechts Begünstige, also derjenige, der von der Enteignung profitiert, oder der Enteignete das Gericht angerufen hat. Es ist jedoch in beiden Fällen für das Gericht eine Bindung (bezüglich der Höhe der Entschädigung) an den Bescheid der Verwaltungsbehörde

---

568 Raschauer, Kommentar zum Wasserrecht, 492.

569 § 117 Abs 1 WRG.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

gegeben. Wenn der Enteignete das Gericht anruft, dann ist das Gericht an die Untergrenze der Entschädigungshöhe, wie sie im Bescheid festgelegt wurde, gebunden; wenn der von der Einräumung eines Zwangsrechts Begünstigte das Gericht anruft, dann ist das Gericht an die Obergrenze der im Bescheid festgelegten Entschädigungshöhe gebunden.<sup>570</sup>

Wie jedoch bereits dargelegt liegt nach hM ein Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz des Art 94 B-VG auch dann vor, wenn das Gericht an (Teil)ergebnisse der Verwaltungsbehörde gebunden ist.<sup>571</sup> Eine widersprüchliche Meinung wird von Teilen der Lehre jedoch, wie bereits dargelegt, im sozialrechtlichen Bereich vertreten.<sup>572</sup> Genau dies ist hier jedoch gegeben, da das Gericht an die Ober- oder Untergrenze der Entschädigung, somit an ein Teilergebnis gebunden ist.

#### Hintergrund

Die alte Regelung im Wasserrechtsgesetz wurde wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben und machte eine Neuregelung hinsichtlich der Zuständigkeit für Entschädigungen notwendig.<sup>573</sup> Genauer gesagt sah der Verfassungsgerichtshof in einem reinen Verwaltungsverfahren bei Enteignungsentschädigungen einen Widerspruch zu Art 6 EMRK. Die nunmehrige Regelung mit ihrer Bindung des Gerichts an entweder die Ober- oder Untergrenze der Entschädigungshöhe wirft Probleme dahingehend auf, ob diese Bestimmung nicht einen Widerspruch zu Art 94 B-VG und Art 6 EMRK darstellt.<sup>574</sup>

---

570 *Kaan/Braumüller*, Handbuch Wasserrecht<sup>3</sup>, 660.

571 *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 46.

572 *Feitzinger/Tades*, ASGG Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 114; *Kuderna*, Kommentar zum Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz<sup>2</sup>, 459f.

573 VfSlg 11.760/1988.

574 *Rath-Kathrein*, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“? ZfV 1992, 23.

### **Verfassungswidrigkeit nach Art 94 B-VG?**

Es gibt hier einen sogenannten Quasiinstanzenzug<sup>575</sup>, dh erst ist eine Verwaltungsbehörde für die Entscheidung zuständig, und kann dann im Anschluss auch noch das Gericht angerufen werden – dies natürlich nur unter Einhaltung der vom VfGH entwickelten Grundsätze.

Grundsätzlich ist auch im § 117 Abs 4 WRG ein Außerkrafttreten des Bescheides vorgesehen. Doch sind Sonderregelungen für den Fall getroffen worden, dass nur eine Seite für den Bescheid eine gerichtliche Überprüfung anstrebt. Das problematische bei dieser Regelung ist nun, dass das Gericht, abhängig davon, wer es angerufen hat, von der Ober- bzw Untergrenze der Entschädigung nicht abgehen darf. Im WRG wurde somit das Verschlechterungsverbot sogar gesetzlich normiert.<sup>576</sup>

Eine mögliche Interpretation dieser Bestimmung ist, dass der Bescheid eben in diesen Punkten doch nicht außer Kraft tritt – dies wäre jedoch wiederum ein Widerspruch zu § 117 Abs 4 Satz 2 WRG, der normiert, dass die Entscheidung außer Kraft tritt, wenn das Gericht angerufen wird. Nebenbei würde diese Interpretation auch dem vom VfGH entwickelten Grundsatz, dass eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde außer Kraft treten muss, wenn das Gericht im Rahmen der sukzessiven Zuständigkeit angerufen wird, widersprechen.<sup>577</sup>

Jedoch lässt die Regelung des § 117 Abs 4 WRG unter bestimmten Voraussetzungen den Teil der Verwaltungsentscheidung, der die Höhe der Entschädigungszahlung betrifft auch während des Gerichtsverfahrens in Geltung, was jedoch – wie dargestellt – unzulässig ist, da, wie dargestellt, das Gericht unabhängig entscheiden können muss, und dies nur möglich ist, wenn der verwaltungsbehördliche Bescheid im vollen Umfang außer Kraft tritt. Die Regelung des § 117 WRG stellt somit einen verfassungswidrigen Verstoß gegen einen Aspekt des Gewaltenteilungsprinzip dar.<sup>578</sup>

Durch diese Bindung kann nämlich für diese bestimmte Konstellation nicht mehr

575 Zum Begriff der Quasiinstanz siehe *Novak*, ZfV 1976, 53ff.

576 *Oberleitner*, Wasserrechtsgesetz<sup>2</sup>, 595.

577 *Rath-Kathrein*, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“?  
ZfV 1992, 23f.

578 *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 46.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

gesagt werden, dass das Gericht neu und unabhängig entscheidet, sondern muss vielmehr gesagt werden, dass das Gericht als Kontrollorgan der Verwaltungsbehörde gegenüber auftritt und es, soweit die Höhe der Entschädigung betroffen ist, einen Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde zum Gericht gibt.

Sobald die Sache vor Gericht gebracht wird, machen es die vom VfGH entwickelten Grundsätze notwendig, dass der Bescheid in eben diesem Umfang außer Kraft tritt. Dies ist nämlich Voraussetzung dafür, dass das Gericht anschließend in einem unabhängigen Verfahren entscheiden kann. Kein Zweifel besteht aber auch an der Regelung des § 117 Abs 4 WRG: Es ist dort eine Entscheidungseinschränkung für das Gericht normiert. Der Gesetzgeber hat hier somit etwas normiert, was den VfGH Kriterien widerspricht – und somit klar verfassungswidrig ist; denn es ist keineswegs mit dem Gewaltentrennungsgrundsatz – genauer mit dem Grundsatz der Trennung der Verwaltung von der Gerichtsbarkeit – vereinbar, wenn das Gericht in bestimmten Fällen eben an Teile des Bescheides gebunden ist.<sup>579</sup>

*Rath-Kathrein* sieht jedoch noch eine weitere Auslegungsmöglichkeit dieser Bestimmung, die im Ergebnis jedoch auch einen Verstoß gegen Art 94 B-VG darstellt. Es könnte nämlich auch sein, dass der Bescheid doch außer Kraft tritt, und der Ausspruch über die Leistungsfestlegung im Bescheid eine das Gericht bindende Anordnung bzw Erklärung durch die Verwaltungsbehörde darstellt.<sup>580</sup> dient. Jedoch ist auch dies nicht verfassungskonform, da laut den vom VfGH entwickelten Grundsätzen eine derartig bindende Anordnung durch die Verwaltungsbehörde nur im Rahmen der Klärung einer Vorfrage zulässig ist, nicht jedoch bei der Behandlung einer Frage, die einen Teilaспект eines einheitlichen Anspruches darstellt.<sup>581</sup> Da es sich hier nicht um eine Vorfrage handelt, ist eine bindende Erklärung auch unzulässig, und ein Verstoß gegen Art 94 B-VG liegt somit auch bei dieser Interpretation vor. Der Verstoß liegt darin, dass die Verwaltungsbehörde gewissermaßen einen Auftrag an das Gericht

---

579 *Raschauer*, Kommentar zum Wasserrecht, 495, mwN.

580 *Rath-Kathrein*, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“? ZfV1992, 23.

581 *Rath-Kathrein*, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“? ZfV1992, 24.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

erteilt, und zwar bezüglich der Entschädigungshöhe.<sup>582</sup>

Problematisch ist diese gesetzliche Regelung deswegen, weil Fehler der Verwaltungsbehörde nicht mehr saniert werden können. Mitunter wird eine ordnungsgemäße Überprüfung der Höhe verhindert, da man ohnehin an die Höhe gebunden ist, und eine Überprüfung – unter Umständen mit einem anderen Ergebnis – nichts bringt, da eine andere Höhe ja nicht festgelegt werden darf. Denkbar ist somit der Fall, dass die Verwaltungsbehörde die Entschädigung in gesetzwidriger Weise zu hoch angesetzt hat, sich aber nur der Enteignete an das Gericht wendet. Wenn sich jedoch nur der Enteignete an das Gericht wendet, darf die Entschädigung nicht niedriger ausfallen, als im Bescheid der Verwaltungsbehörde festgelegt. Das Gericht könnte dann gezwungen sein, die gesetzeswidrige Festlegung der Entschädigungshöhe zu belassen. Aus rechtstaatlicher Sicht ist dies jedoch bedenklich, da ein Gericht damit unter Umständen in die Situation kommt, zu einem Handeln gegen ein Gesetz gezwungen zu sein.<sup>583</sup>

Diese Bindung der Gerichte findet sich außer im § 117 Abs 4 WRG in keinem anderen Gesetz, das eine sukzessive Zuständigkeit für Entschädigungsfestlegungen vorsieht.<sup>584</sup> *Rath-Kathrein* kommt deswegen zu dem Schluß, dass diese Regelung im Wasserrechtsgesetz einen Widerspruch zu Art 94 B-VG darstellt und somit verfassungswidrig ist. Wie dargelegt liegt hier nämlich, jedenfalls bei der Festlegung der Entschädigungshöhe, ein verfassungswidriger Instanzenzug vor, der eine neue und unabhängige Prüfung dieser Frage durch das Gericht nicht zulässt.<sup>585</sup> Dieser Meinung ist beizupflichten, denn wie dargelegt gibt es auf Grund der gesetzlichen Regelung für das Gericht eine Bindung an den Bescheid der Verwaltungsbehörde. Doch es ist eine Kernaussage des Gewaltenteilungsprinzips, dass eine Trennung zwischen Verwaltung und Justiz bestehen muss. Die derzeitige Regelung ist daher in meinen Augen als verfassungswidrig einzustufen.

---

582 *Kaan/Braumüller*, Handbuch Wasserrecht<sup>3</sup>, 663.

583 *Raschauer*, Kommentar zum Wasserrecht, 492ff; *Kaan/Braumüller*, Handbuch Wasserrecht<sup>3</sup>, 659f.

584 *Oberleitner*, Wasserrechtsgesetz<sup>2</sup>, 595f.

585 *Rath-Kathrein*, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“?  
ZfV1992, 23;

## **Widerspruch zu Art 6 EMRK?**

Wie bereits dargelegt, wurde die Neuregelung im Wasserrechtsgesetz deswegen notwendig, weil der VfGH die alte Regelung als Verstoß gegen Art 6 EMRK wertete und als verfassungswidrig aufhob.<sup>586</sup>

Art 6 EMRK lautet: „Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Das Urteil muß öffentlich verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden, oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangen, oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtpflege beeinträchtigen würde, in diesem Fall jedoch nur in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang.“

Dazu gibt es in Österreich eine Einteilung in den Kernbereich und den Randbereich des Zivilrechts.<sup>587</sup> Es gibt einen gewissen Kernbereich an zivilrechtlichen Ansprüchen, in denen eben ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht entscheiden muss. Es reicht in diesen Fällen nicht aus, dass ein Verwaltungsverfahren mit der Möglichkeit einer anschließenden Kontrolle durch den VfGH oder VwGH durchgeführt wird. In diesem Zusammenhang (Kernbereichs- Judikate) wurde auch der Begriff des Tribunals geprägt. Daneben gibt es noch den sogenannten Randbereich des Zivilrechts.<sup>588</sup> Den Kernbereich des Zivilrechts kann man in drei Gruppen einteilen. Die erste Gruppe betrifft Entschädigungen bzw Schadenersatz, die zweite Gruppe

586 Oberleitner, Wasserrechtsgesetz<sup>2</sup>, 595.

587 Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 782.

588 Herbst, Art 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg),

Grund und Menschenrechte in Österreich, Band III, 666ff; Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 266;

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 56.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

betrifft Streitigkeiten aus Vertragsverhältnisse und die dritte Gruppe betrifft „Verwaltungsentscheidungen, mit denen der Abschluß oder die Auflösung von Verträgen zwischen Privatpersonen genehmigt“ wird.<sup>589</sup> Im Wasserrechtsgesetz sei es eben notwendig, dass „ein „tribunal“ mit voller Entscheidungsbefugnis in der Sache tätig“<sup>590</sup> wird.

Aus dem Erkenntnis VfSlg 11.760/1988 ist klar ableitbar, dass eine „volle Rechts- und Tatsachenkompetenz“ zwingende Voraussetzung für ein Tribunal in Entschädigungsfragen ist, um den Anforderungen des Art 6 EMRK gerecht zu werden.<sup>591</sup> Die Regelung des Art 117 Abs 4 WRG ist eindeutig nicht mit diesem Erfordernis vereinbar.<sup>592</sup>

Der VfGH stellt in der Entscheidung<sup>593</sup>, mit der die alte Regelung im Wasserrechtsgesetz aufgehoben wurde, nämlich fest, dass Entschädigungen im Rahmen eines Enteignungsverfahrens dem Zivilrechtlichen Bereich zuzuordnen sind, mehr noch seien sie als „civil rights“ im Sinne des Art 6 EMRK zu verstehen. Es sei aber nicht ausreichend, wenn Ansprüche, die man zu den civil rights zählt nur von Verwaltungsbehörden, wenn auch mit nachträglicher Kontrolle durch den VwGH oder VfGH, behandelt würden. Dies sei nicht mit dem Art 6 EMRK vereinbar.

Der VfGH führt weiters in dieser Entscheidung aus, dass eine Regelung, wonach eine Verwaltungsbehörde erst über die zivilrechtlichen Ansprüche im Entschädigungsverfahren im WRG entscheidet, mit der Judikatur des EGMR zu Art 6 EMRK<sup>594</sup> vereinbar sei, solange nur im Anschluss ein Gericht auf Grund eigener Tatsachenfeststellungen über den jeweiligen Anspruch dem Grunde und der Höhe nach entscheiden kann.<sup>595</sup>

---

589 Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 67f.

590 Rath-Kathrein, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“? ZfV1992, 25.

591 Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 422; VfSlg 11.760/1988.

592 Rath-Kathrein, Die Neufassung des § 117 Abs. 4 Wasserrechtsgesetz – ein „Quasi-Quasi-Instanzenzug“? ZfV1992, 26.

593 VfSlg 11.760/1988.

594 Der VfGH verweist hier auf Fall *Le Compte*, EuGRZ 1981, 553.

595 VfSlg 11.760/1988.

## Fazit

Somit sieht der VfGH kein Problem darin, wenn das Entschädigungsverfahren im Rahmen der sukzessiven Kompetenz – unter Einhaltung der vom VfGH entwickelten Grundsätze – abgewickelt werden würde. Hätte der Gesetzgeber somit eine sukzessive Kompetenz festgelegt, mit der Bestimmung, dass der Bescheid auch wirklich im vollen Umfang außer Kraft tritt und das Gericht eben aufgrund eines neuen, unabhängigen Verfahrens zu entscheiden hätte, würden sich aus verfassungsrechtlicher Sicht wohl keine Bedenken gegen eine derartige Regelung ergeben, zumal der VfGH ja bereits etliche Male ausgesprochen hat, unter welchen Umständen eine sukzessive Kompetenz zulässig ist und hier weiters in seiner Entscheidung festgelegt hat, dass in dem Entschädigungsverfahren nach dem WRG eine sukzessive Kompetenz mit Art 6 EMRK vereinbar wäre.

Da hier der Bescheid nicht im vollen Umfang außer Kraft tritt und das Gericht kein neues, unabhängiges Verfahren durchführen kann, auf Grund dessen es eigene Feststellungen treffen könnte und in weiterer Folge eine Entscheidung fällen, ist die Regelung nicht nur mit Art 94 B-VG unvereinbar sondern widerspricht auch Art 6 EMRK. Es wäre hier jedoch ein leichtes, eine verfassungskonforme Regelung zu finden, da der VfGH ja explizit erklärt hat, dass eine sukzessive Kompetenz kein Widerspruch zu Art 6 EMRK wäre, und bei Einhaltung der vom VfGH aufgestellten Grundsätze für die sukzessive Kompetenz wohl auch leicht der Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip vermieden werden könnte.

## 2. Die Justizverwaltung

Allgemein gehören Aufgaben, die einen inhaltlichen Bezug zu richterlichen Aufgaben haben zur Justizverwaltung.<sup>596</sup> Unter die Justizverwaltung fallen jene Aufgaben der

---

<sup>596</sup> VfSlg 7376/1974; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 29, 51; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 269.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Vollziehung, die das Funktionieren der Judikative gewährleisten.

Dazu gehören unter anderem die Personalverwaltung, die Sachmittelverwaltung, die Gebäudeverwaltung, die Dienstaufsicht, die Festsetzung der Geschäftsverteilung und die Gerichtsgebührenvorschreibung<sup>597</sup>. Eine Übersicht über die Aufgaben der Justizverwaltung ist aus den Aufgabenkatalogen des § 11 Geo für die Gerichte I. und II. Instanz ersichtlich.<sup>598</sup>

Eine der wichtigsten Aufgaben der Justizverwaltung ist es, die Einflüsse, sei es von innen oder von außen abzuwehren, um so die Unabhängigkeit zu wahren

Um dieses Ziel zu erreichen, ist jedoch eine Mitsprache der Richter hinsichtlich der Frage der Verteilung der „sachlichen und persönlichen Ressourcen“ erforderlich.<sup>599</sup>

Die Justizverwaltung ist in Art 87 Abs 2 B-VG geregelt. Dort wird auch definiert, was unter Ausübung des richterlichen Amtes zu verstehen ist. Bei der Ausübung des richterlichen Amtes ist der Richter weisungsfrei. Die Ausübung des richterlichen Amtes umfasst vor allem die Erledigung der gerichtlichen Geschäfte.<sup>600</sup>

Grundsätzlich besagt Art 94 B-VG, dass die Justiz von der Verwaltung getrennt sein muss. Dennoch sind Richter, also unabhängige, unversetzbare und unabsetzbare Organe der Judikative mit Verwaltungssachen betraut, und zwar mit Justizverwaltungssachen. Somit kommt es zu einer Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes in diesem Punkt, da die Gerichte bzw die Richter Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.<sup>601</sup> Die Richter sind nämlich bei der Ausübung von Aufgaben der Justizverwaltung nicht als unabhängige Richter tätig, sondern als weisungsgebundene Verwaltungsorgane. Der Richter ist somit an Weisungen der ihm vorgesetzten Verwaltungsorgane, welches letzten Endes der jeweils zuständige Bundesminister ist, gebunden.<sup>602</sup>

---

597 *Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht*<sup>3</sup>, 224.

598 *Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 29, 51; *Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht*<sup>3</sup>, 310.

599 *Zinkl, Wir sind so frei – sind wir so frei?*, RZ 2002, 73.

600 *Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht*<sup>3</sup>, 224.

601 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>10</sup>, 370.

602 *Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*<sup>12</sup>, 286.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Der Verwaltung zugeordnet werden jedoch nur die Justizverwaltungssachen, die durch Einzelrichter erledigt werden. Justizverwaltungsgeschäfte, die durch Senate oder Kommissionen besorgt werden zählen hingegen zur Gerichtsbarkeit.<sup>603</sup>

Ob es zu einer Erledigung durch einen Einzelrichter oder durch ein Kollegium kommt hängt von verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Aufgabenzuweisungen ab. Die Zuständigkeit der Personalsenate zur Abgabe von Besetzungsvorschlägen für freie Richterstellen zum Beispiel ist verfassungsgesetzlich geregelt und zwar in Art 86 Abs 2 B-VG. Das heißt, dass die Senate in diesem Fall unabhängig agieren. Häufig jedoch erfolgt die Zuweisung durch einfachgesetzliche Regelungen.<sup>604</sup>

Durch die Justizverwaltung kann ein Richter je nach Aufgabe einmal Organ der Judikative und einmal Organ der Exekutive sein.<sup>605</sup>

Der Begriff der Justizverwaltung ist materiell auszulegen, da bei einer formellen Auslegung auch jegliche Verwaltung, die von Gerichten vorgenommen wird<sup>606</sup> umfasst wäre, was aber mit dem Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung nicht vereinbar wäre. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre es bei einer formelle Auslegung auch zulässig, wenn die Verwaltungsangelegenheiten gemeinsam mit der Justiz geführt werden, außer es gibt eine verfassungsgesetzliche Zuweisung zu einer anderen Behörde. Allgemein ist eine solche Sichtweise jedoch nicht mit dem System des Art 87 Abs 2 B-VG vereinbar.<sup>607</sup>

Eine klare Definition der Justizverwaltung zu treffen bereitet Probleme, eine Auslegung erfolgt unter zu Hilfenahme der Versteinerungstheorie. Dies bedeutet, dass der Begriff der Justizverwaltung anhand der Rechtslage, als der Art 87 Abs 2 B-VG in Kraft trat, somit zum 10.11.1920, zu beurteilen ist. Es ist daher zu erforschen, was bereits damals unter den Begriff der Justizverwaltung subsumiert wurde.<sup>608</sup> Auch vom

---

603 Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 29, 51.

604 Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 29, 51; Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup>, 286.

605 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 225.

606 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 87 Abs 1 und 2 B-VG, 11.

607 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 87 Abs 1 und 2 B-VG, 11.

608 Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band II, 1. Halbband, Art 87 Abs 1 und 2 B-VG, 12.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Verfassungsgerichtshof wird vertreten, dass die Justizverwaltung materiell zu deuten ist.<sup>609</sup>

### 3. Resümee

Bei der sukzessiven Zuständigkeit handelt es sich auf den ersten Blick um eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips, da es vor der Anrufung des Gerichtes zu einer Entscheidung durch eine Verwaltungsbehörde kommt. Diese Konstruktion ist jedoch im Rahmen der vom VfGH aufgestellten Bedingungen zulässig und wird bei Einhaltung dieser Bedingungen als mit dem Gewaltenteilungsprinzip vereinbar angesehen. Die wichtigste Voraussetzung für die Zulässigkeit der sukzessiven Zuständigkeit ist das außer Kraft treten des Bescheides der Verwaltungsbehörde, was ein unabhängiges Entscheiden des Gerichtes ermöglichen soll. Dadurch wird eben sichergestellt, dass kein Instanzenzug von einer Verwaltungsbehörde zu einem Gericht kommt und kein Verstoß gegen Art 94 B-VG vorliegt.<sup>610</sup>

Bei der Justizverwaltung hingegen handelt es sich um eine in der Verfassung vorgesehene Ausnahme von der Trennung gemäß Art 94 B-VG.<sup>611</sup> Bei der Justizverwaltung tritt ein Einzelrichter bei Erledigung von Justizverwaltungsgeschäften, also solchen, die das Funktionieren der Gerichtsbarkeit gewährleisten sollen, als Vertreter der Exekutive auf und ist somit weisungsgebunden. Diese Konstruktion widerspricht an und für sich dem Art 94 B-VG, also dem Grundsatz, dass die Verwaltung von der Judikative getrennt sein muss, doch ist diese Ausnahme in der Bundesverfassung, und zwar in Art 87 Abs 2 B-VG, vorgesehen.<sup>612</sup>

---

609 VfSlg 7376/1974.

610 *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht<sup>3</sup>, 310.

611 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup>, 370.

612 *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 269.

## C. Judikative und Gewaltenteilung

### 1. Rückzug des Gesetzgebers zugunsten der Judikative?

Bei dieser Frage geht es um den immer wieder erhobenen Vorwurf, dass der Gesetzgeber bei brisanten Themen nicht tätig wird, und es den Gerichten überlässt, Entscheidungen zu treffen.<sup>613</sup>

In der Vergangenheit war der Glaube, dass Gesetz und Recht von einer Gottheit kommen weit verbreitet. Der Gedanke, dass derartiges von einem Menschen kommen soll, war lange Zeit derart unglaublich, dass man bei besonders offensichtlichen Fällen davon ausging, dass der Normersteller „als von der Gottheit inspirierte Sänger, Seher und Heros angesehen“ wurde.<sup>614</sup> Später ging man dazu über, Gesetzgebung dadurch zu umgehen, dass das Recht weit ausgelegt wurde – es kam durch die Rechtssprechung zu einer Fortbildung des Rechts.

Der religiöse Einschlag, den man lange in Recht und Justiz sah, findet sich laut *Henry Steele Commanger* auch in den USA wieder, genauer gesagt im Supreme Court. Der Supreme Court der USA sei, was den Stellenwert anbelange, vergleichbar mit der königlichen Familie in England, der Armee in Deutschland und der Kirche in Spanien. Die Amerikaner würden die Verfassung zur Religion erheben und die Rechtssprechung als einen religiösen Auftrag sehen.<sup>615</sup>

Laut *Kaltenbrunner* hat sich diese Justizfrömmigkeit auch im Rest der Welt verbreitet. Dies würde sich eben in gewissen Riten äußern. Dazu gehört zB dass man sich bei Urteilsverkündung erhebt und allgemein dem Gerichtsaal gewisser Respekt entgegengebracht wird. Andererseits soll dadurch auch bezweckt werden, dass der Richter sich etwas von alltäglichen Dingen, die unter Umständen seine

613 Dieser Vorwurf wurde erst jüngst wieder von der Richtervereinigungspräsidentin Barbara Heilige im Standard Interview vom 30. Oktober 2007 erhoben; vgl <http://derstandard.at/?url=/?id=3092105>, Zugriff am 5.11.2007.

614 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 25f.

615 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 27.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten, lösen kann. Die These, dass zwischen Priester- und Richteramt gewisse Parallelen sind, ist somit auch in der heutigen Zeit zu finden. Genannt sei hier zB der Richtereid und der Talar, den Richter bei Verhandlungen tragen.<sup>616</sup>

Im Zuge der historischen Entwicklung kam im sogenannten liberalen Rechtsstaat das Bild des Richters als bloßer Gesetzesanwender auf. Dahinter stand der Gedanke, dass Mißbrauch durch Richter verhindert werden soll, und der Richter eben nur Gesetze anwenden soll, sprich einen Fall prüfen und unter eine bestimmte Norm subsumieren. Dieses Bild übersieht jedoch, dass es hierfür eine Regelung für jeden erdenklichen Fall geben muss. Denn sobald ein Fall auftritt, der nicht detailgenau im Gesetz geregelt ist, ist eben der Richter gefragt (wenn nicht eine derart gravierende Lücke besteht, dass der Gesetzgeber selbst aktiv werden müsste). Da es jedoch schlicht denkunmöglich ist, dass jeder Fall bereits im Voraus geregelt wird, kann nicht mit absoluter Sicherheit gesagt werden, dass der Richter nicht doch einmal rechtsschöpferisch tätig wird bzw werden muss. Allein die Interpretation und Anwendung des Gesetzes trägt dazu bei, dass der Richter rechtsschöpferisch auftritt. Durch die Rechtsprechung kommt es zu einer Weiterentwicklung des Rechts.<sup>617</sup>

*Gustav Radbruch* stellte dazu aus rechtsphilosophischer Sicht fest, dass in der Auslegung „ein unlösbares Gemisch theoretischer und praktischer, erkennender und schöpferischer, produktiver und reproduktiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher, objektiver und subjektiver Elemente“<sup>618</sup> steckt.

Ein anderes Problem ist, dass manche Gesetze mehrere Deutungen bzw Auslegungen zulassen, und es dem Richter obliegt, sich für eine Möglichkeit zu entscheiden. Aufgrund des bisher gesagten ist offensichtlich, dass dem Richter bzw der Judikative eine gewisse Macht obliegt und er auch in einem gewissen Maß rechtsschöpferisch agiert.<sup>619</sup>

*Tomlins*<sup>620</sup> stellt zum Supreme Court fest, dass dieser moralisch und rechtlich die am

---

616 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 27.

617 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 33.

618 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 211.

619 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 36f.

620 *Tomlins*, The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice, xi (introduction).

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

meisten respektierte Institution, institutionell hingegen die am wenigsten mächtige darstelle.

Er stellt auch fest, dass die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes nicht nur rein rechtliche Fragen maßgeblich beeinflusst haben, sondern auch soziale und politische. Die Justiz in Amerika ist von den anderen Institutionen nämlich, neben der faktischen Trennung auch dadurch von den anderen Gewalten getrennt, dass man dort ein komplett anderes Auftreten pflegt. Die Justiz wird nämlich nicht von großspurigen Politikern oder Anwälten repräsentiert, sondern von angesehenen Juristen, die ähnlich wie Hohepriester mit der Interpretation von schwer verständlichen Texten beschäftigt sind.<sup>621</sup> Weiters ist das würdevolle Auftreten der Richter – insbesondere bestimmte Kleidung – hervorzuheben. Als die Verfassung entstand, war unklar, welche Rolle genau der Oberste Gerichtshof haben solle, wie er aussehen solle und ob er sich überhaupt gegen die anderen Institutionen durchsetzen kann, oder ob er in Bedeutungslosigkeit versinkt<sup>622</sup>. Somit kann man sagen, dass der Weg des obersten Gerichtshofes nicht vorherbestimmt war. Zweifelsohne hat der Oberste Gerichtshof heute in den USA eine bedeutende Rolle und seinen Entscheidungen kommt durchaus große Bedeutung zu, da er wie bereits erwähnt auch auf aktuelle gesellschaftliche Veränderungen reagiert und somit Änderungen herbeiführen kann. Jedoch ist der oberste Gerichtshof laut *Tomlins*<sup>623</sup> institutionell gesehen die schwächste der drei Gewalten. Dies hängt damit zusammen, dass der oberste Gerichtshof gewissermaßen auf den „willing consent“ der anderen Gewalten (Exekutive und Legislative) sowie darauf dass das amerikanischen Volk Entscheidungen des Gerichtshofes auch akzeptiert, angewiesen ist.<sup>624</sup>

Es wird nunmehr jedoch immer häufiger geklagt, dass sich der Gesetzgeber immer mehr zurückzieht und den Richtern die Aufgabe des Gesetzgebers zukommt. Denn

---

621 *Tomlins*, The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice, xii (introduction).

622 *Morgan*, Die amerikanische Revolution in *Mann/Nitschke* (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 563.

623 *Tomlins*, The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice, xii (introduction).

624 *Tomlins*, The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice, xii (introduction): „Yet, institutionally, it is the least powerful. Its authority relies entirely on the willing consent of the executive and legislative branches of the U.S. government and of the American people to accept it as law's ultimate arbiter.“

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Richter würden nicht nur das Recht anwenden sondern sogar selbst Recht schaffen. Mitunter wird die Meinung vertreten, dass dies durchaus gewollt ist.<sup>625</sup> Die Entwicklung, wonach sich der Gesetzgeber immer mehr zurückhält und das Treffen von Entscheidungen an die Vollziehung delegiert wird, erfolgt häufig schleichend und ist auch eine sorgfältig agierende Gesetzgebung vor einer derartigen Entwicklung manchmal nicht gefeit.<sup>626</sup>

Das „offenkundige Versagen“ sind Entwicklungen, wie Kundmachungen von Unvollständigem oder nicht Beschlossenem, lange Verweisungsketten, unverständliche Sprachspiele und ähnliches. *Spielbüchler* untersucht in seinem Beitrag das neue Nachbarrecht und den Entwurf für ein neues Schadenersatzrecht um zu zeigen, dass die These, dass sich der Gesetzgeber immer mehr zurückzieht und es den Richtern überlassen bleibt, durch Entscheidungen Regelungen zu gewissen Problemkreisen zu treffen, zutrifft. Ein weiterer, jedoch subtilerer Weg, des Gesetzgebers sich zurückzuziehen ist die Formulierung von Generalklauseln, deren genauere Auslegung dem Richter überlassen bleibt.<sup>627</sup>

*Jutta Limbach*, die frühere Präsidentin des Bundesverfassungsgerichtes äußerte zu dem Thema die Ansicht, dass eine Entscheidung durch einen Richter nicht nur ein Rechtserkenntnis darstellt, sondern darüber hinaus auch einen Akt der Rechtssetzung darstellt.<sup>628</sup> Dies begründet *Limbach* damit, dass die Rechtsordnung nunmal nicht „lückenlos, widerspruchsfrei, sprachlich eindeutig noch gegenüber dem sozialen Wandel erhaben“ sei. *Merkl* hat dieses Phänomen, dass ein Urteil nicht nur als Vollziehung, sondern auch als rechtsetzender Akt zu sehen ist, untersucht und dies das doppelte Rechtsantlitz eines Rechtsaktes genannt.<sup>629</sup>

Interessant ist im Zusammenhang mit dieser Diskussion der Wortlaut des Art 1 Abs 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, der lautet: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift

---

625 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in Kaltenbrunner (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 37.

626 *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 342.

627 *Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung – demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen eine Selbstverständlichkeit, JRP 2001, 284.

628 *Limbach* zitiert in *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 58.

629 *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 96.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“<sup>630</sup> Richter werden in der Schweiz offen dazu aufgefordert, im Falle, dass etwas nicht ausdrücklich geregelt wurde, eine Regelung zu finden, wie sie der Gesetzgeber wohl aufstellen würde. Es wird somit ausdrücklich normiert, dass der Richter in gewissen Fällen als Gesetzgeber auftreten muss, um einen Fall beurteilen zu können.

Der Richter als Gesetzgeber hätte zur Folge, dass Richter politisch(er) werden würden.<sup>631</sup> Allgemein denke ich, dass Justiz an für sich bereits ein gewisses Potential für politische Macht hat, durch eine Verschiebung der Aufgaben des Gesetzgebers hin zu den Richtern würde diese Macht jedoch enorm vergrößert.

Die Frage ist nun, ab wann ein Richter Politik macht. Manchmal ist es einfach unumgänglich, dass Richter mit Politik in Kontakt kommen. Im Wahlkampf zur Nationalratswahl am 1.10.2006 war dies öfters der Fall, als es zu diversen Verfahren zwischen den Parteien kam<sup>632</sup>. In einem solchen Fall kann man wohl noch nicht sagen, dass die Richter auf Grund des Zurücktretens des Gesetzgebers Politik betreiben. Der Fall wird an die Gerichte herangetragen und es ist die Pflicht der Richter darüber zu entscheiden. Unbestreitbar nehmen sie dadurch Einfluss auf die Politik, doch kann dies noch nicht als Politikbetreiben eingestuft werden. Auch wenn von Seiten der Politiker immer wieder gerne die Behauptung aufgestellt wird, dass die entscheidenden Richter nicht unabhängig waren, und es sich um eine politische Entscheidung handeln würde, denke ich, dass es zu weit gehen würde, bereits in diesem Fall – va wenn die Entscheidung des Richters gut begründet wurde – von einem politischen Richter zu sprechen.

Bei der Frage, ob der Gesetzgeber abdankt und diese Aufgabe den Richtern überlässt ist auch zu bedenken, dass es immer Fälle geben wird, in denen Richter etwas zu entscheiden haben, wofür es keine eindeutigen Regelungen im Gesetz gibt. Hier wird

---

630 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand 1. Juli 2007), vgl. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c210.html>, Datum des letzten Logins: 24.04.2008.

631 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in Kaltenbrunner (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 40.

632 zB im Namensstreit zwischen BZÖ und FPÖ wurden die Gerichte tätig.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

es unumgänglich sein, dass der Richter rechtsschöpferisch tätig wird und Aufgaben, die eigentlich dem Gesetzgeber obliegen würden übernimmt. Dabei ist natürlich zu bedenken, dass es nicht möglich sein wird, für alle Fälle von vornherein Regelungen zu treffen. Doch ist auch zu beobachten, dass der Gesetzgeber sich bei bestimmten Fragen (zB *wrongful birth*)<sup>633</sup> mit dem Aufstellen von gesetzlichen Regelungen zurückhält. In einem solchen Fall müssen sich die Richter gezwungenermaßen mit den vorhandenen Gesetzen behelfen, allein der Gesetzgeber könnte klare, neue Normen erlassen. Dadurch dass die Gerichte nun entscheiden, legen sich jedoch Anhaltspunkte für den betreffenden Problemkreis fest, an denen man sich bei späteren Entscheidungen, die dieselbe Problematik betreffen, orientieren kann. Aus Sicht der Gerichte wäre es das einfachste, wenn der Gesetzgeber zu den betroffenen Themen (wie zB *wrongful birth*) eine gesetzliche Regelung treffen würde. Da die betroffenen Themen oft solche sind, die in der Gesellschaft umstritten sind und dazu geeignet zu polarisieren, kann es für den Gesetzgeber mitunter riskant sein, eine konkrete Regelung zu treffen. Immerhin muss man sich, um an der Macht zu bleiben immer wieder Wahlen stellen (genauer gesagt die Parteien stellen sich zur Nationalratswahl, doch in weiterer Folge kann bei dieser Wahl auch eine Regierung abgewählt werden), eine Entscheidung kann daher bei kontroversiell diskutierten Themen Stimmenverluste mit sich bringen und in weiterer Folge natürlich auch den Machtverlust. Um dieses Risiko zu minimieren, stellt man entweder zu einem Thema keine Regelungen auf, oder nur Leerformeln, die dem Richter zur Auslegung überlassen werden.<sup>634</sup>

Wie bereits vorher ausgeführt wurde der Gesetzgeber aktuell beim Thema *wrongful birth* (Kind als Schaden) nicht aktiv und überließ bzw überlässt es nach wie vor den Gerichten zu entscheiden. Eltern machen in diesen Fällen Unterhaltsansprüche gegen einen Arzt (behandelnde Person) geltend, weil es auf Grund von unrichtiger Beratung oder nicht korrekt durchgeführter Maßnahmen zu einer unerwünschten Geburt kam. Hinsichtlich des Begriffes *wrongful birth* sind zwei unterschiedliche Varianten denkbar. Die erste ist die, in welcher es zu einer misslungenen Empfängnisverhütung

---

633 Vgl die Entscheidungen zum Thema *wrongful birth* OGH 1 Ob 91/99k, OGH 5 Ob 165/05h. Und OGH 6 Ob 101/06f.

634 *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 343.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

auf Grund eines Fehlers des Arztes oder Apothekers kommt. Bei der zweiten Variante kommt es zu einem falschen ärztlichen Rat, wonach bei der Schwangerschaft keine außerordentlichen Risiken drohen würden. Bei der ersten Variante kommt es zu einer Schwangerschaft, obwohl keine gewünscht ist, während bei der zweiten eine Schwangerschaft und ein Kind zwar gewünscht sind, jedoch durch die ärztliche Beratung sichergestellt werden sollte, dass eben keine Auffälligkeiten gegeben sind. Der Arzt verkennt in diesen Fällen ein Risiko und er verneint gegenüber den Eltern das Vorliegen des Risikos und erteilt somit eine falsche ärztliche Auskunft.<sup>635</sup>

Es geht nun um die Frage, ob den Eltern für die aufgewendeten Unterhaltszahlungen ein Anspruch zusteht, wenn das Kind ungewollt war oder wenn der Arzt nicht ausreichend über mögliche Risiken aufgeklärt und gewarnt hat, und in der Folge ein behindertes Kind auf die Welt kommt, welches allenfalls abgetrieben worden wäre, wenn es zu einer rechtzeitigen Aufklärung durch den Arzt gekommen wäre.

Zusammengefasst kann man sagen, dass solche Fälle gemeint sind, bei denen bei richtiger Aufklärung durch den Arzt kein Kind auf die Welt gekommen wäre.

In der jüngsten Zeit kam es zu mehreren Entscheidungen zu diesem Thema durch den OGH.

In einer Entscheidung<sup>636</sup> geht es um ein behindertes Kind, welches am Down-Syndrom leidet, einen schweren Herzfehler und Darmverschluss hat. Der behandelnde Arzt führte die vorgesehenen Mutter-Kind-Pass Untersuchungen durch. Durch die moderne Technik ist es heutzutage möglich bereits beim Fötus festzustellen, ob bei dem Kind Behinderungen auftreten werden oder nicht. Der behandelnde Arzt erkannte auch tatsächlich Anomalien, nämlich eine zu große Menge an Fruchtwasser und Wachstumsstörungen beim Fötus. Die Mutter des Kindes wurde daraufhin vom Arzt in die Risikoambulanz überwiesen.<sup>637</sup> Dieser Aufforderung kam die Mutter jedoch nicht nach. Im Anschluss daran wurde dieses Verhalten vom Arzt kritisiert. Ungefähr zwei Monate später begab sie sich doch nochmal zu einer Untersuchung, bei welcher sofort festgestellt wurde, dass sich das Kind bisher nicht entsprechend entwickelt hatte .

---

635 Harrer, Kind als Schaden in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, Band 6, 44, RZ 33.

636 OGH 5 Ob 165/05h.

637 OGH 5 Ob 165/05h.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Dem Arzt wurde nun vorgeworfen, dass er die Mutter nicht ausreichend darüber informiert habe, dass eben die Gefahr besteht, dass das Kind behindert sein wird und dass die von ihm angeratene Untersuchung eben genau dies abklären solle.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab; der Berufung wurde nicht Folge gegeben. Gegen diese Berufungsentscheidung wurde eine außerordentliche Revision erhoben. Die außerordentliche Revision war zulässig, da es zur betreffenden Frage (Umfang der Aufklärungspflicht durch den Arzt, wenn eine Behinderung des noch nicht geborenen Kindes droht bzw in wie weit ein Arzt bei Bedarf von weiteren Diagnosen aufklären muss) noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung gab. Grundsätzlich verweist der OGH aufgrund mangelnder gesetzlicher Grundlagen, anhand derer er seine Entscheidung begründen könnte auf die bereits ausgesprochenen Grundsätze zu dieser Thematik (1 Ob 91/99k = SZ 72/91<sup>638</sup>), trotz der Kritik, die an dieser Entscheidung geäußert wurde. Da diese Kritik vor allem auf rechtsethischen Überlegungen basierte, und man sich bereits in der Entscheidung 1 Ob 91/99k mit den derartigen ethischen Bedenken auseinandergesetzt hat, verweist der OGH diesmal lediglich auf diese Entscheidung.

Wie bereits dargelegt gibt es zu der Thematik wrongful birth bisher keinerlei explizite Regelungen, was in derartigen Fällen gilt, es fehlt somit den Richtern die gesetzliche Grundlage, an der sie sich orientieren können. Da die an die Gerichte herangetragenen Fälle jedoch trotzdem entschieden werden müssen, müssen sich Richter mit den vorhandenen Gesetzen, in dem Fall den Normen zum Schadenersatzrecht, behelfen. Der Vollständigkeit halber möchte ich im Nachfolgenden die Entscheidung des OGH 5 Ob 165/05h thematisieren.

Der Arzt hat in diesem Fall den Behandlungvertrag – ein Teil dieses Vertrags sind die Aufklärungspflichten – nicht ausreichend erfüllt. Er hätte die Mutter, bei Erkennen der Notwendigkeit weiterer Untersuchungen darauf hinweisen müssen, dass diese eben unerlässlich sind, und ihr auch erklären müssen, was für Risiken bei Unterlassen dieser Maßnahmen bestehen. Die Überweisung mit dem Satz, „dorthin zu gehen“ reicht

---

<sup>638</sup> Die Hauptaussage dieser Entscheidung ist die, dass der Arzt den Mehrbedarf an Unterhalt für ein behindertes Kind ersetzen muss. Dies deswegen, weil er durch mangelnde Aufklärung der Mutter die Möglichkeit einer Abtreibung des erkennbar behinderten Kindes nahm.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

jedenfalls nicht aus, da der Mutter der Grund und die Risiken dadurch eben nicht klar werden konnten. Für den Laien war aus den Aussagen des Arztes nicht zu schließen, dass offensichtlich Gefahr für das Kind besteht, und dringend weitere Maßnahmen zu ergreifen sind. Konkret hat der Arzt die Mutter nie darauf hingewiesen, worin genau eine Gefahr liegt, nämlich dass es zu einer chromosomal Fehlentwicklung kommen könnte. „Nur durch eine umfassende Information über die Gründe der empfohlenen diagnostischen Abklärung und den Hinweis auf die möglichen Folgen der Unterlassung einer solchen Maßnahme hätte der Beklagte seinen aus dem Behandlungsvertrag resultierenden Aufklärungspflichten entsprochen.“<sup>639</sup> Bei einer Haftung des Arztes würde diese den gesamten Unterhalt, den die Eltern für das Kind aufzuwenden haben, umfassen. Klargestellt wird nochmals, dass bei einer ungewollten Geburt aufgrund eines Aufklärungsmangels nicht das Kind den vermögensrechtlichen Nachteil darstellt, sondern der für das Kind aufzuwendende Unterhalt. In der Entscheidung 1 Ob 91/99k wurde nur der Unterhaltsmehrbedarf gefordert, und der OGH hatte sich demnach nur mit diesem zu befassen. Hier wurde jedoch der gesamte Unterhalt gefordert. „Geht man richtigerweise davon aus, dass der mit einer Schwangeren abgeschlossene Behandlungsvertrag auch finanzielle Interessen der Patientin wahren soll, so ist es nur konsequent, den aus der Geburt eines behinderten Kindes entstehenden Unterhaltsanspruch zur Gänze als vermögensrechtlichen Nachteil zu bewerten.“<sup>640</sup>

Der OGH sah in diesem Fall also den Unterhaltsanspruch der für das behinderte Kind anfiel als vermögensrechtlichen Nachteil an, und sprach in dem Fall Unterhalt für das behinderte Kind zu. Der Arzt als Beklagter wurde daher schuldig gesprochen, diesen zu leisten.

In einer zweiten Entscheidung aus dem Jahre 2006<sup>641</sup>, die ich hier kurz ausführen möchte, um zu verdeutlichen, zu welchen Ergebnis aufgrund welcher Überlegungen der OGH in diesem Fall trotz des Fehlens einer konkreten gesetzlichen Regelung kam

---

639 OGH 5 Ob 165/05h.

640 OGH 5 Ob 165/05h.

641 OGH 6 Ob 101/06f.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

geht es um die Geburt eines gesunden Kindes. Doch auch hier liegt der Geburt ein nicht ordnungsgemäßes Verhalten des Arztes zugrunde. Die Eltern haben bereits drei Kinder, und nachdem die letzten beiden bereits mittels Kaiserschnitt zur Welt kamen, wollten die Eltern keine weiteren Kinder mehr. Deswegen beschlossen die Eltern, dass der Vater eine Vasektomie durchführen lässt. Auch in diesem Fall war die Aufklärung mangelhaft, denn die Eltern wurden nicht darauf hingewiesen, dass es durchaus vorkommen kann, dass sich die Samenleiter wieder verbinden. Es bedarf eines gewissen Kontrollprozederes, um dieses geringe Risiko restlos ausschließen zu können. Es müssen mindestens zwei Kontrollen gemacht werden, wobei bei beiden keine Samenzellen mehr enthalten sein dürfen. Der Vater ließ zwei Kontrollen durchführen, und bei der ersten waren auch noch vereinzelt Samenzellen enthalten. Die zweite Kontrolle war frei von Samenzellen.

Die Mutter wurde nach dem Eingriff erneut schwanger, und gebar wieder mittels Kaiserschnitt ein gesundes Kind. Die Eltern wollten vom Arzt nunmehr Ersatz für den anfallenden Unterhalt. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, diese Entscheidung wurde vom Berufungsgericht bestätigt. Die Zulässigkeit der ordentlichen Revision wurde bejaht. Der OGH hat bereits in einem obiter dictum erklärt, dass in einem solchen Fall der Unterhaltsschaden nicht zu ersetzen ist. Der OGH untersucht in seiner Entscheidung diverse ältere Entscheidungen zu dem Thema, vergleicht die Rechtslage in anderen Ländern und setzt sich intensiv mit in der Lehre vertretenen Meinungen auseinander. Alles in allem ist die Untersuchung des Themas durch den OGH sehr ausgeprägt. Der OGH sieht in dem Fall geringere ethische Bedenken, da den Eltern – wie sie selber vorbringen – ja nicht die Möglichkeit einer Abtreibung genommen wurde<sup>642</sup>, sondern sie lediglich der Meinung waren, dass es aufgrund des Eingriffes zu keiner weiteren Schwangerschaft mehr kommen kann. Der OGH kommt, nach neuerlicher Prüfung (eine Prüfung erfolgte bereits in der Entscheidung 1 Ob 91/99k) zu dem Schluss: „Demnach bedeutet die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes keinen Schaden im Rechtssinne. [...] Dagegen spricht nach Auffassung des Obersten Gerichtshofes auch nicht, dass eine generelle Verneinung der

---

<sup>642</sup> Dieses Problem wurde in der Entscheidung OGH 1 Ob 91/99k vorgebracht und vom OGH behandelt.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

ärztlichen Haftung für unerwünschte Nachkommenschaft dazu führen würde, dass weite Bereiche der Fortpflanzungsmedizin und der pränatalen Diagnostik gegenüber Haftungsansprüchen isoliert würden.<sup>643</sup> Auch eine Diskriminierung von Behinderten würde in der vom OGH vertretenen Ansicht nicht vorliegen. Denn dass bei behinderten Kindern, anders als bei gesunden, ein Schadenersatz zusteht, liegt nicht daran, dass in einem behinderten Kind etwas negatives gesehen wird, sondern lediglich daran, dass man die Meinung vertritt, dass hier ein besonderer Unterhaltsbedarf vorliegt.

Man kann also sagen, dass in der Rechtsprechung bereits sehr konkrete und weitgehende Überlegungen angestellt wurden, dies unter Berücksichtigung von Lehrmeinungen und den Rechtssituationen in anderen Ländern. Der Gesetzgeber hat es bisher unterlassen, diesen Problemkreis zu regeln. Die Gerichte mussten sich mit den vorhandenen Schadenersatzregelungen behelfen, und ihre Überlegungen mitunter mit Lehrmeinungen stützen. Es handelt sich bei diesem Thema um ein umstrittenes und die Meinungen darüber gehen weit auseinander. Dennoch befindet es der Gesetzgeber als nicht notwendig hier Regelungen zu erlassen. Der OGH verweist auch darauf, dass es trotz einiger Novellen im Schadenersatzrecht durch den Gesetzgeber in diesen Fragen weiterhin keine Regelung gibt, weswegen davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die aktuelle Judikatur wohl billigen würde.<sup>644</sup>

*Negwer*<sup>645</sup> äußert sich zu den zwei Entscheidungen und kritisiert dabei die Untätigkeit des Gesetzgebers, und stellt fest, dass die Gerichte quasi gezwungen werden, die Aufgaben der Legislative selbst in die Hand zu nehmen.

Grundsätzlich sind diese zwei Entscheidungen zwar verschieden, doch weisen sie Gemeinsamkeiten auf, und läuft das Ganze zusammengefasst darauf hinaus, dass bei einem ungewollten, gesunden Kind kein Unterhaltsersatz gewährt wird, bei einem ungewollten Kind, das zusätzlich behindert ist, jedoch schon Unterhaltsersatz gewährt

---

643 OGH 6 Ob 101/06f.

644 OGH 6 Ob 101/06f.

645 *Negwer*, Die Grenzen der Juristerei, die Presse, 21.10.2006 (Gastkommentar);

[http://www.diepresse.com/textversion\\_article.aspx?id=594049](http://www.diepresse.com/textversion_article.aspx?id=594049); Anhang A, Datum des letzten Logins: 19.11.2007.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

wird. Gemeinsam ist den beiden Fällen lediglich, dass es überhaupt zu keiner Geburt gekommen wäre, hätte der Arzt den Behandlungsvertrag ordentlich erfüllt.

Eigentlich sollte der Gesetzgeber diese Problematik lösen, doch augenscheinlich will er sich diesem Problem nicht stellen. Dies liegt vielleicht daran, dass es sich hier eben um ein ethisch problematisches, und deswegen strittiges Thema handelt. Fürchtet der Gesetzgeber, dass bei einer klaren und eindeutigen Regelung potentielle Wähler abgeschreckt werden könnten, weil die Regelung nicht mit ihrem Weltbild vereinbar ist? Will er sich aus „Bequemlichkeit“ nicht mit dieser schwierigen Frage beschäftigen, mit den zahlreichen Meinungen in der Literatur, den Rechtslagen in anderen Ländern? Warum auch immer der Gesetzgeber nichts unternimmt (nicht nur bei der Frage *wrongful birth*, wie *Spielbüchler*<sup>646</sup> aufzeigt ist diese Tendenz allgemein zu beobachten), es bleibt nunmehr den Gerichten überlassen, mit den vorhandenen Gesetzen und der vorhandenen Literatur eine Lösung zu finden. Denn es obliegt den Gerichten, Fälle, die an sie herangetragen werden, zu lösen bzw eine Entscheidung zu treffen. Es obliegt jedoch dem Gesetzgeber, die Normen zu schaffen, nach denen das Gericht sich dann richten kann. Jedoch ist ein Gericht eigentlich nicht dazu legitimiert, für bestimmte Sachverhalte grundlegende Regelungen aufzustellen, denn dies ist die Aufgabe des Gesetzgebers, der aufgrund von Wahlen von der Mehrheit der Bevölkerung als ihr Vertreter ausgewählt wurde, und deswegen in einem demokratischen Rechtsstaat legitimiert ist – was beim Gericht nicht so ist. Das Ergebnis der mangelnden Regelungen durch den Gesetzgeber ist eben, dass es zur eigentlich selben Problematik unterschiedliche Entscheidungen gibt, was die Rechtssicherheit nicht unbedingt erhöht. Auch der sechste Senat erkennt in seiner Entscheidung<sup>647</sup>, dass es eigentlich dem Gesetzgeber obliegen würde, Regelungen zu treffen, dies aber nicht tut. Aus dieser Inaktivität schließt der Senat, dass die Rechtssprechung gebilligt wird. Ob dem so ist oder ob der Gesetzgeber diese Rechtssprechung mißbilligt, aber vor einer gesetzlichen Regelung zurückschreckt (wegen ungeahnter Diskussionen, die dadurch ausgelöst werden könnten, und der

---

646 *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab?, *Jbl* 2006/6, 342ff.

647 OGH 6 Ob 101/06f.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Furcht, dass der Gesetzgeber wegen 'seiner' Regelung in die Kritik käme), kann schwer beurteilt werden.

*Negwer*<sup>648</sup> verweist in dem Zusammenhang auf ein Beispiel in den USA, und zwar den vom Supreme Court entschiedenen Fall „*Roe vs Wade*“. In dem Fall ging es um Abtreibung, und eigentlich war bereits eine heftige Diskussion in den unterschiedlichen Bundesstaaten im Gange, wie dieses Problem am besten gesetzlich gelöst werden könnte und wäre es ja auch die Aufgabe des Gesetzgebers gewesen und nicht die des Supreme Courts, zu entscheiden, wie mit dieser Thematik umgegangen wird, denn nur der Gesetzgeber ist demokratisch legitimiert, derartige Regelungen aufzustellen. Dadurch, dass der Supreme Court in diesem Fall entschieden hat, gibt es bis heute keine gesetzliche Regelung zum Thema Abtreibung. Der Supreme Court hat durch seine Entscheidung eigentlich die dem Geestzgeber zustehenden Kompetenzen wahrgenommen. Bloß allein die Tatsache, dass ein Thema vom Gesetzgeber nicht geregelt wurde, lässt nicht den Schluss zu, dass eine Entscheidung, wie diese Problematik zu lösen ist, den Gerichten zukommen soll.<sup>649</sup> Das Hauptproblem bei einem derartigen Vorgehen des Supreme Court ist eben die mangelnde demokratische Legitimation. Diese kommt nämlich nur den gewählten Volksvertreten, die die Legislative bilden, zu. Richtern fehlt diese komplett, da sie nicht vom Volk gewählt werden.

Und ähnlich ist nun eben die Situation in Österreich zum Thema *wrongful birth*. Der Gesetzgeber wird hier jedoch nicht tätig, sondern überlässt es den Gerichten, diese Fragen zu klären. Dass es durchaus möglich wäre, einfache gesetzliche Regelungen dazu zu erlassen, zeigen die Regelungen in anderen Ländern. In Frankreich etwa, wurde zum Thema *wrongful life* durch den Gesetzgeber eingegriffen, als die Rechtsprechung zu weitläufig wurde. Es wurde nämlich einem Behinderten schon allein für die Tatsache Schadenersatz zugesprochen, dass er eben behindert geboren wurde, nachdem dem Arzt bei der Diagnose ein Fehler passierte, und er eine Fehlentwicklung nicht erkannte, und so der Mutter die Möglichkeit einer Abtreibung

---

648 *Negwer*, Die Grenzen der Juristerei, die Presse, 21.10.2006, Gastkommentar; Anhang A.

649 *Negwer*, Die Grenzen der Juristerei, die Presse, 21.10.2006, Gastkommentar; Anhang A.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

genommen wurde.<sup>650</sup>

Somit stellen sich die Fragen: 1) Werden Richter immer mehr zu Gesetzgebern? 2) Sind Richter überhaupt in der Lage bestimmte politische Probleme adäquat zu lösen? 3) Weiters stellt sich die Frage, ob die Richter diese Entwicklung auch wollen, da sie für sie einen gewissen Machtzuwachs bringt, oder ob sie einfach, quasi ohne gefragt zu werden, mit den Aufgaben des Gesetzgebers belastet werden.

Zur ersten Frage muss wohl gesagt werden, dass Richtern tatsächlich immer mehr gesetzgeberische Aufgaben zufallen. Das eindrucksvollste Beispiel der jüngsten Zeit ist wohl die Judikatur rund um die Frage zum Thema *wrongful birth*. Aber auch in der Literatur<sup>651</sup> wird diese Tendenz, dass Richter die Funktion des Gesetzgebers in einem gewissen Maß übernehmen, festgestellt. Auf die zweite Frage muss man wohl erwidern, dass es den Richtern faktisch durchaus möglich ist, eine Lösung zu diesen Problemen zu finden. Es handelt sich bei allen Richtern um ausgebildete Juristen, die sich – wie die Entscheidungen zu *wrongful birth* zeigen – auch intensiv mit den an sie herangetragenen Problemen auseinandersetzen. Es ist auch durchaus so, dass Richter eine akzeptable Lösung bzw eine Lösung finden können, die auch der Gesetzgeber finden würde. Das Problem dabei ist jedoch, dass es dann durchaus unterschiedliche Judikate zu einem Thema geben wird und mangels gesetzlicher Grundlage weiß jeder weitere Richter nicht, wonach es sich orientieren kann. An bereits getroffenen Entscheidungen oder prüft er für sich eigenständig neu? Das weitaus größte Problem ist jedoch, dass es den Richtern nicht zusteht, als Gesetzgeber aufzutreten. Nur der Gesetzgeber wird durch regelmäßige Wahlen dazu legitimiert. Das Recht, Gesetze zu erlassen kommt daher ihm allein zu. Allerdings wäre es auch seine Pflicht bei solchen Themen tätig zu werden und es nicht den Richtern zu überlassen ohne konkrete gesetzliche Basis tätig zu werden, und somit eine gewisse Grundlage für weitere Entscheidungen zu schaffen.<sup>652</sup> Zur dritten Frage ist es wohl schwierig, konkrete

---

650 Negwer, Die Grenzen der Juristerei, die Presse, 21.10.2006, Gastkommentar; Anhang A.

651 Spielbüchler, Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 342ff; Negwer, Die Grenzen der Juristerei, die Presse, 21.10.2006, Gastkommentar, Anhang A.

652 Kaltenbrunner, Die Stunde des Richters in Kaltenbrunner (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 39f.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Aussagen zu treffen. Zur Frage, ob Richter die Entwicklung hin zum sogenannten Richterstaat wollen oder nicht, oder ob ihnen diese zusätzlich Macht sozusagen gegen ihren Willen aufgebürdet wird, meint *Karl Korinek*<sup>653</sup>, dass der VfGH eben nicht anstrebt als Ersatzparlament zu fungieren, oder dies gar sein soll, aber dass es manchmal, eben aufgrund von unklaren Gesetzen gezwungen ist, so zu agieren, und „die politische Dimension seiner Entscheidungen in Kauf zu nehmen“.<sup>654</sup>

„Muss nicht die „Entfesselung der dritten Gewalt“, von der ein hoher Richter einmal gesprochen hat, das verhängnisvolle Ergebnis zeitigen, dass die Exekutive gelähmt und die Justiz politisiert wird? Ist das von *Carl Schmitt* zitierte Wort des Liberalen *Guizot* vergessen, dass bei einer Juridifizierung politischer Streitfälle „die Politik nichts zu gewinnen und die Justiz alles zu verlieren hat“?<sup>655</sup>

Dem ist wohl zuzustimmen, denn es wäre ein eklatanter Bruch mit dem Prinzip der Gewaltenteilung, wenn Aufgaben der Legislative auf die Gerichtsbarkeit übertragen werden und hat die Geschichte bereits gelehrt, wie wichtig das Prinzip der Gewaltenteilung ist, und sollte man die Gedanken von Montesquieu auf jeden Fall berücksichtigen, um Machtmißbrauch optimal zu verhindern.

## 2. Resümee

Richter sind verpflichtet, die an sie herangetragenen Streitigkeiten mittels Urteils (im Regelfall) zu beenden. Bei der Entscheidungsfindung haben sie sich an die Gesetze zu halten, und den Sachverhalt unter selbige zu subsumieren. Ein Problem ergibt sich nunmehr dann, wenn es zu bestimmten Problemkreisen keine eindeutigen Gesetze gibt, und der Richter dennoch eine Entscheidung fällen muss. In diesen Fällen übt der Richter eigentlich Befugnisse des Gesetzgebers aus. Richter sind nach der These des

<sup>653</sup> *Korinek*, am 23.01.2007 bei einem Vortrag zum Thema „Der VfGH als politischer Entscheidungsträger in der Rolle eines Ersatzparlaments?“

<sup>654</sup> *Korinek*, in Kritik: „Feigheit“ vor Entscheidung, die Presse, 25.1.2007, Anhang B.

<sup>655</sup> *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 38.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

doppelten Rechtsantlitzes von *Merkl* immer sowohl vollziehend als auch rechtsschöpfend tätig, doch nimmt diese Entwicklung zuweilen neue Maßstäbe an, wie am Beispiel der *wrongful birth* aufgezeigt. Es kam zu diesem Thema in der jüngsten Zeit aufgrund fehlender klarer Gesetze zu zwei unterschiedlichen Ergebnissen. Die Entwicklung, dass Aufgaben des Gesetzgebers auf die Gerichte ausgelagert werden, ist sicher bedenklich, da es einerseits zu einer unklaren Situation kommen kann, wenn die Gerichte, wie im Fall von *wrongful birth* konträr entscheiden und andererseits deswegen, weil im Sinne der Gewaltenteilung die Befugnisse des Gesetzgebers keineswegs den Gerichten übertragen werden dürfen. Der Gesetzgeber ist durch Wahlen vom Volk demokratisch legitimiert worden, und es ist seine Aufgabe, Gesetze zu schaffen. Dies trifft jedoch nicht für Gerichte zu.<sup>656</sup>

Die Tatsache, dass dem Richter vermehrt Aufgaben zukommen, die eigentlich dem Gesetzgeber obliegen würden, hat mitunter auch zur Folge, dass Richter politisch tätig werden. Dies kann mitunter Einfluß auf die Unabhängigkeit des Richters haben.

### 3. Der „politische“ Richter – Unabhängigkeit des Richters

Ein Aspekt, der im Zusammenhang mit dem Rückzug des Gesetzgebers und der Unabhängigkeit der Justiz auch immer wieder genannt wird, ist der sogenannte politische Richter bzw die Politisierung der Justiz. Einerseits ist hier wohl gemeint, dass sich Richter politisch aktiv zeigen, andererseits dass aufgrund einer gewissen politischen Einstellung des Richters eine Entscheidung nicht unabhängig getroffen wird, sondern nur wegen dieser politischen Einstellung. Legitime Kritik an der Justiz muss erlaubt sein, doch darf nicht reflexartig, wenn das Urteil nicht den eigenen Erwartungen entspricht, der Vorwurf des politischen und nicht unabhängigen Richters erhoben werden.<sup>657</sup> Andererseits ist die Tatsache gemeint, dass der Justiz politische Aufgaben – nämlich solche der Gesetzgebung – übertragen werden.

656 *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab?, *Jbl* 2006/6, 342ff; *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 39f.

657 *Matzka*, Für eine unabhängige Justiz! Gewaltentrennung im Dreieck Rechtssprechung, Politik und des Offenen Briefes der Richter und Staatsanwälte, *RZ* 2001, 29.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Der Vorwurf ein politischer Richter zu sein impliziert den Vorwurf politischer Tätigkeit – direkter oder indirekter. Es ist daher zu prüfen, ob ein Richter bei seiner Tätigkeit im Rahmen der ihm von der Verfassung – und damit dem Prinzip der Gewaltenteilung – gesteckten Rahmen agiert, oder ob er in Bereichen tätig wird, die den anderen Gewalten vorbehalten sind bzw ob er Handlungen vornimmt, die den Eindruck erwecken, er agiere als Vertreter einer der anderen Gewalten. Der Vorwurf, dass ein Richter politisch wäre, wird besonders bei politisch brisanten Verfahren erhoben.<sup>658</sup>

Grundsätzlich gilt jedoch auch, dass vieles, was Richter im Rahmen der Berufsausübung tun, eine Auswirkung auf die Ausgestaltung der Gesellschaft hat, und somit als Politik bezeichnet werden kann. Diese Politik hat jedoch nichts mit Parteipolitik zu tun, auch wenn es natürlich vorkommt, dass die von den Richtern getroffenen Entscheidungen ident sind, mit den Meinungen einer Partei.<sup>659</sup> Diesen Aspekt darf man bei der ganzen Betrachtung natürlich keineswegs außer Acht lassen! *Huemer* führt weiter aus, dass es für einen Richter sehr wohl notwendig ist, dass er über ein politisches Bewußtsein verfügt. Allgemein sei es jedoch so, dass Richter und Politik generell als absolutes Tabu gesehen werden. Historisch ist diese Auffassung nicht konsequunt vertreten worden, denn er verweist auf das Beispiel des richterlichen Widerstandes in Preußen „gegen Willkür und Rechtsbruch der Obrigkeit im Vormärz.“<sup>660</sup> Erst in der Zeit von *Bismarck* kam es zu einem Wandel der Einstellung. Durch die von ihm betriebene Politik bei der Reichsgründung im Jahr 1871 verschwand das liberale und demokratische Engagement der Richter, die Justiz wurde umgewandelt „in ein stramm kaisertreues, antidemokratisches „Reserveoffizierkorps im Talar“, das auf „Pfiff parierte“ (*Bernt Engelmann*).“<sup>661</sup> In Österreich kam es erst durch die Dezemberverfassung 1867 dazu, dass die Judikative als eigene Staatsgewalt betrachtet wurde, wobei aber zu beachten ist, dass dem Kaiser dadurch, dass er Richter bestellen konnte ein enormer Einfluss verblieb.<sup>662</sup>

658 Matousek, Politik und Justiz, RZ 2001, 1.

659 *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 60.

660 *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 61.

661 *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 61.

662 *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte<sup>3</sup>, 220.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Die Grundsätze für Richter sind in der Verfassung festgeschrieben und besagen, dass Richter unversetzbare, unabsetzbare und unabhängige von Weisungen sein müssen. Weiters gilt im Rahmen des Gewaltenteilungsprinzips natürlich, dass ein Richter von den beiden anderen Gewalten unbeeinflusst agieren muss.<sup>663</sup>

Auch im Zusammenhang mit Äußerungen von Richtern zu bestimmten Verfahren kam es zu Diskussionen, ob der sich äuernde Richter nicht etwa ein politischer sei<sup>664</sup>. In jedem Fall ist zu beurteilen, ob ein Richter, der sich zu einem politisch brisanten Verfahren äußert, nicht mehr unabhängig oder im Gegenteil sogar politisch ist.

Grundsätzlich denke ich, dass es einem Richter durchaus zusteht seine Meinung zu einem Thema als Privatperson öffentlich zu präsentieren. Unzweifelhaft ist dies in manchen Situationen riskant, wenn es um zivil- oder strafrechtliche Umstände geht, und der Richter erklärt, er habe diese und jene Meinung. Die Medien werden sich auf diese Aussagen – vorausgesetzt, es handelt sich um ein „medienwirksames“ Verfahren – stürzen, die Aussagen werden in Medienberichten aus dem Zusammenhang gerissen, fehlinterpretiert oder gleich gar Befangenheit oder mangelnde Unabhängigkeit unterstellt. Und tatsächlich kann man durch eine Meinungsäußerung zu einem Verfahren ja leicht Gefahr laufen, die eigene Unabhängigkeit in Zweifel zu ziehen, da die Grenze zwischen Privatperson und Richter in den Medien oft nicht klar genug herausgestrichen wird bzw es nicht klar gemacht werden kann, dass diese Grenze auch besteht.

Dennoch würde es zu weit gehen, wenn es Richtern nicht möglich wäre, ihre Meinung zu bestimmten Dingen, häufig zu politischen Themen, kundzutun. Dies würde eine weitgehende Einschränkung des Rechtes auf Meinungsfreiheit und das Recht, diese Meinung äußern zu können bedeuten. Dabei haben Richter aber immer die Grundsätze zu bedenken, dass ein Richter nicht parteipolitisch agieren soll (wie auch in den sogenannten Salzburger Beschlüssen<sup>665</sup> festgelegt), und auch berücksichtigen, dass

---

663 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, 269.

664 vgl zB die Äußerungen von Clemens Jabloner zu Jörg Haider bzw zum Ortstafelstreit am 17.1.2007 in der ZIB 2

665 vgl Salzburger Beschlüsse von 1982, welche anlässlich des Richtertages 1982 verabschiedet wurden.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

bereits eine schlichte Meinungsäußerung als politische Handlung gesehen werden kann. Es bedeutet daher wohl eine Gratwanderung, das Recht auf Meinungsfreiheit auszuüben, ohne den Eindruck der Befangenheit zu erwecken. Es ist daher wohl durchaus legitim sich zu äußern, ohne deswegen gleich als politischer Richter bezeichnet zu werden, doch ist zweifelsohne ein beträchtliches Maß an Fingerspitzengefühl notwendig.

Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte ist daher zweifelsohne nötig, da die Bevölkerung auch über Prozesse aus jeder nur erdenklichen Richtung informiert werden soll. Gewisse Problemfälle, wie es der Streit um die Ortstafeln zum Beispiel einer ist, sollen präsent in den Medien sein, damit auch von Seiten der Öffentlichkeit ein gewisser Druck aufgebaut werden kann, für das Problem eine Lösung zu finden. Daher ist es nötig, dass Gerichte einen Weg finden, sich über bestimmte brisante Fälle objektiv und medienwirksam zu äußern, damit die Bevölkerung den Fall im Gedächtnis behalten kann, und in diesem Zusammenhang wäre es auch empfehlenswert, die Rechtsgrundlagen für den aktuellen Fall kurz und verständlich dazustellen, damit sich jeder selber ein Bild machen kann, und nicht an Aussagen von diversen Personen zu dem Fall abhängig gemacht wird. Durch die Einrichtung eines Medienspreches (wie es einen beispielsweise bereits beim VfGH<sup>666</sup> gibt) könnte diese notwendige Öffentlichkeitsarbeit geleistet werden. Dadurch würde ein Richter zwar nicht sein Recht auf Meinungsfreiheit ausüben, da ja lediglich objektiv – nicht vom Richter, jedoch von einer dem Gericht zuzurechnenden Person – über den Sachverhalt bzw die zugrunde liegende Rechtslage informiert werden würde, aber eventuell wäre die Notwendigkeit als Privatperson aufzutreten nicht mehr gegeben, wenn es objektive Stimmen in den Medien gibt, die nicht populistisch, wie das bei allen Parteien nun mal gerne der Fall ist, auftreten und informieren.

Zu Justizberichterstattung gibt es eine Studie von *Prof. Wolfgang Langenbacher* („Das Bild der Justiz in den österreichischen Medien“). Zusammengefasst ist das Ergebnis

---

<sup>666</sup> <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/mediensprecher.html>, Anhang C, Datum des letzten Logins: 17.01.2008.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

der Studie, dass zu wenig kontinuierlich berichtet wird, der Schwerpunkt der Berichterstattung auf dem Strafrecht liegt und man in 10 % der Artikeln eine Wertung finden kann (also ob das Urteil gerecht oder nicht gerecht sei). Häufiger wurden Urteile in den Medien als ungerecht denn als gerecht gewertet. Richter allgemein werden positiv bewertet während das System der Justiz insgesamt eher negativ bewertet wird.<sup>667</sup> Medienberichte sind einerseits notwendig, um gewisse Mißstände aufzuzeigen und auch um zu informieren. Auf der anderen Seite ist natürlich die Gefahr gegeben, dass Richter durch Medienberichte beeinflusst werden.<sup>668</sup>

Allgemein ist zu unterscheiden, ob es sich bei den Äußerungen zu Richtern um legitime Kritik handelt oder nicht.<sup>669</sup> Grundsätzlich ist es natürlich legitim, dass Richter kritisiert werden und diese sich zu der an ihnen geäußerten Kritik bzw zu Kritik an der Justiz äußern. Sowohl das Äußern von Kritik, ob berechtigt oder nicht, als auch das Reagieren auf diese Kritik ist natürlich im Rahmen der Meinungsfreiheit legitim. Für die Justiz ist der Umgang mit dieser Thematik jedoch wegen ihrer Funktionsweise schwierig. Aufgrund der Regelungen zur Amtsverschwiegenheit, zur Unparteilichkeit und Unbefangenheit, zum Schutz anderer Prozessparteien und Anderen sind der Justiz in der öffentlichen Diskussion oft die Hände gebunden. Wenn am Verfahren beteiligte die Justiz kritisieren ist es oft der Fall, dass die Kritik nicht sachlich ist, sondern durch persönliche Interessen beeinflusst wird.<sup>670</sup> Trotz der Tatsache, dass, wie dargelegt eben oft diese persönlichen Interessen maßgeblich für die Kritik sind, ist es aufgrund der obengenannten Gründe für einen am Verfahren beteiligten Richter ungleich schwieriger auf die Kritik zu reagieren bzw sich überhaupt zu einem Verfahren zu äußern. Denn in so einem Fall ist der Vorwurf – ob berechtigt oder nicht – der Befangenheit und mangelnden Unabhängigkeit bzw der Beeinflusbarkeit von politischen Ansichten oft unausweichbar.

---

667 *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 61.

668 *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 63.

669 *Matzka*, Für eine unabhängige Justiz! Gewaltentrennung im Dreieck Rechtssprechung, Politik und des Offenen Briefes der Richter und Staatsanwälte, RZ 2001. 30.

670 *Matzka*, Für eine unabhängige Justiz! Gewaltentrennung im Dreieck Rechtssprechung, Politik und des Offenen Briefes der Richter und Staatsanwälte, RZ 2001. 30.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Der hinter pauschaler Kritik hinsichtlich der Unabhängigkeit der Richter stehende Zweck ist die Beeinflussung der Öffentlichkeit. So soll der Eindruck entstehen, „dass die Jusitzorgane nicht nach dem Gesetz und der Sach- und Beweislage handeln, sondern zumindest objektiv amtsmissbräuchlich vorgehen.“<sup>671</sup> Durch derartige Äußerungen wird auch ein enormer psychologischer Druck auf die Richter ausgeübt. Auf der anderen Seite darf man natürlich nicht jede Kritik als von persönlichen Motiven geleitet sehen, sondern man wird zugestehen müssen, dass durchaus auch oft legitime Kritik an der Justiz geäußert wird.

Hinsichtlich der Gewaltenteilung ist die Unabhängigkeit der Richter unerlässlich. Durch die Gewaltenteilung soll sichergestellt werden, dass es sich einflussreiche und mächtige Leute nicht „richten können“, indem sie ihnen unangenehme Verfahren verhindern bzw stoppen, ihnen opportune Urteile bestellen oder sich den Richter bzw Staatsanwalt aussuchen können.<sup>672</sup>

Die Kritik, dass Richter von persönlichen Motiven geleitet werden bei ihrer Entscheidung ist durchaus nicht von der Hand zu weisen. Allerdings kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass dies eine unabhängige Urteilsfindung behindert, da man Richtern nicht pauschal unterstellen darf, dass sie diese Einstellungen als Grundlage ihres Urteiles heranziehen. Wichtig ist hiebei, dass es dem Richter gelingt, sich seiner eigenen Einstellungen bewusst zu werden, um so diesen Einflüssen, welche allenfalls im Widerspruch zu seinen Aufgaben stehen, entgegensteuern zu können. Um diese Problematik in den Griff zu bekommen eignen sich eine „differenzierte Rechtskontrolle“ sowie „umfassende Anfechtungsmöglichkeiten im Rechtsmittelverfahren“. Vor allem in Verbindung mit der Senatsgerichtsbarkeit können so unsachliche Beeinflussungen verhindert werden.<sup>673</sup>

Ich denke, dass es wohl tatsächlich nicht möglich ist, ein Urteil auszusprechen, ohne dass man die eigene Meinung, Gesinnung und die eigenen Werte berücksichtigt. Es

---

671 Matousek, Politik und Justiz, RZ 20001, 1.

672 Matzka, Für eine unabhängige Justiz! Gewaltentrennung im Dreieck Rechtssprechung, Politik und des Offenen Briefes der Richter und Staatsanwälte, RZ 2001, 29.

673 Markel, Richterethos – Unabhängigkeit, RZ 2003, 168.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

wäre jedoch ein schwerwiegender Eingriff, wenn man es Politikern überlassen würde, zu entscheiden, wann dies nicht mehr der Fall ist, und deswegen dem Richter der Fall wegen Befangenheit genommen wird. Es muss vielmehr Aufgabe der Justiz selber sein für diese Problematik eine Lösung zu finden. Denn wie dargelegt wird es nicht möglich sein, seine Gesinnung außer Acht zu lassen, dennoch denke ich, dass es in den meisten Fällen deswegen kein Problem geben wird. Eine Möglichkeit um diesem Problem zu begegnen sehe ich in einer umfassenden Ausbildung, die die angehenden Richter für diese Problematik sensibilisiert und durch Vermittlung umfassender Rechtskenntnisse die Gefahr, dass die eigenen Meinungen zu stark zur Geltung kommen reduziert. Richtern bzw angehenden Richtern muss klar gemacht werden, wie groß die Verantwortung ist, die sie tragen, und dass es deswegen unerlässlich ist, größtmögliche Unabhängigkeit zu wahren.<sup>674</sup>

Ein interessantes historisches Detail zur Rechtssprechung bei politischen Prozessen, genauer bei politischen Morden: 1921 wurde von *Emil Julius Gumbel* eine Statistik der begangenen politischen Morde seit November 1918 erstellt, die zusammengefasst aussagt, dass es in der Zeit 354 politische Morde von Rechts und 22 politische Morde von Links gegeben hat. Das interessante dabei ist nun, dass von den 22 politischen Morden von links auch 17, von den 354 rechten politischen Morden hingegen nur 1 gesühnt wurde. Eine anschließende parlamentarische Untersuchung des Justizministeriums bestätigte dieses Ergebnis! Hinsichtlich der Situation in Österreich kommt *Gerhard Botz*, Ordinarius für Zeitgeschichte an der Uni Wien auch zu dem Ergebnis, dass die Gerichte Gewaltverbrechen von links anders bewerten als solche von rechts. *Botz* kommt zu dem Schluß, dass Richter eher ein für die Straftäter günstigeres Urteil fällten, wenn sich deren Weltanschauung mit der des Richters deckte.<sup>675</sup>

Beim Thema des politischen Richters ist jedoch auch die Frage nach den

---

674 *Matzka*, Für eine unabhängige Justiz! Gewaltentrennung im Dreieck Rechtssprechung, Politik und des Offenen Briefes der Richter und Staatsanwälte, RZ 2001. 30.

675 *Huemer*, Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 63f.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Nebenbeschäftigung von Richtern, die geeignet sind, seine Unabhängigkeit in Zweifel zu ziehen, interessant.

Grundsätzlich gibt es die von der Richtervereinigung aufgestellten Regelungen, die sogenannten Salzburger Beschlüsse, um die Unabhängigkeit der Richter zu wahren. So wird festgelegt, dass zu politischen Parteien und ähnlichen Gruppen ein gewisser Abstand zu wahren ist<sup>676</sup>, weiters wird parteipolitische Intervention zwecks Beschleunigung der Karriere als verpönt angesehen<sup>677</sup>. Bei diesen Beschlüssen handelt es sich jedoch nur um Empfehlungen.<sup>678</sup>

Weiters stellt die Richtervereinigung im Hinblick auf § 63 RDG folgende Empfehlung auf: „Die Vereinigung empfiehlt daher den Richtern, während des aktiven Dienstes keiner parteipolitischen Betätigung nachzugehen und eine Mitgliedschaft bei den politischen Parteien zu meiden.“

Die relevante Bestimmung zu Nebenbeschäftigungen von Richtern findet sich im Richterdienstgesetz (RDG) und zwar in den §§ 63, 63a RDG. Dort wird festgelegt, ab wann eine Nebenbeschäftigung verboten ist.

Unzulässig sind somit Nebenbeschäftigungen, die mit der Würde des Richteramtes nicht vereinbar sind, oder gar den Richter bei der Ausübung der richterlichen Tätigkeiten behindern würden. Auch Tätigkeiten, die den Anschein der Befangenheit des Richters provozieren würden, sind verboten. Natürlich darf eine Tätigkeit auch dann nicht mehr ausgeübt werden, wenn sie so zeitintensiv ist, dass der Richter für seine Tätigkeit als solcher keine oder nur ungenügend Zeit finden würde.<sup>679</sup>

Gemäß § 63 Abs 4 RDG darf der Richter weder dem Vorstand, noch dem Aufsichtsrat noch dem Verwaltungsrat oder einem sonstigen Organ einer auf Gewinn gerichteten juristischen Person angehören. Wenn der Richter jedoch für ein anderes als der bisher genannten Organe einer juristischen Person tätig werden will, ist dies unter der Bedingung erlaubt, dass er kein Entgelt dafür erhalten darf.

---

676 Konkret heißt es dor tin dem Absatz der sich an die Richter wendet: „Die Wahrung eines Abstandes, auch zu politischen Parteien und ähnlichen Gruppierungen, ist daher eine Anforderung an den Richter zur Wahrung der Glaubwürdigkeit seiner Unabhängigkeit.“

677 Die Vereinigung betrachtet es als sittenwidrig, wenn Richter für ihre Karriere parteipolitische Interventionen, welcher Art auch immer, in Anspruch nehmen.

678 *Markel*, Richterethos – Unabhängigkeit, RZ 2003, 169.

679 vgl § 63 Abs 1 und Abs 2 RDG.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Diese Regelung ist sinnvoll va im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Richter, welche durch diese Beschränkungen weitaus leichter gewahrt werden kann.

Zur weiteren Kontrolle ist der Richter gemäß § 63 Abs 7 RDG verpflichtet alle Nebenbeschäftigungen, die erwerbsmäßig ausgeübt werden bei der Dienstbehörde bekannt zu geben. Für Nebentätigkeiten, also solche Tätigkeiten, für welche das Richteramt Voraussetzung ist, ist eine Zustimmung der Dienstbehörde einzuholen.

Hinsichtlich der Frage der Wahrung der Unabhängigkeit sei auch noch auf das Unvereinbarkeitsgesetz verwiesen. § 6a Abs 1 Unvereinbarkeitsgesetz legt fest, dass Mitglieder des Nationalrates, Bundesrates und eines Landtages, welche auch in einem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, dies binnen eines Monates nach erfolgtem Eintritt in diesen Vertretungskörper dem Präsidenten des Vertretungskörpers anzugeben haben.

§ 6a Abs 2 Unvereinbarkeitsgesetz legt fest, dass Richtern die Ausübung der dienstlichen Aufgaben untersagt ist, „es sei denn der Ausschuß beschließt im Einzelfall, dass eine weitere Ausübung zulässig ist, weil ungeachtet der Mitgliedschaft im Vertretungskörper auf Grund der im Einzelfall obliegenden Aufgaben eine objektive und unbeeinflusste Amtsführung gewährleistet ist.“<sup>680</sup>

Darüber entscheidet im Einzelfall der Unvereinbarkeitsausschuss.

In den USA gibt es zur Wahrung der Richterlichen Unabhängigkeit den sogenannten Code of Conduct for United States Judges der Judicial Conference<sup>681</sup>. Diese Konferenz setzt sich aus 27 Bundesrichtern zusammen. Insgesamt wurden von dieser Konferenz 7 Richtlinien, sogenannte Kanones erlassen. Der erste dieser Kanones lautet: „Der Richter hat die Integrität und Unabhängigkeit der Rechtsprechung zu wahren.“<sup>682</sup> Der zweite Kanon fordert auf, kein ungebührliches Verhalten zu setzen<sup>683</sup>, der dritte hält die

---

680 § 6 Abs 2 Unvereinbarkeitsgesetz.

681 <http://www.uscourts.gov/guide/vol2/ch1.html>, Datum des letzten Logins: 21.11.2008.

682 *Markel*, Richterethos – Unabhängigkeit, RZ 2003, 167; Canon 1: A Judge Should Uphold the Integrity and Independence of the Judiciary.

683 Canon 2: A Judge Should Avoid Impropriety and the Appearance of Impropriety in All Activities.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Richter an, unparteiisch und gewissenhaft zu arbeiten<sup>684</sup>. Im vierten<sup>685</sup> und fünften<sup>686</sup> Kanon werden außergerichtliche Tätigkeiten angesprochen, solche sollen nur dann ausgeübt werden, wenn dadurch kein Konflikt zu den Aufgaben als Richter auftritt. Durch den sechsten Kanon<sup>687</sup> wird ein Richter verpflichtet über Entgelt, dass er für allfällige zulässige außergerichtliche Tätigkeiten erhält regelmässig zu berichten. Im siebten Kanon<sup>688</sup> schließlich wird festgelegt, dass politische Aktivitäten nicht mit dem Richteramt vereinbar sind. „Zur zuletzt genannten Regel wird erläutert, dass ein Richter nicht als Amtsträger einer politischen Organisation tätig werden, keine Reden für eine solche oder deren Kandidaten halten und solche weder unterstützen noch bekämpfen darf. Er darf nicht um Mittel werben, eine Umlage oder sonst einen Beitrag an eine politische Organisation oder einen Kandidaten leisten und nicht an politischen Zusammenkünften teilnehmen. Der Richter hat aus dem Amt zu scheiden, wenn er als Kandidat für irgendein öffentliches Amt auftritt.“<sup>689</sup> In Österreich gibt es die bereits erwähnten Salzburger Beschlüsse, die eben dazu auffordern keinerlei parteipolitischer Arbeit nachzugehen. Weiters findet sich in § 57 Abs 1 RDG die Bestimmung, dass sich der Richter unter anderem unparteiisch seinen Pflichten zu widmen hat.

Zur Frage, wie Richter diese Probleme sehen, gibt es eine Untersuchung, die unter der Leitung von *Anton Pelinka* durchgeführt wurde und deren Ergebnisse unter dem Titel „Richterinnen und Richter in Österreich – eine justizsoziologische Untersuchung“ zusammengefasst wurden.<sup>690</sup> Befragt wurden Richter aus dem OLG Sprengel Wien und Innsbruck; ausgewählt wurden diese nach folgenden Kriterien: Alter, Geschlecht, Tätigkeit. Generell sind sich Richter und Richterinnen der Bedeutung der Unabhängigkeit und der Vermeidung der Einflussnahme von außen wohl bewusst. Unabhängigkeit und parteipolitische Distanz werden großgeschrieben (die Salzburger

---

684 Canon 3: A Judge Should Perform the Duties of the Office Impartially and Diligently.

685 Canon 4: A Judge May Engage in Extra-Judicial Activities To Improve the Law, the Legal System, and the Administration of Justice.

686 Canon 5: A Judge Should Regulate Extra-Judicial Activities To Minimize the Risk of Conflict with Judicial Duties.

687 Canon 6: A Judge Should Regularly File Reports of Compensation Received for Law-Related and Extra-Judicial Activities.

688 Canon 7: A Judge Should Refrain from Political Activity.

689 *Markel*, Richterethos – Unabhängigkeit, RZ 2003, 167.

690 <http://www.richtervereinigung.at/richterschaft/intro01.htm>, Datum des letzten Logins: 31.05.2009.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Beschlüsse werden in einem hohen Maß akzeptiert), Objektivität und Unabhängigkeit setzen die österreichischen Richter voraus. Die potentielle Einflussnahme durch Medien oder übergeordnete Instanzen wird als nicht relevante Gefahr der Einflussnahme gesehen.<sup>691</sup>

#### 4. Auf dem Weg zum Richterstaat?

Durch die Einrichtung von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshöfen ist für manche klar: Der Weg zum Richterstaat wurde bereits eingeschlagen. Denn die Einrichtung des Verwaltungsgerichtshofes bedeutet einen Machtzuwachs für Richter<sup>692</sup>. Dem Bürger wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, sich gegen staatliches Handeln zu wehren und mittels Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eine Verletzung von subjektiven Rechten geltend zu machen. Die Einrichtung des Verwaltungsgerichtshofes ist weiters nötig, um zu überprüfen, ob der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung eingehalten wird.

Noch weiter geht diese Entwicklung hin zum sogenannten Richterstaat durch die Einrichtung des Verfassungsgerichtshofes. Somit wird auch der Gesetzgeber überprüft, denn man kann nicht nur Bescheide wegen Verletzung der Grundrechte an den VfGH herantragen, sondern es kann auch ein Gesetz durch diesen geprüft und unter Umständen sogar aufgehoben werden. Der VfGH richtet sich bei dieser Überprüfung danach, ob die Gesetze verfassungskonform sind.<sup>693</sup> Richter werden auch als „Hüter der Verfassung“ bezeichnet und greifen durch ihre Berufsausübung auch unmittelbar in die Politik ein und sie nehmen an der „Führung des Staates“ teil. Darüberhinaus schaffen Richter durch ihre Rechtsauslegung im Rahmen der Entscheidungsfindung Richtlinien, an welche sowohl die Regierung als auch das Parlament gebunden sind. Richter sind jedoch „kein demokratisch verantwortliches Organ“ und sie müssen

---

691 *Markel*, Richterethos – Unabhängigkeit, RZ 2003, 169.

692 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters, in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 37.

693 *Drath*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 9, 51, 112ff; *Kimminich*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 64.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

wegen ihrer Entscheidungen keine politische Rechenschaft ablegen.<sup>694</sup>

Ein weiterer Punkt, der dazu beiträgt, dass Richter immer mehr gefordert werden, ist „die Beschleunigung des sozialen Wandels [...], die Kluft zwischen obsoletem Gesetz und neuen gesellschaftlichen Bedürfnissen, Ansprüchen sowie Interessen“<sup>695</sup>, sowie auch die Tatsache, dass sich die Erkenntnis, dass der Gesetzgeber nicht alle denkbaren Fälle regeln kann, durchgesetzt hat. Diese Entwicklung eröffnet dem Richter weitere Möglichkeiten gewissermaßen gesetzgeberisch aufzutreten. Auch die Tatsache, dass immer mehr Bereiche geregelt werden (zB weil man erst jetzt die Notwendigkeit erkennt, wie im Umweltschutzbereich oder weil es neue technische Entwicklungen gibt, die eine Regelung notwendig machen) in Verbindung mit der Tatsache, dass der Gesetzgeber immer mehr Gesetze schafft, die sozusagen erst durch die Rechtsprechung ausgelegt werden machen die Tätigkeit der Richter umso wichtiger und bekommen diese mehr Einfluss.<sup>696</sup>

In der Literatur wurden verschiedene Meinungen zu dieser Entwicklung hin zum Richterstaat (so es diese tatsächlich gibt) vertreten.

*Jost Delbrück* vertritt die Meinung, dass diese Entwicklung eine Konsequenz davon ist, dass sich der Gesetzgeber immer mehr vor seiner Verantwortung drückt, was gewissermaßen zu einer Unregierbarkeit führt. Erklären kann man sich diesen Rückzug des Gesetzgebers damit, dass Politiker nun mal auf Wiederwahl aus sind, weswegen man bestimmte unpopuläre Entscheidungen nicht treffen will bzw wenn man sie trifft, eine genaue Auslegung den Richtern überlässt, und die gesetzliche Norm nur schwammig formuliert wurde.<sup>697</sup> Dies würde zB auch erklären, warum der österreichische Gesetzgeber bisher keine konkrete Regelung zur kontroversiell diskutierten Thematik der wrongfule birth getroffen hat.

*Kaltenbrunner* verweist auch auf die Weigerung des Supreme Court, darüber zu

---

694 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters, in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 39f.

695 *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 342.

696 *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 342.

697 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters, in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 41.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

entscheiden ob der Vietnamkrieg, welcher ja aus völkerrechtlicher Sicht niemals erklärt wurde, rechtmäßig war oder nicht. Dies mit der Begründung, dass dies nicht Aufgabe des Supreme Court sei, sondern vielmehr eine Aufgabe des Kongresses. Es ist jedoch keineswegs eine neue Entwicklung, dass man den Rückzug des Gesetzgebers und das Kommen des Richterstaates sieht.<sup>698</sup> Bereits im Jahr 1958 hat *Franz Wieacker*<sup>699</sup> attestiert, dass es zu einer Abdankung des Gesetzgebers gekommen sei und an die Stelle des Gesetzgebers ein „sozial gestaltenden Richter“ getreten sei und dass damit der Gesetzgeber jedoch den Richtern eine „schlimme und undankbare Last“ überlassen hat.

*René Marcic*<sup>700</sup> vertrat die Meinung, dass es eine Entwicklung hin auf die „Gestalt des Richters“ gebe und dass es, um die politische Freiheit zu sichern, eine Entwicklung vom Gesetzes- und Verwaltungsstaat hin zu einem Richter- und Rechtsprechungsstaat geben müsse. *Marcic*, der unter den Verbrechen totalitärer Regime lebte, war der Ansicht, dass eine richterliche Entscheidung nach jedem staatlichen Handeln, so auch dem Entstehen von Gesetzen stehen muss. Diese Auffassung fasste er in dem Satz „die politischen Formen bewegen sich auf die Gestalt des Richters zu“<sup>701</sup> zusammen. Er sieht in diesen richterlichen Entscheidungen jedoch keine unzulässige Machterweiterung durch die Richter, sondern dies stellt eine Korrektur eines gesetzlichen Unrechtes dar. Der Richter ist nämlich nicht auf eine Sichtweise konzentriert, sondern beleuchtet einen Fall von allen möglichen Seiten und bildet sich daraufhin eine Meinung. *Marcic* zeichnet das Bild eines idealen Richters.<sup>702</sup>

*Max Imboden*<sup>703</sup> unterstellt dem Richter gewissermaßen oppositionelle Eigenschaften. Für Richter wäre es aufgrund der gegebenen politischen Situation notwendig sich zu einer „Gegenkraft des Politischen“ zu entwickeln. Als Sinnbild jeglicher Gerechtigkeitsgedanken stehen Richter den anderen Gewalten gegenüber. Die anderen Gewalten würden in der heutigen Zeit immer mehr nur mehr auf „Nützlichkeitsziele“

---

698 *Kaltenbrunner*, Die Stunde des Richters, in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 41.

699 *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 5.

700 *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 241.

701 *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 241

702 *Mock*, Richter machen Politik in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 170f.

703 *Imboden*, Staat und Recht, 123.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

hinarbeiten, während Richter nach wie vor den Rechtswerten verschrieben wären. *Fritz Werner*<sup>704</sup>, der jahrelang der Präsident des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes war, äußert sich dahingehend, dass er eine Renaissance der Gesetzgebung als notwendig erachtet, da die Etablierung eines Richterstaates ansonsten unausweichlich sei. In dieser Entwicklung sähe er jedoch keinen Fortschritt sondern würde dies maximal eine Notlösung darstellen.

Das Richteramt sei zu allen Zeiten ein schwieriges gewesen und würde es bei einer Entwicklung hin zum Richterstaat ein noch schwierigeres werden, dies vor allem deswegen, da es dann auch einen politischen Bereich mitumfassen würde. Bei einem Richterstaat sei es nämlich unumgänglich, dass der Richter Aufgaben des Gesetzgebers wahrnimmt. Dadurch würden Richter aber in eine politische Rolle gedrängt.<sup>705</sup>

Das bereits oben angesprochene Problem des politischen Richters im Zusammenhang mit der Entwicklung zum Richterstaat wirft die folgende Frage auf: Drängt diese Entwicklung hin zum sogenannten Richterstaat die Richter in eine politische Rolle? Diese Frage ist zu bejahen. Es ist noch nicht politisch, wenn ein Richter lediglich über einen Fall entscheiden muss, der einen politischen Hintergrund hat. Ein politischer Hintergrund alleine wird wohl nicht reichen, aber die Entwicklung, dass man immer mehr an Auslegung und Interpretation den Richter überlässt hat wohl unweigerlich zur Folge, dass auch vermehrt Fälle an die Gerichte herangetragen werden, die einen politischen Hintergrund haben bzw. die den Richter dazu zwingen Aufgaben wahrzunehmen, die eigentlich dem Gesetzgeber obliegen. Dies deswegen, da sich der Gesetzgeber immer mehr zurückzieht, und dann natürlich auch politisch relevante Themen nicht genau gesetzlich geregelt werden. Auch eine Form des Rückzuges des Gesetzgebers ist es eben, wenn er zwar eine Regelung trifft, jedoch bewusst schwammig formuliert.<sup>706</sup>

---

704 Werner, Das Problem des Richterstaates, 24f.

705 Werner, Das Problem des Richterstaates, 24f.

706 Spielbüchler, Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 342; Kaltenbrunner, Die Stunde des Richters, in Kaltenbrunner (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 7ff.

## 5. Die Verfassungsgerichtsbarkeit

Vor der Einrichtung des Verfassungsgerichtshofes gab es das Reichsgericht. Eingerichtet wurde dieses bereits im Jahre 1867. Man findet bereits dort einige „institutionelle Besonderheiten“ die dann auch beim Verfassungsgerichtshof wiederzufinden sind.

Weiters gab es den Staatsgerichtshof, der über „strafrechtliche Anklagen gegen Minister“ und über Anklagen, die von Abgeordneten des Reichsrates gegen Minister erhoben wurden, zu entscheiden hatte. Dieser Staatsgerichtshof ist jedoch nie tätig geworden.<sup>707</sup>

Die Kompetenzen des Reichsgerichtes und des Staatsgerichtshofes wurden dann 1919 dem deutsch-österreichischen Verfassungsgerichtshof übertragen. Erstmals bestand auch die Möglichkeit Gesetze, konkret „Gesetzesbeschlüsse einer Landesversammlung auf Antrag der Staatsregierung“ zu prüfen. 1920 wiederum wurden diese Kompetenzen in erweiterter Form durch die Bundesverfassung schlussendlich auf den Verfassungsgerichtshof übertragen.<sup>708</sup>

Weiters gab es die folgenden Neuerungen:<sup>709</sup>

- Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen auf Antrag einer Landesregierung;
- Die Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung;
- Die Prüfung von Bundes- und Landesgesetzen im amtswegigen Prüfungsverfahren;
- Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Wahlen;
- Die Entscheidung über Völkerrechtsverletzungen.

---

707 <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html>, Anhang D, Datum des letzten Logins: 13.08.2008.

708 *Ermacora*, Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, 144.

709 <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html>, Anhang D, Datum des letzten Logins: 13.08.2008.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Weiters wurden noch Regelungen zur staatsrechtlichen Verantwortlichkeit der obersten Organe eingefügt. Zusammengefasst kann man sagen, dass die Bestimmungen, die damals auf den VfGH übertragen wurden mit denen ident sind, die auch heute noch dem VfGH zukommen.<sup>710</sup>

Richtig durchgesetzt – nicht nur auf Österreich bezogen – hat sich die Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch erst nach dem Zweiten Weltkrieg, als Reaktion auf die totalitären Regime dieser Zeit.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist „unmittelbar auf dem Feld der Politik“<sup>711</sup> tätig. Man muss auch „zur Kenntnis nehmen, dass Höchstrichter und vor allem Verfassungsrichter am politischen Prozess teilhaben müssen, wenn sie nicht zu bloßen Automaten des politischen Wandels werden wollen.“<sup>712</sup>

Immer wieder wird der Vorwurf laut, dass Verfassungsgerichte eine Art Nebenregierung bilden würden.<sup>713</sup> Mock sieht einen Grund für diesen Vorwurf in der derzeitigen Art und Weise wie Gesetze geschaffen werden. Zum einen ist man in der heutigen Zeit einer wahren Gesetzesflut ausgesetzt, wobei viele den Gesetzen ihre gute Qualität absprechen. Wäre diese Flut lediglich auf eine gesellschaftliche Notwendigkeit zurückzuführen, könnte man wohl Möglichkeiten finden, die Anzahl zu reduzieren. Das Problem ist eine Unfähigkeit einen Konsens zu finden bzw. wird dieser gar nicht mehr gesucht. Die Mehrheit drückt ihre Gesetzesvorhaben durch, ohne die Meinung der Minderheit zu berücksichtigen, was die Minderheit, die Opposition, dazu veranlasst, die Gesetze auf Verfassungswidrigkeit hin zu untersuchen, und die diesbezüglichen Bedenken in Form einer Beschwerde an den VfGH heranzutragen. Zum anderen sieht Mock eine Ursache im Stil der Verfassungsgerichte. Er vergleicht dazu das deutschen Bundesverfassungsgericht mit dem österreichischen Verfassungsgerichtshof und stellt eingangs fest, dass das deutsche Verfassungsgericht

---

710 <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html>, Anhang D, Datum des letzten Logins: 13.08.2008.

711 Mock, Richter machen Politik in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 174f.

712 Mock, Richter machen Politik in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 174f.

713 Kimminich, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 64.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

weit mehr Kompetenzen hat, als der österreichische VfGH. Dies lässt sich mit dem Nationalsozialismus erklären (der Bundesverfassungsgerichtshof stellt eine Reaktion auf das NS-Regime dar).

Einen weiteren Unterschied sieht *Mock* darin, dass sich Verfassungsrichter in Österreich „mit allem Nachdruck für die strengste Einhaltung der positivrechtlich gesetzten Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit“<sup>714</sup> einsetzen. Gesetzgeberisch oder auch nur rechtsschöpferisch tätig zu werden wird vom VfGH ebenso wie das Überschreiten der Kompetenzen und eine mögliche Gestaltung der Rechtsordnung durch ihre Entscheidungen abgelehnt.

Das Bundesverfassungsgericht in Deutschland vertritt hiebei eine andere Position: So sieht der Bundesverfassungsgerichtshof es als seine Aufgabe an „den Sinngehalt und die Tragweite der Grundrechte verbindlich abzustecken.“<sup>715</sup> Zu dieser Einschätzung ist hinzuzufügen, dass auch in Österreich die Auslegung und Anwendung der Grundrechte hauptsächlich durch Höchstgerichte, wie eben den VfGH aber auch den OGH und EGMR vorgenommen wird.<sup>716</sup>

Weiters sieht es das Bundesverfassungsgericht als sein Aufgabengebiet an, diverse Prinzipien (Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip) zu konkretisieren. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits „zu Beginn seiner Tätigkeit, nämlich im Südweststaatsurteil vom 23. Oktober 1951 festgelegt, dass dem Recht überpositive Rechtsgrundsätze vorausliegen. Diese Judikatur wurde in der Folge erweitert und vertieft.“<sup>717</sup>

Der österreichische Verfassungsgerichtshof sieht sich in erster Linie als Hüter der Verfassung, ist jedoch auch für Grundrechtsverletzungen zuständig sowie für die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht wird als Hüter der Verfassung bezeichnet.<sup>718</sup>

Weiters führt *Mock* die Art und Weise wie die Verfassungsgerichte ihre

---

714 *Mock*, Richter machen Politik in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 177.

715 *Mock*, Richter machen Politik in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 177.

716 *Berka*, Die Grundrechte, 69.

717 *Mock*, Richter machen Politik in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 177.

718 *Kimminich*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 72.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Entscheidungen begründen bzw den Umfang der Begründung einer Entscheidung als Unterschied an. Demnach sind Entscheidungen des VfGH in aller Kürze, wohingegen die Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichtes schon an wissenschaftliche Arbeiten erinnern. Die Gefahr bei derart langen Begründungen kann man wohl darin sehen, dass man diese als Empfehlungen an den Gesetzgeber auffasst. Aber auch kommt es aufgrund derartig aufwändiger Entscheidungsbegründungen zu unverhältnismäßig langen Verfahrenszeiten. Eine Gefahr in der Österreichischen Arbeitsweise ist auch gegeben: Durch „Selbstbeschränkung“ und „Zurückhaltung“ kommt der VfGH eher zu dem Schluss, dass die Akte des Gesetzgebers verfassungskonform sind.<sup>719</sup>

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ging mehr oder weniger Hand in Hand mit der Entstehung der ersten Verfassung und dem Niederschreiben von Menschenrechten. Die Verfassung, die am meisten Einfluss auf diese Entwicklung hatte, war die Verfassung der Vereinigten Staaten von 1789. Mit dieser Verfassung kam auch die Idee auf, dass man politisches Handeln daraufhin überprüfen können muss, ob es denn überhaupt rechtmäßig wäre. Deswegen wurde mit der Verfassung von 1789 auch der Supreme Court eingerichtet. Ursprünglich sollte dieser jedoch lediglich bei auftretenden Unstimmigkeiten zwischen Bund und Einzelstaaten darauf achten, dass es zu keiner Verletzung der Verfassung kommt. In der weiteren Entwicklung dehnte der Supreme Court diese Kontrollfunktion auch auf Handlungen der Bundesorgane aus. Ein Hauptaugenmerk lag bei der Frage, ob auch Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden könnten. Dies wurde bejaht und es kam im Fall *Marbury vs Madison* zum ersten Mal zu einer derartigen Prüfung.<sup>720</sup>

Dieses Recht des Supreme Court auch Gesetze dahingehend zu prüfen, ob sie verfassungskonform sind ist als „judicial review“ bekannt.<sup>721</sup> Somit wurde klar gestellt, dass auch der Gesetzgeber unter der Verfassung steht und dass es auch eine diesbezügliche gerichtliche Kontrolle gibt.

---

719 Mock, Richter machen Politik in Kaltenbrunner (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 178.

720 Hartmann/Meyer/Oldopp, Geschichte der politischen Ideen, 126.

721 Hamilton, An das Volk des Staates New York, Nr 78 in Hamilton/Madison/Jay, Die Federalist Papers, 454ff.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Allgemein hat der Supreme Court in den USA eine große Bedeutung, da er auch Anpassungen auf aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen durch seine Rechtsprechung vornimmt, da eine Änderung der Verfassung sehr schwer durchführbar ist.<sup>722</sup>

Grundsätzlich gilt, dass der VfGH einfache gesetzliche Gesetze auf ihre Verfassungskonformität hin prüft. Doch im Jahr 2001 hob der VfGH auch § 126 a Bundesvergabegesetz auf, obwohl dieses Gesetz in Verfassungsrang gehoben worden war.<sup>723</sup> Dies wurde mit einem Verstoß gegen das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip begründet.

§ 126 a BvergG lautete: „(Verfassungsbestimmung) Die am 1. Jänner 2001 in Geltung stehenden landesgesetzlichen Bestimmungen betreffend die Organisation und Zuständigkeit von Organen denen der Rechtsschutz hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Aufträge obliegt, gelten als nicht bundesverfassungswidrig.“<sup>724</sup>

Mit der Novelle von 2000 wurde auch beim § 99 Abs 2 BvergG eine Ergänzung vorgenommen: „Das Bundesvergabeamt übt seine Befugnisse auch gegenüber den in Art 19 B-VG bezeichneten obersten Organen der Vollziehung des Bundes aus.“

Auch die Bestimmung des § 99 Abs 2 BvergG wird in der Entscheidung des VfGH bewertet und mit § 126a BvergG verglichen, jedoch wird diese als nicht verfassungswidrig bewertet.

Anlässlich einer Beschwerde gegen einen Bescheid des Vergabekontrollenats des Landes Salzburg beschloss der VfGH, auch die Bestimmung des §126 a BvergG auf Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen. Der VfGH sah im Salzburger Vergabegesetz (SvergG)<sup>725</sup> ein Problem darin, dass die Gesetzesstelle so auszulegen sei, dass der Vergabekontrollenat auch Vergabeentscheidungen der obersten Organe der

---

722 Mock, Richter machen Politik in Kaltenbrunner (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 173; Pelinka, Grundzüge der Politikwissenschaft<sup>2</sup>, 55.

723 VfSlg 16327.

724 BvergG-Novelle BGBI I 125/2000.

725 § 1 Abs 1 Z 1 Landesvergabegesetz lautete ab 01.07.2000: (1) Dieses Gesetz gilt für die Vergabe von Aufträgen durch folgende Auftraggeber: 1. das Land, die Gemeinden, die Gemeindeverbände.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Vollziehung kontrollieren könnte. Deswegen wurde ein amtswegiges Gesetzesprüfungsverfahren zu § 1 Abs 1 Z 1 SVergG eingeleitet. „Die in Prüfung genommene Bestimmung dürfte den Vergabekontrollenat (VKS) und damit eine Verwaltungsbehörde zur Kontrolle von Entscheidungen auch der obersten Organe der Landesverwaltung berufen.“<sup>726</sup>

§ 126 a BvergG trat mit 1. Jänner 2001 in Kraft und sollte bereits mit 31. August 2002 wieder außer Kraft treten.

Der VfGH kam, unter Verweis auf ältere Entscheidungen<sup>727</sup> zu dem Schluss, dass beim SVergG eine verfassungswidrige Kontrolle oberster Organe durch den Vergabekontrollenat, welcher als kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag eingestuft wird, stattfindet: „Es sei verfassungsrechtlich unzulässig, kollegiale Verwaltungsbehörden einem obersten Organ der Vollziehung überzuordnen“ und „einer solchen Überordnung komme es gleich, wenn eine Verwaltungsbehörde mit der Kompetenz ausgestattet ist, Entscheidungen oberster Organe nachprüfend zu kontrollieren und sie im Fall ihrer Rechtswidrigkeit zu beheben.“<sup>728</sup> Da dies in dem Fall gegeben ist, ist die Bestimmung im SVergG verfassungswidrig (bzw lediglich die Wortfolge „das Land“ in § 1 Abs 1 Z 1 SVergG).

Der VfGH hatte wegen der Bestimmung des § 126 a BVergG Bedenken, „dass die in Prüfung gezogene Verfassungsbestimmung des § 126 a BVergG offenkundig bewirken solle, alle landesgesetzlichen Regelungen über die Einrichtung und Aufgaben der Vergabekontrolle in umfassender Weise von bundesverfassungsrechtlichen Bindungen freizustellen, mit anderen Worten, dass die Bundesverfassung auf derartige Bestimmungen überhaupt nicht Anwendung zu finden habe.“<sup>729</sup>

Der VfGH kommt jedenfalls zu dem Schluss, dass die Bestimmung verfassungswidrig ist, und dass man diese Bestimmung (§ 126 a BVergG) nicht mit § 99 Abs 2 BVergG verleichen könne, da § 126 a BVergG viel weiter formuliert wäre. Ziel des § 126 a BVergG sei es, die Vergabekontrolleinrichtungen der Länder verfassungsrechtlich

---

726 VfSlg 16327.

727 VfSlg 15.578/1999, 8917/1980, 9164/1981, 9476/1982, 12.220/1989, 13.626/1993.

728 VfSlg 16327.

729 VfSlg 16327.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

abzusichern. Die Bestimmung soll „in einem umfassenderen Sinn von verfassungsrechtlichen Bindungen freizeichnen“<sup>730</sup>. Ein Problem welches sich dadurch auftut, ist die Tatsache, dass Grundrechtsverletzungen als saniert betrachtet werden könnten, und ein Vorgehen gegen diese eben nicht mehr in Frage käme. Es wird ein gewisser Stand der zu einem bestimmten Zeitpunkt giltet als nicht verfassungswidrig eingestuft, unabhängig von einer tatsächlich erfolgten rechtlichen Prüfung. Vielmehr soll eine derartige rechtliche Überprüfung von vornherein verhindert werden.

Diese Bestimmung verstößt somit gegen die Baugesetze der Verfassung, nämlich das demokratische und das rechtsstaatliche Prinzip. Es kann dem einfachen Verfassungsgesetzgeber nämlich nicht gestattet werden, dass er die Bundesverfassung, wenn auch nur einen Teilbereich der Rechtsordnung betreffend, hinsichtlich ihrer Wirkung suspendiert.<sup>731</sup> Die Tatsache, dass der einfache Verfassungsgesetzgeber für Teile der Rechtsordnung die Verfassung nicht suspendieren kann, gehört zum „Kernbestand des Verfassungsrechts“<sup>732</sup>.

Der VfGH spricht dazu aus, dass das rechtsstaatliche Prinzip verletzt wird, wenn die Verfassung für einen rechtlichen Teilbereich vom einfachen Gesetzgeber nicht mehr als Maßstab herangezogen wird. Darüber hinaus bedeutet es auch eine Verletzung des demokratischen Prinzips, wenn es dem einfachen Gesetzgeber zustünde „die Verfassung als Zwangsnormerzeugungsregel“ für einen Teilbereich nicht zu berücksichtigen. Dies würde nämlich bedeuten, dass der einfache Gesetzgeber dem Volk den ihm zukommenden Teil der verfassungsgebenden Gewalt entzieht.<sup>733</sup>

Ein Grund warum es in letzter Zeit häufig zu Verfassungsgesetzen kommt, ist der, dass die Legislative so verhindern will, dass die Bestimmungen vom Verfassungsgerichtshof geprüft und aufgehoben werden können. Diese Methode ist an und für sich zulässig, und die einzige Grenze die sich hier findet, sind die Baugesetze der Verfassung.<sup>734</sup>

---

730 VfSlg 16327.

731 VfSlg 16327.

732 VfSlg 16327.

733 VfSlg 16327.

734 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup>, 199.

#### IV. Ausgewählte Fragen zur Gewaltenteilung

Zusammengefasst ist daher zu sagen, dass der Verfassungsgerichtshof als Hüter der Verfassung gesehen wird. Es gibt Stimmen, die durch die Einrichtung des VfGH eine Entwicklung hin zum Richterstaat sehen. Die wichtigste Aufgabe des VfGH ist es, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen, er kann mitunter auch Gesetze, die in Verfassungsrang gehoben wurden wegen Verstoßes gegen ein Baugesetz der Verfassung aufheben. Jedoch betont *Kimminich*<sup>735</sup>, dass in freiheitlich-demokratischen Rechtsstaaten ein Verfassungsgericht unabdingbar ist, und ihm eine wichtige Funktion zukommt.

### V. RESÜMEE

Zusammenfassend ist auszuführen, dass es bereits sehr früh recht konkrete Überlegungen hinsichtlich der Umsetzung der Gewaltenteilung im Staat gab. Wichtig für die Auseinandersetzung mit dieser Thematik sind die Thesen von Montesquieu, wonach es eine Dreiteilung der Macht in Exekutive, Legislative und Judikative geben müsse, um eben die Macht zu beschränken und eine gegenseitige Kontrolle der einzelnen Funktionen im Staat zu erreichen. Der Begriff der Gewaltenteilung ist jedoch vielschichtiger und umfassender als nur diese „klassische“ Dreiteilung der Gewalten und umfasst noch unzählige weitere Aspekte. Kernidee bei all den unterschiedlichen System der Gewaltenteilung ist jedoch die Machtbegrenzung, um dadurch möglichst effektiv die Freiheit und auch die Demokratie zu wahren.

Auch in Österreich gibt es das Prinzip der Gewaltenteilung. Dieses Prinzip ist eines der Bauprinzipien der Bundesverfassung. Faktisch kommt es zu einer Teilung der Macht in Österreich, auch wenn nur in Art 94 B-VG konkret die Rede von der Teilung der Gewalten ist. Art 94 B-VG regelt die Trennung der Justiz von der Verwaltung.

Das Thema der Gewaltenteilung ist eines welches bereits sehr umfassend in der Wissenschaft behandelt wurde, und dennoch ergeben sich immer noch Fragen, die die Gewaltenteilung betreffen und einer Lösung bedürfen. Eine Frage, die umfassend diskutiert wird, betrifft die neue Gewaltenteilung, die sich aus den tatsächlichen

---

<sup>735</sup> *Kimminich*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in *Kaltenbrunner* (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, 72.

## V. Resümee

Gegebenheiten, wie sie in parlamentarischen Systemen vorherrschen, ergibt. Gemeint ist damit, dass die Kontrollfunktion der Opposition zukommt, die als Gegenpart zur den Parteien im Parlament auftritt, die auch in der Regierung vertreten sind.

Die Frage der sukzessiven Zuständigkeit wurde hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Gewaltenteilung lange diskutiert, doch ist mittlerweile durch den VfGH geklärt, dass die sukzessive Zusätzlichkeit mit dem Prinzip der Gewaltenteilung vereinbar ist, sofern bestimmte, vom VfGH genannte Kriterien, eingehalten werden. Dennoch gibt es auch in diesem Bereich noch offene Fragen, hinsichtlich der genauen Ausgestaltung, so zum Beispiel im Wasserrechtsgesetz.

Ein weiteres sehr aktuelles Thema im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung ist die Entwicklung, dass der Gesetzgeber immer öfter bei bestimmten Themen keine eindeutige Regelung trifft, wodurch die Judikative, genauer die Richter, gezwungen werden eine Lösung zu finden, da sie im Zuge ihrer Tätigkeit eben mit diesen Problemen konfrontiert werden. Die Thematik des politischen Richters sowie die Entwicklung hin zum sogenannten Richterstaat tauchen in diesem Zusammenhang auf.

## Anhänge

### **ANHÄNGE**

#### **Anhang A**

21.10.2006 - Meinung / Gastkommentare

Georg Alexander Negwer: Die Grenzen der Juristerei

Zwei Senate des OGH setzen sich eingehend und sorgfältig mit sämtlichen Gesichtspunkten der Problematik "wrongful birth" auseinander und kommen zu konträren Ergebnissen.

Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat innerhalb weniger Monate in ähnlich gelagerten Sachverhalten zwei völlig konträre Entscheidungen zum Thema "wrongful birth" getroffen. Erinnerlich ist noch die Entscheidung vom 7. 3. 2006 (5. Senat), in welcher den Eltern eines behindert geborenen Kindes der gesamte Kindesunterhalt zugesprochen wurde. Der sorgfaltswidrig handelnde Gynäkologe bzw. dessen Versicherung muss zahlen.

Im aktuellen Fall vom 14. 9. 2006 (6. Senat) geht es um ein gesund geborenes Kind. Der Vater, bereits mit drei Kindern gesegnet, entschied sich zu einer Vasektomie, welche allerdings nicht erfolgreich war, sodass er schließlich Vater eines vierten - gesunden - Kindes wurde. In diesem Fall lehnte der OGH die Haftung des durchführenden Arztes ab. Wie bereits im leading case, SZ 72/91, aus dem Jahr 1999 ausgesprochen, bedeutet die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes, keinen Schaden im Rechtssinne.

Natürlich sind die geschilderten Fälle nicht ident, doch sind die Gemeinsamkeiten auffallend. In beiden Fällen wurde ein Kind auf die Welt gebracht, dessen Geburt nach dem Willen der Eltern und bei ordnungsgemäßem Verhalten des Arztes unterblieben wäre. Der Unterschied scheint im Wesentlichen darin zu liegen, dass es sich einmal um die Geburt eines gesunden, im anderen Fall um die Geburt eines behinderten Kindes handelt.

Diese Ungleichbehandlung grundsätzlich gleich gelagerter Sachverhalte wirft Überlegungen auf, die über die konkreten Einzelfälle hinausgehen. Es stellt sich nämlich die Frage, ob der OGH bzw. die österreichischen Gerichte überhaupt zur Entscheidung über derartige Rechtsprobleme berufen sein sollen. Man kann dem OGH nicht vorwerfen, dass er sich nicht eingehend mit der Materie auseinandergesetzt hat. Die Entscheidungen sind von hoher juristischer Qualität. Insbesondere die jüngere Entscheidung zeigt, dass sich das Gericht nicht bloß mit der österreichischen und deutschen Judikatur auseinander gesetzt hat, sondern mit zahlreicher Literatur aus dem In- und Ausland.

Zwei Senate des OGH setzen sich also eingehend und sorgfältig mit sämtlichen Gesichtspunkten der Problematik "wrongful birth" auseinander und kommen zu konträren Ergebnissen. Könnte es sein, dass hier Grenzen überschritten wurden, welche von der Rechtsprechung nicht zu überschreiten sind? Anders gefragt: Wieso lässt der Gesetzgeber hier Rechtsuchende und Rechtsprechende im Regen stehen, ohne von seiner ureigensten Kompetenz Gebrauch zu machen, nämlich den Rechtsanwendern generell abstrakte Normen in einem rechtssicheren Raum zur Verfügung zu stellen?

Aufgabe der Gerichte ist die fallspezifische Ausgestaltung des vom Gesetzgeber geschaffenen Rahmens. Wenn aber zur Frage, ob die Geburt eines Kindes überhaupt einen Schaden im Rechtssinne darstellen kann, kein Wort des Gesetzgebers zu vernehmen ist, wird die Rechtsprechung nachgerade gezwungen, die Arbeit des Parlaments selbst in die Hand zu nehmen -

## Anhänge

mit entsprechend konträren Ergebnissen der befassten Senate.

Der 6. Senat des OGH erkennt diese Problematik und versucht aus dem Schweigen des Gesetzgebers dessen Zustimmung zur OGH-Judikatur herauszulesen. Der Gesetzgeber kennt die einschlägige Lehre und Rechtsprechung des OGH. Dennoch hat er in den letzten Novellen des Schadenersatzrechtes eine gesetzliche Regelung der Frage, ob ein Kind einen Schaden darstellt, unterlassen. Daraus folge die Billigung der Rechtsprechung.

Hier wird der Gesetzgeber zu billig aus seiner Verantwortung entlassen. Abgesehen davon, dass Schweigen nur in den seltensten Fällen Zustimmung bedeutet, ist auch das Ergebnis der Untätigkeit des Gesetzgebers ein unglückliches. Einmal wird Schadenersatz wegen der Geburt eines unerwünschten Kindes gewährt, dann wieder nicht. Eine einheitliche Regelung wäre wünschenswert.

Die Problematik erinnert an die Abtreibungsdiskussion in den USA. Im Gegensatz zu den meisten europäischen Ländern, die bereits seit geraumer Zeit die Fristenregelung gesetzlich eingeführt haben, besteht eine derartige gesetzliche Regelung in den Vereinigten Staaten nicht. Dennoch ist die Abtreibung innerhalb einer bestimmten Frist auch in den Vereinigten Staaten legal. Weshalb?

Der Supreme Court hatte in einer richtungsweisenden Entscheidung 1973 (Roe vs. Wade) für die Straflosigkeit der innerhalb einer bestimmten Frist vorgenommenen Abtreibung votiert. Dies, obwohl gerade zu diesem Zeitpunkt in mehreren Bundesstaaten der Versuch unternommen worden war, die Fristenlösung gesetzlich, nämlich durch Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, zu regeln. Bis heute fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung.

Und bis heute gibt es in den USA zahlreiche Stimmen, die die Entscheidung Roe vs. Wade bedauern, und zwar nicht, weil sie mit der Fristenlösung als solcher unglücklich sind, sondern weil die Chance versäumt wurde, ein gesellschaftlich höchst relevantes Problem auf die verfassungsmäßig vorgesehenen Art, d. h. also durch Entscheidung demokratisch legitimierter Volksvertreter im amerikanischen Kongress, zu lösen.

Der Supreme Court hat sich dabei Kompetenzen angeeignet, die nach den Grundsätzen der Gewaltentrennung der Legislative zustehen. Wenn der Gesetzgeber die Fristenlösung nicht behandelt, kann daraus kaum der Schluss gezogen werden, dass die Entscheidung darüber den Gerichten überlassen sein soll. Viel eher war damals davon auszugehen, dass Abtreibung - nach Ansicht des amerikanischen Gesetzgebers - strafbar sein sollte. Verschärft wird die Problematik durch die mangelnde demokratische Legitimation der Obersten Richter. Diese sind ja nicht vom Volk gewählt. Ob tatsächlich eine Mehrheit der Amerikaner hinter dem Roe-vs.-Wade-Erkenntnis stand bzw. steht, ist zu bezweifeln.

Umgelegt auf die österreichischen Verhältnisse in Zusammenhang mit der Thematik "wrongful birth" stellt sich die Frage, ob hier nicht das Einschreiten des Gesetzgebers notwendig wäre. Die Thematik ist - wie man angesichts des Medienechos sehen kann - offenbar von nicht geringer Bedeutung. Sie ist außerdem einer gesetzlichen Regelung zugänglich, etwa durch Aufnahme einer zusätzlichen Bestimmung in das Schadenersatzkapitel des ABGB.

Das Thema überfordert die ordentliche Gerichtsbarkeit sichtlich. Natürlich sind die Gerichte verpflichtet, über Klagen abzusprechen, sodass der OGH sich mit der Thematik zu beschäftigen hatte. Angesichts der jüngsten konträren Entscheidungen wäre es allerdings wünschenswert, die Entscheidung darüber nicht den Gerichten, sondern dem Gesetzgeber zu überlassen. Ausschließlich dieser verfügt über hinreichende demokratische Legitimierung, um die Problematik "Kind als

## Anhänge

Schaden" einer von der Mehrheit der Österreicher getragenen Regelung zuzuführen. Denkbar wäre etwa die simple Formulierung, dass menschliches Leben - ob behindert oder nicht - niemals als Schaden im Sinne des Schadenersatzrechtes anzusehen ist.

In diesem Zusammenhang ist etwa auf die französische Gesetzgebung zur Frage "wrongful life" hinzuweisen. Als die Gerichte einem Behinderten Schadenersatz dafür zusprachen, dass er behindert geboren worden war, sah sich der Gesetzgeber gezwungen, diese aus dem Ruder laufende Rechtsprechung zu korrigieren. Mit Gesetz wurde ausdrücklich festgehalten, dass niemand - sei er auch behindert geboren - aus dem bloßen Grund seiner Geburt Schadenersatz fordern könne. Wie man sieht, ist es für den Gesetzgeber nicht schwer, der Rechtsprechung Richtlinien vorzugeben. Er muss es nur tun.

Bewunderung verdient jedenfalls die sorgfältige Arbeit des OGH. Die unterbliebene Gesetzgebung ist ausschließlich dem Gesetzgeber vorzuwerfen, der sich um die Regelung einer wichtigen Frage des Schadenersatzrechtes drückt. Und aufgerufen ist, sich dieser Thematik anzunehmen.

Dr. Georg Alexander Negwer ist Rechtsanwalt bei Proksch & Partner in Wien und hat sich unter anderem auf Medizinrecht spezialisiert.

[meinung@diepresse.com](mailto:meinung@diepresse.com)

© diepresse.com | Wien

## Anhang B

25.01.2007 – Politik/ Österreicher

Kritik: „Feigheit“ vor Entscheidung

VfGH- Präsident rügt das Abschieben von politischen Fragen auf das Höchstgericht

Klosterneuburg (aich). „Grundlegende politische Fragen sind politisch zu entscheiden.“ Diese mahnenden Worte kommen von Karl Korinek, dem Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes (VfGH). Er nutzte am Dienstagabend einen Vortrag im niederösterreichischen Klosterneuburg, um unpräzise Gesetze zu kritisieren. Dadurch würde man Entscheidungen auf den VfGH abschieben.

Das Thema des auf Einladung der Österreichischen Gesellschaft für Völkerverständigung gehaltenen Vortrages lautete: „Der VfGH als politischer Entscheidungsträger in der Rolle eines Ersatzparlaments?“ Die Antwort auf diese Frage war für Korinek klar: Der Gerichtshof solle kein Ersatzparlament sein, sei aber aufgrund unklarer Gesetze manchmal gezwungen, „die politische Dimension seiner Entscheidungen in Kauf zu nehmen“.

Das droht auch in Zukunft, etwa beim Thema Gesamtschule. Hier konnten sich SPÖ und ÖVP im Jahr 2005 nur darauf einigen, dass in der Verfassung von einer „angemessenen Differenzierung“ im Schulwesen die Rede ist. Damit sei die Frage, ob nun die Einführung der Gesamtschule möglich wäre, auf den VfGH abgeschoben worden, fürchtet Korinek, der von einer gewissen „Feigheit vor der Entscheidung“ durch die Politik sprach.

Auch die von der Politik verursachte Unübersichtlichkeit der Verfassung – sie besteht aus unzähligen Einzelbestimmungen – wurde von Korinek indirekt angeprangert: „Kein Mensch, der seinen Eid auf die Verfassung ablegt, hat sie je zur Gänze

## Anhänge

gelesen.“ Abhilfe würde eine Überarbeitung der Verfassung schaffen. Als Grundlage dafür könnte nach wie vor die Beratungen des Anfang 2005 beendeten Österreich-Konvents sein, meinte Korinek, der selbst darin mitarbeitete. Der VfGH-Präsident machte aber keinen Hehl daraus, dass er über die bisherige Nicht-Umsetzung der Beratungen enttäuscht ist: „Schade um die Arbeit.“

Zum Thema Kärntner Ortstafeln wollte sich Korinek nicht konkret äußern: „Es nützt auch nichts, wenn ich dazu sage, als Privatmann“, betonte Korinek – eine Anspielung auf die jüngsten Aussagen von Clemens Jabloner, dem Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofs. Dieser hatte „als Privatmann“ ein baldiges politisches Ende von Kärntens Landeshauptmann Jörg Haider (BZÖ) prophezeit.

© diepresse.com | Wien

## Anhang C

Der Verfassungsgerichtshof ist bestrebt, die Öffentlichkeit über seine Arbeitsweise, seine Verfahren und Entscheidungen sowie die Gründe, die zu diesen Entscheidungen geführt haben, zu informieren. Derartiges Wissen ist Grundvoraussetzung dafür, dass die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes akzeptiert werden. Und die Akzeptanz staatlicher Entscheidungen ist für das Funktionieren einer Demokratie wesentlich.

Den Medien kommt dabei eine bedeutsame Rolle zu: Indem sie über den Verfassungsgerichtshof und seine Entscheidungen berichten, vergrößern sie das Wissen um die verfassungsgerichtliche Kontrolle.

Im Verfassungsgerichtshof ist deshalb ein Mediensprecher für die Information der Öffentlichkeit zuständig. Er ist erster Ansprechpartner für Journalistinnen und Journalisten, die zeitgerecht und umfassend mit für sie wichtigen Informationen über den Gerichtshof und seine Entscheidungen versorgt werden sollen. Als Verfassungsgerichtshof-Sprecher gibt er auch Stellungnahmen in der Öffentlichkeit ab.

Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass der Mediensprecher in der Regel nur Anfragen von Medienvertreterinnen und Medienvertretern beantworten kann.

Mediensprecher Mag. Christian Neuwirth

Telefon ++43/1/53 122 – 525

Telefax ++43/1/53 122 – 108

[mediensprecher@vfhg.gv.at](mailto:mediensprecher@vfhg.gv.at)

## Anhang D

Das **Reichsgericht** (1867-1919) in der konstitutionellen Monarchie war ein Vorläufer des Verfassungsgerichtshofes. Die besondere Bedeutung des Reichsgerichts liegt darin, dass einige institutionelle Besonderheiten, die den österreichischen Verfassungsgerichtshof von anderen Verfassungsgerichten unterscheiden, schon dort zu finden sind. Das Reichsgericht wurde im Rahmen der Dezember-Verfassung von 1867 eingerichtet. Seine Kompetenzen waren auf die Entscheidung bestimmter Kompetenzkonflikte, bestimmter vermögensrechtlicher Ansprüche gegen Gebietskörperschaften und solcher Ansprüche

## Anhänge

zwischen Gebietskörperschaften sowie auf eine Beschwerdemöglichkeit der Staatsbürger wegen Verletzung ihrer politischen Rechte beschränkt. 1919 sind diese Kompetenzen dem deutsch-österreichischen Verfassungsgerichtshof übertragen worden. Von diesem sind sie 1920 - in zum Teil erheblich erweiterter Form - auf den Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich übergegangen. Der Präsident des Reichsgerichts und sein Stellvertreter wurden vom Kaiser ohne Vorschlag, die zwölf Mitglieder und vier Ersatzmänner zu gleichen Teilen aufgrund von Dreivorschlägen der beiden Häuser des Reichsrats ernannt. Abgesehen vom Erfordernis einer nicht spezifizierten Sachkunde war eine weitere Qualifikation für die Mitglieder des Reichsgerichts nicht vorgesehen. Unvereinbarkeitsbestimmungen fehlten. Die Mitglieder des Reichsgerichts wurden auf Lebenszeit bestellt. Das Reichsgericht kannte bereits die Funktion der so genannten Ständigen Referenten, die das Gericht aus seiner Mitte für die Dauer von drei Jahren wählte. Dem Vorsitzenden des Reichsgerichts kam ein Stimmrecht grundsätzlich - abgesehen von besonderen Fällen, in denen Stimmgleichheit auftreten konnte - nicht zu.

Zur Entscheidung über Anklagen von Abgeordneten zum Reichsrat gegen Minister und über strafrechtliche Anklagen gegen Minister wurde 1867 ein **Staatsgerichtshof** eingerichtet, der bis 1919 bestanden hat. Dieser Gerichtshof setzte sich aus 24 unabhängigen, gesetzeskundigen Staatsbürgern zusammen, die je zur Hälfte vom Abgeordnetenhaus und vom Herrenhaus auf sechs Jahre gewählt wurden. Der Staatsgerichtshof ist niemals tätig geworden.

In der republikanischen Ära wurde 1919 der **deutsch-österreichische Verfassungsgerichtshof** geschaffen. Ihm wurden die Aufgaben des ehemaligen Reichsgerichts und des ehemaligen Staatsgerichtshofes übertragen. Darüber hinaus wurde diesem Gerichtshof erstmals in eingeschränktem Umfang die Kompetenz zugewiesen, Gesetze zu prüfen, nämlich Gesetzesbeschlüsse einer Landesversammlung auf Antrag der Staatsregierung. Er bestand aus einem Präsidenten, seinem Stellvertreter und zunächst acht Mitgliedern und vier Ersatzmännern. Ihre Zahl wurde im selben Jahr auf zwölf Mitglieder und sechs Ersatzmänner erhöht. Alle wurden zunächst vom Staatsrat (auf den die dem Kaiser nach der Dezemberverfassung von 1867 zustehenden Rechte übergegangen waren), dann vom Präsidenten der Nationalversammlung auf Vorschlag der Staatsregierung ernannt.

Dem 1919 neu geschaffenen **Verfassungsgerichtshof** wurden mit der am 1. Oktober 1920 in Kraft getretenen Bundesverfassung (B-VG) alle Aufgaben zugewiesen, die in der Monarchie das Reichsgericht und der Staatsgerichtshof hatten. Als entscheidende Neuerungen kamen hinzu: die Zuständigkeit zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen und der Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung (die Prüfung von Landesgesetzen kam schon dem deutsch-österreichischen Verfassungsgerichtshof zu), die Zuständigkeit zur Prüfung von Bundes- und Landesgesetzen im amtsweiten Prüfungsverfahren, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Wahlen und die Zuständigkeit zur Entscheidung über Verletzungen des Völkerrechtes. Darüber hinaus wurden die Bestimmungen über die staatsrechtliche Verantwortlichkeit oberster Organe erweitert. Damit waren im Wesentlichen jene Zuständigkeiten festgelegt, die der Verfassungsgerichtshof heute noch hat. Der Präsident, der Vizepräsident und die eine Hälfte der Mitglieder und der Ersatzmitglieder wurden vom Nationalrat, die andere Hälfte vom Bundesrat auf Lebenszeit gewählt. Die Mitglieder mussten keine Juristen sein.

Unvereinbarkeitsbestimmungen wurden erstmals durch die **B-VG-Novelle 1925** geschaffen. Außerdem kam es zu einer Modifizierung der Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes: So wurde ihm die Zuständigkeit eingeräumt, auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung zu entscheiden, ob ein Akt der Gesetzgebung oder der Vollziehung in die Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt (Kompetenzfeststellung).

Die **B-VG-Novelle 1929** führte zu einer weitgehenden Umgestaltung der verfassungsrechtlichen Ordnung. Wesentliches Ziel

## Anhänge

der Novelle war die Stärkung der Stellung des Bundespräsidenten als Gegengewicht zum Parlament. Unter dem Titel der "Entpolitisierung des Verfassungsgerichtshofes" wurde der Bestellungsmodus für die Mitglieder und Ersatzmitglieder in der im Wesentlichen noch heute geltenden Form eingeführt. Die Novelle sah die Ernennung durch den Bundespräsidenten vor sowie eine Teilung des Vorschlagsrechtes zwischen der Bundesregierung einerseits und den beiden Kammern des Bundesparlaments andererseits. Die Zahl der Mitglieder wurde auf einen Präsidenten, einen Vizepräsidenten, zwölf Mitglieder und sechs Ersatzmitglieder beschränkt, die alle eine juristische Qualifikation aufweisen mussten. Die amtierenden Mitglieder wurden abberufen und durch neu bestellte Mitglieder ersetzt. Die bereits existierenden Unvereinbarkeitsbestimmungen wurden ergänzt, insbesondere durch die Bestimmung, dass Angestellte oder Funktionäre einer politischen Partei nicht dem Verfassungsgerichtshof angehören dürfen. Weiters wurde eine Altersgrenze mit dem 70. Lebensjahr geschaffen. Die Novelle brachte dem Verfassungsgerichtshof auch eine erneute Modifizierung seiner Kompetenzen, im Gesetzesprüfungsverfahren wurde der Kreis der antragsberechtigten Institutionen um den Obersten Gerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof erweitert.

Diese Verfassungsnovelle konnte das politische Klima in Österreich nicht entschärfen. Im Anschluss an eine Kontroverse über einen Abstimmungsvorgang im Nationalrat kam es am **4. März 1933** dazu, dass alle drei Präsidenten des Nationalrates ihr Amt niederlegten. Die Bundesregierung bezeichnete diesen Akt als "Selbstausschaltung des Nationalrates", verhinderte dessen neuerliches Zusammentreten und regierte von da an, gestützt auf das so genannte Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz von 1917, durch Verordnungen und unter Ausschaltung der gesetzgebenden Organe autoritär. Der Verfassungsgerichtshof wurde mit mehr als 100 Anträgen auf Prüfung solcher Verordnungen befasst. Eine - ebenfalls auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz gestützte - Regierungsverordnung (Besetzungsverordnung), verhinderte aber eine Entscheidung in ordnungsgemäßer Zusammensetzung (Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes).

Die **Verfassung 1934** wurde ebenfalls durch eine auf dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz von 1917 basierende Verordnung erlassen. Zur "Sanktionierung" der neuen Verfassung wurde am Tag der Kundmachung durch Verordnung ein "Rumpfparlament" einberufen, in dem die Abgeordneten der Sozialdemokratischen Partei fehlten, deren Mandate durch Verordnung erloschen erklärt worden waren. Diese Verfassung sah einen **Bundesgerichtshof** vor, der zur Sicherung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung berufen war und dem im Wesentlichen die Kompetenzen des früheren Verwaltungsgerichtshofes und des früheren Verfassungsgerichtshofes zukamen. Präsident, Vizepräsident und die zahlenmäßig nicht bestimmten übrigen Mitglieder ernannte der Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung. Eine juristische Qualifikation und zehnjährige Berufserfahrung sowie das Nichtvorliegen von Unvereinbarkeitstatbeständen waren Ernennungsvoraussetzungen. Der Gerichtshof erkannte in Senaten. Der Verfassungssenat wurde durch vier weitere Mitglieder verstärkt, die der Bundespräsident auf Grund von Dreievorschlägen des Staatsrates und des Länderrates ernannte.

Nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich verlor der Bundesgerichtshof seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen. Der Gerichtshof selbst bestand zunächst weiter, wurde 1940 zu einer Reichsbehörde mit der Bezeichnung "**Verwaltungsgerichtshof in Wien**" umfunktioniert und 1941 organisatorisch mit anderen Verwaltungsgerichten des Deutschen Reiches als "**Außensenat Wien**" zum Reichsverwaltungsgericht zusammengeschlossen.

Im Jahr **1945** wurde der **Verfassungsgerichtshof** mit seinen Kompetenzen vor 1933 wieder errichtet und nahm 1946 seine Tätigkeit wieder auf. In den folgenden Jahrzehnten wurden die Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes, aber auch einige organisationsrechtliche Bestimmungen ergänzt.

## Anhänge

Mit einer B-VG Novelle aus dem Jahre **1964** wurde dem Verfassungsgerichtshof die Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Staatsverträgen übertragen.

In einer bedeutenden Novelle zum B-VG wurden **1975** die Bestimmungen für das Gesetzes- und das Verordnungsprüfungsverfahren vereinheitlicht und der Kreis der Antragsteller in diesen Verfahren erweitert: Als parlamentarisches Minderheitsrecht wurde für ein Drittel der Abgeordneten zum Nationalrat die Möglichkeit geschaffen, Bundesgesetze beim Verfassungsgerichtshof anzufechten. Einem Drittel der Mitglieder der Landtage wurde - nach Maßgabe der Landesverfassungen - das Recht eingeräumt, Landesgesetze zu bekämpfen. Weiters wurde jedes in zweiter Instanz zur Entscheidung berufene Gericht antragsberechtigt. Das neu geschaffene Instrument des Individualantrages ermöglichte es nunmehr - wenngleich unter sehr strengen Voraussetzungen - auch einer Einzelperson, eine Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung direkt beim Verfassungsgerichtshof zu bekämpfen.

**1981 und 1984** kam es zu Änderungen im B-VG, die der Entlastung des Verfassungsgerichtshofes dienten. Dem Gerichtshof wurde die Möglichkeit eingeräumt, unter bestimmten Voraussetzungen die Behandlung von Beschwerden gegen Verwaltungsakte gemäß Art. 144 B-VG abzulehnen. 1981 wurde die Volksanwaltschaft legitimiert, Verordnungen beim Verfassungsgerichtshof anzufechten.

Die 1988 neu geschaffenen Unabhängigen Verwaltungssenate können seit **1991** Normenprüfungen beantragen. Die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes über Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu entscheiden, entfiel. Darüber entscheiden seither die Unabhängigen Verwaltungssenate, erst gegen deren Entscheidung kann der Verfassungsgerichtshof angerufen werden. Weiters wurde einem Drittel der Mitglieder des Bundesrates das Recht eingeräumt, Bundesgesetze zu bekämpfen.

Das Vorschlagsrecht für die Besetzung von Richterstellen beim Verfassungsgerichtshof ist mit der B-VG-Novelle **1994** geändert worden. Die Verpflichtung des Nationalrates und des Bundesrates, dem Bundespräsidenten Dreier-Vorschläge für die Besetzung von Richterstellen zu erstatten, wurde abgeschafft. Die beiden Organe schlagen seither - ebenso wie die Bundesregierung - jeweils nur einen Kandidaten vor.

Mit der Verfassungsnovelle **1997** wurde der Unabhängige Bundesasylsenat als weiterer unabhängiger Verwaltungssenat mit besonderer Zuständigkeit eingerichtet. **2002** erhielt das Bundesvergabeamt das Recht, Gesetze und Verordnungen anzufechten.

## Anhang E

Montag, 4. September 2006

Holocaust-Leugner Irving

Gericht bestätigt Urteil

Der Oberste Gerichtshof in Österreich hat den Schulterspruch gegen den britischen Historiker David Irving bestätigt, der wiederholt den Holocaust geleugnet hatte. Nach Agenturberichten wies das Gericht in Wien die Nichtigkeitsbeschwerde des 68-jährigen Briten gegen das Urteil ab. Irving war im Februar zu drei Jahren Haft ohne Bewährung verurteilt worden.

## Anhänge

Der als "Holocaust-Leugner" bekannt gewordene Historiker hatte in Vorträgen in Österreich wiederholt die Existenz von Gaskammern im Zweiten Weltkrieg bestritten. Das Leugnen von Verbrechen der Nationalsozialisten ist in Österreich als "Wiederbetätigung" strafbar. Die Höchststrafe beträgt zehn Jahre. Irving war im November 2005 auf Grund eines Haftbefehls aus dem Jahr 1989 in Österreich festgenommen worden.

Vor der Verhandlung im Februar hatte sich Irving "schuldig" bekannt, während des Prozesses jedoch weiterhin angeführt, er bezweifte "Einzelheiten". In Interviews nach seiner Verurteilung stellte er erneut die Opferzahlen in Auschwitz in Frage und bezeichnete die organisierte Vernichtung von Juden durch die Nationalsozialisten als "absolut falsch und nicht nachweisbar". Gegen die Höhe der Strafe laufen Berufungen: Irvings Verteidiger will eine niedrigere Strafe erwirken, die Staatsanwaltschaft beurteilt die Strafe als zu gering.

## Anhang F

SPIEGEL ONLINE - 21. Dezember 2006, 21:27

NACH FREILASSUNG

Österreich schiebt Holocaust-Leugner Irving ab

**Österreich hat den Holocaust-Leugner David Irving nach Großbritannien abgeschoben. Der 68-Jährige, der den Massenmord an den Juden im Dritten Reich anzweifelt, war gestern aus der Haft entlassen worden. Er darf das Alpenland nie wieder betreten - und hat es auch nicht vor.**

Wien - Die Polizei bestätigte, dass Irving um 18.49 Uhr MEZ in ein Flugzeug nach London gestiegen sei. Sein Flug Richtung London hob wegen Nebels am Zielflughafen London-Heathrow mit mehr als zwei Stunden Verspätung ab, wie die Flughafenpolizei Wien mitteilte. Das Innenministerium hatte zuvor ein unbefristetes Aufenthaltsverbot erteilt. Der Nachrichtenagentur AFP sagte Irving, er habe nicht die Absicht, nach Österreich zurückzukehren.

AFP

Nie wieder nach Österreich: David Irving

Das Oberlandesgericht Wien hatte gestern zwei Drittel einer dreijährigen Haftstrafe gegen Irving wegen "Wiederbetätigung im Sinne des Nationalsozialismus" in eine Haftstrafe auf Bewährung umgewandelt. Die von Irving seit seiner Verhaftung im November 2005 in Untersuchungshaft zugebrachten 13 Monate rechnete das Gericht auf Antrag der Verteidigung an und entschied, den 68-jährigen Historiker freizulassen. Kritiker protestierten gegen die Entscheidung des Gerichts unter Vorsitz von Richter Ernest Mauerer, dem sie Nähe zur Rechtsaußenpartei FPÖ vorwarfen.

Das Wiener Straflandesgericht hatte Irving für schuldig befunden, in zwei Reden 1989 den Massenmord an sechs Millionen Juden im Zweiten Weltkrieg geleugnet zu haben. Der Schriftsteller zweifelte unter anderem die Existenz der Gaskammern in Auschwitz an. Das Leugnen des Holocausts kann in Österreich mit bis zu zehn Jahren Gefängnis geahndet werden.

Der Brite war im November 2005 bei einer Straßenkontrolle in Österreich festgenommen worden, wo seit 1989 ein Haftbefehl gegen ihn vorlag.

*reh/AP/AFP/dpa*

## Anhänge

### Anhang G

"Befangene" Richter: SPÖ im Notfall für Gesetzesänderung

**Von Ina Weber**

- Jarolim versus FPÖ-nahen Richter Maurer im Fall David Irving.
- Justiz sieht keinen Änderungsbedarf.
- Verteidiger Schaller: Liste für "verbotsgezetzbefangene" Richter?

**Wien.** Wäre das Urteil für den Holocaust-Leugner David Irving schärfer ausgefallen, wenn der Berufungssenat des Oberlandesgerichts (OLG) Wien, der in zweiter Instanz eine mildere Strafe verhängte, anders besetzt gewesen wäre?

SPÖ-Justizsprecher Hannes Jarolim übt jedenfalls weiter heftige Kritik daran, dass Richter Ernest Maurer, der 2000 von der FPÖ in den ORF-Stiftungsrat entsandt worden war, den Vorsitz des Dreier-Senats innehatte. Maurer ist für Jarolim in diesem Fall kein objektiver Richter. "Es ist Aufgabe der Justiz zu überprüfen, ob die Objektivität eines Richters in einer Angelegenheit mit politischem Hintergrund bei Vorliegen gravierender Indizien außer Streit steht", forderte er am Dienstag in einem Gastkommentar für die "Wiener Zeitung". Er verweist darauf, dass Maurer aufgrund seiner FPÖ-Nähe umstritten sei und bereits vor Jahren aus dem Mediensenat, der etwa Klagen mit Kärntens Landeshauptmann Jörg Haider behandelte, nicht ohne Grund "plötzlich ausschied".

Jarolim appelliert nun erneut an die Justiz, bei der Besetzung der Senate sensibler umzugehen – im Fall Maurer etwa über die Befangenheitsregelung in der Geschäftsordnung: "Hätte sich Maurer selbst für befangen erklärt, dann hätte der Personalsenat einen anderen Richter eingesetzt". Der SPÖ-Justizsprecher schlägt nun vor, der Justiz hier "mehr Rechte einzuräumen", etwa, dass auch der OLG-Präsident in Befangenheitsfragen den Personalsenat anrufen kann. Das könnte in weiterer Folge mit einer Änderung des Gerichtsorganisationsgesetzes verwirklicht werden.

Die Justiz sieht aber keinen Änderungsbedarf. "Die Unabhängigkeit der Rechtssprechung muss gewahrt bleiben", erklärt Wolfgang Pöschl, Vizepräsident des OLG Wien. Er möchte an der bestehenden Regelung festhalten, nach dem der gesetzliche Richter zu Beginn des Jahres festgelegt wird. Die Geschäfte würden somit im Vorhinein verteilt. Beim Obersten Gerichtshof werden laut Sprecher Kurt Kirchbacher die Richter nach einem Zahlenrad eingeteilt: "Man weiß nicht, wer welchen Akt bekommt." Auch Kirchbacher will am bestehenden System festhalten.

Politischer Einfluss "theoretisch" möglich

Zwei Möglichkeiten gibt es laut Pöschl dieses Zufallsprinzip zu unterbrechen: Der zuständige Richter kann selbst den Auftrag aufgrund von Befangenheit ablehnen. Oder, – und hier sieht Pöschl "rein theoretisch" die Möglichkeit einer politischen Einflussnahme –, der Oberstaatsanwalt, der dem Minister gegenüber weisungsgebunden ist, kann einen Ablehnungsantrag einbringen. Das Ministerium mache dies jedoch nicht, "um eben die Unabhängigkeit der Rechtssprechung zu wahren".

Kritik übte erneut Irving-Verteidiger Herbert Schaller an Jarolim: "Meint er, dass in der österreichischen Richterschaft schwarze Listen für 'verbotsgezetzbefangene' Richter geführt werden sollen?"

## Anhänge

### Anhang H

#### Gastkommentar von Herbert Schaller

Das Irving-Urteil und die politische Macht

Seit der Aufklärung gelten für das abendländische Strafrecht drei unverzichtbare Grundsätze: Erstens ist immer auch die andere Seite zu hören, bevor man ein Urteil fällt; zweitens darf man sachliche Meinungsäußerungen zwar bekämpfen, aber nicht strafrechtlich verbieten; und drittens müssen Richter frei, unabhängig, nur ihrer Aktenkenntnis und Rechtsmeinung verpflichtet, urteilen dürfen.

An SPÖ-Justizsprecher Hannes Jarolim scheint dieser Fortschritt völlig vorbeigegangen zu sein: Erstens hat er sich ein Urteil über den Irving-Fall angemaßt, ohne die geringste Akten-kenntnis zu besitzen; zweitens sehnt er sich offenbar nach einem totalitären Staat, in dem "Geschichte" Religionsersatz ist und "Falschdarstellung" ins Gefängnis führt; und drittens greift er die Unabhängigkeit der Justiz an, weil er – mittels "Gutachten" – schwarze Listen für Richter einführen möchte, die willens sind, rechtlich korrekt zu urteilen, obwohl das Ergebnis politisch unerwünscht ist.

Im Fall des David Irving hat ein Senat aus drei Berufsrichtern die dreijährige Freiheitsstrafe nicht etwa herabgesetzt, sondern nur die noch nicht verbüßten zwei Jahre zur Bewährung erlassen. Ein Freispruch war nicht möglich, weil sich der Oberste Gerichtshof politisch erwünscht verhalten und den Schulterspruch der Geschworenen bestätigt hatte.

Es ist allerdings speziell für hohe Richter sehr schwierig, sich politisch-medialem Druck zu entziehen. Hätte es die Hetze gegen David Irving nicht gegeben, wäre er aus folgenden Gründen freigesprochen worden:

David Irving ist Engländer. Der nur hierzulande und nur wegen der historischen Belastung der Österreicher existierende, inhaltlich völlig unbestimmte § 3g Verbotsgesetz ist auf ihn von vornherein nicht anwendbar. Irving ist studierter Historiker und berufsmäßiger Autor von Büchern, die nirgends verboten sind. Und vor allem: Irving hat seine Vorträge im Jahre 1989 (!) in Absprache mit dem Innenministerium abgehalten, bei dem er vorsorglich nachfragen hatte lassen, um gegen kein österreichisches Gesetz zu verstößen. Die inhaltlich genau bekannten Vorträge wurden genehmigt. Dass er dann – nach 17 Jahren – trotzdem verhaftet, angeklagt und verurteilt wurde, ist rechtsstaatlich skandalös.

Politiker von der Art Jarolims machen Angst vor einem Rückfall in totalitäre Zeiten: Hat ein Mensch das Pech, politisch unerwünscht zu sein, kann sich nicht leicht ein objektiver Richter und auch kaum ein Rechtsanwalt finden, die ihm ernsthaft zur Seite zu stehen.

Für faschistoide Machtmenschen ist diese Aussicht natürlich paradiesisch, für mündige Staatsbürger eines pluralistisch-demokratischen Rechtsstaats ist sie eine Katastrophe. Es wäre interessant zu wissen, ob uns die Engländer wirklich zu dieser Art von Freiheit verhelfen wollten.

Herbert Schaller ist emeritierter Rechtsanwalt und noch Strafverteidiger.

Mittwoch, 17. Jänner 2007

## Anhänge

### Anhang I

#### Gastkommentar von Hannes Jarolim

Die Objektivität muss außer Zweifel stehen

In der Freitagausgabe der "Wiener Zeitung" wirft mir der Strafverteidiger des verurteilten Holocaust-Leugners David Irving, Herbert Schaller, eine "Hinwendung zur Kumpanei-Justiz" vor und meint überdies, ich würde für die Wiedereinführung faschistischer Zustände plädieren. Kurz gesprochen meint Schaller, ich wolle an Stelle der zufälligen Zuteilung von Akten an Richter eine selektive, "totalitäre" Zuteilung einführen. Im gleichen Atemzug erörtert Schaller noch, dass das Oberlandesgericht Wien bloß die "gröbsten Rechtsfehler" korrigiert hätte, schließlich sei Irving wegen "gewaltfreier Meinungsäußerungen" verurteilt worden.

Wenngleich sich eine persönlichere Replik auf die Umdeutung meiner Aussagen aufdrängen würde, will ich versuchen, meine Ansichten zum Irving-Urteil sachlich noch einmal darzulegen. Grund zu legen ist dabei: In einem Rechtsstaat sind die Begriffe Freiheit und Unabhängigkeit nicht im Sinne von Narrenfreiheit und Willkür zu verstehen. Die Aussagen von Irving als gewaltlose Meinungsäußerungen zu deuteln zeigen, welche (Narren)Freiheit Herrn Schaller vorschwebt. Der Unterschied zwischen Meinungsäußerung und bewusster Falschdarstellung der Geschichte zu Zwecken der Auf- und Verhetzung vor allem junger Menschen muss wohl nicht näher erläutert werden.

Doch nun zum gegenständlichen Anwurf Schallers. Eine willkürliche Aktenzuteilung wäre in der Tat mit den Prinzipien des Rechtsstaats nicht vereinbar. Genauso wenig ist es, Richtern die Entscheidungskompetenz über Fragen mit politischem Hintergrund einzuräumen, in denen eine nicht hinreichende kritische Distanz zur objektiven Entscheidungsfindung ein wesentliches Thema ist. Im Falle des Senatspräsidenten Ernest Maurer wurde durch ein 2001 erstelltes Gutachten ("Der ausgebliebene Skandal" von Alexander Pollak und Ruth Wodak) über eines der letzten Urteile Maurers als Einzelrichter vor seinem Aufstieg in einen Mediensenat des OLG Wien dargelegt, dass auf Grund der Ausführungen im Urteil die für politische Fragestellungen gebotene Objektivität fraglich ist.

Im zeitlichen Zusammenhang mit dem Gutachten erfolgte auch tatsächlich eine Änderung der Geschäftsordnung des OLG Wien in Bezug auf die vor allem mit politischem Hintergrund behafteten Medienrechtssachen. Konsequenterweise wäre auch im Irving-Fall diese Frage gerichtsintern zu thematisieren und unter Anwendung der Regelungen über Befangenheitsfragen vorzugehen gewesen.

An diesem Punkt setzte meine Kritik an: Es ist Aufgabe der Justiz, zu überprüfen, ob die Objektivität eines Richters in einer Angelegenheit mit politischem Hintergrund bei Vorliegen gravierender Indizien außer Streit steht. Solche Fragen sind im Rahmen der Geschäftsverteilung zu berücksichtigen – und zwar generell und nicht bloß auf Einzelfälle bezogen.

Dr. Hannes Jarolim ist Justizsprecher der SPÖ

Montag, 01. Jänner 2007

## LITERATURVERZEICHNIS

**Adamovich**, Ludwig/**Funk**, Bernd- Christian

Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, 1980.

**Adamovich**, Ludwig/**Funk**, Bernd- Christian

Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1985.

**Aichlreiter**, Josef W.

Gewaltentrennung und Änderung von Verwaltungsakten durch den Gesetzgeber in **Wiederin**, Ewald (Hrsg), Staat und Recht, Festschrift für Günther Winkler, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1997.

**Althusius**, Johannes

Politica methodice digesta of Johannes Althusius <Althaus>, reprinted from the third edition of 1614, Harvard University Press, Cambridge, 1932.

**Antoniolli**, Walter/**Koja**, Friedrich

Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1993.

**Aristoteles**,

Politik, 1. Auflage, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1965.

**Arndt**, Adolf

Das Bild des Richters, 1. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1957.

## Literaturverzeichnis

**Ballon, Oskar**

Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht –Streitiges Verfahren, 10. Auflage, Leykam, Graz, 2004.

**Beck, James M. / Friedmann, Alfred**

Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika, 1. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1926..

**Berg-Schlosser Dirk/Quenter Sven**

Literaturführer Politikwissenschaft, 1. Auflage, W.Kohlhammer GmbH, Stuttgart 1999.

**Berka, Walter**

Die Grundrechte, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1999.

**Bernatzik, Edmund**

Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1. Auflage, Manz Verlag, Wien, 1886.

**Bieber, Roland**

Europarecht, 18. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2007.

**Bleicken, Jochen**

Geschichte der römischen Republik, 6. Auflage, Oldenbourg Verlag, München, 2004.

**Bleicken, Jochen**

Die Verfassung der Römischen Republik: Grundlagen und Entwicklung, 7. Auflage, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, Wien, 1985.

**Bodin, Jean**

Sechs Bücher über den Staat, I-III, 1. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 1981.

**Bodin, Jean**

Sechs Bücher über den Staat, IV-VI, 1. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 1986.

**Boyd, Julian P**

The declaration of independece, 1. Auflage, Princeton University Press, Princeton, 1945.

**Braun Eberhard/Heine Felix/Opolka Uwe**

Politische Philosophie, 1. Auflage, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1984.

**Brinkmann, Karl**

Verfassungslehre, 2. Auflage, R. Oldenbourg Verlag GmbH, München, Wien, 1994.

**Bringmann, Klaus**

Römische Geschichte: von den Anfängen bis zur Spätantike, 10. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 1996.

**Brunkhorst, Hauke**

Einführung in die Geschichte der politischen Ideen, 1. Auflage, Wilhelm Fink Verlag, München GmbH & Co KG, 2000.

**Carstens, Karl**

Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1954.

**Chaimowicz, Thomas**

Freiheit und Gleichgewicht im Denken Montesquieus und Burkes, 1. Auflage Springer Verlag, Wien, New York, 1985.

## Literaturverzeichnis

**Clinton, Robert L.**

Marbury v. Madison and Judicial Review, 1. Auflage, Univ. Press of Kansas, Lawrence (Kansas), 1989.

**Deuerlein, Ernst**

Föderalismus - Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips, 1. Auflage, List Verlag, München, 1972.

**Drath, Michael**

Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 9, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1952.

**Ermacora, Felix**

Allgemeine Staatslehre, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1970.

**Ermacora, Felix**

Österreichisches Verfassungslehre, Band 1, 1. Auflage, Wilhelm Braumüller, Universitäts- Verlagsbuchhandlung ges.m.b.H, Wien, Stuttgart, 1970.

**Ermacora, Felix**

Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, 1. Auflage, Europa Verlag, Wien, 1968.

**Ermacora, Felix**

Österreichisches Verfassungslehre, Band 2, 1. Auflage, Wilhelm Braumüller, Universitäts- Verlagsbuchhandlung ges.m.b.H, Wien, 1980.

**Everling, Ulrich**

Die Rolle des Europäischen Rates gegenüber den Gemeinschaften, Zeitschrift für Europarecht, 1995, 41ff.

## Literaturverzeichnis

**Euchner, Walter**

in **Maier, Hans** (Hrsg), Klassiker des politischen Denkens, 5. Auflage, Beck Verlag, München, 1987.

**Falkner, Gerda**

Supranationalität trotz Einstimmigkeit: Entscheidungsmuster der EU am Beispiel Sozialpolitik, 1. Auflage, Europa-Union-Verlag, Bonn, 1994.

**Feitzinger Leo/Tades, Helmuth**

ASGG Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996.

**Fenske, Hans/Mertens, Dieter/Reinhard, Wolfgang/Rosen, Klaus**

Geschichte der politischen Ideen, 4. Auflage, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 2003.

**Fink, Herbert**

Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1995.

**Forsthoff, Ernst**

Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 9. Auflage, Beck Verlag, München 1973.

**Frank, Dietrich**

Politische Planung im Spannungsverhältnis zwischen Regierung und Parlament, 1. Auflage, Verlag Anton Hain KG, Meisenheim am Glan, 1976.

**Friesenhahn, Ernst**

Parlament und Regierung im modernen Staat in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 16, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1958.

## Literaturverzeichnis

**Frisch, Hans**

Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes, 1. Auflage, Verlag von Julius Springer, Wien, 1932.

**Funk, Bernd-Christian**

Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 12. Auflage, Leykam, Graz, 2006.

**Funk, Bernd Christian/ Öhlinger, Theo**

Verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfes eines Strafprozessreformgesetzes, Rechtsgutachten, 1. Auflage, Wien, 2002.

**Giese, Friedrich**

Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Mohr Verlag, Tübingen, 1952.

**Grande, Edgar**

Parteiensystem und Föderalismus in Arthur Benz/ Gerhard Lehmbruch (Hrsg), Föderalismus, 1. Auflage, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2002.

**Grabenwarter, Christoph**

Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1997.

**Häfelin, Ulrich/Haller, Walter**

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988.

**Hakenberg, Waltraud**

Europarecht, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München 2007.

## Literaturverzeichnis

### **Hamilton, Alexander**

An das Volk des Staates New York, Nr 78 in **Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay John, Die Federalist Papers**, 1. Auflage, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993.

### **Harbich, Heribert**

Trennungsgrundsatz und Strafprozess, in **Mayer, Heinz** (Hrsg), Festschrift für Robert Walter, 1. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1991.

### **Hardly, Arthur T.**

The Constitutional Position of Property in America, in **Mason, Alphaeus Thomas**, Free Government in the Making, 4. Auflage, Oxford University Press, 1985.

### **Harrer, Friedrich**

„Kind als Schaden“ in **Schwimann, Michael** ABGB, Band 6, 3. Auflage, Lexis Nexis ARD Orac, Wien, 2006.

### **Hartmann Jürgen/Meyer Bernd/Oldopp Birgit**

Geschichte der politischen Ideen, 1. Auflage, Westdeutscher Verlag GmbH, Wiesbaden 2002.

### **Hillgruber, Christian**

Richterliche Rechtsfortbildung – demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen eine Selbstverständlichkeit, JRP 2001, 284.

### **Hippel, Ernst von**

Gewaltenteilung im modernen Staate, 1. Auflage, Historisch- Politischer Verlag, Koblenz, 1948.

## Literaturverzeichnis

### **Hobbes, Thomas**

Leviathan, 1. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied und Berlin, 1966.

### **Herbst, Christoph**

Art 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren in **Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald/ Stadler, Gerhard** (Hrsg), Grund und Menschenrechte in Österreich, Band III, 1. Auflage, N. P. Engel Verlag, Kehl, Straßburg, Arlington, 1997.

### **Herder, Johann Gottfried**

Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit, 1. Auflage, Melzer Verlag, Darmstadt, 1966.

### **Huemer, Peter**

Richter m(M)acht Politik, RZ 2003, 58.

### **Hugerth, Henry**

Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika und die österreichische Bundesverfassung 1920/29, Wien, 1947.

### **Imboden, Max**

Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1. Auflage, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1959.

### **Imboden, Max**

Staat und Recht, 1. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1971.

### **Isak, Hubert**

Europarecht I, Strukturen- Institutionen- Verfahren, LexisNexis ARD Orac, 3. Auflage, Wien 2007.

## Literaturverzeichnis

### **Isak, Hubert**

Europarecht II, Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht, LexisNexis ARD Orac, 3. Auflage, Wien 2005.

### **Jellinek, Georg**

Allgemeine Staatslehre, Neudruck der Ausgabe von 1914, Springer, Berlin, 1922.

### **Kägi, Werner**

Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung in Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, 1. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1961.

### **Kaltenbrunner, Gerd-Klaus**

Auf dem Weg zum Richterstaat, Herder, 1. Auflage, Freiburg i- Br., Wien, 1979.

### **Kaltenbrunner, Gerd-Klaus**

Die Stunde des Richters in **Kaltenbrunner, Gerd-Klaus** (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, Herder Verlag, 1. Auflage, Freiburg i- Br., Wien, 1979.

### **Kelsen, Hans**

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Band 3, 1. Auflage, Deuticke Verlag, Wien, 1919.

### **Kelsen, Hans**

Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1. Auflage, Mohr Verlag, Tübingen, 1929.

### **Kelsen, Hans**

Was ist Gerechtigkeit, 2. Auflage, Deuticke Verlag, Wien, 1975.

## Literaturverzeichnis

### **Kelsen, Hans**

Die Entstehung der Republik Österreich und ihrer Verfassung in **Klecatsky, Hans R.** (Hrsg), Die Republik Österreich, 1. Auflage, Herder Verlag, Wien, 1968.

### **Kelsen, Hans**

Verteidigung der Demokratie, 1. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

### **Kimmel, Adolf**

Die Verfassungen der EG- Mitgliedstaaten, Beck Verlag, 5. Auflage, München, 2000.

### **Kimminich, Otto**

Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in **Kaltenbrunner, Gerd-Klaus** (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, Herder, 1. Auflage, Freiburg i- Br., Wien, 1979.

### **Klecatsky, Hans R.**

Die Republik Österreich – Gestalt und Funktion ihrer Verfassung, 1. Auflage, Herder Verlag, Wien, 1968.

### **Kobzina, Alfred**

Parlamentarismus heute, 1. Auflage, Verlag für Geschichte und Politik, Wien, 1971.

### **Korinek, Karl**

Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 2000.

### **Korinek, Karl**

Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 151f.

## Literaturverzeichnis

**Korinek, Karl/Holoubek Michael**

Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Loseblattsammlung, Springer, Wien, New York.

**Kuderna, Friedrich**

Kommentar zum Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, Verlag des österreichischen Gewerkschaftsbundes, Wien 1996.

**Lehner, Oskar**

Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 3. Auflage, Trauner Verlag, Linz, 2002.

**Locke, John**

Über die Regierung, Reclam, Stuttgart, 1980.

**Loebenstein, Edwin**

Reform der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1968, 5f.

**Loewenstein, Karl**

Verfassungslehre, 3. Auflage, Mahr Verlag, Tübingen, 1975.

**Machacek, Rudolf**

Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 5. Auflage, Manzsche Universitäts- und Verlagsbuchhandlung, 2004.

**Madison, James**

An das Volk des Staates New York, Nr 47 in **Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay John, Die Federalist Papers**, 1. Auflage, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993.

## Literaturverzeichnis

### **Madison, James**

An das Volk des Staates New York, Nr 48 in **Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay John, Die Federalist Papers**, 1.Auflage, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993.

### **Madison, James**

An das Volk des Staates New York, Nr 51 in **Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay John, Die Federalist Papers**, 1.Auflage, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993.

### **Marcic, Rene**

Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1.Auflage, Springer Verlag, Wien, 1957.

### **Markel, Ernst**

Richterethos – Unabhängigkeit, RZ 2003, 166.

### **Matousek, Friedrich**

Politik und Justiz, RZ 2001, 1.

### **Matzka, Michael**

Für eine unabhängige Justiz! Gewaltentrennung im Dreieck Rechtssprechung, Politik und des Offenen Briefes der Richter und Staatsanwälte, RZ 2001, 29

### **Mayer, Heinz**

Das österreichische Bundesverfassungsrecht, 3. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2002.

### **Meinecke, Friedrich**

Politische Schriften und Reden, 1. Auflage, Köhler Verlag, Darmstadt, 1958.

## Literaturverzeichnis

### **Melichar, Erwin**

Von der Gewaltenteilung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts, Band I, 1. Teil, 1. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1970.

### **Merkl, Adolf**

Allgemeines Verwaltungsrecht, Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Wien u. Berlin, Verlag Österreich, Wien, 1927.

### **Merten, Detlef**

Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 1. Auflage, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989.

### **Mock, Erhard**

Richter machen Politik in **Kaltenbrunner**, Gerd-Klaus (Hrsg), Auf dem Weg zum Richterstaat, Herder, 1. Auflage, Freiburg i- Br., Wien, 1979.

### **Montesquieu, Charles Louis de Secondat**

Betrachtungen über die Ursache der Größe der Römer und ihres Niedergangs, 1. Auflage, Schünemann Verlag, Bremen, 1958.

### **Montesquieu, Charles Louis de Secondat**

Persische Briefe, 1. Auflage, Fischer Bücherei, Frankfurt am Main und Hamburg, 1964.

### **Montesquieu, Charles Louis de Secondat**

Vom Geist der Gesetze, 1. Auflage, Goldmann, München, 1967

## Literaturverzeichnis

**Morgan**, Edmund S.

Die amerikanische Revolution in **Mann**, Golo/**Nitschke**, August (Hrsg), Von der Reformation zur Revolution, 1. Auflage, Propyläen Verlag, Berlin, Frankfurt am Main, 1991.

**Müller**, Eduard

„Reformatio in peius“ im Leistungsstreitverfahren?, RdA 1991, 189.

**Negwer**, Georg Alexander

Die Grenzen der Juristerei, die Presse, 21.10.2006 (Gastkommentar).

**Öhlinger**, Theo

Verfassungsrecht, 7. Auflage, WUV Universitätsverlag, Wien, 2007.

**Ottmann** Henning

Geschichte des politischen Denkens, Band 3, Die Neuzeit, 1. Auflage, Verlag J.B. Metzler, Stuttgart, Weimar, 2006

**Ottmann**, Henning

Geschichte des politischen Denkens, Band 2, 1. Auflage, Verlag J.B. Metzler, Stuttgart, Weimar, 2002.

**Pechstein**, Matthias /**König**, Christian

Die Europäische Union, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Verlag, 2000.

**Pelinka**, Anton

Demokratie und Verfassung in Österreich, 1. Auflage, Europa Verlag, Wien, 1971.

## Literaturverzeichnis

**Pelinka, Anton**

Grundzüge der Politikwissenschaft, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar, 2004.

**Pernthaler, Peter**

Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1996.

**Peters, Hans**

Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1. Auflage, Westdeutscher Verlag Köln und Opladen, Düsseldorf, 1954.

**Peters, Hans**

Lehrbuch der Verwaltung, 1. Auflage, Springer Verlag, Berlin, 1949.

**Platon,**

Politeia, 1. Auflage, Artemis & Winkler, Düsseldorf/Zürich, 2000.

**Platon,**

Nomoi, in **Loewenthal, Erich** (Hrsg), Platon, Sämtliche Werke in drei Bänden, Band 3, Unveränderter Nachdruck der 8. durchgesehenen Auflage der Berliner Ausgabe von 1940, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2004.

**Polybios,**

Geschichte, Band 1, 1. Auflage, Die Bibliothek der alten Welt, Zürich, 1961.

**Polybios,**

Geschichte, Band 2, 1. Auflage, Die Bibliothek der alten Welt, Zürich, 1963.

**Popper, Karl R.**

Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band 1, 4. Auflage, UTB Verlag, Stuttgart, 1992.

**Popper, Karl R.**

Zur Theorie des Demokratie, in **Popper, Karl R.** , Alles Leben ist Problemlösen: Über Erkenntnis, Geschichte und Politik, 3. Auflage, Piper Verlag, München, 1996.

**Radbruch, Gustav**

Rechtsphilosophie, 2. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.

**Raschauer, Bernhard**

Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Auflage, Springer, Wien, New York, 1998.

**Rath-Kathrein, Irmgard**

Die Neufassung des § 117 Abs 4 Wasserrechtsgesetz-ein „Quasi-Quasiinstanzenzug“?, ZfV 1992, 23.

**Rill Heinz Peter/Schäffer Heinz**

Bundesverfassungsrecht, Loseblattsammlung, Verlag Österreich.

**Roots, Ivan**

Die englische Revolution in **Mann, Golo/Nitschke August** (Hrsg), 1. Auflage, Von der Reformation zur Revolution, Propyläen Verlag, Berlin, Frankfurt am Main, 1991.

**Rousseau, Jean Jacques**

Der Gesellschaftsvertrag, 1. Auflage, Wissenschaftlicher Verlag, Schutterwald/Baden, 2002.

## Literaturverzeichnis

### **Schalk, Fritz**

Die Europäische Aufklärung in **Mann Golo/Nitschke August** (Hrsg), 1. Auflage, Von der Reformation zur Revolution, Propyläen Verlag, Berlin, Frankfurt am Main, 1991.

### **Schambeck, Herbert**

Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.

### **Schelsky, Helmut**

Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1973.

### **Schmitt, Carl**

Verfassungslehre, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1954.

### **Schneider, Hans- Peter**

Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung, in **Merten, Detlef** (Hrsg), Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 1. Auflage, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989.

### **Schneider, Heinrich**

Föderale Verfassungspolitik für eine Europäische Union, in **Schneider, Heinrich/Wessels, Wolfgang** (Hrsg), Föderale Union -Europas Zukunft?, 1. Auflage, Beck Verlag, München, 1994.

### **Schweitzer, Michael/ Hummer, Waldemar/ Obwexer, Walter**

Europarecht, 6. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1. Auflage, Wien, 2007.

## Literaturverzeichnis

**Smend, Rudolf**

Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Auflage, Duncker & Humblot, 1994.

**Spielbüchler, Karl**

Dankt der Gesetzgeber ab?, Jbl 2006/6, 342.

**Stadelmann, Rudolf**

Geschichte der englischen Revolution, 1. Auflage, Limes Verlag, Wiesbaden, 1954.

**Steffani, Winfried**

Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, 1. Auflage, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1997.

**Steffani, Winfried**

Parlamentarische und präsidentielle Demokratie: Strukturelle Aspekte westlicher Demokratien, 1. Auflage, Westdeutscher Verlag, Opladen 1979.

**Theimer, Walter**

Geschichte der politischen Ideen, 4. Auflage, A. Francke Verlag AG, Bern, 1955.

**Thienel, Walter**

Wehrlose oder streitbare Demokratie, JRP 2005, 164.

**Thun-Hohenstein Christoph/Cede Franz**

Europarecht: 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbibliothek, Wien, 1996.

**Tomlins, Christopher L**

The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice, 1. Auflage, Houghton Mifflin Co, Boston, 2005.

**Tsatsos, Themistokles**

Zur Geschichte und Kritik der Lehre der Gewaltenteilung, 1. Auflage, Winter Verlag, Heidelberg, 1968.

**Vereinigung der Österreichischen Richter und Richterinnen**

Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat, 1. Auflage, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006.

**Walter, Robert/Mayer, Heinz/Kucska-Stadlmayer** Gabriele

Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbibliothek, Wien 2007.

**Walter, Robert/Mayer, Heinz**

Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 8. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbibliothek, Wien 2003.

**Weber, Karl**

Kriterien des Bundesstaates, Wilhelm Braumüller Universitätsverlachsbuchhandlung GesmbH, 1. Auflage, 1980, Wien.

**Weigand, Kurt**

Montesquieu – Vom Geist der Gesetze, 1. Auflage, Reclam, Stuttgart, 1965.

**Welan, Manfred**

Die Gewaltenteilung in **Schambeck** Herbert (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.

**Welckeck, Hans von**

Die Überwindung der Lehre von der Gewaltenteilung durch die Grundsätze der Führung der Volksgemeinschaft, 1. Auflage, Dr. Emil Ebering Verlag, Berlin, 1940.

## Literaturverzeichnis

**Werner**, Fritz

Das Problem des Richterstaates, 1. Auflage, de Gruyter Verlag, Berlin 1960.

**Wieacker**, Franz

Gesetz und Richterkunst, 1. Auflage, Müller Verlag, Karlsruhe, 1958.

**Winkler**, Günther

Studien zum Verfassungsrecht, 1. Auflage, Springer Verlag, Wien, New York, 1991.

**Winkler**, Günther

Zum Verwaltungsbegriff, Österreichische Zeitung für öffentliches Recht IX, 1958, 66.

**Winkler**, Günther

Das österreichisch Konzept der Gewaltenteilung in Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht, und Verfassungsgeschichte, 6. Band, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1967.

**Wolff**, Hans J.

Verwaltungsrecht I, 12. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2007.

**Zippelius**, Reinholt

Allgemeine Staatslehre, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 1975.

**Zinkl**, Werner

Wir sind frei – sind wir so frei?, RZ 2002, 73.

**ZEITUNGSARTIKEL**

Nach Wahl-Debakel muss Bush Rumsfeld opfern, 9.11.2006, Kurier.  
Haider schlägt zurück, Kurier, 21.1.2007, APA.  
Ortstafelstreit eskaliert wieder, 19.1.2007, Oberösterreichische Nachrichten.  
Ortstafelstreit: Richter sinniert, Haider rotiert, die Presse, 19.1.2007.  
Kritik: „Feigheit“ vor Entscheidung, 25.1.2007, die Presse.  
Vizepräsident der Richtervereinigung für Deeskalation, 18.1.2007, der Standard, APA.  
Holocaust-Leugner Irving, Gericht bestätigt Urteil, 4.9.2006, N-TV.  
Österreich schiebt Holocaust Leugner Irving ab, 21.12.2006, Spiegel Online.  
„Befangene“ Richter: SPÖ im Notfall für Gesetzesänderung, 3.1.2007, Wiener Zeitung.  
Schaller, Das Irving-Urteil und die politische Macht, 17.1.2007, Wiener Zeitung.  
Jarolim, Die Objektivität muss außer Zweifel stehen, 1.1.2007, Wiener Zeitung.  
<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/geschichte.html>  
<http://www.richtervereinigung.at/justiz25a.htm>

**ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG:**

VfSlg 3236/1957;  
VfSlg 3424/1958;  
VfSlg 4359/1963;  
VfSlg 6537/1971  
VfSlg: 3428/1958  
VfSlG 10.452/1985  
VfSlg 3109/1956;  
VfSlg 4836/1964;  
VfSlg 4837/1964;  
VfSlg 5690/1968;  
VfSlg 6537/1971;

Entscheidungssammlung:

VfSlg3507/1959;  
VfSlg 15.578/1999;  
VfSlg 8917/1980;  
VfSlg 9164/1981;  
VfSlg 9476/1982;  
VfSlg 12.220/1989:  
VfSlg 13.626/1993;  
VfSlg 16.327/2001;  
VfSlg 12.073/1989;  
VfSlg 12.929/1991;  
VfSlg 13.232/ 1992;  
VfSlg 9886;  
VfSlg 14.765;  
VfSlg 12.151;  
VfSlg 7376/1974.

Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Wien im Leistungsstreitverfahren zweiter Instanz der Sozialversicherung 25/164;  
OGH 7.3.2006, 5 Ob 165/05h,  
OGH, 14.9.2006, 6 Ob 101/06f

## Abstract

### ABSTRACT

Die Gewaltenteilung ist ein Thema, welches schon die Philosophen und Staatstheoretiker der Antike beschäftigte. Im Laufe der Geschichte war die Thematik der Gewaltenteilung immer wieder präsent, und die wohl wichtigsten Ideen für die Entwicklung des Konzeptes der Gewaltenteilung stammen von Montesquieu. Auch in der heutigen Zeit gibt es immer noch diverse Problemfelder, die eine Auseinandersetzung mit dem Thema der Gewaltenteilung erforderlich machen. Die Tatsache, dass es eine umfassende Beschäftigung mit dem Thema der Gewaltenteilung gab und gibt, mag auch damit zu erklären sein, dass es die unterschiedlichsten Formen der Gewaltenteilung gibt, und entwickeln sich hiebei auch immer wieder neue Formen, wie die sogenannte „neue Gewaltenteilung“, welche häufig in parlamentarischen Systemen anzutreffen ist. Genauer versteht man darunter die Entwicklung, dass die Parteien, die die Mehrheit im Parlament (Legislative) haben, auch die Regierung (Exekutive) stellen. Dadurch, dass es sich dabei um dieselben Parteien handelt, ist die Kontrollfunktion des Parlamentes der Regierung gegenüber abgeschwächt, und übernimmt in diesen Fällen die Opposition die Kontrollfunktion und hat sich diese als Gegengewicht herausgebildet.

Das Prinzip der Gewaltenteilung ist in Österreich zwar nicht ausdrücklich allgemein ausformuliert, jedoch ergibt sich das Bestehen dieses Prinzips in Österreich aus unterschiedlichen Verfassungsbestimmungen.

Die wichtigste Bestimmung der Bundesverfassung aus der sich das Gewaltenteilungsprinzip ableiten lässt, ist der Art 94 B-VG. Dieser Artikel ist auch der Einzige, der explizit eine Trennung von Gewalten anspricht. In Österreich zeigt sich der Gedanke der Gewaltenteilung jedoch nicht nur im Art 94 B-VG, der eine Trennung der Verwaltung von der Gerichtsbarkeit normiert, sondern manifestiert sich die Gewaltenteilung auch in der Existenz von Selbstverwaltungskörpern (Art 115 ff B-VG), in den Regelungen hinsichtlich der Inkompatibilität, in der Existenz des Bundesstaates, sowie auch darin dass es zu einer Trennung der Gesetzgebungs- von

## Abstract

den Vollziehungsorganen kommt.

Doch wie bereits dargelegt gibt es auch heutzutage noch aktuelle Fragen im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung.

Eine dieser Fragen, die hiebei auftaucht ist die Gewaltenverschränkung zwischen der Exekutive und der Legislative. Es gibt keine strikte Trennung von Exekutive und Legislative, von Regierung und Parlament, sondern vielmehr eine Gewaltenverschränkung. Die dritte Gewalt, die Judikative ist hierbei unabhängig von dieser Verschränkung.

Weitere in der Arbeit behandelte Fragen sind die Ausnahmen vom Art 94 B-VG, insbesondere die sukzessive Kompetenz und die Justizverwaltung. Auch die aktuelle Entwicklung eines Rückzuges des Gesetzgebers zugunsten des Judikative wird thematisiert, ebenso auch der politische Richter und eine allfällige Entwicklung hin zum Richterstaat.

## Lebenslauf

### LEBENSLAUF

Name: Anna-Theresa Bergt

Geboren: 14.07.1984 in Tirol

#### Ausbildung:

2006 – 2010: Bearbeitung der vorliegenden Doktorarbeit.

2002 – 2005: Studium der Rechtswissenschaften an der Leopold-Franzens Universität, Innsbruck.

1994 – 2002: BG-BRG-SRG Reithmannstraße

1990 – 1994: Volksschule Ranggen

#### Beruflicher Werdegang:

2005 – 2006: Gerichtspraxis im OLG Sprengel Wien

2006 – 2007: Rechtsanwaltsanwärterin bei Preslmayr Rechtsanwälte OG

2007 – 2010: Rechtsanwaltsanwärterin bei Pieler & Pieler & Partner KG