

Sebastian Schumacher

Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens

Dissertation

Erstbegutachter: Univ. Prof. Dr. Bernd-Christian Funk
Zweitbegutachter: Univ. Prof. Dr. Manfred Nowak

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien
Wien 2006

Meinen Eltern und Geschwistern gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung	6
I. Problemstellung und Ziel der Arbeit.....	6
II. Klärung des Begriffs ›Verfahren‹.....	9
III. Klärung des Begriffs ›Rechtsstaat‹	13
1. Formales Rechtsstaatsverständnis	14
2. Materielles Rechtsstaatsverständnis	18
Zweiter Teil: Entstehung und Funktionen des rechtlichen Verfahrens.....	23
I. Urformen des rechtlichen Verfahrens	24
II. Entwickelte Rechtsverfahren	29
1. Übergang zu staatlichen Herrschaftsstrukturen.....	29
2. Rechtliches Verfahren der Neuzeit	35
III. Moderne Rechtsverfahren	38
1. Aufklärung und Liberalismus.....	38
2. Entstehung des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes	40
3. Neuere Entwicklungen im AVG	52
IV. Zwischenergebnis.....	61
Dritter Teil: Grundlagen des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens.....	64
I. Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter	67
1. Verpflichtungen für den Gesetzgeber	68
2. Verpflichtungen für die Verwaltung	69
3. Art. 83 Abs. 2 B-VG als Grundrecht.....	72

II. Gleichheitssatz.....	74
1. Verpflichtungen für den Gesetzgeber	75
2. Verpflichtungen für die Vollziehung	81
III. Art. 11 Abs. 2 B-VG	83
IV. Rechtsstaatsgebot	91
1. Begründung der Rechtsstaatsjudikatur.....	91
2. Umfang der Rechtsstaatsjudikatur	101
3. Neuere Rechtsstaatsjudikatur iZm der Prüfung der AsylG Novelle 2003	109
4. Bewertung der VfGH-Rechtsstaatsjudikatur in der Lehre	115
4.1 Methodische Kritik: Walter, H. Mayer, Muzak, Jabloner, Wiederin.....	116
4.2 Kritik an der Rspr zur Frage der Parteistellung: Oberndorfer, Thienel, Kusko- Stadlmayer, Stolzlechner, Pernthaler	118
4.3 Zustimmende Bewertung: Hiesel, Davy, Lengheimer	123
4.4 Versuch einer Begründung des rechtsstaatlichen Verfahrens: Holzinger, Thienel.....	126
V. Exkurs: Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen	133
VI. Zwischenergebnis.....	135
Vierter Teil: Begründung des rechtsstaatlichen Verfahrens	142
I. Prinzipien als Normen der Rechtsordnung	143
1. Die Rechtsordnung als System von Regeln und Prinzipien.....	143
2. Die Geltung einzelner Prinzipien	151
3. Das Institut des rechtsstaatlichen Verfahrens als Prinzip.....	154
II. Methodische Vorüberlegungen.....	156
1. Empirische Beweisführung	156
2. Deduktive Beweisführung.....	158
3. Induktive Beweisführung	160
4. Reflexive Beweisführung.....	162
III. Geltung und Inhalt des Prinzips des rechtsstaatlichen Verfahrens	169
1. Mindestvoraussetzungen des Verfahrens	170
2. Ansprüche des Verfahrens	173
3. Grundsatz der Richtigkeit.....	178
3.1 Begriff der Richtigkeit	179
3.2 Ist Richtigkeit feststellbar?.....	182
3.3 Modelle der Feststellung von rechtlicher Richtigkeit	187

a) <i>Deduktives Modell</i>	189
b) <i>Hermeneutisches Modell</i>	197
c) <i>Diskurstheoretisches Modell</i>	204
3.4 Verfahrensrechtliche Konsequenzen.....	219
a) <i>Teilnahmerechte</i>	222
b) <i>Kommunikations- und Informationsrechte</i>	225
c) <i>Entscheidungs- und Kontrollregeln</i>	230
4. Grundsatz der Fairness	241
4.1 Begriff der Fairness.....	241
4.2 Verfahrensrechtliche Konsequenzen.....	249
a) <i>Achtung der Menschenwürde</i>	250
b) <i>Gleichbehandlungsgebot</i>	254
c) <i>Willkürverbot</i>	255
d) <i>Prozedurale Fürsorge</i>	256
5. Grundsatz der Effektivität	260
5.1 Begriff der Effektivität.....	260
5.2 Verfahrensrechtliche Konsequenzen.....	263
a) <i>Mitwirkung am Verfahren und Autorität der Behörde</i>	263
b) <i>Optimierung von Verfahrensabläufen</i>	267
c) <i>Effektivität des Rechtsschutzes</i>	271
IV. Zwischenergebnis.....	273
Fünfter Teil: Zusammenfassung.....	276
Literaturverzeichnis.....	282

ERSTER TEIL

Einleitung

I. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

Im internationalen Vergleich hat Österreich bereits sehr früh die Grundlagen für einen effektiven Verwaltungsrechtsschutz geschaffen. 1876 wurde mit der Errichtung des Verwaltungsgerichtshofs die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt, 1925 wurden durch die Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) einheitliche Rahmenbedingungen für das Verwaltungshandeln festgelegt. Das AVG war die erste Verfahrensordnung seiner Art und diente zahlreichen Staaten als Vorbild für ähnliche Gesetzeswerke. Markenzeichen des AVG sind bis heute die starke Stellung von Verfahrensparteien, das hohe Niveau an Rechtsschutz und die Effizienz des Verfahrens. Für die herausragende Qualität des AVG spricht, dass auch 80 Jahren nach seinem In-Kraft-Treten und nach zahlreichen Novellen die wesentlichen Eckpunkte unverändert geblieben sind.

Bemerkenswert an der österreichischen Situation ist allerdings, dass die Verfahrensgarantien des AVG nur einfachgesetzlich determiniert sind und keine verfassungsrechtliche Verankerung finden. Im Gegensatz zu anderen Staaten kennt das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) weder eine allgemeine Rechtswegegarantie – wie etwa in Deutschland oder in der Schweiz – noch ein allgemeines Grundrecht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren. Einzig im Anwendungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bestehen verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien, die den einfachen Gesetzgeber binden. Grundsätzlich können daher die Verfahrensvorschriften des AVG durch einfache Gesetze beseitigt oder abgeändert werden. Selbst über die zentrale Frage der Parteistellung entscheidet der einfache Gesetzgeber.

Um dieser unbefriedigenden verfassungsrechtlichen Situation zu begegnen, die in einem auffallenden Widerspruch zum hohen Standard des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzes steht, hat es der Verfassungsgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen unternommen, jene Grundsätze des rechtsstaatlichen Verfahrens zu konkretisieren, die für jedes Verwaltungsverfahren Gültigkeit besitzen. Die Herausbildung dieser Grundsätze erfolgte anfangs in der Auseinandersetzung mit dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art. 83

Abs. 2 B-VG) und dem Gleichheitssatz, seit 1986 beruft sich der VfGH in seiner Judikatur hauptsächlich auf das allgemeine Rechtsstaatsgebot. Im Zentrum der höchstgerichtlichen Rechtsstaatsjudikatur steht die Forderung, dass Rechtsschutzeinrichtungen ein Mindestmaß an faktischer Effektivität aufweisen müssen. Aus diesem Blickwinkel hat der VfGH Stellung zu etlichen prozeduralen Fragen bezogen (z.B. Zulässigkeit des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln, Notwendigkeit der bescheidmäßigen Erledigung, Mindestdauer von Rechtsmittelfristen, etc.). Die Aussagen des VfGH zu den Mindestvoraussetzungen des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens haben mittlerweile eine solche Dichte und einen solchen Umfang erreicht, dass *Pernthaler* attestiert, der Höchstgerichtshof habe durch seine Judikatur einen „ungeschriebenen [verfahrensrechtlichen] Grundrechtskomplex“¹ richterrechtlich entfaltet, ja die Judikatur komme sogar „einer umfassenden und wirksamen innerstaatlichen Rechtswegegarantie sehr nahe.“²

Diese bemerkenswerte Einschätzung wirft mehrere Fragen auf: Kann man tatsächlich davon ausgehen, dass die österreichische Verfassungsrechtsordnung eine allgemeine ungeschriebene Rechtswegegarantie enthält, die verbindliche Grundsätze für jedes Verwaltungsverfahren vorschreibt? Falls man eine derartige Rechtswegegarantie annimmt – wie könnte ihre Geltung begründet werden? Und was wäre der Inhalt einer solchen Garantie?

Diesen Fragen werde ich in der vorliegenden Arbeit nachgehen. *Meine grundlegende These ist, dass in der österreichischen Rechtsordnung für den Vollzug des Verwaltungsrechts eine ungeschriebene Rechtswegegarantie identifiziert werden kann, die ich als verfassungsrechtliches Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens bezeichne. Der Inhalt dieses Prinzips ist, dass jedes Verwaltungsverfahren den Grundsätzen der Richtigkeit, Fairness und Effektivität zu entsprechen hat. Ziel der Arbeit ist es, für dieses Prinzip eine allgemein gültige Begründung zu finden und seine konkreten verfahrensrechtlichen Konsequenzen aufzuzeigen. Dafür werde ich folgende Untersuchungsschritte setzen:*

Zunächst ist die Frage zu stellen, was unter den Begriffen ›Verfahren‹ und ›Rechtsstaat‹ zu verstehen ist. Im juristischen Diskurs werden beide Begriffe mit unterschiedlichen Bedeutungen, hinter denen verschiedene theoretische und ideologische Konzepte stehen, gebraucht. Dies wird vor allem für den Begriff des Rechtsstaats deutlich, der in einem formalen und in

¹ *Peter Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 670.

² Ebd. 673.

einem materiellen Verständnis verwendet wird. Im II. und III. Kapitel dieses Teils werden die unterschiedlichen Verwendungsweisen erörtert und geklärt, in welcher Bedeutung diese Begrifflichkeiten in dieser Arbeit verwendet werden.

Nach dieser terminologischen Klärung wird im Zweiten Teil die historische Entwicklung des rechtlichen Verfahrens nachgezeichnet, um seine zentralen Strukturprinzipien zu identifizieren. Dabei wird sich zeigen, dass es verschiedene Entwicklungsstufen des rechtlichen Verfahrens gibt. Gehaltvolle prozedurale Konzepte lassen sich bereits in frühen Verfahrenssystemen nachweisen. Der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit kann sich jedoch erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts breiter durchsetzen. Dieser Gedanke bestimmt auch die Kodifikation des AVG wesentlich – der Entstehungsprozess dieser Verfahrensordnung, die ihr zugrunde liegenden Intentionen und die aktuellen Entwicklungen werden näher beleuchtet.

In einem weiteren Schritt werden im Dritten Teil die Grundlagen des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht behandelt. Es wird gezeigt, welche Determinanten sich für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren aus dem österreichischen Bundesverfassungsrecht entnehmen lassen. Auf die Verfahrensgarantien der EMRK wird in diesem Zusammenhang nicht eingegangen. Einerseits, weil dieses Thema in der wissenschaftlichen Literatur ausreichend dargestellt ist, andererseits, weil die Verfahrensgarantien der EMRK nur in bestimmten Verfahren zur Anwendung kommen, in dieser Arbeit jedoch die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze aufgezeigt werden sollen, die für *alle* Verwaltungsverfahren gleichermaßen gelten.

Breiten Raum nimmt die Darstellung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ein. Der VfGH hat insbesondere in seiner Judikatur zum Rechtsstaatsgebot zahlreiche Aussagen zum Wesen des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens getroffen. Diese Judikatur zeigt wichtige Aspekte auf, ist allerdings zu wenig kohärent, um allein auf ihrer Grundlage eine ungeschriebene Rechtswegegarantie zu begründen. Vonseiten der Rechtswissenschaft wurde auf die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH nicht nur mit Zustimmung reagiert. Während diese Judikaturlinie von rechtspositivistischen Meinungsvertretern als unzulässige Rechtsschöpfung gebrandmarkt wird, wird von Anhängern einer wertorientierten Jurisprudenz ihre mangelnde Konsistenz gerügt. Vor allem die restriktive Haltung des Höchstgerichtshofs zur Frage eines subjektiven Rechts auf Parteistellung ist Anlass für breite Kritik. Unisono wird von Vertretern aller Lager beklagt, dass es der VfGH bisher weitgehend unterlassen hat, seine Judikatur zum

rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren angemessen zu begründen. Überraschend ist, dass trotz der unterschiedlichen Bewertung der Rechtsstaatsjudikatur die vom VfGH judizierten Grundsätze des rechtsstaatlichen Verfahrens in der Lehre weitgehend außer Streit stehen. Die Streitfrage ist weniger, was die institutionellen Garantien des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens sind, sondern vielmehr, wie die rechtliche Geltung dieser Grundsätze begründet werden kann.

Diese Frage zu klären, ist die Aufgabe des Vierten Teils. Unter Einbeziehung der bisherigen Ergebnisse soll eine allgemeine Begründung für die Geltung und den Inhalt des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens gefunden werden. In einem ersten Schritt werde ich zeigen, dass jede Rechtsordnung nicht nur als System von positiven Regeln, sondern auch als System von Prinzipien zu begreifen ist. Auch ungeschriebene Prinzipien sind Teil der Rechtsordnung. Aus dieser Perspektive kann eine ungeschriebene allgemeine Rechtswegegarantie als verfassungsrechtliches Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens angenommen werden. Die Schlüsselfrage ist, wie die Geltung dieses Prinzips bewiesen werden kann. Ich versuche zu zeigen, dass seine Geltung in den unhintergehbaren Annahmen begründet liegt, die wir notwendigerweise machen müssen, wenn wir uns sinnvoll auf das rechtliche Verfahren beziehen. Neben den technischen Rahmenbedingungen eines jeden rechtlichen Verfahrens können auf diese Weise die gehaltvollen Ansprüche der Richtigkeit, Fairness und Effektivität freigelegt werden. Welche verfahrensrechtlichen Implikationen diese Grundsätze haben, soll für das System des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens nachvollzogen werden. Dabei soll gezeigt werden, wie die von der herrschenden Rechtsprechung und Lehre angenommenen institutionellen Garantien des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens vor dem Hintergrund dieses Prinzips begründet werden können.

Die Ergebnisse und Schlussfolgerungen der Arbeit werden in einem abschließenden Fünften Teil zusammengefasst.

II. Klärung des Begriffs ›Verfahren‹

Das Verfahrensrecht wird häufig bloß als dienendes oder rein technisches Recht angesehen, das in seiner Bedeutung hinter das materielle Recht verwiesen wird. Das mag der Grund dafür sein, dass der Begriff des Verfahrens meist als feststehend angenommen und in der einschlä-

gigen österreichischen Prozessliteratur oft nicht näher definiert wird. Im Folgenden ein erster Klärungsversuch:

Bereits die Geschichte des Begriffs ›Verfahren‹ ist wechselvoll. Er geht auf das althochdeutsche Wort *firfaran* auch *farfaran* zurück, das eine räumliche Bewegung, und zwar im Sinn einer Wegbewegung („wegziehen“, „weiterziehen“), ausdrückte – als endgültiges Wegbewegen auch im Sinn von „sterben“, „untergehen“, „zugrundegehen“. Dieser Bedeutungsinhalt lässt sich auch im mittelhochdeutschen *vervarn* nachweisen, das ferner auch in der Bedeutung von „den falschen Weg gehen“, „sich verirren“ verwendet wurde.³ Damit hatte dieser Ausdruck eine weitgehend negative Konnotation.

Die heute vorherrschende Bedeutung „etwas auf eine bestimmte Weise erledigen“, „vorgehen“, „jemanden behandeln“ entwickelte sich im 16. Jahrhundert. Etwa zu dieser Zeit fand der Begriff des Verfahrens als substantivierter Infinitiv im Mittelniederdeutschen als *Verfahrun*g erstmals Eingang in die Rechtssprache. Die Verwendung erfolgte im Sinne von „Vorgehen“ (übertragen aus der räumlichen Bedeutung „nach vorne, vorwärts gehen“)⁴, jedoch nicht mehr als Ausdruck eines Bewegungsaktes, sondern als Abstraktum, wenn der dynamische Charakter auch erhalten blieb.

Um 1700 wurde *Verfahrun*g durch *Verfahren* verdrängt⁵, das weitgehend synonym zum Begriff „Prozess“ als Folge von Rechtshandlungen, die der Erledigung einer Rechtssache dienen, gebraucht wurde. Schließlich setzte sich der Begriff auch in der Wissenschaftssprache durch, wo ›Verfahren‹ ein geregeltes Vorgehen bzw. Methode meint⁶, womit sich die Bedeutung des konkreten „Tätigseins in Bezug auf etwas“ hin zu einer abstrakten Bedeutung der spezifischen Form eines solchen Beschäftigtseins verschob.⁷ Der ehemals negative Bedeutungsinhalt konnte sich als Verb noch in der Alltagssprache in den Verwendungen „sich verfahren“, „mit

³ Wolfgang Pfeifer (Hrsg.), *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*⁷ (2004) 1501.

⁴ Ebd.; Friedrich Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*²⁴ (2002) 951.

⁵ Im 17. Jahrhundert waren in der deutschen Wissenschaftssprache *-ung* Bildungen besonders häufig, wurden jedoch teilweise zugunsten kürzerer Bildungen verdrängt. Vgl. Nabil Osman, *Kleines Lexikon untergegangener Wörter*¹⁵ (2004) 206 f.

⁶ Spätestens seit Immanuel Kant wurde der Begriff Verfahren als Synonym zu Methode in der Philosophie fest verankert. Joachim Ritter et al. (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 12 Bände (1971 - 2005) 11. Band (2001) 633.

⁷ Ebd.; Jacob und Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*. 16 Bände [in 32 Teilbänden] (1854-1960) Band 25, Spalte 291 f.; Pfeifer, *Etymologisches Wörterbuch* 1501.

jemandem verfahren“ halten, wohingegen in der Wissenschafts- und Rechtssprache ›Verfahren‹ als ein zielgerichtetes Fortschreiten – im Gegensatz zum Verharren in einem statischen Zustand – in einer neutralen Konnotation gebraucht wird.

Eine rechtstheoretische Definition des Verfahrensbegriffs unternehmen *Adamovich/Funk* und *Antoniolli/Koja*, die unter einem rechtlichen Verfahren – in Anlehnung an *Merkel* – die Art und Weise, in der aus einer Rechtserscheinung höherer Stufe eine Rechtserscheinung niedrigerer Stufe entsteht, verstehen. In einem engeren Sinn ist darunter eine prozessförmige Vorgangsweise (im Gegensatz zum verfahrensfreien Handeln) gemeint, die sich durch ein gewisses Mindestmaß an Formalisierung im Ablauf (Gliederung in Beweis-, Ermittlungs- und Rechtsmittelverfahren) und der Förmlichkeit der Entscheidungen auszeichnet.⁸

Für *Oberndorfer* dient ein rechtliches Verfahren der Verarbeitung von Informationen mit dem Ziel der Entscheidungsfindung und Entscheidungsfertigung, wobei jedes Verfahren eine interne und eine externe Komponente hat: Intern trachtet jede Organisation (= Soziales System) danach, ihren Entscheidungsprozess möglichst reibungslos und glatt abzuwickeln und Störungen von außen her (Umwelt) abzuhalten. Extern wird die Erwartungshaltung an die Organisation herangetragen, dass durch das Verfahren eine richtige Entscheidung erzeugt wird, was ein Verfahren dadurch zu garantieren versucht, dass der Sachverhalt korrekt ermittelt wird und die materiellen Rechtsvorschriften exakt auf diesen angewendet werden. Überdies besteht die Möglichkeit einer Fehlerkorrektur, also einer Fortsetzung des Verfahrens, das die bereits gefällte Entscheidung zum Gegenstand hat.⁹

Zentrale Bedeutung nimmt das rechtliche Verfahren in der Rechtssoziologie *Luhmanns* ein. Nach seinem Verständnis sind Verfahren kurzfristig eingerichtete, auf ein Ende hin konstituierte soziale Systeme mit der Funktion, bindende Entscheidungen zu erarbeiten. Im Unterschied zu anderen prozessmäßig ablaufenden Rechtshandlungen liegt ein Verfahren nur dann vor, wenn Ungewissheit über den Ausgang besteht, die durch einen selektiven Entscheidungsprozess behoben wird. Die Ungewissheit des Ausgangs ist damit ein wesentliches Strukturelement des Verfahrens. Im sozialen System des Verfahrens entwickelt sich eine eigene Verhaltensordnung – die Beteiligten werden aus den mit ihrem Lebensumfeld verhafteten

⁸ Vgl. *Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 49; *Walter Antoniolli/Friedrich Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 601 f.

⁹ *Peter Oberndorfer*, Grundprobleme des Verwaltungsverfahrens in der österreichischen Sozialversicherung, ZAS 6/1973, 203 – 216, 203.

Rollen herausgelöst und nehmen die Rolle eines Entscheiders oder einer beteiligten Verfahrenspartei ein. Durch diese Verfahrensidentität werden die anderen Rollenbilder neutralisiert und die Konzentration auf die Lösung normativer Konflikte fokussiert. Der kommunikative Beitrag der Verfahrensparteien wird ihnen als freiwilliges Verhalten persönlich zugerechnet. Im Laufe des Verfahrens setzt sich ein Lernprozess in Gang, an dessen Ende das Akzeptieren der Entscheidungen steht, wodurch diese Legitimität erhält.¹⁰

Aus dem kommunikationstheoretischen Blickwinkel von *Alexy* und *Habermas* wird das rechtliche Verfahren als Diskurs gesehen, in dem von den Beteiligten (Entscheidungsorgan, Parteien, etc.) Kommunikationsakte gesetzt werden, die mit Geltungsansprüchen verbunden sind. Deskriptive Aussagen sind mit dem Geltungsanspruch der Wahrheit, normative Aussagen mit dem Geltungsanspruch der Richtigkeit verbunden. Ziel der Verfahrensteilnehmer ist es, die von ihnen erhobenen Geltungsansprüche durch rationale Argumente einzulösen, was dann gelingt, wenn die von ihnen vorgebrachten Argumente von den anderen Beteiligten anerkannt werden. Der Zweck des rechtlichen Verfahrens besteht darin, eine richtige Entscheidung zu erzeugen.¹¹

Für die folgenden Untersuchungen werde ich den Begriff des Verfahrens in einem weiten Sinn verstehen: *Das rechtliche Verfahren ist ein zeitlich begrenztes soziales System, dessen Abläufe von kommunikativen Handlungen bestimmt sind. Das Verfahren wird mit dem Ziel durchgeführt, für eine offene Rechtsfrage auf der Grundlage des geltenden Rechts eine verbindliche Entscheidung herzustellen, die für sich Richtigkeit in Anspruch nimmt. Der Begriff des Verfahrens hat eine interne und eine externe Komponente: ›Verfahren‹ bezeichnet einerseits den internen Prozess der Entscheidungsfindung als zielgerichtetes, methodisches Vorgehen (Klärung des Sachverhalts, Klärung der Rechtsfrage) und andererseits den äußeren prozeduralen Rahmen als formalisierten Ablauf von Prozesshandlungen.*

¹⁰ Vgl. dazu *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1969) Suhrkamp (1983) 38 ff; *ders.*, Rechtssoziologie³ (1987) 141 ff, 172 ff, 218, 263; *ders.* Das Recht der Gesellschaft (1993) 208 ff.

¹¹ Vgl. *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation² (1991) 269 ff. Vgl. dazu ausführlich unten S. 213.

III. Klärung des Begriffs ›Rechtsstaat‹

Der Begriff des Rechtsstaats wird innerhalb der Rechtswissenschaft in unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. Einigkeit besteht unter Rechts- und Staatswissenschaftlern darüber, dass das Prinzip des Rechtsstaats eine der tragenden Säulen der österreichischen Rechtsordnung ist (auch als Grund- oder Bauprinzip bezeichnet), das sich aus dem Gesamtkonzept der Bundesverfassung ableiten lässt und das unter dem erhöhten Bestandsschutz des Art. 44 Abs. 3 B-VG der Disposition des Gesetzgebers weitgehend entzogen ist.¹² Dieser Konsens schlägt jedoch in einen Dissens um, wenn es darum geht, einen allgemeinen Begriff für den Rechtsstaat anzugeben.

Erstmals taucht der Begriff „Rechtsstaat“ beim liberalen deutschen Staatsrechtler *Mohl* in seinem Werk „Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats“ (1832/1834) auf. „Rechtsstaat“ wurde von ihm als Gegensatzbegriff zum absolutistischen („aristokratischen“) Polizeistaat verwendet.¹³ Zentrale Aufgabe des absolutistischen Staates war die Sorge für das Wohl der Untertanen, die sich nicht nur auf den Schutz der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit beschränkte, sondern sich auch um das körperliche und geistige Wohlergehen des einzelnen kümmerte. Auch wenn das staatliche Handeln auf das Wohl der Bürger ausgerichtet war, wurde der einzelne zugleich zum Objekt herabgestuft, das prinzipiell schrankenlosen Eingriffen ausgesetzt war.¹⁴

Gegen diese paternalistische Auffassung setzte das liberale Rechtsstaatsdenken das Selbstbestimmungsrecht eines jeden Individuums, dem von Natur aus Freiheitsrechte zugestanden wurden, die es gegen staatliche Eingriffe zu verteidigen gilt. Statt Zwangswohlfahrt sollte nach liberaler Denkart das Selbstbestimmungsrecht der Menschen die Staatstätigkeit bestimmen.¹⁵

¹² Vgl. *Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Band 1 Grundlagen (1997) 176; *Martin Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 1999, 522 – 533; vgl. 523 (mwN); *Heinz Mayer*, B-VG-Kommentar³ (2002) Art. 44 B-VG II.2; *Theo Öhlinger*, Verfassungsrecht⁶ (2005) Rz 62 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 32 f; *Robert Walter/Heinz Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz 165.

¹³ Dass sich im Begriff „Rechtsstaat“ als Verbindung von Recht und Staat ein bestimmtes staatsrechtliches Programm ausdrückt, ist (seit *Mohl*) eine Eigenart des Staat- und Verfassungsdenkens im deutschen Sprachraum. Vgl. *Alfred Albrecht*, Rechtsstaat, in: Görres Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon⁷, Band 4 (1995) 737 – 747, 739.

¹⁴ *Ernst Benda*, Rechtsstaat, in: *Dieter Nohlen* (Hrsg.), Lexikon der Politik, Band 1: Politische Theorien (1995) 515 – 519, 515.

¹⁵ Ebd.

An die Stelle des absolutistischen Staates, der die Menschen dem von Gott eingesetzten Monarchen unterwirft, tritt der Rechtsstaat, der durch Gesetze das staatliche Handeln begrenzt und so für die Bürger einerseits an Berechenbarkeit gewinnt und ihnen andererseits Autonomie einräumt.¹⁶ Diese Definition der Beziehung zwischen dem Staat und seinen Bürgern ist für die öffentliche Verwaltung von weitreichender Konsequenz: *Das staatliche Handeln im administrativen Bereich darf nur noch auf der Grundlage von Gesetzen erfolgen, die polizei-staatliche Willkür wird damit von der Herrschaft der Gesetze abgelöst.*

1. Formales Rechtsstaatsverständnis

Diese Überlegung radikalisiert sich im formalen Rechtsstaatsbegriff, der in einer rein funktionalistischen Bewertung jedem Staat, dessen Abläufe auf der Grundlage von Gesetzen beruhen, das Prädikat der Rechtsstaatlichkeit zuspricht. Das Recht ist demnach staatliches Herrschaftsmittel, also jene gesellschaftliche Autorität, die der Staat erzeugt und anwendet, um Menschen seinen Willen aufzuzwingen, indem diese zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verhalten werden. Ein solcher Staat kann nach formalen Verständnis Rechtsstaat genannt werden, weil „die Form, das Mittel der Herrschaft das Recht ist [und] weil der Staat Recht erzeugt und Recht anwendet.“¹⁷

Eine Erweiterung dieses Begriffs ergibt sich, wenn die Beziehung zwischen Recht und Staat so definiert wird, dass der Staat nicht nur durch das Recht herrscht, sondern auch vom Recht beherrscht wird. „In diesem Sinne des Wortes Rechtsstaat ist das Recht nicht das Mittel, sondern das Maß des staatlichen Handelns, ist das Ob und Wie des staatlichen Handelns durch das Recht bedingt und bestimmt.“¹⁸

¹⁶ Diese Konzepte werden nicht erst durch den Liberalismus entwickelt, sondern können sich auf Klassiker der politischen Theorie stützen, wie etwa: *John Locke*, Über die Regierung (1690) dt. Übersetzung Dorothee Tidow, Reclam (1974); *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze (1748) dt. Übersetzung Kurt Weigand, Reclam (1994); *Jean-Jacques Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrecht (1762), dt. Übersetzung Hans Brockard, Reclam; *Immanuel Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag zwar in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793) und Metaphysik der Sitten (1797).

¹⁷ *Adolf Merkl*, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: FS Kelsen (1971) 126 – 140, 126.

¹⁸ Ebd. Dass ein Staat dem Recht unterworfen ist, ist nach *Kelsen* eine Selbstverständlichkeit, weil die Existenz eines Staats auf Rechtsnormen gründet. Daher könne auch nicht ein dem Recht in seiner Existenz vorangehender Staat zunächst das Recht schaffen und sich dann dem Recht unterwerfen. Es ist vielmehr das Recht, das das Verhalten von Menschen und insbesondere auch ihr auf die Erzeugung des Rechts gerichtetes Verhalten regelt und sich damit diese Menschen unterwirft. Vgl. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 314.

Hans Kelsen hat in seiner Reinen Rechtslehre überhaupt die Identität von Staat und Recht proklamiert, jeden Staat als Rechts-Staat bezeichnet und damit schließlich den Begriff Rechtsstaat als Pleonasmus aufgegeben.¹⁹ Der Versuch, den Staat als „Rechts“-Staat zu legitimieren, enthülle sich als völlig untauglich, weil jeder Staat in dem Sinn ein Rechtsstaat sein müsse, dass jeder Staat eine Rechtsordnung sei. Dies stelle jedoch kein politisches Werturteil dar. Die Einschränkung des Begriffs Rechtsstaat auf einen Staat, der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht, impliziere die Annahme, dass nur solche staatlichen Strukturen als „wahre“ Rechtsordnungen angesehen werden könnten. Genau diese Annahme sei aber ein „naturrechtliches Vorurteil“. Selbst ein Staat, der weder Rechtssicherheit noch Gerechtigkeit biete, sei als Rechtsstaat anzusehen: „Vom Standpunkt eines konsequenten Rechtspositivismus kann das Recht, ganz ebenso wie der Staat, als nichts anderes erkannt werden denn als eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens, über deren Moral- oder Gerechtigkeitswert damit nichts ausgesagt ist. Damit lässt sich der Staat nicht mehr und nicht weniger begreifen als das Recht selbst.“²⁰

Die zeitgenössischen Vertreter der Wiener Schule des Rechtspositivismus halten grundsätzlich an der Auffassung *Kelsens* fest, vertreten aber einen weiteren formalen Rechtsstaatsbegriff. Der sich als Gegentyp zum willkürlichen Polizeistaat verstehende Rechtsstaat zeichnet sich durch Bestimmtheit (Rechte und Pflichten sind durch Gesetz geregelt) und deshalb durch Berechenbarkeit aus. Im Gegensatz zu *Kelsen* wird der Rechtsstaat der Rechtssicherheit und dem institutionellen Rechtsschutz verpflichtet: „[Der] Rechtsstaat muss also ein *Verfassungsstaat* sein, d.h. Normen aufweisen, die die Gesetzgebung regeln; er muss ein *Gesetzesstaat* sein, d.h. Normen enthalten, die dem einzelnen sein Verhalten vorschreiben und an die Nichteinhaltung Zwang knüpfen (materielles Recht), Organe zur Vollziehung berufen und ihr Vorgehen regeln (Organisations- und Verfahrensrecht); und er muss ein *Rechtsschutzstaat* sein, d.h. die Einhaltung von Verfassung und Gesetz durch entsprechende Einrichtungen sichern.“²¹

Nach dieser Auffassung ist der Rechts-Staat keine Tautologie mehr, sondern verlangt nach einer inhaltlich relativ bestimmten Rechtsordnung und nach entsprechenden effektiven

¹⁹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 319 f.

²⁰ Ebd. 320.

²¹ *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 165. Dieser Definition schließen sich an: *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 126.

Rechtsschutzeinrichtungen, die ihre Einhaltung garantieren.²² Staatliches Handeln darf nur auf Grund von Gesetzen ausgeübt werden (Art. 18 Abs. 1 B-VG). Das Rechtsstaatsverständnis verengt sich in dieser Sichtweise allerdings zum Grundsatz der Legalität. Willkür gilt bereits dann als abgestellt und staatliches Handeln als legitim, wenn der Staat auf der Grundlage einer geltenden und positiv-gesetzten Rechtsordnung operiert. Es kommt also nur auf die Form des staatlichen Handelns an, nicht auf den damit verbundenen Zweck. Die Begriffe „*Verfassungsstaat*“ und „*Rechtsschutzstaat*“ werden nicht als Ausdruck einer bestimmten Wertehaltung, sondern rein technisch verstanden, indem sowohl die Verfassung als auch Rechtsschutzeinrichtungen die Herrschaft des Rechts absichern sollen.

Der Inhalt von Normen kann nach formalem Rechtsstaatsverständnis beliebig ausfallen.²³ Wird Verfahren und Form eingehalten, durch die sich der politische Wille als Gesetz manifestiert, so ist jeder Rechtssatz unbeschadet seines Inhalts als verbindlich anzusehen. In einer Demokratie genügt daher der mehrheitliche Wille des zum Gesetzgeber gewordenen Volkes. Dies kann in modernen pluralistischen Gesellschaften, in denen kein durchgängiger Wertekonsens mehr angetroffen wird, dazu führen, dass diese „Zuflucht zu den Verbindlichkeiten des Mehrheitsentscheids ohne Rücksicht auf seine inhaltliche Richtigkeit [nehmen].“²⁴

Auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit spielt nach dem formalen Rechtsstaatsverständnis die inhaltliche Richtigkeit von Gesetzen keine Rolle. Ihre Aufgabe liegt allein darin, darüber zu wachen, dass Gesetze formal korrekt und systemkonform beschlossen werden, materielle Wertungen über den Inhalt der Gesetze bleiben ausgespart. Das vom liberalen Rechtsstaatsdenken postulierte Eingriffsverbot in die unveräußerlichen Rechte eines jeden Menschen ist damit vom formalen Rechtsstaatsverständnis aufgegeben.

Die Kritik am formalen Rechtsstaatsbegriff liegt auf der Hand: Dadurch dass der Rechtsstaat allein auf seine rechtlichen Formen und Verfahrensabläufe reduziert wird („formaler Reduktionismus“²⁵), können selbst totalitäre Regime als rechtsstaatlich angesehen werden, sofern diese sich durch rechtliche Strukturen organisieren. Dies räumt auch *Kelsen* ein, wenn er 1934

²² Für *Pernthaler* hat der heutige Rechtspositivismus, indem er den wirksamen Rechtsschutz in sein Rechtsstaatsmodell integriert hat, den klassischen formalen Rechtsstaatsbegriff überwunden. Vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 558.

²³ Ebd.

²⁴ *Benda*, Rechtsstaat 516f.

²⁵ *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 82 f.

die staatliche Organisation der Sowjetrepublik, des faschistischen Italien und des demokratisch-kapitalistischen Frankreich als Rechtsordnungen und damit in seiner Logik als Rechtsstaaten begreift.²⁶ Dieser Gedankengang ist durchaus schlüssig, wenn man wie *Kelsen* unterstellt, dass jeder beliebige Inhalt einer Norm Recht sein kann. In diesem Kontext steht auch einer der am heftigsten angegriffene Sätze *Kelsens*: „Vom Standpunkt der Rechtswissenschaft ist das Recht unter der Naziherrschaft ein *Recht*. Wir können es bedauern, aber wir können nicht leugnen, dass das Recht war.“²⁷

Der Nationalsozialismus ein Rechtsstaat? Aus der Sicht *Kelsens*: Ja. Es darf dabei nicht übersehen werden, dass *Kelsen*, der selbst Opfer nationalsozialistischer Verfolgung war, dieses Urteil nicht als moralische (oder politische) Bewertung verstanden wissen wollte, sondern bloß als konsequenten Ausdruck seiner rechtswissenschaftlichen Auffassung vom Rechtsstaat, die er trotz der Erfahrungen mit dem NS-Regime nicht zu revidieren bereit war.

Nach einem rein formalen Rechtsstaatsverständnis – und dies kann als zweiter Kritikpunkt formuliert werden – bekommt das Recht selbst einen totalitären Zug und wird zum Maß aller Dinge, weil seine uneingeschränkte Geltung behauptet wird, ohne dass es einer inhaltlichen Kritik zugänglich wäre. Recht wird nach dieser Lesart als ein lückenloses System positiv gesetzter Normen verstanden, das in sich geschlossen und nach außen hin unbegrenzt ist. Unbegrenzt in dem Sinn, dass es keine Materie gibt, die einer Verrechtlichung nicht zugänglich wäre, und keinen Bereich, der nicht vom staatlichen System erfasst werden könnte. Dagegen anerkennt ein materielles Rechtsstaatsverständnis, dass Recht und Staat immer als unvollendete, letztlich mangelhafte Systeme zu begreifen sind, denen ihre Bedingtheit eingeschrieben ist.

Nicht erklären kann die Theorie eines formalen Rechtsstaates, wie sich ein Staat ohne inhaltliche Legitimation jene Anerkennung seiner Bürger erwerben soll, die für sein (dauerhaftes) Bestehen erforderlich ist. Nur gemeinsame Wertvorstellungen, Ideologien, Mythen, etc. vermögen jene Überzeugungskraft zu entfalten, das Medium des Rechts als institutionalisierte Macht- und Zwangsausübung allein, vermag diese Integrationsleistung nicht zu bewerkstelligen. Ein Erklärungsversuch des Rechtsstaats, der sich auf eine rein formale Betrachtungsweise

²⁶ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (1934) 24.

²⁷ Dieses Zitat stammt aus einem Diskussionsbeitrag *Kelsens* im Rahmen einer Tagung über die Grundlagen der Naturrechtslehre. *Hans Kelsen*, Diskussion, in: *Franz Martin Schmölz* (Hrsg.) *Die Grundlage der Naturrechtslehre. Das Naturrecht in der politischen Theorie* (1963) 148.

se beschränkt, muss sich daher vorwerfen lassen, die wirklichen Verhältnisse in unzulässiger Weise zu verkürzen.

2. Materielles Rechtsstaatsverständnis

Der Begriff des Rechtsstaats im materiellen Sinn geht von einem wertbezogenen Rechtsbegriff aus und verbindet mit der Rechtsstaatlichkeit das Ziel, durch das Medium Recht eine gerechte Gesellschaftsordnung zu verwirklichen und abzusichern. Ein Staat wird nicht schon dann als Rechtsstaat bezeichnet, wenn er sein Handeln an positiv-gesetzte Rechtsvorschriften bindet, sondern nur, wenn seine Organisationsstruktur einen bestimmten materiellen Mindestgehalt aufweist und er die Freiheitsrechte seiner Bürger respektiert.²⁸ Der Rechtsstaat soll einen Ausgleich schaffen, zwischen dem Bedürfnis einer homogenen Staatsgewalt, die den Rechtsfrieden zu sichern vermöge ist, und dem Bedürfnis, dem Einzelnen ein größtmögliches Maß an individuellen Rechten zu gewähren. Dieser Ausgleich soll u.a. dadurch hergestellt werden, dass die staatliche Gewalt Beschränkungen unterliegt und Kontrollmechanismen verhindern sollen, dass es zu einem Missbrauch oder gar zu einer totalitären Ausweitung der Staatsgewalt kommt.²⁹

Im Gegensatz zum formellen Rechtsstaatsverständnis übernimmt das positive Recht nur eine dienende Funktion in der Herstellung der Rechtsstaatlichkeit, sieht sich aber durch dem Recht vorausgehende unbedingte Werte beschränkt, die vom Recht selbst nicht aufgehoben werden können. In der materiellen Rechtsstaatsidee vereinen sich die Elemente der materiellen und formellen Rechtsstaatlichkeit: Der Rechtsstaat gilt im materiellen Sinn als eine funktionale Einheit von Wertprinzipien und formalen Strukturgrundsätzen.

Als tragende Elemente des Rechtsstaates werden u.a. genannt: Die Existenz und Wirksamkeit einer demokratischen Verfassung als Grundlage für alle Akte der Gesetzgebung und Vollziehung, der Grundsatz der Gewaltenteilung, der Grundsatz der Legalität (Bindung an die Gesetze; Publizität und Verständlichkeit von Rechtsakten), die Einrichtung einer unabhängigen Gerichtsbarkeit, die Garantie von Grund- und Freiheitsrechten, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit, die Garantien eines wirksamen Rechtsschutzes in ei-

²⁸ Das deutsche Grundgesetz bringt dies mit der Dualität von „Gesetz“ und „Recht“ zum Ausdruck: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“ (Art. 20 Abs. 3 GG) Recht wird hier als materielle Wertordnung verstanden. Vgl. *Perenthaler*, Bundesstaatsrecht 558 f.

²⁹ Vgl. *Reinhold Zippelius*, Allgemeine Staatslehre¹⁴ (2003) 307 f.

nem fairen Verfahren, Kontrolle des staatlichen Handelns durch gerichtliche und parlamentarische Kontrolleinrichtungen, etc.³⁰ Diese rechtsstaatliche Konstitution des Gemeinwesens soll zu einer ausgeglichenen Ordnung zwischen den Freiheitsansprüchen der einzelnen Individuen und den Bedürfnissen der Gemeinschaft führen.

Die Forderung nach einer demokratischen Grundstruktur ist vom materiellen Rechtsstaatsbegriff in einem heutigen Verständnis nicht zu trennen.^{31, 32} Während das formale Rechtsstaatsverständnis jede Staatsform, die sich positiv-rechtlich organisiert, als Rechtsstaat bezeichnet (und nicht zurückscheut, diesen Begriff auch auf totalitäre Diktaturen anzuwenden), orientiert sich die materielle Auffassung am Inhalt der Gesetze, die nicht nur an bestimmten Wertvorstellungen gemessen werden, sondern für die auch eine demokratische Erzeugung gefordert wird. Der Grundsatz der Legalität wird zum Grundsatz der Legitimität von Rechtsakten erweitert. Allerdings gilt der in einer Demokratie gefundene Mehrheitsentscheid nicht absolut, sondern ist an Schranken (insbesondere die Grund- und Freiheitsrechte) gebunden.

Den untrennbaren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie in vollständig säkularisierten Gesellschaften betont *Habermas* in seinem rechtsphilosophischen Werk *Faktizität und Geltung*.³³ Diese Erkenntnis geht auf eine diskurstheoretische Theorie des Rechts zurück, in der er nachzuweisen versucht, dass Rechtsnormen nur dann Legitimität für sich beanspruchen können, wenn sie das Ergebnis rationaler Diskurse der Normadressaten sind.³⁴ Diese Diskurse als wesentliches Merkmal der Demokratie sind durch das Medium des Rechts abzusichern

³⁰ Vgl. *Adamovich Funk/Holzinger*, Grundlagen 176; *Benda*, Rechtsstaat 517; *Walter Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 25, 912; *Wolfgang Hauer/Otto Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2004) 89; *Alfred Kobzina*, Die rechtsstaatliche Verfassung und was daraus geworden ist, in: FS Walter (1991) 331 – 347, 331 ff; *Theo Mayer-Maly*, Das Arbeitsrecht und der Rechtsstaat, in: FS Walter (1991) 477 – 490, 477 f; *Peter Oberndorfer*, Der Rechtsstaat auf der Probe oder der Versuch der Legalisierung von Unrecht, in: FS Winkler (1997) 707 – 729, 707; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 559; *Friedrich Schwegmann*, Rechtsstaat, in: *Dieter Nohlen* (Hrsg.), Lexikon der Politik, Band 7: Politische Begriffe (1998) 541 – 542; *Rudolf Weber-Fas*, Grundrechte Lexikon. Menschen und Bürgerrechte der deutschen Verfassung (2001) 160; *Zippelius*, Staatslehre 306 ff.

³¹ Das liberale Rechtsstaatsdenken forderte ursprünglich nur eine Bindung des Staates (bzw. des Monarchen) an die Gesetze, nicht unbedingt die Erzeugung des Rechts durch seine Adressaten.

³² Der Zusammenhang zwischen Demokratie und Rechtsstaat ist auch in der Rechtswissenschaft unbestritten. Teilweise wird das rechtsstaatliche Prinzip als Teil des demokratischen Prinzips gesehen, jedenfalls aber die enge Verwobenheit beider Prinzipien attestiert. Vgl. *Rudolf Thienel*, Der Mehrstufige Verwaltungsakt (1996) 39f (FN 127) mwN.

³³ *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats⁴ (1994).

³⁴ Vgl. dazu unten S. 166 ff, 211 f.

und als staatliche Institutionen auf Dauer zu stellen, was sich im rechtsstaatlichen Prinzip ausdrückt.

Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass Demokratie und Rechtsstaat nicht nur in einem Ergänzungs-, sondern auch Spannungsverhältnis zueinander stehen. Die Verwirklichung einer schrankenlosen Demokratie wäre hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit in zweifacher Hinsicht bedenklich: Zum einen sind Demokratie und Rechtsstaat nur verträglich, wenn die demokratische Willensbildung auf die Ebene der allgemeinen Rechtssetzung beschränkt bleibt und nicht auf die Rechtsanwendung im Einzelfall ausgedehnt wird. Dies würde mit dem Grundsatz der Herrschaft der Gesetze in Konflikt geraten.³⁵ Zum anderen sind der demokratischen Mehrheit insbesondere durch die Grund- und Freiheitsrechte jene rechtsstaatlichen Grenzen gesetzt, die verhindern, dass die Demokratie zu einer Diktatur der Mehrheit pervertiert.³⁶

Im Gegensatz zu einem radikaldemokratisch organisierten Staat, in dem Entscheidungen allein durch Mehrheiten der Bürger gefällt werden, sind in einem Rechtsstaat die Entscheidungsprozesse komplexer gestaltet. Das Organisationssystem eines Rechtsstaats verlagert Entscheidungsprozesse auf verschiedene Institutionen, die durch ihr Zusammenwirken, aber auch durch ihre gegenseitige Kontrolle, Normen erzeugen, durch ihre Anwendung spezifizieren, invalidieren, etc. (klassisches Modell der Gewaltentrennung). Dabei ist es ein typisches Merkmal eines Rechtsstaats, dass staatliches Handeln in allen seinen Bereichen unter Gesetzesvorbehalt steht. Nicht nur die vollziehende Gewalt und die Gerichtsbarkeit werden durch den Vorrang des Gesetzes beschränkt, sondern auch der Gesetzgebung selbst sind bei ihrer Entscheidungsfindung verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt, deren Einhaltung von unabhängigen Verfassungsgerichten eingemahnt werden kann.³⁷

Der klassische Gedanke der Rechtsstaatlichkeit hat im 20. Jahrhundert eine Erweiterung erfahren: Ein Rechtsstaat soll nicht nur die institutionellen Voraussetzungen eines demokratischen Staatswesens herstellen und die Freiheitsrechte des Einzelnen sichern, sondern sich dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit verschreiben, also durch Gewährung sozialer Rechte Chancengleichheit für alle Bürger verwirklichen. Dieser Wandel des Rechtsstaatsverständnis-

³⁵ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundlagen 173.

³⁶ *Albrecht*, Rechtsstaat 738; *Zippelius*, Staatslehre 308.

³⁷ *Zippelius*, Staatslehre 314.

ses trägt der Erkenntnis Rechnung, dass allein die Beschränkung der staatlichen Gewalt und die Gewährung von Grund- und Freiheitsrechten nicht ausreichen, um die rechtlich allen garantierte Gleichheit herzustellen, sondern dass dafür existenzsichernde Maßnahmen und soziale Absicherungen notwendig sind. Die Idee eines liberalen Rechtsstaats hat sich damit zur Forderung nach einem sozialen Wohlfahrtsstaat weiterentwickelt.³⁸

Die zentrale Problematik des materiellen Rechtsstaatsbegriffs liegt darin, dass erstens darzulegen wäre, auf welche Werte sich ein Rechtsstaat, der als solcher bezeichnet werden will, stützen muss und zweitens, weit schwieriger zu beantworten, wie diese Wertfundierung begründet werden kann. Der Rechtstheorie begegnen hier dieselben Probleme, vor denen sich jede praktische Philosophie gestellt sieht, die mehr als eine bloß subjektive Stellungnahme sein will. Nahe liegt da der Vorwurf, dass der materielle Rechtsstaatsbegriff eine Leerformel darstelle, deren Inhalt sich letztlich beliebig mit den unterschiedlichsten Anliegen und Forderungen füllen lasse.³⁹

Einfacher zu begegnen ist dagegen dem Einwand, dass allein auf dem Fundament einer Wertordnung die Architektur eines Staatswesens nicht errichtet werden könne, weshalb materielle Staatskonzepte ohne formale Elemente nicht auskommen würden. Zutreffend formuliert *Kobzina* in diesem Zusammenhang: „Der Rechtsstaat kann weder zum ‚Gerechtigkeitsstaat‘ stilisiert, noch darf er auf einen bloßen ‚Gesetzlichkeitsstaat‘ reduziert oder sonst mit einem seiner Elemente willkürlich identifiziert werden.“⁴⁰ Es lässt sich nicht bestreiten, dass sich in einem modernen Rechtsstaatsbegriff formale und materielle Komponenten vereinigen. So verfolgt etwa der diskurstheoretische Ansatz eine Verbindung des materiellen und formellen Ansatzes. Er würdigt die hohe Rationalität des positiv rechtlichen Ansatzes, der in modernen säkularisierten Staaten nicht aufgegeben werden kann, postuliert aber zugleich die Notwendigkeit der Legitimation von Gesetzen, ohne dabei jedoch in die Metaphysik naturrechtlicher Erklärungen zurück zu fallen. Statt einen bestimmten Wertekodex festzulegen, wird die Legi-

³⁸ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundlagen 138 ff; *Albrecht*, Rechtsstaat 738 f, insbes. 740; *Benda*, Rechtsstaat 518; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 559; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre 308.

³⁹ Vgl. *Oberndorfer*, der kritisch festhält: „Der Rechtsstaat ist für viele zu einem Modebegriff geworden. Wer allgemein wünschenswerte, mit Anspruch auf Gerechtigkeit auftretende rechtspolitische Anliegen vortragen und gleichzeitig verfassungspolitische Verantwortung zeigen will, spricht vom Rechtsstaat. Der Rechtsstaat genießt eine Aura des Feierlichen, des stets Bewahrungswürdigen und als Ideal Erstrebenswerten. Erst recht gilt für den Juristen: Wer sich verfassungsrechtlichem Denken verpflichtet fühlt, tritt auch für den Rechtsstaat ein.“ *Oberndorfer*, Der Rechtsstaat auf der Probe 707.

⁴⁰ *Kobzina*, Die rechtsstaatliche Verfassung 333.

timisation des Rechtsstaates an das demokratischen Grundprinzip und die durch Verfahrensabläufe erzielte Rationalität gekoppelt.⁴¹

Die Ausdrücke ›Rechtsstaat‹ und ›rechtsstaatlich‹ werden von mir in den folgenden Untersuchungen in einem materiellen Verständnis gebraucht. *Wenn ich von einem rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren spreche, meine ich damit, dass in einem so bezeichneten Verfahren gehaltvolle Grundsätze institutionell umgesetzt sind.* Um welche Grundsätze es sich dabei handelt, ist das eigentliche Thema der vorliegenden Arbeit.

Noch eine weitere Bemerkung zum Sprachgebrauch: Im juristischen Diskurs werden die Attribute ›fair‹ und ›rechtsstaatlich‹ als materielle Bewertung für ein Rechtsverfahren häufig synonym verwendet, manchmal wird auch das Attribut ›gerecht‹ in dieser Verwendung gebraucht. In der vorliegenden Arbeit werden diese Begriffe in differenzierter Weise verwendet. Wenn ich von einem ›rechtsstaatlichen‹ und nicht von einem ›fairen‹ oder ›gerechten‹ Verwaltungsverfahren spreche, hat dies folgende Gründe: Der Begriff der Fairness stellt im Zusammenhang mit rechtlichen Verfahren vor allem auf den Umgang mit Verfahrensbeteiligten und auf die ihnen garantierten Rechte ab. Der Begriff der Gerechtigkeit hat eine starke Fokussierung auf das Ergebnis eines Verfahrens – ein Verfahren wird üblicherweise dann als gerecht bezeichnet, wenn es zu einem gerechten Ergebnis führt. *Der Begriff rechtsstaatliches Verfahren nimmt eine mittlere Position ein: Er hat einen weiteren Begriffsumfang als das faire Verfahren, weil er neben dem Kriterium der Fairness auch die Kriterien der Entscheidungsrichtigkeit und Effektivität enthält, ist aber enger gefasst als das gerechte Verfahren, weil er die rechtlich-formale Komponente des Verfahrens in den Vordergrund rückt und von einer Gesamtbewertung des Verfahrensergebnisses, die immer auch eine Bewertung des materiellen Rechts umfassen muss, Abstand nimmt.* Mit der Verwendung des Begriffs rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren soll ferner ausgedrückt werden, dass es sich dabei nicht um das „Recht auf ein faires Verfahren“ gem. Art. 6 EMRK handelt, da sich die vorliegende Arbeit ja zum Ziel setzt, aufzuzeigen, welche allgemeinen Grundsätze des rechtsstaatlichen Verfahrens auch für Verwaltungsverfahren gelten müssen, die nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen.

⁴¹ Vgl. dazu ausführlich *Habermas*, Faktizität und Geltung 166 ff; 349 ff.

ZWEITER TEIL

Entstehung und Funktionen des rechtlichen Verfahrens

Ich habe für eine erste Annäherung an das Phänomen des Verfahrens eine deskriptive Vorgangsweise gewählt. Die Entwicklung des rechtlichen Verfahrens soll von seinen frühen Erscheinungsformen bis in die Gegenwart nachgezeichnet werden, wobei aufgrund der Themenstellung dieser Arbeit das Hauptaugenmerk auf das Verfahren im Verwaltungsrecht gelegt wird. Den Wert einer deskriptiven Betrachtungsweise sehe ich darin, dass schrittweise nachvollzogen werden kann, wie sich das rechtliche Verfahren in seinen Funktionen entlang der gesellschaftlichen Evolution erweitert hat. Wie erwähnt ist der Begriff ›Verfahren‹ in einem zweifachen Sinn zu verstehen:¹ Einerseits als nach außen gerichtete Abfolge von Rechtshandlungen (= „Prozess“) und andererseits als interne Vorgangsweise bei der Entscheidungsfindung (= „Methode“). Es wird sich zeigen, dass die Technik der Entscheidungsfindung wesentlich davon beeinflusst wird, auf welcher medialen Entwicklungsstufe sich eine Gesellschaft befindet (Sprache, Schrift, Buchdruck, moderne Kommunikationstechnologien).

Vorausgeschickt werden kann, dass Recht und das Verfahren seiner Anwendung in einem untrennbaren Zusammenhang stehen. Solange es Recht gibt, gibt es auch rechtliche Verfahren, wie eine Untersuchung des Rechts in archaischen Gesellschaften deutlich zeigt. Die frühesten Verfahren zeichnen sich durch eine konsensuale Streitbeilegung im Kreise von Familienverbänden aus, die von sakralen und rituellen Elementen geprägt sind. Trotzdem finden wir in diesen frühen Verfahrensformen Strukturelemente, die auch heute noch konstitutiv für jedes rechtliche Verfahren sind. In dieser frühen Entwicklungsstufe kommt dem rechtlichen Verfahren primär eine Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion zu (I.).

Beginnend mit der Herausbildung staatlicher Herrschaft konstituiert sich eine institutionelle Rechtssprechung. Erst ab dem Zeitpunkt, ab dem leistungsfähige Verfahren eine gleichmäßige Anwendung des materiellen Rechts sicherstellen können, kann Recht gesellschaftliche Konflikte kanalisieren und staatliche Herrschaft stabilisieren. Der Übergang vom archaischen zum entwickelten Verfahren ist wesentlich mit dem Einzug der Schriftlichkeit in das Verfahren verbunden. Entwickelte Verfahrensformen zeichnen sich dadurch aus, dass die juristische

¹ Vgl. oben S. 12.

Argumentation an Bedeutung gewinnt und der Einfluss der Parteien sukzessive in den Hintergrund gedrängt wird. Kennzeichen einer fortschreitenden Professionalisierung ist die Ausdifferenzierung in verschiedene Verfahrenstypen und in der Herausbildung eines eigenen Rechtsstabes, der nach einer entsprechenden Ausbildung hauptberuflich der Rechtsprechung nachgeht (II.).

Das Recht in modernen Gesellschaften wird nicht nur eingesetzt, um Herrschaft zu stabilisieren, sondern auch um Herrschaft zu kontrollieren. Diese Kontrollfunktion nimmt auch das rechtliche Verfahren auf, indem verbindliche Entscheidungen als das Resultat eines transparenten Verfahrens ausgewiesen werden sollen. Das Recht gewinnt an Berechenbarkeit, was Ergebnis seiner fast vollständigen Positivierung ist. Das Individuum kann sich in der Moderne vom Verfahrensobjekt zur Verfahrenspartei, der subjektive Rechte zukommen, emanzipieren. Erst ab diesem Zeitpunkt kann von einem rechtsstaatlichen Verfahren gesprochen werden. Der Entwicklungsprozess hin zu einem positivierten rechtsstaatlichen Verfahren soll für den Bereich des öffentlichen Rechts nachvollzogen werden. Die Rekonstruktion der Intentionen, die dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz zu Grunde liegen, soll den Ausgangspunkt für weitere Überlegungen zu einer Begründung des rechtsstaatlichen Verfahrens bilden (III.).

I. Urformen des rechtlichen Verfahrens

Die Rechtswissenschaft ist lange Zeit dem Irrtum verfallen, archaischen Gesellschaften Recht überhaupt abzusprechen. Ein Bild, auf das man immer wieder stößt, ist der Urzustand der Anarchie, in der rechtliche Strukturen weitgehend fehlen und das Recht des Stärkeren regiert.² In einer kollektiven Einsicht der Untragbarkeit dieser Zustände, seien dann aus dem Nichts heraus Recht und rechtliche Verfahren erschaffen worden. Dieses Erklärungsmodell erinnert stark an den von *Hobbes* in seiner Schrift *Leviathan* beschriebenen Urzustand (*homo lupus homini*).³

² So etwa *Richard Holzhammer*, *Österreichisches Zivilprozessrecht*² (1976) 1: „Die älteste Form der Rechtssetzung ist die Selbsthilfe: Der angeblich Gefährdete selbst kann sich das Recht verschaffen, auf jede ihm geeignet erscheinende Weise. Da es aber auch dem Gegner freisteht, sich einem solchen Vorgehen beliebig zu widersetzen, artet fast jeder Streit in Gewalttätigkeiten aus. Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung werden zu einer Machtfrage; es herrscht das Faustrecht.“

³ Vgl. *Thomas Hobbes*, *Leviathan* (1651) dt. Übersetzung *Jacob Peter Mayer*, Reclam (1970) 151 ff.

Tatsächlich lassen sich jedoch bereits in archaischen Gesellschaften Formen des Rechts und Prozeduren für seine Anwendung ausmachen.⁴ Wenn hier vom Recht archaischer Gesellschaften gesprochen wird, so ist damit das Recht in seiner frühesten Ausprägung und nicht Recht in einer bestimmten geschichtlichen Epoche gemeint. Archaische Rechtskulturen lassen sich zeitlich nicht festmachen. Sie beziehen sich auf die jeweilige Entwicklungsstufe einer Kultur. Auch das Übergehen des archaischen Rechts zu einem höher entwickelten Recht, lässt sich oft schwer datieren, da solche Prozesse über lange Zeiträume stattfinden und sich Merkmale archaischen Rechts oft lange Zeit halten können.⁵ Dies rechtfertigt auch, dass aufgrund der dürftigen Quellenlage Erkenntnisse der Rechtsanthropologie und Ethnologie über das Recht heutiger indigener Gemeinschaften für allgemeine Aussagen auf frühe Rechtskulturen übertragen werden können.⁶

Auch wenn wir nicht genau sagen können, wann und auf welche Weise Recht entstanden ist, so spricht einiges dafür, das Recht als einen mit der Entstehung der Sprache verbundenen Prozess zu begreifen. Alles Recht ist in der Sprache und durch die Sprache. In der Sprache selbst sind normative Strukturen angelegt, die sich zum Recht entfalten. Es ist eine für die menschliche Spezies einzigartige Fähigkeit, nicht nur mit einzelnen Lauten miteinander kommunizieren zu können, sondern eine unbegrenzte Zahl von Wörtern und Sätzen bilden zu können. Und sich nicht nur über das, was gegenwärtig ist, sondern auch über das, was sein soll, unterhalten zu können. Die Entwicklung dieser Strukturelemente, die wir in allen menschlichen Sprachen antreffen, war ein jahrtausendelanger Evolutionsprozess, der bis zu den frühesten Menschheitsformen zurückreicht. Sprachen von der Art und Komplexität, wie wir sie heute verwenden, bestehen seit mindestens 40.000 Jahren.⁷

Der normative Gehalt von Sprache drückt sich nicht nur in der Fähigkeit zur Bildung von Soll-Sätzen aus, sondern auch im Kommunikationsverhalten zwischen Menschen. In einer auf Verständigung ausgerichteten Kommunikation sind zwangsläufig gehaltvolle normative Voraussetzungen wechselseitig von den Sprechern zu treffen, die nicht nur für das Funktionieren

⁴ Erstmals wurde dieser Befund vom deutschen Juristen *Albert Hermann Post*, dem „Vater der Rechtsanthropologie“, vertreten. Seine Feststellung, dass alle Völker Formen des Rechts kennen, ist bis heute gültig.

⁵ So hält sich das archaische Instrument der Blutrache bis in die Gegenwart.

⁶ Für die Zulässigkeit einer „komparatistischen Methode“ zur Erforschung archaischen Rechts: *Uwe Wesel*, *Geschichte des Rechts*² (2001) 16.

⁷ Vgl. *Tore Janson*, *Eine kurze Geschichte der Sprachen* (2003) dt. Übersetzung *Martina Wiese*, 13 ff.

der Kommunikation selbst Bedingung sind, sondern auch über die Kommunikation hinaus Regeln schaffen.⁸

Sprache und Recht stehen demnach in einer Wechselbeziehung: Sprache ist zum einen die notwendige Existenzbedingung für jegliche als Regel verstandene Sollensanordnung, die immer nur sprachlich formuliert werden kann, zum anderen drückt sich die normative Struktur der Sprache im Recht aus, wo sie sich zwar zu einem von der Sprache abhängigen, jedoch eigenen Medium weiter entwickelt.⁹ Diese enge Beziehung von Sprache und Recht ist Grund dafür, dass Recht und rechtliche Institutionen in allen menschlichen Gemeinschaften mit entwickelter Sprache anzutreffen sind. Tatsächlich hat die Rechtsanthropologie gezeigt, dass Recht als ein Bestandteil des gesellschaftlichen Zusammenlebens in allen Völkern nachzuweisen ist.¹⁰

Für die Untersuchung von archaischem Recht kann modernes westliches Recht nicht als Maßstab herangezogen werden, weil archaisches Recht Abbild eines völlig anderen Weltverständnisses und Denkens ist.¹¹ Eine Unterscheidung von Recht, Religion und Moral wird man genauso vergebens suchen wie entwickelte rechtliche Institutionen. Für die Rechtsanthropologie war es daher notwendig, außerhalb von westlichen Kategorien eine geeignete Zugangsweise zum Phänomen des Rechts in archaischen Gesellschaftsformen zu finden. Der Blick wurde weniger auf Gesetze und Institutionen gelegt, sondern der Frage zugewandt, wie in einfachen

⁸ Dieser Gedanke, der sich in den kommunikationstheoretischen Überlegungen von *Apel* (Transzendentalpragmatik) und *Habermas* (Universalpragmatik) findet, wird dargelegt ab S. 204 ff.

⁹ Diese Wechselbeziehung gilt für Normsysteme generell, ist also unterschiedslos auf Moral und Recht anzuwenden.

¹⁰ Ein Überblick über die verschiedenen Strömungen der Rechtsanthropologie bzw. der Ethnologie findet sich bei *Wesel*, *Geschichte des Rechts* Rz 44 ff. Außer Streit steht, dass es in vorstaatlichen Gesellschaften normative Ordnungssysteme gibt – ob diese als Recht qualifiziert werden können, wird unterschiedlich beantwortet. Jüngere Ansätze gehen davon aus, dass Ordnungen vorstaatlicher Gesellschaften sich von unserem heutigen Recht in ihrem Charakter stark unterscheiden, dennoch aber als Recht bezeichnet werden können: „Man kann also die Ordnung in frühen Gesellschaften ohne weiteres als Recht bezeichnen. Es ist nur ein anderes als unser heutiges. Es ist vorstaatliches Recht. Unser Recht ist staatlich. Es gibt also auch Recht ohne Staat. Aber es hat einen anderen Charakter als das staatliche.“ Ebd. Rz 46.

¹¹ Häufig wurde in einer eurozentristischen Betrachtungsweise Recht ausschließlich als einheitliches Normensystem verstanden, das durch einen einheitlichen Vollzugsapparat durchgesetzt und in einer Abgrenzung von anderen normativen Systemen (Moral, Religion, Sitte) exklusiv angewendet wird.

Gesellschaften Konflikte gelöst werden.¹² Damit hat sich die Frage nach dem Verfahren als zentrale heuristische Fragestellung der Rechtsanthropologie entwickelt.¹³

Die Lösung von Konflikten in archaischen Gesellschaften erfolgt gruppenintern durch Verhandlung der Streitenden, oft unter Vermittlung von Dritten (Älteste, Priester). Die Entscheidung wird aber nicht durch sie autoritativ gefällt und durchgesetzt, sondern durch einen Kompromiss der Konfliktparteien erzielt. Ziel ist die Ermöglichung des weiteren friedlichen Zusammenlebens der Streitparteien, das Aus-der-Welt-Schaffen des Konflikts und das Wiederherstellen der gestörten Harmonie.¹⁴ Damit verfolgt das archaische Recht vorrangig eine Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion, wohingegen der strafende Charakter des Rechts im Hintergrund bleibt. Anders als im modernen Recht fällt die Entscheidung daher nicht zugunsten der einen oder anderen Streitpartei aus (Feststellung, wer Recht hat), sondern besteht in einer ausgleichenden Schlichtung. Eine Ausdifferenzierung der vermittelnden Personen als einer besonderen aus der Sozialstruktur herausgehobenen Institution (Gericht) besteht genauso wenig wie eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Verfahrenstypen oder ein ausdifferenzierter Normenkatalog. Recht wird als von Gott gegeben vorgefunden¹⁵, seine Anwendung ist von Fall zu Fall im Sinne der bestmöglichen Konfliktlösung zu erarbeiten¹⁶, was die Bedeutung des Verfahrens unterstreicht.

¹² *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft* 259, FN 49.

¹³ Dieser Perspektivenwechsel wurde von der amerikanischen Ethnologin *Sally Falk Moore* eingefordert, die in ihrem 1978 erschienen Werk „*Law as Process*“ den bis dahin weit verbreiteten Ansatz der Rechtsanthropologie kritisierte, in indigenen Gesellschaften nach geschlossenen Normensystem zu fahnden. Es ist ein eingegrenzter Blick, der zu Fehlschlüssen führt, wenn das Rechtssystem von indigenen Völkern unter der Lupe des westlichen Rechtsbegriffs untersucht und nach bestimmten Strukturen und Institutionen Ausschau gehalten wird. In sich geschlossene Normensysteme sind nicht gewollt und daher auch gar nicht aufzufinden. Stattdessen ist die Aufmerksamkeit auf Verfahrensabläufe zu lenken, die das rechtliche Handeln indigener Völker abbilden.

¹⁴ Rechtsbrüche werden häufig als Verstöße gegen die göttliche Ordnung oder natürliche Harmonie angesehen. Ein Rechtsverfahren dient deshalb weniger der Bestrafung des Rechtsbrechers als der Wiederherstellung der gestörten Ordnung. Dieser Gedanke drückt sich auch in der althochdeutschen Rechtssprache aus: Rechtsbrüche mussten *gesühnt* werden, damit *Versöhnung* eintritt. Die Begriffe ›Sühne‹ und ›Versöhnung‹ sind gleichen Ursprungs. Vgl. *Johannes Pichler/Anita Ziegerhofer*, *Archaisches Recht* (Onlinedokument: plato.kfunigraz.ac.at/dp) (1998) 13; *Pfeifer*, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 1395, 1510.

¹⁵ Recht gilt als heilig und ewig. Die Vorstellung des von den Göttern oder Gott „von oben“ herab gegebenen Rechts materialisiert sich im Bild des Berges, von dem herunter das Recht gegeben wird (z.B. Sinai, Ätna, Parnass, Juchta, Ayers Rock, Kaylash). Vgl. *Pichler/Ziegerhofer*, *Archaisches Recht* 4 f.

¹⁶ So auch *Luhmann*, der die Relativität der Geltung des Rechts in archaischen Gesellschaften hervorstreicht, wenn er feststellt, dass die Rechtsfolgen einer Tat verhandelbar sind, etwa eine Todesstrafe auch „abgekauft“ werden kann. *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 149.

Zur Verteidigung des eigenen Standpunkts können grundsätzlich alle geeigneten Argumente vorgebracht werden. Typisch für archaische Rechtsverfahren sind ein starker religiöser Bezug und eine streng rituelle Ausformung. So nimmt etwa die Eidesleistung eine zentrale Funktion im Verfahren ein: Dies geht soweit, dass nicht nur Aussagen und Versprechen mit Eid bekräftigt werden, sondern der Eidleistende bereits im Vorhinein über sich ein selbstverfluchendes Urteil spricht, falls er später dem ausgehandelten Kompromiss keine Folge leistet.¹⁷

Das Eintreten in den Prozess und die Einhaltung des Verfahrensergebnisses wird durch den sozialen Druck des Familienverbandes oder durch das Vermittlungsgeschick der Stammesältesten erwirkt, hängt aber letztlich von der Freiwilligkeit der Betroffenen ab. Scheitert diese Art der Schlichtung, bleiben Konflikte ungelöst oder es kommt zu einer gewaltsamen Auseinandersetzung in Form der Selbsthilfe, schlimmstenfalls als Blutrache.¹⁸ Dasselbe gilt für Auseinandersetzungen außerhalb eines familiären Verbandes: Können Streitlösungsmechanismen keine Wirkung mehr entfalten, müssen Geschädigte auf eigene Faust ihre Rechtsansprüche durchsetzen. An der Seite der Streitenden beteiligen sich mitunter auch die Angehörigen der jeweiligen Sippen an der Auseinandersetzung, wodurch sich der Konflikt ausweitet.¹⁹ Die Lösung der Rechtsfrage spitzt sich in diesem Fall auf einen gewaltsamen Machtkampf zu, der letztlich nur die Antwort bringt, wer der Stärkere, nicht aber wer der wahre Berechtigte ist. Konflikte können auf diese Weise nicht befriedigt gelöst werden. Vielmehr bewirkt die Selbsthilfe dauerhafte Störungen im Zusammenleben einer Gemeinschaft.

Auch wenn sich archaische Verfahrensformen stark vom heutigen Recht unterscheiden, so weisen sie dennoch jene Strukturmerkmale auf, die zu den konstitutiven Grundbestandteilen eines jeden rechtlichen Verfahrens gehören:

Die auf Konsens ausgerichtete Streitschlichtung eröffnet ein von der Alltagspraxis abgehobenes Verfahren, dessen Inhalt die Beschäftigung mit einer Verletzung der allgemeinen Ordnung ist. Die Durchführung des Verfahrens ist auf ein Ergebnis hin orientiert, das für die Beteiligten, selbst dann, wenn es erwartet oder erhofft wird, ungewiss ist. Die angestrebte Versöhnung und Wiedergutmachung kann erreicht werden, der Schlichtungsprozess jedoch auch

¹⁷ Vgl. *Pichler/Ziegerhofer*, *Archaisches Recht* 9 f.

¹⁸ Allgemein lässt sich sagen, dass Konflikte weit häufiger gewaltfrei gelöst werden. *Wesel*, *Geschichte des Rechts* 40.

¹⁹ *Rudolf Hoke*, *Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte*² (1996) 11.

scheitern. Neben der Ergebnisoffenheit des Verfahrens ist auch die gegenseitige Anerkennung der Verfahrensbeteiligten als rechts- und handlungsfähige Personen ein unerlässliches Verfahrensprinzip, das sich in archaischen Rechtsstrukturen ebenfalls nachweisen lässt.

Konstitutiv für die Verfahrensdurchführung sind einerseits die Wiederherstellung der gestörten gesellschaftlichen Ordnung, andererseits die Verwirklichung einer Gerechtigkeitsidee. Dagegen ist die Idee, rechtliche Verfahren als ein Instrument zur Realisierung und Stabilisierung von staatlicher Herrschaft zu begreifen, dem archaischen Recht fremd.

Verfahren in ihrer frühesten Entwicklungsstufe zeichnen sich durch reine Mündlichkeit aus. Im Mittelpunkt steht das Ausverhandeln einer für alle tragfähigen Lösung. Rechtsvorschriften sind das Gut einer kollektiven mündlichen Überlieferung und werden von Mal zu Mal für den jeweiligen Streitfall konkretisiert, ohne dass eine gleichmäßige Anwendung dadurch sichergestellt werden kann. Die Leistungsfähigkeit von archaischen Rechtsverfahren beschränkt sich daher auf überschaubare wenig entwickelte Gemeinschaften und wird den Anforderungen komplexerer Gesellschaftsformen nicht mehr gerecht.

II. Entwickelte Rechtsverfahren

1. Übergang zu staatlichen Herrschaftsstrukturen

Mit dem Wandel von archaischen Gesellschaften verändern sich auch Recht und Rechtsverfahren. Auf die Komplexität vormoderner Gesellschaften müssen rechtliche Verfahren mit einer Steigerung ihrer Leistungsfähigkeit und Effizienz antworten. Entwicklungsprozesse verlaufen dabei über lange Zeiträume. Gelingt es, evolutionäre Errungenschaften zu stabilisieren, vergrößert sich der Raum an möglichen Alternativen, was eine Zunahme von Komplexität bedeutet, wodurch der Ausgangspunkt für den nächsten Evolutionsschritt geschaffen wird.²⁰ Freilich verlaufen evolutionäre Prozesse nicht störungsfrei linear, sondern sehen sich mit regelmäßigen Rückschlägen konfrontiert.

Ein wichtiger Beweggrund für die Entwicklung eines effektiveren rechtsförmigen Verfahrens ist der Wunsch nach der Zurückdrängung der Selbsthilfe und der damit verbundenen Instabili-

²⁰ Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie 136.

sierung der Gesellschaft. Als erster Schritt wird im frühen germanischen und römischen Recht versucht, die Selbsthilfe (und auch die Fehde) bestimmten Regeln und obrigkeitlicher Aufsicht zu unterwerfen.²¹ Aber auch der geregelte Zweikampf beantwortet nur die Frage nach dem Stärkeren und nicht nach dem Berechtigten. Stabile Verhältnisse können deshalb nur hergestellt werden, indem die Entscheidungsfindung von den Streitparteien abgezogen und einer unabhängigen Autorität überantwortet wird.

Wie bereits erwähnt, kann die Ausbildung des Rechts jedoch nicht allein auf das Streben nach Überwindung anarchischer Zustände verkürzt werden. Vielmehr erfordert die Veränderung der Gesellschaft weg von den segmentären Stammesgesellschaften hin zu staatlicher Herrschaft neue Strategien. Komplexere Probleme und das häufigere Auftreten von Konflikten sind durch das bisherige System nicht mehr zu bewältigen.²² Gefordert sind klare Regeln, die Orientierung für eine größere Gruppe von Menschen ermöglichen. Der zuvor in überschaubaren familiär strukturierten Verbänden angenommene Konsens über Verhaltensnormen, kann in heterogenen Gesellschaften nicht mehr so ohne weiteres unterstellt werden. Der erste Schritt zur Überwindung archaischer Rechtsstrukturen besteht deshalb darin, den Streitparteien ein rechtsförmiges Verfahren anzubieten, in dem autoritativ das Bestehen rechtlicher Ansprüche gewaltfrei geklärt wird.

Die auf einzelne Probleme konzentrierte Streitschlichtung von Fall zu Fall wird damit abgelöst von Verfahrenssystemen, die für eine größere Zahl von Konflikten eine gleichförmige Erledigung bieten. Es geht nun vorrangig nicht mehr darum, einen Ausgleich zwischen den Verfahrensparteien herbeizuführen, sondern festzustellen, wer Recht und wer Unrecht hat. Dieser Paradigmenwechsel kann in seiner Bedeutung kaum überschätzt werden: Durch die Frage nach dem Recht (als Rechtsanspruch) wird nicht nur das gesamte Programm des Ver-

²¹ Im vorklassischen römischen Recht war das Selbsthilfeprinzip noch stark ausgeprägt. Dem pater familias unterstand nicht nur sein Haus, sondern er konnte auch seine sonstigen privaten Angelegenheiten selbst verfolgen. Verlangt wurde aber, dass die eigenmächtige Rechtsdurchsetzung nur in eindeutigen Fällen, in denen die Schuld des Gegners außer Zweifel stand, und unter Einhaltung bestimmter ritueller Formen erfolgte. Vgl. *Max Kaser/Rolf Knütel*, *Römisches Privatrecht*¹⁷ (2003) § 80 Rz 6; *Gerhard Köbler*, *Deutsche Rechtsgeschichte*⁶ (2005) 18; *Pichler/Ziegerhofer*, *Archaisches Recht* 21.

²² Die Verbreitung von Ackerbau und Viehzucht löst die vormaligen Jäger- und Sammlergesellschaften ab. Durch die Verbreitung der Landwirtschaft kann eine viel größere Personenzahl ernährt werden, was zu einer deutlichen Steigerung der Bevölkerungszahl führt. Kleine mobile Nomadengruppen werden durch größere sesshafte Gemeinschaften abgelöst, deren dauerhaftes Zusammenleben auf vergleichsweise kleinem Raum andere Strukturen erfordert. Aus besitzlosen Jägern und Sammlern werden Land- und Vieheigentümer, was zu vermehrten Auseinandersetzungen und deshalb zur Notwendigkeit wirksamer Mechanismen zur Streilösung führt. Vgl. dazu auch *Luhmann*, für den die Evolution rechtlicher Verfahren direkt mit dem Entstehen der Geldwirtschaft verbunden ist: *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 161.

fahrens neu ausgerichtet, sondern auch dem Medium Recht selbst ein zunehmend wichtigerer Stellenwert eingeräumt. Im Gegensatz zu archaischen Gesellschaften wird Recht nun auch als Steuerungsmedium begriffen: Recht wird nicht nur als tradiertes Kulturgut vorgefunden, sondern auch bewusst neu geschaffen, um politische Herrschaft durchzusetzen.²³

Der Grad der Institutionalisierung des rechtlichen Verfahrens läuft dabei entlang der Entwicklung politischer Herrschaft²⁴, wie sich am Beispiel der Entwicklung des germanischen Rechtsverfahrens deutlich zeigt. Anfangs ist das rechtliche Verfahren ein mit Nachdruck offeriertes Angebot an die Konfliktparteien zur friedlichen Streitbeilegung, das die Selbsthilfe noch nicht vollständig verdrängt.²⁵ Die Streitparteien üben starken Einfluss auf das Verfahren aus: Sie entscheiden nicht nur über die Einleitung, sondern auch über den Fortgang des Verfahrens und können Urteilsvorschläge einbringen. Das Verfahren zeichnet sich durch Einheitlichkeit²⁶, rituellen Ablauf²⁷ und strengen Formalismus aus. Formverstöße können den Verlust des Prozesses bewirken. Im Beweisverfahren werden ausschließlich formale Beweismittel, wie Tatzeugen, Urkunden, Eid, Eideshelfer oder Gottesurteile zugelassen.²⁸ Der Richter beschränkt sich auf die Prozessleitung, die Urteilsfindung erfolgt durch die bei der Verhandlung anwesende Volksversammlung bzw. ihren ausgewählten Vertretern.²⁹ Nur die Klärung der Rechtsfrage wird von der staatlichen Gewalt betreut. Die Vollstreckung des Urteils, sofern der im Prozess Unterlegene nicht aus eigenem seinen Verpflichtungen nachkommt, ist Ange-

²³ Dieser Trend ist in den meisten Hochkulturen (China, Altmexiko, Mesopotamien, Griechenland, Rom, etc.) nachweisbar. Ebd. 192 f.

²⁴ Vgl. Ebd. 163 f.

²⁵ So war es im germanischen Recht zunächst Sache des Verletzten, seinen Schädiger aufzufordern, zum Gerichtstag zu erscheinen und sich der Entscheidung des Gerichtes zu unterwerfen. Wurde dieser Aufforderung trotz dreimaliger ordnungsgemäßer Ladung keine Folge geleistet, verweigerte der Beklagte dem Kläger das Recht. Damit wurde der Beklagte aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen, galt als „friedlos“ und konnte vom Kläger im Rahmen der Selbsthilfe verfolgt werden. *Hoke*, Rechtsgeschichte 11 f; *Hermann Baltl*, Österreichische Rechtsgeschichte⁶ (1986) 79. Im in Norddeutschland geltenden *Pactus legis Salicae* waren allerdings auch Geldstrafen für den Fall des Nichterscheinens vorgesehen. *Gerhard Köbler*, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte (1988) 76 ff.

²⁶ Eine Unterscheidung zwischen zivil- und strafrechtlichen Ansprüchen besteht nicht. So war etwa der germanische Prozess ein Sühneprozess zur Vergeltung erlittenen Unrechts – daher auch für Zivilrechtsansprüche ein Strafprozess. Vgl. *Holzhammer*, Zivilprozessrecht 6; *Hoke*, Rechtsgeschichte 116.

²⁷ Im germanischen Rechtsgang (thing) wurde ein eigener durch Pflöcke und Seile örtlich abgegrenzt und die Verhandlung vom Leiter feierlich eröffnet. *Köbler*, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte 78.

²⁸ Vgl. *Baltl*, Rechtsgeschichte 79; *G. Wesener*, Prozessmaximen, in: *Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann*, Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, IV. Band (1990) 56.

²⁹ Die Urteilsfindung durch die Volksversammlung findet sich etwa im germanischen (vgl. *Köbler*, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte 47 ff, 76 ff) und im griechischen Recht (*Wesel*, Geschichte des Rechts Rz 109).

legenheit der privaten Rechtsverfolgung.³⁰ So bleibt im germanischen Recht für Jahrhunderte die private neben der öffentlichen Rechtsverfolgung bestehen.

Erst mit der Ausdehnung von politischer Herrschaft gelingt es, den Einfluss der Streitparteien (und der hinter ihnen stehenden familiären Verbände) auf die Streitlösung zurückzudrängen und die Rechtspflege durch ein weitgehendes Verbot der Selbsthilfe beim Staat zu monopolisieren. Nicht nur die Entscheidung über Konflikte durch für alle Streitparteien verbindliche Urteile, sondern auch deren Vollstreckung unterliegen dann ausschließlich der staatlichen Gewalt. Diese Institutionalisierung des Rechts durch rechtliche Verfahren ist wie erwähnt eine Reaktion auf die mit der Entwicklung der Gesellschaft verbundenen Steigerung der Komplexität in allen Lebensbereichen, die auch zu einer steigenden Zahl von Auseinandersetzungen führt. Die Stabilisierung von politischer Herrschaft kann unter diesen Rahmenbedingungen nur durch leistungsstarke Verfahren gewährleistet werden, die einen großen Anfall von Konflikten mit einem verhältnismäßig geringen wirtschaftlichen Aufwand bewältigen können.

Dies wird durch die Herausbildung von *Verfahrensrationalität* erreicht. ›Verfahrensrationalität‹ ist dabei im zweifachen Bedeutungssinn zu verstehen: Zum einen meint Rationalität im Verfahren die Ausrichtung unter dem Gesichtspunkt der *Zweckmäßigkeit*, indem das Verfahren durch das Ausscheiden von rituellen Komponenten und durch das Minimieren des allgemeinen Aufwandes straffer und leistungsfähiger gestaltet wird. Diese Effektivierung wird wesentlich durch das Eindringen der Schriftlichkeit ins Recht unterstützt. Mit der Schrift wird jedoch nicht nur die Zweckmäßigkeit des Verfahrens gesteigert, sondern auch – als zweite Bedeutung von Rationalität – seine *Vernünftigkeit*.³¹

Die Entwicklung der Schrift ist überhaupt die Grundvoraussetzung dafür, dass archaische Rechtsstrukturen überwunden werden können. In archaischen Rechtskulturen stützt sich das Recht auf reine mündliche Überlieferung, was dazu zwingt, die Differenz von verwirklichten Handlungen und normativen Erwartungen in Hinblick auf mögliche Rechtsfolgen von Fall zu Fall auszuverhandeln. Indem durch die Schrift sprachliche Information konserviert werden kann, können die Schwachpunkte einer mündlichen Rechtskultur ausgemerzt werden. Das

³⁰ Hoke, Rechtsgeschichte 16.

³¹ Die Zurückdrängung des Brauchtums im Verfahren (z.B. Übergabesymbole, Gerichtsschwert) führt direkt über den Weg der Ausdehnung der Schriftlichkeit. Vgl. etwa Baltl, Rechtsgeschichte 171.

Recht gewinnt an Genauigkeit und Berechenbarkeit. Erst durch die Schriftlichkeit wird so etwas wie eine gleichmäßige Rechtsanwendung überhaupt möglich, die die Grundlage für Rechtssicherheit und damit gesellschaftliche Stabilität bildet.

Die Schriftlichkeit im Recht durchläuft mehrere Phasen: Während die Schrift von Anbeginn ihrer Entwicklung im rechtlichen Kontext zu Dokumentationszwecken genützt wird³², setzt die Verschriftlichung von Rechtsquellen erst zu einem viel späteren Zeitpunkt ein. Auch wenn bereits in den frühen Hochkulturen Gesetze schriftlich fixiert werden, stehen mündliche und schriftliche Rechtsquellen viele Jahrhunderte gleichrangig nebeneinander. Dass der Schriftlichkeit die Bedeutung einer Geltungsbedingung von Recht zukommt, ist erst eine Erscheinung der Moderne.³³

Durch die Institutionalisierung von rechtlichen Verfahren verändert sich auch die Argumentation im Verfahren. Während das archaische Verfahren auf eine Streitschlichtung zwischen den Konfliktparteien abzielt, garantiert das institutionalisierte Rechtsverfahren eine klare Aussage darüber zu treffen, wer Recht hat. Für *Luhmann* markiert dies den Bruch mit älteren Gesellschaftsformationen, da „in den für Entscheidungsselektion ausdifferenzierten Rechtsverfahren *nicht mehr nur ad hoc und nicht mehr nur ad hominem* argumentiert wird.“³⁴ Treten Argumente ad hoc und ad hominem hinter rechtliche Argumente zurück, erhöht sich der Bedarf an normativen Grundlagen und es können sich sukzessive rechtliche Begriffe und Entscheidungsregeln herausbilden, die für alle anfallenden Fälle eine Richtschnur bilden. „Erst wenn diese Praxis eingeübt ist, kann man im Rechtssystem einen Begriff von Gerechtigkeit akzeptieren, der fordert, dass alle Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden seien, und es dem Rechtssystem überlässt zu ermitteln, was und an Hand welcher Regeln etwas als gleich bzw. ungleich anzusehen ist.“³⁵

³² Allein die hohe Zahl von erhaltenen Schriftstücken mit rechtlichem Inhalt zeugt von der Wichtigkeit der Schriftlichkeit im Rechtsverkehr vorneuzeitlicher Hochkulturen. In der Papyrussammlung der Wiener Nationalbibliothek finden sich zahlreiche Textfragmente des Altertums mit juristischem Bezug. Sehr zahlreich sind etwa private Rechtsurkunden wie Testamente, Heiratsverträge, Scheidungsurkunden, Kauf-, Miet-, Pacht- und diverse andere Schuldverträge, wie vor allem Darlehensverträge. Daneben finden sich auch etliche offizielle Schriftstücke: Verwaltungsakte, Vertragsregister, Bekanntmachungen, Gerichtsakte, Prozessprotokolle und Urteile. Bemerkenswert ist dagegen die geringe Zahl von erhaltenen Schriftstücken, in denen allgemeine rechtliche Vorschriften festgehalten wurden. Vgl. *Claudia Kreuzsaler*, Tintenspuren im Recht. Juristische Papyrologie unter der Lupe, *Juridikum* 2/2001, 100 – 103.

³³ Zum Prozess der Positivierung des Rechts vgl. ausführlich *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 190 ff.

³⁴ *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft* 262.

³⁵ Ebd. 262 f. Vgl. zum Zusammenhang von Verfahrensinstitutionalisierung und juristischer Argumentation auch *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 174.

Der enge Zusammenhang zwischen der Institutionalisierung des rechtlichen Verfahrens und der juristischen Argumentation zeigt sich eindrucksvoll im Vergleich der griechischen und der römischen Rechtskultur. In Athen wurden rechtliche Verfahren mit großem Aufwand vor großen Gerichtshöfen inszeniert und stellten ein öffentliches Ereignis dar. Streitfälle wurden in Volksversammlungen von bis zu 500 Mitgliedern entschieden. Die Mobilisierung einer derart großen Zahl von Entscheidern für eine bestimmte Entscheidung beeinflusste die Verfahrensführung stark: Der Prozesserfolg sollte durch eine effektvolle Rhetorik, die sich stark auf politische, moralische oder gesellschaftliche Argumente stützte, herbeigeführt werden.³⁶ Ganz anders dagegen die Situation in Rom: Über einzelne Rechtsfälle entschieden nicht große Gerichtshöfe, sondern ein einzelner Prätor oder Richter. Statt effektvoller Rhetorik forderte das römische Prozessrecht und die Umstände des auf die Beteiligten und das Entscheidungsorgan reduzierten Verfahrens eine präzise juristische Argumentation. Dafür entwickelten Generationen von römischen Juristen unzählige Klageformeln (*actiones*), auf denen das römische Recht aufbaute und einen Abstraktionsgrad erreichte, der durchaus mit heutigen Rechtsordnungen verglichen werden kann.

Die Verfeinerung der juristischen Argumentation schlägt ihrerseits auf das Design des Verfahrens zurück: Das Verfahren gewinnt durch eine stärkere inhaltliche Auseinandersetzung an Rationalität und kann sich von (rituellen) Formalismen befreien. Dadurch kann auch die Leistungsfähigkeit des Verfahrens gesteigert werden. Paradigmatisch dafür ist im römischen Recht der Übergang vom Formularprozess zum Kognitionsverfahren des klassischen römischen Rechts. Während im frühen römischen Prozessrecht das Verfahren zweigeteilt und mit Formalismen überfrachtet ist³⁷, kann sich zur Kaiserzeit, also dem Höhepunkt der Macht des römischen Imperiums, eine entwickeltere Verfahrensform durchsetzen. Es entsteht ein Kognitionsverfahren, das in seinen Grundzügen durchaus dem heutigen modernen Verfahrensrecht entspricht. Bekannt waren bereits: Grundsatz der Unparteilichkeit des Richters, die durch ein

³⁶ Vgl. etwa *Platon*, Die Apologie des Sokrates. Allgemein zum griechischen Prozess des Altertums siehe *Wesel*, Geschichte des Rechts Rz 109, Rz 135.

³⁷ Im Formularprozess fand die Klageerhebung vor dem Prätor statt, der entschied, mit welcher Formel geklagt bzw. eine Einrede bestritten werden musste, und damit das Prozessprogramm festlegte. Die Prüfung des Sachverhaltes und die Urteilsfindung auf der Grundlage der vorgebrachten Klageformeln erfolgten daraufhin vor einem Richter. Wurden Spruchformeln verletzt, so konnte dies zur Prozessniederlage führen. So umständlich diese Verfahrenszweiteilung aus heutiger Sicht anmutet, so wichtig ist der sich darin ausdrückende und bis heute gültige Grundsatz: Die strikte Trennung von Rechtsfrage und Tatfrage, die es aus unterschiedlicher Perspektive zu bewerten gilt. „Das Recht sitzt jetzt nicht mehr konkret im Geschehen selbst, sondern nur noch in der Norm, die zur Grundlage der juristischen Beurteilung des Geschehens dient.“ *Luhmann*, Rechtssoziologie 181.

Appellationsrecht garantiert werden sollte, freie Beweiswürdigung, Mündlichkeit, geringer Formalismus, beiderseitiges rechtliches Gehör, Rechtskraft und entschiedene Sache, Recht der Berufung, etc.³⁸

2. Rechtliches Verfahren der Neuzeit

Nach Zerfall des (west)römischen Reiches geht dieser Anspruch auf Rationalität im rechtlichen Verfahren in Mitteleuropa für über 700 Jahre verloren. Erst im 12. Jahrhundert kommt es vor dem Hintergrund eines geistigen, politischen und wirtschaftlichen Aufschwungs³⁹ unter dem Einfluss der wiederentdeckten Schriften von *Aristoteles* zu einer Rationalisierung des Denkens und zu einer Rückbesinnung auf das römische Recht. In Bologna entsteht die erste Universität der westlichen Welt, in der bereits um 1100 römisches und kirchliches Recht doziert wird. Bereits um 1200 gibt es in Bologna eintausend Jusstudenten. Die Hälfte davon sind ausländische Studenten, die durch ihre Rückkehr in ihre Heimatländer für die zweite Verbreitung des römischen Rechts sorgen.⁴⁰

Das römische Recht bringt dem germanischen Rechtsverfahren an der Schwelle zur Neuzeit jenen Schub an Rationalität, den die gesellschaftlichen Umstände eines aufstrebenden Europas verlangen. Statt dem schwerfälligen, rituell ausgerichteten Prozess mit religiösen Elementen im Beweisverfahren, kann sich nach und nach ein rationales Rechtsverfahren behaupten: Der Prozess wird beim Richter konzentriert, die juristische Argumentation gewinnt an Bedeutung und das Verfahren wird zum Teil schriftlich als Aktenprozess geführt. Zur Unterstützung der Parteien werden Anwälte zugelassen, die nicht mehr nur wie zuvor die Fürsprecher bei der Einhaltung der Formen halfen, sondern überhaupt die Prozessvertretung wahrnehmen. Im Beweisverfahren rückt die Ermittlung der tatsächlichen Wahrheit in den Vordergrund. Daher verschwinden Eideshilfe und Gottesurteil, nicht zuletzt auch deshalb, weil diese auch von der Kirche vehement bekämpft werden. Als zentrale Beweismittel gelten nun im Zivilrechtsverfahren Urkunden und Zeugen und im Strafverfahren das Geständnis. Der zuvor einheitliche Prozess wird in ein Zivil- und in ein Strafverfahren ausdifferenziert, was mit der Unterscheidung zwischen öffentlicher Strafe und privatrechtlichem Ausgleich als Reaktion auf eine

³⁸ Vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht § 80 Rz 5, § 87.

³⁹ Im 12. Jahrhundert kam es zu derart einschneidenden Veränderungen, dass von vielen Historikern damit die entscheidende Wende von der Antike hin zur Neuzeit angesetzt wird. Näheres vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts Rz 202.

⁴⁰ Vgl. Ebd. Rz 216.

schadensverursachende Handlung einhergeht. Im öffentlichen Strafanspruch, der auch ohne Betreiben des Opfers erhoben wird, manifestiert sich die politische Herrschaftsgewalt.⁴¹

Der Übergang vom vorneuzeitlichen Verfahren zum Rechtsverfahren der Moderne wird wesentlich durch die stärkere Ausbreitung der Schriftlichkeit eingeleitet, indem durch die Erfindung des Buchdrucks im 15. Jahrhundert Texte einfacher reproduziert werden können.⁴² Diente die Schriftlichkeit bislang vordergründig der Dokumentation von Rechtsgeschäften, unterstützt der Buchdruck nunmehr die verstärkt einsetzende Kodifikation von Rechtsgrundlagen, die nicht nur das materielle, sondern auch das formelle Recht betrifft.⁴³

Zusammen mit der Ausbreitung des Universitätswesens und der Gründung zahlreicher juristischer Fakultäten in gesamt Europa führt der Prozess der Verschriftlichung des Rechts zur Herausbildung einer Rechtswissenschaft als Textwissenschaft. Neben der juristischen Argumentation im Verfahren gewinnt die Auslegung von Rechtstexten zunehmend an Bedeutung. Dies bleibt nicht ohne tief greifende Auswirkungen auf die Rechtskultur. Im Bemühen um die Ermittlung des richtigen Rechts durch die Freilegung des „reinen“ Textes entwickelt sich die Rechtsanwendung zu einer Tätigkeit, für deren Ausübung eine umfassende Ausbildung erforderlich ist. Die Verschriftlichung des Rechts führt so über die von der Rechtswissenschaft etablierten Textpflege „sowohl zu einem gelehrten Recht, als auch zu einem Recht der Gelehrten – und bildet zugleich den Ausgangspunkt für die Positivierung des Rechts und eine positivistische Dogmatik, in der Recht angeblich nur vom juristischen Hermeneuten ‚erkannt‘ werden muss“.⁴⁴

Das vormoderne Rechtsverfahren findet im Absolutismus seine Vollendung: Die Rechtspflege ist längst verstaatlicht, das Recht wird als bevorzugtes Medium zur Durchsetzung von Herrschaftsgewalt herangezogen, was notwendig ist, um gegen den Feudalstaat des Mittelal-

⁴¹ Zur Rationalisierung des germanischen Verfahrens unter dem Einfluss des römischen Rechts vgl. Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte 116 ff.

⁴² Bücher mit rechtlichem Inhalt gehören zu den ältesten Drucken überhaupt. Peter Schöffler, der wichtigste Schüler von Johannes Gutenberg, druckt bereits in den 1470er Jahren eine Reihe von kirchenrechtlichen Werken (z.B. die Constitutiones von Papst Clemens V) und 1476 die Institutiones, ein Lehrbuch des römischen Zivilrechts auf der Grundlage des Corpus Iuris Civilis von Kaiser Justinian. Vgl. Stadt Mainz (Hrsg.), Gutenberg – aventure und kunst. Vom Geheimunternehmen zur ersten Medienrevolution. Ausstellungskatalog (2000) 371 f.

⁴³ Bereits 1497 wird die *Hessische Gerichtsordnung* in deutscher Sprache von Schöffler verlegt. Ebd. 224.

⁴⁴ Andreas Görge, Offene Lücken im geschlossenen Rechtssystem? Denkanstöße zum Aufblühen der Alternative Dispute Resolution, *Juridikum* 2/2001, 83 – 88, 86.

ters den Gedanken des Einheitsstaates durchzusetzen. Ab dem Ende des 15. Jahrhunderts wird der Ablauf von rechtlichen Verfahren in Kodifikationen fixiert, die noch nicht vom materiellen Recht getrennt sind.⁴⁵ Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts werden zunächst für den Strafprozess (1768: *Constitutio Criminalis Theresiana*) und dann auch für das Zivilverfahren (1781: *Allgemeine Gerichtsordnung*) einheitliche Verfahrensordnungen erlassen. In beiden spielt die Schriftlichkeit eine zentrale Rolle. Die Verfahren sind als geheime Aktenverfahren mit gebundenen Beweisregeln eingerichtet. Eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen.⁴⁶

In dieser Zeit entsteht auch eine erste staatliche Verwaltung im heutigen Sinn. Diese war wesentliches Instrument zur Verwirklichung des Willens des Herrschers und damit des Staates, der durch den Aufbau einer Verwaltung eine höhere Effizienz erreichen sollte. Eine Trennung der Staatsgewalten war dem Absolutismus unbekannt. Der Name ist Programm: Der Herrscher regierte „*legibus absolutus*“ (losgelöst von den Gesetzen). Er vereinigte legislative, judikative und exekutive Gewalt uneingeschränkt in seiner Person. Seine Herrschaft legitimierte sich durch die Gnade Gottes (*Gottesgnadentum*). Die Herrschaft über die Untertanen wurde mithilfe eines Berufsbeamtentums und polizeistaatlicher Kontrolle sichergestellt.⁴⁷

Während der französische Absolutismus keinerlei Bindung des Herrschers anerkannte, sah der aufgeklärte Absolutismus Preußens und Österreichs den Herrscher als ersten Diener seiner Völker dem Wohl seiner Untertanen verpflichtet. Jedoch war diese Verpflichtung nicht mehr als eine „*obligatio imperfecta*“, weil der Herrscher bei seinen Handlungen an keine Normen gebunden war und die Verletzung der „Fürsorgeverpflichtung“ weder durch die Untertanen beanstandet noch sanktioniert werden konnte. So bestand vor allem keine Möglichkeit, eine verordnete Maßnahme durch eine Beschwerde oder ein Rechtsmittel an ein Gericht, abzuwehren.

Das Defizit an Rechtsschutz zeigt den Charakter des vormodernen Rechts bzw. Rechtsverfahrens deutlich: Die Gerechtigkeits- und Ordnungsfunktion, die für das Recht konstitutiv sind,

⁴⁵ 1499 erlässt *Maximilian I* für die Grafschaft Tirol eine Straf- und Strafprozessordnung, 1514 eine Halsgerichtsordnung für Laibach und Niederösterreich. Gedruckte Kodifikationen des Strafverfahrens für die Steiermark und Kärnten wurden 1574 bzw. 1577 veröffentlicht. Vgl. *Baltl*, Rechtsgeschichte 165 f.

⁴⁶ *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte 160 ff; *Egmont Foregger/Gerhard Kodek*, Die österreichische Strafprozessordnung⁶ (1994) 2 f.

⁴⁷ Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 5.

werden um die Herrschaftsfunktion des Rechts erweitert. Wie aufgezeigt ist dieser Prozess mit der Evolution der Gesellschaft, der Institutionalisierung und Ausdifferenzierung von rechtlichen Verfahren, der Verbreitung von Schriftlichkeit im Recht, etc. verbunden. Eine Selbstbeschränkung des Rechts ist dagegen noch unbekannt und kann sich erst in der Moderne entwickeln.

III. Moderne Rechtsverfahren

1. Aufklärung und Liberalismus

Das Zeitalter der Aufklärung und des Humanismus bereitet den Weg zu einem modernen Rechtsverfahren. Der Mensch als Individuum wird in den Mittelpunkt gerückt und mit unveräußerlichen Rechten ausgestattet, die Vernunft als kritische Instanz über die Dogmen der staatlichen und kirchlichen Autoritäten gestellt. Dem Recht in seiner Funktion zur Durchsetzung von Herrschaft werden Grenzen gesetzt: Die Notwendigkeit der Verschriftlichung als Geltungsbedingung des Rechts soll Individuen vor der Willkür der Staatsgewalt schützen und Recht berechenbar machen. Das Recht als Herrschaftsinstrument beschränkt sich aber in einer eigentümlichen Weise auch selbst, indem jedem Menschen eine Rechtssphäre zuerkannt wird, in die nicht eingegriffen werden darf. Als legitim werden Rechtsvorschriften nur dann angesehen, wenn sie das Ergebnis eines bestimmten Erzeugungsprozederes sind. Dem Recht kommt damit eine weitere Aufgabe zu den bereits drei genannten zu: die Herrschaftskontrollfunktion. Erst in dieser Phase kann von einem rechtsstaatlichen Verfahren im engeren Sinn gesprochen werden, das sich durch einen klar determinierten Verfahrensablauf, die Zusicherung von Parteienrechten und effektiven Rechtsschutzeinrichtungen auszeichnet. Die Entwicklung vom *rechtlichen* zum *rechtsstaatlichen* Verfahren soll im Folgenden für den Bereich des Verwaltungsverfahrens nachvollzogen werden.

Es versteht sich von selbst, dass der Staatsdoktrin des Absolutismus, welche die Untertanen als Objekte staatlichen Handelns begreift, ein Verwaltungsverfahren mit subjektiven Parteienrechten fremd sein muss.⁴⁸ Obwohl die staatliche Verwaltung wegen der zunehmenden Staatsaufgaben im ständigen Anwachsen begriffen ist, fehlt ein einheitliches Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Obrigkeit oder zur Abwehr behördlicher Eingriffe

⁴⁸ Vgl. Gerhart Wielinger, Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahren⁹ (2002) Rz 10.

völlig.⁴⁹ Der absolutistische Polizeistaat der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist vielmehr von der Vorstellung beherrscht, dass eine gesetzliche Bindung der Verwaltung für die Durchführung von Vollziehungsaufgaben nicht erforderlich, ja sogar hinderlich sei.⁵⁰ So nimmt es kein Wunder, dass die Vollziehung im Verwaltungswesen von den Untertanen nicht nur als restriktiv und entscheidungsscheu, sondern auch als willkürlich angesehen wird.⁵¹

Mit dem Aufkommen des Liberalismus wird die Forderung erhoben, das Verwaltungshandeln auf eine normative Grundlage zu stellen und die Beziehungen zwischen den Bürgern und der Verwaltung rechtlichen Regeln zu unterwerfen. *Zentraler Gedanke ist, dass der einzelne Bürger nicht Objekt staatlichen Verwaltungshandelns sein dürfe, sondern auch im Bereich der hoheitlichen Verwaltung dem Staat als Rechtssubjekt gegenüber treten solle.*⁵² Dies bedeutet, dass der Bürger einerseits vor Eingriffen in seine Grundrechtssphäre geschützt werden und andererseits als Träger subjektiv-öffentlicher Rechte seine Interessen in einem justizähnlichen Verfahren durchsetzen können soll.⁵³ Die Durchsetzung dieser Anliegen gelingt nur zögerlich. Im Zuge der Märzrevolution 1848 werden zwar neben der Trennung der Staatsgewalten auch Grundrechte gegenüber Justiz und Verwaltung gefordert. Den Forderungen ist aber zunächst kein Erfolg beschieden, da die Hoffnung nach einem liberalen Verfassungsstaat schon bald im restaurativen Neoabsolutismus erstickt wird. Erst die Niederlage Österreichs im Krieg gegen Preußen 1866 und die desaströsen Staatsfinanzen zwingen die Obrigkeit, Zugeständnisse an das liberale Bürgertum zu machen, womit der Weg für Neuerungen frei wird.

⁴⁹ Allein bei bestimmten Eigentumseingriffen und Fiskalsachen, in denen der Staat nicht mit Hoheitsgewalt, sondern als Träger von Vermögensrechten auftrat, gab es für Rechtsunterworfenen im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit einen gewissen Rechtsschutz. Vgl. *Hellbling*, *Verwaltungsverfahrensgesetze*, I. Band 2 f; Eine Übersicht über diverse „typische“ Verwaltungsprozesse vor Gerichten findet sich bei *Friedrich Tezner*, *Das System der österreichischen Verwaltungsrechtssprechung* (1911) 6.

⁵⁰ Vgl. *Rudolf Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*³ (2004) 38.

⁵¹ Vgl. *Baltl*, *Rechtsgeschichte* 209.

⁵² Vgl. *Adamovich/Funk*, *Verwaltungsrecht* 7; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 39, *ders.* *Verwaltungsakt* 45 ff.

⁵³ In Deutschland war das Vertrauen in die willkürlich agierende Polizeiverwaltung dermaßen gestört, dass für die gesamte verwaltungsrechtliche Rechtspflege die Einrichtung von Gerichten gefordert wurde. So wurde von den Abgeordneten der deutschen Nationalversammlung in der am 28. März 1849 in der Frankfurter Paulskirche verabschiedeten (nie in Kraft getretenen) Verfassung des deutschen Reiches in § 182 ausdrücklich festgelegt: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte.“

2. Entstehung des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes

Die entscheidende Wende hin zu einem rechtsstaatlichen Verfahren wird durch die Dezemberverfassung 1867 erreicht, die in mehreren Staatsgrundgesetzen nicht nur einen umfassenden Grundrechtskatalog, sondern auch Neuerungen für die Rechtspflege bringt. Im Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867 (RGBl. Nr. 144) wird in Artikel 15 Verfahrensparteien die Überprüfung einer administrativen Entscheidung durch einen einzurichtenden Verwaltungsgerichtshof garantiert: „Wenn außerdem Jemand behauptet, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein, so steht es ihm frei, seine Ansprüche vor dem Verwaltungs-Gerichtshofe im öffentlichen mündlichen Verfahren wider einen Vertreter der Verwaltungsbehörde geltend zu machen. Die Fälle, in welchen der Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden hat, dessen Zusammensetzung sowie das Verfahren vor demselben werden durch ein besonderes Gesetz bestimmt.“

Von der Kundmachung der Dezemberverfassung bis zur tatsächlichen Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes vergehen allerdings noch neun weitere Jahre. Erst 1875 werden entsprechende normative Grundlagen geschaffen.⁵⁴ Die Konstituierung des Gerichtshofs erfolgt schließlich 1876. Zweifelsohne ein Meilenstein auf dem Weg zur Entwicklung eines rechtsstaatlichen Verwaltungssystems.⁵⁵ Allerdings, und dies ist durchaus erstaunlich, wird zwar an die höchstgerichtliche Überprüfung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen gedacht, nicht aber daran, den Ablauf des Verwaltungsverfahrens, den eigentlichen Gegenstand der höchstgerichtlichen Überprüfung, selbst näher zu regeln. Zwar gesteht die Regierung die Notwendigkeit und Wichtigkeit der Erlassung von genauen Vorschriften über das administrative Ver-

⁵⁴ Gesetz vom 22. Oktober 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl 36/1876.

⁵⁵ Österreich entscheidet sich bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit für das so genannte „Süd-deutsche Modell“, das auf eine Gewaltbalance zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgerichtet ist. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit werden dabei als zwei voneinander getrennte Systeme begriffen, wobei – um Doppelgleisigkeiten zu vermeiden – der VwGH nur für eine nachprüfende Kontrolle zuständig ist. Die Orientierung an der (Zivil)Gerichtsbarkeit betont von allem Anfang an den Rechtsschutz des einzelnen Bürgers, dem im Denken des politischen Liberalismus ein individueller Anspruch auf verwaltungsgerichtlichen Schutz vor rechtswidrigen Verwaltungsakten zugestanden wird. Dar- aus erklärt sich auch, dass das österreichische verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzsystem stets auf den Schutz der subjektiven Rechte des einzelnen abzielte, nicht auf die umfassende Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit. Dies drückt sich insbesondere in der Beschränkung auf nachträgliche Kontrolle, der Ausklammerung des Ermessensbereichs und der Beschränkung der Sachverhaltsermittlung aus. Vgl. *Thienel*, Verwaltungsakt 73.

fahren ein, die dafür notwendigen Schritte werden aber nicht gesetzt.⁵⁶ So kommt es zum Paradoxon, dass der Verwaltungsgerichtshof zwar nach seinem gesetzmäßigen Auftrag die Entscheidung einer letztinstanzlichen Behörde aufzuheben hat, wenn die „wesentlichen Formen des Administrativverfahrens außer Acht gelassen“ worden sind⁵⁷, es dafür jedoch keinen positivierten Prüfmaßstab gibt. Damit bleibt dem Verwaltungsgerichtshof nichts anderes übrig, als in eigener Rechtsprechung Regeln und Kriterien eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu entwickeln.⁵⁸

Trotz der großen Anstrengung und auch beachtlichen Leistung des Verwaltungsgerichtshofs in der Herausbildung von bis heute grundlegenden Verfahrensinstitutionen⁵⁹ kann allein dadurch das Fehlen eines Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht substituiert werden. Als wesentliches Hemmnis stellt sich die eingeschränkte Entscheidungsbefugnis des VwGH heraus, wonach letztinstanzliche Bescheide lediglich behoben und an die belangten Behörden zurückgestellt, nicht jedoch in der Sache abgeändert werden können.⁶⁰ Ferner wird die Rechtsansicht

⁵⁶ Die 1875 zur Beschlussfassung vorgelegte Regierungsvorlage war daher auch heftiger Kritik ausgesetzt. So führte der konservative Abgeordnete *Ignaz Freiherr von Plener* aus, dass das administrative Verfahren vollständig regellos, ja der reinen Willkür der Behörden überlassen sei. Es sei unabdingbar, den unteren Behörden „feste wirkliche Normen“, die allein die Bürgerschaft für den Rechtsschutz der Parteien abgäben, zur Verfügung zu stellen. Zitiert nach *Ernst Hellbling*, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, I. Band (1953) 5.

⁵⁷ § 6 Abs. 2 Gesetz betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes.

⁵⁸ Dagegen gelingt es zur selben Zeit, für den Bereich der Straf- und Zivilrechtspflege einheitliche moderne Prozessordnungen zu kodifizieren, welche die französischen Verfahrensordnungen, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts erlassen wurden, zum Vorbild haben (Code de procédure civile von 1806, Code d' instruction criminelle von 1808). Damit werden ins österreichische Recht Prozessgrundsätze übernommen, die durch das Gedankengut der Aufklärung beeinflusst sind: Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit, freie Beweiswürdigung, Vertretungsrecht durch Anwälte, etc. Näheres dazu vgl. *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte 209 ff; *Foregger/Kodek*, Strafprozessordnung 3.

⁵⁹ Zu den wesentlichen Verfahrensbestimmungen, die der VwGH in Anlehnung an das gerichtliche Verfahren entwickelt hat, gehörte insbesondere das Recht einer Person, deren Interessen durch einen Verwaltungsakt berührt wurden, auf Parteistellung und Parteigehör, die Anfechtung einer Entscheidung, sofern ein administrativer Instanzenzug eingerichtet war, die Suspensivwirkung von Berufungen, das Institut der Rechtskraft und der Bestand von außerordentlichen Rechtsmitteln (Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme). Vgl. *Thienel*, Verwaltungsakt 74 f.

⁶⁰ Mit leidenschaftlicher Vehemenz spricht sich der bedeutende österreichische Verwaltungsrechtler *Friedrich Tezner* gegen das Kassationsprinzip aus. Es sei unverständlich, dass „niemals eine wahrhafte Entscheidung der anhängigen Rechtssache im Sinne eines Endurteils in der Sache“ getroffen werden könne. Was hat es für einen Sinn, fragt *Tezner* weiter, anstatt den VwGH das richtige Urteil selbst schöpfen zu lassen, ihn auf eine indirekte Anweisung für die Verwaltungsbehörden zu beschränken, wie diese ein Urteil fällen sollen, das gar nicht das ihrige sei und deshalb Anlass für Missverständnisse sein könne? Überzeugende sachliche Gründe für die nur unvollkommene Verwirklichung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit kann er keine erkennen. Vielmehr seien es vor allem zwei unüberwindliche Hindernisse gewesen, welche die Errichtung einer reformatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit verhindert hätten. Zum einen der Widerstand der mächtigen Bürokratie, die überhaupt die Schaffung des VwGH abgelehnt hätte, zum anderen aber auch die politischen Parteien, die zu Recht ein Sinken ihres Einflusses auf die Verwaltung befürchteten.

des VwGH trotz ihrer grundsätzlichen Bindungswirkung von den administrativen Verwaltungsbehörden oft missachtet.⁶¹

Insgesamt stellt der Verwaltungsrechtler und Zeitgenosse *Tezner* der österreichischen Verwaltung zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein schlechtes Zeugnis aus: Das juristische Denken habe in der Administrativverwaltung seit Einrichtung des VwGH abgenommen („vollständige Abwälzung der Rechtspflegetätigkeit auf den VwGH“⁶²), die Feststellung des Tatbestandes lasse zu wünschen übrig, die Auslegung der Verwaltungsbehörden bereite „dem Gerichtshof nicht selten die schwerste Mühe“⁶³ und die Dürftigkeit der Begründung habe sich zu einem „förmlichen Gewohnheitsrecht herausgebildet“⁶⁴. Maßgebende Entscheidungsgründe würden unterdrückt und den Parteien Entscheidungsgründe von höchst zweifelhaftem Wert bekannt gegeben werden, was zum Teil soweit geht, dass die wirklichen Entscheidungsgründe bis zur mündlichen Verhandlung vor dem VwGH von den Behörden wie Staatsgeheimnisse gehütet und erst im Plädoyer des Regierungsvertreters enthüllt werden würden.⁶⁵ All diese Mängel würden nicht nur zu einer unnötigen Verlängerung von Verfahren, sondern auch zu einem bedeutenden von der Administrativjustiz angestifteten Vermögensschaden führen.

Die Forderung nach der gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens mag bei *Tezner* und anderen Juristen seiner Zeit auch mit ihrem juristischen Berufsethos zusammenhängen. Kein genau determiniertes Verfahrensrecht bedeutet nicht nur eine unerträgliche Rechtsunsicherheit, sondern verletzt auch die Idee der Gewaltenteilung, die sich als herrschende Ideologie in den Köpfen der juristischen Elite des nachabsolutistischen Zeitalters festsetzen kann. In einer idealisierten Vorstellung wurde gefordert, dass die Staatsgewalten der Legislative (Politik) und Exekutive (Verwaltung) in allen Bereichen streng voneinander zu trennen seien. Die Exekutive sollte das Recht nur nach dem Willen des politischen Gesetzgebers möglichst neutral und loyal vollziehen und nicht selbst durch eine eigenwillige Rechtsanwendung politisch agitieren. Eine gleichmäßige Rechtsanwendung nach dieser Vorstellung kann allerdings nur

tet hätten, sollte dem VwGH eine starke Stellung zukommen. *Friedrich Tezner*, Das System der österreichischen Verwaltungsrechtsprechung (1913) 35 ff. Eingehend zur Entstehung und Veränderung der Kassationsgerichtsbarkeit siehe auch *Thomas Oleckowski*, Zwischen Kassation und Reformation. Zur Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis, ÖJZ 16/1999, 581 – 586.

⁶¹ *Battl*, Rechtsgeschichte 236.

⁶² *Tezner*, System der Verwaltungsrechtsprechung 43.

⁶³ Ebd. 44.

⁶⁴ Ebd. 45.

⁶⁵ Ebd.

hergestellt werden, wenn ein allgemein verbindliches Verfahrensrecht das Verwaltungshandeln in geordnete Bahnen lenkt.

Dies gilt umso mehr, wenn sich das Aufgabenfeld der Verwaltung verbreitert und sich damit ihre interne Organisation vergrößern muss. Damit ist ein dritter Faktor angesprochen, der der Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts den Weg bereitet hat. Ende des 19. Jahrhunderts kann sich neben dem Gedanken des Liberalismus die Idee des sozialen Leistungsstaates etablieren. Um der Massenverelendung im Gefolge der Industrialisierung entgegen zu wirken und die Lage der Lohnabhängigen zu verbessern, stellt sich der Staat neuen Herausforderungen. Das öffentliche Gesundheitswesen, die allgemeine Sozialversicherung, die Kultus- und Bildungsverwaltung, etc. entstehen.⁶⁶

Mit der Fülle an neuen wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben steigt nicht nur die Bedeutung der Verwaltung, sondern auch das Bedürfnis nach einer gleichförmigen Vorgangsweise, wie sie nur durch entsprechende Gesetze und ein einheitliches Verfahrensrecht hergestellt werden kann.⁶⁷ Wobei das Verfahren im Bereich der Wohlfahrtsverwaltung an Bedeutung gewinnt, weil dieser Bereich weniger konditional als final programmiert ist: Statt konkretisierten „wenn-dann-Bestimmungen“ werden bestimmte Ziele gesetzlich festgelegt, wobei die Mittel zu deren Erreichung teilweise der Verwaltung überlassen werden. Als Gegengewicht zu den damit verbundenen weiteren Handlungsfreiheiten bzw. Ermessensspielräumen muss ein transparentes Verfahren für die Legitimität der Entscheidung Sorge tragen.⁶⁸ Pointiert gesagt: Die Ausdrucksform des sozialstaatlichen Handelns ist das rechtliche Verfahren.

Die Geburtsstunde des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes fällt zusammen mit dem Untergang der alten Herrschafts- und Gesellschaftsordnung. Während der Monarchie scheiterte Anlauf um Anlauf zur Kodifikation.⁶⁹ Erst die völlig geänderten Umstände der 1918 ge-

⁶⁶ Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 8.

⁶⁷ Mit den wachsenden Staatsaufgaben setzt das Zeitalter der Positivierung ein. Die Rspr ist Ende des 19. Jhd. nicht mehr in der Lage, die notwendigen rechtlichen Grundlagen für eine steigende Zahl von neuen gesellschaftlichen Phänomenen über den Weg des Richterrechts zu entwickeln. Die Schaffung von Rechtsnormen wird vollständig Sache des Gesetzgebers und entwickelt sich zu einer Routineangelegenheit des Staatslebens. Permanent werden neue Rechtsvorschriften erlassen, weil beinahe alle Lebensbereiche rechtlich ausgestaltet werden. Dies führt auch zu einem gedanklichen Umschwung: Geltung kann nur noch positives Recht für sich beanspruchen. Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie 192 ff.

⁶⁸ Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 9.

⁶⁹ 1896 wurde zwar das Rechtsmittelverfahren gesetzlich normiert (Gesetz vom 12. Mai 1896, womit ergänzende, beziehungsweise abändernde Bestimmungen bezüglich des Verfahrens bei Geltendmachung der

gegründeten Republik bringen Bewegung in das Langzeitprojekt. Das Überleben des jungen Staates ist von einer loyalen Beamenschaft abhängig. In der Monarchie hat die Vollziehung die Züge einer Kaderverwaltung:⁷⁰ Von der Beamenschaft wird vorausgesetzt, dass diese auch ohne exakte Anweisungen in treuer Ergebenheit zu ihrem Kaiser und dessen Wertvorstellungen korrekt handelt. Die Herstellung von Konformität im Verwaltungsapparat durch die Integrationsfigur des alten Monarchen ist ein bis heute bemühter Mythos, der nicht überschätzt, aber auch nicht unterschätzt werden soll. Jedenfalls ist es für das republikanische Österreich lebensnotwendig, die Beamenschaft, die ihrer Vaterfigur beraubt worden ist, auf das Projekt des jungen Staates einzuschwören.

Da nicht mehr darauf vertraut werden kann, dass der Verwaltungsapparat aus eigenem die Ziel- und Wertvorstellungen der neuen Staatsideologie verinnerlicht hat, bedarf es klarer Handlungsdirektiven. Die Aufträge an die Verwaltung werden als Gesetze allein vom parlamentarischen Volkssouverän festgelegt und sind nicht weiter zu diskutieren. Statt der Loyalität zu einer Leitfigur, wird die Loyalität zu einer Rechts- und Verfassungsordnung eingefordert. Das Modell der Kaderverwaltung wird durch das Modell der Bürokratie ersetzt: Die Verwaltung orientiert sich nun weniger an Zielen als an Verfahren.

Grundlegend beschreibt *Max Weber* den Übergang zu einer bürokratischen Verwaltung: Nach seiner Auffassung gibt es drei Formen legitimer Herrschaft, die auf unterschiedliche Weise ihre Legitimität begründen: Die traditionelle Herrschaft durch Tradition, Alltagsglauben und Gewohnheitsrecht, die charismatische Herrschaft durch die Heiligkeit, die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person und die legale Herrschaft durch die Berufung auf gesetzte Ordnungen.⁷¹ Die „reinste Form der legalen Herrschaft“ bezeichnet *Weber* als diejenige mittels „bureaucratischen Verwaltungsstabs“, dessen Gesamtheit aus einem vorstehenden Leiter und aus Einzelbeamten besteht. Einzelbeamte gehorchen nur sachlichen Amtspflichten, sind in fester Amtshierarchie mit festen Amtskompetenzen kraft Kontrakt aufgrund ihrer Fachqualifikation angestellt und werden mit festen Gehältern entlohnt, haben keinen Nebenberuf, rücken nach einem klaren Schema auf und unterliegen einer streng einheitlichen Amtsdiziplin,

Rechtsmittel gegen Entscheidungen und Verfügungen der politischen Behörden getroffen werden. RGBI 101/1896). Jedoch konnte eine Gesamtkodifikation des Verfahrens weder durch einzelne Entwürfe verschiedener Verwaltungsrechtler noch durch die 1911 eingesetzte „Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform“ zu ihrem erfolgreichen Ende gebracht werden.

⁷⁰ Vgl. *Manfred Rehbinder*, Rechtssoziologie⁵ (2003) Rz 172.

⁷¹ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie (1921) Fünfte von Johannes Winckelmann revidierte Auflage (1980) 122 ff; 551 ff.

deren Einhaltung kontrolliert wird. Die Aktivitäten des bürokratischen Verwaltungsstabes basieren auf einer Rechtsordnung, die aus rationalen, zweckrationalen oder wertrationalen Intentionen gesetzt wurde und den Anspruch auf Befolgung erhebt.⁷² Der Ehrgeiz der bürokratischen Verwaltung liegt nun darin, nicht der Verwirklichung bestimmter politischer Ziel- und Wertbilder zu dienen, sondern in strenger Verfahrensdisziplin Recht anzuwenden, worunter ausschließlich verschriftlichte Normsätze verstanden werden, und dabei nach den Regeln der Subsumtionslogik vorzugehen.⁷³

Auch wenn dieses Modell bereits zum Zeitpunkt seiner Formulierung ein Idealbild war, konnte dieses Konzept als Leitmodell für die Verwaltung – gerade im deutschsprachigen Raum – eine bis heute andauernde außerordentliche Wirkung entfalten. In Österreich konnte sich daneben noch das *Kelsen/Merkl'sche* Modell der Verwaltung etablieren, das in dieselbe Richtung weist: Während die obersten Organe der Verwaltung demokratisch legitimiert sind, ist der Verwaltungsapparat selbst hierarchisch organisiert. Die hierarchische Organisation samt der Weisungsbefugnis der obersten Organe und die strikte Bindung an gesetzte Normen soll den Volkswillen im Feld der Vollziehung optimal verwirklichen und damit insgesamt der Demokratie dienen. Nur durch eine zentralistisch gesteuerte bürokratische Verwaltung kann für *Kelsen* das Legalitätsprinzip gewahrt werden. Nicht die Demokratisierung der Verwaltung, sondern allein ihre „Bürokratisierung bedeutet (...) die Aufrechterhaltung der Demokratie.“⁷⁴ Damit allerdings das Verwaltungshandeln sich auf der Grundlage der Gesetze verwirklichen kann, müssen die institutionellen Formen dafür geschaffen werden, was die Positionierung des Verwaltungsverfahrens verlangt.

Der entscheidende letzte Grund, warum Österreich endlich zu einem kodifizierten Verwaltungsverfahrensgesetz gekommen ist, war ein reichlich profaner: Geldnot. Die junge Republik war durch die Ereignisse des I. Weltkriegs und durch den Wegfall der alten Kronländer wirtschaftlich enorm geschwächt und bedurfte dringend finanzieller Unterstützung. Dem damaligen Bundeskanzler *Ignaz Seipel* gelingt es vom Völkerbund eine Anleihe zur Staatssanierung

⁷² Ebd. 125 ff.

⁷³ *Rehbinder*, Rechtssoziologie Rz 172. .

⁷⁴ *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929) 73. Wegen des behaupteten Zusammenhangs zwischen Demokratie und Bürokratie wird dieses Modell auch als „Kelsen-Merkl'sches Demokratiemodell“ bezeichnet. Vgl. dazu und zur gegenwärtigen Bedeutung dieses Modells *Karl Weber*, Das Gesicht der Verwaltung im 21. Jahrhundert, in: Peter Bußjäger (Hrsg.), *Moderner Staat und innovative Verwaltung* (2003) 107 – 127, insbes. 109; und im selben Band: *Peter Bußjäger*, Die Rahmenbedingungen des Standortwettbewerbs von Verwaltungen 7 – 24, insbes. 11.

zu erhalten.⁷⁵ In den Genfer Protokollen vom 4. Oktober 1922 muss Österreich sich allerdings dafür zu umfangreichen Sanierungsaktionen und damit auch zu einer Verwaltungsreform verpflichten.

Vor dem Hintergrund dieser völkerrechtlichen Verpflichtung wird am 27. November 1922 ein eigenes Wiederaufbaugesetz verabschiedet (BGBl. Nr. 843/1922), das eine Reform der gesamten Bundesverwaltung „zum Zweck ihrer möglichsten Vereinfachung und Verbilligung“ (§ 1) vorsieht. Die gesamte Hoheitsverwaltung ist in jeder Hinsicht möglichst zu vereinfachen und sparsam nach folgenden Grundsätzen neu auszurichten (§ 3 Abs. 2):

- Vereinfachung und Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens bei Aufrechterhaltung der allgemeinen Grundsätze dieses Verfahrens.
- Einschränkung des Rechtsmittelzuges im Verwaltungsverfahren auf das Mindestmaß.
- Vereinfachung des manipulativen Geschäftsganges in der gesamten Verwaltung.
- Zweckdienliche Abänderung des organisatorischen Aufbaues der Verwaltung in allen Stufen und Zweigen.
- Bei möglichster Zusammenfassung des Dienstes Vereinigung oder Auflassung von Behörden, Ämtern und Anstalten, deren selbständiger Fortbestand nicht in sachlichen oder örtlichen Verhältnissen hinreichend begründet ist.
- Übertragung von Verwaltungsaufgaben, die bisher von Behörden und Ämtern höherer Stufe besorgt wurden, an Behörden und Ämter niederer Stufe.

Um diese Vorhaben umsetzen zu können, wird im Bundeskanzleramt eine eigene Verwaltungsreformabteilung eingerichtet, welcher *Egbert Mannlicher* vorsteht und der auch *Emmerich Coreth* angehört. In dieser Abteilung werden insgesamt sechs Gesetzesentwürfe für eine umfassende Verwaltungsreform ausgearbeitet: Zunächst ist die Schaffung eines eigenen Bun-

⁷⁵ In welcher extremen Situation sich Österreich befindet, stellt *Seipel* am 6. September 1922 in einer aufsehenerregenden Rede vor dem Völkerbund mit drastischen Worten dar: „Wenn Österreich der immer unheimlicher werdenden Entwertung seiner Währung nicht länger standhielte, wenn seine Bevölkerung (...) durch Hunger und Kälte dezimiert werden sollte, wenn dann die Aufrechterhaltung der Ruhe und gesetzlichen Ordnung im Herzen Europas in Frage gestellt würde, hieße das nicht nur, dass für die Weltproduktion mit dem Welthandel ein verhältnismäßig kleines Absatzgebiet verloren ginge; es hieße nicht nur, dass den Völkern, die im Westen wohnen, der kürzeste Weg nach ihren Absatzgebieten im Osten verlegt werden würde; es hieße eines der besten und wertvollsten Kulturzentren der Welt zugrunde gehen lassen. Es hieße aber auch den Friedensverträgen ans Leben greifen, wenn sich das durch sie geschaffene neue Österreich als lebensunfähig, nicht nur für den Augenblick, sondern für alle Zukunft erweisen würde, er hieße ein Loch mitten in die Karte Europas reißen: es hieße einen luftleeren Raum mitten in Europa schaffen, der mit ungeheurer Saugkraft die Nachbarn erfassen und dadurch das – auch abgesehen von Österreich – nur mit großer Kunst zwischen ihnen aufrechterhaltene Gleichgewicht stören müsste.“

desverfassungsgesetzes für die Durchführung dieser tief greifenden Verwaltungsreform erforderlich, da Art. 11 Abs. 2 B-VG zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Geltung stand, es also keine entsprechende Regelungskompetenz des Bundes gab. Für den Bereich des Verwaltungsverfahrens werden auf der Grundlage der verfahrensrechtlichen Judikatur des VwGH ein Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), ein Verwaltungsstrafverfahrensgesetz (VStG), ein Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG) und ein Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG) konzipiert. Für den Bereich des materiellen Verwaltungsrechts wird ein umfangreiches Verwaltungsentlastungsgesetz vorgelegt. Die Ausarbeitung der Gesetzesentwürfe können von der Verwaltungsreformabteilung im Frühjahr 1924 abgeschlossen werden und werden am 30. Mai 1924 unter der Bezeichnung „Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung“ als Regierungsvorlage beschlossen.

Zur Erinnerung: Ursprünglich wird die Einrichtung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens von einem erstarkenden liberalen Bürgertum gefordert, das dadurch die Behördenwillkür eingedämmt wissen will. Davon liest man allerdings ein halbes Jahrhundert später in der Regierungsvorlage und im Wiederaufbaugesetz nichts mehr. Die Befugnisse der Verwaltung werden zwar auch beschnitten, jedoch weniger aus einem liberalen Rechtsstaatsverständnis, sondern aus einem Spargedanken heraus.

Dies zeigt sich deutlich an den Erläuterungen zur Regierungsvorlage: Oberstes Ziel ist es, eine weitgehende Vereinfachung der gesamten Verwaltung herbeizuführen und „damit der Notwendigkeit des Arbeitsabbaues in der Verwaltung, das ist der Einschränkung der Verwaltungstätigkeit auf das unbedingt erforderliche Maß, Rechnung zu tragen.“⁷⁶ Zwar wird betont, dass die Verwaltungsreform auch von großem Nutzen für die Bevölkerung sei⁷⁷, jedoch wird die Stärkung der Rechte von Parteien gegenüber den Verwaltungsbehörden nicht als eigenes Regelungsziel ausgewiesen. Vielmehr wird festgehalten, dass die Vereinfachung nur soweit verfolgt wurde, wie sich dies mit der Wahrung von Parteienrechte vereinbaren lasse.⁷⁸

Tatsächlich sind in der Regierungsvorlage im Vergleich zum endgültig beschlossenen Gesetz die Parteienrechte noch unterbelichtet. So fehlt etwa das Recht auf Akteneinsicht, die

⁷⁶ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage [im Folgenden: EB RV], 5. Juni 1924, 63.

⁷⁷ „Welche außerordentlichen Erleichterungen eine solche Vereinheitlichung sowohl für die Verwaltungsbehörden selbst als insbesondere auch für die Bevölkerung in ihrem Verkehr mit den Verwaltungsbehörden zu bieten vermag, bedarf wohl keiner näheren Ausführung.“ Ebd. 65.

⁷⁸ Ebd. 66.

Rechtsmittelbelehrung bei Bescheiden wird abgeschafft⁷⁹ und die bescheiderlassende Behörde bei Ermessensentscheidungen von der Verpflichtung einer Begründung entbunden⁸⁰. Genauso ist geplant, der Berufungsbehörde die Möglichkeit einzuräumen, statt einer eigenen Begründung auf die Begründung des angefochtenen Bescheides zu verweisen.⁸¹ Dass dem Gedanken einer zügigen Verfahrensführung ein höherer Stellenwert als dem Schutz von Parteiinteressen beigemessen wird, zeigt sich auch an anderen Stellen in der RV deutlich. So wird etwa der Partei die Verpflichtung auferlegt, gegen die unvollständige oder unrichtige Niederschrift einer Erklärung sofort begründeten Widerspruch zu erheben (§ 16 der AVG idF RV). Das Versäumen einer mündlichen Verhandlung durch den Antragsteller führt dazu, dass das Ansuchen als zurückgezogen gewertet wird (§ 43 Abs. 3 AVG idF RV).

Die beschlossene Regierungsvorlage wird zur weiteren Verhandlung dem zuständigen Verfassungsausschuss des Nationalrats zugewiesen. In Hinblick auf die besondere Bedeutung des Reformvorhabens setzt der Verfassungsausschuss einen eigenen fünfköpfigen Unterausschuss bestehend aus den Abgeordneten *Leopold Kunschak* (Vorsitzender - CSP), *Rudolf Ramek* (Berichterstatter - CSP), *Robert Danneberg* (SdP), *Arnold Eißler* (SdP) und *Heinrich Clessin* (GdP) ein. Nachdem *Ramek* 1924 *Seipel* als Bundeskanzler nachfolgt, wird an seiner Stelle *Franz Schumacher* (CSP) in den Unterausschuss berufen und als Berichterstatter gewählt.

Erst durch die Überarbeitung der RV kommt es zu einer deutlichen Aufwertung der Rechtsposition der Parteien. Die Auswertung der Ausschussprotokolle⁸² ergibt ein interessantes

⁷⁹ Offizieller Grund dafür sind die bisherigen Probleme für Verwaltungsbehörden bei falschen oder unvollständigen Rechtsmittelbelehrungen, wie in den EB RV zu § 60 AVG ausgeführt wird: „Die bisher geltende Vorschrift, dass jede Entscheidung oder Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist, soll in Hinkunft im Allgemeinen nicht mehr gelten. Sie hat im Zusammenhange mit den Weiterungen, die sich aus mangelhaften oder falschen Rechtsmittelbelehrung ergeben, sehr unerwünschte Folgen nach sich gezogen; inhaltlich vollkommen richtige Entscheidungen mussten wegen eines solchen Formmangels behoben, der unteren Instanz zurückgegeben und von dieser dann nach Beifügung der Rechtsmittelbelehrung gleichlautend neuerdings erlassen werden, eine ganz überflüssige Arbeit und Vielschreiberei, für die die Bevölkerung nie ein Verständnis aufbringen konnte.“

⁸⁰ Begründet wird dieser Schritt mit Effizienzerwägungen: „In reinen Ermessenssachen, in denen die Behörde vom Gesetzgeber freie Hand bekommen hat, an einen gegebenen Sachverhalt nach ihrem Dafürhalten diese oder jene Folgerung zu knüpfen, hat eine Begründung, die sich naturgemäß immer in dem bloßen Hinweis auf das freie Ermessen erschöpfen müsste, keinen Raum.“ EB zur RV zu § 60 AVG.

⁸¹ § 68 Abs. 2 AVG lautete idF der RV: „Zur Begründung eines Bescheides der Berufungsbehörde, mit dem der angefochtene Bescheid bestätigt wird, genügt ein bloßer Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Bescheides.“

⁸² Die – teilweise handschriftlichen – Protokolle der Sitzungen des Unterausschusses sind nicht veröffentlicht, sondern nur im Parlamentsarchiv zugänglich, wo sie von mir eingesehen wurden. Insgesamt wurden für die Behandlung der Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung 19 Sitzungen anberaumt: 17., 19., 25.,

Bild. Es stehen sich drei Akteure gegenüber: Die Regierungsposition wird durch verschiedene Ministerialbeamte, insbesondere des Bundeskanzleramts, vertreten. Unter ihnen die bereits erwähnten Autoren der RV, *Mannlicher* und *Coreth*, sowie die Mitarbeiter des Verfassungsdienstes *Georg Froehlich* und *Ludwig Adamovich sen.* Alle herausragende juristische Persönlichkeiten, deren Wirken nachhaltige Spuren in der Landschaft des öffentlichen Rechts hinterlassen hat. Ihr Ziel ist es, den Verwaltungsbehörden ein effektives Verfahren an die Hand zu geben und dadurch die Leistungsfähigkeit der Vollziehung zu steigern.

Die zweite Verhandlungsposition wird von der Sozialdemokratie eingenommen. Ihr Bestreben ist es, die Position des einfachen Arbeiters gegenüber der als übermächtig empfundenen Bürokratie abzusichern. Vertreter der Interessen des „kleinen Mannes“ ist *Arnold Eisler*, der im Zivilberuf Rechtsanwalt ist. Seinen Interventionen ist es zum einem guten Teil zu verdanken, dass die RV nachgebessert und dem AVG jene Parteienfreundlichkeit eingeschrieben wird, die bis heute ein zentrales Merkmal des Gesetzes ist.

War es das Anliegen des Liberalismus, die Autonomie der Verfahrenspartei zu garantieren, so ist es Ziel der Sozialdemokratie, das Verfahren so einfach auszugestalten, dass auch Angehöriger niedriger Bildungsschichten ihre Interessen ohne anwaltliche Vertretung gegenüber der Verwaltung wahrnehmen können. Dieser „Servicegedanke“ drückt sich beispielsweise in folgenden Anträgen *Eislers* zum Institut der Rechtsvertretung aus, die ins Gesetz Eingang gefunden haben: Bei der Bevollmächtigung eines Vertreters wird festgehalten, dass diese mündlich erfolgen kann und mit Aktenvermerk zu dokumentieren ist (§ 10 Abs. 1 AVG). Von einer ausdrücklichen Vollmacht kann die Behörde absehen, wenn es sich um die Vertretung durch amtsbekannte Familienmitglieder, Haushaltsangehörige oder *amtsbekannte Funktionäre von beruflichen oder anderen Organisationen* handelt (§ 10 Abs. 4 AVG). Gemeint sind damit Gewerkschaftsfunktionäre.⁸³ Durch den neu aufgenommenen § 10 Abs. 5 AVG soll klargestellt werden, dass die Beiziehung eines Rechtsbeistandes Parteienrecht ist, im Verwaltungsverfahren jedoch kein Anwaltszwang besteht.

26. und 27. Februar, 4., 11., 13., 26. März, 13., 14., 18., 19., 22., 27., 28. Mai, 4., 6., 9. Juni. Das AVG konnte in den ersten fünf Sitzungen abschließend behandelt werden.

⁸³ In der Unterausschusssitzung vom 26.2.1925 regt der in Vertretung *Dannebergs* anwesende sozialdemokratische Gewerkschaftsfunktionär *Forsner* bei der Verhandlung des VStG an, das Verwaltungsstrafverfahren öffentlich zu führen, „etwa durch die Möglichkeit des Mitbringens zweier Vertrauenspersonen zur Verhandlung insbesondere beim Berufungsverfahren.“ Dieser Vorschlag wurde von *Schumacher* als unnötig abgelehnt: „Der Berichterstatter verweist auf die gewährleistete Öffentlichkeit bei wichtigeren Fällen vor dem Verwaltungsgerichtshof und macht weiters darauf aufmerksam, dass die Vertretung durch einen Gewerkschaftsbeamten schon durch das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehen sei (...).“

Ferner wird auf Initiative *Eislers* die umgehende Widerspruchsverpflichtung gegen falsche oder unvollständige Niederschriften (§ 16 RV) und die problematische Beidigung von Zeugen (§ 51 Abs. 2 RV) gestrichen. Auf seinen Antrag hinaus wird die Rechtsmittelbelehrung wieder als Bescheidbestandteil und die generelle Begründungspflicht von Bescheiden entgegen der RV eingeführt.⁸⁴ *Eisler* beantragt weiters eine Klarstellung des Beginns des Fristenlaufs bei der mündlichen Bescheidverkündung und fordert in den Ausschussbericht zu vermerken, „dass dem Rechtsmittelverzicht im Verwaltungsverfahren besondere Sorgfalt zugewendet werden müsse.“⁸⁵

Dass die Verhandlungen der RV im Unterausschuss fast in Rekordzeit abgeschlossen und die Verwaltungsreform finalisiert werden kann, ist das Verdienst des Berichterstatters *Schumacher*, der für die dritte Verhandlungsposition steht. Werden von Ministerialseite die Interessen der Bürokratie, von *Eisler* die Interessen der Arbeiterschaft vertreten, so versucht *Schumacher* die verschiedenen Positionen zu vereinen, sämtliche inneren Widersprüche des Gesetzesentwurfs aufzulösen und ein für Parteien und Behörden ausgewogenes Verfahren zu erreichen.⁸⁶ Die Ausschussprotokolle zeichnen folgendes Bild: *Eisler* ist Schrittmacher, *Schumacher* Mediator. Beide die parlamentarischen Väter des AVG.⁸⁷

⁸⁴ Dazu heißt es im Ausschussbericht: „Der Ausschuss vermochte diesen beiden Vorschlägen der Bundesregierung [Anm.: Entfall der Rechtsmittelbelehrung und Entfall der Begründungspflicht bei Ermessensentscheidungen] nicht zuzustimmen, vertrat vielmehr die Meinung, dass die dadurch etwa erzielbaren Vereinfachungen im Verfahren angesichts der zu erwartenden Minderung der Rechtssicherheit und Schmälerung der Parteienrechte zu teuer erkauft ist. (...) [D]as Fallenlassen einer Rechtsmittelbelehrung [dürfte] doch ein zu große und ungerechtfertigte Zumutung an die Gesetzeskenntnis der Bevölkerung bedeuten. (...) [D]er Ausschuss [erblickte] gerade in der Begründungspflicht der Behörde ein wesentliches Moment des Rechtsschutzes, das einer recht problematischen Verwaltungsvereinfachung zuliebe doch nicht kurzerhand geopfert werden darf.“ AB 360 Blg NR 2. GP S. 18.

⁸⁵ Protokoll des Unterausschusses vom 25. Februar 1925.

⁸⁶ *Schumacher* ist stets auf die Wahrung der Kohärenz des Verfahrens bedacht. So plädiert er etwa vollzugsuntaugliche Vorschriften zu eliminieren („Maßgebende Erklärungen von Beteiligten, Zeugen und Sachverständigen sind tunlichst mit deren eigenen Ausdrücken aufzunehmen.“ § 15 Abs. 1 letzter Satz RV) oder die Systematik des Verfahrens zu wahren (Zur Sicherung der Mündlichkeit des Verfahrens wurde auf seine Initiative folgender Abschlusssatz in § 44 Abs. 2 AVG eingefügt: „Teilnehmer an der mündlichen Verhandlung dürfen ihre Erklärung jedoch nicht schriftlich abgeben.“).

⁸⁷ *Schumacher* lobt die gute Zusammenarbeit im Ausschussbericht ausdrücklich: „Der Berichterstatter würde eine Pflicht verabsäumen, wenn er beim Abschlusse der Ausschussberatungen nicht ausdrücklich hervorheben würde, dass das Zustandekommen der Gesetze dem einträchtigen Zusammenwirken aller Parteien zu danken ist und dass insbesondere im Unterausschuss der Abgeordnete Dr. Eisler dem Referenten in der wirksamsten Weise zur Seite gestanden ist.“ (AB 360 Blg NR 2. GP, S. 2). *Eisler* hebt in der Plenardebatte hervor: „Aber ich glaube, dass niemand anderer als gerade ein Angehöriger der Opposition dazu berufen ist, objektiv festzustellen, dass wir vor allem nicht nur der Unermüdlichkeit, sondern ganz besonders auch dem verständnisvollen Entgegenkommen des Herrn Berichterstatters Wünschen gegenüber, die von anderen Auffassungen ausgingen, es zu danken haben, dass wir die Gesetze nach verhältnismäßig kurzer Bera-

Schumacher, der Senatspräsident des Oberlandesgerichts Innsbruck ist, versucht bis zu Letzt den Entwurf sprachlich zu optimieren und das Gesetz in eine möglichst verständliche Fassung zu bringen.⁸⁸ Um jegliche Unklarheiten zu beseitigen, fügt er außerdem dem Gesetz durch den Ausschussbericht detaillierte Erläuterungen bei, die in ihrer Ausführlichkeit für die damalige Zeit ungewöhnlich sind.⁸⁹

Am 16. und 21. Juli 1925 befasst sich der Nationalrat mit den sechs Reformgesetzen und verabschiedet sie mit überwältigender Mehrheit.⁹⁰ Zugleich wurde das B-VG an die neue Terminologie des AVG angepasst und der Begriff „Bescheid“ in das B-VG aufgenommen.⁹¹ 50 Jahre nach Gründung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte die junge Republik nun endlich ein einheitliches, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgerichtetes, Verwaltungsverfahrensgesetz. Die Zufriedenheit darüber war allen Parteien gemeinsam.⁹² Nie-

tion verabschieden können.“ (StenProt, 108. Sitzung NR, II. GP, 2588). Die anderen Ausschussmitglieder, insbesondere der Vertreter der Liberalen, *Clessin*, haben in den Verhandlungen nur eine untergeordnete Rolle gespielt.

⁸⁸ Statt § 42 Abs. 1 RV: „Die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung hat in der Art zu erfolgen, dass die Beteiligten persönlich verständigt werden oder außer dieser Verständigung das Stattfinden der Verhandlung auch durch Anschlag in der Gemeinde oder überdies durch Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen im Lande bestimmten Zeitung bekanntgemacht wird.“ schlägt *Schumacher* in der Sitzung vom 25.2.1925 folgende Formulierung, die auch ins Gesetz übernommen wird, vor: „Die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung hat durch persönliche Verständigung der bekannten Beteiligten zu erfolgen und wird nach Bedarf überdies noch durch Anschlag in der Gemeinde oder durch Verlautbarung in der für die amtlichen Kundmachungen im Lande bestimmten Zeitungen bekanntgemacht.“ *Schumacher* stellte in der Parlamentarischen Debatte fest: „Das neugeregelte Verfahren ist nicht kompliziert; die kompliziert scheinenden Bestimmungen sind nur ein Niederschlag der Mühe, die aufgewendet wurde, um das Verfahren selbst möglichst einfach und ohne unnötige Förmlichkeiten zielführend zu gestalten.“ StenProt, 108. Sitzung NR, II. GP, 2567.

⁸⁹ Der Ausschussbericht hat tatsächlich den Umfang und Tiefgang eines juristischen Fachkommentars, was nicht nur Begeisterung auslöst. Während der liberale Abgeordnete *Clessin* den Wert des „Legalkommentars“ hervorhebt und der Regierung empfiehlt, diesen „als eine Art Volksausgabe [zu verlegen], die zu einem möglichst billigen Preise weiteste Verbreitung finden kann, damit die faktische Möglichkeit gegeben ist, dass sich die Öffentlichkeit mit dem Geiste dieses Reformwerks im weitesten Maße vertraut macht.“ (StenProt, 108. Sitzung NR, II. GP, 2597), findet *Eisler* auch kritische Worte. Er wendet sich gegen die Vorstellung, durch den Ausschussbericht „dem Gesetz auf seinem Weg auch die Auslegung des Willens des Gesetzgebers mitzugeben“. Er versucht deshalb, den Bericht auf seinen tatsächlichen Wert zurückzuführen: „Man wird daraus nicht in allen Fällen, ich wage nicht zu sagen, den Willen des Gesetzgebers, aber sicherlich nicht die übereinstimmende Auffassung derjenigen entnehmen können, die an dem Zustandekommen des Gesetzes mitgearbeitet haben.“ (StenProt, 108. Sitzung NR, II. GP, 2588).

⁹⁰ BGBl. 274/1925.

⁹¹ BGBl. 268/1925. Die Gleichzeitigkeit der Kodifikation des AVG mit der Verankerung des Bescheidbegriffs im B-VG wird von der herrschenden Lehre als Argument dafür herangezogen, dass sich der Bundesverfassungsgesetzgeber am Bescheidbegriff des AVG orientierte und diesen in seinen prinzipiellen Ausgestaltungen übernahm. Vgl. *Thienel*, Verwaltungsakt 78; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 377.

⁹² Geradezu pathetisch wird die Kodifikation vom Berichtersteller gefeiert: „So möge denn der Kahn, den wir gezimmert haben, in Gottes Namen abstoßen vom Ufer und mutig hinaussteuern ins Weite. Ich denke,

mand ahnt jedoch, dass das AVG auch noch 80 Jahre nach seinem In-Kraft-Treten den Rang eines Manifests des österreichischen Verwaltungsrechts für sich in Anspruch nehmen kann.⁹³ Die damals grundgelegten Prinzipien sind bis heute gültig und die damals gestellten Weichen geben bis heute die Richtung vor, in die sich das Verwaltungsverfahren – trotz etlicher zwischenzeitlicher Novellen – entwickelt. Bis heute besticht dieses Gesetzeswerk durch seine Einfachheit, seinen sprachlichen Stil, seine Effizienz und seine Ausgewogenheit zwischen den Interessen der Behörden und denen der Parteien.⁹⁴ Das AVG ist eindeutig als ein rechtsstaatliches Verfahrenssystem zu qualifizieren. Der langwierige Entstehungsprozess darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das AVG die erste einheitliche Verfahrensordnung für Verwaltungssachen weltweit war.⁹⁵ Deshalb hatte das AVG auch Vorbildwirkung für die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts anderer Staaten.⁹⁶

3. Neuere Entwicklungen im AVG

Im AVG sind alle Grundsätze vereint, die sich in einem modernen rechtsstaatlichen Verfahren finden müssen: Der Tätigkeit von Verwaltungsbehörden wird durch klare Zuständigkeitsregeln und einheitliche Handlungsanweisungen ein institutioneller Rahmen gegeben. Die Einheitlichkeit der Verfahrensvorschriften soll das materielle Recht optimal verwirklichen und damit den Anspruch des Rechts verteidigen, wichtigstes gesellschaftliches Ordnungssystem zu sein. Wird dieser Gedanke eingelöst, kann sich Recht in seiner Ordnungs- und Herrschafts-

das Fähnlein, das wir daran befestigt haben und das die österreichischen Farben trägt, kann lustig flattern im Winde. Wir haben den Kahn selbst gezimmert, aus eigenem Holze, Made in Austria, wir hatten kein Vorbild.“ (StenProt, 108. Sitzung NR, II. GP, 2568).

⁹³ Von der Sozialdemokratie wird das AVG etwa nur als Provisorium angesehen. *Eisler* über die neuen Gesetze: „Sie sind ein erster Versuch, das Verwaltungsverfahren im demokratischen Staate zu regeln, aber nicht mehr als das. Wir wissen ganz genau, dass auch die Formen des Verfahrens mit dem Staate und seinen Einrichtungen wechseln und wechseln müssen und wir wissen ganz genau, dass mit der fortschreitenden Demokratisierung der Verwaltungseinrichtungen des Staates auch die Formen, in denen der Staat verwaltet, sich gründlich ändern werden.“ StenProt, 108. Sitzung NR, II. GP, 2589.

⁹⁴ Zu diesem Befund kommt bereits 1953 *Hellbling*, wenn er schreibt: „Dass die Verwaltungsverfahrensgesetze ein ausgezeichnetes Gesetzgebungswerk sind, beweist am deutlichsten der Umstand, dass sie, obgleich sie nunmehr schon länger als ein Vierteljahrhundert in Kraft sind, nur verhältnismäßig geringfügige Veränderungen erfahren haben, mithin sehr große Stabilität aufweisen.“ *Hellbling*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 11. Siehe auch *Theo Öhlinger*, 60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze – Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß? Gutachten für den 9. Österr. Juristentag (1985) 9: Die hohe Funktionalität des AVG werde durch eine Beschränkung auf das Wesentliche erreicht, „die die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze als echtes Meisterwerk der Legistik ausweist und eine Beherrschung der Gesetzgebungstechnik, die heute weitgehend verloren gegangen ist.“

⁹⁵ Vgl. *Öhlinger*, Verwaltungsverfahrensgesetze 5.

⁹⁶ So wurde etwa in der Schweiz erst 1968 und in Deutschland erst 1976 ein allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht geschaffen. Vgl. *Robert Walter/Heinz Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁸ (2003) Rz 28.

funktion entfalten. Dem Gedanken der Einheitlichkeit liegt nicht nur die Idee der Gleichbehandlung der Parteien und die Gleichanwendung des Rechts zugrunde, sondern auch die Idee der Effektivierung von Verfahrensabläufen, wodurch die Wirksamkeit des Rechts insgesamt gesteigert wird.

Die für jedes Verfahren konstitutive Idee, dass dieses zu einer richtigen – oder anders gesprochen – zu einer gerechten Entscheidung führen soll, bestimmt das AVG in mehrfacher Weise. Den Verwaltungsbehörden ist aufgetragen, von Amts wegen (Offizialmaxime – § 39 Abs. 2 AVG) unparteiisch den „wahren“ entscheidungsrelevanten Sachverhalt festzustellen (Grundsatz der materiellen Wahrheit – § 37 AVG) und dabei die Partei einzubinden (Parteiengehör). Im Beweisverfahren gelten die Grundsätze der freien Beweiswürdigung und der Unbeschränktheit der Beweismittel: Als Beweismittel kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist (§ 46 AVG). Über die Beweiskraft (innerer Wahrheitsgehalt) der vorgebrachten Beweismittel entscheiden die Behörden nach freier Überzeugung (§ 45 Abs. 2 AVG). All diese Grundsätze sollen eine umfassende und objektive Sachverhaltsermittlung gewähren.⁹⁷

Die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften soll zu einer richtigen Entscheidung führen, wobei die Verwaltungsbehörden in der Begründung des Bescheids detailliert darzulegen haben, auf welche Argumente und Erwägungen sie ihre Entscheidung stützen (Begründungspflicht – § 58 Abs. 2 AVG). Gegen eine als rechtswidrig empfundene Entscheidung steht der Partei im Regelfall das Rechtsmittel der Berufung zu (§ 63 AVG). Daneben ermöglicht eine Reihe von außerordentlichen Rechtsbehelfen in bestimmten Fällen den Eingriff in rechtskräftige Entscheidungen, um zu verhindern, dass Parteien ohne ihr Verschulden grob benachteiligt werden.⁹⁸ Auch gegen untätige Behörden kann wirksam mit einem Devolutionsantrag, der die Übertragung der Zuständigkeit zur Entscheidung an die Oberbehörde begehrt, vorgegangen werden.⁹⁹

⁹⁷ Diese Verfahrensgrundsätze sind nicht *expressis verbis* festgelegt, sondern werden aus der Gesamtsystematik des AVG, insbesondere aus den Bestimmungen des II. Teils (§§ 37 ff), gewonnen. Dazu ausführlich: *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 395 ff; *Antoniolli Koja*, Verwaltungsrecht 607 ff; *Hauer/Leukauf*, Handbuch 360 ff; *Johannes Hengstschläger/David Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, II (2005) § 37 Rz 5 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 139 ff, 170 ff; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 319 ff.

⁹⁸ Abänderung und Behebung von Bescheiden (§ 68 AVG), Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 69, 70 AVG), Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 71, 72 AVG).

⁹⁹ Entscheidungspflicht (§ 73 AVG).

Rechtliche Verfahren haben eine asymmetrische Machtstruktur, weil Behörden durch ihre Entscheidungsgewalt gegenüber Parteien eine wesentlich stärkere Stellung genießen. Diese Asymmetrie ist im Verwaltungsbereich nicht in ein Gleichgewicht zu bringen.¹⁰⁰ Es kann jedoch versucht werden, die Behördenmacht einzuschränken, indem Parteien mit Rechten ausgestattet werden. Das AVG hat diesen Versuch unternommen und war erfolgreich. Die Emanzipation vom Untertan zur Verfahrenspartei ist geglückt, der Übergang vom absolutistischen Polizeistaatsdenken hin zum demokratischen Rechtsstaatsverständnis geschafft. Der Verfahrenspartei wird in einem liberalen Rechtsstaatsdenken eine Rechtssphäre zugestanden, die es zu schützen gilt und die gleichsam eine Beschränkung für Eingriffsnormen darstellt.

Klare Zuständigkeiten, Informationsrechte, Rechtsschutzgarantien und andere Rechte für Parteien setzen der Behördenmacht Grenzen. Verfahrensvorschriften dienen in diesem Kontext der Kontrolle der Tätigkeit von Behörden, womit – allgemein gesprochen – Recht als Mittel der Herrschaftskontrolle eingesetzt wird. Erst durch die Implementierung dieses Gedankens erreicht das Rechtsverfahren seine höchste Entwicklungsstufe und darf sich als rechtsstaatliches Verfahren bezeichnen.

Neben der Idee der liberalen Rechtsstaatlichkeit konnte sich im AVG ein zweiter Gedanke entfalten, der ins selbe Horn stößt. Das gesamte Verfahren wurde möglichst bürgernah und deshalb formlos ausgestaltet. Die Idee ist, dass Parteien im Umgang mit Behörden ohne anwaltliche Unterstützung ihre Interessen wahrnehmen können. Eingaben können auch mündlich eingebracht werden, sofern die Schriftform erforderlich ist – wie bei Berufungen – sind dafür nur wenige Formalkriterien zu erfüllen. Behördliche Belehrungspflichten sollen die Rechtsunkenntnis unvertretener Parteien kompensieren.

Der Gedanke einer stärker an den Interessen der Bürger ausgerichteten und weniger bürokratischen Verwaltung hat in den letzten 25 Jahren als ein zentrales Anliegen der Verwaltungsreform platz gegriffen. Soweit ersichtlich wurde eine Reform des Verwaltungsverfahrens erstmals Anfang der 1980er Jahre breiter diskutiert. Ein dringendes Anliegen betraf damals die Anpassung des Verwaltungsstrafverfahrens an die Anforderungen von Art. 5 und 6 EMRK, die schließlich in der Einführung der Unabhängigen Verwaltungssenate als Tribunale im Sinn

¹⁰⁰ Tatsächlich ist die Idee der Waffengleichheit im Zivil- und Strafverfahren einfacher, jedoch auch niemals ganz zu verwirklichen. Bei Verwaltungsgerichten (UVS, UBAS, VwGH, etc.) stehen sich zwar Parteien und belangte Behörden gleichrangig vor der unabhängigen Rechtsmittelinstanz gegenüber, die grundsätzliche Asymmetrie zwischen Partei und Entscheidungsbehörde bleibt aber bestehen.

der EMRK mündete.¹⁰¹ Impulse kamen zweitens auch von einer erstarkenden Zivilgesellschaft, die eine stärkere Partizipation bei der Genehmigung von umweltschutzrelevanten Großprojekten einforderte.¹⁰² Am Neunten Österreichischen Juristentag 1985 diskutierten Vertreter des öffentlichen Rechts auf der Grundlage eines von *Öhlinger* ausgearbeiteten Gutachtens¹⁰³ über die Bürgernähe im Verwaltungsverfahren und die Partizipation und Öffentlichkeit des Verfahrens als zentrale Eckpunkte einer Reform des AVG.¹⁰⁴

Stand die Reformdebatte in den 1980er Jahre im Zeichen der Aufwertung der Rechtsposition von Bürgern gegenüber der Verwaltung, so hat die Diskussion seit den 1990er Jahren eine stärker wirtschaftsorientierte Schlagseite bekommen. Vorrangige Ziele sind die Modernisierung der Verwaltung nach marktwirtschaftlichen Kriterien und eine starke Einbeziehung neuer Kommunikationstechnologien. Dabei lassen sich zwei verschiedene Strömungen ausmachen:

Unter dem Schlagwort des „New Public Management“ wird vornehmlich die stärkere Ausrichtung von Staat und Verwaltung an betriebswirtschaftlichen Managementkonzepten unter ökonomischen Gesichtspunkten verstanden.¹⁰⁵ Das Ziel ist die Verwirklichung eines „schlanken Staates“, was durch den Rückzug des Staates auf seine Kernfunktionen (Privatisierung), durch die Steigerung der Effizienz (Deregulierung) und durch die Integration von marktwirtschaftlichen Strategien in das Verwaltungshandeln erreicht werden soll (Entwicklung vom Verwaltungsstaat zum Leistungsstaat). Der Abbau von Bürokratie und die Neupositionierung der Verfahrenspartei als „Kunde“ des „Dienstleisters“ Verwaltung erfolgt vorrangig aus wirtschaftlichen Erwägungen. Der Effizienzgedanke ist das zentrale Leitmotiv des „New Public

¹⁰¹ BVG-Novelle 1988 (BGBl. 685/1988). Vgl. dazu *Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 2 Staatliche Organisation (1998) 269 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 927/1 ff.

¹⁰² Die Initialzündungen für die Entstehung einer breiteren österreichischen Umweltschutzbewegung waren in diesem Zusammenhang die Abstimmung über das AKW Zwentendorf 1978 und die Besetzung der Hainburger Au 1984.

¹⁰³ Vgl. oben S. 52, FN 94.

¹⁰⁴ Zu der Debatte über eine Verwaltungsreform in den 1980er Jahren vgl. auch *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 375 mwH.

¹⁰⁵ Zum Modell des „New Public Management“ vgl. *Rehbinder*, Rechtssoziologie Rz 184 ff; *Norbert Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre (2004) 243 ff; *Franz Strehl*, Die Arbeitsweise der Verwaltung, in: *Gerhart Holzinger et al. (Hrsg.), Österreichische Verwaltungslehre²* (2006) 237 – 265.

Management“-Ansatzes.¹⁰⁶ Wie es *Rehbinder* beschreibt: „Das Vertrauen in gute Regeln ist dem Vertrauen in ‚die Kraft guten Managements‘ gewichen.“¹⁰⁷ Diese Orientierung bietet den Bezugspunkt vielfacher Kritik, die betont, dass ein Staat dem Gemeinwohl verpflichtet sei und daher öffentliche Aufgaben nur bedingt an Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet werden könnten. Der „New Public Management“ Ansatz würde dazu führen, dass der Wohlfahrtsstaat schleichend zu einem Wirtschaftsunternehmen denaturieren würde.¹⁰⁸ Zudem – so ein weiterer Kritikpunkt – führe die vom „New Public Management“ Modell propagierte Ausweitung des Handlungsspielraums der Verwaltung zu einer Aushöhlung des Legalitätsprinzips.¹⁰⁹

Als eine Weiterentwicklung und als ein Gegenentwurf positioniert sich der „Good Governance“-Ansatz. Er bekennt sich zwar zu einer effizienzorientierten Modernisierung der Verwaltung, rückt aber die stärkere Kooperation aller gesellschaftlichen Bereiche (Politik, Wirtschaft, Gesellschaft) unter besonderer Einbeziehung der Bürger in den Vordergrund.¹¹⁰ Dieser Ansatz versteht sich als ein Wertekonzept. Das „gute Regieren“ soll durch verschiedene Kriterien erreicht werden. Die wichtigsten davon sind: Transparenz von Entscheidungsprozessen, Beteiligung von Bürgern und anderen gesellschaftlichen Akteuren (NGO, Vereine, Medien, etc.), Verantwortung für die Qualität der Leistungen und Effizienz gegenüber allen gesellschaftlichen Gruppen, zielgerichteter Ressourceneinsatz, Konsensorientierung, Rechtsstaat-

¹⁰⁶ Diese Orientierung drückt sich etwa im so genannten Kontraktmanagement aus: Von zentralen Verwaltungseinheiten (z.B. Bundesministerien) werden mit untergeordneten Dienststellen Vereinbarungen über die Erbringung bestimmter Leistungen für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossen. Die einzelnen Dienststellen bekommen dann ein Budget zur Verfügung gestellt, um die vereinbarten Leistungen ordnungsgemäß in einer bestimmten Quantität und Qualität kundenorientiert, sparsam, rasch und rational zu erbringen. Ob die finanziellen Mittel vereinbarungsgemäß verwendet werden, wird durch bestimmte Evaluierungsprozesse kontrolliert. Vgl. *Harald Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 399, 427 ff; *ders.*, Kontraktmanagement und rechtsstaatliches Prinzip, in: FS Öhlinger (2004) 736 – 755; *Thomas Strau*, Verwaltungsreform in Österreich – Vom Verwaltungsstaat zum Leistungsstaat. Diplomarbeit Universität Wien (2005) 39.

¹⁰⁷ *Rehbinder*, Rechtssoziologie Rz 184.

¹⁰⁸ Ebd. Rz 188; *Bruno Rossmann*, Zur Bedeutung der Governance im Rahmen der Reorganisation des Staates, in: Helfried Bauer et al. (Hrsg.), Public Governance. Öffentliche Aufgaben gemeinsam erfüllen und effektiv steuern (2005) 19 – 28, 20 ff. Skeptisch was die Möglichkeiten einer Deregulierung anbelangen: *Weber*, Verwaltung im 21. Jhd. 117 ff;

¹⁰⁹ Zu dieser Problematik und möglichen Auswegen vgl. *Eberhard*, Kontraktmanagement.

¹¹⁰ *Manfred Schekulin* geht davon aus, dass allein diese Vorgangsweise eine Verwaltungsmodernisierung tragen kann: „Internationale Beispiele zeigen, dass Reformvorhaben [Anm.: der Verwaltung] nur dann erfolgreich sind, wenn neben der Managementsichtweise Governance-Aspekte, insbesondere die Erhöhung der Transparenz und Verantwortlichkeit politischer Entscheidungen, in den Mittelpunkt treten. *Manfred Schekulin*, Strategische Steuerung in der Zentralverwaltung, in: Bauer et al. (Hrsg.), Public Governance 174 – 193, 191.

lichkeit, etc.¹¹¹ Eine Neuausrichtung des Verwaltungsverfahrens vor diesem Hintergrund würde nicht nur eine Effektivierung seiner Abläufe verlangen, sondern eine stärkere (partnerschaftliche) Einbeziehung der Partei sowie anderer Vertreter der Zivilgesellschaft, um seine Entscheidungen als legitim ausweisen zu können. Anders als der „New Public Management“ Ansatz steht hier also nicht das Postulat der Wirtschaftlichkeit als Hauptziel im Vordergrund, sondern eine Stärkung der demokratischen Mitbestimmung und das Herstellen von Legitimität. Das „Good Governance“ Modell schließt damit wieder stärker an die Reformdebatte der 1980er Jahre an.

Während das Modell des „New Public Government“ sich seit etwa 15 Jahren als Leitidee in der österreichischen Politik und Verwaltung etablieren konnte¹¹², wird der jüngere „Good-Governance“ Ansatz bislang nur vereinzelt von den politischen Akteuren aufgegriffen¹¹³. Es ist freilich zu früh, um absehen zu können, welcher der beiden Ansätze sich in den nächsten Jahren stärker durchsetzen kann.¹¹⁴ Allerdings scheint nach einer Phase, in der die Reform des Verwaltungswesens hauptsächlich unter ökonomischen Gesichtspunkten diskutiert wurde, wieder stärker auf demokratiepolitische Überlegungen Bezug genommen zu werden.

Die Neuausrichtung der Verwaltung ist untrennbar mit der digitalen Medienrevolution verbunden, die für alle Bereiche der Gesellschaft und damit auch für das Recht grundlegende Umwälzungen bringt. In Österreich wurden die Chancen der elektronischen Kommunikation

¹¹¹ Vgl. *Rossmann*, Governance 24 ff; *Elke Löffler/Tony Bovaird*, Politische Steuerung neu gedacht, in: *Bauer et al.* (Hrsg.), *Public Governance* 30 – 39, 36 ff; *Europäische Kommission* (Hrsg.), *Europäisches Regieren. Weißbuch*, Kom (2001) endg.

¹¹² Im Regierungsprogramm für das Kabinett *Schüssel II* vom Jahr 2003 finden sich unter dem Titel „Verwaltungsreform“ u.a. folgende ausgewiesene Umsetzungsziele: Einsparung von bis zu 1,3 Milliarden Euro jährlich, Abbau von 10.000 Dienstposten in der Bundesverwaltung, Reduktion der Überstunden um 8%, Redimensionierung des öffentlichen Sektors auf OECD-Durchschnitt, E-Government Offensive, etc. Das Modell des „New Public Management“ diente auch als einer der Orientierungspunkte des österreichischen Verfassungskonvents (vgl. dazu die Kritik von *Nikolaus Dimmel*, Zur „Effizienz“ und anderen Paradigmen der Verfassungsreform, in *Juridicum* 4/2003, 202 – 208, 205 ff). Im Bereich des AVG hat das New Public Management Modell besonders deutlich durch das Verwaltungsreformgesetz 2001 (BGBl. I Nr. 65/2002) Spuren hinterlassen, mit dem die Unabhängigen Verwaltungssenate für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung einer Aufwertung erfahren haben und die Konzentration von verschiedenen Verwaltungsabläufen in einem Verfahren forciert wurde („One-Stop-Shop-Verfahren“). Vgl. dazu ausführlich: *Rudolf Thienel*, *Die Verwaltungsverfahrensnovellen 2001* (2002).

¹¹³ Vgl. etwa den österreichischen Walddialog: www.walddialog.at

¹¹⁴ Für eine erste kritische Bilanz des „New Public Management“ Modells vgl. *Rehbinder*, *Rechtssoziologie* Rz 187a; *Wimmer*, *Dynamische Verwaltungslehre* 253 ff.

(„E-Government“¹¹⁵) für den öffentlichen Sektor im Vergleich zu anderen europäischen Staaten schon früh erkannt. Durch die Schaffung der Informationsplattform www.help.gv.at im Jahr 1997 haben Bürger die Möglichkeit, sich in schneller und einfacher Weise über rechtliche Fragen des Alltags zu informieren. Auch die elektronische Kommunikation mit Behörden kann durch die technische Umrüstung verstärkt angeboten werden. Neben dem Ausbau der elektronischen Informations- und Kommunikationsprozesse bemüht sich der Gesetzgeber verstärkt, die normativen Grundlagen dafür zu schaffen, dass ganze Verwaltungsabläufe elektronisch abgewickelt werden können. Erst durch diese dritte Ausbaustufe der elektronischen Verwaltung, die in der Stärkung der elektronischen Transaktionsprozesse liegt¹¹⁶, kommt es zu echten Erleichterungen für Verfahrensparteien und zu nennenswerten positiven fiskalischen Effekten für die öffentliche Hand. Der Schriftwechsel zwischen Behörden und Parteien kann auf elektronischem Wege abgewickelt werden (z.B. Online-Steuererklärung), die Zustellung von Bescheiden durch einen elektronischen Zustelldienst erfolgen.¹¹⁷ Die gesamte Bundesverwaltung wird sukzessive auf elektronische Aktenführung umgestellt (E-LAK), was den Zugriff mehrere Dienststellen auf den gleichen Akt ermöglicht und die Verfahren dadurch wesentlich beschleunigen soll. Für die Richtigkeit von Angaben garantiert eine Amtssignatur. Parteien können in den Amtsräumlichkeiten einer Behörde über Computer Akteneinsicht nehmen, ferner kann diese auch – nach Maßgabe der vorhanden technischen Möglichkeiten – über das Internet gewährt werden.¹¹⁸

Die digitale Medienrevolution bringt allerdings nicht nur für die Abwicklung von bürokratischen Prozessen und Kommunikationsabläufen in der Verwaltung, sondern für viele Bereiche

¹¹⁵ Der Begriff ›E-Government‹ bezeichnet eine Organisationsform des Staates, die durch den Einsatz elektronischer Informations- und Kommunikationstechnologien die Information der Bürger („E-Information“), die Kommunikation zwischen Behörden und Bürgern („E-Communication“) und deren Interaktion („E-Transactions“) fördert. Vgl. *Gudrun Trauner*, E-Government, in: Gerhart Holzinger et al. (Hrsg.), *Österreichische Verwaltungslehre*² (2006) 267 – 298, 271; *Wimmer*, *Dynamische Verwaltungslehre* 361 ff; *Tobias Holderried*, *Von New Public Management zu Electronic Government*. Diplomarbeit Universität Wien (2005) 19 ff.

¹¹⁶ Dies wurde etwa durch die Erlassung eines E-Government-Gesetzes – E-GovG und die Novellierung des AVG und Zustellgesetzes im Jahr 2004 erreicht (BGBl. I Nr. 10/2004); vgl. *Peter Sander*, Das neue Zustellrecht im Verwaltungsverfahren, in: *ZfV* 3/2004, 294 – 304, *Norbert Schnedl*, E-Government als Organisationsform, in: *GÖD* 4/2004, 12 – 14. Eine weitere geplante Novelle des Verwaltungsrechts, die ebenfalls im Zeichen des E-Governments steht, befand sich zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit gerade im Stadium der Begutachtung. Vgl. *Verfahrens- und Zustellrechtsanpassungsgesetz 2006* 396 ME (XXII. GP).

¹¹⁷ Zum Nutzen des E-Government für die Bürger vgl. ausführlich: *Harald Plamper*, E-Government: Was haben die Bürger (wirklich) davon?, in: *Peter Bußjäger* (Hrsg.), *Moderner Staat und innovative Verwaltung* (2003) 39 – 53.

¹¹⁸ § 17 Abs. 1 AVG.

des Rechts weit reichende Veränderungen. Ein Grund dafür ist, dass durch die neuen technischen Errungenschaften Texte nicht nur einfacher produziert, sondern vor allem mit geringem Aufwand reproduziert werden können. Die Kundmachung neuer Rechtsvorschriften erfolgt nicht mehr durch ein in Papier ausgegebenes Bundesgesetzblatt, sondern seit 1. Jänner 2004 in verbindlicher Weise durch Onlinepublikation im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramts.¹¹⁹

Die besseren technischen Rahmenbedingungen für die Produktion und Reproduktion von Texten haben direkte Auswirkungen auf die Rechtskultur. So besteht von legislativer Seite verstärkt die Neigung, unausgereifte Konzepte mit normativer Wirkung auszustatten – im Wissen, dass ein ungenügendes Gesetz ohne großen Aufwand durch ein neues ersetzt werden kann.¹²⁰ Dieses „Trial-and-Error-Prinzip“ führt dazu, dass in einigen Verwaltungsbereichen (z.B. Sozialrecht, Fremdenrecht) im Jahrestakt grundlegende Reformen durchgeführt werden – oft ohne ausreichende Evaluierung, wie sich die bestehenden Regelungen in der Praxis bewährt haben.¹²¹ Das atemberaubende Tempo von Novellierungen verhindert, dass das Recht Zeit hat, „zu sich zu kommen“. Weder kann sich eine gesicherte Rechtsprechung herausbilden noch ist Zeit für eine tiefer gehende Reflexion und einen Diskurs innerhalb der Lehre. Die idealisierte Vorstellung einer Geschlossenheit des Rechtssystems, das sich durch Kohärenz und Berechenbarkeit auszeichnet, muss vor diesem Hintergrund endgültig aufgegeben werden. Stattdessen finden wir uns, um es pointiert zu sagen, in einem Zeitalter der „rechtlichen Projekte“ wieder, die in ihrer Gesamtheit keine Einheit mehr zu bilden vermögen.

¹¹⁹ www.ris.bka.gv.at. Vgl. Kundmachungsreformgesetz 2004, BGBl. I. Nr. 100/2003. Näheres dazu *Trauner*, E-Government 281 f.

¹²⁰ Zunehmend wird die ungenügende sprachliche Qualität von Rechtsakten gerügt. So stellte der VfGH in seinen Tätigkeitsberichten der Jahre 2003 und 2004 fest: „Der Verfassungsgerichtshof beobachtet seit geraumer Zeit, dass allein die Feststellung der für die Lösung eines Falles maßgeblichen Rechtslage oftmals sehr zeitaufwändig und es darüber hinaus in vielen Fällen ausgesprochen schwierig ist, das vom Gesetzgeber Angeordnete zu verstehen. Ursache dafür sind verschiedene legistische Unzulänglichkeiten, wie mangelnde sprachliche Präzision, überlange Sätze, die verschiedene Gedanken ineinander verstricken, eine unzureichende Systematik, häufig kaum durchschaubare Verweisungsketten und teilweise sogar Widersprüchlichkeiten im Angeordneten. Zahlreiche, häufig in Sammelgesetze verpackte Novellierungen und deren unterschiedliches, zum Teil rückwirkendes Inkrafttreten bewirkt ein Übriges.“ Die steigende Diffusität und Ambivalenz von Rechtstexten schafft eine Unsicherheit, die auf Dauer die Steuerungskraft von Gesetzen erheblich schwächt. Vgl. dazu auch *Bernd-Christian Funk*, Rechtsgeltung und die normative Kraft gesellschaftlicher Kommunikation, in: FS Schäffer (2006) 165 – 174, 171 ff; *Karl Korinek*, Die Qualität der Gesetze – staatsrechtliche und legistische Verantwortlichkeiten im Gesetzgebungsprozess, in: Michael Holoubek/Georg Lienbacher (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 21 – 44.

¹²¹ Vgl. *Ewald Wiederin*, Rechtspolitik der Zukunft – Innere Sicherheit, in: Michael Holoubek/Georg Lienbacher (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 277 – 312, 278 f.

Mächtige Rechtsdatenbanken ermöglichen es, sich Überblick über die Fülle an Normen, rechtlichen Entscheidungen und rechtswissenschaftlichen Beiträgen zu verschaffen. Diese Verfügbarkeit bedeutet auf der einen Seite eine enorme Erleichterung im Zugang und der Verarbeitung all dieser Quellen¹²², auf der anderen Seite jedoch auch eine zunehmende Überforderung, weil aufgrund der dauerhaften elektronischen Speicherung die Informationsdichte stetig zunimmt.¹²³

Unklar ist, ob und wenn ja welche Auswirkungen die digitale Medienrevolution auf die juristische Argumentation haben wird. Zunächst ist festzuhalten, dass die erweiterten technischen Möglichkeiten zu einer weiteren Demokratisierung und Rationalisierung des juristischen Diskurses beitragen können, weil die einfache Textproduktion und –reproduktion für mehr Diskussionsteilnehmer den Zutritt zur Debatte erlauben. Auch für das rechtliche Verfahren selbst ergeben sich durch das Potential einer modernen Kommunikationsgesellschaft neue Möglichkeiten der Informationsgewinnung und –bearbeitung, was die Verfahrensrationalität im Allgemeinen steigern kann.¹²⁴ Ob es der Rechtswissenschaft allerdings gelingt, sich von der starren Methodik ab- und sich einer offeneren Argumentation zuzuwenden, bleibt abzuwarten.

Auch wenn wir nicht wissen, wohin uns die Neuerungen des Computerzeitalters bringen werden, so ist es unbestritten, dass sich die gesamte Gesellschaft und damit auch das soziale System des Rechts unter dem Eindruck dieser Veränderungen in einer tief greifenden Umbruchsphase befinden, die in ihrer Dimension durchaus mit gesellschaftlichen Umwälzungen im Zuge der Erfindung des Buchdrucks verglichen werden kann.

¹²² Für *Funk* bewirkt die allgemeine Verfügbarkeit von Informationen über Normen und Rechtstatsachen eine „nachhaltige Veränderung im rezeptiven und diskursiven Verhalten der Rechtsgemeinschaft. Informations- und Kommunikationsprozesse können immer schneller und auf breiterer Basis stattfinden.“ Das mühsame Zusammentragen, Sichten und Ordnen von Quellen gehört durch die Einführung von Datenbanken der Vergangenheit an, „was wiederum ein neues Forschungsfeld eröffnet, das sich mit den Voraussetzungen und Wirkungen dieses Vorganges, auch mit dessen möglichen Deformationen und Verlusten an Informationen, befasst.“ *Bernd-Christian Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, JRP 8, 65-75 (2000) 67.

¹²³ *Zippelius* hat in diesem Zusammenhang treffend festgestellt, dass die „Wohltat des Vergessens“ von Vorentscheidungen und obsolet werdenden Normen verloren geht und damit auch seine rechtsbereinigende Wirkung. *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre⁸ (2003) 114.

¹²⁴ Der verstärkte Einsatz moderner Kommunikationstechnologien bedeutet allerdings nicht, dass die „Mensch-zu-Mensch-Kommunikation“ damit obsolet werden könnte. Vgl. *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 369 f.

IV. Zwischenergebnis

Wenn wir die bisherigen Überlegungen zusammenfassen, können wir festhalten, dass das moderne Verwaltungsverfahren sich durch vier Strukturprinzipien auszeichnet, deren Herausbildung entlang sozioökonomischer und politischer Entwicklungen verlaufen ist.

Recht ist als ein spezielles normatives System der Gesellschaft zu verstehen, das zwar mit anderen normativen Systemen (Moral, Religion, Sitte, Konvention, etc.) in Zusammenhang steht, sich jedoch durch seine Verbindlichkeit, die durch Verfahren hergestellt und durchgesetzt wird, abgrenzt. Das rechtliche Verfahren ist jene Form, die das Recht – verstanden als verbindliche Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens – realisiert. Recht kann ohne Verfahren seiner Anwendung nicht gedacht werden. Jene Elemente, die vorliegen müssen, dass überhaupt von einem rechtlichen Verfahren gesprochen werden kann, können in ihrer Gesamtheit als Strukturprinzip der Rechtsförmigkeit zusammengefasst werden (z.B. Institutionalisierung der Entscheidungsgewalt, Erzeugung einer verbindlichen Entscheidung, Entscheidungspflicht, etc.).

Das Strukturprinzip der Rechtsförmigkeit hebt das rechtliche Verfahren als besonderes soziales System zur Bereinigung gesellschaftlicher Streitigkeiten von anderen Konfliktlösungsmechanismen ab, wobei der damit verbundene Anspruch des Vorrangs nur dann erfolgreich behauptet werden kann, wenn ein rechtliches Verfahren effektiv ist. Erst dann, wenn ein rechtliches Verfahren eine entsprechende Leistungsfähigkeit und Durchsetzungskraft erreicht, kann das Medium Recht sich seiner sozialen Wirksamkeit und Vorrangstellung sicher sein. Erst dann kann Recht sich in seiner Herrschaftsfunktion voll entfalten. Die Effektivität eines Verfahrens ist unter anderem davon abhängig, ob Verfahrensabläufe wirtschaftlich und zweckmäßig sind. Die Optimierung von Verfahrensabläufen ist gegenwärtig ein zentrales Anliegen der Verwaltungsreform („New Public Management“). Sind rechtliche Verfahren dagegen ineffektiv, führt dies zu einem Geltungsverlust für das Recht – ob ein rechtliches Verfahren seinen Anspruch auf Effektivität verwirklichen kann, spitzt sich damit zu einer Überlebensfrage zu. Der Anspruch auf Effektivität ist das zweite Strukturprinzip rechtlicher Verfahren.

Neben diesen beiden Kriterien kann im Anspruch des rechtlichen Verfahrens, eine richtige Entscheidung erzeugen zu wollen, ein drittes Strukturelement erkannt werden. Das Kriterium der Richtigkeit ist konstitutiv für jedes Verfahren und bildet den Bezugspunkt für die juristische Entscheidungsfindung. Im Kriterium der Richtigkeit spiegelt sich die Gerechtigkeits-

funktion des Rechts wider: Recht kann nicht bloß aufgrund seiner Formalkriterien (Erzeugungs- und Kundmachungsprozedere) definiert werden, sondern ist als materielle Wertordnung zu verstehen, die sich in ihrer Gesamtheit der Herstellung einer gerechten Gesellschaftsordnung verschreibt. Dass dieser Anspruch in der Wirklichkeit nur bedingt eingelöst werden kann, ändert nichts daran, dass eine Rechtsordnung sich zumindest den Anschein geben muss, gerecht zu sein, um sich die gesellschaftliche Anerkennung zu sichern. Keine Rechtsordnung kann auf Dauer auf ihre inhaltliche Legitimation verzichten und sich allein auf ihre zwangsweise Durchsetzung verlassen. Der Anspruch, eine „richtige“ Entscheidung zu erzeugen, ist jedem rechtlichen Verfahren zu eigen, wenn dieser Anspruch auch je nach Entwicklungsgrad des Rechts auf verschiedene Weise einzulösen versucht wird. In frühen Verfahrensformen sollen vorrangig religiöse Elemente, strikte Beweisregeln sowie die persönliche Integrität des Entscheidungsorgans für die Richtigkeit einer Entscheidung bürgen, während in modernen Gesellschaften die Einhaltung eines genau festgelegten Verfahrensablaufs sowie die methodisch korrekte Rechtsauslegung Gewähr dafür sein sollen.

Die Strukturprinzipien der Rechtsförmigkeit, der Effektivität und der Richtigkeit sind für jedes rechtliche Verfahren, das auf Dauer bestehen will, von zwingender Notwendigkeit. Diese Strukturprinzipien lassen sich daher auch in frühen Verfahrensformen nachweisen. Historisch erst relativ spät kann sich der Gedanke der Liberalität etablieren, der die Anerkennung der persönlichen Freiheiten einer Verfahrenspartei zum Inhalt hat. Zwar muss grundsätzlich jedes rechtliche Verfahren, das ernsthaft das Ziel einer Entscheidungsfindung verfolgt (und nicht etwa bloß als Schauprozess durchgeführt wird, um ein bereits gefasstes Urteil nach außen hin zu legitimieren), beteiligte Personen als Rechtspersonlichkeiten behandeln und ihnen gewisse Handlungsfreiheiten zugestehen, jedoch unterscheidet sich das Ausmaß der zugestandenen Parteirechte je nach Entwicklungsgrad des Rechts beträchtlich.

Erst in der Moderne kann sich die Vorstellung durchsetzen, dass eine Person, über deren Rechte und Pflichten in einem Verfahren abgesprochen wird, als eine mit Rechten ausgestattete Verfahrenspartei zu begreifen ist, der die Mitwirkung an der Entscheidungsfindung durch Beteiligung an der Sachverhaltsermittlung und Teilnahme am rechtlichen Diskurs zu gestatten ist. Effektive Rechtsschutzinstrumentarien sollen dem einzelnen die Möglichkeit einräumen, die Überprüfung einer Entscheidung zu begehren. Das rechtliche Verfahren dient in diesem Sinn als Instrument der Kontrolle und Beschränkung staatlicher Herrschaft. Diese Verfahrensrechte sind Ausdruck des Kriteriums der Fairness. Im österreichischen Verwaltungsrecht wird

dieser Grundsatz mit der Kodifikation des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes umgesetzt. In jüngerer Vergangenheit erfährt das Kriterium der Fairness insofern eine Erweiterung, als es eine Partei nicht bloß vor behördlicher Willkür schützen soll, sondern der öffentlichen Verwaltung aufträgt, über Bürokratieabbau, Informationsoffensiven und Bürgerbeteiligung eine stärkere Einbeziehung von Parteien in verwaltungsrechtliche Abläufe zu erzielen („Good Governance“).

Die Kriterien der Rechtsförmigkeit, Effizienz, Richtigkeit und Fairness sind jene Strukturprinzipien, die das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren der Moderne bestimmen. Wie diese vier Strukturprinzipien begründet werden können, wird das Thema des Vierten Teils sein.

DRITTER TEIL

Grundlagen des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens

Wer das normative Fundament des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu bestimmen versucht, sieht sich vor das Problem gestellt, dass es in der österreichischen Rechtsordnung weder eine Legaldefinition noch eine Zentralbestimmung für dieses Institut gibt. Dem Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) fehlt ein allgemeines Grundrecht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren bzw. eine Rechtsschutzklausel, wie sie in Art. 6 oder 13 EMRK verankert ist, oder eine Rechtsweggarantie, wie sie das deutsche Grundgesetz¹ oder die Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft² kennt.³ Trotzdem sprechen gute Gründe dafür, aus dem Gesamtsystem und den Intentionen der Bundesverfassung rechtsstaatliche Mindeststandards für das Verwaltungsverfahren abzuleiten,⁴ und zwar auch für Verwaltungsverfahren, in denen das System des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht oder nur teilweise zur Anwendung kommt.⁵

¹ Vgl. Art. 19 Abs. 4: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.“

² Vgl. Art. 29 (Allgemeine Verfahrensgarantien):

(1) Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

(2) Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

(3) Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie außerdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

³ Eine spezielle Rechtsweggarantie besteht jedoch beispielsweise für die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

⁴ So etwa *Thienel*, Verwaltungsakt 72, der feststellt: „Zwar enthält die Verfassung – abgesehen von Kompetenzbestimmungen, einige Regelungen über den Instanzenzug und der Anordnung, dass vor Anrufung der Höchstgerichte der ‚Instanzenzug erschöpft‘ sein muss – keine Bestimmung über die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens; dennoch wäre es verfehlt, aus diesem scheinbaren Schweigen des Verfassungsrechts den Schluss zu ziehen, dass es keinen Mindeststandard administrativen Rechtsschutzes gebe. Dies würde nämlich übersehen, dass bei Erlassung des B-VG bereits ein gefestigtes System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes bestand, das vom B-VG übernommen und bis heute im Grundsätzlichen beibehalten wurde.“ Vgl. ferner *Oberndorfer*, Rechtsstaat auf der Probe 715 ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 74; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 166 f.

⁵ Die Verfahrensvorschriften des AVG stehen unter einem dreifachen Vorbehalt: Zunächst ist das AVG nicht für alle Verwaltungsbereiche anzuwenden. In Art. II EGVG findet sich eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des AVG auf bestimmte Behörden und Sachgebiete. Selbst wenn das AVG anzuwenden ist, unterliegen seine Verfahrensanordnungen in vielen Fällen der Subsidiarität, kommen also nur dann zur

Im B-VG wird mehrfach auf das Verwaltungsverfahren Bezug genommen: Zunächst normiert Art. 11 Abs. 2 die Kompetenz, allgemeine Bestimmungen für das Verwaltungsverfahren durch ein Bundesgesetz zu erlassen, sofern „ein Bedürfnis nach der Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird“. Wenn der Bund von dieser Bedarfskompetenz Gebrauch macht – was der Fall ist – können von diesen allgemeinen Bestimmungen abweichende Vorschriften durch Bundes- oder Landesgesetz nur dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes unbedingt erforderlich sind. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in Art. 11 Abs. 6 in Zusammenhang mit dem Bürgerbeteiligungsverfahren.

In organisationsrechtlicher Hinsicht sind für das Verwaltungsverfahren im B-VG neben dem 3. Hauptstück (Vollziehung des Bundes) und dem 4. Hauptstück (Gesetzgebung und Vollziehung der Länder) insbesondere die Bestimmungen über die Kontrolle des Verwaltungshandelns von Bedeutung. Das 6. Hauptstück (Garantien der Verfassung und Verwaltung) setzt zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung unabhängige Verwaltungssenate, wozu auch der Unabhängige Bundesasylsenat zählt, und den Verwaltungsgerechtshof ein (Art. 129). Der VwGH erkennt über die Rechtswidrigkeit von Bescheiden und die Verletzung der Entscheidungspflicht der Verwaltungsbehörden einschließlich der UVS (Art. 130). Sofern sich ein Bürger durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde in seinen verfassungsrechtlich garantierten Rechten oder durch die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in seinem Recht verletzt sieht, kann er darüber hinaus den Verfassungsgerechtshof anrufen (Art. 144). Auf das Verwaltungsverfahren wird in den Organisationsvorschriften insofern Bezug genommen, als ein bestimmtes Verwaltungshandeln (Bescheiderlassung, Entscheidungspflicht, Instanzenzug) vorausgesetzt wird, ohne dabei jedoch die Grundsätze eines Verwaltungsverfahrens im B-VG selbst ausdrücklich zu regeln.⁶

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass auch ohne konkrete Bezugnahme auf das Verwaltungsverfahren einige Bestimmungen des B-VG Einfluss auf seine Rahmenbedingun-

Anwendung, wenn sich in den besonderen Verwaltungsgesetzen keine eigenen Vorschriften finden (Vgl. z.B. § 39 Abs. 2 AVG). Auch bei Verfahrensbestimmungen des AVG, die nicht unter einen Anwendungsvorbehalt gestellt sind, ist es drittens möglich, dass in den Bundes- oder Landesgesetzen abweichende Vorschriften getroffen werden, sofern diese zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind (Art. 11 Abs. 2 B-VG).

⁶ Insbesondere die Verwendung des Begriffs „Bescheid“ in Art. 130, 131, 141 und 144 B-VG wird von der herrschenden Lehre als eine direkte Bezugnahme auf den Bescheidbegriff des AVG gewertet, wenn der Bescheidbegriff des B-VG auch weiter ist. Vgl. dazu ausführlich: *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 506 ff; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 51 ff; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 377 ff.

gen nehmen.⁷ Das Legalitätsprinzip (Art. 18) bestimmt, dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Für den Gesetzgeber ergibt sich daraus der Auftrag, die für das Verwaltungshandeln notwendigen gesetzlichen Bestimmungen zu erlassen. Dies betrifft jedoch nicht nur materielle Grundlagen für das Verwaltungshandeln, sondern erfordert auch die Erlassung eines Verfahrensrechts, das für den Vollzug der Materiegesetze den notwendigen Rahmen bildet.⁸ Das Legalitätsprinzip verlangt ferner die präzise Festlegung der Zuständigkeit von Behörden.⁹ Diese Verpflichtung ergibt sich noch aus zwei weiteren Verfassungsbestimmungen: Das in Art. 83 Abs. 2 normierte Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter versteht sich ebenfalls als Auftrag an den Gesetzgeber, die Behördenzuständigkeit klar und eindeutig zu bestimmen,¹⁰ was auch das Regelungsanliegen von Art. 94 ist, der die Trennung von Justiz und Verwaltung in allen Instanzen fordert.

Neben den direkten verfassungsrechtlichen Bezügen kommt vor allem der Rspr des VfGH wichtige Bedeutung zu. Der Höchstgerichtshof hat in seiner Judikatur in zahlreichen Entscheidungen unternommen, die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu konkretisieren. Die Entwicklung dieser Grundsätze ist dabei zunächst in der Auseinandersetzung mit dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und dem Gleichheitsgrundsatz erfolgt, während der VfGH in jüngerer Vergangenheit die Kriterien des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens vorwiegend aus dem Rechtsstaatsgebot gewinnt.¹¹ Eine gewisse Bedeutung genießt in diesem Zusammenhang auch das Einheitlichkeitsgebot des Verwaltungsverfahrens gem. Art. 11 Abs. 2 B-VG. Im Folgenden sollen die Aussagen des Höchstge-

⁷ Vgl. dazu die von *Thienel* genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben für das AVG in: *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 43 ff.

⁸ So hält bereits *Hellbling* fest: „Gemäß Art. 18 Abs. 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. Soll dieser Grundsatz voll zur Auswirkung gelangen, so muss sich nicht nur jeder behördliche Verwaltungsakt auf ein materielles Verwaltungsgesetz stützen können, sondern es muss auch die Art und Weise, wie das für die Setzung dieses Verwaltungsaktes in Betracht kommende Tatsachenmaterial gewonnen wird, gesetzlich genau geregelt sein und darf nicht der behördlichen Willkür überlassen werden, oder mit anderen Worten: es muss ein gesetzlich genau festgelegtes Verwaltungsverfahren durchgeführt werden, das seine Formen und Sicherheitsvorkehrungen die Bürgschaft für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu schaffen hat.“ *Hellbling*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 1.

⁹ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 113 ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht 329 ff; *Mayer*, B-VG Art. 18 B-VG II.4.; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 43 f.

¹⁰ Entgegen dem Wortlaut findet dieser Grundsatz nach herrschender Ansicht nicht nur auf die Gerichtsbarkeit, sondern auf alle staatlichen Behörden Anwendung. Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 774. Dazu ausführlich gleich unten.

¹¹ *Pernthaler* geht zutreffend davon aus, dass die Rspr des VfGH zum rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren weniger eine Interpretation des positiven Verfassungsrechts darstellt, als vielmehr eine richterrechtliche Entwicklung ungeschriebener Garantien der Verfahrens- und Verwaltungsorganisation. Vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 668.

richtshofs für diese vier Bereiche nachvollzogen werden (I. – IV.), wobei die Darstellung der Rspr zum Rechtsstaatsgebot und die Reaktionen der Lehre auf diese Judikatur den breitesten Raum einnehmen. In einem Exkurs soll daran anschließend aufgezeigt werden, welche Vorgaben für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts bestehen (V.). Außer Betracht bleiben in der folgenden Untersuchung die Verfahrensgarantien der EMRK, weil diese nur für bestimmte Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommen, im Folgenden jedoch jene Grundlagen dargestellt werden sollen, die für alle Verwaltungsverfahren gleichermaßen gelten.¹²

I. Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter

Art. 83 Abs. 2 B-VG ordnet in knapper Form an: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“¹³ Historisch betrachtet wurde dieses Grundrecht als Schutz gegen willkürliche politische Eingriffe in die Strafgerichtsbarkeit („Kabinettsjustiz“) geschaffen und sollte einem Angeklagten die Einhaltung der gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung garantieren. Jedoch erfuhr das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch die Rspr des VfGH eine beträchtliche inhaltliche Ausweitung: Unter dem „gesetzlichen Richter“ wird jede staatliche Behörde, also insbesondere auch Verwaltungsbehörden, verstanden.¹⁴ Diese Interpretation entspricht der ständigen Rspr des VfGH sowie der herrschenden Lehre.¹⁵

¹² Bedeutsam für das österreichische Verwaltungsrecht sind folgende EMRK-Verfahrensgarantien: Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren), Art. 13 (Recht auf wirksame Beschwerde), Art. 1 – 4 7. Zusatzprotokoll (Verfahrensgarantien in Ausweisungsverfahren, Recht auf Überprüfung von Strafurteilen, Recht auf Entschädigung bei Fehltrteilen, Verbot der Doppelbestrafung). Siehe dazu ausführlich: *Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3 Grundrechte (2003) 85 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 772 ff; *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, EMRK-Kommentar² (1996); *Christoph Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997); *ders.*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2005) 282 ff.

¹³ In der Stammfassung des B-VG wurde ursprünglich statt des Termini „gesetzlicher Richter“ von einem „ordentlichen Richter“ gesprochen. Da in § 1 des Gesetzes vom 27. Oktober 1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit (RGBl 87/1862) und auch in der Rspr des VfGH der Ausdruck „gesetzlicher Richter“ Verwendung fand, wurde aus Gründen der Einheitlichkeit und Klarheit durch die B-VG-Novelle 1929 (BGBl 1/1930) die Terminologie des Art. 83 Abs. 2 in der noch heute gültigen Formulierung entsprechend angepasst. Vgl. dazu ausführlich: *Gerhart Holzinger*, Kommentar zu Art 83 Abs. 2 B-VG (2002), in: *Karl Korinek/Michael Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Loseblattsammlung (1999) Rz 9 ff.

¹⁴ Die Rspr des VfGH konnte dabei direkt an die vom Reichsgericht entwickelte Judikatur zu § 1 des Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit, der gleich wie Art 83 Abs. 2 B-VG lautete, anschließen. Das Reichsgericht vertrat im Zusammenhang mit dem Schutz der persönlichen Freiheit die Auffassung, dass unter dem gesetzlichen Richter nicht bloß ein Gericht, sondern jede Staatsbehörde zu verstehen sei, die von irgendeinem Gesetz oder einer rechtsgültigen Verordnung mit der Entscheidung einer Angelegenheit be-

Die reichhaltige Rspr des VfGH zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter hat wichtige Akzente für die Entwicklung von Mindeststandards für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren gesetzt. Vorauszuschicken ist, dass der VfGH dem Art. 83 Abs. 2 B-VG eine zweifache Bedeutung zumisst: Einerseits ist Art. 83 Abs. 2 B-VG als institutionelle Garantie zu verstehen, dass Zuständigkeitsfragen durch den Gesetzgeber eindeutig zu regeln sind, und andererseits als individuelles Grundrecht, das jedermann vor unzuständigen Behörden oder davor schützt, dass zuständige Behörden ihren Aufgaben entgegen den gesetzlichen Vorgaben nicht nachkommen. Vorauszuschicken ist zweitens, dass der VfGH Art. 83 Abs. 2 B-VG nur in Zusammenhang mit Fragen der Zuständigkeit abhandelt und aus dieser Bestimmung keine Verpflichtungen für andere Verfahrensgarantien ableitet.¹⁶ Im Folgenden ein Überblick der zentralen Aussagen des Höchstgerichtshofs.

1. Verpflichtungen für den Gesetzgeber

Während der VfGH in seiner frühen Judikatur davon ausging, dass sich das Recht auf den gesetzlichen Richter nur auf den Bereich der Vollziehung beschränke¹⁷, vertritt er nunmehr in ständiger Rspr die Ansicht, dass dieses Grundrecht auch den Gesetzgeber bindet, die sachliche Zuständigkeit einer Behörde durch Gesetz klar festzulegen.¹⁸ In VfSlg. 10.311/1984 hält der VfGH unmissverständlich fest: „Art. 83 Abs. 2 B-VG bindet nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung: Das bedeutet, dass die sachliche Zuständigkeit einer Behörde – wie der VfGH schon wiederholt aussprach (VfSlg. 2909/1955, 3156/1957, 6675/1972) – im Gesetz selbst festgelegt sein muss. So heißt es in Fortentwicklung dieser Rechtsprechung zuletzt im Erk. des VfGH VfSlg. 9937/1984 ausdrücklich, dass Art. 18 iVm Art. 83 Abs 2 B-VG den Gesetzgeber zu einer – strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden – *präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit verpflichtet* (vgl. auch: VfSlg. 3994/1961, 5698/1968).“ Diese Spruchformel wurde durch VfSlg. 13.886/1994 dahingehend erweitert, dass sich aus

traut ist, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde handeln würde. Vgl. ebd. Rz 7.

¹⁵ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 81 ff; *Berka*, Grundrechte 772 ff; *Holzinger*, Kommentar § 83 Abs. 2 B-VG; *Mayer*, B-VG Art. 83 Abs. 2; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 949 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 670; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 45 f; kritisch dazu: *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1403 ff.

¹⁶ VfSlg. 10.194/1984. Vgl. dazu auch *Holzinger*, Kommentar § 83 Abs. 2 B-VG Rz 28, 30.

¹⁷ VfSlg. 2470/1953, 3085/1956.

¹⁸ Vgl. VfSlg. 6675/1972, in dem dieser Grundsatz explizit unter Berufung auf VfSlg. 2902/1955 und 3156/1957 zum Ausdruck gebracht wurde. MWN *Holzinger*, Kommentar § 83 Abs. 2 B-VG Rz 20 ff.

Art. 18 iVm Art. 83 Abs. 2 B-VG das verfassungsrechtliche Gebot strikter Zuständigkeitsgrenzen ableiten lässt, weshalb *miteinander konkurrierende Zuständigkeitsbestimmungen unzulässig sind*.

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich im Besonderen auch das Erfordernis einer präzisen gesetzlichen Regelung des Instanzenzugs¹⁹ und einer klaren Regelung über die Zusammensetzung einer (Kollegial-)Behörde²⁰.

Keine Verpflichtung ergibt sich für den Gesetzgeber aus Art. 83 Abs. 2 B-VG hinsichtlich der Wahl eines bestimmten Behördentypus – so ist es, sofern sich nicht aus anderen Verfassungsbestimmungen (etwa Art. 6 EMRK) anderes ergibt, dem Gesetzgeber frei gestellt, ob er für den Vollzug einer bestimmten Materie eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht einsetzt.²¹ *Art. 83 Abs. 2 B-VG verpflichtet den Gesetzgeber ferner weder die Rechtsstellung einer Partei in einem Verfahren noch einen bestimmten Umfang von Parteirechten zu garantieren*. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter kommt nach Ansicht des VfGH erst dann zu tragen, wenn jemandem von Gesetzes wegen die Parteistellung bereits zukommt, weil die gesetzlich zuständige Behörde eben nur gegenüber den durch das Gesetz ausgestatteten Personen „gesetzlicher Richter“ ist.²²

2. Verpflichtungen für die Verwaltung

Die Rspr des VfGH hinsichtlich der sich aus Art. 83 Abs. 2 B-VG ergebenden Verpflichtungen für die Vollziehung konzentriert sich praktisch ausschließlich auf Verwaltungsbehörden, da gerichtliche Urteile nach dem System der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit

¹⁹ VfSlg. 6675/1972. In VfSlg. 13.816/1994 hat der VfGH die mit der AVG-Novelle BGBl 357/1990 eingeführte Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Einbringung einer Berufung (entweder bei der bescheiderlassenden oder bei der Berufungsbehörde) mangels hinreichend präziser Regelung als verfassungswidrig aufgehoben, weil diese in Bezug auf Wiedereinsetzungsanträge den unbeabsichtigten Verlust einer Instanz bewirken konnte.

²⁰ VfSlg. 12.788/1991.

²¹ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 83.

²² Vgl. VfSlg. 11.934/1988, 13.646/1993. In VfSlg. 11.934 hält der VfGH allerdings erklärend fest, dass auch dann, wenn sich aus Art. 83 Abs. 2 B-VG keine Parteirechte ableiten lassen, dies nicht bedeute, dass die Zuerkennung von Parteirechten ins Belieben des Gesetzgeber gestellt sei. Vielmehr müsse diese Frage vor dem Hintergrund des sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Sachlichkeitsgebots beurteilt werden. IdR verlange dieses, dass die Zuerkennung subjektiver Rechte auch die Zuerkennung von Parteirechten erfordern würde (Vgl. dazu näher unten S. 80 f). *Walter/Mayer* kritisieren diese Argumentation und sehen es dagegen als verfassungswidrig an, „wenn der Gesetzgeber Regelungen schafft, die das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter letztlich leer laufen lassen, weil sie die Parteistellung der von der Vollziehung betroffenen Personen ausschließen.“ *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1407.

nicht überprüft werden können.²³ Eine Verwaltungsbehörde verletzt das *Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter* nach ständiger Rspr dann, wenn die Behörde entweder *eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt* oder in gesetzwidriger Weise *ihre Zuständigkeit ablehnt und damit eine Sachentscheidung verweigert*.²⁴

Wenn eine Behörde entscheidet, die entweder örtlich oder sachlich dazu nicht berufen ist, liegt in aller Regel eine Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter vor. Es macht nach der Rspr des VfGH allerdings einen Unterschied, ob eine Behörde sachlich oder örtlich unzuständig ist: Während der Verfahrensmangel einer örtlich unzuständigen Behörde geheilt werden kann, wenn in höherer Instanz die örtlich und sachlich zuständige Behörde entscheidet²⁵, ist Art. 83 Abs. 2 B-VG durch die Entscheidung einer sachlich nicht zuständigen Behörde jedenfalls verletzt. Ein derartiger Mangel kann auch dann nicht saniert werden, wenn in der letzten Instanz die sachlich zuständige Behörde entscheidet, weil es sonst zu einer Verkürzung des Instanzenzugs käme.²⁶

Eine unzulässige Ausweitung ihrer Befugnisse und damit eine gesetzlich nicht gedeckte Entscheidungszuständigkeit liegen vor, wenn eine Behörde eine Entscheidung trifft, für die jegliche materiellrechtliche Grundlage im Gesetz fehlt.²⁷ Ferner, wenn eine Behörde einen antragsbedürftigen Bescheid erlässt, ohne dass ein entsprechender Parteienantrag vorliegt.²⁸ Die Bindung an das Begehren einer Partei verpflichtet auch die Berufungsbehörde, auf der Grundlage des Berufungsantrags zu entscheiden. Eine Berufungsbehörde verletzt Art. 83 Abs. 2 B-VG ferner, wenn sie über eine andere Sache als jene entscheidet, die Inhalt des Bescheids

²³ Im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist die Einhaltung der gerichtlichen Zuständigkeit von den Gerichten im ordentlichen Instanzenzug wahrzunehmen. Es ist umstritten, ob ein Verstoß gegen die Geschäftsverteilung Art. 83 Abs. 2 verletzt. Nach Ansicht des OGH würde ein gänzlicher Ausschluss des Rechtsweges durch eine Parteienvereinbarung das Grundrecht jedenfalls verletzen (OGH 18.3.1976, 7 Ob 255, 256/75; 20.12.1977, 4 Ob 122/77). Vgl. dazu: *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 83; *Berka*, Grundrechte Rz 779.

²⁴ Vgl. z.B. VfSlg. 12.889/1991, 13.280/1992, 14.544/1996, 14.713/1997 und 15.372/1998.

²⁵ VfSlg. 3966/1961, 5236/1966.

²⁶ VfSlg. 1953/1950, 5685/1968, 5700/1968.

²⁷ VfSlg. 7839/1976 mwH, 11.073/1986, 14.534/1996. Dies gilt nicht bloß für die Erlassung von Bescheiden, sondern auch für Akte unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, die sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen können (VfSlg. 10.020/1984).

²⁸ VfSlg. 11.502/1987, 16.462/2002. Vgl. dazu auch VwGH 23.2.1996, 93/17/0200. Dies gilt auch dann, wenn zwar zunächst ein verfahrenseinleitender Antrag vorliegt, der jedoch später zurückgezogen wird (VfSlg. 5363/1966).

der Unterbehörden war.²⁹ Es kann auch die Unzuständigkeit einer zunächst zuständigen Behörde eintreten, wenn diese wegen eines Devolutionsantrags oder einer Säumnisbeschwerde nicht mehr zuständig ist³⁰ oder einen Bescheid nach dem Ablauf einer ihr vom VfGH im Säumnisbeschwerdeverfahren gesetzten Frist (§ 36 Abs. 2 VwGG) erlässt³¹ oder in einem Verwaltungsstrafverfahren eine Strafe nach eingetretener Verjährung verfügt.³² Ein Fall der Unzuständigkeit liegt auch dann vor, wenn eine Behörde in derselben Sache (*res iudicata*) nochmals eine Entscheidung fällt, ohne dass dafür ein Ausnahmegrund (etwa nach § 68 Abs. 2 – 4 AVG) vorliegt.³³

Ein Verstoß gegen das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter tritt ferner auf, wenn die zuständige Behörde in unzulässiger Weise eine Sachentscheidung verweigert. Dies wurde vom VfGH u.a. in den folgenden Fällen angenommen: Zurückweisung wegen rechtswidriger Nichtanerkennung einer Parteistellung³⁴, Zurückweisung wegen entschiedener Sache trotz geänderten Sachverhalts³⁵, Zurückweisung einer ausreichend begründeten Berufung³⁶, rechtswidrige Abweisung eines Devolutionsantrages³⁷, unvollständige Sachentscheidung oder bloß kassatorische Entscheidung³⁸, Anwendung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt statt des rechtlich erforderlichen Bescheids³⁹ und Verweigerung der Erlassung eines Feststellungsbescheids trotz Feststellungsinteresse.⁴⁰

²⁹ Berka, Grundrechte Rz 782.

³⁰ VfSlg. 3011/1956, 5209/1966. Auch im umgekehrten Fall liegt eine Verletzung von Art. 83 Abs. 2 B-VG vor, wenn die Behörde aufgrund eines Devolutionsantrages in der Sache entscheidet, obwohl der Devolutionsantrag unzulässig – weil vor Ablauf der in § 73 AVG vorgesehenen Sechsmonatsfrist gestellt – war. Vgl. VfSlg. 14.885/1997.

³¹ VfSlg. 14.544/1996.

³² VfSlg. 8273/1978, 8804/1980, 11.060/1986. Dies gilt aber nicht bei einer unrichtigen Beurteilung der Verjährungsfrage im Abgabenrecht (VfSlg. 9689/1983).

³³ VfSlg. 9188/1981, 15.230/1998.

³⁴ VfSlg. 11.841/1988, 14.690/1996, 16.253/2001. Die Missachtung der Parteistellung kann allerdings, wie oben ausgeführt, nur auf der Ebene der Vollziehung einen Verstoß gegen Art. 83 Abs. 2 B-VG darstellen und nur dann, wenn es eine entsprechende materiellrechtliche Bestimmung gibt, die einer Person Parteistellung einräumt. Das bedeutet allerdings nach Rechtsansicht des VfGH nicht, dass der Gesetzgeber dazu verpflichtet wäre, die Parteistellung überhaupt bzw. in einem bestimmten Umfang gestatten. Vgl. dazu *Holzinger*, Kommentar Art. 83 Abs. 2 B-VG Rz 28, 58, 65.

³⁵ VfSlg. 5133/1965, 6428/1971, 7181/1973, 8495/1979, 14.590/1996.

³⁶ VfSlg. 11.597/1988.

³⁷ VfSlg. 8189/1977.

³⁸ VfSlg. 6869/1972, 7324/1974.

³⁹ VfSlg. 7279/1974.

⁴⁰ VfSlg. 9993/1984. Vgl. dazu *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 955.

Zahlreiche Erkenntnisse beschäftigen sich mit der gesetzmäßigen Zusammensetzung einer Kollegialbehörde. Art. 83 Abs. 2 B-VG ist insbesondere verletzt, wenn ein ausgeschlossenes oder zu Unrecht entsandtes Mitglied an der Entscheidungsbildung beteiligt ist oder etwa ein Ersatzmitglied ohne Vorliegen eines Vertretungsfalls an der Verhandlung teilgenommen hat.⁴¹ Eine Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter liegt ferner vor, wenn einem Ablehnungsantrag zu Unrecht keine Folge gegeben wurde⁴², wohingegen die Befangenheit eines Kollegialorgans grundsätzlich nicht gegen Art. 83 Abs. 2 B-VG verstößt^{43, 44}.

In neuerer Rspr nimmt der VfGH an, dass ein Verstoß gegen Art. 83 Abs. 2 B-VG vorliegt, wenn das als Einzelorgan entscheidende Mitglied eines unabhängigen Verwaltungssenates die von der Bundesverfassung (Art. 129a f B-VG) gestellten Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wegen eines möglichen Anscheins von Befangenheit nicht erfüllt.⁴⁵

3. Bedeutung von Art. 83 Abs. 2 B-VG als Grundrecht

Bereits seine Formulierung weist Art. 83 Abs. 2 B-VG eindeutig als ein subjektiv-öffentliches Recht aus – der Grundrechtscharakter wurde auch zu keiner Zeit von der Rspr oder der Lehre in Frage gestellt.⁴⁶ Durch die bereits oben erwähnte extensive Interpretation des VfGH schützt Art. 83 Abs. 2 B-VG nicht nur vor willkürliche Eingriffe in die Strafgerichtsbarkeit, sondern kann heute als eine umfassende grundrechtliche Garantie auf den Schutz der behördlichen Zuständigkeitsverteilung verstanden werden.⁴⁷ Dabei verfolgt dieses Grundrecht zwei Stoßrichtungen: Es soll erstens eine Prozesspartei vor willkürlichen Akten der Vollziehung

⁴¹ Vgl. z.B. VfSlg. 7336/1974, 11.677/1988, 14.731/1997.

⁴² VfSlg. 3406/1958, 7360/1974.

⁴³ VfSlg. 7738/1976 mwH, 14843/1997. Anderes gilt nur, wenn die Befangenheit von einer Partei als Ausschließungsgrund geltend gemacht werden könnte.

⁴⁴ Näheres zur VfGH Rspr zum Recht auf eine gesetzmäßig zusammengesetzte Kollegialbehörde siehe *Holzinger*, Kommentar zu Art. 83 Abs. 2 Rz 49 ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 954.

⁴⁵ VfSlg. 15.439/1999.

⁴⁶ Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter ist eines der wenigen Grundrechte, die direkt im B-VG verankert sind.

⁴⁷ Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 773; *Holzinger*, Kommentar zu Art. 83 Abs. 2 Rz 13. *Pernthaler* geht sogar davon aus, dass der VfGH hier nicht nur ein subjektives Recht auf die Einhaltung der behördlichen Zuständigkeitsverteilung geschaffen hat, sondern einen „ungeschriebenen Grundrechtskomplex“, der „die Durchsetzung und Sicherung eines inhaltlich durch die Judikatur angereicherten Rechtsstaatsprinzips in der Verwaltungsorganisation“ zum Inhalt hat. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 670.

schützen, indem Zuständigkeiten in der gesetzlich vorgesehenen Weise wahrgenommen werden. Zweitens hat Art. 83 Abs. 2 B-VG als grundrechtliche Verfahrensgarantie auch eine institutionelle Komponente, die den Gesetzgeber dazu verpflichtet, entsprechende organisatorische Vorkehrungen dafür zu treffen, dass klare Behördenzuständigkeiten hergestellt werden.⁴⁸

Die extensive Interpretation dieses Grundrechts hat, wie *Berka* zutreffend feststellt, zu einer Erweiterung der Zuständigkeit des VfGH geführt, „weil dieser im Umfang des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter auch die Kompetenz beansprucht, über Fragen der einfachgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung abzusprechen, die ansonsten in die Zuständigkeit des VwGH fallen“⁴⁹ Tatsächlich sah sich der VfGH in einer großen Zahl von Fällen mit der Frage konfrontiert, ob ein bei ihm bekämpfter Bescheid mit einfachgesetzlichen Regelungen (vor allem die Zuständigkeit betreffend) vereinbar sei. Dies trug zu einer Überlastung des VfGH bei, die letztlich dazu führte, dass mit der B-VG Novelle 1984 (BGBl 296/1984) Art. 144 Abs. 2 eingeführt wurde, wonach der VfGH ermächtigt wurde, die Behandlung einer Beschwerde abzulehnen, wenn von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist. Seit dieser Einschränkung entscheidet der VfGH nur noch in Ausnahmefällen über Beschwerden wegen einer behaupteten Verletzung des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, sondern tritt die Verfahren zumeist an den VwGH ab.⁵⁰

Die Bedeutung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter für die Mindeststandards eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens liegt in erster Linie in der institutionellen Verpflichtung für den Gesetzgeber, klare Zuständigkeitssysteme für den administrativen Vollzug zu schaffen. Dabei scheinen die Grenzen der extensiven Interpretation von Art. 83 Abs. 2 B-VG noch nicht erreicht zu sein: In jüngerer Vergangenheit hat der VfGH etwa auch das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH oder die Unbefangenheit von UVS-Mitgliedern unter dieser Bestimmung subsumiert. Es ist also durchaus denkbar, dass in

⁴⁸ Mit allen grundrechtlichen Verfahrensgarantien sind untrennbar positive staatliche Gewährleistungsverpflichtungen verbunden. Ihr Bestand ist in jeder Weise von einer entsprechenden institutionellen Einrichtung und Absicherung abhängig. Vgl. dazu *Berka*, Grundrechte Rz 95, 99, 102, 110.

⁴⁹ *Berka*, Grundrechte Rz 773.

⁵⁰ Diese Vorgangsweise steht in Einklang mit der Behandlung anderer Grundrechtsbeschwerden, deren Behandlung der VfGH im Regelfall nur bei einer qualifizierten Verfassungswidrigkeit zulässt (vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 197 ff; insbes. 199. Eine „Feinprüfung“ von auf eine Verletzung von Art. 83 Abs. 2 B-VG gestützten Beschwerden lässt der VfGH im Regelfall nur zu, wenn es sich dabei um Beschwerden gegen Bescheide von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag handelt, weil diese gem. Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht in die Zuständigkeit des VwGH fallen. Vgl. *Holzinger*, Kommentar zu Art. 83 Abs.2 B-VG Rz 15.

Zukunft weitere wichtige Impulse für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren von dieser grundrechtlichen Verfahrensgarantie ausgehen.⁵¹

Abschließend sei noch erwähnt, dass das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter enge Bezüge zu anderen Grundrechten bzw. Verfahrensgarantien aufweist: Die Verpflichtung zur Errichtung klarer Zuständigkeitssystem kann als Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit (Gewaltenteilung, Garantie der richterlichen Unabhängigkeit) und des Legalitätsprinzips iSd Art. 18 B-VG erkannt werden. Eine Nähe besteht ferner zu den grundrechtlichen Verfahrensgarantien der Art. 5 und 6 EMRK sowie zu Art. 6 PersFrBVG.⁵²

II. Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz bezeichnet das verfassungsrechtliche Gebot, alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich zu behandeln, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen und umgekehrt unterschiedliche Rechtsfolgen bei wesentlichen Unterschieden im Tatsächlichen vorzusehen. Die Gleichbehandlung österreichischer Staatsbürger und inländischer juristischer Personen ist in Art. 2 StGG⁵³ und in Art. 7 B-VG⁵⁴ geregelt, die Gleichbehandlung von Fremden untereinander ergibt sich durch das BVG betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung.^{55, 56} Das ursprüngliche Anliegen des Gleichheitssatzes lag darin, die gleiche Anwendung bestehender Gesetze auf alle Staatsbürger unabhängig von deren Stand, Beruf, Religion,

⁵¹ *Pernthaler* kritisiert die zu enge Judikatur des VfGH zum Recht auf den gesetzlichen Richter – für ihn lässt sich aus dieser Bestimmung durchaus eine allgemeine Rechtswegegarantie und ein Grundrecht auf Parteistellung ableiten. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 670 f.

⁵² Vgl. ebd. Rz 16.

⁵³ „Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich“.

⁵⁴ Art. 7 Abs. 1 stellt fest: „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen (...).“

⁵⁵ BGBl. 390/1973. Zur Anwendung des Gleichheitssatzes vgl. insbesondere *Karl Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in: FS Rill (1995) 183.

⁵⁶ Weitere Rechtsquellen des Gleichheitssatzes sind ua: Art. 66 Abs.1 und 2 sowie Art. 67 Staatsvertrag von St. Germain, Art. 6 Z 2 und Art. 7 Z 1 Staatsvertrag von Wien, Art. 14 EMRK, § 39 Abs. 2 UOG 1993, die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (BGBl 443/1982), die UN-Konvention über die politischen Rechte der Frau (BGBl 256/1969), das Gleichbehandlungsgesetz (BGBl I 66/2004), das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV). Siehe dazu näher: *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 42 ff; *Berka*, Grundrechte 883 ff.

etc. zu garantieren.⁵⁷ Die Bedeutung des Gleichheitssatzes geht heute weit über dieses Postulat hinaus: Durch die extensive Rspr des VfGH entwickelte sich die verfassungsgesetzliche Garantie der Rechtsgleichheit nicht nur zu einem der wichtigsten Grundrechte in der österreichischen Rechtsordnung, sondern zu einem der zentralen verfassungsrechtlichen Grundsätze, der für alle Bereiche des Staatshandelns von außerordentlicher Wirkmächtigkeit ist. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren, wobei zunächst seine Direktiven an den Gesetzgeber besprochen werden, um daran anschließend auf die Bindung der Vollziehung an den Gleichheitssatz einzugehen.

1. Verpflichtungen für den Gesetzgeber

Der VfGH hat den ursprünglichen Bedeutungsgehalt des Gleichheitssatzes – die Rechtsanwendungsgleichheit für alle Bürger zu sichern – dahingehend erweitert, dass nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung an den Gleichheitssatz gebunden ist.⁵⁸ Heute ist der Gleichheitssatz jener verfassungsrechtliche Grundsatz, auf dessen Grundlage es weitaus am häufigsten zu einer Gesetzesaufhebung kommt, wobei die dazu entwickelte Rspr des VfGH außerordentlich dynamisch und kaum noch zu überblicken ist. Zweifelsohne ist das Gleichheitsgebot heute die bedeutendste verfassungsrechtliche Schranke für den Gesetzgeber überhaupt.

Nach dem Gleichheitssatz ist es dem Gesetzgeber untersagt, Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich zu behandeln, er ist dazu angehalten, sachlich gerechtfertigte Differenzierungen vorzunehmen. Der Gesetzgeber muss an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen knüpfen, wesentlich ungleiche Tatbestände müssen zu entsprechend unterschiedlichen Regelungen führen. Nur dann, wenn gesetzliche Differenzierungen aus entsprechenden Unterschieden im

⁵⁷ Dieses Anliegen wurde als eine der zentralen Forderungen der Französischen Revolution artikuliert und steht für den Übergang von einer ständisch-feudalen Gesellschaft zur modernen demokratischen Bürgergesellschaft. Die Gleichanwendung von Gesetzen bzw. die Gleichbehandlung von Staatsbürgern gehört heute zu den wichtigsten Merkmalen eines demokratischen Rechtsstaats.

⁵⁸ In der Judikatur des Reichsgerichts galt der Gleichheitssatz rein als Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit, das einen gleichmäßigen und willkürfreien Vollzug der Gesetze sicherstellen sollte. Der VfGH ging in seiner frühen Rspr zunächst davon aus, dass eine Verletzung des Gleichheitssatzes nicht vorliegen würde, wenn die Ungleichheit in der verbindlichen Form eines Gesetzes festgelegt wäre (VfSlg. 1226/1929). Erst nach dem II. Weltkrieg konnte sich allgemein die Auffassung durchsetzen, dass der Gleichheitssatz auch für die Gesetzgebung Gültigkeit habe. Im Weiteren entwickelte der VfGH aus dem Gleichheitssatz ein allgemeines Sachlichkeitsgebot und ein allgemeines Willkürverbot – damit hat sich die Interpretation endgültig vom personenbezogenen Wortlaut des Gleichheitssatzes gelöst. Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 41 f; *Berka*, Grundrechte Rz 879 ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 760.

Tatsächlich ableitbar sind, ist das Gesetz gleichheitskonform. Der VfGH hat diese Gedanken zu einem allgemeinen Sachlichkeitsgebot weiter entwickelt, womit eine Regelung auch dann gleichheitsrechtlich beurteilt werden kann, wenn Vergleichsfälle fehlen. Bewertet wird das Verhältnis zwischen Sachverhalt und Rechtsfolge – ist dieses ausgewogen, kann Sachlichkeit angenommen werden.⁵⁹

Diese extensive Interpretation des Gleichheitssatzes hat zu einer beträchtlichen Ausdehnung des Entscheidungsspielraums für den VfGH geführt. „Gleichheitswidrig ist eine Regelung, wenn sie der Mehrheit der Richter des VfGH unvernünftig, unplausibel oder auch nur unnötig erscheint“, womit nahezu jede beliebige Entscheidung mit dem Gleichheitssatz argumentiert werden könne, wie *Öhlinger* diese Entwicklung kritisiert.⁶⁰

Tatsächlich kann der Gleichheitssatz unter allen Grundrechten als das „voraussetzungsvollste Grundrecht“⁶¹ bezeichnet werden. ›Gleichheit‹ bedeutet die Übereinstimmung einer Mehrzahl von Personen, Gegenständen oder Sachverhalten in einem bestimmten Merkmal. ›Gleich‹ ist ein unvollständiges Prädikat, das immer die Frage nach sich zieht: gleich – in welcher Hinsicht? Damit besteht Gleichheit stets in einer dreistelligen Relation zwischen zwei (oder mehreren) Gegenständen oder Personen und einer (oder mehreren) Eigenschaften.⁶²

Das Problem in einer juristischen Bewertung von Gleichheit oder Ungleichheit liegt nun darin, dass erstens ein Bezugssystem zwischen zu vergleichenden Tatbeständen oder Rechtsfolgen hergestellt und zweitens dieses Verhältnis bewertet werden muss. Bereitet schon die Auswahl des zu Vergleichenden in der Praxis oft erhebliche Schwierigkeiten⁶³, so erst recht die Legitimation des Werturteils⁶⁴.

⁵⁹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 765 ff; *Martina Szüsz*, Gleichheitsgrundsatz, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht (2003) 227. Vgl. auch die Erkenntnisse VfSlg. 14.362/1995, 13.781/1994, 13.581/1993.

⁶⁰ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 767.

⁶¹ *Berka*, Grundrechte Rz 888.

⁶² Vgl. *Stefan Gosepath*, Gleichheit/Ungleichheit, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie (1999) Band 1, 501 – 506, 501.

⁶³ Vgl. dazu *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 42, die als klassisches Beispiel für die Schwierigkeit adäquater Vergleichssysteme die Rspr des VfGH zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen an Kinder anführen. Die Frage des Bezugspunktes bereitet auch bei der Gleichstellung von Männern und Frauen Schwierigkeiten: So können biologische Unterschiede (wie etwa die Tatsache, dass Frauen schwanger werden können) einen Grund für unterschiedliche Pensionsregelungen darstellen, jedoch keinen Ausschluss von bestimmten beruflichen Tätigkeiten rechtfertigen. Die Frage, wo es um die Herstellung von Gleichheit und wo um das Anerkennen des Unterschieds geht, wird auch in der feministischen Theorie

Während in der gesamten Rechts- und Philosophiegeschichte stets ein enger Zusammenhang zwischen dem Postulat der Gleichheit und der Idee der Gerechtigkeit hergestellt wurde⁶⁵, wird dieser Zusammenhang in der Rspr des VfGH genauso wie in Teilen der Lehre geleugnet – während in Deutschland und in der Schweiz solche Hemmungen offensichtlich nicht bestehen.⁶⁶ Wie *Adamovich/Funk/Holzinger* treffend feststellen, „verbirgt sich [dahinter] ohne

unter dem Schlagwort „Gleichheit versus Differenz“ kontroversiell debattiert. Vgl. *Herlinde Pauer-Studer*, Einführung in die Ethik (2003) 129 ff.

⁶⁴ Es steht außer Streit, dass für die Beantwortung der Frage nach der sachlichen Rechtfertigung einer Differenzierung auf Wertungen zurückgegriffen werden muss, deren Richtigkeit und damit Vorrang vor anderen Wertungen oft schwer zu objektivieren ist. Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 44. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Legitimation: In einer Demokratie stützt sich nach der Idee der Gewaltenteilung eine Wertentscheidung über das, was gleich oder ungleich behandelt werden soll, auf eine parlamentarische Mehrheit. Die Beurteilung der Sachlichkeit oder Zweckmäßigkeit einer bestimmten Regelung liegt damit im rechtspolitischen Gestaltungsraum des Gesetzgebers. Dieser Grundsatz wird allerdings dadurch durchbrochen, indem die Verfassungsgerichtsbarkeit in einer der Rechtserzeugung nachgeschalteten Gesetzesprüfung die Wertentscheidungen des Gesetzgebers verwerfen und eigene Bewertungen an dessen Stelle setzen kann, ohne dazu demokratisch legitimiert zu sein. Dieser Konflikt ist allerdings in keinem demokratischen Rechtsstaat mit Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Welt zu schaffen. Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 894. Eine andere Ansicht vertreten allerdings *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1345, 1348 f, die der Meinung sind, dass „eine kognitive Aussage über den Inhalt des Gleichheitssatzes nur in Grenzfällen möglich“ sei, weshalb die Rspr des VfGH auf „außerrechtlichen Wertvorstellungen des jeweils zur Vollziehung des Gleichheitssatzes zuständigen Organs“ beruhe, womit der VfGH „stärker zu einem rechtsschöpferischen (politischen) Organ als zu einem rechtsanwendenden Gericht“ werden würde (was beide Autoren ablehnen). Besonders wird kritisiert, dass die aufgrund einer Wertvorstellung getroffenen Entscheidungen zwar rational begründet werden könnten, dies der VfGH allerdings in einem hohen Maße vermissen lasse. Das führe zu einer Unberechenbarkeit der Gleichheitsjudikatur.

⁶⁵ *Aristoteles* untersucht im 5. Buch der Nikomachischen Ethik die Frage, was unter Gerechtigkeit zu verstehen ist und stellt dabei einen Zusammenhang zur Gleichheit her: Das Gerechte ist das Gesetzliche (gemeint ist die Befolgung des Gesetzes) und das Gleiche, das Ungerechte das Ungesetzliche und das der Gleichheit Widerstreitende (1130b). Er sieht, dass die Gerechtigkeit vor zwei verschiedene Probleme der Gleichbehandlung gestellt sein kann: Der gerechte Ausgleich beim Gütertausch (ausgleichende Gerechtigkeit) und die angemessene Verteilung von Gütern (auseilende Gerechtigkeit) (*Thomas von Aquin* bezeichnet diese beiden Gerechtigkeitsformen später als ›iustitia commutativa‹ und ›iustitia distributiva‹). Konsequenterweise sieht *Aristoteles* die Aufgabe des Richters nicht in der Herstellung der Gerechtigkeit, sondern in der Herstellung der Gleichheit (1132a). Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik; herausgegeben von Günther Bien, Meiner Verlag (1985). In der römischen rechtswissenschaftlichen Literatur nimmt *Cicero* den Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit auf und bringt ihn auf den Nenner: ›suum cuique‹ („jedem das Seine zuteilen“ – *De legibus* 1, 6 19) und bei *Ulpian* im Codex Iuris Civilis heißt es: iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. - Die Gerechtigkeit ist der beständige und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zukommen zu lassen (*Digesten* 1, 1, 10). In der modernen Rechtsphilosophie versucht vor allem *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1971/dt.1979), den Gleichheitsgedanken als zentrales Kriterium der Gerechtigkeit zu rehabilitieren. Näheres zur Gleichheit als Gerechtigkeit siehe *Gosepath*, Gleichheit/Ungleichheit 502 ff; *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie⁴ (2003) 109 ff.

⁶⁶ Vgl. nur die Urteile des dt. Bundesgerichtshofs, in denen unter Berufung auf Gustav Radbruch der Idee der Gerechtigkeit Vorrang vor dem positiven Recht eingeräumt wurde und es in Fällen von extremer Ungechtigkeit zur strafrechtlichen Verurteilung von Personen kam, obwohl diesen kein Rechtsbruch der jeweils in Geltung gestanden Gesetze nachzuweisen war: BGHZ 3, 94 (Erschießung eines Deserteurs durch Angehörige des Volkssturms in den letzten Tagen des II. Weltkriegs); BGHSt 39, 1, BGHSt 41, 101 („Mauerschützen“ an der innerdeutschen Grenze) BGHSt 41, 157, BGHSt 41, 247 (Rechtsbeugung durch DDR-Richter und Staatsanwälte). Vgl. zur vernunft- und naturrechtsbezogenen Grundrechtsargumentation anderer Staaten auch *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 564.

Zweifel ein ideologisches Problem; der Einfluss der Reinen Rechtslehre, für die der Begriff ›Gerechtigkeit‹ eine Leerformel oder eine Illusion ist, wird hier deutlich.“⁶⁷ Besonders auffällig sind die sprachlichen Vermeidungsstrategien im österreichischen öffentlich-rechtlichen Diskurs, um das Wort „gerecht“ nicht verwenden zu müssen. Es wird mitunter von „verhältnismäßig“, „sachlich“, „gerechtfertigt“, „rechtsstaatlich“, „richtig“, „in billiger Weise“, „fair“, etc. gesprochen, wo eigentlich „gerecht“ gemeint ist.

Eine nähere Betrachtung der VfGH Judikatur zum Gleichheitssatz zeigt, dass es treffender wäre, von einer Abwägung nach Gerechtigkeitsvorstellungen zu sprechen, als die Rspr auf Gleichheits- oder Sachlichkeitserwägungen zu reduzieren. Damit wäre nicht nur ehrlich ausgesprochen, warum es eigentlich geht, sondern es könnten auch die hinter den Entscheidungen stehenden Konzeptionen offen gelegt und damit einer kritischen Diskussion ausgesetzt werden. Damit würden zwar nicht die mit Gerechtigkeitsfragen verbundenen Wertungsprobleme verschwinden, allerdings könnte damit die Rationalität der Auseinandersetzung gesteigert werden.

Prozedurale Bestimmungen können vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes in zweifacher Hinsicht beurteilt werden: *Ob diese verglichen mit anderen ähnlichen Verfahrensbestimmungen gleich geregelt sind oder ob diese für sich allein betrachtet sachlich sind.* Bei der ersten Frage geht es um die Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Systemgerechtigkeit: Müssen bestimmte Ordnungskriterien oder Wertungsgesichtspunkte, die der Gesetzgeber bei der rechtlichen Ordnung eines bestimmten Lebensbereiches getroffen hat, auch für nachfolgende Regelungsakte berücksichtigt werden oder können Systembrüche in Kauf genommen werden?

⁶⁷ Adamovich/Funk/Holzinger, Grundrechte 42. Die Autoren beziehen sich hier offensichtlich auf den berühmt-berüchtigten Essay von Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit² (1975). Kelsen versucht in seiner Schrift die Gerechtigkeit als letztlich inhaltsleeren, aber schönen Traum der Menschheit zu entlarven, wobei er die klassischen Gerechtigkeitstheorien einer radikalen Kritik unterzieht. Zum Gleichheitssatz hält er fest: „Und nun gar das besondere Prinzip der so genannten Gleichheit vor dem Gesetz! Es bedeutet nichts anderes, als dass die rechtsanwendenden Organe keinen Unterschied machen sollen, die das anzuwendende Recht nicht selbst macht. Gewährt das Recht nur Männern, nicht aber Frauen (...) politische Rechte, dann ist der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz durchaus gewahrt, wenn die rechtsanwendenden Organe in konkreten Fällen entscheiden, dass eine Frau (...) keine politischen Rechte habe. Mit Gleichheit hat dieses Prinzip kaum noch etwas zu tun. Es besagt nur, dass das Recht so angewendet werden soll, wie es seinem Sinne nach anzuwenden ist. Es ist das Prinzip der Recht- oder Gesetzesmäßigkeit, das jeder Rechtsordnung ihrem Wesen nach immanent ist, ob diese Ordnung gerecht oder ungerecht ist.“ (ebd. 26 f).

Grundsätzlich geht der VfGH davon aus, dass es dem Gesetzgeber erlaubt ist, unterschiedliche Ordnungssysteme zu schaffen und er nicht verpflichtet ist, ähnliche Regelungsmaterien oder Rechtsinstitute gleich zu behandeln.⁶⁸ Damit ist es zulässig, in verschiedenen Verfahrenssystemen unterschiedliche Regelungen für gleiche oder ähnliche Verfahrensinstitute vorzusehen.⁶⁹ Allerdings geht der VfGH davon aus, dass es bestimmte allen prozeduralen Ordnungssystemen zugrunde liegende Prinzipien gibt, die in jeder Verfahrensordnung implementiert sein müssen. So hat der VfGH etwa entschieden, dass ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren nur in eng begrenzten Fällen wieder aufgenommen werden darf und eine gegen diesen Grundsatz verstoßende Bestimmung des Finanzstrafgesetzes deshalb als gleichheitswidrig aufgehoben. Begründet wurde diese Entscheidung nicht mit der ungleichen Ausgestaltung verschiedener Verfahrenssysteme, sondern mit der Unsachlichkeit der Bestimmung an sich.⁷⁰

Auch innerhalb eines Ordnungssystems können einzelne Tatbestände unterschiedlich und damit in einer nicht systemgerechten Weise geregelt werden. Das Abgehen von einem Ordnungssystem ist per se noch nicht gleichheitswidrig, solange die jeweiligen Regelungen für sich dem Gleichheitssatz entsprechen.⁷¹ So verstößt es in einem Mehrparteienverfahren etwa gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn einer Verfahrenspartei bestimmte Vorrechte eingeräumt werden.⁷²

Als gleichheitswidrig, weil das Sachlichkeitsgebot verletzend, wurden u.a. folgende Verfahrensbestimmungen vom VfGH aufgehoben: Ausschluss der Beiziehung eines Rechtsanwalts in bestimmten (Heeres)disziplinarverfahren⁷³, Ausschluss der Wiederaufnahme eines Abga-

⁶⁸ *Walter Berka*, Kommentar Art. 7 B-VG (2001), in: Heinz-Peter Rill/Heinz Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 59; *ders.*, Grundrechte Rz 943, 953; *Öhlinger*, Verfassungsrecht 771 f; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 48 f.

⁶⁹ So nimmt der VfGH an, dass es grundsätzlich keine Vergleichbarkeit zwischen der ZPO und dem Verfahren vor dem VwGH gibt – jedoch sehr wohl zwischen dem VfGH und dem VwGH – Verfahrensrecht (10.367/1985). Vgl. ferner VfSlg. 13.455/1993 (von der ZPO abweichende Regelungen für Streitigkeiten aus dem Betriebsverfassungsrecht), 11.795/1988 und 13.527/1993 (vom AVG abweichende Regelungen im Kammerverfahren für Rechtsanwälte), 15.190/1998 (unterschiedlicher Verfahrenskostenersatz im verwaltungsrechtlichen Enteignungsverfahren wie im daran anschließenden gerichtlichen Enteignungsverfahren).

⁷⁰ VfSlg. 11.865/1988. Vgl. dazu auch VfSlg. 13.012/1992, 13.135/1992, 13.778/1994.

⁷¹ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 42. Vgl. VfSlg. 7331/1975, 8233/1978, 11.368/1987.

⁷² Vgl. VfSlg. 8687/1979 (Informationsvorsprung für den Generalprokurator im Vergleich zum Angeklagten); vgl. ferner VfSlg. 7786/1976, 8551/1979.

⁷³ VfSlg. 11.561/1987.

beverfahrens auf Parteienantrag nach Verjährung⁷⁴, Zustellfiktion auch für fälschlicherweise als Empfänger bezeichnete Personen⁷⁵, Kostenersatz nur für den Enteigneten, nicht aber auch für den im Enteignungsverfahren erfolgreich gebliebenen Eigentümer⁷⁶, Berufungsrecht für den Amtssachverständigen⁷⁷.

Als Bezugspunkt für die Beurteilung, ob eine Verfahrensnorm als sachlich beurteilt werden kann, dient – meist unausgesprochen – der Begriff einer materiellen Rechtsstaatlichkeit, weshalb es zu Überschneidungen mit der Rspr des VfGH zum Rechtsstaatsgebot kommt. Viele aus dem Sachlichkeitsgebot abgeleitete Erwägungen ließen sich genauso aus dem Rechtsstaatsgebot gewinnen⁷⁸, auf welches von diesen beiden Prinzipien der VfGH Entscheidungen zu verfassungswidrigen Verfahrensnormen im Einzelfall stützt, scheint einer gewissen Zufälligkeit zu unterliegen.⁷⁹

Eine besonders wichtige Bedeutung für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren hat die Rspr des VfGH zur Frage der *Parteistellung in einem Verfahren*. Grundsätzlich geht der VfGH in ständiger Rspr davon aus, dass es kein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Parteistellung gibt und der Gesetzgeber deshalb auch nicht verpflichtet ist, einer Person die Teilnahme am Verfahren bzw einen bestimmten Umfang von Parteirechten einzuräumen.⁸⁰ Das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Sachlichkeitsgebot kann jedoch die Einräumung einer Parteistellung erfordern, wenn einer Person subjektive Berechtigungen zugestanden werden.⁸¹ Wann dies allerdings der Fall sein soll, ist nicht einfach zu beantworten, weil die dazu ergangene Rspr des VfGH – hauptsächlich in der Auseinandersetzung mit Nachbarrechten – keine klare Linie verfolgt und daher schwer verallgemeinerbar ist.⁸² Inge-

⁷⁴ VfSlg. 13.114/1992, 13.778/1994.

⁷⁵ VfSlg. 13.027/1992.

⁷⁶ VfSlg. 15.190/1998.

⁷⁷ VfSlg. 16.029/2000.

⁷⁸ So auch *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundrechte 42; *Berka*, Grundrechte Rz 912, 967. Eine Überschneidung besteht teilweise auch mit dem Legalitätsprinzip, weil der VfGH annimmt, dass eine gesetzliche Regelung auch dann gleichheitswidrig ist, wenn sie so unbestimmt ist, dass sie gar nicht auf ihre Gleichheitskonformität beurteilt werden kann. Vgl. dazu die Kritik von *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 767.

⁷⁹ Mitunter wird die Aufhebung von als verfassungswidrig erkannten Verfahrensbestimmungen sowohl auf das Rechtsstaatsgebot als auch auf das Sachlichkeitsgebot gestützt. Vgl. VfSlg. 17.340/2004.

⁸⁰ Vgl. dazu die mit VfSlg. 6664/1971 begründete Judikaturlinie. Zur Problematik vgl. ausführlich unten S. 118 ff.

⁸¹ VfSlg. 11.934/1988, 13.646/1993, 15.123/1998.

⁸² Eine Übersicht findet sich bei *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 775.

samt ist *Berka* zuzustimmen wenn er feststellt, dass „die entsprechende Judikatur des VfGH freilich äußerst restriktiv [ist] und letztlich die Entscheidung, welchen von einem Verwaltungsverfahren Betroffenen eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt wird, weitgehend dem einfachen Gesetzgeber [überlässt].“⁸³

2. Verpflichtungen für die Vollziehung

Nach der Diktion des Gleichheitssatzes ist sein Hauptadressat die Vollziehung, die darauf zu achten hat, dass Gesetze gegenüber allen Normunterworfenen gleichmäßig vollzogen werden. Für die Überprüfung individueller Verwaltungsakte am Maßstab des Gleichheitssatzes bringt der VfGH folgende „Gleichheitsformel“ zur Anwendung: Ein Bescheid verletzt den Gleichheitssatz dann, wenn er sich auf ein gleichheitswidriges Gesetz stützt, wenn die Behörde dem anzuwendenden Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt⁸⁴ oder wenn sie bei der Erlassung des Bescheids Willkür übt^{85, 86}. Das Willkürverbot ist der wichtigste Bestandteil des Gleichheitssatzes in Bezug auf die Verwaltung.

Unter ›Willkür‹ wird eine qualifizierte Rechtswidrigkeit verstanden, womit die Gleichheitsformel klarstellen soll, dass nicht jeder rechtswidrige Akt der Vollziehung gegen das Gleichheitsgebot verstößt.⁸⁷ Der VfGH ist in seiner Rspr dazu übergegangen, das Vorliegen von Willkür nicht nach den subjektiven Beweggründen einer Behörde zu bewerten, was in der Praxis in vielen Fällen kaum gelingen kann, sondern nach objektiven Gesichtspunkten: Eine Behörde handelt demnach nicht nur willkürlich, wenn ihr das absichtliche Zufügen von Un-

⁸³ *Berka*, Grundrechte Rz 954.

⁸⁴ Vgl. VfSlg. 11.863/1988, 13.730/1994, 14.049/1995, 14.442/1996. Die Unterstellung eines gleichheitswidrigen Inhalts wird auch als denkmögliche Gesetzesauslegung bezeichnet (und zuweilen als willkürliche Gesetzesanwendung betrachtet).

⁸⁵ Vgl. VfSlg. 12.840/1991, 14.849/1997, 16.314/2001.

⁸⁶ Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 980, *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 791, *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1354.

⁸⁷ Man könnte nämlich an sich davon ausgehen, dass jeder rechtswidrige Vollzugsakt den Gleichheitssatz verletzt, weil in solch einem Fall eine Rechtsvorschrift eben nicht gleichmäßig gegenüber allen Rechtsunterworfenen angewendet wird, wenn man einen rechtswidrigen mit einem rechtskonformen Vollzugsakt vergleicht. Eine derart weite Interpretation würde dazu führen, dass praktisch jeder rechtswidrige Bescheid durch eine Beschwerde nach Art. 144 B-VG beim VfGH angefochten werden könnte, was nicht dem Rechtsschutzkonzept des B-VG entspricht. Die Gleichheitsformel hat daher die Funktion, jene Rechtsakte, bei denen die Rechtswidrigkeit nicht in die Verfassungssphäre hineinreicht, auszusondern, um einer Überlastung des Höchstgerichtshofs vorzubeugen. Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 980.

recht nachzuweisen ist⁸⁸, sondern auch dann, wenn der Bescheid durch ein gehäuftes oder gröbliches Verkennen der Rechtslage mit den Rechtsvorschriften in krassem Widerspruch steht oder wenn der Behörde gravierende Verfahrensfehler unterlaufen sind⁸⁹. Die objektive Betrachtungsweise führt dazu, dass auch in Fällen, in denen sich eine Behörde um eine richtige Rechtsanwendung bemüht hat, Willkür vorliegen kann, wenn das Ergebnis grob gleichheitswidrig ist.⁹⁰

Der VfGH hat folgende Verfahrensmängel als so schwerwiegend bewertet, dass er eine Verfassungswidrigkeit des angefochtenen Bescheids wegen Verletzung des Gleichheitssatzes angenommen hat: wenn eine Behörde ihre Ermittlungstätigkeit überhaupt oder in entscheidenden Punkten unterlassen hat⁹¹, wenn sie den Akteninhalt missachtet oder den konkreten Sachverhalt außer Acht gelassen hat⁹², wenn die Parteienrechte verletzt und insbesondere gegen das Recht auf Parteingehör gröblich verstoßen wird⁹³ oder wenn die Beweisaufnahme einseitig durchgeführt wird⁹⁴. Ferner liegt Willkür vor, wenn eine Behörde einen Bescheid völlig unzureichend und mangelhaft begründet, z.B. in der Weise, dass ein Bescheid mit Ausführungen begründet wird, denen kein Begründungswert zukommt.⁹⁵ Insgesamt ist die Rspr des VfGH zur möglichen Verfassungswidrigkeit eines Bescheids wegen schwerwiegender Verfahrensfehler sehr kasuistisch, sodass nur schwer abgeschätzt werden kann, ob ein konkreter Verfahrensmangel „bloß“ die einfache Rechtswidrigkeit eines Bescheids begründet (und damit nur eine Anfechtung beim VwGH zulässt) oder ob dieser als ein in die verfassungsrechtlich geschützte Rechtssphäre hineinreichender Willkürakt zu qualifizieren ist.

⁸⁸ Vgl. z.B. VfSlg. 2606/1953 (Entlassung eines öffentlich-rechtlichen Bediensteten aus politischen Gründen).

⁸⁹ Objektive Willkür liegt vor, wenn eine Behörde insgesamt so fehlerlos vorgegangen ist, dass dies mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen ist (VfSlg. 12.563/1990) oder wenn die Rechtslage in besonders krassem Ausmaß verkannt wurde (VfSlg. 14.906/1997). Vgl. ferner VfSlg. 11.193/1986, 11.793/1988, 14.449/1996, 15.993/2000.

⁹⁰ Vgl. dazu näher *Berka*, Grundrechte Rz 985 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 794; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 692 ff.

⁹¹ VfSlg. 11.852/1988.

⁹² VfSlg. 10.815/1986, 12.570/1990.

⁹³ VfSlg. 10.164/1984, 12.924/1991.

⁹⁴ VfSlg. 13.830/1994.

⁹⁵ VfSlg. 10.997/1988.

III. Art. 11 Abs. 2 B-VG

Im System der österreichischen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern gilt das Verwaltungsverfahrensrecht als Annexkompetenz (Adhäsionskompetenz).⁹⁶ Bund und Länder sind damit befugt, auf Grund ihrer Materienkompetenzen auch das damit zusammenhängende Verwaltungsverfahrensrecht zu regeln. Diese Kompetenz wird allerdings durch die in Art. 11 Abs. 2 B-VG geregelte Bedarfskompetenz des Bundes zur einheitlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens durchbrochen. Art. 11 Abs. 2 B-VG bestimmt: Soweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird, werden das Verwaltungsverfahren, die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes, das Verwaltungsstrafverfahren und die Verwaltungsvollstreckung auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, insbesondere auch in den Angelegenheiten des Abgabewesens, durch Bundesgesetz geregelt; abweichende Regelungen können in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen nur dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind.⁹⁷

Der Bund hat von der ihm durch Art. 11 Abs. 2 B-VG eingeräumten Bedarfskompetenz Gebrauch gemacht⁹⁸ und auf der Grundlage dieser Bestimmung verschiedene Verwaltungsverfahrensgesetze (AVG, VStG, VVG) erlassen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es der durch die Bedarfskompetenz eingeräumte Spielraum zulässt, dass einheitliche Verfahrensbestimmungen auch nur für einen bestimmten Bereich erlassen werden können – soweit eben ein Bedarf nach einheitlichen Bestimmungen besteht. Genauso können – wie dies im

⁹⁶ Näheres zum Annex(Adhäsions)prinzip vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundlagen 321, *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 259.

⁹⁷ Art. 11 Abs. 2 B-VG hat seine heutige Formulierung durch die B-VG-Novelle 1974 (BGBl 444/1974) erhalten. Zuvor war es dem Bund – nicht aber den Ländern – erlaubt, von den auf Grund der Bedarfskompetenz getroffenen Regelungen nach Belieben abzuweichen. Durch die B-VG Novelle wurden zum einen die Länder dem Bund gleichgestellt (was auf eine Forderung der Länder zurückging) und zum zweiten wurde die Zulässigkeit abweichender Regelungen eingeschränkt. Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 374; ausführlich zur Problematik des Art. 11 Abs. 2 B-VG vor der B-VG Novelle 1974 vgl. *Walter Barfuß*, Gedanken zur materiellen Rechtskraft im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1974, 293 – 303, 298 f. *Öhlinger* bezeichnet diese Bedarfskompetenz als eine „bundesstaatliche Anomalie“, deren Zweckmäßigkeit jedoch außer Zweifel stehe. Die Rechtseinheit auf dem Gebiet des Verfahrensrechts sei nämlich auch in einem Bundesstaat als Voraussetzung für Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit von hohem Wert, insbesondere vor dem Hintergrund des stetigen Anwachsens des materiellen Verwaltungsrechts. Dem Gedanken der Einheitlichkeit des Verfahrens räumt er damit einen höheren Stellenwert als föderalistischen Erwägungen ein. Vgl. *Öhlinger*, Verwaltungsverfahrensgesetze 8.

⁹⁸ Die Inanspruchnahme der Bedarfskompetenz hängt nicht von objektiven Kriterien ab, sondern allein davon, ob der Bund die Notwendigkeit der Schaffung von Rechtseinheit als gegeben erachtet.

AVG vielfach der Fall ist⁹⁹ – Verfahrensbestimmungen unter dem Vorbehalt der Subsidiarität normiert werden. Der Gesetzgeber nimmt dann eben ein Bedürfnis nach subsidiären und nicht nach zwingenden Verfahrensbestimmungen an.¹⁰⁰

Wenn der Bundesgesetzgeber von seiner Bedarfskompetenz Gebrauch gemacht hat, sind er selbst und auch die Länder an die auf der Grundlage von Art. 11 Abs. 2 B-VG beschlossenen Gesetze gebunden: Abweichende Regelungen können in den einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen nur mehr dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind. Dies gilt allerdings nur für zwingende Verfahrensbestimmungen. Wenn der Bund lediglich subsidiäre Verfahrensbestimmungen geschaffen hat, sind anderweitige Regelungen zulässig, da es sich hier um keine Abweichung handelt, weil ja das Bedarfsgesetz selbst die Möglichkeit anderweitiger Regelungen zulässt.¹⁰¹ In allen anderen Fällen ist eine Abweichung nach der ständigen Rspr des VfGH nur zulässig, wenn dies aufgrund „besonderer Umstände“ notwendig bzw. „unerlässlich“ ist.¹⁰²

Die Zulässigkeit von subsidiären Verfahrensvorschriften ist allerdings nicht unumstritten. Da subsidiär geltende Regelungen jederzeit durch andere Verfahrensvorschriften verdrängt werden können, scheint das Regelungsanliegen von Art. 11 Abs. 2 B-VG, die Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens herzustellen, unterlaufen zu werden. Daher werden die subsidiären Verfahrensbestimmungen im AVG von Teilen der Lehre als verfassungswidrig beurteilt, weil sie mit dem Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Regelungen nicht vereinbar seien.¹⁰³ Dagegen versucht *Öhlinger* nachzuweisen, dass man eine solche Interpretation dem historischen Verfassungsgesetzgeber nicht unterstellen könne, weil dieser nicht im Sinn gehabt haben kann, die zum Zeitpunkt der Schaffung dieser Kompetenzbestimmung in Kraft befindlichen subsidiären Verfahrensbestimmungen der Invalidation preiszugeben.¹⁰⁴ Auch der VfGH bejaht erstens die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von subsidiären Verfahrensbestimmungen

⁹⁹ Vgl. §§ 1 – 4 (Zuständigkeit), § 13 (Anbringen), § 17 (Akteneinsicht), § 38 (Entscheidung über Vorfragen), §§ 39 Abs. 2 – 55 (Durchführung eines Ermittlungsverfahrens), § 62 (Form der Bescheiderlassung), § 63 Abs. 1 (Instanzenzug und Recht der Einbringung einer Berufung) und §§ 74 Abs. 2 – 76 (Kosten).

¹⁰⁰ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 55.

¹⁰¹ Ebd. Vgl. auch VfSlg. 13.838/1994; 16.285/2001.

¹⁰² Vgl. dazu mit entsprechenden Hinweisen zur VfGH Judikatur: *Mayer*, B-VG Art. 11 B-VG, II.3.

¹⁰³ So etwa *Barfuß*, Gedanken zur materiellen Rechtskraft 298 ff; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 35.

¹⁰⁴ *Öhlinger*, Verwaltungsverfahrensrechte 10 f. Dieser Auffassung hat sich auch *Thienel* angeschlossen: *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 55 mwN.

und stellt zweitens fest, dass diese wegen ihrer nur subsidiären Geltung die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers zur Einführung von Sonderverfahrensbestimmungen in den einzelnen Verwaltungsmaterien nicht in der in Art. 11 Abs. 2 B-VG vorgesehenen Weise beschränken.^{105, 106}

Eine ähnliche Problematik besteht darin, dass der einfache Gesetzgeber Art. 11 Abs. 2 B-VG nicht nur dadurch umgehen kann, dass er einheitliche Verfahrensvorschriften unter Subsidiaritätsvorbehalt stellt, sondern auch damit, dass er die Anwendung des AVG für einen bestimmten Vollzugsbereich ausschließt, indem bestimmte Behörden vom Anwendungsbereich des Art. II Abs. 2 EGVG ausgeschlossen werden. Da dies in Konsequenz dazu führen würde, dass die Beschränkungen des Art. 11 Abs. 2 B-VG jederzeit durch den einfachgesetzlichen Gesetzgeber umgangen werden könnten, plädiert *Öhlinger* dafür, das AVG als Maßstab auch für Verwaltungsbereiche, die nicht unter den Anwendungsbereich des Art. II Abs. 2 EGVG fallen, heranzuziehen. Damit müssten sich abweichende Regelungen auf *allen* Verwaltungsgebieten (auch dem Abgabewesen!) damit rechtfertigen, dass sie iSd Art. 11 Abs. 2 B-VG zur Regelung des Gegenstands erforderlich sind.¹⁰⁷

Der VfGH sieht dieses Problem vor dem Hintergrund der Versteinerungstheorie differenzierter:¹⁰⁸ Art. 11 Abs. 2 B-VG erfasse solche Verfahren nicht, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung von damals bereits bestehenden Behörden auf damals bereits gesetzlich geregelten Verwaltungsgebieten zu führen waren, und niemals unter den Anwendungsbereich des AVG gefallen waren.¹⁰⁹ Ist eine Behörde also am 1.1.1975 nicht unter den Anwendungsbereich von Art. II Abs. 2 EGVG gefallen (und fällt weiterhin nicht darunter), sind nicht nur bereits bestehende Sonderverfahrensbestimmungen zulässig, sondern es kann auch weiterhin ein abweichendes Verfahrensrecht normiert werden. Dagegen gilt die Beschränkung

¹⁰⁵ VfSlg. 13.878/1994, 16.285/2001.

¹⁰⁶ Dieser Ansicht ist auch aus rechtspolitischer Sicht zuzustimmen. Aufgrund der sich stark unterscheidenden Organisationsstrukturen und der Verschiedenheit der zu besorgenden Verwaltungsaufgaben macht es durchaus Sinn, wenn nach den jeweiligen Bedürfnissen einer bestimmten Vollzugsmaterie die allgemeinen Verfahrensvorschriften des AVG entsprechend adaptiert werden können. Freilich ist dadurch das Regelungsziel des Art. 11 Abs. 2 B-VG zum Teil verspielt.

¹⁰⁷ Vgl. *Öhlinger*, *Verwaltungsverfahrensgesetze* 12 f. Vgl. dazu auch die Debatte zwischen *Walter* und *Öhlinger* am 9. Österreichischen Juristentag, in der *Walter* diese Rechtsansicht aus historischen Gründen verwirft. *Verhandlungen des Neunten Österreichischen Juristentages*, Abteilung Verwaltungsrecht, Band II/2 (1985) 67 ff, 83 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 56.

¹⁰⁹ VfSlg. 13.723/1994 (Zulässigkeit von fremdenrechtlichen Sonderbestimmungen für das von österreichischen Berufsvertretungsbehörden geführten Verwaltungsverfahren).

des Art. 11 Abs. 2 B-VG für alle Verwaltungsmaterien, für die zum Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens das AVG anzuwenden war, auch dann, wenn ein später neu geschaffener Behördentypus nicht unter Art. II Abs. 2 EGVG fällt.¹¹⁰

Das in der Praxis allerdings größte Problem bereitet die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen vom AVG abweichende Regelungen zulässig sind, weil sie „zur Regelung eines Gegenstandes erforderlich sind.“ Art. 11 Abs. 2 B-VG selbst sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen. Die EB zur RV verweisen auf die Formulierung des Art. 15 Abs. 9 B-VG und ihrer Interpretation durch den VfGH, wonach „erforderlich“ als „unerlässlich“ zu verstehen ist.¹¹¹ Der VfGH ist dieser Auffassung gefolgt und legt auch das „erforderlich“ in Art. 11 Abs. 2 B-VG in diesem strengen Sinn aus. Für *Öhlinger* ist man damit allerdings keinen Schritt weitergekommen, weil auf dem Sektor des Verfahrensrechts schwer ein Fall vorstellbar ist, „in dem eine Rechtsfrage auftaucht, die zwar in den Verwaltungsverfahresgesetzen geregelt ist, jedoch in einer Weise, die sich im konkreten Fall überhaupt nicht anwenden lässt und daher eine abweichende Regelung unerlässlich macht.“¹¹² Jede Verfahrensbestimmung sei irgendwie anwendbar, wenn ihre Anwendung vielleicht auch unpraktisch oder unzweckmäßig ist. Damit gebe es aber auch keine Unerlässlichkeit für eine Sonderverfahrensbestimmung, vielmehr sei das Kriterium einer Unerlässlichkeit eine „Leerformel“.¹¹³ Aus rechtsdogmatischer Sicht könne man daher die Frage der Zulässigkeit einer Abweichung nicht beantworten, dies sei nur aus rechtspolitischer Sicht möglich.

Tatsächlich erfordert die Beurteilung der Frage der Zulässigkeit abweichender Regelungen eine wertende Entscheidung, bei der der VfGH nicht auf die Auffassung des Gesetzgebers zurückgreifen kann. Art. 11 Abs. 2 B-VG stellt nämlich nicht darauf ab, ob aus der subjektiven Sicht des Gesetzgebers abweichende Bestimmungen erforderlich sind, sondern ob diese nach objektiven Kriterien unerlässlich sind (jede andere Interpretation wäre ein Zirkelschluss und würde Art. 11 Abs. 2 B-VG ad absurdum führen). In seine Bewertung hat der VfGH

¹¹⁰ VfSlg. 13.831/1994 (Schranken des Art. 11 Abs. 2 B-VG für Sonderverfahrensbestimmungen des Asylgesetzes, obwohl das Bundesasylamt nicht unter den Anwendungsbereich des Art. II Abs. 2 EGVG fällt).

¹¹¹ EB zur RV 182 BlgNR 13. GP 16.

¹¹² *Öhlinger*, Verwaltungsverfahresgesetze 14.

¹¹³ Debattenbeitrag *Öhlinger*, Verhandlungen 9. ÖJT 87.

Zweckmäßigkeitserwägungen genauso einzubeziehen wie aus dem Gleichheitssatz fließende Sachlichkeitsüberlegungen.¹¹⁴

Die Abwägung, ob das Interesse an der Einheitlichkeit des Verfahrensrechts oder das Interesse an einer Sonderverfahrensbestimmung schwerer wiegt, hat in allen Fällen vor dem Hintergrund der Mindestvoraussetzungen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu erfolgen. Wenn das Sonderverfahren für sich betrachtet nämlich nicht den Kriterien eines rechtsstaatlichen Verfahrens entspricht, kann die „Erforderlichkeit“ oder „Unerlässlichkeit“ einer abweichenden Regelung nicht bejaht werden. Umgekehrt kann es allerdings geboten sein, eine Sonderverfahrensbestimmung für eine bestimmte Verwaltungsmaterie zu normieren, wenn die Verfahrensvorschriften des AVG den besonderen Bedürfnissen dieser Materie nicht ausreichend nachkommen.

Wiederin ist in seiner Interpretation von Art. 11 Abs. 2 B-VG sogar so weit gegangen, dass er in dieser Norm das geeignete Instrument zur Beurteilung der verfassungsrechtlich gebotenen Verfahrensstandards im Sinn eines „normalen Verfahrens“ erblickt und nicht im Rechtsstaatsgebot.¹¹⁵ Diese Auffassung bezeichnet Thienel zutreffend als verfehlt, weil das Ziel von Art. 11 Abs. 2 B-VG nicht in der Garantie eines bestimmten Rechtsschutzstandards liegt, sondern in der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens: „Abweichungen von den Bedarfsgesetzen des Bundes sind nach dieser Bestimmung nicht deshalb verfassungswidrig, weil sie einen verfassungsrechtlichen Mindeststandard des Rechtsschutzes unterschreiten, sondern wenn die Abweichung – mag sie auch den Rechtsschutz verbessern! – nicht ‚erforderlich‘ ist.“¹¹⁶ Worin allerdings eine solche Erforderlichkeit (Unerlässlichkeit) liegen soll, lässt auch er offen.

¹¹⁴ Es liegt hier ein Anwendungsfall des Gleichheitssatzes vor, weil es um die Beurteilung geht, ob für das gleiche Rechtsinstitut (z.B. Berufung) verschiedene Verfahrensregelungen (z.B. Zuerkennung oder Ausschluss der aufschiebenden Wirkung) zulässig sind. Dabei ist zulässig, dass für verschiedene Verwaltungsbereiche unterschiedliche verfahrensrechtliche Bestimmungen normiert werden, wenn dies etwa der Effizienz oder der Verwaltungsvereinfachung dient. Vgl. dazu oben S. 79.

¹¹⁵ Mit dieser Interpretation kritisiert Wiederin den Versuch Davys, aus dem Rechtsstaatsgebot die Mindeststandards eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens, insbesondere den erforderlichen Rechtsschutz ableiten zu wollen. Vgl. Ewald Wiederin, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 79 ff. Zu den Thesen Davys vgl. unten S. 124.

¹¹⁶ Thienel, Verwaltungsakt 72. Vgl. auch Grabenwarter, Verfahrensgarantien 684, der ebenfalls festhält, dass „die Vorschrift des Art. 11 Abs. 2 B-VG weniger einen rechtsstaatlichen, denn einen auf Einheitlichkeit gerichteten Regelungszweck erfüllt.“

Zweifelsohne verfolgt Art. 11 Abs. 2 B-VG in erster Linie das Regelungsziel, ein möglichst einheitliches Verfahrensrecht für alle Verwaltungsbereiche zu verwirklichen, was sich aus den historischen Hintergründen eindeutig belegen lässt.¹¹⁷ *Dass es im Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 allerdings zu Überschneidungen mit dem Rechtsstaatsgebot kommt, liegt auf der Hand: Das Rechtsstaatsgebot ist insoweit mit dem Einheitlichkeitsgebot verschränkt, als eine rechtstaatlich bedenkliche Verfahrensnorm idR vom Rechtsschutzkonzept des AVG abweicht und damit zugleich gegen Art. 11 Abs. 2 verstößt.*¹¹⁸ Diese Verschränkung führt in der Praxis dazu, dass der VfGH in seiner jüngeren Judikatur bei inkriminierten Sonderverfahrensbestimmungen zumeist sowohl eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots als auch des Einheitlichkeitsgebots als möglich erachtet.¹¹⁹ Regelmäßig kommt es im Fall einer Gesetzesaufhebung allerdings dazu, dass eine vom Rechtsschutzkonzept des AVG abweichende Sonderverfahrensnorm bereits wegen der Verletzung des Rechtsstaatsgebots aufgehoben und auf die Frage der Verletzung von Art. 11 Abs. 2 B-VG nicht mehr gesondert eingegangen wird.¹²⁰ Die Vorgangsweise des VfGH verfolgt dabei keine einheitliche Linie. Wann der VfGH eine Gesetzesaufhebung mit der Verletzung des Einheitlichkeitsgebotes, wann mit einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot begründet oder wann einen Widerspruch zu beiden Prinzipien erkennt, ist nicht vorhersagbar.

Auffallend viele Entscheidungen zu Art. 11 Abs. 2 B-VG hat der VfGH in Zusammenhang mit dem Fremden- oder Asylrecht getroffen. Bereits in VfSlg. 13.831/1994 stellt der VfGH grundlegend fest, dass das Verfahren zur Gewährung von Asyl Besonderheiten aufweist, die Abweichungen von Bestimmungen des AVG und des Zustellgesetzes unerlässlich erforderlich machen. Eine Besonderheit besteht etwa darin, dass Asylwerber vom Zeitpunkt seiner Asylantragstellung bis zum Abschluss des Verfahrens zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt ist. „Solange das Asylverfahren nicht abgeschlossen ist, genießt ein solcher Asylwerber bereits vorläufig jenes Recht, dessen Erlangung letztlich das wichtigste Ziel der Asylgewährung ist, nämlich das Recht, sich im Bundesgebiet aufzuhalten. Vom AVG und vom

¹¹⁷ Vgl. dazu die Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes oben S. 40 ff.

¹¹⁸ Dass Art. 11 Abs. 2 B-VG wegen des erforderlichen Systemvergleichs auch den Gleichheitssatz berührt, habe ich bereits oben erwähnt.

¹¹⁹ Vgl. VfSlg. 13.831/1994, 13.834/1994, 13.838/1994, 14.374/1995, 15.218/1998, 15.529/1999, 16.285/2001, 16.460/2002, 17.340/2004, 17.346/2004.

¹²⁰ Vgl. VfSlg. 13.834/1994 (Beschränkung der Kognitionsbefugnis der Berufungsinstanz im Asylverfahrensgesetz 1991), 14.374/1995 (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gegen einen fremdenrechtlichen Ausweisungsbescheid), 16.460/2002 (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Nachbarberufung gegen eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung).

ZustellG abweichende Bestimmungen, die sicherstellen, dass der Asylwerber am Verfahren mitwirkt, sachdienliches Vorbringen – nach der Belehrung durch die Behörde – zu einem möglichst frühen Zeitpunkt erstattet, dass er weiters Bescheinigungsmittel vorlegt und nicht durch späte Antragstellung das Verfahren verzögern kann, stehen im Zusammenhang mit der Begünstigung der vorläufigen Berechtigung zum Aufenthalt und sind zur Sicherstellung der Mitwirkung des Antragstellers am Verfahren unerlässlich (...). Ohne die Mitwirkung des Asylwerbers ist es idR ausgeschlossen, das Verfahren in angemessener Zeit und mit vertretbarem Aufwand zum Abschluss zu bringen.“¹²¹

Die Besonderheit des Asylwesens kann allerdings nicht jede Abweichung von den Verfahrensvorschriften des AVG rechtfertigen. Während der VfGH die Normierung verstärkter Mitwirkungspflichten als zulässig erachtet, beurteilt er die Zulässigkeit der Einschränkung des Rechtsschutzes streng. So hat in VfSlg. 15.218/1998 seine zu VfSlg. 13.831/1994 ergangenen Überlegungen dahingehend erweitert, dass er es als Besonderheit des Asylwesens darstellt, dass Asylwerber im Regelfall der deutschen Sprache nicht mächtig und mit dem österreichischen Rechtssystem nicht vertraut sind, weshalb sie idR einerseits eines Übersetzers und andererseits eines Rechtsbeistandes bedürfen. Die Einschränkung der Berufungsfrist auf lediglich zwei Tage erachtet der VfGH daher als unzulässige Abweichung von Art. 11 Abs. 2 B-VG, weil diese Frist aufgrund der besonderen Rahmenumstände von Asylwerbern nicht ausreicht, damit diese von ihrem Berufungsrecht effektiv Gebrauch machen können.¹²²

Der Effektivität des Rechtsschutzes räumt der VfGH vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips auch in VfSlg. 17.340/2004 einen höheren Stellenwert als der Beschleunigung des Verfahrens ein.¹²³ So sind zwar grundsätzlich Sonderverfahrensbestimmungen zulässig, die die Parteien zur Mitwirkung an der raschen Sachverhaltsermittlung verhalten. Allerdings weist das Asylwesen Besonderheiten auf, die Verantwortung dafür tragen, dass Asylwerber, die zur Mitwirkung an der raschen Sachverhaltsdarstellung bereit sind, dazu nicht immer die Möglichkeit haben, weil diese sich „in einem psychischen oder physischen Ausnahmezustand“ befinden oder wegen Kommunikationsproblemen dazu nicht in der Lage sind. Die vom AVG abweichende Beschränkung des Vorbringens neuer Tatsachen oder Beweise in zweiter

¹²¹ Diese Auffassung hat der VfGH in VfSlg. 13.834/1994, 13.838/1994, 15.218/1998, 15.529/1999, 17.340/2004 zu einer ständigen Rspr weiterentwickelt.

¹²² Vgl. auch VfSlg. 15.369/1998, 15.529/1999.

¹²³ Vgl. dazu unten S. 110.

Instanz hat der VfGH daher zum Teil als unzulässige Abweichung iSd Art. 11 Abs. 2 B-VG beurteilt.¹²⁴ Dagegen ist es aufgrund der Besonderheiten des Asylwesens – Gewährung des vorläufigen Abschiebeschutzes – zulässig, die Zurückziehung von Asylanträgen zu untersagen, um damit Missbräuchen vorzubeugen.¹²⁵

Außerhalb des Asylrechts hat der VfGH ua folgende abweichende Regelungen vom AVG als zulässig erkannt: Beschränkung von Beweismitteln bei der Ermittlung des Hauptwohnsitzes im Meldegesetz¹²⁶, Ausnahme der Anwendbarkeit von der Gebührenregelung des § 77 AVG¹²⁷, genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gegen Bescheide betreffend die Verfügung einer Baueinstellung¹²⁸. Hingegen wurde der generelle Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Landesjagdkarte als Verstoß gegen Art. 11 Abs. 2 B-VG qualifiziert.¹²⁹

Insgesamt fällt bei einer Analyse der wenigen zu Art. 11 Abs. 2 B-VG ergangenen Erkenntnisse auf, *dass sich der VfGH nicht mit dem Einheitlichkeitsanliegen dieser Verfassungsbestimmung auseinandersetzt und auch seine Entscheidungen nicht in diese Richtung begründet, sondern dass die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Sonderverfahrensbestimmungen beinahe immer mit Rechtsschutz-Erwägungen argumentiert wird.* Dabei werden vom AVG abweichende Verfahrensbestimmungen vom VfGH in ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung für sich alleine betrachtet. *Der vom Gesetzgeber in mehreren Anlassfällen vertretenen Auffassung, dass strenge Verfahrensbestimmungen durch die verfahrensrechtliche Besserstellung in anderen Bereichen ausgeglichen werden könnten¹³⁰, erteilt der VfGH zu Recht eine Absage.*¹³¹

¹²⁴ VfSlg. 17.340/2004 S. 150 ff.

¹²⁵ Ebd. 169 ff.

¹²⁶ VfSlg. 16.285/2001. Der VfGH hat die Zulässigkeit einer Abweichung von § 39 ff AVG bereits deshalb als zulässig erachtet, weil diese Verfahrensbestimmungen lediglich subsidiär gelten. Siehe dazu oben.

¹²⁷ VfSlg. 15.351/1998.

¹²⁸ VfSlg. 17.346/2004.

¹²⁹ VfSlg. 8945/1980.

¹³⁰ So wurde und wird etwa im Asylrecht wiederholt vom Gesetzgeber versucht, bedenkliche Einschränkungen von Verfahrensrechten durch diverse Ausgleichsmaßnahmen wieder in ein rechtsstaatliches Lot zu bringen. Z.B. Zulässigkeit des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gegen einen Ausweisungsbescheid wegen der Möglichkeit einer Wiedereinreise, Zulässigkeit eines Neuerungsverbots wegen umfassender Information der Asylwerber, Zulässigkeit eines beschleunigten Verfahrens wegen der Beistellung von Rechtsberatern, etc. Vgl. dazu etwa VfSlg. 17.340/2004 S. 156 f.

¹³¹ Vgl. z.B. VfSlg. 13.834/1994.

IV. Rechtsstaatsgebot

1. Begründung der Rechtsstaatsjudikatur

Die Rspr des VfGH zum Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit¹³² reicht bis 1949 zurück, eine breitere Wirkung hat die Rechtsstaatsjudikatur des Höchstgerichts jedoch erst ab 1986 entfaltet.¹³³ Mittlerweile liegen zahlreiche Erkenntnisse des VfGH vor, in denen dieser sich mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit auseinander gesetzt hat. Hier sind nur die Entscheidungen über das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren von näherem Interesse.

Aus der Judikatur des VfGH lässt sich der Übergang von einem formellen hin zu einem materiellen Rechtsstaatsverständnis nachzeichnen. Bezog sich der VfGH in seiner frühen Judikatur zum Rechtsstaatsprinzip offensichtlich auf den formalen Begriff des Rechtsstaats, vertritt er heute eine stärker materielle Auffassung. Da der VfGH sich nicht bemüht hat, eine allgemeine Definition seines Rechtsstaatsverständnisses zu geben, ist man darauf angewiesen, die zahlreichen Entscheidungen zu einem einheitlichen Bild zusammenzufügen. Ein Versuch, dem allerdings nur ein bedingter Erfolg zuteil wird. Da die Judikaturlinie weder einheitlich noch gut begründet ist, fehlt es dem Bild nicht nur an Tiefenschärfe, sondern auch an Belichtung. Was der VfGH unter einem Rechtsstaat versteht, bleibt letztlich unscharf und dunkel.

Die verfassungsrechtliche Rspr zum Thema der Rechtsstaatlichkeit findet ihren Ausgangspunkt im Jahr 1949. In VfSlg. 1804/1949 hielt der VfGH obiter dictum fest, dass das AVG in der Wahrung des Parteiengehörs „in verfahrensrechtlicher Beziehung eine der wichtigsten Sicherungen des rechtsstaatlichen Prinzips“ darstelle, ließ aber die Herkunft und den Inhalt dieses Prinzips offen.¹³⁴

Näher zum Inhalt des Rechtsstaatsprinzips nahm der VfGH in seinem berühmten Erkenntnis VfSlg. 2455/1952 Stellung, in dem er im rechtsstaatlichen Prinzip einen leitenden Verfassungsgrundsatz erkannte, dessen Abänderung als eine Gesamtänderung der Bundesverfassung

¹³² Der VfGH spricht auch vom „rechtsstaatlichen Prinzip“, „rechtsstaatlichen Anforderungen“, „Rechtsstaatsgebot“, „Rechtsstaatlichkeitsprinzip“, etc. Im Folgenden werde ich diese Begriffe synonym verwenden.

¹³³ Eine ausführliche Darstellung der frühen Judikatur zum Rechtsstaatsprinzip findet sich bei *Martin Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof (1995) 136 ff. Vgl. ferner *ders.*, Die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH 523 ff; *Oberndorfer*, Rechtsstaat auf der Probe 709 ff; *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 70 ff.

¹³⁴ *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH 523.

anzusehen wäre und deshalb einer Volksabstimmung bedürfe (Art. 44 Abs. 3 B-VG). Zum Inhalt des Rechtsstaatsprinzips führte er aus: „Dem rechtsstaatlichen Prinzip entspricht es, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen, und dass für die Sicherung dieses Postulates wirksame Rechtsschutzeinrichtungen bestehen.“

Die bahnbrechende Neuerung dieses Erkenntnisses lag darin, dass der VfGH dem Rechtsstaatsprinzip den Stellenwert eines Grundprinzips der Bundesverfassung einräumte – ein Vorstoß, der nach *Hiesel* den Kreis der von der Lehre bis dahin anerkannten verfassungsrechtlichen Grundprinzipien erweiterte.¹³⁵

Inhaltlich orientiert sich der VfGH unverkennbar am formalen Rechtsstaatsbegriff, selbst seine Forderung nach wirksamen Rechtsschutzeinrichtungen ist in diesem Kontext zu sehen. Dass das Kriterium der Wirksamkeit des Rechtsschutzes auch von materiellem Gehalt ist, betonte der VfGH erst über 30 Jahre später, in der 1986 einsetzenden Judikatur zum effektiven Rechtsschutz.

Die formale Betrachtung des Rechtsstaats sollte jedoch noch weiter die Rspr des VfGH bestimmen. In seinem Erkenntnis VfSlg. 2929/1955 wiederholte der VfGH seine drei Jahre vorher dargelegte Auffassung und stellt die Verbindung zum Rechtsstaatsbegriff der damaligen herrschenden Lehre her. Der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips gipfele letztlich darin, „dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetze und unmittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden.“¹³⁶

Die frühen Rechtsstaatserkenntnisse haben gemeinsam, dass sich der VfGH zwar – wenn meist auch nur beiläufig – mit dem Rechtsstaatsbegriff auseinandersetzt, es jedoch ablehnt, eine Norm oder einen Bescheid direkt am Rechtsstaatsprinzip zu prüfen und wegen einer allfälligen Verletzung dieses aufzuheben.¹³⁷ In den 1960er Jahren scheint es sogar so zu sein,

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Der VfGH übernimmt diese Definition von *Ludwig Adamovich sen.*, Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts⁴ (1947) 71.

¹³⁷ Vgl. VfSlg. 2929/1955, 5359/1966.

dass der VfGH seine eigene Judikatur zurücknimmt und die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips als verfassungsrechtliches Grundprinzip wieder in Frage stellt.¹³⁸

Ausgangspunkt für die jüngere Rechtsstaatsjudikatur bildet das Erkenntnis VfSlg. 11.196/1986, in dem der VfGH zwar an seine frühere Rspr zum rechtsstaatlichen Prinzip anknüpft, jedoch gleichzeitig weit über diese hinausgeht, weshalb zutreffend von einer neuen Judikaturlinie gesprochen werden kann.¹³⁹ Konkret hatte sich das Höchstgericht mit einer Bestimmung der Bundesabgabenordnung zu befassen, die Berufungen gegen Abgabebescheide unter Ausschluss der aufschiebenden Wirkung für unmittelbar vollstreckbar erklärte.¹⁴⁰ Entgegen dieser Bestimmung beantragte der Beschwerdeführer, seiner Berufung gegen insgesamt drei Umsatzsteuerbescheide die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Hilfsweise wurde die Gewährung von Stundung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsmittels oder zumindest für die Dauer eines halben Jahres beantragt. Beide Anträge wurden vom zuständigen Finanzamt und schließlich auch von der Berufungsinstanz abgelehnt.

Bereits in seinem Prüfbeschluss hegte der VfGH Bedenken, dass § 254 BAO „mit dem der österreichischen Bundesverfassung innewohnenden rechtsstaatlichen Prinzip“ nicht vereinbar sei¹⁴¹ und dass Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssten. Zwar stehe es dem Gesetzgeber frei, die sofortige Wirksamkeit und Vollziehbarkeit von behördlichen Entscheidungen im Hinblick auf Zweck und Inhalt der Regelung vorzusehen. Dabei stehe ihm ein breiter Gestaltungsbereich zwischen dem Grundsatz, dass einem Rechtsmittel im Allgemeinen oder ausnahmslos aufschiebende Wirkung zukommt, und dem Prinzip, dass ein Rechtsmittel nur auf besonderes Verlangen und unter bestimmten Voraussetzungen diese Wirkung haben soll, zu. § 254 BAO belaste jedoch einen Berufungswerber völlig einseitig mit sogar sehr schwerwiegenden Rechtsfolgen einer noch nicht endgültigen Entscheidung, da die aufschiebende Wirkung generell ausgeschlossen sei.

¹³⁸ Vgl. *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH 524.

¹³⁹ Vgl. ebd. 525; *Mayer*, B-VG Art. 18 B-VG I.5; *Thienel*, Verwaltungsakt 39 ff;

¹⁴⁰ Die Bestimmung lautete: „Durch Einbringung einer Berufung wird die Wirksamkeit des angefochtenen Bescheides nicht gehemmt, insbesondere die Einhebung und zwangsweise Einbringung einer Abgabe nicht aufgehalten.“ § 254 BAO idF BGBl 194/1961.

¹⁴¹ Hier nimmt der VfGH auf seine Vorjudikatur VfSlg 2455/1952, VfSlg 2929/1955 und VfSlg 8279/1978 Bezug.

Die Bundesregierung hielt dieser Argumentation im Wesentlichen entgegen, dass es die spezifischen Eigenheiten des Abgabeverfahrens verlangen würden, entgegen des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung von Berufungen (§ 64 Abs. 1 AVG) eine abweichende Regelung zu treffen. Dies rechtfertige sich vor dem Hintergrund, dass ein eminentes öffentliches Interesse an der umgehenden Entrichtung von Abgaben bestehe, weil sich aus diesen im Wesentlichen der gesamte Staatshaushalt speise. Zudem sei der Rechtsschutz im Abgabeverfahren in einer Gesamtbetrachtung insgesamt wesentlich umfassender als in anderen Verwaltungsverfahren. So seien Fristen zur Erfüllung steuerlicher Verpflichtungen (auch wiederholt) verlängerbar, es bestehe keinerlei Neuerungsverbot, die Berufungsfrist betrage einen Monat und die Vollanfechtbarkeit abändernder Bescheide sei gegeben. Als Ausgleich dafür sei es gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber eine strengere Regelung betreffend die aufschiebende Wirkung von Steuerbescheiden treffe.

Der VfGH folgte den Einwänden der Bundesregierung nicht, sondern hielt an seinen im Prüfungsbeschluss vorgebrachten Bedenken fest. *In extenso*: „Der VfGH kann von seiner im Prüfungsbeschluss bezogenen ständigen Judikatur zum rechtsstaatlichen Prinzip ausgehen, die nicht bestritten wurde. Ihr zufolge gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden. Der Gerichtshof bleibt auch bei der im Einleitungsbeschluss an diese Umschreibung geknüpften Annahme, dass die hier unabdingbar geforderten Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen. Zunächst ist hiezu die Klarstellung geboten, dass von faktischer Effizienz deshalb die Rede ist, weil unter Effizienz allein unter Umständen bloß das letzten Endes bewirkte Erreichen einer Entscheidung rechtsrichtigen Inhalts durch das Ergreifen von Rechtsbehelfen verstanden werden könnte, nicht aber auch die mitgemeinte Umsetzung einer solchen Entscheidung in den Tatsachenbereich. ‚Schutz‘ als Teilaspekt des Ausdrucks ‚Rechtsschutz‘ ist auf den Rechtsunterworfenen bezogen und meint nicht zuletzt die – rechtzeitige – Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position, weshalb Rechtsschutzeinrichtungen diesen Zweck notwendig in sich schließen. Der VfGH hält im Hinblick auf diesen Inhalt des Begriffes Rechtsschutzeinrichtung, mithin insbesondere des Begriffes Rechtsbehelf, auch an der Ansicht fest, dass es nicht angeht, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen

Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung solange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang allerdings nicht nur seine Position, sondern auch – Zweck und Inhalt der Regelung, ferner die Interessen Dritter sowie schließlich das öffentliche Interesse. Der Gesetzgeber hat unter diesen Gegebenheiten einen Ausgleich zu schaffen, wobei aber dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs der Vorrang zukommt und dessen Einschränkung nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig ist.“

In diesen Ausführungen stellt der VfGH die Weichen für seine jüngere Rechtsstaatsjudikatur, die sich von dem rein formalen Rechtsstaatsverständnis ablöst und – wenn zunächst auch zaghaft – dem Rechtsstaatsbegriff eine materielle Lesart zu geben versucht. Dieser Wandel drückt sich weniger im Ergebnis als in der Argumentation des Gerichtshofs aus. Bislang wurde das System von Rechtsschutzeinrichtungen als notwendige flankierende Maßnahme angesehen, um der Herrschaft des Rechts zum Durchbruch zu verhelfen, indem durch das Ergreifen von Rechtsbehelfen der Rechtsordnung widersprechende Entscheidungen aus der Welt geschafft werden sollten. Nunmehr wird im Erk 11.196/1986 die Effizienz des Rechtsschutzes nachdrücklich betont.¹⁴² Damit ist mehr gemeint als ein gut funktionierender Rechtsschutzapparat, der letztlich zu Entscheidung „rechtsrichtigen Inhalts“ führen soll. Dies lässt sich nämlich auch für ein Verfahren denken, in dem eine Klärung der anhängigen Rechtsfrage nur mehr von akademischem Interesse ist, weil die angefochtene Entscheidung längst (irreversibel) vollstreckt wurde. Ein Mindestmaß an effizientem Rechtsschutz verlangt, dass eine potentiell rechtswidrige Entscheidung, gegen die ein Rechtsmittel erhoben wurde, nicht vor ihrer Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz vollstreckt wird.

Damit sind zwei Aspekte angesprochen: Zum einen würde sich ein Rechtsschutzsystem ad absurdum führen, das zwar die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung feststellt, dies jedoch ohne Auswirkung bleibt, weil die angefochtene Entscheidung längst vollstreckt wurde und vielleicht nicht mehr rückgängig zu machen ist. Zum zweiten – und dies ist die eigentliche Argumentation des VfGH – kann es nicht angehen, dass ein Rechtsschutzsuchender, wenn

¹⁴² Der VfGH verwendet den Ausdruck ›Effizienz‹ offenbar synonym zum Begriff ›Effektivität‹. Auch von der Literatur werden diese beiden Begriffe teilweise gleichgesetzt. Diese Deckungsgleichheit liegt allerdings nicht vor: ›Effizienz‹ meint im engeren Sinn Wirtschaftlichkeit, während der Begriff ›Effektivität‹ im engeren Sinn Wirksamkeit bedeutet (vgl. dazu näher unten S. 260 ff; 267 ff). Treffender wäre deshalb von der „faktischen Effektivität des Rechtsschutzes“ zu sprechen, was der VfGH in seinen jüngeren Entscheidungen auch tut (Vgl. VfSlg. 17.340/2004 S. 188). In den folgenden Ausführungen, die sich mit dem Erkenntnis VfSlg. 11.196/1986 auseinandersetzen, nehme ich wiederholt auf die Argumentation des VfGH Bezug und übernehme deshalb auch seine Terminologie, also „Effizienz“ statt richtigerweise „Effektivität“.

auch nur vorübergehend, einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung belastet wird. Die Effizienz des Rechtsschutzes soll damit nicht bloß für ein effektives Funktionieren des staatlichen Institutionensystems sorgen, sondern dem einzelnen Schutz vor Eingriffe in seine Rechtssphäre garantieren, solange das Rechtsmittelverfahren andauert und eine verwaltungsbehördliche Entscheidung nicht rechtskräftig ist.

Hinter dem spröden Schlagwort der „faktischen Effizienz des Rechtsschutzes“ steckt mehr als man zunächst annehmen würde. *In Wirklichkeit vollzieht der VfGH hier einen Paradigmenwechsel weg von der formalen Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit des Rechtssystems hin zur materiellen Gerechtigkeit im Verfahren. Man könnte auch sagen, dass die Aufmerksamkeit vom staatlichen Institutionensystem weg und stärker zum einzelnen Rechtssubjekt hin gelenkt wird.*

Der Begriff „Effizienz des Rechtsschutzes“ erfährt einen Bedeutungswandel: In einem formalen Rechtsstaatsverständnis wird dem Recht im Sinne einer positiven Rechtsordnung absolute Stellung im staatlichen System eingeräumt. Diese Stellung kann das Recht aber nur behaupten, wenn in allen Fällen seine unbedingte Anwendung sichergestellt wird. Wenn also alle staatlichen Akte im Gesetz und letztlich in der Verfassung ihre Deckung finden (Grundsatz der Legalität). Dies kann aber nur dann funktionieren, wenn ein effizientes Rechtsschutzsystem die Einhaltung der Rechtsordnung durch entsprechende Einrichtungen erzwingt. Die Effizienz des „Rechtsschutzstaates“ ist damit nicht mehr als eine unabdingbare Funktionsbedingung für das Rechtssystem.¹⁴³

In einer materiellen Sichtweise ist nun die Effizienz des Rechtsschutzes zwar auch noch Garant für das Funktionieren des Rechtssystems, übernimmt aber eine zweite Aufgabe: Unter Effizienz wird der effektive Schutz des einzelnen Rechtssubjektes vor staatlichen Eingriffen verstanden. Oder wie es der VfGH ausdrückt: „„Schutz’ als Teilaspekt des Ausdrucks ‚Rechtsschutz’ ist auf den Rechtsunterworfenen bezogen und meint nicht zuletzt die – rechtzeitige – Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position, weshalb Rechtsschutzrichtungen diesen Zweck notwendig in sich schließen.“ Damit dieser Schutz allerdings tatsächlich wirksam ist, fordert der VfGH nicht nur eine potentielle, sondern eine „faktische Effizienz des Rechtsschutzes.“

¹⁴³ Diese Sichtweise etwa von Vertretern des Rechtspositivismus eingenommen. Vgl. etwa *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 165.

Diese zweifache Bedeutung von Effizienz führt, wie der VfGH richtig erkannt hat, in einen Konflikt. Effektiver Rechtsschutz für das einzelne Rechtssubjekt kann nämlich der Effizienz des rechtlichen Systems insgesamt abträglich sein, wenn Funktionsabläufe, an denen ein öffentliches Interesse besteht, durch das individuelle Rechtsschutzinteresse blockiert werden. Für diese Kollision von öffentlichen und privaten Interessen ist vom Gesetzgeber ein Ausgleich zu schaffen, „wobei aber dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs der Vorrang zukommt und dessen Einschränkung nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig ist“, wie der VfGH erkannt hat.

Die Priorität der faktischen Effektivität¹⁴⁴ eines Rechtsmittels gegenüber öffentlichen Interessen ist eine Wertung, die typisch für das materielle Rechtsstaatsdenken ist und an die liberale Tradition anschließt, die dem Individuum Grund- und Freiheitsrechte zuerkennt, die Eingriffsschranken für das staatliche Handeln bilden. Auffallend ist, dass der VfGH die in Prüfung gezogene Abgabenbestimmung mit einer so stark auf die Interessen des Rechtsschutzsuchenden bezogenen Argumentation aufgehoben hat. Das wäre nicht notwendig gewesen. Die Aufhebung des Gesetzes hätte sich allein damit begründen lassen, dass durch die generelle sofortige Vollstreckbarkeit von Steuerbescheiden das Rechtsschutzsystem insgesamt unterlaufen und damit auch gegen ein formales Rechtsstaatsverständnis verstoßen würde. Offensichtlich wollte aber der VfGH den Schutz der rechtlichen Interessen des einzelnen in dieser Nachdrücklichkeit betonen. Dies führt zu einer interessanten Überlegung.

Der VfGH versteht den Grundsatz der faktischen Effektivität des Rechtsschutzes als Ausdruck des rechtsstaatlichen Prinzips, das er als verfassungsrechtliches Grundprinzip anerkennt und als Maßstab für die Prüfung einfachgesetzlicher Vorschriften heranzieht. Wenn nun der VfGH den Grundsatz der faktischen Effektivität als eine staatliche Verpflichtung gegenüber dem einzelnen Rechtsschutzsuchenden definiert, führt dies weitergedacht zu folgender Konsequenz: *Zu einem subjektiven Recht auf effektiven Rechtsschutz, das als verfassungsrechtlich abgesichertes Grundrecht verstanden werden könnte.* Tatsächlich hat der VfGH in seiner umfangreichen Rspr zum Rechtsstaatsgebot Schritte in diese Richtung gesetzt, allerdings bisher den letzten Schritt nicht gesetzt, nämlich ein sich aus dem Verfassungsrecht ergebendes sub-

¹⁴⁴ Ich werde nun im Folgenden entgegen dem früheren Sprachgebrauch des VfGH den korrekten Begriff ›Effektivität‹ verwenden. Vgl. oben FN 142.

ektiv-öffentliches Recht auf Parteistellung verbunden mit dem Recht auf ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren zu postulieren.¹⁴⁵

Es ist kein Zufall, dass der VfGH Mitte der 1980er Jahre dem Rechtsstaatsprinzip eine neue Lesart zu geben versucht. Diese Trendwende steht in einem engen Zusammenhang mit der tief greifenden Änderung seiner Verfassungsinterpretation, die der VfGH zum selben Zeitpunkt vollzieht. Da die Argumentation des VfGH – gerade hinsichtlich des Rechtsstaatsgebots und auch des Gleichheitssatzes – immer wieder Anlass für heftige methodische Kritik ist, soll im Folgenden kurz auf das Verfassungsverständnis des Höchstgerichtshofs eingegangen werden.

Die österreichische Verfassungslehre und –rechtsprechung war lange Zeit von einem stark rechtspositivistischen Verständnis geprägt und sah die Verfassung primär als „Spielregelverfassung“ im Sinne einer Verfahrensordnung des politischen Prozesses.¹⁴⁶ Verfassungsrecht wurde demnach als formales Recht und nicht als materielle Werteordnung begriffen. Dieses Verständnis schlug sich auch auf die Verfassungsinterpretation, die der strikten Wortlautinterpretation den Vorzug gab und andere Interpretationsmethoden, insbesondere die teleologische Auslegung, ausblendete.¹⁴⁷ Ein Spezifikum der österreichischen Verfassungsjudikatur war (und ist), dass man sich häufig um eine Verbalinterpretation im historischen Kontext bemühte, die als „Versteinerungstheorie“ vor allem bei der Auslegung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zentrale Bedeutung erlangte.¹⁴⁸

Die strikte Verbalinterpretation mit historischer Akzentuierung war Ausdruck eines „judicial self-restraint“ des VfGH gegenüber dem Gesetzgeber. Eine zu weite Interpretation des Verfassungstextes wurde als unzulässige Einmischung in die Kompetenzen der Legislative be-

¹⁴⁵ Diese Auffassung wird von zahlreichen Vertretern der Lehre als verfehlt kritisiert. Siehe dazu ausführlich S. 118.

¹⁴⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 33.

¹⁴⁷ So wurde insbesondere der Rückgriff auf „natürliche Rechtsgrundsätze“ (§ 7 ABGB) bei der Interpretation des Verfassungsrechts abgelehnt. Im Gegensatz zum Zivilrecht sei das Verfassungsrecht, so der langjährige VfGH-Präsident *Ludwig Adamovich sen.*, „nun einmal ein streng *formales* Recht. Der Verfassungsgerichtshof ist demgemäß verpflichtet, seine Erkenntnisse auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechtes und nur auf dieser Grundlage zu fällen. Der für ihn geltende Maßstab sind ausschließlich die Verfassungsgesetze und keinerlei, aus welchen Quellen immer, gewonnene rechtliche Erwägungen anderer Art.“ *Ludwig Adamovich sen.*, Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl 1950, 73 – 77; 74.

¹⁴⁸ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 31; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 132 ff. Eine ausführliche Abhandlung zur Versteinerungstheorie bietet: *Ewald Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: FS Winkler (1997) 1231 – 1272.

trachtet.¹⁴⁹ Besondere Probleme warf diese Selbstbeschränkung außerhalb des organisationsrechtlichen Verfassungsrechts auf, insbesondere bei der Interpretation von Grundrechten und Staatszielbestimmungen. Tatsächlich hat das enge methodische Verständnis des VfGH den Grundrechten lange Zeit ein Schattendasein beschert. Zwischen 1946 und 1980 wurden nicht einmal 5% der Gesetzesaufhebungen, und diese zum Teil auch nur ergänzend, mit der Verletzung einer Grundrechtsbestimmung begründet.¹⁵⁰

Die formal-reduktionistische Haltung des VfGH war Anlass rechtswissenschaftlicher Kritik, die eine stärker wertorientierte Rechtsinterpretation einforderte.¹⁵¹ Seit Beginn der 1980er Jahre hat sich die Verfassungsinterpretation des VfGH grundlegend geändert. Zum einen erweiterte der VfGH sein Repertoire an Interpretationsmethoden, zum anderen gab er seine strikt formale Sichtweise auf und nahm vermehrt einen inhaltlichen Betrachtungsstandpunkt ein, der nunmehr auch die Verfassung als normative Werteordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens anzuerkennen bereit war.¹⁵² Maßgeblich hat sich diese Trendwende auf die Grundrechtsjudikatur ausgewirkt: Diese wurden nun nicht mehr nur als negative Schranken für die Gesetzgebung betrachtet, sondern als Werte, die den Gesetzgeber zu einer positiven Umsetzung verpflichten. Damit wurde der Grundrechtskatalog zum effektivsten Maßstab der verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfung.¹⁵³

Das Rechtsstaatsverständnis wurde vor dem Hintergrund dieses Judikaturwandels insofern einer Revision unterzogen, als anerkannt wurde, dass das Verfassungsrecht mehr als ein formales Organisationsrecht ist. Vielmehr erhebt die Verfassung durch zahlreiche Bestimmungen materiellen Gehalts den Anspruch, nicht nur das Gesetzesrecht, sondern auch das gesamte Handeln der Staatsorgane in der Weise zu beeinflussen, dass die in der Verfassung intendier-

¹⁴⁹ *Adamovich sen.*, Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit 74; *Berka*, Grundrechte Rz 143.

¹⁵⁰ *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 686; Ausführlich zur positivrechtlich orientierten Grundrechtsinterpretation vgl. *Theo Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 – 233.

¹⁵¹ Für eine jahrzehntelange Auseinandersetzung mit der Reinen Rechtslehre und ein energisches Plädoyer für eine inhaltliche Betrachtung des Rechts steht das Werk *Günter Winklers*. Vgl. etwa *Günther Winkler*, Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen (1969). Vgl. auch *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 83 f.

¹⁵² Zu den vom VfGH angewandten Interpretationsmethoden und seiner wertorientierten Grundrechtsjudikatur vgl. *Karl Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS Walter (1991) 363 – 385. Den Zusammenhang zwischen der mangelnden dogmatischen Reflexion des Rechtsstaatsprinzips (sowie der gesamten verfassungsrechtlichen Grundordnung) und der im Gefolge *Kelsens* herrschenden strengen Methodik der Verfassungsinterpretation sieht auch *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsinterpretation 175.

¹⁵³ *Berka*, Grundrechte Rz 141; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 687.

ten Wertentscheidungen eingehalten und verwirklicht werden sollen.¹⁵⁴ Das bedeutet für das Rechtsschutzsystem, dass dieses nicht in einer rein funktionalistischen Betrachtung eingeeignet werden darf, sondern als ein gehaltvolles Konzept verstanden werden muss, das dem Rechtsschutzsuchenden ein subjektives Recht auf ein effektives Rechtsmittel zugesteht.

In den letzten 25 Jahren hat der VfGH eine deutlich selbstbewusstere Haltung an den Tag gelegt und sich nicht gescheut, auch zu heiklen politischen Fragen deutlich Stellung zu beziehen. Das hat nicht zuletzt dazu geführt, dass die Judikatur des VfGH auch außerhalb der juristischen Welt vermehrt Beachtung findet und hohe mediale Aufmerksamkeit genießt.¹⁵⁵ Die aktivere Rechtsprechung des VfGH hat diesem jedoch nicht nur Zustimmung, sondern gerade vonseiten der Politik¹⁵⁶ und auch der Rechtswissenschaft¹⁵⁷ Kritik eingetragen. Auch wenn die vorgebrachte Kritik an der Rspr des VfGH teilweise berechtigt ist, darf dadurch nicht der Eindruck entstehen, der VfGH habe seine selbst auferlegte Zurückhaltung (judicial self-

¹⁵⁴ *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht 371 f.

¹⁵⁵ In den letzten Jahren hat das Verfassungsrecht im öffentlichen Diskurs eine deutliche Aufwertung erfahren. Dies hat nicht zuletzt damit zu tun, dass mit dem Ende der SPÖ-ÖVP Regierungskoalition sich die Mehrheitsverhältnisse im Nationalrat geändert haben. Konnten zu Zeiten der Großen Koalition „problematische“ Gesetze aufgrund der im Nationalrat repräsentierten 2/3-Mehrheit in den Verfassungsrang gehoben und damit der Prüfkompetenz des VfGH entzogen werden, verfügt die seit dem Jahr 2000 regierende ÖVP-FPÖ/BZÖ Regierung nur über eine einfache Beschlussmehrheit. Trotzdem werden häufig Gesetzesvorhaben von zweifelhafter Qualität in einem oft atemberaubenden Tempo beschlossen, was in zahlreichen Fällen mit ihrer Aufhebung vor dem VfGH endet (Vgl. dazu die Tätigkeitsberichte des VfGH; veröffentlicht auf www.vfgh.gv.at). Die Öffentlichkeit hat sich inzwischen daran gewöhnt, von wichtigen Gesetzeswerken zweimal zu hören: Einmal im Zuge der Gesetzwerdung und ein zweites Mal bei der Prüfung durch den VfGH. Wurden in den 1990er Jahren regelmäßig Politikwissenschaftler von Medien um ihre Analyse der politischen Geschehnisse gebeten, haben diesen inzwischen Verfassungsrechtler den Rang abgelassen und gehören zu den bevorzugten Interviewpartnern von Medienvertretern. Die Frage „Wie ist das aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beurteilen?“ dürfte mittlerweile eine der häufigsten medial behandelten wissenschaftlichen Fragestellungen sein.

¹⁵⁶ Die Hauptkritik bezieht sich darauf, dass der VfGH sich die Rolle eines nicht legitimierten Übergesetzgebers anmaße. Neben sachlicher Kritik am Höchstgerichtshof, die nicht nur zulässig, sondern im Sinne eines Aufzeigens von Fehleinschätzungen auch geboten ist (vgl. etwa die verfehlt Argumentation des VfGH zum Homosexuellenparagrafen StGB § 209), kam es in den letzten Jahren vermehrt zu Polemiken, die sich außerhalb des Rahmens einer fairen Auseinandersetzung bewegten. Erinnert sei an dieser Stelle nur an die verleumderischen Angriffe gegen den ehemaligen Präsidenten des VfGH, *Ludwig Adamovich*, nach dem so genannten „Ortstafelerkenntnis“, die sogar nach einer Selbstanzeige des Präsidenten in einem Amtsenthebungsverfahren geprüft wurden (VfSlg. 16.408/2002).

¹⁵⁷ *Walter/Mayer* kritisieren, dass die Interpretationspraxis des VfGH keine klare Linie erkennen lasse, sondern aus der Judikatur vielmehr zu schließen sei, dass sich der Gerichtshof keiner bestimmten rechtswissenschaftlichen Interpretationsmethode verpflichtet erachte. Gerade in vom VfGH als wichtig eingestuft Fällen scheinen seine Erkenntnisse meist nicht das Ergebnis einer bestimmten Rechtsauslegung, sondern einer rechtspolitischen Entscheidung zu sein. Ein besonderer Dorn im Auge der Grundrissautoren ist der Bezug des VfGH auf dem B-VG angeblich zugrunde liegende Konzepte, ohne deren Existenz zu beweisen und das Institut der verfassungskonformen Analogie. *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht 134. Ähnlich die Kritik *Öhlingers*, der ein „anscheinend systemloses Nebeneinander unterschiedlichster Auslegungsmethoden“ attestiert, die Entscheidungen des VfGH schwer prognostizierbar machen würden. *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 35.

restraint) vollständig aufgegeben und eine Position des „judicial activism“ eingenommen. Die Stellungnahmen des VfGH, soviel kann ein Vierteljahrhundert nach der „wertorientierten Wende“ gesagt werden, sind größtenteils von Zurückhaltung geprägt.

Dass der VfGH heute einem materiellen Rechtsbegriff anhängt und eine wertorientierte Verfassungsinterpretation verfolgt, wird von Kritikern und Befürwortern dieser Linie gleichermaßen anerkannt. In welche Richtung diese Judikatur führt, ist allerdings nur schwer beantwortbar. Soweit sich in den Erkenntnissen des VfGH Wertentscheidungen ausdrücken, werden diese häufig nämlich nicht offensichtlich gemacht, sondern liegen der Entscheidung ohne nähere Erläuterungen zu Grunde. Die unzureichende Begründung von Entscheidungen ist daher ein ständig wiederkehrender Kritikpunkt, der von den Vertretern der unterschiedlichsten Richtungen artikuliert wird. Es ist keine Frage, dass sich materiell gehaltvolle Entscheidungen schwerer begründen lassen, als sich eine formal-reduktionistische Judikaturlinie auf Kurs halten lässt. Gerade bei komplexen moralischen Fragestellungen, über die im gesellschaftlichen Diskurs Uneinigkeit vorherrscht (z.B. Fragen der Bioethik), kann vom VfGH nicht gefordert werden, endgültige Antworten vorzulegen.

Verlangt werden kann jedoch, dass der VfGH seine Antworten angemessen begründet, sodass diese nicht nur von Außenstehenden nachvollzogen werden können (wie es eigentlich eine Selbstverständlichkeit wäre), sondern auch Ausgangspunkt für weitere Auseinandersetzungen sein können. Damit wäre die Rolle des VfGH ins rechte Licht gerückt: Seine Erkenntnisse haben Anteil am Legitimationsdiskurs des Rechts, nehmen aber deshalb keine absolute Stellung ein, weil sie sich durch die Offenlegung der Entscheidungsgründe selbst dem Diskurs stellen müssen.

2. Umfang der Rechtsstaatsjudikatur

Seit der Begründung seiner jüngeren Rechtsstaatsjudikatur im Jahr 1986 hat sich der VfGH in zahlreichen Erkenntnissen auf das Rechtsstaatsprinzip berufen, wobei er dieses für die unterschiedlichsten Themenfelder fruchtbar gemacht hat.¹⁵⁸ Hier sind nur die Entscheidungen des

¹⁵⁸ So bekräftigt der Höchstgerichtshof in zahlreichen Erkenntnissen die ordnungsgemäße Kundmachung von Rechtsvorschriften als ein sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebendes Gebot (Vgl. VfSlg. 13.329/1993, 13.761/1994, 14.759/1997, 15.741/2000, 16.875/2003). Eine ordnungsgemäße Kundmachung verlangt, dass ein Normadressat klar und vollständig von einer Rechtsvorschrift Kenntnis nehmen kann, ohne etwa irgendwelche nicht kundgemachten Informationen zusätzlich heranziehen zu müssen (Vgl. z.B. 13.887/1994). Allein die Unübersichtlichkeit eines „Sammelgesetzes“, das eine große Zahl von unterschiedlichen Gesetzen abändert, verstößt jedoch nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip (VfSlg. 17.173/2004).

Höchstgerichts zum rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren von näherem Interesse. Dabei ist vorauszuschicken, dass es der VfGH bisher unterlassen hat, eine allgemeine Aussage darüber zu treffen, was genau er als ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren ansieht und welche Mindestvoraussetzungen dieses jedenfalls erfüllen muss. Die Klärung dieser Frage anzustreben, bedeutet daher, sich mit den Stellungnahmen des Höchstgerichts zu einzelnen Verfahrensinstituten auseinandersetzen zu müssen. Eine zufrieden stellende Antwort kann allein durch die Synthese der einzelnen Erkenntnisse noch nicht gewonnen werden. Dazu ist die Rspr zu kasuistisch und teilweise auch zu widersprüchlich. Vorauszuschicken ist zweitens, dass sich die Rspr des Höchstgerichtshofs zum Rechtsstaatsprinzip teilweise mit seiner Rspr zum Gleichheitsgrundsatz und zu Art. 11 Abs. 2 B-VG überschneidet.

Ausgangspunkt der Überlegungen zum rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren bilden die im Leiterkenntnis VfSlg. 11.196/1986 grundgelegten Feststellungen zur faktischen Effektivität des Rechtsschutzes: Rechtsschutzeinrichtungen müssen ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effektivität für einen Rechtsschutzwerber aufweisen. Es kann nicht angehen, dass ein Rechtsschutzsuchender generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung so lange belastet wird, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist. Bei der Gestaltung des Rechtsschutzes sind vom Gesetzgeber nicht nur die Interessen des Rechtsschutzsuchenden, sondern auch die Interessen der Öffentlichkeit bzw. Dritter zu berücksichtigen. Zwischen diesen Interessen hat der Gesetzgeber einen Ausgleich herbeizuführen, wobei jedoch der faktischen Effektivität des Rechtsbehelfs der Vorrang zukommt.

Der VfGH hat in etlichen Entscheidungen auf diese Grundsätze Bezug genommen und klargestellt, dass diese sich auf alle Arten von behördlichen Verfahren übertragen lassen.¹⁵⁹ Es ist daher grundsätzlich verfassungswidrig, wenn die *aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels* von Gesetzes wegen ausgeschlossen und durch die sofortige Vollstreckung des angefochtenen

In seiner als „Denksporterkenntnis“ in die jüngere Rechtsgeschichte eingegangenen Entscheidung VfSlg. 12.420/1990 hat der VfGH den Gedanken der Rechtsstaatlichkeit auf das Erfordernis der Verständlichkeit von Rechtstexten ausgedehnt. Wenn eine Norm nur „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“ verstanden werden kann, genügt sie den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verständlichkeit von Rechtsvorschriften nicht und ist verfassungswidrig. Kritisch dazu *Jabloner*, der folgende Differenzierung trifft: Ein Rechtstext ist dann keine Norm, wenn ihm kein Sinn beizumessen ist. Falls der Rechtstext zu unbestimmt ist, kann eine Verletzung des Legalitätsprinzips vorliegen. Schwere Verständlichkeit eines Rechtstextes sei dagegen kein Grund, eine Norm als verfassungswidrig anzusehen. Vgl. *Clemens Jabloner*, Das Denksporterkenntnis des Verfassungsgerichtshofs im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in FS Adamovich (1992) 189 – 201, 190 ff.

¹⁵⁹ Diese Klarstellung trifft der VfGH unter beispielhafter Aufzählung diverser MaterienGesetze zuletzt in VfSlg. 17.346/2004. Siehe auch VfSlg. 12.683/1991.

Bescheides eine Benachteiligung des Rechtsmittelwerbers zu befürchten ist. In den dieser Judikatur zu Grunde liegenden Fällen¹⁶⁰ hatte der sofortige Vollzug eines allenfalls rechtswidrigen Bescheides den Betroffenen zu einem aktiven Handeln (Ausreise aus dem Bundesgebiet) oder zur Zahlung eines Geldbetrages (Entrichtung einer Abgabe oder Beitragsleistung) gezwungen oder diesem eine Leistung (Notstandshilfe) vorenthalten. In allen Fällen hatte der Rechtsschutzsuchende eine – zum Teil existentielle – einseitige Belastung bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens in Kauf zu nehmen.¹⁶¹

Den generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels erachtet der VfGH nur dann als zulässig, wenn es dadurch nur zu geringfügigen Eingriffen in die Rechtssphäre des Betroffenen kommt und überdies auch eine vollständige Beseitigung einer allfällig eingetretenen Benachteiligung vorgesehen ist.¹⁶²

Gegen den Gedanken des effektiven Rechtsschutzes verstoßen auch *Rechtsmittelfristen*, die so kurz bemessen sind, dass sie einem Rechtsmittelwerber keine Zeit lassen, sein Rechtsmittel in einer adäquaten und zielführenden Weise auszuarbeiten. Bereits 1981 hatte der VfGH eine Bestimmung des Volksbegehrensgesetzes 1973 aufgehoben, weil diese lediglich eine Anfechtungsfrist von einer Woche vorsah.¹⁶³ Mit dem AsylG 1997 wurde für verschiedene Sonderverfahren eine lediglich zweitägige Berufungsfrist vorgesehen.¹⁶⁴ Der VfGH hat diese Bestimmung wegen Verletzung des Rechtsstaatsgebotes und auch des Einheitlichkeitsgebotes (Art. 11 Abs. 2 B-VG) aufgehoben, weil eine wirksame Rechtsverfolgung innerhalb dieser extrem kurzen Frist gerade bei rechts- und sprachunkundigen Asylwerbern als benachteiligend empfunden wurde. Bemerkenswert ist, dass der VfGH anmerkt, dass eine Verkürzung

¹⁶⁰ Vgl. etwa VfSlg. 12.638/1991, 13.003/1992, 13.005/1992, 13.493/1993, 14.374/1995, 14.671/1996, 15.511/1999, 16.460/2002.

¹⁶¹ Vgl. VfSlg. 17.346/2004.

¹⁶² Vgl. VfSlg. 16.994/2003: Anlassfall war eine Bestimmung des Vorarlberger Abgabenverfahrensgesetzes, welche die aufschiebende Wirkung von Berufungen gegen Abgabenbescheide generell ausschloss. Allerdings konnte die Vfbg. LReg. nachweisen, dass die Vermögensbelastung im Landesabgabenbereich relativ geringfügig sind und überdies ein nachträgliches Zinsenausgleichsverfahren die vorläufige einseitige Belastung des Rechtsmittelwerbers kompensiert.

¹⁶³ VfSlg. 9234/1981. In seinem Prüfbeschluss hegt der Höchstgerichtshof Bedenken gegen das Sachlichkeitsgebot, in seinem Erkenntnis stützt er die Gesetzesaufhebung schließlich allein auf die Verletzung von Art. 141 Abs. 3 B-VG.

¹⁶⁴ § 32 AsylG 1997 sah vor, dass gegen Bescheide, mit denen die Unzuständigkeit Österreichs zur Durchführung des Asylverfahrens wegen Drittstaatssicherheit (§ 4 AsylG 1997) oder vertraglicher Zuständigkeit eines anderen Staates (§ 5 AsylG 1997) festgestellt wurde oder die wegen offensichtlicher Unbegründetheit (§ 6 AsylG 1997) abgelehnt wurden, nur binnen zwei Tagen nach Zustellung Berufung erhoben werden konnte.

der zweiwöchigen Berufungsfrist des AVG nicht generell unzulässig sei. Eine kürzere Frist müsse allerdings unter Berücksichtigung besonderer Kalenderkonstellationen (aufeinanderfolgende Feiertage) so bemessen sein, dass ein Asylwerber in der Lage wäre, fachliche Hilfe beizuziehen und eine ausreichend begründete Berufung einzubringen. „Eine Frist von einer Woche dürfte hierfür als Mindestmaß anzusehen sein, das (auch) zur Erreichung faktisch effizienten Rechtsschutzes eingehalten werden muss“¹⁶⁵, meint der VfGH abschließend, ohne allerdings darzulegen, warum dieses Mindestmaß genau bei einer Woche und nicht wie im AVG vorgesehen bei zwei Wochen liegen soll.

Das Gebot der faktischen Effizienz von Rechtsschutzeinrichtungen ist nicht bloß für das Administrativverfahren, sondern auch für das *Beschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts* von Relevanz.¹⁶⁶ Nicht nur die einseitige Belastung eines Beschwerdeführers durch unmittelbare Vollstreckung eines angefochtenen Bescheides kann zur Aushöhlung des Rechtsschutzes führen, sondern auch die Einschränkung der höchstgerichtlichen Prüfkompetenz.

Der VfGH hatte in diesem Zusammenhang eine Bestimmung des AsylG 1991 zu prüfen, wonach die Berufungsbehörde ausschließlich auf der Grundlage der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen zu entscheiden hatte, außer das Ermittlungsverfahren wäre „offenkundig mangelhaft“ gewesen. Diese Einschränkung führte nach Ansicht des VfGH zu einer Beschränkung des Rechtsschutzes beim VwGH, weil dieser idR nur Mängel des letztinstanzlichen Verfahrens aufgreifen kann. Damit würden Mängel der I. Instanz, sofern sie laut Gesetz nicht offenkundig sind, weder in der Berufungsinstanz noch vor dem VwGH gerügt werden können. Auch kann der VwGH nicht erstinstanzliche Mängel aus eigenem aufgreifen, weil diese Mängel ihm gegenüber durch die Einschaltung einer Berufungsinstanz „immunisiert“ würden. Dadurch würde jedoch der Rechtsschutz in einem Teilbereich vollständig beseitigt werden, was mit dem rechtsstaatlichen Prinzip unvereinbar sei.¹⁶⁷

Auch die Errichtung einer *Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag* schränkt den höchstgerichtlichen Rechtsschutz ein. Gem. Art. 133 Z 4 B-VG ist der VwGH für Angelegenheiten

¹⁶⁵ VfSlg. 15.218/1998. Vgl. ferner VfSlg. 15.369/1998, 15.529/1999.

¹⁶⁶ Dazu ausführlich: *Magdalena Pöschl*, Zur Verfassungskonformität der „einstweiligen Zulassung“ nach § 3 Abs. 7 und 8 Privatradiog, in *ZfV* 2001/367 164 – 177, 169 ff.

¹⁶⁷ Vgl. VfSlg. 13.834/1994 und 13.838/1994.

unzuständig, über die in oberster Instanz eine weisungsfreie Kollegialbehörde, der mindestens ein Richter angehört, entscheidet – sofern die Anrufung des VwGH nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Die Beschwerdeführung an den VfGH bleibt zwar zulässig, unterliegt allerdings den Beschränkungen des Art. 144 B-VG. Die umfassende Kontrolle der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns – wie sie vom VwGH wahrgenommen wird – ist damit ausgeschlossen. Deshalb vertritt der VfGH mit Hinweis auf das Rechtsstaatsgebot die Auffassung, dass die Errichtung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag wegen der damit verbundenen Rechtsschutzdefizite nur in Ausnahmefällen erlaubt sei.¹⁶⁸

Essentiell für den faktischen Rechtsschutz sind nicht allein Garantien des Rechtsmittelverfahrens, sondern – gleichsam als Grundvoraussetzung – dass die Behörde ihre Entscheidung in jener Form zum Ausdruck bringt, die im Verwaltungsrecht für Erledigungen vorgesehen ist: Das ist die Erlassung eines *Bescheids*. Das ist deshalb essentiell, weil nur Bescheide einer Anfechtung durch Berufung oder Beschwerde unterliegen, ganz im Gegensatz zu sonstigen Anordnungen oder Verfügungen. Ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren mit effizientem Rechtsschutz verlangt daher die bescheidmäßige Erledigung einer Rechtssache, sofern diese einen individuellen hoheitlich-normativen im Außenverhältnis ergehenden Verwaltungsakt darstellt.¹⁶⁹ Dazu verpflichtet das im Bundes-Verfassungsgesetz grundlegende verwaltungsrechtliche Rechtsschutzsystem, das dem Bescheid zentrale Stellung einräumt.¹⁷⁰

Es widerspricht daher nach Ansicht des VfGH dem Rechtsstaatsgebot, wenn die Erledigung durch Bescheid ex lege ausgeschlossen ist¹⁷¹, statt einem Bescheid ein mit ähnlichen Rechtswirkungen verbundenes Gutachten abgegeben wird¹⁷² oder bei Verwaltungsakten, die individuelle Rechtspositionen gestalten, statt eines Bescheides eine Verordnung erlassen wird¹⁷³.

¹⁶⁸ Vgl. VfSlg. 15.886/2000 und 16.189/2001 zur Errichtung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag im Rundfunkrecht. Diese Rechtsansicht des VfGH sieht sich zu Recht der Kritik ausgesetzt, weder konsistent (Vgl. etwa VfSlg. 16048/2000, 16.482/2002) noch adäquat begründet zu sein. Kritisch: *Mayer*, B-VG Art. 133 B-VG III.1.

¹⁶⁹ Vgl. etwa VfSlg. 13.723/1994.

¹⁷⁰ Vgl. dazu *Mayer*, B-VG Art. 144 B-VG I.1; *Thienel*, Verwaltungsakt 57 ff. *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 605 ff.

¹⁷¹ In VfSlg. 13.223/1992 hob der VfGH eine Bestimmung des Maß- und Eichgesetzes teilweise auf, nach der „über die Eichung, über die Zurückweisung und über die Prüfung der Verkehrsfähigkeit eines Messgerätes [...] ein Bescheid nicht zu erlassen“ war.

¹⁷² Anlassfall war eine Bestimmung des Gleichbehandlungsgesetzes, die die Vergabe von öffentlichen Förderungen an Unternehmer versagte, wenn diese den Aufträgen der Gleichbehandlungskommission nicht nachkommen würden. Diese Aufträge hatten allerdings nicht den Charakter eines anfechtbaren Verwaltungsaktes, sondern waren lediglich als eine Art Gutachten zu werten. Der VfGH erklärte diese Bestim-

Eine wirksame Rechtsverfolgung erfordert nicht nur, dass eine Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung in Bescheidform erlässt, sondern auch eine angemessene *Begründung* für diese abgibt. Es widerspricht nach Ansicht des VfGH dem Rechtsstaatsgebot, wenn Behörden Entscheidungen ohne Angabe von Gründen verfügen können, die nachteilig in die Rechtssphäre der Bescheidadressaten eingreifen. Im Zuge eines Normprüfungsverfahrens einer Bestimmung des Devisengesetzes¹⁷⁴ stellte der VfGH unmissverständlich fest: „Es besteht in Lehre und Rechtsprechung kein Streit darüber, dass neben dem Legalitätsprinzip auch das Prinzip umfassenden individuellen Rechtsschutzes und der Garantie der Rechtmäßigkeit durch eine umfassende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts Elemente des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzkonzeptes sind. [...] Dieses Rechtsstaatskonzept dürfte aber grundlegend gestört werden, wenn der Gesetzgeber die Erlassung begründungsloser belastender Bescheide schlechthin für zulässig erklärt, da der Normunterworfenen diesfalls gar nicht in Kenntnis der eine Entscheidung tragenden Erwägungen gelangen kann, ohne eine solche Kenntnis aber der verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gegenüber dem belastenden Akt entscheidend beeinträchtigt sein dürfte.“¹⁷⁵

mung für verfassungswidrig und stellte – unter Bezugnahme auf *Mayer* (Gleichbehandlung und Rechtsschutzstaat, ZAS 1992) – fest, dass Verwaltungsakte, die erhebliche Rechtswirkungen haben, rechtlich nicht als unbekämpfbare Verwaltungsakte konstruiert werden dürfen, weil das verfassungsgesetzliche gewährleistete Rechtsschutzsystem sonst leerlaufen würde. „Das Rechtsstaatsprinzip setzt vielmehr das Gebot voraus, die behördliche Festlegung von Rechtsfolgen an eine Form zu knüpfen, die einen verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz ermöglicht.“ Bemerkenswert ist, dass der VfGH betont, dass es sich dabei nicht immer um die Bescheidform handeln müsse, sondern es denkbar wäre, dass auch ein nicht als Bescheid zu wertender Akt im Hinblick auf seine Rechtsfolgen auf andere Weise überprüft werden könnte. Um welche Art des Rechtsakts es sich dabei handeln könnte, lässt der VfGH offen. Vgl. VfSlg. 13.699/1994.

¹⁷³ In VfSlg. 17.018/2003 erkannte der VfGH eine Regelung des Abfallwirtschaftsgesetzes als verfassungswidrig, nach der für die Verlängerung des Betriebes einzelner Deponien eine Verordnung und nicht eine Einzelfallentscheidung vorgesehen war. Begründet wurde dies nicht allein mit der dadurch fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit bei einer nachteiligen Entscheidung, sondern auch damit, dass ein Betroffener um sein Recht gebracht wird, gegen eine untätige Verwaltungsbehörde im Devolutionsweg bzw. mit Säumnisbeschwerde vorzugehen.

¹⁷⁴ § 2 Abs. 1 DevisenG BGBl 162/1946 lautete: „Der Handel mit ausländischen Zahlungsmitteln, Forderungen in ausländischer Währung, Gold- und Goldmünzen, die nicht als Zahlungsmittel gelten, ist nur der Oesterreichischen Nationalbank und den von ihr dazu ermächtigten Personen (Devisenhändlern) gestattet. Die Ermächtigung kann ohne Angabe von Gründen jederzeit entzogen werden.“

¹⁷⁵ VfSlg. 12.184/1989. Vgl. auch die Erkenntnisse VfSlg 13.223/1992 und VfSlg 13.952/1994, in denen der VfGH festgehalten hat, dass auch ein vereinfachtes Verwaltungsverfahren von Verfassungen wegen den Anforderungen an einen rechtsstaatlichen Mindeststandard entsprechen müsse, zu denen es jedenfalls gehöre, dass zumindest eine im Ergebnis negative Entscheidung - in durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts überprüfbarer Weise - in Bescheidform ergehe. Allerdings ist der VfGH, was die Form eines Bescheides anbelangt, eher großzügig. Solange die Zurechnung des Bescheides zu einer Bestimmten Behörde nicht gefährdet ist, ist die Ausstellung eines Computerbescheides ohne die Unterfertigung des genehmigenden Organwalters zulässig (VfSlg. 11.590/1987).

Welche *Mindestgarantien in einem rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren* gelten müssen, hat der VfGH bislang nicht abschließend beantwortet. Allerdings vertritt der VfGH in ständiger Rspr unter Bezugnahme auf den Gleichheitsgrundsatz und die Judikatur des VwGH¹⁷⁶ die Auffassung, dass Behörden, die das AVG nicht anzuwenden haben, für die Vollziehung materiellen Verwaltungsrechts „die fundamentalen Grundsätze eines fairen Verfahrens“¹⁷⁷ bzw. „die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgrundsätze“¹⁷⁸ zu beachten haben. Das fremdenrechtliche Verfahren vor österreichischen Vertretungsbehörden reicht aus rechtsstaatlicher Sicht „gerade noch“ hin, wenn die Entscheidungen als begründete Bescheide ergehen, die zumindest die für die Entscheidung maßgeblichen Gesetzesbestimmungen anführen und der maßgebliche Sachverhalt aus dem Akt nachvollziehbar ist.¹⁷⁹

Kein fundamentaler Verfahrensgrundsatz ist das *Antragsrecht auf Übergang der Entscheidungspflicht* auf die Oberbehörde bei Säumnis einer Behörde. Weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus dem Gleichheitssatz ergibt sich für den VfGH nach ständiger Rspr die Erfordernis eines Devolutionsrechtes. Vielmehr stünde es dem Gesetzgeber frei, „sich in einzelnen

¹⁷⁶ Nach der Rspr des VwGH zählen zu den Grundsätzen eines geordneten rechtsstaatlichen Verfahrens: der Grundsatz des Parteienghört, der Ausschluss bei Befangenheit, die Pflicht zur Feststellung des wesentlichen Sachverhalts, die Pflicht zur Weiterleitung von Eingaben, die bei der unzuständigen Behörde eingebracht wurden, die Erteilung von Mängelbehebungsaufträgen, die Begründungspflicht von Bescheiden, die Zulässigkeit außerordentlicher Rechtsmittel (Wiederaufnahme des Verfahrens, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht aber Devolutionsanträge) und der Grundsatz der materiellen Rechtskraft. Näheres und mit entsprechenden Judikaturnachweisen siehe: *Hauer/Leukauf*, Handbuch, 48; *Bernhard Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 648; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 64; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 59; *Robert Walter/Rudolf Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I² (1998) 20, 40.

¹⁷⁷ VfSlg. 10.163/1984, 13.527/1993, 16.028/2000 mwN.

¹⁷⁸ VfSlg. 13.420/1993.

¹⁷⁹ Vgl. VfSlg. 13.723/1994, 17.033/2003. Für das fremdenrechtliche Verfahren vor österreichischen Vertretungsbehörden, bei denen das AVG – aus völkerrechtlichen Gründen – keine Anwendung findet, finden sich Mindestgarantien im Fremdenrecht (Vgl. § 69 FrG 1992, § 93 FrG 1997, § 11 FPG 2005). Vorgesehen sind Antragstellung, Anleitung durch die Behörde, freie Beweiswürdigung, Recht auf Parteienghör bzw Stellungnahme. Entscheidungen sind auf Antrag einer Partei auch schriftlich anzufertigen, wobei neben der getroffenen Entscheidung lediglich die maßgeblichen Gesetzesbestimmungen anzuführen sind. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht. Der VfGH hat diese eingeschränkte Begründungspflicht als gerade noch ausreichend betrachtet, wenn die maßgeblichen Sachverhaltsfeststellungen sich zumindest aus dem Akt entnehmen lassen. Ist auch dies nicht feststellbar bzw bleibt die rechtliche Grundlage offen, verletzt die Entscheidung nicht nur das Rechtsstaatsgebot, sondern auch gegen das Willkürverbot. Näheres dazu siehe *Gerhard Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995) 102 ff, 122. Zurecht bemerkt *Muzak*, dass das Verfahren vor den österreichischen Vertretungsbehörden insgesamt wesentliche Rechtsschutzdefizite aufweist und von einem geordneten rechtsstaatlichen Verfahren nicht gesprochen werden kann. So auch *Sebastian Schumacher/Johannes Peyrl*, Fremdenrecht² (2006) 31 f.

Verfahrensbereichen für eigenständige Ordnungssysteme zu entscheiden, die den Erfordernissen und Besonderheiten unterschiedlicher Verfahrensarten (...) adäquat Rechnung tragen.“¹⁸⁰

Ein elementarer, jedem rechtsstaatlichen Verfahren innewohnender, Grundsatz ist dagegen das *Recht auf Parteiengehör*, das auch in Verfahren eingeräumt werden muss, in denen das AVG keine Anwendung findet.¹⁸¹ Wird die Wahrung des rechtlichen Gehörs auf normativer Ebene beschnitten, erachtet dies der VfGH als einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip¹⁸² und damit als verfassungswidrig. Ein subjektives verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Parteiengehör schließt der VfGH dagegen aus.¹⁸³ Nur unter erschwerten Voraussetzungen – wenn etwa ein Ermittlungsverfahren überhaupt unterlassen wurde – liegt ein besonders gravierender, in die Verfassungssphäre reichender Verfahrensmangel vor.¹⁸⁴

Auch außerhalb des Parteiengehörs müssen einer Partei jene *Informationen* zugänglich gemacht werden, die für eine wirksame Verfolgung ihrer Rechte erforderlich sind.¹⁸⁵ Informationsrechte bestehen auch gegenüber höchstgerichtlichen Entscheidungen. Die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme ist eine Voraussetzung für eine effektive Rechtsverfolgung.¹⁸⁶

Zur Frage, ob es ein allgemeines subjektives *Recht auf Parteistellung* und auf ein bestimmtes Mindestmaß an Parteidrechten gibt, differenziert der VfGH: In ständiger Rspr¹⁸⁷ vertritt er zunächst die Auffassung, dass, abgesehen von Einzelfällen wie in Art. 119a Abs. 9 B-VG, keine Verfassungsnorm besteht, die Parteidrechte in einem Verfahren überhaupt oder in einem bestimmten Umfang garantiert. Den Umfang der Parteidrechte in einem Verwaltungsverfahren bestimme der einfache Gesetzgeber. Weder aus dem Rechtsstaatsgebot noch aus dem Recht

¹⁸⁰ VfSlg. 13.420/1993, 13.527/1993; mwN: VfSlg. 16.028/2000. Siehe dazu oben S. 79.

¹⁸¹ So bereits VfSlg. 10.549/1985; mwN: VfSlg. 13.194/1992.

¹⁸² VfSlg. 17/340 S. 188.

¹⁸³ Vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 175; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 291; ferner kritisch *Oberndorfer*, *Rechtsstaat auf der Probe* 711 f, der hier eine Widersprüchlichkeit der Rspr ortet, weil der VfGH zwar einerseits das Recht auf Parteiengehör nicht als verfassungsgesetzlich gewährleistet ansieht, andererseits jedoch feststellt, dass dieses Recht offenbar eine der wichtigsten Sicherungen des rechtsstaatlichen Prinzips darstellt.

¹⁸⁴ Ein Vorgehen, mit dem das Parteiengehör im Verwaltungsverfahren schlechthin missachtet wird, wertet der VfGH als willkürliche, das Gleichheitsrecht verletzende Gesetzeshandhabung VfSlg. 11682/1988, 12.924/1991, mwN: 13.194/1992.

¹⁸⁵ VfSlg. 16.663/2002, 17.013/2003. Siehe auch VfGH 8.3.2005, G 42/04ua.

¹⁸⁶ VfGH 12.409/1990.

¹⁸⁷ Vgl. VfSlg. 6.664/1972, 6.808/1972, 8.279/1978, 8.397/1978, 10.605/1985, 11.934/1988, 12.240/1989, 14.512/1996, 15.274/1998, 15.581/1999, 16.982/2003.

auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter könne ein subjektives Recht auf Parteistellung abgeleitet werden. Das rechtsstaatliche Prinzip verlange auch keine bestimmte Ausgestaltung der Parteienrechte in einem Verwaltungsverfahren in der Weise, dass dem Gesetzgeber eine nähere Festlegung dieser Rechte überhaupt verboten sei. Allerdings könne ein die Parteirechte bestimmendes Gesetz aus einem anderen Grund, etwa wegen mangelnder Determinierung (Art. 18 B-VG) oder wegen Verstoßes gegen das Gleichheitsgebot, verfassungswidrig sein.¹⁸⁸

3. Neuere Rechtsstaatsjudikatur

Die neuere Judikatur des VfGH zum Rechtsstaatsprinzip setzt mit dem Erkenntnis VfSlg. 17.340/2004 zur Asylgesetz-Novelle 2003¹⁸⁹ ein. Bereits wenige Wochen nach ihrer Kundmachung wurde diese Novelle vom Land Oberösterreich, vom Land Wien und vom Unabhängigen Bundesasylsenat beim VfGH angefochten, der daraufhin eines der umfangreichsten Verfahren seiner Geschichte durchführte. In dem über 200 Seiten starken Erkenntnis¹⁹⁰ äußerte sich der VfGH gleich mehrfach zum rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren im Kontext des Asylverfahrens, wobei er an seine Rechtsstaatsjudikatur nicht nur anschloss, sondern diese auch präzisierte und erweiterte.

Grundlegend stellte der VfGH fest, dass ein „Asylverfahren mit den vollen Garantien der Verwaltungsverfahrensgesetze“¹⁹¹ durchzuführen sei. Auch bei asylrechtlichen Sonderverfahren – konkret ging es um ein vereinfachtes Verfahren bei offensichtlich unbegründeten Asylanträgen¹⁹² – ändere sich nichts an der „Notwendigkeit zur Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens“¹⁹³. Allerdings unterliege das Asylverfahren nicht den Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK, weshalb dieses „bloß den allgemeinen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für ein rechtsstaatliches Verfahren“ entsprechen müsse.¹⁹⁴ Worin sich diese bloß all-

¹⁸⁸ Vgl. oben S. 80 f.

¹⁸⁹ BGBl I Nr. 101/2003.

¹⁹⁰ Das Erkenntnis umfasst insgesamt 236 Seiten, weshalb zur erleichterten Orientierung – auch bei allen darauf folgenden Bezugnahmen – die Seitenzahl in der Paginierung der Urteilsausfertigung angegeben wird. Diese kann als PDF-Dokument auf der Homepage des VfGH heruntergeladen werden: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/8/4/1/CH0006/CMS1108469678709/g237-35-03.pdf> (Abfrage: 4.11.2006).

¹⁹¹ VfSlg. 17.340/2004 S. 72 f.

¹⁹² § 6 AsylG 1997 idF BGBl I Nr. 101/2003.

¹⁹³ VfSlg. 17.340/2004 S. 73.

¹⁹⁴ Ebd. S. 147.

gemeinen Voraussetzungen des Rechtsstaatsprinzips von Art. 6 EMRK unterscheiden würden, ließ der VfGH offen.

Unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur stellte der VfGH das Verhältnis des Rechtsstaatsprinzips zu Art. 11 Abs. 2 B-VG klar. Abweichende Regelungen zu den Bestimmungen des AVG können gem. Art. 11 Abs. 2 B-VG nur erlassen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes unerlässlich erforderlich sind. Der Asylbereich weist zahlreiche Besonderheiten auf, weshalb ein Abgehen vom AVG unter bestimmten Umständen zulässig ist. Allerdings kann von einem erforderlichen Abgehen nicht gesprochen werden, wenn dadurch gegen den Grundsatz der faktischen Effektivität verstoßen werden würde.¹⁹⁵ Zwar ist das Anliegen einer Beschleunigung des Asylverfahrens ein Grund, der das Abgehen von den allgemeinen Verfahrensregelungen des AVG zu rechtfertigen vermag, allerdings nicht um den Preis eines Verlustes an effektivem Rechtsschutz. Dem Rechtsstaatsprinzip kommt daher ein höherer Stellenwert als dem Effizienzgebot zu.¹⁹⁶

Zur Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung bei Rechtsmitteln knüpfte der VfGH an seine oben ausgeführte Judikaturlinie an, führte allerdings eine Differenzierung ein. Zunächst hatte der VfGH darüber zu entscheiden, ob der generelle *Ausschluss der aufschiebenden Wirkung* von Berufungen gegen die *Zurückweisung* eines Asylantrags wegen festgestellter Unzuständigkeit zulässig sei. Er kam zum Ergebnis, dass grundsätzlich keine Bedenken dagegen bestehen, bei einer bloßen Zuständigkeitsentscheidung die aufschiebende Wirkung generell zu versagen, weil sich im Allgemeinen die Position des Berufungswerbers während des Rechtsmittelverfahrens nicht verschlechtert. Allerdings sah die in Prüfung gezogene Regelung als mit der Zurückweisung verbundene Rechtsfolge die Ausweisung aus dem Bundesgebiet vor.¹⁹⁷ Wegen des generellen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung kam die Ausreiseverpflichtung damit auch für Berufungswerber in Fällen, in denen der Schutzbereich von Art. 3 und Art. 8 EMRK berührt wurde, zu tragen. Ein Abstandnehmen von der Ausweisung war selbst in besonders gewichtigen Fällen wegen des generellen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung nicht möglich, weshalb Berufungswerber in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise einseitig mit den Folgen einer potentiell unrichtigen Ent-

¹⁹⁵ Der VfGH bezieht sich hier auf die Erkenntnisse VfSlg. 15.218/1998, 15.369/1998, 15.529/1999.

¹⁹⁶ VfSlg. 17.340/2004 S. 144 f.

¹⁹⁷ § 5a leg. cit.

scheidung belastet worden wären. Hier sah der VfGH nicht bloß einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot, sondern auch gegen Art. 11 Abs. 2 B-VG.¹⁹⁸

Nicht als verfassungswidrig beurteilte der VfGH dagegen die Einführung eines *Konzepts der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung* wie sie auch beim Beschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts bekannt ist. Es ist zulässig, wenn einem Rechtsmittel im administrativen Verwaltungsverfahren die aufschiebende Wirkung ex lege nicht zukommt, jedoch von der Berufungsinstanz zuerkannt werden kann. Konkret sah das Asylgesetz vor¹⁹⁹, dass der Berufung gegen die Abweisung eines Asylantrags wegen offensichtlicher Unbegründetheit keine aufschiebende Wirkung zukommt. Der Unabhängige Bundesasylsenat konnte der Berufung allerdings binnen sieben Tagen ab Einlangen der Berufungsvorlage die aufschiebende Wirkung zuerkennen. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Durchsetzung der mit der Ablehnung des Asylantrags verbundenen Ausweisungsentscheidung unzulässig. Aufgrund dieser Ausgleichsmaßnahmen sah der VfGH keinen Widerspruch dieses Regelungskomplexes zum Rechtsstaatsprinzip, zu Art. 13 EMRK und auch nicht zu Art. 11 Abs. 2 B-VG.²⁰⁰

Keinen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip sah der VfGH ferner darin, die *Zurückziehung eines Asylantrages* für unzulässig zu erklären.²⁰¹ Ebenfalls als zulässig wurde eine *Mindestbefristung von 24 Stunden für Stellungnahmen* im asylrechtlichen Zulassungsverfahren erkannt.²⁰² Da diese Frist als Mindestfrist und nicht als Höchstfrist konzipiert wurde, seien Asylbehörden zwar in einer verfassungskonformen Gesetzesanwendung verpflichtet, Asylwerbern für eine Stellungnahme ausreichend Zeit zur Verfügung zu stellen, der effektive Rechtsschutz an sich werde dadurch allerdings nicht beeinträchtigt.²⁰³

¹⁹⁸ Ebd. 156 f. Dem Argument der BReg, der ausgewiesene Berufungswerber könne bei einer stattgebenden Berufungsentscheidung wieder einreisen, erteilte der VfGH eine Absage, weil „die faktische Möglichkeit der Rückkehr nicht die effektive Rechtsschutzgewähr substituieren kann.“

¹⁹⁹ § 32 Abs. 3, 4 und 4a leg. cit.

²⁰⁰ VfSlg. 17.340/2004 S. 157 ff.

²⁰¹ Ebd. 169 ff. In §§ § 23 Abs. 3 iVm 31 Abs. 2 leg. cit wurde die Zurückziehung des Asylantrags generell für unzulässig erklärt und normiert, diesbezügliche Anträge als gegenstandslos abzulegen. Die von der Wiener LReg vorgebrachten Bedenken bezogen sich vorwiegend auf die fehlende Notwendigkeit des Abgehens von Art. 11 Abs. 2 B-VG. Der VfGH, der in seine Überlegungen auch auf das Rechtsstaatsgebot abstellte, erachtete diese Sonderregel aufgrund des Asylwerbern gewährten Abschiebeschutzes als zulässig.

²⁰² § 24a Abs. 5 leg. cit.

²⁰³ VfSlg. 17.340/2004 S.188 ff.

Einer der Eckpunkte der AsylG-Novelle 2003 war die Einführung eines beschränkten *Neuerungsverbots* für das Berufungsverfahren. § 32 Abs. 1 leg. cit. sah vor, dass in Berufungen gegen Entscheidungen des Bundesasylamts neue Tatsachen und Beweismittel nur vorgebracht werden dürfen, wenn (1.) sich der Sachverhalt, der der Entscheidung zu Grund gelegt wurde, nach der Entscheidung erster Instanz entscheidungsrelevant geändert hat oder (2.) das Verfahren erster Instanz mangelhaft war oder (3.) diese dem Asylwerber bis zum Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz nicht zugänglich waren (*nova reperta*) oder (4.) der Asylwerber aufgrund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung nicht in der Lage war, diese vorzubringen.

Diese für ein verwaltungsrechtliches Berufungsverfahren ungewöhnlichen Beschränkungen wurden von den Beschwerdeführern wegen Verletzung des Sachlichkeitsgebots und des Rechtsstaatsprinzips, sowie wegen einer Verletzung von Art. 11 Abs. 2 B-VG und Art. 13 EMRK angefochten. Die Wiener LReg brachte außerdem das Argument vor, das Neuerungsverbot verstoße gegen Art. 129c B-VG, weil durch dieses die Kognitionsbefugnis des UBAS in unzulässiger Weise beschränkt sei.²⁰⁴

Der VfGH führte in seinen Erwägungen zunächst in Anknüpfung an seine Vorjudikatur grundlegend aus, dass das Rechtsstaatsprinzip ein System von Rechtsschutzeinrichtungen verlange, das gewährleistet, dass rechtswidrige Akte staatlicher Organe beseitigt werden. Der Effektivität des Rechtsschutzes komme daher besondere Bedeutung zu. Umso mehr im Asyl-

²⁰⁴ Die ausführliche Argumentation der beiden beschwerdeführenden LReg zum Neuerungsverbot findet sich im Erk 98ff und 104ff. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs fand das Neuerungsverbot hinsichtlich seiner Verfassungskonformität unterschiedliche Bewertungen: *Johannes Feßl* sprach sich für die Vereinbarkeit des Neuerungsverbots mit der Bundesverfassung aus, weil aufgrund der Besonderheit der Materie (vorläufige Aufenthaltsberechtigung für Asylwerber) verfahrensrechtliche Beschränkungen im Sinne von Art. 11 Abs. 2 zulässig seien und auch Art. 13 EMRK ein derartige Einschränkungen im Rechtsmittelverfahren nicht untersage (*Johannes Feßl*, Das Neuerungsverbot in der Berufungsinstanz gemäß § 32 Abs. 1 AsylG in der Fassung der AsylG-Novelle 2003, ZUV 4/2003 139 – 143). *Christian Piska* hielt das Neuerungsverbot zwar für verfassungsrechtlich bedenklich, was er jedoch mit dem Argument relativierte, dass das Vorbringen von Neuerungen zwar für den Berufungswerber einer Beschränkung unterliege, es jedoch nicht ausgeschlossen sei, dass von Amts wegen neue Umstände aufgegriffen werden könnten (*Christian Piska*, Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 (Teil 1), Migralex 1/2004, 9 – 14, 14). In einem Beitrag mit *Sonja Pöllabauer* (Translationswissenschaftlerin) versuchte ich auf die Problematik von Kommunikationsproblemen im Asylverfahren hinzuweisen, die sich durch das Neuerungsverbot zu einem gravierenden Nachteil für Asylwerber auswirken würden, weshalb dieses nicht mit dem Rechtsstaatsgebot und Art. 11 Abs. 2 B-VG in Einklang zu bringen sei (*Sonja Pöllabauer/Sebastian Schumacher*, Kommunikationsprobleme und Neuerungsverbot im Asylverfahren, Migralex 1/2004, 20 – 28, 26 f). Dieser Auffassung schlossen sich *Lamiss Magdalena Khakzadeh* und *Gerhard Tallinger* an (*Lamiss Magdalena Khakzadeh*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur AsylG-Nov 2003, Migralex 2/2004, 59 – 64, 63). *Thallinger* sah ferner auch eine verfassungsrechtliche Problematik hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 129c B-VG (*Gerhard Thallinger*, Das neue Asylgesetz – ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, ZfV 2004/325, 161 – 178, 169 ff).

verfahren, weil dieses potentielle Eingriffe in fundamentale Grundrechte zum Inhalt habe (Art. 2 und 3 EMRK) und mögliche Fehlentscheidungen irreversibel seien. Bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Rechtsmittelbeschränkungen müsse deshalb die Schwere der Folgen einer potentiellen Fehlentscheidung in Betracht gezogen werden.²⁰⁵

Im Folgenden erweiterte der VfGH seine Spruchformel zur Effektivität des Rechtsschutzes und hielt fest: „Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs erfordert das Rechtsstaatsprinzip, dass ein Verfahren in der Weise gestaltet sein muss, dass es gewährleistet ist, letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu führen.“²⁰⁶ *Dieser Gedanke geht über den Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes hinaus, weil der VfGH zutreffend einen direkten Zusammenhang zwischen der Programmierung des Verfahrens und der Entscheidungsrichtigkeit herstellt, während es ihm bislang vordergründig um den faktischen Schutz eines Rechtsmittelerwerbers ging. Auf diesen Gedanken wird noch zurückzukommen sein.*²⁰⁷

Die Verfassungskonformität von Beschränkungen im Rechtsmittelverfahren könne nicht rein abstrakt beurteilt werden, so der VfGH weiter. Zwar seien Beschränkungen zulässig, die bloß dazu führen würden, die Parteien zur Mitwirkung an einer raschen Sachverhaltsfeststellung zu verhalten. Jedoch müssten Asylwerber, die willig seien, an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken, dazu auch tatsächlich die Möglichkeit haben. Oder anders ausgedrückt: Ein Neuerungsverbot kann nur dann als verfassungskonform beurteilt werden, wenn es für einen Asylwerber im erstinstanzlichen Verfahren möglich ist, seine Anbringen umfassend zu erstatten bzw. ansonsten spätere Ergänzungen zu machen. Der VfGH gelangte allerdings zur Auffassung, dass die praktischen Rahmenbedingungen des Asylverfahrens dies nicht zulassen würden.

Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass die Einvernahme von Asylwerbern bereits kurz nach deren Einreise erfolge, also zu einem Zeitpunkt, in dem sie sich idR in einem physischen und psychischen Ausnahmezustand befinden. Ferner sei zu berücksichtigen, dass Asylwerber die deutsche Sprache meist nicht verstünden. Sie eine korrekte Übersetzung angewiesen, die sie aber im Augenblick nicht überprüfen könnten. Die Ursache für ein neues Vorbringen in der

²⁰⁵ Hier berief sich der VfGH auf das Urteil des EGMR Chahal 15.11.1996 = ÖJZ 1997, 632 = ÖIM-Newsletter 1996/6/8.

²⁰⁶ VfSlg. 17.340/2004 S. 150.

²⁰⁷ Siehe dazu ausführlich unten S. 178 ff.

zweiten Instanz könne daher durchaus sein, dass ein Vorbringen in der ersten Instanz unkorrekt oder unvollständig übersetzt oder protokolliert wurde, was in aller Regel nicht als Verfahrensmangel gerügt werden könne.²⁰⁸

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen erkannte der VfGH im Neuerungsverbot eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, des Art. 13 EMRK und damit auch eine Verletzung des Art. 11 Abs. 2 B-VG, weshalb er dieses durch die Aufhebung der Worte „auf Grund medizinisch belegbarer Traumatisierung“ (§ 32 Abs. 1 Z 4 leg. cit.) entschärfte. Damit wurde die Zulässigkeit des Vorbringens neuer Tatsachen und Beweismittel in zweiter Instanz auf Fälle ausgedehnt, in denen „der Asylwerber nicht in der Lage war, diese vorzubringen.“²⁰⁹

Die Weiterentwicklung der Rechtsstaatsjudikatur vollzog sich schließlich noch in der Auseinandersetzung mit einem anderen Rechtsinstitut der AsylG-Novelle 2003: In § 34b Abs. 1 Z 3 leg. cit. sah vor, dass gegen einen Asylwerber von der zuständigen Fremdenpolizeibehörde die *Schubhaft* verhängt werden kann, wenn dieser nach der rechtskräftigen Ablehnung des Asylantrags einen neuerlichen Asylantrag (*Folgeantrag*) stellt oder einbringt. Diese Bestimmung wurde vom VfGH „als dem Rechtsstaatsprinzip widersprechend“ aufgehoben.²¹⁰

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass beide LReg die verfassungsrechtliche Problematik einer Inschubhaftnahme bei Folgeanträgen in der Verletzung des Rechts auf Freiheit (Art. 5 EMRK, BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit) sahen, was tatsächlich die am nächsten liegende Überlegung ist. Auch im mündlichen Verfahren vor dem VfGH²¹¹ wurde die Verhängung der Schubhaft ausschließlich im Zusammenhang einer möglichen Verletzung des Grundrechts auf Freiheit thematisiert. Eine mögliche Verletzung des Rechtsstaatsgebotes wurde zunächst weder von den Beschwerdeführern noch vom VfGH in Erwägung gezogen. Umso mehr erstaunt es, dass die Aufhebung der genannten Bestimmung nicht wegen einer Verletzung von Art. 5 EMRK bzw. des BVGPersFr erfolgte, sondern wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip.

²⁰⁸ Vgl. VfSlg. 17.340/2004 S. 151f.

²⁰⁹ Diese Regelung wurde unverändert in das AsylG 2005 übernommen (§ 40 Abs. 1 Z 4).

²¹⁰ Vgl. VfSlg. 17.340/2004 S. 202.

²¹¹ 22. und 23. Juni 2004.

Wie der VfGH zu dieser Auffassung gekommen ist, lässt sich nicht nachvollziehen, da eine Begründung für diese Rechtsansicht vollständig fehlt. Dass der VfGH jegliche Begründung schuldig geblieben ist, ist wohl kein Zufall, sondern dürfte darin liegen, dass sich diese Entscheidung nicht auf der Grundlage der vorhergehenden Rechtsstaatsjudikatur argumentieren ließ. Es liegt nämlich keine Frage der faktischen Effektivität des Rechtsschutzes vor, sondern es geht um die Frage, welche Rechte eine Partei genießt bzw. wie mit einer Verfahrenspartei im verwaltungsrechtlichen Verfahren umzugehen ist. Angesprochen wird hier die Integrität und Würde einer Verfahrenspartei, womit das rechtsstaatliche Verfahren die Idee der internen prozeduralen Gerechtigkeit in sich einschließt. Auf diesen Gedanken werde ich im nächsten Teil zurückkommen.²¹²

4. Bewertung der VfGH-Rechtsstaatsjudikatur in der Lehre

Die Judikatur des VfGH zum Rechtsstaatsprinzip wird im rechtswissenschaftlichen Diskurs kontroversiell debattiert.²¹³ Die Konfliktlinie läuft dabei entlang des Rechtsstaatsverständnisses und der methodologischen Orientierung der jeweiligen Meinungsvertreter. Die Debatte erlebte ihren Höhepunkt Ende der 1980er bzw. Anfang der 1990er Jahr, wo es um eine Bewertung der mit dem Erk VfSlg. 11.196/1986 einsetzenden neuen Judikaturlinie ging. Vor allem in den Festschriften für Robert Walter (1991) und Ludwig Adamovich (1992) gab es eine auffällige Häufung von Beiträgen dazu. Heute, zwanzig Jahre nach Begründung der Judikaturlinie zum Rechtsstaatsprinzip, ist die Diskussion weitgehend abgeklungen.

Ich werde zunächst die kritischen Positionen darstellen. Diese reichen von einer völligen Ablehnung der Rechtsstaatsjudikatur bis zu einer differenzierten Betrachtungsweise, die zwar die Ergebnisse weitgehend teilt, nicht jedoch den Weg, wie der VfGH zu diesen gelangt ist. Anlass zur Kritik bietet auch die Haltung des VfGH zur Frage der Parteistellung im Verwaltungsverfahren – hier sieht sich der Höchstgerichtshof der Kritik ausgesetzt, seine Auffassung zum Rechtsstaatsprinzip nicht konsequent zu Ende zu denken. Zustimmungende Positionen heben die wichtige Bedeutung der Rspr für die Entwicklung der österreichischen Rechtsstaatlichkeit hervor und zeigen die Anschluss- und Entwicklungsfähigkeit dieser Judikatur auf. Beinahe einhellig wird die fundierte Begründung des Rechtsstaatsprinzips vermisst, die auch seine

²¹² Vgl. unten S. 249 ff.

²¹³ Vor dem Einsetzen der Rspr des VfGH zu den Erfordernissen eines rechtsstaatlichen Verfahrens bzw. zu der sich aus dem Verfassungsrecht ergebenden Notwendigkeit einer Effektivität des Rechtsschutzes schenkte die Staatsrechtslehre diesem Themenkomplex kaum Beachtung, wie *B. Davy* feststellt. *Benjamin Davy*, Vorläufige Polizeiverfügungen und Rechtsschutz, *ZfV* 1989/4, 335 – 348, 337 f.

Tragweite für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren klären würde. Allerdings wird auch vonseiten der Lehre ein solcher Versuch kaum unternommen. Besonders verdienstvoll können daher zwei derartige Begründungsversuche gewertet werden, die abschließend dargestellt werden.

4.1 Methodische Kritik: Walter, H. Mayer, Muzak, Jabloner, Wiederin

Beinahe stillschweigend übergangen wird die verfassungsgerichtliche Judikatur und Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips von *Walter* und *Mayer*. In ihrem Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts nimmt die Darstellung des rechtsstaatlichen Prinzips gerade einmal eine Seite ein – bei einem Gesamtumfang des Werks von knapp 700 Seiten. Auf die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH wird nur in zwei Sätzen (!) eingegangen und erwähnt, dass nach dieser Judikatur der VfGH ein „bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz“ für Rechtsschutzeinrichtungen verlange.²¹⁴ Hingewiesen wird in einer Fußnote ferner auf die Kritik von *Jabloner* zu dieser Judikaturlinie.²¹⁵ Im Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts fehlt die Darstellung der Rechtsstaatsjudikatur vollständig. Weder im Abschnitt „Die verfassungsrechtlichen Grundlagen [des Verwaltungsverfahrens]“²¹⁶ noch im Kapitel „Der Rechtsschutz“²¹⁷ finden sich Hinweise auf die höchstgerichtliche Rechtsstaatsjudikatur, was angesichts der Wichtigkeit dieser Materie eine auffällige Lücke darstellt. Es sei dahingestellt, ob die Grundrechtsautoren die Darstellung des Rechtsstaatsprinzips als unnötig empfanden oder aufgrund ihrer rechtstheoretischen Überzeugungen davon Abstand nahmen.

Aus anderen Schriften geht jedoch eindeutig hervor, dass die Judikatur zum Rechtsstaatsprinzip von Anhängern der Wiener Schule des Rechtspositivismus weitgehend abgelehnt und dem VfGH eine unzulässige Rechtsschöpfung unterstellt wird. So hält *Mayer* in seinem Kurzkomentar zum B-VG kritisch fest: „Der VfGH hat in seiner neueren Jud - beginnend im Jahre 1986 (VfSlg. 11.196) – wiederholt Regelungen wegen Verletzung eines Rechtsstaatsprinzips als verfassungswidrig aufgehoben; die Ableitung dieses Rechtsstaatsprinzips erfolgt gelegentlich im Zusammenhang mit Art. 18 B-VG, in anderen Fällen wird der behauptete Inhalt dieses Prinzips nicht deutlich aus dem positiven Recht abgeleitet [...]; die unmittelbare

²¹⁴ *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 167.

²¹⁵ *Jabloner*, Denksporterkennntnis (siehe unten).

²¹⁶ *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 32 ff.

²¹⁷ Ebd. Rz 492 ff.

Anwendung derart allgemeinsten Prinzipien durch den VfGH bedeutet die Inanspruchnahme eines erheblich vergrößerten Entscheidungsspielraumes und eine Verstärkung des rechtsschöpfenden Charakters der Jud.“²¹⁸

Das rechtsstaatliche Prinzip wird nach dieser Auffassung als eine grundsätzliche politische Idee angesehen, nach welcher ein Staat gestaltet sein soll. Infolge seiner großen Allgemeinheit sei es jedoch schwer möglich, direkt aus diesem die Lösung für konkrete Rechtsfragen zu erlangen, wie dies der VfGH tue. Seine Bedeutung für die Judikatur liege darin, ein Auslegungsbehelf zu sein.²¹⁹

Die verfassungsgerichtliche Prüfung einer einfachgesetzlichen Norm könne daher stets nur auf der Grundlage von konkreten positivrechtlichen Verfassungsbestimmungen und nicht von Grundprinzipien erfolgen. Höchst fragwürdig erscheine daher, so *Muzak*, die implizit vom VfGH vorausgesetzte Annahme, es wäre denkmöglich, dass eine Norm zwar nicht gegen eine konkrete positive verfassungsrechtliche Bestimmung, sehr wohl aber gegen ein Baugesetz verstoße. Ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Prinzip könne deshalb nur angenommen werden, wenn ein Verstoß von Art. 18 B-VG oder – sofern es sich um die Effektivität des Rechtsschutzes handelt – Art. 13 EMRK vorliege. Eine gegenteilige Auffassung würde es nämlich in Wahrheit ins Belieben des Interpreten und letztlich des VfGH stellen, zusätzliche Verfassungsgrundsätze aufzustellen und so den demokratisch gewählten Gesetzgeber zu binden.²²⁰

Für eine strenge Anwendung des Rechtsstaatsprinzips spricht sich auch *Jabloner* aus. Es sei gerade beim rechtsstaatlichen Prinzip ein Verharren bei formalen Aussagen geboten, wenn nicht eine Schleuse für die freie Rechtsschöpfung geöffnet werden solle. Der Vorgangsweise, das Rechtsstaatsprinzip als normativen Maßstab für die Prüfung einfachgesetzlicher Bestimmungen heranzuziehen, erteilt *Jabloner* eine Absage – er schließt sich der Auffassung von *Walter/Mayer* an, dass dieses aus methodischer Sicht nur als Interpretationsmaxime dienen könne.²²¹

²¹⁸ *Mayer*, B-VG Art. 18 B-VG I.5.

²¹⁹ Vgl. *Klaus Zeleny*, Grundprinzipien, in: *Heinz Mayer* (Hrsg.), *Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht* (2003) 232 ff; *Walter/Mayer*, *Bundesverfassungsrecht Rz* 146.

²²⁰ *Muzak*, *Aufenthaltsberechtigung* 5 f.

²²¹ *Jabloner*, *Denksporterkenntnis* 192 ff.

In diese Richtung geht auch die Kritik von *Wiederin*, der ebenfalls davon ausgeht, dass eine einfachgesetzliche Bestimmung, die nach Ansicht des VfGH ein Bauprinzip der Bundesverfassung verletzt, notwendig auch gegen einfaches Verfassungsrecht verstoßen müsse.²²² Diese Auffassung gründet sich auf die Erkenntnis *Wiederins*, dass der Inhalt der verfassungsrechtlichen Bauprinzipien nur auf induktivem Wege aus der Verfassung abgeleitet werden könne.²²³ In Frage kämen dafür unter Bezugnahme auf Art. 44 Abs. 3 B-VG die Bestimmungen der Art. 18 und 129 bis 146 B-VG. Allein diese – er beruft sich hier auf *Adamovich sen.*²²⁴ – würden den Inhalt des baugesetzlichen Rechtsstaatsprinzips ausmachen. Dies führt *Wiederin* zu der Schlussfolgerung, dass allein die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts dem Rechtsstaatsprinzip unterliegen würde, es sich jedoch keine Konsequenzen für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im administrativen Verwaltungsverfahren ergeben würden.²²⁵

4.2 Kritik an der Rspr zur Frage der Parteistellung: Oberndorfer, Thienel, Kusko-Stadlmayer, Stolzelechner, Pernthaler

Während die oben angeführten Meinungsvertreter die extensive Interpretation des Rechtsstaatsprinzips durch den VfGH rügen, reicht anderen diese nicht weit genug. Konkret geht es um die Frage der Parteistellung. Nachstehende Positionen stehen der Rechtsstaatsjudikatur zwar vorwiegend positiv gegenüber, werfen dem VfGH jedoch vor, auf halbem Weg stehen zu bleiben und die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Konsequenzen für die Rechtsstellung einer Partei im Verfahren nicht zu Ende zu denken. Der VfGH vertritt ja in ständiger Rspr, dass das Rechtsstaatsgebot den Gesetzgeber weder dazu verpflichte, die Parteienrechte in einer bestimmten Weise auszugestalten, noch jemandem die Rechtsstellung einer Partei überhaupt zu gewähren.²²⁶

²²² *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 67 ff.

²²³ *Wiederin* verweist auf *Walter Antonioli*, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in: FS Merkl (1970) 34 – 42. *Antonioli* vertritt in diesem Beitrag die Auffassung, dass der konkrete Inhalt der Baugesetze nicht das sei, was große Staats- und Rechtsdenker darüber nachgedacht haben, sondern das, was sie im Bundesverfassungsgesetz ihrem Wortlaut, ihrem Zusammenhang, ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Zweck nach bedeuten. Dabei sei der Inhalt der Baugesetze durch strikte juristische Auslegung zu ermitteln und davon Abstand zu nehmen, ihnen ihren „wahren“ Inhalt zu unterstellen.

²²⁴ *Ludwig Adamovich sen.*, Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts⁴ (1947).

²²⁵ *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 72 ff. Grenzen für die Beschränkung des administrativen Rechtsschutzes (z.B. Einschränkung der aufschiebenden Wirkung) ergeben sich für *Wiederin* jedoch aus Art. 11 Abs. 2 B-VG: Räumt der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Berufung ein, so wird er durch Art. 11 Abs. 2 B-VG „auf den im AVG verwirklichten Standard der Effektivität des Rechtsmittels festgelegt.“ Ebd. 85. Vgl. unten S. 87. Kritisch zu dieser Auffassung: *Thienel*, Verwaltungsakt 70 ff.

²²⁶ Vgl. dazu die Ausführungen unten 108 f, 80 f.

Oberndorfer zeigt die widersprüchliche Haltung des VfGH zur Frage der Parteistellung auf: Obwohl der VfGH verneine, dass sich aus dem Rechtsstaatsgebot das Recht auf Parteistellung ableiten lasse, habe der Höchstgerichtshof in einem Verfahren gem. Art. 138 B-VG über einen Kompetenzkonflikt zwischen VwGH und VfGH in einem Verfahren nach dem Anerkennungsgesetz festgehalten²²⁷, dass sich aus dem Rechtsstaatsgebot (in Verbindung mit anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen Art. 7 B-VG, Art. 14 und 15 StGG, Art. 9, 13 und 14 EMRK) ein Rechtsanspruch auf individuelle Durchsetzung eines Anspruchs ergebe. Ferner habe der VfGH zum Abgaberecht festgehalten, dass ein zur Abgabeleistung Verpflichtete im Abgabeverfahren auch Parteistellung genießen müsse, weil nur die Einräumung der Parteistellung diesem die vom rechtsstaatlichen Prinzip geforderte Möglichkeit eröffnen könne, eine für ihn günstige Entscheidung zu erwirken.²²⁸ Die Ansicht des VfGH, dass es keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Einräumung einer Parteistellung gebe, könne daher nicht zu apodiktisch verstanden werden.²²⁹

In einer umfangreichen Analyse versucht *Thienel* nachzuweisen, dass sich für das Verfahrensrecht subjektive Rechte, insbesondere das Recht auf Parteistellung, aus der Bundesverfassung ableiten lassen.²³⁰ Zusammengefasst betont er, dass die Forderung des politischen Liberalismus, dass der einzelne nicht nur Objekt staatlichen Handelns sei, sondern auch dem hoheitlich handelnden Staat als Träger eigener Rechte gegenüberstehe, in das Rechtsschutzkonzept des B-VG Eingang gefunden habe. Aus dem in Art. 90 Abs. 2 B-VG normierten Anklageprinzip ließe sich ableiten, dass ein Beschuldigter im Verwaltungsstrafverfahren nicht bloßes Prozessobjekt, sondern Partei des Verfahrens mit prozessualen Rechten sein solle. Auch außer-

²²⁷ Konkret ging es um den Antrag der Zeugen Jehovas, die gem. § 2 des Anerkennungsgesetzes (RGBl. 68/1874) die Anerkennung als Religionsgemeinschaft beim zuständigen Kultusministerium begehrten. Da über diesen Antrag jahrelang nicht entschieden wurde, wandten sie sich mit Säumnisbeschwerde an den VwGH, der die Säumnisbeschwerde jedoch wegen Unzuständigkeit gem. § 34 Abs 1 VwGG mit der Begründung zurückwies, dass den Beschwerdeführern nach dem Anerkennungsgesetz kein Rechtsanspruch auf bescheidmäßige Erledigung und damit auch keine Beschwerdelegitimation zukomme. Auch der VfGH wies eine an ihn gerichtete Säumnisbeschwerde mangels Zuständigkeit zurück. Nach diesen Entscheidungen trat der Beschwerdeführer mit einem Antrag wegen eines negativen Kompetenzkonflikts zwischen VwGH und VfGH neuerlich an den Verfassungsgerichtshof heran, der daraufhin die Zuständigkeit des VwGH zur Entscheidung über die Säumnisbeschwerde feststellte. Vgl. VfSlg. 14.295/1995.

²²⁸ VfSlg. 13.646/1993.

²²⁹ *Oberndorfer*, Rechtsstaat auf der Probe 711. Kritisch setzt sich *Oberndorfer* auch mit der widersprüchlichen Haltung des Höchstgerichts in der Frage des Parteiengehörs auseinander. Einerseits vertrete der VfGH die Ansicht, dass es sich beim Parteiengehör nicht um ein verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht handle, andererseits bezeichne er jedoch die Wahrung des Parteiengehörs als kardinale Voraussetzung eines gesetzmäßigen Verwaltungsverfahrens und eines der wichtigsten Sicherungen des rechtsstaatlichen Prinzips. Ebd.

²³⁰ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsakt 45 ff.

halb des Verwaltungsstrafverfahrens ließe sich aus dem System des höchstgerichtlichen Rechtsschutzes (insbesondere Art. 131, 132 und 144 B-VG) ein subjektiv-öffentliches Recht, nämlich auf höchstgerichtliche Kontrolle von Rechtsakten der Verwaltung, ableiten. Jedoch könne dieses subjektive Recht erst dann Wirksamkeit entfalten, wenn Parteistellung bzw. Beschwerdelegitimation eingeräumt werden.

Nun ist es zwar unbestritten, dass nicht jede Norm des objektiven Rechts ein subjektives Recht einräumt, jedoch müsse man davon ausgehen, dass eine Norm, die den Interessen individualisierter Personen zugute kommt, diesen auch eine durchsetzbare Rechtsposition einräumen muss. Es könne zwar aus den verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien allein nicht abgeleitet werden, „welchen Interessenspositionen der Gesetzgeber durch Einräumung ‚materieller Berechtigungen‘ Rechnung tragen muss; im Lichte des rechtsstaatlichen Grundprinzips und der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien kann man nur allgemein fordern, dass dem einzelnen ein Mindeststandard an Berechtigungen gewährt wird, der ihn zum Rechtssubjekt macht und nicht bloß als Objekt staatlichen Wohlwollens erscheinen lässt. Wenn die Rechtsordnung aber individualisierbaren Interessen einzelner Personen erkennbar Rechnung trägt, insbesondere deshalb eine behördliche Handlungspflicht normiert, ist dies als Begründung eines Rechtes im Sinne des § 8 AVG bzw. der Art. 131, 132 und 144 B-VG zu deuten, das auch immer rechtlich durchsetzbar sein muss.“²³¹ Daher wäre ein Gesetz verfassungswidrig, das zwar die Interessensposition individualisierter Personen schützt, ihnen aber die Durchsetzung dieser Interessen gegenüber der Hoheitsverwaltung verwehrt. Diese Überlegungen führen ihn zur Schlussfolgerung, „dass aus rechtsstaatlichen Gründen immer dann, wenn eine Norm dem Schutz individualisierbarer Interessen dient, dem Betroffenen auch die Möglichkeit offen stehen muss, diese Interessen durchzusetzen.“²³²

Zu diesem Ergebnis kommt m. E. auch der VfGH, der auf der Grundlage des Gleichheitssatzes die Auffassung vertritt, dass aus Sachlichkeitsgründen die Einräumung einer Parteistellung geboten sein kann.²³³ *Thienel* attestiert dem VfGH, dass zwar das Ergebnis seiner Erwägungen zutreffend sei, jedoch das Recht auf Parteistellung in einem Verwaltungsverfahren nicht aus dem Gleichheitssatz, sondern aus den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystems abzuleiten sei: „Seine Berufung lediglich auf den Gleichheitssatz ver-

²³¹ Ebd. 52.

²³² Ebd. 53 f; *ders.*, Verwaltungsverfahrensrecht 50.

²³³ Siehe oben S. 80 f.

stellt aber die Sicht auf die systematischen Zusammenhänge des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystems und greift damit in einzelnen Punkten zu kurz.²³⁴

Kucsko-Stadlmayer setzt sich vor dem Hintergrund des Beamtendienstrechts mit dem Recht auf Parteistellung auseinander und stellt dazu grundsätzliche dogmatische und rechtstheoretische Überlegungen an.²³⁵ Die zurückhaltende Interpretation der Rechte einer Partei wurzle nach ihrer Auffassung in der Dogmatik des 19. Jahrhunderts, die in einer scharfen Abgrenzung zum Privatrecht das öffentliche Recht als Ausdruck eines dem Staat immanenten öffentlichen Interesses und des Bestehens von Gewaltverhältnissen zwischen Staat und Untertan charakterisiert sah. Nach dieser Vorstellung waren subjektiv-öffentliche Rechte des einzelnen „Gewaltunterworfenen“ nicht vorstellbar. Jedoch sei diese Auffassung durch das Inkraft-Treten des § 8 AVG längst obsolet – wiewohl die höchstgerichtliche Rspr diesen Paradigmenwechsel nicht in voller Konsequenz, insbesondere nicht im Beamtendienstrecht, nachvollzogen habe.²³⁶

In einer rechtsdogmatischen Analyse bringt *Kucsko-Stadlmayer* die Inkonsequenz der höchstgerichtlichen Rspr auf den Punkt: In jedem Verfahren, in dem es letztlich zur Erlassung eines Bescheides kommt, ist es von zwingender Erforderlichkeit, dass dieser an eine Partei adressiert wird. „Ein Bescheid ohne jede Parteistellung ist nach dem AVG undenkbar; Die Begriffe ‚Partei‘ und ‚Bescheid‘ sind insofern untrennbar miteinander verknüpft, als unter ‚Partei‘ der künftige Adressat der im Bescheid zum Ausdruck kommenden Norm zu verstehen ist“.²³⁷ Sinn der Parteistellung und der mit ihr verbundenen Rechte sei es, dem zukünftigen Adressaten des Bescheids ein Mitwirkungsrecht an der Erzeugung der ihn betreffenden normativen Anordnung sowie Rechtsschutz einzuräumen. Da zu Beginn eines Verfahrens in machen Fällen noch nicht klar sein könne, ob die geltend gemachten Ansprüche letztlich auch zustehen, müsse für die Parteistellung allein die Möglichkeit des Bestehens der behaupteten Ansprüche ausreichen.

²³⁴ Thienel, Verwaltungsakt 57.

²³⁵ Nach der ständigen Rspr des VwGH, der sich auch der VfGH anschloss, kommt Bewerber um die Aufnahme in ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis gem. § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 keine Parteistellung zu (Vgl. VwSlg 15157 A/1999). Diese Rechtsansicht wurde von der Lehre seit jeher kritisch in Frage gestellt – vgl. dazu die Ausführungen *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Beamtenernennung im Rechtsstaat, in: FS Walter (1991) 387 – 403, 388 ff.

²³⁶ Ebd. 390 ff.

²³⁷ Ebd. 392 f. *Kucsko-Stadlmayer* beruft sich mit dem Argument, dass jeder der beiden Begriffe im anderen mitgedacht wird auf *Kurt Ringhofer*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze Band I (1987) 204 f.

Würde hingegen das Recht auf Parteistellung negiert werden, führe dies letztlich dazu, dass die rechtsstaatlichen Garantien, die das B-VG und das AVG an die Bescheidform knüpfen, aufgehoben werden würden – es gäbe weder rechtliches Gehör, keinerlei Mitwirkungsrechte, keine Möglichkeit, gegen Behördenuntätigkeit aufzutreten und letztlich auch keinen Rechtsschutz gegen einen noch so krass rechtswidrigen Verwaltungsakt.²³⁸ Dass aber das Rechtsschutzkonzept des B-VG und des AVG einen besonders hohen Stellenwert genieße, zeigt sich daran, dass der VfGH die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsstaatsgebots direkt an dieses Konzept anknüpfe. Im Lichte der verfassungsgerichtlichen Rspr zum Rechtsstaatsprinzip plädiert *Kucsko-Stadlmayer* – ihr Festschriftbeitrag erschien im Jahr 1991 – für eine kritische Reflexion der zurückhaltenden Judikatur zum Recht auf Parteistellung.²³⁹

Eine ähnliche Argumentationslinie verfolgt *Stolzlechner*, der einen zwingenden rechtssystematischen Zusammenhang zwischen Rechtsstaatsgebot und Parteistellung annimmt: „Wichtigster Bestandteil eines aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzsystems sind die ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel (Berufung, Devolutionsantrag etc), die nur von Personen in Anspruch genommen werden können, denen Parteistellung zukommt. Damit wird offenkundig, dass die Parteistellung ein *wichtiger Teilaspekt des Rechtsstaatsprinzips* ist. Rechtsstaat ist ohne Parteistellung nicht denkbar, weil sie die entscheidende Voraussetzung für die Inanspruchnahme rechtsstaatlicher Kontrolleinrichtungen ist.“²⁴⁰

Die Konsequenz dieser Überlegungen ist zwar nicht „eine allgemeine verfassungsrechtliche Handlungspflicht für den einfachen Gesetzgeber, jedem auch nur irgendwie von einer ‚Verwaltungssache‘ (§ 8 AVG) Betroffenen Parteistellung einzuräumen“²⁴¹, jedoch gebiete das Rechtsstaatsprinzip eine „*rechtsstaatliche Zweifelsregel*“, wonach eine Norm des objektiven

²³⁸ Vgl. ebd. 393 f.

²³⁹ Die von *Kucsko-Stadlmayer* kritisierte Judikaturlinie wird – soweit ersichtlich – vom VwGH bis zum heutigen Tag in dieser Weise vertreten. Hingegen gibt es in der VfGH Judikatur eine Differenzierung: Wenn ein Bewerber in einen verbindlichen Besetzungsvorschlag genannt wird, muss ihm auch Parteistellung zukommen. Wird die Parteistellung versagt, stellt dies nach Ansicht des VfGH eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter dar (Vgl VfSlg. 15.926/2000).

²⁴⁰ *Harald Stolzlechner*, Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz-BVG und Parteistellung von Nachbarn im technischen Anlagerecht, in: FS Walter (1991) 665 – 681, 672.

²⁴¹ Ebd.

Rechts auch eine subjektive Berechtigung enthalte, wenn sich ein hinlänglich individualisiertes Interesse einer Person an der Rechtsverfolgung nachweisen lasse.²⁴²

Am weitesten reichen die Überlegungen *Pernthalers*: Er qualifiziert das Recht auf Parteistellung im Verwaltungsverfahren als einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz. § 8 AVG ist nicht „als beliebig abänderbare einfachgesetzliche Verfahrensnorm aufzufassen, sondern als *allgemeiner Rechtsgrundsatz*, der die Garantie enthält, dass jeder Mensch im Sinne des § 16 ABGB als *Rechtsperson* aufzufassen ist und daher seine Rechte verfahrensrechtlich selbst wahren können muss.“²⁴³

4.3 Zustimmende Bewertung: Hiesel, Davy, Lengheimer

Überwiegend positiv bewertet *Hiesel* die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH, wenn er sich auch kritisch mit den Begründungsdefiziten dieser Rspr auseinandersetzt. Seine Schlussfolgerungen unterscheiden sich aber von der weitgehend ablehnenden Haltung der rechtspositivistisch orientierten Meinungsvertreter: Das Problem sei weniger, dass der VfGH rechtsschöpfend tätig und von den strikten Interpretationsmaximen abgewichen sei, sondern dass er seine Schritte nicht offen lege und damit eine rationale Nachvollziehbarkeit seiner Erwägungen verhindere.²⁴⁴

Dass der VfGH in der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien geradezu zwangsläufig rechtsschöpferisch tätig sein müsse, steht für ihn außer Frage. Das hohe Maß an inhaltlicher Unbestimmtheit und Abstraktheit der verfassungsrechtlichen Grundordnung setze einer am Wortlaut orientierten Interpretation sehr enge Grenzen.²⁴⁵ Auch die historische Interpretation erweise sich hier nur als bedingt leistungsfähig, weil vom historischen Gesetzgeber vieles offensichtlich stillschweigend vorausgesetzt oder nicht in letzter Konsequenz bedacht wurde.²⁴⁶

²⁴² Ebd. 672 f, 681.

²⁴³ *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 672.

²⁴⁴ *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgericht 174 ff.

²⁴⁵ Dass die knappe Fassung des Art. 18 Abs. 1 B-VG für eine Auslegung im traditionellen Sinn wenig Anhaltspunkte bietet bzw. eine Fülle schwieriger Interpretationsprobleme aufwirft, ist allgemein anerkannt. Vgl. *Richard Novak*, Das „differenzierte Legalitätsprinzip“ in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: FS Adamovich (1992) 491 – 501, 492.

²⁴⁶ *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgericht 176.

Hiesel wertet die Judikatur des VfGH als einen großen Beitrag zur Hebung des rechtsstaatlichen Standards der österreichischen Rechtsordnung und empfiehlt dem VfGH sein Begründungsdefizit zu überwinden, sein Grundprinzipienverständnis in Zukunft klarer offen zu legen und nicht davor zurückzuschrecken, eindeutige dogmatische Aussagen über die höchstrangige Rechtsschicht zu treffen.²⁴⁷

Auf Zustimmung stößt die Rechtsstaatsjudikatur auch bei *B. Davy*. Das Rechtsstaatsprinzip erschöpfe sich nicht allein in Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG und im Katalog der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte. Vielmehr müsse das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in der Abkehr vom Polizeistaat gesehen werden, die durch die Determinierung eines Verwaltungsverfahrens und durch die Schaffung einer nachträglichen Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts erreicht wurde. Zwischen dem administrativrechtlichen und dem höchstgerichtlichen Verfahren müssen ein notwendiger Zusammenhang gesehen werden, wie auch vom VfGH in seiner Rspr zum verfassungsrechtlichen Bescheidbegriff erkannt worden sei. Es widerspräche dem Rechtsstaatsprinzip, wenn das Verwaltungsverfahren in einer Weise geregelt wäre, dass dadurch die höchstgerichtliche Kontrolle der Verwaltung ausgeschaltet werden würde (Aushöhlungsverbot).²⁴⁸

Davy versucht weiters zu zeigen, dass der VfGH bei seinen Bewertungen zur Effektivität des Rechtsschutzes vom „Idealtypus eines ‚normalen‘ Verfahrens“ ausgehe.²⁴⁹ Dieser Idealvorstellung entspräche es, wenn einem Rechtsmittelwerber während eines Berufungsverfahrens grundsätzlich vorläufiger Rechtsschutz vor einer umgehenden Vollstreckung des angefochtenen Bescheids gewährt wird. Alle Abweichungen von diesem Idealtypus würden die Effektivität mindern, wobei diese jedoch nicht bereits deshalb verfassungswidrig seien. Vielmehr müsse geprüft werden, ob sich die Abweichungen aus besonderen Gründen (z.B. überwiegende öffentliche Interessen) rechtfertigen lassen würden.²⁵⁰

²⁴⁷ Ebd.

²⁴⁸ *Davy*, Vorläufige Polizeiverfügungen und Rechtsschutz 339 f.

²⁴⁹ Diesen Begriff führt *Davy* als eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips ein, um einer Verwechslung mit den Grundbausteinen des österreichischen Verfassungsrechts im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG vorzubeugen. Ebd. 341, FN 47.

²⁵⁰ Diese Auffassung wird von *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 79 ff dem Ergebnis nach geteilt, wenn er jedoch *Davy* entgegen hält, dass es für das Postulat eines „normalen Verfahrens“ nicht des Rückgriffs auf das Rechtsstaatsprinzip bedarf, sondern dieser Gedanke bereits aus Art. 11 Abs. 2 B-VG abzuleiten sei.

Diese Behauptung versucht er durch zwei Argumente zu untermauern. Erstens: Egal um welches rechtliche Verfahren es sich handelt – die Mindestanforderungen, die jedes Verfahren entsprechen müsse, sei die Erreichung des Verfahrensziels, was die Herstellung einer rechtmäßigen Entscheidung sei. Bei Rechtsmittelverfahren bestehe das spezifische Verfahrensziel darin, Rechtsschutz zu erlangen.²⁵¹ Der Idealtypus des normalen Verfahrens sei in diesem Zusammenhang ein Modell der Erwartungen, die man an ein rechtsstaatliches Verfahren stellen könne. Zweitens: Der rechtsstaatliche Grundbaustein der österreichischen Verfassung sei keine Bestandsgarantie für historisch vorgefundene Rechtsinstitute und Regelungsgepflogenheiten. Im Gegenteil: *Davy* positioniert das Rechtsstaatsprinzip als entwicklungsfähig und offen für neuere Interpretationen, die letztlich zu strengeren Anforderungen an den Gesetzgeber und an die Verwaltung führen.²⁵²

Diese Überlegungen nehmen eine diametral andere Richtung als die Auffassungen einiger der oben angeführten Meinungsvertreter. Statt einer möglichst engen Auslegung des Rechtsstaatsprinzips, das sich an den Regulationsintentionen des historischen Verfassungsgesetzgebers orientiert, plädiert *Davy* für eine möglichst weite Interpretation des Rechtsstaatsbegriffs, in den auch gegenwärtige Theorien und Rechtsentwicklungen integriert werden können. Selbst dann – *Davy* nimmt den möglichen Einwand von Kritikern vorweg – wenn man das Rechtsstaatsprinzip im Sinne der Versteinerungstheorie auslegt, müsse man anerkennen, dass der historische Verfassungsgesetzgeber bei Verabschiedung des B-VG die Ausgestaltung des Rechtsstaatsprinzips künftigen Entwicklungen, insbesondere der 1925 endlich beschlossenen Verwaltungsreform, überlassen wollte.²⁵³ Die zentrale Anstrengung der Verwaltungsreform von 1925 war die Implementierung von Verfahrensgesetzen, die in einer Überwindung der polizeistaatlichen Tradition dem Rechtsstaat die Bahn bereiten sollten.²⁵⁴

Für eine extensive Interpretation des Rechtsstaatsprinzips durch den VfGH spricht sich auch *Lengheimer* aus: Das Rechtsstaatsgebot müsse mehr sein als die im Art. 18 B-VG festgeschriebene Bindung des Verwaltungshandelns an das Gesetz. Die Rspr des VfGH sei zu begrüßen und zu hoffen, dass dieser seine Prüfung von Regelungen am Rechtsstaatsprinzip noch

²⁵¹ Für die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips im zivilrechtlichen Verfahren – mit dem Sonderfall des einstweiligen Rechtsschutzes – vgl. *Andreas Konecny*, Neue Entwicklungen im einstweiligen Rechtsschutz, in: FS Matscher (1993) 265 – 278, 267 ff.

²⁵² Vgl. ebd. 342

²⁵³ Ebd.

²⁵⁴ Vgl. dazu ausführlich unten S. 40 ff.

verstärkt – auch wenn ihm gelegentlich zum Vorwurf gemacht werde, die Prüfung nicht nur konkret aus Art. 18 B-VG oder anderen positiv-rechtlichen Verfassungsnormen abzuleiten.²⁵⁵

4.4 Versuch einer Begründung des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens: Holzinger, Thienel

Was man sowohl in der Rspr des VfGH, als auch in den Reihen seiner Befürworter vermisst, ist eine möglichst allgemeine Definition des Rechtsstaatsprinzips bzw. – nachdem die zum Rechtsstaatsprinzip ergangenen Entscheidungen zumeist das formale Recht betreffen – eine allgemeine Definition des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens und eine Darstellung seiner institutionellen Garantien. Sieht man von den oben ausgeführten Überlegungen *Davys* ab, der versucht, das rechtsstaatliche Verfahren als den „Idealtypus eines ‚normalen‘ Verfahrens“ zu argumentiert, fehlt eine begriffliche Klärung und eine fundierte Begründung des Rechtsstaatsprinzips weitgehend.

Besonderes Verdienst kommt daher den Erklärungsversuchen von *Holzinger* und *Thienel* zu. Während *Thienel* versucht, eine allgemeine Begründung für die Mindeststandards des administrativen Rechtsschutzsystems zu finden, begnügt sich *Holzinger* mit der Erfassung der zentralen Institutionen im rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren.²⁵⁶ Für ihn lassen sich aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende sechs Garantien ableiten:

(1) *System einer festen Zuständigkeitsverteilung im Verwaltungsverfahren:* Aus Art. 18 B-VG lässt sich zunächst aus organisationsrechtlichem Blickwinkel ableiten, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Organe der Vollziehung – innerhalb der von der Bundesverfassung vorgenommenen Kompetenzverteilung – klar zu regeln hat. Die Zuständigkeit ist von den Behörden von Amts wegen wahrzunehmen und kann auch durch Parteienvereinbarung nicht geändert werden. Zweitens lässt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, aber auch aus dem Recht auf den gesetzlichen Richter²⁵⁷, der verfassungsgesetzlich garantierte Anspruch für eine Partei auf Einhaltung der gesetzlichen Zuständigkeitsregeln ableiten.²⁵⁸

²⁵⁵ *Karl Lengheimer*, Grundprinzipien des österreichischen Verfassungsrechtes und ihre Entwicklung, in: FS Winkler (1997) 555 – 579, 572.

²⁵⁶ *Gerhart Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in: FS Walter (1991) 271 – 291.

²⁵⁷ Zur Beziehung zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und dem Recht auf einen gesetzlichen Richter vgl. oben S. 74 und *Holzinger*, Kommentar zu Art. 83 Abs. 2 B-VG Rz 16.

²⁵⁸ *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 275 f.

(2) *Das Recht auf Verfahrensführung und Entscheidung durch unparteiische Organwalter:* Tatsächlich ist der Grundsatz der Unbefangenheit für jedes rechtliche Verfahren, das nicht zur Farce verkommen will, unbedingte Voraussetzung. Ein rechtsstaatliches Verfahren verlangt damit eine Verfahrensführung und Entscheidungsfindung durch Organe, die der Verwaltungssache unparteiisch gegenüberstehen. Dieser Kardinalgrundsatz muss für alle Rechtsgebiete des behördlichen Verfahrens gelten, selbst dann, wenn § 7 AVG nicht zur Anwendung kommt und dieser Grundsatz auch in besonderen Verwaltungsvorschriften nicht explizit geregelt ist. Allerdings kann dieser Grundsatz für *Holzinger* nicht als subjektives Recht verstanden werden, das Parteien dazu berechtigen würde, als befangen empfundene Verwaltungsorgane abzulehnen.²⁵⁹

(3) *Das Recht auf Verfahrensteilnahme:* „Das Recht der Betroffenen auf Verfahrensteilnahme bildet die wohl wichtigste Folgerung, die sich für das Verwaltungsverfahren aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt. Es ist zu Recht als das ‚Kernstück jedes nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordneten Verfahrens‘ bezeichnet worden. Die Verwaltung würde gegen die Prinzipien des Rechtsstaats verstoßen, ‚wenn sie dem einzelnen, dessen Rechtsbereich die Maßnahme berührt, nicht die Gelegenheit gibt, aktiv an der Gestaltung des Verfahrens mitzuwirken.‘“²⁶⁰ Das Recht auf Verfahrensteilnahme ist von doppelter Relevanz: Zum einen werden erst durch die Erklärung des Betroffenen zur Partei die von der Rechtsordnung eingeräumten materiellen Berechtigungen zu subjektiven, durchsetzbaren öffentlichen Rechten. Zum anderen ist die Teilnahme des Betroffenen am Verfahren aber auch für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung in zweifacher Weise bedeutsam. Die Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes kann oft nur durch die Einbindung des Betroffenen als wichtigsten „Wissensträger“ gelingen. Aber auch für die Klärung der einer Verwaltungssache zugrunde liegenden Rechtsfragen ist die Mitwirkung der Partei essentiell.²⁶¹

Zur Frage, wann einem Betroffenen das Recht auf Verfahrensteilnahme, also das Recht auf Parteistellung, zusteht, vertritt *Holzinger* folgende Rechtsansicht: Die Parteistellung hänge insbesondere davon ab, ob eine Norm des objektiven Verwaltungsrechts auch eine subjektive

²⁵⁹ Hier bezieht *Holzinger* sich auf die einschlägige VwGH Judikatur (VwSlg. 9852A/1979). Ebd. 276 f.

²⁶⁰ Ebd. Die Zitate beziehen sich auf *Becker*, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung (1960) 135.

²⁶¹ Während die Wichtigkeit der Mitwirkung eines Betroffenen, was die Sachverhaltsklärung anbelangt, in der Lehre außer Streit steht, wird die Bedeutung der Mitwirkung einer Partei an der rechtlichen Argumentation für die Entscheidungsrichtigkeit oftmals übersehen. Auf diesen von *Holzinger* erkannten Zusammenhang werde ich ausführlich unten ab S. 229 zurückkommen.

Berechtigung einräume oder etwa ausschließlich dem öffentlichen Recht diene. Unter Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips müsse man allerdings im Zweifelsfall annehmen, dass eine Norm des objektiven Rechts auch ein subjektives Recht gewähre.²⁶²

Der Umfang der prozessualen Parteienrechte kann nach *Holzinger* im Wesentlichen durch den einfachen Gesetzgeber bestimmt werde, wobei er offen lässt, ob sich aus dem Rechtsstaatsgebot Schranken für die Beschneidung von Parteirechten ergeben. Nach dem AVG stehen einer Partei jedenfalls folgende Rechte zu: Akteneinsicht, Parteiengehör, Kenntnissnahme vom Ergebnis einer Beweisaufnahme – verbunden mit dem Recht, einen Stellungnahme dazu abzugeben, Beiziehung eines Dolmetschers bzw. Ablehnungsrecht eines nichtamtlichen Dolmetschers oder Sachverständigen, Recht auf Entscheidung in Bescheidform und Bekanntgabe dieses, Recht auf Erhebung ordentlicher und außerordentlicher Rechtsmittel sowie Geltendmachung der Entscheidungspflicht. Ferner können dem AVG auch ein Recht auf Vertretung sowie ein Recht auf Belehrung (Manuduktionspflicht: § 13a AVG; Rechtsmittelbelehrung: §§ 61f AVG) entnommen werden.²⁶³

Plausibel sind die Überlegungen *Holzingers*, was das Recht auf Parteiengehör zu rechtlichen Fragen anbelangt: Zwar besteht der Gegenstand des Parteiengehörs an sich nur im entscheidungsrelevanten Sachverhalt, jedoch hängt die Sachverhaltsermittlung in vielen Fällen davon ab, dass soweit Klarheit über die Rechtsfrage hergestellt ist, dass erkennbar ist, welche Sachverhaltselemente überhaupt für die Entscheidungsfindung erhoben werden müssen. „Insofern wird sich das Parteiengehör auch auf die rechtlichen Überlegungen erstrecken müssen.“²⁶⁴

(4) *Die prinzipielle Amtswegigkeit des Verwaltungsverfahrens*: Für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren lässt sich bereits aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – der ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit ist – das Gebot prinzipieller Amtsweg-

²⁶² Ebd. 278, FN 38.

²⁶³ Ebd. 278 ff.

²⁶⁴ Ebd. 280. So auch *Thienel*, *Verwaltungsverfahren* 173. Vgl. auch VwSlg. 15701 A/2001: „Das Recht einer Partei, im Zuge des Ermittlungsverfahrens im Sinne der §§ 37 ff AVG gehört zu werden, stellt einen fundamentalen Grundsatz des Verwaltungsverfahrens dar. Dieses Recht auf Parteiengehör erstreckt sich aber nicht bloß auf das im § 45 Abs. 3 AVG ausdrücklich geregelte Recht der Parteien, dass ihnen Gelegenheit geboten werde, von dem Ergebnis einer Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, also sich zum Beweiswert einzelner Beweismittel zu äußern; es steht den Parteien vielmehr frei - und hiezu muss ihnen ausdrücklich Gelegenheit geboten werden - im Ermittlungsverfahren auch ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen, also insbesondere auch eine Äußerung zu den rechtlichen Konsequenzen der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens auf die Lösung des Rechtsfalles abzugeben.“

gigkeit ableiten. So hat eine Behörde bei Vorliegen entsprechender normativer Anordnungen ein Verwaltungsverfahren nicht nur einzuleiten, sondern auch durchzuführen und zu einem Abschluss zu bringen. Sofern ein Verfahren auf Antrag einzuleiten ist, hat die Partei ein subjektives Recht auf Einleitung, Durchführung und Erledigung des Verfahrens – und auch das Recht, einen Antrag wieder zurückzuziehen. In den Grundsatz der *Offizialmaxime* ist der Grundsatz der materiellen Wahrheit eingeschlossen; die für das Beweisverfahren statuierten Prinzipien der freien Beweiswürdigung und der Unbeschränktheit der Beweismittel sind in einem engen Zusammenhang zu sehen.²⁶⁵

(5) *Das Recht auf behördliche Erledigung in Bescheidform sowie auf Mitteilung des Bescheids*: Die Bescheiderlassung ist als vorrangige Form der Erledigung einer Verwaltungssache von zentraler Bedeutung für das System der Rechtsverwirklichung und des Rechtsschutzes im österreichischen Verwaltungsrecht. Dies deshalb, weil an den Bescheidbegriff die verfassungsrechtlich garantierten Institutionen des Rechtsschutzes anknüpfen. Eine Partei hat daher auf der Grundlage des Rechtsstaatsgebots das Recht, dass sie betreffende hoheitliche Verwaltungsakte grundsätzlich in Bescheidform erlassen werden, ihr im Rahmen einer ordnungsgemäßen Zustellung zur Kenntnis gebracht werden und inhaltlich in einer Weise begründet werden, dass die Erwägungsgründe der bescheiderlassenden Behörde nachzuvollziehen sind. Diese Trias – Bescheidform, Zustellung und Begründung – bietet Gewähr dafür, dass eine Partei ihre Rechtsschutzinteressen wahrnehmen kann.

(6) *Der Rechtsschutz*: Der Gedanke des Rechtsschutzes hat eine objektiv-institutionelle und eine subjektiv-berechtigende Seite. „Rechtsschutzeinrichtungen sind ein wesentliches Element des Rechtsstaats. Erst durch sie erlangt die inhaltlich differenzierte, positiv-rechtliche Ordnung jene Effektivität, die den Rechtsstaat konstituiert.“²⁶⁶ Das Rechtsstaatsgebot verlangt einerseits nach Rechtsbehelfen, die nach ihrer Zweckbestimmung ein Mindestmaß an faktischer Effektivität aufweisen müssen (z.B. aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln) und andererseits in organisatorischer Hinsicht nach der Einrichtung von Rechtsmittelinstanzen. In Österreich ist dieser organisatorische Anspruch durch einen administrativrechtlichen (ordentlichen) Instanzenzug und durch eine nachträglich kontrollierenden und kassatorisch entscheidenden Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit eingelöst.

²⁶⁵ Holzinger, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 281 ff.

²⁶⁶ Ebd. 286.

Rechtsschutz als subjektives Recht gedacht, gibt einer Partei das Rechtsmittel der Berufung und die außerordentlichen Rechtsbehelfe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Wiederaufnahme des Verfahrens und des Devolutionsantrags gegen Behördensäumnis an die Hand. Nach Erschöpfung des ordentlichen Instanzenzugs kann eine Partei die Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts begehren.

Diesem Katalog an verfassungsrechtlich gebotenen Garantien für das Verwaltungsverfahren schließt sich *Thienel* im Wesentlichen an. Diese Frage braucht für ihn auch gar nicht ins Detail gehend erörtert werden, weil in der Lehre ohnedies Einigkeit über die als essentiell angesehenen Institutionen für das Verwaltungsverfahren herrscht.²⁶⁷ Die vorrangige Frage für ihn besteht darin, wie das Institut des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens vor dem Hintergrund der österreichischen Bundesverfassung begründet werden kann.

Die vom VfGH und von Teilen der Lehre vertretene Begründung (Ableitung der Kriterien des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens aus dem Rechtsstaatsprinzips) wird von ihm wegen der unscharfen Verwendung des Rechtsstaatsprinzips abgelehnt. Es sei nämlich unklar, ob der VfGH damit bloß das rechtsstaatliche Bauprinzip meine (im Sinne von Art. 44 B-VG) oder diesen Begriff in einer weiteren Bedeutung verwende: „Der VfGH scheint den Ausdruck „Rechtsstaatsprinzip“ als *abbreviierendes Kürzel* zu verwenden, mit dem sämtliche aus dem Bundesverfassungsrecht erschließbaren Anforderungen bezeichnet werden, die in der traditionellen staatsrechtlichen Diskussion als rechtsstaatliche Garantie angesehen werden, ohne aber exakt abzugeben, ob es sich dabei um ein unter dem Schutz des Art. 44 Abs. 3 B-VG stehendes Element der verfassungsrechtlichen Grundordnung handelt, oder um eine Anforderung auf der Stufe „einfachen“ Verfassungsrechts.“²⁶⁸

²⁶⁷ So hält *Thienel* fest, dass sich als verfassungsrechtlich garantierter Mindeststandard des Verwaltungsverfahrens jene „in der Lehre als essentiell angesehenen Institutionen [erweisen], nämlich das Recht auf Verfahrensteilnahme der in ihren Rechtspositionen Betroffenen, also Parteistellung und Mitspracherecht (Parteiangehör) im Verfahren, die Pflicht zur Begründung von Bescheiden, ein Mindestmaß an Rechtskraft der behördlichen Entscheidung, sowie ferner außerordentliche Rechtsmittel, durch die schwere Mängel nachträglich noch korrigiert werden können. Die Einrichtung eines Instanzenzugs, der mit ordentlichen Rechtsmitteln durchlaufen werden kann, ist verfassungsrechtlich nicht geboten; wenn aber ein solcher Instanzenzug vorgesehen ist, müssen die Rechtsmittel so ausgestaltet werden, dass sie den Rechtsschutz des einzelnen erleichtern und nicht erschweren.“ *Thienel*, Verwaltungsakt 85 f. Zu den rechtsstaatlichen Institutionen des Verwaltungsverfahrens vgl. ferner *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 780 ff. Vgl. dazu oben S. 107 FN 176.

²⁶⁸ Ebd. 44.

Diese unscharfe Sprachverwendung handelt dem VfGH einmal mehr den Vorwurf ein, sich auf ein nicht näher bestimmtes Prinzip, statt auf konkrete verfassungsrechtliche Normen zu berufen, was nach *Thienel* die Gefahr in sich birgt, dass rechtspolitische Vorstellungen über einen Rechtsstaatsbegriff in die Argumentation einfließen würden, ohne dass überprüft werde, ob diese Vorstellungen dem positiven österreichischen Verfassungsrecht zugrunde liegen würden. Welche Schranke dem einfachen Gesetzgeber durch die Verfassung und dem Verfassungsgesetzgeber durch die verfassungsrechtliche Grundordnung gezogen seien, könne nicht durch Berufung auf ein staatstheoretisches Prinzip, sondern nur durch Auslegung der Verfassung ermittelt werden. Vieles von dem, was der VfGH zum Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips erkläre, lasse sich bei methodenbewusster Interpretation als Inhalt konkreter Verfassungsnormen erkennen. Bei der Ermittlung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens sei freilich nicht bei einem „primitiven Wortsinnpositivismus“ Halt zu machen. Vielmehr sei auf systematische und historische Zusammenhänge Bedacht zu nehmen – der Verfassungsgesetzgeber sei schließlich erkennbar von einem bestimmten Vorverständnis rechtsstaatlicher Anforderungen ausgegangen, das sich in den konkreten Regelungen niederschlage.²⁶⁹

Damit ist der Begründungsweg vorgegeben: *Thienel* argumentiert unter Berufung auf *Pesendorfer*²⁷⁰, dass sich die österreichische Bundesverfassung durch ein zweigliedriges Rechtsschutzsystem auszeichne, dem administrativen Verwaltungsverfahren und der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, womit zwei politische Leitvorstellungen ihre Umsetzung gefunden hätten: der Gedanke des Rechtsstaats und der Gedanke der Gewaltenteilung.²⁷¹ Bei der Einrichtung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sei der historische Verfassungsgesetzgeber davon ausgegangen, dass dem höchstgerichtlichen Rechtsschutz ein justizähnliches Verfahren bei den Verwaltungsbehörden vorgeschaltet sei, das den Grundsätzen des AVG entspreche (dies ergebe sich auch aus dem engen zeitlichen Zusammenhang zwi-

²⁶⁹ Ebd. 44 f. Dazu kritisch *Oberndorfer*, Rechtsstaat auf der Probe 717 f: Wenn der VfGH auf das Rechtsstaatsprinzip rekurriert, so sei dieses Prinzip nicht bloß als ein „abbreviierendes Kürzel“ zu verstehen, das es in einer ausführlicheren verfassungsnormbezogenen Analyse erst aufzuschlüsseln gelte. Vielmehr müsse das Rechtsstaatsprinzip als ein heuristisches Prinzip verstanden werden, das als Strukturgedanke der Bundesverfassung als Maßstab für die verfassungsrechtliche Prüfung einfacher Gesetze herangezogen werden könne. Ohne auf die Idee des Rechtsstaates Bezug zu nehmen, sei es kaum möglich, aus einzelnen verfassungsgesetzlichen Normen jene Schlussfolgerungen abzuleiten, die der VfGH in seiner Rechtsstaatsjudikatur gezogen habe.

²⁷⁰ *Wolfgang Pesendorfer*, Die Rechtsstellung des von einem bevorzugten Wasserbau berührten Grundeigentümers, ZfV 1979, 7 ff.

²⁷¹ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsakt 73 ff.

schen der Kodifikation des AVG und der B-VG-Novelle 1925). Dies umso mehr, weil das Verfahren vor dem VwGH und VfGH nur eine nachträgliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns bieten könne.²⁷² Diese Vorannahme drücke sich in Art. 131, 132, 141 lit. e und 144 B-VG aus. Aus diesen Bestimmungen – und nicht „aus dem mit dem Zweifel der Leerformelhaftigkeit behafteten Rechtsstaatsprinzip“²⁷³ können die Mindeststandards des administrativen Rechtsschutzes mittels systematisch-historischer Auslegung gewonnen werden, der geboten werden muss, wenn sich der höchstgerichtliche Rechtsschutz nicht leer laufen soll.

Thienel räumt allerdings ein, dass neben dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem noch weitere verfassungsrechtliche Determinanten für die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens zu beachten sind: So kann es als Auftrag des Legalitätsprinzips gesehen werden, dass ein gesetzlich geregeltes Verwaltungsverfahren (mit Mitspracherechten für die Partei) eingerichtet werden muss, damit die Verwaltung die materiellen Rechtsvorschriften richtig anwenden kann, und eine diesbezügliche höchstgerichtliche Prüfung möglich wird: „Das Verwaltungsverfahren stellt in gewisser Weise die Brücke zwischen dem Legalitätsprinzip (Art. 18 B-VG) und der gerichtlichen Nachprüfung (Art. 129 ff B-VG) dar, weil erst ein solches Verfahren es ermöglicht, dass VwGH und VfGH nachprüfen können, ob die Verwaltung die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen korrekt erhoben und den Sachverhalt rechtlich zutreffend beurteilt hat.“²⁷⁴ Auch der Gleichheitssatz determiniert das Verwaltungsverfahren: „Nur ein gesetzlich geregeltes Verwaltungsverfahren mit ausreichenden Mitspracherechten der Betroffenen kann sicherstellen, dass die Gesetze auch wirklich gleichmäßig auf alle Betroffenen angewendet werden. Nur die Formalisierung des Verfahrens bietet Gewähr gegen ein willkürliches Vorgehen der Verwaltung.“²⁷⁵

²⁷² Die bloß nachprüfende Kontrolle mache deutlich, „dass in diesem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem ein rechtlich geregeltes, geordnetes Verwaltungsverfahren unabdingbar ist, in dem dem in seinen Rechten Betroffenen ein ausreichendes Mitspracherecht zukommt. Nur das förmliche Verwaltungsverfahren, in dem dem Betroffenen ausreichende Mitspracherechte eingeräumt sind, stellt sicher, dass die subjektiven Rechte schon dort verwirklicht werden, wo Verfassung und Gesetz sie verorten: Im Bereich der Verwaltung.“ *Thienel*, Verwaltungsakt 81.

²⁷³ Ebd. 90.

²⁷⁴ Ebd. 82.

²⁷⁵ Ebd. 83. *Thienel* identifiziert in seiner Analyse noch eine Reihe anderer verfassungsrechtlicher Normen, die je nach Verfahrensthema für die verfahrensrechtliche Determinierung von Relevanz sein können. Vgl. dazu ausführlich ebd. 86 ff.

Wie oben ausgeführt kritisiert *Thienel* die widersprüchliche Rspr des VfGH zur Frage der Parteistellung. Für ihn ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere aus dem höchstgerichtlichen Rechtsschutzsystem, ein verfassungsrechtlich garantiertes subjektives Recht auf Parteistellung: „Wenn man erkennt, dass im gewaltenteilenden Rechtsschutzsystem des B-VG der effektive Rechtsschutz schon durch das Verwaltungsverfahren gewährleistet sein muss, hat dies notwendigerweise Konsequenzen für die Zuerkennung der Parteistellung und die Ausgestaltung der Parteirechte: Alle Personen, die durch den zu erwartenden Bescheid in ihren Rechtspositionen betroffen sind, müssen die Möglichkeit der Verfahrensteilnahme mit entsprechenden Verfahrensrechten haben.“²⁷⁶

V. Exkurs: Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

Die Mitgliedschaft Österreichs bei der Europäischen Union und der damit verbundene Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts haben nicht nur Auswirkungen auf das materielle Verwaltungsrecht, sondern auch auf das Verwaltungsverfahrensrecht. Das ergibt sich aus der Notwendigkeit eines europaweit einheitlichen Vollzugs des Gemeinschaftsrechts.

Dabei ist zwischen folgenden Vollzugsmodellen zu unterscheiden: Das Recht der Europäischen Gemeinschaften kann im *direkten Vollzug* von Gemeinschaftsorganen durchgesetzt werden, was allerdings selten vorgesehen ist. Zumeist wird Gemeinschaftsrecht durch die innerstaatlichen Organe der Mitgliedsstaaten vollzogen (man spricht hier von *indirektem Vollzug*). Unmittelbar anzuwendendes Gemeinschaftsrecht – wie insbesondere Verordnungen – im *unmittelbaren Vollzug* und Gemeinschaftsrecht, das in nationales Recht umgesetzt werden muss (vor allem Richtlinien), im *mittelbaren Vollzug*.²⁷⁷

Dabei bleibt es grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen, die Organisations- und Verfahrensvorschriften für den Vollzug des Gemeinschaftsrechts bereit zu stellen. Nach herrschender Ansicht hat die EG nämlich keine Regelungskompetenz zur Schaffung allgemeiner Organisations- und Verfahrensvorschriften für die indirekte Vollziehung des Gemeinschafts-

²⁷⁶ Ebd. 91.

²⁷⁷ Vgl. *Gerhart Holzinger/Martin Köhler*, Verwaltungsverfahrensrecht² (2001) 9; *Theo Öhlinger/Michael Potacs*, Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht³ (2006) 101 ff, *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 60; *ders.*, Verwaltungsakt 88 f; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 31/2; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 22.

rechts.²⁷⁸ Nur partiell wurden in bestimmten Regelungsbereichen zusammen mit den materiellen Rechtsvorschriften auch verbindliche Verfahrensvorschriften festgelegt.²⁷⁹ Das Asylwesen ist einer der wenigen Bereiche, in denen die Union nicht nur durch einzelne Rechtsvorschriften Einfluss auf das Verfahren nimmt, sondern überhaupt für den Ablauf des gesamten Asylverfahrens einheitliche Mindeststandards festlegt.²⁸⁰ Wenn allerdings keine gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das Verfahren bestehen (der weitaus häufigste Fall)²⁸¹, ist das Gemeinschaftsrecht nach den nationalen Verfahrensregeln zu vollziehen.²⁸² Allerdings gelten dabei Einschränkungen: Der EuGH hat in einer langjährigen Rspr zahlreiche Grundsätze für die Vollziehung von Gemeinschaftsrecht entwickelt, die von den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind:

Das mitgliedstaatliche Verfahrens- und Organisationsrecht muss effizient sein und darf die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts weder erschweren noch praktisch verunmöglichen (Effizienzgebot). Genauso wenig dürfen die formalen Rechtsvorschriften nicht ungünstiger als in anderen innerstaatlichen Verfahren ausgestaltet sein und sind ohne Diskriminierung anzuwenden (Äquivalenzgrundsatz, Diskriminierungsverbot).²⁸³

Von besonderer Wichtigkeit für unsere Überlegungen sind die vom EuGH entwickelten Rechtsgrundsätze über den Ablauf eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens. Der EuGH ist dabei bemüht, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den beiden Prinzipien der Rechtsrichtigkeit und der Rechtssicherheit zu finden. So ist etwa der Eingriff in rechtmäßige Verwaltungsakte, der zur Wahrung der Rechtsrichtigkeit geboten sein kann, nur dann zulässig, wenn im Fall einer Begünstigung die öffentlichen Interessen die Interessen des einzelnen ü-

²⁷⁸ Vgl. *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I* 22.

²⁷⁹ Vgl. etwa für den Bereich des Migrationsrechts: Art. 10 und 20 RL 2003/109/EG (Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen), Art. 18 und Art. 19 RL 2004/114/EG (Zulassung eines Drittstaatsangehörigen zum Studium), Art. 21 RL 2003/9/EG (Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern).

²⁸⁰ Im Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 haben die EU Staats- und Regierungschefs eine weitgehende Vergemeinschaftung der bislang nationalstaatlichen Asyl- und Migrationspolitik beschlossen. Als ein Regelungsziel ist in Art. 63 EGV die Schaffung von „Mindestnormen für die Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft“ ausgewiesen. Eine entsprechende Richtlinie wurde am 1. Dezember 2005 beschlossen (RL 2005/85/EG). Die Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten hat innerhalb von zwei Jahren bis zum 13. Dezember 2007 zu erfolgen.

²⁸¹ Von einer umfassenden Kodifikation des Verfahrensrechts ist die Gemeinschaft noch weit entfernt. Vgl. *Öhlinger/Potacs*, *Gemeinschaftsrecht* 144.

²⁸² Vgl. EuGH Slg. 1983, 2633 (Milchkontor). Vgl. *Rudolf Streinz*, *Europarecht*⁷ (2005) Rz 482.

²⁸³ Vgl. *Öhlinger/Potacs*, *Gemeinschaftsrecht* 128 f; *Streinz*, *Europarecht* Rz 483; *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I* 22.

berwiegen.²⁸⁴ Ermessensentscheidungen müssen einer nachprüfenden Kontrolle unterliegen, bei Eingriffen ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei mehreren zur Verfügung stehenden Alternativen die am wenigsten belastende Maßnahme zu wählen.

An allgemeinen Verfahrensprinzipien zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit hebt der Gerichtshof u.a. hervor: Die Gewährung von rechtlichem Gehör, die Verpflichtung zur Begründung von Einzelfallentscheidungen, der Amtsermittlungsgrundsatz (entspricht weitgehend der *Offizialmaxime* und dem Grundsatz der materiellen Wahrheit), das Gebot des Vertrauensschutzes (insbesondere bei rückwirkenden Entscheidungen), der Grundsatz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs, etc.²⁸⁵

Für Österreich bedeutet dies, dass bei der Anwendung des österreichischen Verwaltungsrechts beim indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht stets darauf zu achten ist, dass den judizierten Verfahrensgrundsätzen des EuGH Rechnung getragen wird. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verpflichtet dabei zu einer gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation von Verfahrensvorschriften oder – falls dies nicht möglich ist – zur Außerachtlassung dieser.²⁸⁶

VI. Zwischenergebnis

In der österreichischen Rechtsordnung gibt es weder eine Legaldefinition, was unter einem rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren zu verstehen ist, noch eine Zentralbestimmung, in der seine wesentlichen institutionellen Garantien normiert wären. Allerdings ergeben sich aus unterschiedlichen verfassungsgesetzlichen Einzelbestimmungen und Verfassungsprinzipien Determinanten, die als rechtsstaatliche Vorgaben verstanden werden können und den Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrensrechts wesentlich einschränken. Dies sind insbesondere das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG), der Gleichheitssatz und das sich daraus ergebende Sachlich-

²⁸⁴ Vgl. *Holzinger/Köhler*, Verwaltungsverfahrensrecht 10 f.

²⁸⁵ Dazu ausführlich *Holzinger/Köhler*, Verwaltungsverfahren 10 ff. Siehe auch *Gerte Reichelt*, Europarecht (2004) 34 ff; *Streinz*, Europarecht Rz 369; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 61; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 31/3; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 23.

²⁸⁶ *Holzinger/Köhler*, Verwaltungsverfahrensrecht 22. Zu Fällen, wo es zu einer Kollision zwischen den österreichischen Verfahrensvorschriften und den gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen kommen kann vgl. *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 23 ff.

keitsgebot (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG), der Grundsatz der Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts (Art. 11 Abs. 2 B-VG) und das Rechtsstaatsgebot.

Eine Untersuchung der Rspr des VfGH zeigt, dass es zwischen diesen Prinzipien zu Überschneidungen kommt. In vielen Fällen können Verstöße gegen das Institut des fairen Verwaltungsverfahrens mit einer Verletzung von mehreren dieser Prinzipien begründet werden. In jüngerer Vergangenheit tendiert der VfGH dazu, die Vorgaben für ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren hauptsächlich aus dem Rechtsstaatsgebot abzuleiten, während er diese in der Vergangenheit eher aus dem Gleichheitssatz gewonnen hat. Alternativ stützt der VfGH seine Rspr auch auf Art. 11 Abs. 2 B-VG, dessen Regelungsziel die Bewahrung der Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts ist, was insofern Reflexwirkungen für die Judikatur zum rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren hat, weil damit das im AVG determinierte Verfahrensprogramm und dessen rechtsstaatliche Garantien zum zentralen Bezugspunkt erhoben werden.

Da der VfGH die Mindeststandards für ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren anhand zahlreicher Einzelentscheidungen entwickelt hat und gegenwärtig auch weiterentwickelt, ergibt sich insgesamt ein recht kasuistisches Bild, das nicht immer frei von Widersprüchen ist. Trotzdem lassen vor dem Hintergrund dieser Rspr zentrale Verfahrensgarantien identifizieren, die das Wesen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ausmachen. Diese können als Grundlage herangezogen werden, um das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren von seinen Institutionen her zu bestimmen. Zusammengefasst sind das u.a. folgende Verfahrensgarantien, die sich aus den verfassungsrechtlichen – und im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts europarechtlichen – Vorgaben ergeben:

- Klare Regelung der Zuständigkeit einer Behörde (strikte Zuständigkeitsgrenzen, Verbot konkurrierender Zuständigkeiten)
- Unbefangenheit des Entscheidungsorgans
- Gebot der Amtswegigkeit (Offizialmaxime) und der materiellen Wahrheit
- Bindung an den Antrag einer Partei (bei einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren)
- Wahrung der Persönlichkeitsrechte einer Verfahrenspartei
- Recht auf einen gewählten Vertreter
- Gewährung von Parteiengehör
- Recht auf Akteneinsicht und Information vom Ergebnis einer Beweisaufnahme

- Uneingeschränkte Kognitionsbefugnis des Entscheidungsorgans und Unbeschränktheit der Beweismittel (die Beschränkung, keine neue Tatsachen oder Beweismittel im Berufungsverfahren vorbringen zu dürfen, ist nur in Ausnahmefällen zulässig).
- Verbot der Verweigerung einer Sachentscheidung
- Bindung an die Bescheidform für Einzelfallentscheidungen
- Verpflichtung zur Begründung des Bescheids
- Ordnungsgemäße Zustellung des Bescheids
- Faktisch wirksamer Rechtsschutz von Rechtsmitteln (aufschiebende Wirkung, Mindestdauer der Rechtsmittelfrist von einer Woche)
- Bindung an die Rechtskraft einer Entscheidung (Wiederaufnahme des Verfahrens nur in besonders begründeten Ausnahmefällen)
- Gewährung der außerordentlichen Rechtsmittel der Wiederaufnahme und der Wieder- einsetzung

Diese Mindeststandards haben allgemeine Geltung. Zwar ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich erlaubt, unterschiedliche prozedurale Ordnungssysteme für verschiedene Regelungsbereiche zu schaffen, wenn die Bestimmungen des AVG nur subsidiär oder gar nicht anzuwenden sind oder wenn vom AVG abweichende Verfahrensvorschriften zur Regelung des Gegenstandes unerlässlich sind. In allen Fällen müssen allerdings die oben aufgezählten institutionellen Garantien gewahrt werden: Ein Abweichen vom Konzept des rechtsstaatlichen Verwaltungs- verfahrens – etwa aus Effizienzgründen – ist nicht zulässig. Unfaire Verfahrensbestimmungen sind auch dann nicht akzeptabel, wenn im selben Verfahren dafür andere Verfahrensbestim- mungen über den Mindeststandards liegen.

Diese Verfahrensgrundsätze werden nicht nur vom VfGH, sondern auch von der herrschenden Lehre als fundamentale Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens anerkannt. Die Rspr des VfGH sieht sich jedoch auch Kritik ausgesetzt. Bemerkenswert ist, dass der VfGH in ständiger Rspr betont, dass das Antragsrecht auf Übergang der Entscheidungspflicht auf die Oberbehörde wegen der Untätigkeit oder Säumnis einer Verwaltungsbehörde (Devolution- antrag) kein fundamentaler Verfahrensgrundsatz ist. Diese Ansicht scheint deshalb als ver- fehlt, weil das Rechtsschutzinteresse einer Partei bei der Untätigkeit einer Behörde dasselbe ist wie im Fall eines negativen Bescheids: In beiden Fällen bleibt die von der Partei er- wünschte stattgebende Erledigung ihres Antrags aus. Nimmt man an, dass das Rechtsstaats- gebot nach einem faktisch effektiven Rechtsschutz verlangt, wird man folgern müssen, dass in

Fällen, in denen der Gesetzgeber einen Instanzenzug eingerichtet hat, einer Partei nicht nur das Rechtsmittel der Berufung, sondern auch ein wirksamer Rechtsbehelf gegen die Untätigkeit der Entscheidungsbehörde an die Hand zu geben ist.

Beinahe einhellige Kritik vonseiten der Lehre wird der Rspr des VfGH zur Frage der Parteistellung entgegen gebracht: In ständiger Rspr vertritt der Höchstgerichtshof die Auffassung, dass weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus einer anderen verfassungsrechtlichen Bestimmung ein subjektives Recht auf Parteistellung abgeleitet werden könne. Einzig der Gleichheitssatz könne in besonderen Fällen zur Gewährung von Parteirechten verpflichtet. Dass diese Auffassung in einem Widerspruch zum Rechtsstaatsgebot steht, wird zutreffend mit u.a. folgenden Argumenten begründet: Vor dem Entstehungshintergrund des Verwaltungsverfahrensrechts und der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien betrachtet, die mit dem zuvor herrschenden polizeistaatlichen Denken brechen, muss man annehmen, dass dem einzelnen ein Mindestmaß an Berechtigungen gewährt werden muss, das ihn zum Rechtssubjekt erhebt und nicht bloß als Objekt des staatlichen Verwaltungshandelns erscheinen lässt. Immer dann, wenn eine Norm dem Schutz individualisierter Interessen dient, ist es daher aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, seine Interessen wirksam durchzusetzen. Das wird durch die Einräumung der Parteistellung und durch die Gewährung der damit verbundenen Parteirechte erreicht.

Nimmt man dagegen – wie der VfGH – an, dass es dem Gesetzgeber weitgehend frei gestellt ist, Parteirechte überhaupt oder in einem bestimmten Ausmaß zu gewähren, so führt dies zu einem inneren Widerspruch im Konzept des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens: Die Form des individuellen Verwaltungshandelns ist der Bescheid, der an eine Partei zu adressieren ist. Ein Bescheid ohne jede Parteistellung ist nach dem Rechtsschutzkonzept des B-VG und des AVG undenkbar. Die Institute des Bescheids und der Partei sind daher untrennbar miteinander verbunden. Immer dann, wenn ein Verfahren mit Bescheid erledigt wird, ist dem Bescheidadressaten Parteistellung einzuräumen und damit verbunden die fundamentalen Parteirechte (Parteiengehör, Akteneinsicht, Rechtsmittellegitimation, etc). Negiert man dagegen das Recht auf Parteistellung, laufen die vom VfGH judizierten fundamentalen Verfahrensgarantien letztlich ins Leere, weil der Zutritt zu diesen Garantien nur über die Einräumung der Parteistellung führt.

Konsequent zu Ende gedacht führen diese Überlegungen zu einem verfassungsrechtlich garantieren subjektiven Recht auf Parteistellung in einem rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren. Dass der VfGH im Widerspruch zu seiner sonstigen Rechtsstaatsjudikatur ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Parteistellung im Besonderen und ein Grundrecht auf ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren im Allgemeinen ablehnt, dürfte seine Ursache weniger in dogmatischen Erwägungen als in der Befürchtung haben, dass es damit zu einer Überlastung des Höchstgerichtshofs kommen könnte.

Tatsächlich muss man davon ausgehen, dass – gesetzt den Fall es gäbe ein Grundrecht auf ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren – grundsätzlich jeder rechtswidrige Verwaltungsakt in die Sphäre dieses verfassungsrechtlich garantierten Grundrechts hineinragt. Damit könnte grundsätzlich jeder letztinstanzliche (potentiell) rechtswidrige Bescheid beim VfGH gem. Art. 144 B-VG angefochten werden, was nicht nur zu einer völligen Überlastung des Höchstgerichtshofs führen, sondern auch dem Rechtsschutzkonzept des B-VG zuwiderlaufen würde, weil die Prüfung von Bescheiden auf ihre Rechtskonformität Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist. Diese Problematik kann allerdings dadurch entschärft werden, dass der VfGH – wie er dies auch im Anwendungsbereich der oben angeführten prozeduralen Grundrechte tut – nur jene Grundrechtsbeschwerden zulässt, die entweder einen gravierenden Verstoß gegen das Grundrecht aufzeigen oder von denen die Klärung einer bislang noch ungeklärten verfassungsrechtlichen Frage zu erwarten ist. Ansonsten kann die Behandlung der Beschwerde an den VwGH abgetreten werden.

Der Wert eines Grundrechts auf ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren läge damit weniger in der Erweiterung des Individualrechtsschutzes gegen rechtswidrige Vollzugsakte der Verwaltung, sondern darin, dass mit diesem Grundrecht positive staatliche Gewährleistungspflichten verbunden wären, die den Gesetzgeber zur Normierung entsprechender rechtsstaatlicher Verfahrenssysteme verpflichten würden. Die sich bislang aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen ergebenden Vorgaben für ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren könnten damit in einem Grundrecht zusammengeführt werden. Die grundrechtliche Absicherung des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens würde dieses auf die Ebene des Zivil- und Strafverfahrens heben und den Grundsatz des fair trial für alle drei Prozessrechte verfassungsrechtlich festschreiben.

Zuletzt wurde die Frage einer grundrechtlichen Absicherung des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens im Rahmen des zur Vorbereitung einer grundlegenden Verfassungsreform eingesetzten Österreich-Konvents thematisiert. Im Ausschuss IV zur Erarbeitung eines Grundrechtskatalogs wurden zahlreiche Textvorschläge für eine Neufassung der grundrechtlich garantierten Verfahrensrechte präsentiert, wobei in mehreren Textvorschlägen auch Garantien für das Verfahren bei Verwaltungsbehörden präsentiert wurden.²⁸⁷ Dem Grundrechtsausschuss ist es allerdings aufgrund des knappen Zeitplans und der widerstreitenden Interessen nicht gelungen, am Ende seiner Tätigkeit einen konsentierten Grundrechtskatalog vorzustellen. Der mangelnde politische Wille und die fehlende Dringlichkeit werden es auch in den nächsten Jahren nicht einfach machen, das Projekt einer Verfassungsreform mit der Kodifikation eines einheitlichen Grundrechtskatalogs zu realisieren. Daher ist eine verfassungsrechtliche Absicherung der Mindeststandards des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens in näherer Zukunft nicht zu erwarten.²⁸⁸

Damit werden die Garantien für ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren auch weiterhin ihre Fortentwicklung durch die Judikatur des VfGH erfahren. Was bislang noch aussteht, und von Kritikern wie Befürwortern der Rechtsstaatsjudikatur gleichermaßen eingefordert wird, ist eine fundierte Begründung, die die dahinter stehenden Konzeptionen transparent und diese Judikaturlinie damit berechenbar macht. Nicht übersehen werden darf allerdings, dass der VfGH in seiner jüngeren Rspr durchaus um die Klarstellung bemüht ist, dass er seine Überlegungen zum rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren auf das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem stützt. Auch *Thienel* hat nachgewiesen, dass rechtsstaatliche Mindeststandards für das administrative Verwaltungsverfahren direkt aus dem verfassungsrechtlich normierten höchstgerichtlichen Rechtssystem durch systematisch-historische Interpretation abge-

²⁸⁷ Siehe dazu näher: Anlage D zum Bericht Ausschuss IV vom 03.06.2004 (GZ: 10/AUB-K) S. 79; Ergänzender Bericht des Ausschusses IV vom 22.11.2004 (GZ: 22/AUB-K) S. 109 ff. [die Berichte sind online unter www.konvent.gv.at abrufbar; Abfrage: 20.6.2006].

²⁸⁸ Anders dagegen auf europäischer Ebene, wo Art. 41 der Grundrechtscharta das Recht auf eine gute Verwaltung normiert: (1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von den Organen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden. (2) Dieses Recht umfasst insbesondere das Recht einer jeden Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird; das Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses; die Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen. (3) Jede Person hat Anspruch darauf, dass die Gemeinschaft den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ersetzt, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. (4) Jede Person kann sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe der Union wenden und muss eine Antwort in derselben Sprache erhalten.

leitet werden können. Allerdings wäre es zu kurz gegriffen, das Rechtsstaatsgebot bloß als die Summe verschiedener verfassungsrechtlich normierten Einzelgewährleistungen begreifen zu wollen. Der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit ist vielmehr ein Strukturprinzip der österreichischen Verfassung, dessen Konkretisierung für Fragen der verfahrensrechtlichen Mindeststandards nicht im Sinne einer traditionellen juristischen Interpretation auf deduktivem Weg durch die Anwendung eines engen Methodenkanons erlangt werden kann.

Damit ist auch der eigentliche Grund für die kontroverielle Diskussion des Rechtsstaatsprinzips in der Lehre angesprochen: Während die vom VfGH erkannten fundamentalen Verfahrensgarantien im Wesentlichen von allen Seiten anerkannt werden, schafft ihre Begründung jenes Konfliktpotential, das die Jurisprudenz in zwei Lager spaltet: Auf der einen Seite die Verfechter eines rein formalen Rechtsstaatsbegriffs, die für eine strenge Auslegung der Verfassung plädieren, auf der anderen Seite die Vertreter des materiellen Rechtsstaatsbegriffs, die die Verfassung als normative Wertordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens begreifen und für eine wertorientierte Verfassungsinterpretation eintreten. Der Streit ist daher kein Streit um die verfahrensrechtlichen Institutionen, sondern ein Streit um theoretische Überzeugungen, was eine Versöhnung der unterschiedlichen Positionen schwierig erscheinen lässt.

VIERTER TEIL

Begründung des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens

Was ist das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren? Auf diese Frage habe ich mich bisher auf drei unterschiedlichen Pfaden zubewegt: Zunächst ging es um die begriffliche Klärung der Ausdrücke ›Rechtsstaat‹ und ›Verfahren‹, um in einem zweiten Anlauf das rechtliche Verfahren von seiner Entwicklung und seinen Funktionen her zu erklären. In einem dritten Schritt wurden die verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Determinanten des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens vor dem Hintergrund der Rspr des VfGH freigelegt. In diesem Teil geht es nun darum, die bisherigen Ergebnisse zusammenzuführen und für die Ausgangsfrage eine allgemeingültige Antwort zu finden.

Dazu ist es notwendig, die Fragestellung zu präzisieren. Die Frage „Was ist das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren“ kann einmal nach dem Inhalt und einmal nach der Form gestellt werden. Die Frage nach dem Inhalt verlangt nach einer Antwort, die das Wesen des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens benennt. Die Frage nach der Form begehrt dagegen Auskunft, als welcher Rechtstypus dieses Institut zu qualifizieren ist. Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, weil mit der Frage nach dem Rechtstypus auch die Frage nach der Geltung gestellt wird. *Wer in einem juristischen Verständnis eine Begründung für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren einfordert, verlangt damit Auskunft zu zwei Fragen: Was ist der Inhalt und was die Geltung des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens?*

Das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren auf den Begriff zu bringen, bedeutet, es in seinen Eigenschaften möglichst allgemein zu bestimmen. Dem Kriterium der Allgemeinheit genügt eine deskriptive Darstellung genauso wenig wie eine exemplarische Aufzählung seiner Verfahrensinstitute. Vielmehr ist es das Ziel, über diese im Zweiten und Dritten Teil unternommenen Erklärungsversuche hinauszugehen und nach einer generellen Begründung zu suchen. Diese Begründung muss rechtliche Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen können, d.h. Geltung und Inhalt des Instituts des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens nicht nur aus moralischer, sondern aus rechtlicher Perspektive nachweisen. Dafür werde ich folgende Begründungsschritte unternehmen: Zunächst soll nachgewiesen werden, dass das Institut des rechts-

staatlichen Verwaltungsverfahrens als ungeschriebenes Verfassungsprinzip aufgefasst werden kann (I.). Die Geltung dieses Prinzips lässt sich weder empirisch noch durch einen Deduktions- oder Induktionsschluss nachweisen. Vielmehr bietet sich eine reflexive Beweisführung an, die versucht, jene unhintergehbaren Annahmen freizulegen, auf die wir uns stets stützen müssen, wenn wir uns auf das Recht im Allgemeinen und auf das Verfahren im Besonderen beziehen (II.). Ausgangspunkt bildet dabei die Erkenntnis, dass Recht ohne Verfahren seiner Anwendung nicht zu denken ist. Wenn wir uns sinnvoll auf das rechtliche Verfahren beziehen, müssen wir nicht nur ein Minimum an institutionellen Rahmenbedingungen voraussetzen, sondern auch die notwendige Geltung gehaltvoller Grundsätze. Ich werde zunächst die Grundsätze der Richtigkeit, Fairness und Effektivität als Inhalt des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ausweisen, um in weiteren Schritten die Geltung, den Inhalt und die verfahrensrechtliche Implikationen für jeden dieser Grundsätze näher zu bestimmen (III.).

I. Prinzipien als Normen der Rechtsordnung

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass es im österreichischen Bundesverfassungsrecht keine allgemeine Rechtsschutzklausel gibt. Zwar determinieren unbestreitbar einzelne Verfassungsnormen rechtsstaatliche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren, jedoch fehlt es an einer Art. 6 bzw. Art. 13 EMRK oder Art. 19 Abs. 4 GG vergleichbaren Bestimmung. Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht eine ungeschriebene allgemeine Rechtswegegarantie für die österreichische Rechtsordnung angenommen werden kann. Die Judikatur des VfGH weist in diese Richtung.¹ Im Folgenden soll nachgewiesen werden, dass für den Vollzug des Verwaltungsrechts eine solche Rechtswegegarantie als ungeschriebenes verfassungsrechtliches Prinzip besteht. Dieses Prinzip nenne ich das *Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens*. Um die Geltung dieses Prinzips zu beweisen, werde ich zunächst auf die Geltung und den Normencharakter von (ungeschriebenen) Rechtsprinzipien im Allgemeinen eingehen.

1. Die Rechtsordnung als System von Regeln und Prinzipien

Die Geltung von verfassungsrechtlichen Prinzipien ist in der österreichischen Rechtsdogmatik umstritten. Dies zeigt sich bereits an der unterschiedlichen Bewertung der Funktion der Grundprinzipien. Außer Streit steht, dass der österreichischen Bundesverfassung Grundprinzipien zugrunde liegen, die als fundamentale Grundsätze den Verfassungskern bilden und

¹ Vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 672 f.

unter erhöhtem Bestandsschutz stehen. Anerkannt werden von der herrschenden Lehre das demokratische, rechtsstaatliche, bundesstaatliche, republikanische, gewaltenteilende und das liberale Grundprinzip.² Die Aufhebung oder Veränderung bereits eines dieser Grundprinzipien würde eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken, die der Zustimmung des Bundesvolkes in einer obligatorischen Volksabstimmung gem. Art. 44 Abs. 3 B-VG bedarf. Damit nehmen diese Grundprinzipien den höchsten Rang innerhalb der österreichischen Verfassungsordnung ein.

Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, welche Rolle diese Grundprinzipien bei der Rechtsanwendung einnehmen sollen. Übereinstimmung besteht über die Funktion der Grundprinzipien als *Auslegungsmaxime*: Sämtliche Bestimmungen des „einfachen“ Verfassungsrechts sowie des gesamten Bundes- und Landesrechts sind im Zweifel so zu auszulegen, dass sie mit den Baugesetzen im Einklang stehen. Der VfGH geht in seiner Rspr allerdings weiter und wendet einzelne Grundprinzipien auch als *unmittelbaren Maßstab zur Prüfung* von „einfachen“ Verfassungsnormen und sonstigen Rechtsvorschriften an.³ Besonders umfangreich ist dabei die Rspr zum Rechtsstaatsprinzip.⁴ Tatsächlich liegt die Bedeutung der Grundprinzipien in der österreichischen Verfassungspraxis vor allem darin, als Normen für die Verfassungsrechtssprechung herangezogen zu werden.⁵ Die methodische Zulässigkeit dieser Vorgangsweise ist in der Lehre heftig umstritten. Dies wirft die grundsätzliche Frage nach dem Charakter und der Geltung von Prinzipien in der österreichischen Rechtsordnung auf.

Die von Vertretern des Rechtspositivismus vorgebrachte Kritik an der Rspr des VfGH stützt sich auf zwei Argumente: Das Rechtsquellen- und das Gewaltenteilungsargument. Das Rechtsquellenargument besagt, dass ausschließlich gesatzte Normen zum Verfassungsrecht

² Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundlagen 124 ff; *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgericht 40 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 32 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 62 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 147 ff.

³ 2001 hob der VfGH erstmals eine Verfassungsbestimmung wegen Verletzung des demokratischen und des rechtsstaatlichen Gebots als verfassungswidrig auf (VfSlg. 16.327/2001). Näheres zu „verfassungswidrigem“ Verfassungsrecht vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 10, 88.

⁴ Vgl. oben S.101 ff.

⁵ Anders als man als außenstehender Betrachter vielleicht glauben könnte, führt die Geltung der Grundprinzipien in der Verfassungspraxis nicht dazu, dass grundlegende politische Fragen dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden. Bislang wurde in Österreich nur ein einziges Mal eine obligatorische Volksabstimmung gem. Art. 44 Abs. 3 B-VG durchgeführt, und zwar am 12.6.1994 über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union. Der Grund dafür liegt darin, dass die Frage, wann eine Verfassungsänderung, die ein Baugesetz berührt, die Grenze zur Gesamtänderung überschreitet, insgesamt streng beurteilt wird. Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 65.

gehören.⁶ Nur dann, wenn das positive Verfassungsrecht verletzt ist, kann eine Verfassungswidrigkeit erkannt werden, nicht aber, wenn eine Rechtsvorschrift gegen ein Grundprinzip verstößt, ohne zugleich gesatzte Verfassungsnormen zu verletzen.⁷ Die Anerkennung allgemeiner (ungeschriebener) Rechtsgrundsätze und –prinzipien als Rechtsquelle würde dagegen zu einer beträchtlichen Ausweitung des Entscheidungsspielraums für die Vollziehung führen und die Möglichkeit eröffnen, Recht nicht bloß anzuwenden, sondern selbst zu schaffen. Da die Rechtsetzung allein dem (demokratisch legitimierten) Gesetzgeber vorbehalten sei, würde die Anwendung der Grundprinzipien als Prüfmaßstab für eine Normenkontrolle den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen. Die Funktion der Grundprinzipien beschränke sich daher darauf, Auslegungsmaxime zu sein.⁸

Gegen die rechtspositivistische Konzeption von Recht als geschlossenes System gesatzter Normen wendet sich die Annahme, dass neben Rechtssätzen (Regeln) auch geschriebene und ungeschriebene Rechtsgrundsätze (Prinzipien) zum geltenden Recht gehören. Im deutschsprachigen Raum geht die Distinktion zwischen Norm und Rechtsgrundsatz auf *Esser* zurück.⁹ Breiter Aufmerksamkeit hat diese Unterscheidung allerdings erst durch die grundlegenden Untersuchungen des angloamerikanischen Rechtsphilosophen *Dworkin* erfahren¹⁰, die in der deutschsprachigen Rechtsliteratur vor allem von *Alexy* rezipiert und weitergeführt wurden.¹¹

Nach *Dworkin* besteht ein Rechtssystem aus zwei Arten von Normen: Regeln und Prinzipien. Regeln haben eine konditionale Struktur: Wenn ein bestimmter Tatbestand verwirklicht wird, wird eine bestimmte Rechtsfolge ausgelöst. Sie haben einen binären Code und sind in der Weise eines „Alles-oder-Nichts“ anzuwenden: Wenn die Tatsachen, die eine Regel als Bedingung festsetzt, vorliegen, dann ist die Regel entweder gültig und ist anzuwenden oder sie ist

⁶ Vgl. *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 192 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 100 ff.

⁷ Vgl. *Muzak*, Aufenthaltsberechtigung 5 f

⁸ Vgl. *Jablonek*, Denksporterkennntnis, 192 ff; *Mayer*, B-VG Art. 18 B-VG I.5; *Muzak*, Aufenthaltsberechtigung 5 f; *Thienel*, Verwaltungsakt 42 ff.

⁹ *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1956/4. unveränderte Auflage 1990). Die Theorie Essers hat weite Verbreitung in der Methodenlehre erfahren. Von denen, die den Ansatz Essers übernommen haben, seien hier nur *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 24 ff; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995) genannt.

¹⁰ *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (1978) dt. Übersetzung Ursula Wolf, Suhrkamp (1984).

¹¹ *Robert Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips (1979), in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs (1995); ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (1985), in: Robert Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003) 217 – 233; ders., Theorie der Grundrechte (1985) 71 ff; ders., Begriff und Geltung des Rechts (1992) 117 ff.

nicht gültig und trägt nichts zur Entscheidung bei. Wenn Regeln miteinander in Konflikt stehen, ist dieser Konflikt so zu lösen, dass eine Regel (zumindest teilweise) aufgegeben werden muss. Die Anwendung von Regeln erfolgt in einem logischen Subsumtionsprozess.¹²

Rechtsprinzipien haben eine grundlegend andere Struktur. Zunächst fehlt ihnen die Anordnung einer Rechtsfolge als Konsequenz der Erfüllung von festgelegten Bedingungen. Vielmehr drücken Prinzipien Wertungen aus, die bei der Entscheidungsfindung miteinzubeziehen sind. Ihr allgemeiner Charakter macht es erforderlich, dass sie jedes Mal aufs Neue konkretisiert werden. Das besondere Merkmal von Prinzipien ist ihre relative Geltung: Welches Prinzip in welchem Ausmaß berücksichtigt wird, muss im Einzelfall entschieden werden. Wenn zwei Prinzipien einander widersprechen, bedeutet das nicht, dass ein Prinzip aufgegeben werden muss. Vielmehr ist von Fall zu Fall zu entscheiden, welche Prinzipien für die Entscheidung herangezogen werden. Bleibt ein Prinzip unberücksichtigt, hebt das seine Geltung nicht auf. Die Anwendung von Prinzipien erfolgt in einem Abwägungsprozess.¹³

Alexy hat diesen Ansatz weiterentwickelt und sieht den zentralen Punkt der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien darin, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, „dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind also *Optimierungsgebote*, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt.“¹⁴ Demgegenüber sind Regeln Normen, die entweder nur erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wegen ihrer klaren Anordnung bilden sie den harten Kern der Rechtsordnung.

Das von Rechtspositivisten vorgebrachte Rechtsquellenargument, wonach Prinzipien nicht zum Recht gehören würden, weil sie nicht von einer zuständigen Instanz erlassen worden sind, wird mit einem Verweis auf die Rechtspraxis zu entkräften versucht. Nimmt man die Perspektive eines Teilnehmers am Rechtssystem ein, wie etwa die eines Richters, zeigt sich, dass gerade bei schwierigen Fällen (hard cases) Rechtsfragen nicht allein durch die Subsumtion von Tatsachen unter Regeln gelöst werden können. Dabei handelt es sich nicht bloß um

¹² *Dworkin*, Bürgerrechte 58 ff.

¹³ Ebd.

¹⁴ *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien 224.

seltene Ausnahmefälle, sondern um ein häufiges Problem.¹⁵ Dass dieses Problem tatsächlich vorliegt, ist eine Einsicht, über die zwischen Rechtspositivisten und Nichtpositivisten Einigkeit besteht. Die Gründe für diesen „Offenheitsbereich“ sind vielfältig: Die Vagheit der Sprache des Rechts, die Möglichkeit von Normwidersprüchen, Regelungslücken, etc.¹⁶ Dieses Problem wird durch die Rechtspraxis dadurch gelöst, dass allgemeine Prinzipien herangezogen werden, auf deren Abwägung die Entscheidungsfindung beruht. Diese Wahrnehmung wird von Anhängern des Regel-Prinzipien-Modells als Beweis dafür genannt, dass eine Rechtsordnung eben nicht nur aus Regeln, sondern auch aus Prinzipien besteht, da Recht sonst nicht anwendbar wäre. Bevor ich auf dieses Argument näher eingehe, soll die rechtspositivistische Schlussfolgerung aus dieser Wahrnehmung kurz skizziert werden.

Wenn bei der Entscheidung eines Falls wegen der Unbestimmtheit der anzuwendenden Regeln ausgewählt werden muss, welche von mehreren in Frage kommenden Entscheidungsmöglichkeiten die richtige ist, ist dies nach rechtspositivistischem Verständnis eine Entscheidung, die nicht mehr als Erkenntnis des positiven Rechts, sondern als Willensakt zu beurteilen ist. Dabei einfließende Erwägungen, wie Prinzipien der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, Staatsinteressen, etc. werden als Normen angesehen, die außerhalb des positiven Rechts und damit der Rechtsordnung liegen. Ob diese Prinzipien gelten und wie sie feststellbar sind, könne vom Standpunkt des positiven Rechts aus nicht beantwortet werden. Welche dieser Prinzipien für die Entscheidung herangezogen werden, liege im Ermessen des Entscheidungsorgans. Die Entscheidung sei daher nicht als ein Akt der Rechtserkenntnis, sondern als ein Akt der Rechtsschöpfung zu qualifizieren.¹⁷

Dieser Befund überrascht: Zwar wird eingeräumt, dass in der Rechtspraxis ohne Rückgriff auf allgemeine Prinzipien kein Auslangen zu finden ist, was allerdings nicht dazu führt, dass die Rechtsordnung um diese Prinzipien erweitert wird, sondern dazu, dass der Rechtsanwendung abgesprochen wird, ihre Entscheidungen auf der Grundlage des geltenden Rechts zu treffen. Rechtsanwendung ist in diesem Sinn Rechtsschöpfung. Das Gewaltenteilungsargument muss konsequenterweise aufgegeben werden: So attestiert *Kelsen*, dass zwar ein Unterschied zwi-

¹⁵ Gerade jene Fälle, in denen eine derartige Unklarheit besteht, werden gerichtsanhängig, während Rechtsfragen, für die Regeln klare Anweisungen geben, selten Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung werden. Vgl. *Johann Braun*, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert (2001) 194 ff.

¹⁶ Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 117 ff.

¹⁷ Vgl. insbesondere *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 350 ff; ferner: *Robert Walter*, Philosophische Hermeneutik und Reine Rechtslehre, in: Helmuth Vetter/Michael Potacs (Hrsg.), Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1990) 41 – 52; 48 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 126 f.

schen der Gesetzgebung und der Rechtsprechung besteht, „aber er ist nur ein quantitativer, kein qualitativer, und er besteht nur darin, dass die Bindung des Gesetzgebers [Anm. an die Verfassung] in materieller Hinsicht eine viel geringere ist als die Bindung des Richters, dass jener bei der Rechtsschöpfung verhältnismäßig freier ist als dieser. Aber auch dieser ist ein Rechtsschöpfer und auch er ist bei dieser Funktion relativ frei.“¹⁸

Eine ähnliche Lösung des „hard cases-Problem“ wird vom Regelpositivismus angloamerikanischer Provenienz vorgeschlagen: Wird eine Rechtsfrage nicht durch eine bestimmte Regel abgedeckt, müssen Richter ihr Ermessen betätigen, um den Fall zu lösen, was einen Akt der Gesetzgebung und nicht der Rechtsanwendung darstellt. Dieses Problem relativiert sich allerdings dadurch, dass durch solche Entscheidungen Präjudizien geschaffen werden, die als von einer zuständigen Autorität geschaffene Regeln gelten, auf die sich später andere Richter berufen können bzw. müssen. Auf lange Sicht löst sich daher das Problem der Unbestimmtheit, da durch die fortwährende Erzeugung neuer Regeln entsprechende Grundlagen für die Rechtsanwendung geschaffen werden und die richterliche Freiheit sukzessive in Bindung einmündet.¹⁹

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass positivistische Vertreter anerkennen, dass für die Entscheidungsfindung in Zweifelsfällen auf Prinzipien zurückgegriffen werden muss. Diese Prinzipien sind nach ihrem Verständnis allerdings nicht Teil der Rechtsordnung (außer sie sind als gesatzte Normen ausdrücklich in die Rechtsordnung aufgenommen worden), weshalb die Entscheidung daher kein Fall der Anwendung des positiven Rechts, sondern ein Akt der Rechtsschöpfung ist. Gegen diese Annahme ist einzuwenden, dass die Rolle der Rechtsprechung falsch gedeutet wird. Die Aufgabe eines Entscheidungsorgans ist die Vollziehung der geltenden Gesetze. Soweit allein auf der Grundlage der positiven Regeln eine Entscheidung nicht getroffen werden kann, wird erwartet, dass die für die Entscheidung notwendigen Determinanten im Sinn der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertungen ergänzt werden. Insofern wird eine Bindung des Entscheidungsorgans an die Rechtsordnung angenommen und ihm nicht, wie der Regelpositivismus irrtümlich annimmt, die Kompetenz einer freien Rechtsschöpfung nach seinen letztlich persönlichen Wertvorstellungen eingeräumt. Dies würde nämlich zum Ergebnis führen, dass der geltenden Rechtsordnung, die ja das Verhalten der Bürger steuern soll, in der Rechtspraxis in vielen Fällen kaum Bedeutung

¹⁸ Ebd. 351.

¹⁹ Vgl. *Dworkin*, Bürgerrechte 68 ff; *Braun*, Rechtsphilosophie 195.

zukommt (und nur noch als Anschauungsobjekt einer sich der reinen Rechtserkenntnis hingebenden Rechtswissenschaft dient).²⁰

Eine weitere Ungereimtheit besteht darin, dass die rechtspositivistische These zu einer rückwirkenden Rechtsetzung führt: Wenn ein Entscheidungsorgan Recht nicht mehr anwendet, sondern neu schafft, werden für einen konkreten Fall Normen geschöpft, die zum Zeitpunkt seines Auftretens noch gar nicht in Kraft gestanden sind. Eine Rechtsordnung würde damit keinerlei Berechenbarkeit und Rechtssicherheit bieten können – was in einem diametralen Widerspruch zum positivistischen Rechtsbegriff steht.²¹

Diese Kritikpunkte lassen erkennen, dass die rechtspositivistische Annahme, wonach Prinzipien als außerrechtliche Wertungsmaßstäbe zu qualifizieren sind, zu eigentümlichen Ergebnissen führt. Diese Erkenntnis allein ist allerdings nicht ausreichend, um die Zugehörigkeit von Prinzipien zum Recht nachzuweisen. Diesen Nachweis versucht *Alexy* dadurch zu erbringen, indem er darlegt, dass eine Rechtsordnung ohne Prinzipien nicht zu denken ist. Die Beweisführung verfolgt dabei folgende Argumentationsstruktur:²²

Alle entwickelten Rechtsordnungen haben einen Offenheitsbereich, das heißt, dass es Zweifelsfälle gibt, in denen ein Entscheidungsorgan nicht allein auf der Grundlage des positiven Rechts entscheiden kann. Trotzdem muss eine Entscheidung getroffen werden. Diese Entscheidung erhebt den Anspruch der rechtlichen Richtigkeit. Ein Zweifelsfall kennzeichnet sich dadurch aus, dass für einen Fall auf der Grundlage der in Frage kommenden Regeln mehrere Lösungen denkbar sind. Aufgabe des Entscheidungsorgans ist es nun, aus den verschiedenen Optionen die angemessene Lösung auszuwählen. Diese Auswahl erfolgt durch eine Abwägung der verschiedenen Optionen. Eine solche Abwägung kann allerdings nur vorgenommen werden, wenn man sich dabei auf Prinzipien stützt: „Der Grund dafür ist, dass eine Abwägung genau dann notwendig ist, wenn gegenläufige Gründe existieren, die jeweils für sich genommen, gute Gründe für eine Entscheidung darstellen und nur deshalb nicht ohne

²⁰ *Bydlinski* hat nachgewiesen, dass das Ausscheiden von Prinzipien aus dem Rechtsbegriff einerseits in die richterliche Dezision führt (*Bydlinski*, Methodenlehre 135 ff) und andererseits einen Bedeutungsverlust für die geltende Rechtsordnung herbeiführt: „Nimmt man den positivistischen Ansatz, wonach Recht und damit taugliche Prämisse richterlicher Entscheidungen nur positives Recht ist, in seiner strengsten Form, so wird das auf diesem Ansatz aufgebaute Rechtssystem praktisch mangels Erkennbarkeit seines Inhalts völlig irrelevant.“ Ebd. 235.

²¹ Vgl. *Braun*, Rechtsphilosophie 197.

²² *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 122 ff.

weiteres zu einer definitiven Entscheidung führen, weil es einen anderen Grund gibt, der eine andere Entscheidung fordert. Derartige Gründe sind entweder Prinzipien oder sie stützen sich auf solche.“²³

Damit ist allerdings erst bewiesen, dass in der Rechtsanwendung in schwierigen Fällen zwingend auf Prinzipien zurückgegriffen werden muss. Diese Erkenntnis wird auch von rechtspositivistischen Vertretern geteilt, die jedoch Prinzipien keine rechtliche Gültigkeit beimessen, sondern sie als außerrechtliche Wertungen beurteilen. Nun könnte man meinen, dass es eigentlich unerheblich ist, ob Prinzipien als rechtliche oder außerrechtliche Prinzipien qualifiziert werden, solange sie nur zur Anwendung kommen. Dem ist nicht so. Ganz im Gegenteil kommt dieser Frage wichtige Bedeutung zu: Wenn Prinzipien Normen der Rechtsordnung sind, dann ist ihre Anwendung verbindlich – werden sie verletzt, liegt eine Rechtsverletzung vor. Nimmt man dagegen an, dass Prinzipien nicht zur Rechtsordnung gehören, dann bleibt es dem Entscheidungsorgan überlassen, zu entscheiden, auf der Grundlage welcher Prinzipien es eine Entscheidung fällt. Diese Entscheidung kann auf der Grundlage des Rechts nicht kritisiert werden (außer, wenn die Bezugnahme auf Prinzipien gar nicht notwendig war, weil die anzuwendenden Regeln hinreichend klar gewesen sind). Zu einer Rechtsverletzung kann es deshalb nicht kommen, weil die außerrechtlichen Prinzipien eben keine Rechtsnormen sind, gegen die verstoßen werden könnte.

Dass von der Rechtspraxis angewendete Prinzipien zur Rechtsordnung gehören, begründet *Alexy* folgendermaßen: Recht ist nicht bloß als ein System von Normen, sondern auch als ein System von Verfahren zu begreifen (Erzeugungs-, Anwendungs- und Vollstreckungsverfahren).²⁴ Die Gründe, die ein Entscheidungsorgan in der Prozedur der Entscheidung und Begründung notwendigerweise berücksichtigen muss, gehören zum Verfahren und damit auch zum Rechtssystem. Dass Prinzipien in rechtlichen Verfahren notwendigerweise berücksichtigt werden müssen, ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliche Richtigkeit. Es ist die rechtliche Verpflichtung eines jeden Entscheidungsorgans, danach zu trachten, eine richtige Entscheidung zu fällen, also den Richtigkeitsanspruch zu erfüllen.²⁵ Aus diesem Anspruch resultiert die Verpflichtung, dass in Zweifelsfällen eine Abwägung und damit die Berücksichtigung von Prinzipien stattfindet: „Damit ist deutlich, dass in allen Rechtssystemen, in denen es zweifel-

²³ Ebd. 123.

²⁴ Ebd. 46 f.

²⁵ Ebd. 64 ff; 129 ff.

hafte Fälle gibt, in denen Abwägungen in Frage kommen, Abwägungen und damit die Berücksichtigung von Prinzipien rechtlich geboten sind. Das bedeutet, dass in allen derartigen Rechtssystemen Prinzipien aus rechtlichen Gründen notwendige Elemente des Rechtssystems sind.“²⁶

2. Die Geltung einzelner Prinzipien

Bisher ist die Geltung von Prinzipien als Normen der Rechtsordnung erst *im Allgemeinen* nachgewiesen. Offen bleibt – und das ist für die Rechtsanwendung von zentralem Interesse – wie es sich mit der *Geltung eines einzelnen Prinzips* verhält, *ob also ein bestimmtes Prinzip als rechtliche Norm zu qualifizieren und damit von der Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist.*

Mit dieser Frage beschäftigt sich *Dworkin*, der zum Ergebnis kommt, dass die Geltung von Prinzipien eine andere Grundlage als die Geltung von Regeln hat. Er geht zunächst auf den rechtspositivistischen Geltungsbegriff ein: Die allgemeine Erkenntnisregel, ob eine Norm gültig ist oder nicht, liegt in der Prüfung ihrer Herkunft: Eine Norm gilt dann als gültig, wenn sie von der zuständigen Institution erlassen wurde bzw. – für den angloamerikanischen Rechtskreis – von Richtern zur Entscheidung von Präzedenzfällen geschaffen wurde. Nach dieser Erkenntnisregel ist es nicht möglich, die Geltung von (ungeschriebenen) Prinzipien nachzuweisen. Nun würde ein Weg darin bestehen, die Erkenntnisregel zu erweitern, so dass mit ihrer Hilfe festgestellt werden kann, ob ein Prinzip zur Rechtsordnung gehört oder nicht. Eine solche Unternehmung lehnt *Dworkin* ab und führt aus, dass die rechtspositivistische Annahme, „dass es nämlich in jedem Rechtssystem einen allgemein anerkannten Test geben wird, mit dem sich feststellen lässt, welche Maßstäbe zum Recht gehören und welche nicht, falsch ist.“²⁷ Dagegen vertritt er die Auffassung, „dass sich in komplizierten Rechtssystemen (...) kein solcher grundlegender Test finden lässt und dass sich (...) nicht letztlich zwischen rechtlichen und moralischen Maßstäben unterscheiden lässt, während der Positivismus auf eine solche Unterscheidung insistiert.“²⁸

Die Gültigkeit eines Prinzips wird dadurch behauptet, „dass wir uns auf ein Amalgam der Praxis und anderer Prinzipien berufen, in dem die Implikationen der Geschichte der Gesetz-

²⁶ Ebd. 125.

²⁷ *Dworkin*, Bürgerrechte 91.

²⁸ Ebd. 91.

gebung und der Rechtsprechung zusammen mit Bezugnahmen auf die Praxis und Vereinbarungen der Gemeinschaft eine Rolle spielen.“²⁹ Ob diese Behauptung auch zutrifft, also ein Prinzip tatsächlich als Rechtsprinzip zu qualifizieren ist, liegt letztlich im „Sinn für Angemessenheit, der sich im juristischen Berufsstand und in der Öffentlichkeit über Zeiten hinweg entwickelt hat.“³⁰ Die rechtliche Geltung eines Prinzips liegt also in seiner Akzeptanz.³¹ Da es keine allgemeine Erkenntnisregel für die Geltung von Prinzipien gibt, kann es auch nicht gelingen, so etwas wie einen geschlossenen Katalog aller geltenden Rechtsprinzipien herauszubilden.³²

Für Rechtspraktiker wie Rechtswissenschaftler mag diese Einsicht unbefriedigend sein. Diese Einsicht zu akzeptieren, heißt nämlich, von der idealisierten Vorstellung Abschied zu nehmen, dass sich die Geltung einer Norm rein über ihre ordnungsgemäße Erzeugung bestimmen ließe. So anziehend diese rechtspositivistische Deutung der Rechtsgeltung auch ist, weil sie Sicherheit und Berechenbarkeit suggeriert, so wenig trifft sie auf das rechtliche System zu. Rechtsgeltung kann nicht bloß auf die Form der Rechtserzeugung zurückgeführt werden. Aus Rechtserzeugungsregeln leiten sich nämlich nur Geltungsansprüche, nicht aber schon Geltung selbst ab. Ob eine Norm gilt, hängt vielmehr auch von ihrer sozialen Wirksamkeit ab. Rechtsgeltung besteht daher im Zusammentreffen von Geltungsanspruch und Verwirklichung desselben.³³

Weder der Geltungsanspruch noch die soziale Wirksamkeit können alleine für sich normative Kraft entfalten, sondern können nur in ihrem Zusammenwirken dem Rechtssystem Geltung verschaffen. Der Ort dieses Zusammenwirkens ist die gesellschaftliche Kommunikation. Rechtsgeltung ist damit, wie *Funk* feststellt, „ein dynamischer, kommunikativ erzeugter Prozess.“ Da Rechtsgeltung nicht nur durch gesellschaftliche Kommunikation generiert wird, sondern auf diese zurückwirkt, sind Rechtsgeltung und gesellschaftliche Kommunikation Prozesse, die in untrennbarer Wechselwirkung stehen: „Rechtsgeltung kann nur im Wege gesellschaftlicher Kommunikation erzeugt und wahrgenommen werden. Gesellschaftliche Kommu-

²⁹ Ebd. 76.

³⁰ Ebd. 82.

³¹ So auch *Alexy*: „Was den Richter bindet und Rechte des Bürgers begründet, gehört zur Rechtsordnung“ *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien 226.

³² *Dworkin*, Bürgerrechte 88.

³³ Vgl. *Funk*, Rechtsgeltung 166 ff.

nikation über Rechtsgeltung beeinflusst diese in stabilisierender oder destabilisierender Weise.“³⁴

Fassen wir zusammen: Jedes komplexe Rechtssystem, also auch die österreichische Rechtsordnung, besteht aus zwei Arten von Normen: Regeln und Prinzipien. Regeln sind Normen, die eine konkrete Rechtsfolge anordnen, Prinzipien Optimierungsgebote, die in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können. Prinzipien können als geschriebene (z.B. Grund- und Menschenrechte) oder ungeschriebene Normen (z.B. Rechtsstaatsgebot) der Rechtsordnung angehören. Während der Rechtspositivismus die Geltung von ungeschriebenen Prinzipien ablehnt, sind diese als Teil der Rechtsordnung anzuerkennen, weil sonst die Anwendung von Recht nicht möglich wäre. Dass Prinzipien notwendige Elemente einer Rechtsordnung sind, lässt sich so allgemein begründen. Dagegen gibt es keine allgemeine Erkenntnisregel, mit der sich die rechtliche Geltung eines einzelnen Prinzips feststellen ließe. Rechtsgeltung ist vielmehr als ein dynamischer, kommunikativ erzeugter Prozess zu begreifen: Ein Prinzip kann dann für sich rechtliche Geltung beanspruchen, wenn es seinen Geltungsanspruch durch das Vorbringen überzeugender Argumente in einer als Kommunikationsgemeinschaft verstandenen Rechtsgemeinschaft einlösen kann und ihm deshalb Akzeptanz zukommt, die sich in seiner Steuerungswirkung manifestiert.

Diese Einsicht soll nicht zur Schlussfolgerung verleiten, dass damit die rationale Begründung der rechtlichen Geltung eines Prinzips nicht mehr möglich ist und über diese Frage nur noch eine empirische Feststellung aus rechtssoziologischer Perspektive getroffen werden kann. Vielmehr verschiebt sich durch diese Einsicht die Begründung der Rechtsgeltung von einer rein formalen zu einer materiellen Bewertung. Es gilt von der Illusion Abschied zu nehmen, dass die rechtliche Geltung durch eine allgemeine Erkenntnisregel im Sinn eines Automatismus nachgewiesen werden könne. Die Frage der Begründung erfährt so einen neuen Stellenwert, weil es nicht mehr genügt, für die rechtliche Geltung einer Norm auf formale Kriterien zu verweisen, sondern dafür weitere Argumente vorzulegen sind. Die Auseinandersetzung um die Rechtsgeltung gewinnt so an Rationalität. Erst überzeugende Argumente können einem Prinzip zur rechtlichen Geltung durch seine Anerkennung in der Rechtsgemeinschaft verhelfen. Der Rechtswissenschaft kommt dabei eine zentrale Rolle zu: Sie beschreibt Recht nicht

³⁴ Ebd. 169.

nur, sondern trägt durch ihre Darstellungs- und Begründungsarbeit selbst zur Rechtsgeltung bei.³⁵

3. Das Institut des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens als Prinzip

Nach den bisherigen Überlegungen können wir das Institut des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens als ein *ungeschriebenes Prinzip der österreichischen Rechtsordnung* ausweisen. Dabei gilt es zu präzisieren: Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist nicht deckungsgleich mit dem als Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung verstandenen Rechtsstaatsgebot. Das Rechtsstaatsgebot umfasst als regulative Idee einen viel weiteren Bereich, das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist eine Ausdifferenzierung des Rechtsstaatsgebots bzw. kann als einen Teil dieses verstanden werden.³⁶ *Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist selbst kein verfassungsrechtliches Grundprinzip, sondern auf der Ebene des einfachen Verfassungsrechts angesiedelt.*³⁷

Der VfGH hat diese Klarstellung in Zusammenhang mit seiner Rechtsstaatsjudikatur nie getroffen und durch die ungenaue Verwendung des Begriffs ›Rechtsstaatsprinzip‹ für Verwirrung gesorgt.³⁸ Während nämlich ein Eingriff in das rechtsstaatliche Grundprinzip als eine

³⁵ Das kommunikative Verhalten von Teilnehmern am rechtswissenschaftlichen Diskurs, die sich über die Frage verständigen, was in einem bestimmten Fall rechtlich angeordnet ist, thematisiert den Geltungsanspruch des Rechts. Die einzelnen Diskussionsbeiträge erheben selbst Geltungsansprüche. Deshalb beeinflusst das Kommunikationsverhalten der Diskursteilnehmer die herrschende *opinio iuris* in der Rechtsgemeinschaft und damit die Geltung des Rechts. Der rechtliche Diskurs leistet daher stets, wie *Funk* zutreffend feststellt, „einen – geltungsbestärkenden oder geltungsschwächenden Beitrag zur gesellschaftlich wirksamen Konvention über Normvorstellungen und Normerwartungen. (...) Schon die Feststellung, dass in Österreich im Straßenverkehr das Gebot des Rechtsfahrens gelte, trägt zur *Festigung der opinio iuris* bei, wenn die Äußerung durch ein Mitglied der Rechtsgemeinschaft erfolgt und anderen Mitgliedern dieser Gemeinschaft kommuniziert und von diesen aufgefasst wird. Es mag sein, dass die Wirkung dieser Information dem vergleichbar ist, was das Fallen eines Wassertropfens in ein Meer für dieses bewirkt – am Prinzip ändert dies jedoch nichts. Stärker und deutlicher sichtbar wird die Wirkung dann, wenn etwa in einer rechtswissenschaftlichen Studie Probleme des richtigen Abstandes vom rechten Fahrbahnrand untersucht und Lösungen vorgeschlagen werden, die in der Rechtsgemeinschaft akzeptiert (oder verworfen, allenfalls sogar ignoriert) werden. In jedem Fall entstehen Wirkungen für die Rechtsgeltung.“ *Bernd-Christian Funk*, *Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft*, in: FS Adamovich (2002) 111 – 125, 115 f. Vgl. ferner *ders.*, *Rechtsgeltung* 171.

³⁶ Daneben findet das Rechtsstaatsgebot auch in etlichen anderen Prinzipien seine Konkretisierung, wie etwa im Legalitätsprinzip, im Prinzip der Rechtssicherheit, im Gebot der Klarheit von Rechtstexten, etc.

³⁷ Zu dieser Differenzierung vgl. *Konrad Lachmayer*, *Effizienz als Verfassungsprinzip. Eine Maxime für staatliches Handeln in Österreich?*, in: Bungenberg et al. (Hrsg.), *Assistententagung Öffentliches Recht. Recht und Ökonomik* (2004) 135 – 159, 145 ff.

³⁸ So räumen etwa *Ludwig Adamovich/Reinhild Huppmann*, *Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs 1975 – 1995*, in: *75 Jahre Bundesverfassung* (1995) 503 – 530, 517 FN 45, ein, es sei „zu hinterfragen, ob

gem. Art. 44 Abs. 3 B-VG zustimmungspflichtige Teil- oder Gesamtänderung der Bundesverfassung zu qualifizieren ist, liegt in der Verletzung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens lediglich ein Verstoß gegen das einfache Verfassungsrecht vor, der zwar zur Aufhebung einer inkriminierten Norm führen kann, jedoch nicht in die Sphäre von Art. 44 Abs. 3 B-VG hineinragt. Diese Rechtsansicht wird vom VfGH zwar in ständiger Rspr implizit so vertreten, ohne diese Differenzierung jedoch auch sprachlich zum Ausdruck zu bringen. Zur Vermeidung von Missverständnissen³⁹ scheint es daher angebracht, bei verfassungswidrigen Verfahrensbestimmungen nicht allgemein von einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip zu sprechen, sondern von einer Verletzung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens.

Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist also eine verfassungsrechtliche Norm, die vom VfGH als Prüfmaßstab zur Beurteilung der Verfassungskonformität von Verfahrensvorschriften herangezogen werden kann. Dieses Prinzip ist ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip, das in einigen positiven verfassungsrechtlichen Bestimmungen seinen Ausdruck findet.⁴⁰ *Der Inhalt des Prinzips ist allerdings weiter als die Summe seiner ausdifferenzierten verfassungsgesetzlich normierten Gewährleistungen, weshalb sein Inhalt auch nicht dadurch gewonnen werden kann, dass diese Einzelregelungen zu einem Ganzen zusammengesetzt werden. Vielmehr ist das Prinzip des fairen Verwaltungsverfahrens als ein den positionierten Verfassungsnormen vorgängiges Prinzip zu begreifen.*

Eine weitere Präzisierung betrifft die Klärung der Frage, ob das Prinzip des fairen Verwaltungsverfahrens als Grundrecht zu verstehen ist. Diese Frage erlangt vor allem deshalb Bedeutung, weil die Rspr des VfGH in diese Richtung weist und auch Teile der Lehre ein subjektiv-öffentliches Recht auf Parteistellung annehmen. Am weitesten gehen hier die Überlegungen *Pernthalers*, der die rechtliche Geltung von ungeschriebenen Grundrechten und Grundrechtsprinzipien im Allgemeinen und die Geltung von ungeschriebenen Grundrechten des Verfahrens und der Verwaltungsorganisation im Besonderen bejaht.⁴¹ Tatsächlich weist das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens eine doppelte Struktur auf: *Es enthält*

die sich der VfGH nicht bloß missverständlich ausgedrückt und letztlich ohnedies eine Prüfung anhand der in der Verfassung (einfach-gesetzlich) verankerten Instrumente des Rechtsstaatsprinzips vorgenommen hat.“

³⁹ Vgl. etwa *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 68 ff; *Thienel*, Verwaltungsakt 44 f; 70.

⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich die Analyse des Dritten Teils.

⁴¹ Vgl. *Pernthaler*, Ungeschriebene Grundrechte und Grundprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, in: FS Öhlinger (2004) 447 – 468; *ders.*, Bundesstaatsrecht 664 ff.

eine institutionelle Komponente, die als Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen ist, dieses Prinzip durch Organisationsvorschriften und Verfahrensregeln entsprechend zu verwirklichen, und eine individuelle Komponente, die den Grundrechtsträger vor willkürlichem Verwaltungshandeln schützen soll. In diesem Sinn muss das Prinzip als ein Grundrecht auf ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren verstanden werden. Ich werde allerdings weiterhin den Begriff ›Prinzip‹ verwenden, weil diese Bezeichnung besser den Normtypus zum Ausdruck bringt, die institutionelle Komponente stärker in den Vordergrund rückt und auch Aspekte beinhaltet, die nicht die Grundrechtssphäre des einzelnen Bürgers betreffen.⁴²

II. Methodische Vorüberlegungen

Wie wir gesehen haben, gibt es keine allgemeine Erkenntnisregel zur Überprüfung der rechtlichen Geltung eines ungeschriebenen Rechtsprinzips. Die Begründung hat vielmehr von Fall zu Fall zu erfolgen. Im Folgenden soll geprüft werden, welche Art der Beweisführung sich anbietet, um die Geltung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu begründen.

1. Empirische Beweisführung

Eine empirische Beweisführung versucht nachzuweisen, dass ein Rechtsprinzip deshalb gilt, weil es in einer Rechtsgemeinschaft Anerkennung gefunden hat. Dies zeigt sich dann, wenn ein Prinzip vom Gesetzgeber bei der Normierung und von der Vollziehung bei der Anwendung von Regeln berücksichtigt wird und seine Anerkennung auch in der Rechtswissenschaft findet. Wie obigen die Untersuchungen gezeigt haben, können stoßen die Garantien des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens in der österreichischen Rechtsgemeinschaft auf breite Akzeptanz. Beurteilt man das Prinzip von seiner sozialen Wirksamkeit her, kann man ihm Gültigkeit attestieren.

Für einen Praktiker, etwa einen Rechtsanwalt, mag der empirische Nachweis der Geltung eines Prinzips ausreichen. So wird er schon allein aus pragmatischen Gründen davon ausgehen, dass jene Prinzipien, die von der Rechtsanwendung als Prinzipien anerkannt werden, als Recht zu begreifen sind. Er wird deren rechtliche Geltung im Normalfall ebenso anerkennen

⁴² So ist zwar die ökonomische Verfahrensführung ein wichtiges Element des Prinzips des rechtsstaatlichen Verfahrens, begründet jedoch kein subjektives Recht. Vgl. unten S. 270, FN 418.

und sei es nur aus dem Kalkül heraus, dass es für seine Tätigkeit Erfolg bringt, jene Prinzipien anzuerkennen und nicht in Frage zu stellen.

Ein Skeptiker wird sich mit der empirischen Beweisführung nicht zufrieden geben. Er wird einwenden, dass allein die Bezugnahme auf das Faktum der sozialen Anerkennung eines Prinzips nicht ausreicht, um dessen rechtliche Geltung zu beweisen. Sein grundsätzlicher Einwand wird sich dagegen richten, dass aus einer Tatsache, wie dem Nachweis der sozialen Wirksamkeit eines Prinzips, nicht auf dessen Gültigkeit geschlossen werden kann, weil es einen naturalistischen Fehlschluss darstellt, von Tatsachen (einem Sein) Normen (ein Sollen) abzuleiten.⁴³ Er wird ferner betonen, dass das Kriterium der sozialen Anerkennung kein stichhaltiges Argument für die Rechtsgeltung eines Prinzips ist, weil Anerkennung auch auf einem Irrtum beruhen kann. Zudem kann er einwenden, dass eine Anerkennung immer nur relativ ist, weil es auch gegenteilige Auffassungen gibt, und dass es nicht möglich ist, den Grad der Anerkennung festzustellen. Überdies ist es nicht möglich, auf der Grundlage der sozialen Anerkennung den Inhalt eines Prinzips zu bestimmen, vielmehr scheint es empirisch nachweisbar zu sein, dass trotz der grundsätzlichen Anerkennung eines Prinzips unterschiedlichste Vorstellungen über seinen Inhalt bestehen.

An dieser Stelle ist die Frage zu stellen, welchen Anspruch eine empirische Beweisführung überhaupt erhebt. Soll mit dem Nachweis der gesellschaftlichen Anerkennung eines Prinzips als Rechtsnorm behauptet werden, dass diesem Prinzip Steuerungswirkung zukommt und es daher zum geltenden Recht gehört, so ist dieser Befund als rechtssoziologisches Urteil richtig. Soll mit diesem Argument allerdings die rechtliche Geltung eines Prinzips schlechthin begründet werden, so sind die Einwände des Skeptikers berechtigt.⁴⁴ Als Nachweis der Rechtsgeltung einer Norm ist nämlich nicht nur der Beweis ihrer sozialen Wirksamkeit zu führen, sondern auch eine normative Begründung zu erbringen. Damit können wir den empirischen Befund, dass das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens in der österreichischen Rechtsgemeinschaft weitgehend anerkannt ist, zwar als einen Teil der Begründung akzeptie-

⁴³ Die Einsicht, dass es einen logischen Fehlschluss darstellt, von einer Beschreibung auf eine normatives Urteil zu schließen, geht bereits auf *David Hume* zurück und wurde von *Gorge E. Moore*, *Principia Ethica* (1903) ausführlich dargelegt. Vgl. *Barbara Merker*, Naturalistischer Fehlschluss, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie* (1999) Band 1, 914 – 915; *Hans Poser*, *Wissenschaftstheorie* (2001) 33 ff.

⁴⁴ Zur Unterscheidung zwischen dem rechtssoziologischen und dem normativen Geltungsbegriff vgl. *Rehbinder*, *Rechtssoziologie* Rz 3 f.

ren, jedoch noch nicht als abschließende Antwort. Zu suchen ist vielmehr nach einer nicht-deskriptiven Begründung dieses Prinzips.

2. Deduktive Beweisführung

Ein traditioneller Ansatz der Rechtswissenschaft besteht darin, eine Norm durch Deduktion, also durch die logische Herleitung aus einer anderen Norm, zu begründen.⁴⁵ Ihr Gehalt ist gewissermaßen die Teilmenge einer übergeordneten anderen Norm. Dieser Ansatz kann allerdings nur dann angewendet werden, wenn ein entsprechend gehaltvoller normativer Ausgangspunkt existiert.⁴⁶ Im Fall des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens fehlt ein solcher Bezugspunkt. Das – ebenfalls ungeschriebene – Rechtsstaatsgebot ist dafür wegen seiner großen Allgemeinheit nicht geeignet.⁴⁷

Generell wird die Möglichkeit einer deduktiven Normenbegründung heute kritisch betrachtet. Der Wert der Deduktion für die Rechtswissenschaft wurde lange Zeit im streng logischen Schlussverfahren gesehen, das die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz untererstreichen sollte. Tatsächlich ist das Recht im Gegensatz zu Formalwissenschaften alles andere als ein deduktives System (u.a. wegen der Offenheit, Widersprüchlichkeit, sprachlichen Vagheit, etc.), die Methode der Deduktion daher nur von sehr bedingter Verwendbarkeit. Daher ist es heute weitgehend anerkannt, dass die logische Deduktion weder in der Rechtsdogmatik noch in der Rechtsanwendung eine größere Rolle spielt.⁴⁸ *Kaufmann* stellt dazu fest: „Mit reiner Deduktion geht es im Recht nicht, auch nicht in der Weise, dass man die Deduktion in Kettededuktionen, Subsumtionsschritten und dergleichen aufzugliedern versucht (...). Es geht

⁴⁵ Grundlegend zur Deduktion in der Rechtswissenschaft vgl. *Ota Weinberger*, *Rechtslogik*² (1989) 91 ff; 387 ff; *Hans-Joachim Koch*, *Deduktive Entscheidungsbegründung*, in: Robert Alexy et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (2003) 37 – 60; *Bydlinski*, *Methodenlehre* 41 ff; 395 ff.

⁴⁶ So hält *Hans Albert*, *Traktat über kritische Vernunft*⁵ (1991) 13 f, als grundlegendes Problem der Deduktion fest, dass sie keine neuen Informationen bringen kann: „Durch logische Folgerung kann niemals Gehalt gewonnen werden. Der Spielraum der in Betracht kommenden Aussage wird in der Deduktionsrichtung jeweils größer oder er bleibt gleich; ihr Gehalt an Information wird dabei kleiner oder er bleibt gleich. Man kann gewissermaßen durch ein deduktives Verfahren aus einer Aussagenmenge nur die Informationen herausziehen, die in ihr schon enthalten ist. Ein solches Verfahren dient dazu, eine Aussagenmenge zu ‚melken‘, nicht dazu, neue Informationen zu erzeugen.“

⁴⁷ So auch *Franz Reimer*, *Verfassungsprinzipien* (2001) 428, der die Auffassung vertritt, dass „Hauptprinzipien“ der Rechtsordnung einen zu geringen normativen Gehalt haben, um als Ausgangspunkt für eine Deduktion herangezogen zu werden.

⁴⁸ Vgl. *Bydlinski*, *Methodenlehre* 41; *Weinberger*, *Rechtslogik* 388. Für eine Rehabilitation der Deduktion in der Jurisprudenz vgl. *Koch*, *Deduktive Entscheidungsbegründung*.

deshalb nicht, weil die Norm viel zu inhaltsarm ist, um ausschließlich ihr die konkrete Rechtsentscheidung entnehmen zu können.“⁴⁹

Ein allgemeines wissenschaftstheoretisches Problem der Deduktion liegt ferner im Problem der Letztbegründung, die durch eine logische Ableitung niemals erreicht werden kann. Nach dem Verständnis des klassischen Rationalismus sollte durch die Deduktion Gewissheit im Sinne einer abschließenden Begründung erreicht werden. Diese Annahme hat *Albert* mit dem berühmten von ihm so bezeichneten Münchhausen-Trilemma⁵⁰ widerlegt. Auf der Suche nach einer deduktiven Letztbegründung hat man offensichtlich nur die Wahl zwischen:

- „1. einem infiniten Regress, der durch die Notwendigkeit gegeben erscheint, in der Suche nach Gründen immer weiter zurückzugehen, der aber praktisch nicht durchzuführen ist und daher keine sichere Grundlage liefert;
2. einem logischen Zirkel in der Deduktion, der dadurch entsteht, dass man im Begründungsverfahren auf Aussagen zurückgreift, die vorher schon als begründungspflichtig aufgetreten waren, und der ebenfalls zu keiner sicheren Grundlage führt; und schließlich:
3. einem Abbruch des Verfahrens an einem bestimmten Punkt, der zwar prinzipiell durchführbar erscheint, aber eine willkürliche Suspendierung des Prinzips der zureichenden Begründung involvieren würde.“⁵¹

⁴⁹ *Arthur Kaufmann*, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 259 – 279, 261.

⁵⁰ Für die Namensgebung ist *Friedrich Nietzsche* Pate gestanden: Der Versuch Gott als die Ursache seiner selbst zu beweisen, sei der Versuch, mit einer mehr als Münchhausen'schen Verwegenheit, sich selbst aus dem Sumpf des Nichts an den Haaren ins Dasein zu ziehen.

⁵¹ *Albert*, Traktat über kritische Vernunft 15. Die Gültigkeit des „Münchhausen-Trilemmas“ ist weitgehend unbestritten. Kontroversiell diskutiert wird allerdings, ob dieses Trilemma nur auf die Deduktion oder auf alle Begründungen anzuwenden ist und es daher keine sichere Erkenntnis geben kann. Diese Auffassung vertritt insbesondere der Kritische Rationalismus, der deshalb statt einer letzten Begründung dem Prinzip der Falsifizierung Vorrang einräumt. Eine andere Auffassung geht dahin, dass dieses Trilemma nur beweist, dass nicht alles deduktiv begründet werden kann, sondern bestimmte Annahmen als sichere Evidenzen vorausgesetzt werden müssen. So stellte bereits *Aristoteles* im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit einer deduktiven Begründung von Axiomen des logisch-mathematischen Denkens in der Verteidigung des Satzes des ausgeschlossenen Widerspruchs fest: „Wir dagegen haben angenommen, es sei unmöglich, dass etwas zugleich sei und nicht sei, und haben hieraus erwiesen, dass dies das sicherste unter allen Prinzipien ist. Manche verlangen nun aus einem Mangel an Bildung, man solle auch dies beweisen; denn Mangel an Bildung ist es, wenn man nicht weiß, wofür ein Beweis zu suchen ist und wofür nicht. Denn dass es überhaupt für alles einen Beweis gebe, ist unmöglich, sonst würde ja ein Fortschritt ins Unendliche eintreten und auch so kein Beweis stattfinden.“ *Aristoteles*, *Metaphysik*; dt. Übersetzung Herrmann Bonitz, *Rowohlt's Enzyklopädie*³ (2002) 1006a 3 – 9.

Auch *Kelsen* ist diesem Trilemma nicht entkommen. In seiner Rechtstheorie räumt er der Deduktion als Methode zur Begründung der Geltung von Normen einen zentralen Stellenwert ein: „Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein. Eine Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, wird figürlich als die höhere Norm im Verhältnis zu einer niederen Norm bezeichnet.“⁵² Weil aber auch die höhere Norm ihren Geltungsgrund nur in einer anderen Norm haben kann, die sich ihrerseits wiederum aus einer anderen Norm ableiten muss, droht die Gefahr eines infiniten Regresses. Da eine zirkuläre Begründung von Normen ausscheidet, bleibt nur noch ein Weg – der Abbruch des Begründungsverfahrens, den *Kelsen* mit seiner berühmten Lehre von der Grundnorm vornimmt: Die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm „muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muss sie *vorausgesetzt* sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm verstanden werden.“⁵³

Für die Begründung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens brauchen wir uns mit dem Problem der Letztbegründung nicht näher auseinander zu setzen. Eine deduktive Begründung scheidet schon deshalb, weil es keinen entsprechend gehaltvollen Ausgangspunkt in der österreichischen Rechtsordnung gibt, von der dieses Prinzip in einem logischen Verfahren abgeleitet werden könnte.

3. Induktive Beweisführung

Eine induktive Begründung von Prinzipien versucht durch die Synthese einzelner positiver Bestimmungen auf ein allgemeines Prinzip zu schließen.⁵⁴ Vor allem bei der Begründung der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien wird auf die Methode der Induktion zurückgegriffen.⁵⁵ Für eine induktive Bestimmung des Inhalts des Rechtsstaatsgebots sprechen sich *Wie-*

⁵² *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 196.

⁵³ *Ebd.* 197.

⁵⁴ Zur induktiven Begründung von Prinzipien vgl. *Reimer*, *Verfassungsprinzipien* 404 ff. Grundlegend zur Induktion in der Rechtswissenschaft vgl. *Bydlinski*, *Methodenlehre* 62 ff; 402 ff; *Weinberger*, *Rechtslogik* 341 ff.

⁵⁵ Vgl. etwa *Antoniolli*, *Die rechtliche Tragweite der Baugesetze* 35 ff.

derin und *Thienel* aus.⁵⁶ Für den Bereich des Verwaltungsverfahrens versucht *Thienel* die Mindeststandards des administrativen Rechtsschutzes im induktiven Weg durch eine Synopse der Art. 18, 131, 132, 141e und 144 B-VG zu bestimmen.⁵⁷

Gegen diese Vorgangsweise können verschiedene Einwände vorgebracht werden. Zunächst ist auf das allgemeine Induktionsproblem hinzuweisen:⁵⁸ Induktion als das Schließen vom Besonderen zum Allgemeinen kann eine Aussage im Gegensatz zur Deduktion nicht streng logisch beweisen. Das verallgemeinernde Schließen gründet nämlich immer auf Erfahrung.⁵⁹ Induktive Schlüsse sind nie zwingend, weil die Prämissen für die Konklusion immer nur zum Teil eine Stütze bilden. Das Ergebnis eines Induktionsschlusses ist wesentlich davon bestimmt, welches Prämissenmaterial herangezogen wird. Bereits bei der Auswahl der Prämissen kommt es daher zu einer Vorentscheidung über das induktive Urteil. Zu bedenken ist ferner, dass die herangezogenen Prämissen für einen Induktionsschluss auch in dem Sinn geeignet sein müssen, dass sie über gehaltvolle Merkmale verfügen, die verallgemeinert werden können. Prämissen, die selbst eine hohe Allgemeinheit aufweisen, sind als untauglich zu verwerfen.

Diese Einwände bestätigen sich, wenn wir versuchen, das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens induktiv zu begründen. Zunächst stellt sich bereits das Problem, welche Verfassungsnormen für eine solche verallgemeinernde Prinzipienbildung ausgewählt werden sollen. Auf der Grundlage der von *Thienel* genannten Bestimmungen ist ein derartiger Induktionsschluss nicht möglich, weil diese nach ihrem Wortlaut zu wenig Substanz aufweisen, um

⁵⁶ So meint *Thienel*, Verwaltungsakt 42: „Der Inhalt des der österreichischen Bundesverfassung zugrunde liegenden rechtsstaatlichen Bauprinzips ist nirgends positivrechtlich ausdrücklich formuliert; seine Bedeutung kann aber dennoch nicht durch Rückgriff auf Überlegungen der Staatslehre ermittelt werden, sondern nur durch *systematische Auslegung des positiven Verfassungsrechts*, und zwar auf *induktivem Wege* durch Interpretation der verfassungsrechtlichen Bestimmungen.“ Vgl. ferner *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 68.

⁵⁷ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsakt 67 ff, insbes. 84 ff.

⁵⁸ Dazu grundlegend: *Karl Popper*, Die Logik der Forschung¹⁰ (2002) 3 ff. Vgl. auch *Poser*, Wissenschaftstheorie 108 ff.

⁵⁹ Das berühmteste Beispiel, das in diesem Zusammenhang zitiert wird, ist der Induktionsschluss: „Alle Schwäne sind weiß.“ Von einer bestimmten Anzahl an weißen Schwänen wird aus Erfahrung gefolgert, dass dies auf alle Tiere der gleichen Gattung zutreffe. Logisch bewiesen werden kann dieser Satz allerdings nicht, weil dafür alle Schwäne der Erde auf ihre Farbe hin überprüft werden müssten. Aus wissenschaftlicher Sicht berechtigen daher noch so viele Beobachtungen von weißen Schwänen nicht zu dem Satz, dass alle Schwäne weiß sind, meint *Popper* ebd. Er plädiert daher dafür, als wissenschaftliche Methoden nur die Deduktion und die Falsifizierung zuzulassen.

alleine als Prämissen zu dienen.⁶⁰ Diese müssten zunächst extensiv interpretiert werden, um überhaupt als Prämissen herangezogen werden zu können. Diese Interpretation braucht allerdings notwendig irgendeinen Bezugspunkt, und der kann nur das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens selbst sein. Damit kommt es zu einem Zirkelschluss: Die als Prämissen herangezogenen Verfassungsnormen werden mit Blick auf das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren ausgelegt, um dieses Prinzip dann durch Induktionsschluss zu beweisen.

Darüber hinaus erhebt sich die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, den Wesensgehalt von Prinzipien, die der Verfassung zugrunde liegen, wie dies unbestreitbar beim Rechtsstaatsgebot der Fall ist, im Weg einer Induktion zu gewinnen. Vielmehr scheint eine solche Unternehmung nicht ohne Verlust zu bewältigen sein: Werden die einzelnen Verfassungsnormen, die als positiviertete Ausdifferenzierung eines Prinzips verstanden werden können, wie Teile eines Mosaiks wieder zusammengesetzt, wird dies immer nur eine unvollständige Abbildung und nicht das Prinzip in seiner Gesamtheit zeigen.⁶¹ Damit zeigt sich, dass eine induktive Begründung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens nicht zielführend ist.

4. Reflexive Beweisführung

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass für den Nachweis der Geltung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ein Begründungsweg abseits der empirischen, deduktiven und induktiven Beweisführung zu suchen ist. Ich denke, dass sich für diese Beweisführung eine reflexive Vorgangsweise anbietet, die aufzuzeigen versucht, *dass die Geltung dieses Prinzips letztlich in jenen unhintergehbaren Annahmen begründet liegt, auf die wir uns stets stützen müssen, wenn wir uns auf das Recht im Allgemeinen und auf das Verfahren im Besonderen beziehen*. Anders ausgedrückt soll versucht werden, die *Bedingungen der Möglichkeit eines jeden Rechtsverfahrens* im Sinne einer transzendentalen Reflexion freizulegen.

⁶⁰ Ob man wie der VfGH aus dem Rechtsstaatsgebot Grundsätze für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren ableitet, oder dies wie *Thienel* aus den Art. 18, 131, 132, 141e und 144 B-VG tut, läuft sich im Endeffekt auf dasselbe hinaus. Auch wenn die Anknüpfung an konkrete Verfassungsnormen den Anschein erwecken soll, die verfahrenrechtlichen Mindeststandards seien aus diesen logisch zu folgern, kann dieser Anspruch nicht eingelöst werden. Es ist z.B. nicht ersichtlich, wie allein von diesen Bestimmungen her induktiv gefolgert werden kann, außerordentliche Rechtsmittel gehörten zum Mindeststandard des administrativen Rechtsschutzes. So aber *Thienel*, Verwaltungsakt 85 f.

⁶¹ Zu dieser Einsicht kommt für das Rechtsstaatsgebot auch *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 680: „Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die einzelnen Bestimmungsgründe des rechtsstaatlichen Prinzips in systematischer Auslegung des „einfachen“ Bundesverfassungsrechts gewonnen werden. Gleichwohl erschöpft sich das Rechtsstaatsprinzip nicht auf die Summe der verfassungsgesetzlichen Einzelgewährleistungen. Es hat über dieses hinausgehend selbständige normative Bedeutungen.“ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Oberndorfer*, Rechtsstaat auf der Probe 717 f.

Diese methodische Vorgangsweise geht auf die Metaphysik *Kants* zurück: In der Kritik der reinen Vernunft versucht *Kant* die Grundlagen der menschlichen Erkenntnis zu ergründen, wobei er diese weder allein in der Vernunft des Menschen (klassischer Rationalismus) noch in den von Gegenständen gegebenen Sinnesdaten (skeptischer Empirismus) aufsucht, sondern annimmt, dass menschliche Erkenntnis davon abhängig ist, wie sich unser Verstand auf Gegenstände bezieht. Dabei unterscheidet er zwischen der sinnlichen Erfahrung von Gegenständen und den transzendentalen Bedingungen dafür, dass diese Gegenstände überhaupt als Objekte erfahrbar sind. *Kant* nimmt bestimmte Grundvoraussetzungen (Raum, Zeit, Ursache, Wirkung, etc.) als notwendige Bedingungen der Möglichkeit menschlicher Erkenntnis an und bezeichnet diese als transzendental.⁶²

Auch außerhalb der kantianischen Metaphysik hat sich die transzendente Argumentation als ein allgemeines Begründungsverfahren der Philosophie etabliert.⁶³ Die heuristische Ausgangsfrage lautet: Welche Sachverhalte in der Welt folgen notwendig bereits aus den verschiedenen Arten und Weisen, wie wir uns als vernünftige Personen auf die Welt beziehen? Dabei wird Folgendes angenommen: Wenn wir als vernünftige Personen für die Bezugnahme auf einen bestimmten Gegenstand aus begrifflichen Gründen den Sachverhalt *p* zwingend unterstellen müssen, ist *p* der Fall. Vorausgesetzt wird dabei, dass eine Bezugnahme auf Gegenstände vernünftig, d.h. rational sein muss.

Aus dieser Annahme folgt nach *Tetens* folgendes Muster der transzendentalen Argumentation:

- „(1) Man kann (muss) auf Gegenstände der Art *H* sinnvoll in der Weise *K* Bezug nehmen.
- (2) Wer sinnvoll in der Weise *K* auf Gegenstände Bezug nimmt, muss aus begrifflichen Gründen unterstellen, dass *p* der Fall ist.
- (3) Was aus begrifflichen Gründen bei der sinnvollen Bezugnahme auf Gegenstände unterstellt werden muss, ist auch der Fall.

(4) Also ist *p* der Fall.“⁶⁴

⁶² Vgl. *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft² (1787) B 25.

⁶³ Zur Methode der transzendentalen Argumentation vgl. allgemein: *Holm Tetens*, Philosophisches Argumentieren (2004) 68 ff; zur transzendentalen Argumentation bei der Normenbegründung vgl. *Annemarie Pieper*, Einführung in die Ethik⁵ (2003) 223 ff.

⁶⁴ *Tetens*, Philosophisches Argumentieren 70.

Ein transzendentes Argument setzt also einen Gegenstand voraus und sucht nach seinen notwendigen Bedingungen. Es wird nicht die Existenz des Gegenstands selbst begründet, sondern gezeigt, was notwendig der Fall sein muss, wenn angenommen wird, dass dieser Gegenstand möglich ist. Die Bedingungen verstehen sich dabei als notwendige (konstitutive) Voraussetzungen, die nicht aufgegeben werden können, wenn der Gegenstand widerspruchsfrei gedacht werden soll. Die Freilegung der notwendigen Bedingungen eines Gegenstands kann als *Verfahren der Reflexion* bzw. *Rekonstruktion* begriffen werden.

Eine transzendente Argumentation ist eine nicht-empirische Beweisführung, weil sich die Begründung, warum etwas der Fall ist, nicht auf Erfahrungen, sondern auf zwingende Voraussetzungen stützt. Während Erfahrungsurteile in ihrer Gültigkeit relativ sind, tragen Voraussetzungen – verstanden als die notwendigen Bedingungen der Möglichkeit, damit etwas überhaupt gedacht werden kann – ein zwingendes Moment in sich. Im Gegensatz zur Deduktion stellt sich das Problem des infiniten Regresses eines Begründungsprozesses nicht, weil sich die Begründung nicht als logische Ableitung aus einem anderen gültigen Satz, sondern als eine reflexive Einsicht versteht, die gleichsam den Endpunkt in einem Begründungsverfahren darstellt. Damit ist nicht gemeint, dass eine so gewonnene Begründung keiner rationalen Kritik zugänglich wäre, sondern dass diese Begründung nicht von einer weiteren Begründung abhängt. Auch der im Deduktionsverfahren drohende Zirkelschluss kann durch die transzendente Begründung verhindert werden.⁶⁵

In jüngerer Vergangenheit hat die Methode der transzendentalen Beweisführung in der deutschsprachigen Philosophie eine Renaissance erfahren, die wesentlich mit den Namen *Apel* und *Habermas* verbunden ist. Beide Philosophen übernehmen den Gedanken *Kants* einer kritischen, nichtrelativistischen und antiskeptischen Philosophie, die nach transzendentalen Begründungen sucht, modifizieren diesen Ansatz in einer Theorie des Diskurses jedoch grundlegend: Der Vernunftbegriff wird neu gefasst und Vernunft nicht mehr an das Bewusstsein des erkennenden Subjekts rückgekoppelt, sondern an die Sprache und Kommunikation in

⁶⁵ Vgl. dazu die Ausführungen von *Karl Otto Apel*, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik* (1973), in: ders., *Transformation der Philosophie*, Band II (1973) 358 – 435. Den Stellenwert einer transzendentalen Begründung im Sinne einer Letztbegründung zeigt *Apel* am Beispiel der Logik: „Ist aber nicht gerade der Hinweis darauf, dass man die Logik in diesem Sinne *nicht* begründen kann, *da sie für alle Begründung immer schon vorausgesetzt wird*, der typische Ansatz einer ‚philosophischen Begründung‘ im Sinne *transzendentaler Reflexion* auf die *Bedingungen der Möglichkeiten und Gültigkeiten aller Argumentation*? Wenn wir im Kontext einer philosophischen Grundlagendiskussion feststellen, dass etwas deshalb prinzipiell nicht begründet werden kann, weil es die Bedingungen der Möglichkeit aller Begründung ist, so haben wir nicht lediglich eine Aporie im Deduktionsverfahren festgestellt, sondern eine *Einsicht* im Sinne *transzendentaler Reflexion* gewonnen.“ Ebd. 406.

einer Kommunikationsgemeinschaft.⁶⁶ Transzendente Argumente werden zu reflexiven Unhintergebarkeitsargumenten verschärft, die eine starke Begründung für Aussagen der theoretischen und der praktischen Philosophie sein sollen. Durch die Rekonstruktion der unhintergehbaren Präsuppositionen der Kommunikation versuchen *Apel* und *Habermas* mit unterschiedlichem Anspruch eine Diskursethik zu begründen, die auf breite Aufmerksamkeit gestoßen ist.

Die Diskursethik versteht sich als kognitivistische Ethik in der Tradition *Kants*, die Normen der Moral für rational begründbar hält.⁶⁷ Die Reflexion auf die Voraussetzungen zwischenmenschlicher Kommunikation soll es ermöglichen, jene unverzichtbaren Moralprinzipien zu identifizieren, die jedem menschlichen Zusammenleben zugrunde liegen müssen: Die Anerkennung des Anderen, die Gewaltfreiheit der Kommunikation und die Bereitschaft zur Problemlösung und Normenbegründung durch freie und gleiche Diskurse. An der Stelle des kategorischen Imperativs tritt ein Verfahren der moralischen Argumentation. Moralnormen dürfen nur dann Geltung beanspruchen, wenn sie die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer eines praktischen herrschaftsfreien Diskurses finden könnten. *Apel* hält diese Prinzipien im Sinne einer transzendentalen Begründung für letztbegründet, während *Habermas* einen derar-

⁶⁶ Dieser Paradigmenwechsel ist tief greifend: In der Philosophie *Kants* und des deutschen Idealismus wird das Bewusstsein des einzelnen Subjekts als Ort der Vernunft erkannt, das spontane Quelle transzendentaler Leistungen ist (*Kant*) oder sich zum Geist des Absoluten emporschwingt (*Hegel*). Diesem monologisch verfassten Vernunftsbegriff setzen *Apel* und *Habermas* vor dem Hintergrund des linguistic turn einen Begriff der kommunikativen Vernunft entgegen. Während in der klassischen Philosophie das Denken des einsamen Subjekts Bezugspunkt der Vernunft war (z.B. *Descartes*), rückt die Philosophie des 20. Jhd. die Sprache in den Mittelpunkt: Die Sprache ist das Medium, in dem sich alles Denken vollzieht. Da die Sprache etwas Allgemeines ist, die als Kommunikationsmittel in einer gemeinsamen Verständigungspraxis entstanden ist, ist nicht mehr (nur) das einzelne Subjekt, sondern die Kommunikationsgemeinschaft der Bezugspunkt der Vernunft: „Die sprach- und handlungsfähigen Subjekte, die sich vor dem Hintergrund einer gemeinsamen Lebenswelt miteinander über etwas in der Welt verständigen, verhalten sich zum Medium ihrer Sprache sowohl autonom wie abhängig: sie können sich der grammatischen Regelsysteme, die ihre Praxis erst möglich machen, auch zu eigenen Zwecken bedienen. Beide Momente sind gleichursprünglich. Einerseits finden sich Subjekte immer schon in einer sprachlich strukturierten und erschlossenen Welt vor und zehren von den grammatisch vorgeschossenen Sinnzusammenhängen. Insofern bringt sich die Sprache gegenüber den sprechenden Subjekten als etwas Vorgängiges und Objektives, als die prägende Struktur von ermöglichenden Bedingungen zur Geltung. Andererseits findet die sprachlich erschlossene und strukturierte Lebenswelt nur in der Verständigungspraxis einer Sprachgemeinschaft ihren Halt. Dabei bleibt die sprachliche Konsensbildung, über die sich Interaktionen in Raum und Zeit vernetzen, abhängig von den autonomen Ja-/Nein-Stellungnahmen der Kommunikationsteilnehmer zu kritisierbaren Geltungsansprüchen.“ *Jürgen Habermas*, *Motive nachmetaphysischen Denkens*, in: ders., *Nachmetaphysisches Denken* (1988), 35 – 60, 51. Vgl. zu diesem Paradigmenwechsel ferner: *Habermas*, *Faktizität und Geltung* 17 ff; *Karl Otto Apel*: *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik* (1973), in: ders., *Transformation der Philosophie*, Band II (1973) 358 – 435.

⁶⁷ Siehe dazu unten S. 209 f.

tigen Anspruch als metaphysisch ablehnt und von einer – der Kritik zugänglichen – Rekonstruktion der lebensweltlichen moralischen Intentionen spricht.⁶⁸

Habermas hat den diskurstheoretischen Ansatz der Normenbegründung für die Rechtstheorie brauchbar gemacht und den Versuch unternommen, eine Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats zu entwickeln. Auch dabei spielt die zu einem Verfahren der Rekonstruktion abgeschwächte transzendente Argumentation eine zentrale Rolle: Als Grundlagen eines modernen Rechtssystems werden jene Rechte freigelegt, die Bürger einander zwingend zuerkennen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit den Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen.⁶⁹

Habermas formuliert zunächst für die Gültigkeit aller praktischen Normen – also unterschiedslos für Moral und Recht – das Diskursprinzip: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“⁷⁰ Für den Bereich des Rechts verschränkt sich das Diskursprinzip mit der Rechtsförmigkeit, wobei bereits der Prozess der Verrechtlichung die Existenz einer Reihe von Grundrechten notwendig voraussetzt:⁷¹

- (1) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten ergeben.
- (2) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Status eines Mitglieds in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben.
- (3) Grundrechte, die sich unmittelbar aus der Einklagbarkeit von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen Rechtsschutzes ergeben.

Diese Grundrechte verstehen sich nicht als natürliche, dem Menschen eingeborene Rechte im Sinn des traditionellen Naturrechts, sondern sind als notwendige Rechte zu verstehen, die Bürger sich wechselseitig einräumen müssen, wenn sie sich gegenseitig in ihre Rolle als *Ad-*

⁶⁸ Vgl. *Apel*, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft; *ders.*, Diskurs und Verantwortung: das Problem des Übergangs zu einer postkonventionellen Moral (1988); *Jürgen Habermas*, Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: *ders.*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln (1983) 53 – 125; *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik, in: *Jürgen Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik (1991) 119 – 226.

⁶⁹ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung 154 f.

⁷⁰ Ebd. 138.

⁷¹ Ebd. 155 ff.

ressaten des positiven Rechts anerkennen und sich damit einen Status einräumen, aufgrund dessen sie Rechte beanspruchen und gegeneinander geltend machen können. Recht, das seinen Adressaten keine subjektiven Handlungsfreiheiten, keine Mitgliedschaftsrechte und keine Rechtsweggarantien einräumt, ist kein legitimes Recht.

Wenn Bürger sich gegenseitig nicht nur als Adressaten einer Rechtsordnung, sondern auch als ihre *Autoren* begreifen, müssen noch weitere Grundrechte unterstellt werden:

(4) Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre politische Autonomie ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen.

Im Weiteren kann dann noch – allerdings mit keiner so starken Begründung – eine Gruppe weiterer Grundrechte unterstellt werden, die notwendigerweise vorausgesetzt werden muss, um die ersten vier Gruppen von Grundrechten zu verwirklichen:

(5) Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für eine chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten Rechte jeweils notwendig ist.

Recht ist damit nach der Auffassung von *Habermas* mehr als ein rein technisch verstandenes Normensystem, das sich durch eine besondere Form von anderen Normensystemen wie etwa der Moral oder Sitte abhebt, sondern vielmehr ein voraussetzungsvoller Begriff. Wann immer ein gesellschaftlicher Bereich verrechtlicht wird, so sind damit Annahmen verbunden, die als notwendige Präsuppositionen nicht ohne Widerspruch in Frage gestellt werden können. Wenn etwa in einer Gemeinschaft der Entschluss gefasst wird, den Bereich der Lohnarbeit zu verrechtlichen, so muss zunächst sichergestellt werden, dass das Arbeitsrecht für alle Subjekte einer Gemeinschaft – Arbeitnehmer wie Arbeitgeber – gilt (Mitgliedschaftsrechte), dass zweitens den so verstandenen Rechtsgenossen jene Handlungsautonomie zugestanden wird, die notwendig ist, um ihre zu Rechtsansprüchen erhobenen Interessen durchzusetzen, wofür ihnen drittens ein entsprechendes Verfahren anzubieten ist.

Diese Ansicht ist von weitreichender Konsequenz: Zwar ist es einer Gesellschaft im Prinzip frei überlassen, ob ein bestimmter gesellschaftlicher Bereich verrechtlicht wird oder nicht.

Falls dieser Entschluss allerdings gefasst wird, so muss all jenen, die von diesen Rechtsvorschriften betroffen sind, ein Minimum an Grundrechten schon allein deshalb zugestanden werden, weil sonst das Funktionieren des Rechtssystems nicht möglich wäre.⁷² Dieses Minimum an Grundrechten kann zu gehaltvollen Grundrechten weiter konkretisiert werden, wie sie in modernen Demokratien typischerweise verankert sind.⁷³ Aber auch in totalitären Rechtssystemen kann jenes Minimum an Grundrechten schon aus technischen Gründen nicht außer Kraft gesetzt werden: So wäre jedes Rechtssystem zum Scheitern verurteilt, das den Rechtsunterworfenen keinerlei Handlungsautonomie einräumt, ihnen den Status eines Mitglieds der Rechtsgemeinschaft vorenthält und keine rechtlichen Verfahren kennt.⁷⁴

Der Vorteil der von *Habermas* gewählten rekonstruktiven Begründungsweise liegt darin, dass damit für eine moderne positivisierte Rechtsordnung die Geltung von Grundrechten gleichsam als Funktionsbedingung nachgewiesen werden kann, ohne dabei in ein Naturrechtsdenken zurückzufallen: Grundrechte haben nach seiner Konzeption ihren Ursprung nicht in der Natur bzw. Vernunft des Menschen, sondern im Prozess der Positivierung des Rechts. *Habermas* stützt damit den positivistischen Rechtsbegriff, ohne allerdings Recht nur als ein System positiv gesetzter Normen zu verstehen.

Ich denke, dass die Methode einer reflexiven Begründung im Sinne einer Rekonstruktion der notwendigen Bedingungen der Möglichkeit nicht nur für das Recht im Allgemeinen, sondern auch für Begründung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens angewendet

⁷² *Peter Niesen/Oliver Eberl* ziehen hier einen anschaulichen Vergleich: „Für jede Ordnung in Rechtsform sind die genannten Kategorien von Rechten (...) verbindlich; sie sind so etwas wie grammatische Regeln der Sprache. Wenn man sich mithilfe des ‚Rechtscodes‘ ausdrückt, um konfliktregulierende Normen zu formulieren, ist man auf die Berücksichtigung egalitärer subjektiver Ansprüche eines und einer jeden festgelegt.“ *Peter Niesen/Oliver Eberl*, *Demokratischer Positivismus: Habermas/Maus*, in: Sonja Buckl, et al., *Neue Theorien des Rechts* (2006) 3 – 28, 7.

⁷³ Für den Bereich des Verfahrensrechts sind das etwa: der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Anspruch auf ein unbefangenes Entscheidungsorgan, der Anspruch auf eine verbindliche Entscheidung über eine Rechtsfrage, der Anspruch auf Akteneinsicht, etc.

⁷⁴ Während *Habermas* voraussetzt, dass ein Minimum an Grundfreiheiten bereits durch das Medium Recht selbst gewährt werden muss, vertritt die rechtspositivistische Lehre die genau gegenteilige Auffassung: Menschen haben nicht deshalb ein Minimum an Freiheit, weil dies notwendige Funktionsbedingung des Rechts ist, sondern weil dieses Minimum als der Verrechtlichung nicht zugängliche Sphäre bestehen bleibt. Dazu *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 45: „Die Rechtsordnung kann die Freiheit eines Menschen mehr oder weniger einschränken, indem sie ihm mehr oder weniger gebietet. Aber ein Minimum von Freiheit, das heißt rechtlicher Ungebundenheit, eine Sphäre menschlicher Existenz, in die kein Gebot oder Verbot eingreift, bleibt stets gewahrt. Es gibt selbst unter einer noch so totalitären Rechtsordnung so etwas wie eine unveräußerliche Freiheit; nicht ein dem Menschen eingeborenes, natürliches Recht, sondern als eine Konsequenz der technisch beschränkten Möglichkeiten positiver Regelung menschlichen Verhaltens.“ Damit vertritt *Habermas* einen positiven, die Reine Rechtslehre einen negativen Freiheitsbegriff.

werden kann. Dabei soll es um eine Freilegung jener notwendigen Annahmen gehen, die wir stets machen müssen, wenn wir uns sinnvoll auf das rechtliche Verfahren beziehen.⁷⁵ Für die so gewonnenen Erkenntnisse soll nicht die Geltung einer transzendentalen Letztbegründung im Sinne *Apels*, sondern lediglich der Status einer der Kritik zugänglichen reflexiven Begründung in Anspruch genommen werden.⁷⁶

Nicht übersehen werden darf freilich, dass ein Verfahren der Rekonstruktion sich in strenger Zurückhaltung üben muss und nicht jede Annahme, die mit einem Begriff verbunden ist, als zwingende Bezugnahme ausweisen kann. Eine derart inflationäre Anwendung der reflexiven Begründung würde zu ihrer Entwertung führen.⁷⁷ Nur dann, wenn ein Begriff ohne eine bestimmte Annahme nicht widerspruchsfrei gedacht werden kann, kann in dieser Annahme eine notwendige Bedingung gesehen werden. Das Kriterium der Widerspruchsfreiheit ist damit das vorrangige Gültigkeitskriterium.

III. Geltung und Inhalt des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens

Die Überlegungen von *Habermas* haben gezeigt, dass wir nicht darum herumkommen, bestimmte prozedurale Grundrechte anzunehmen, wenn wir uns auf das Medium Recht beziehen. Diese Einsicht bildet den Ausgangspunkt für weitere Überlegungen zur reflexiven Begründung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens, denen ich folgende These voranstelle: *Wenn wir auf das Recht nur sinnvoll Bezug nehmen können, indem wir zwingend voraussetzen, dass es ein Verfahren seiner Anwendung gibt, das nach bestimmten Grundsätzen ausgerichtet ist, so gelten diese Grundsätze als begründet.* Auf unsere konkrete Frage

⁷⁵ Ein ähnliches Verfahren schlägt *Reimer* zur Begründung impliziter Verfassungsgrundsätze vor: In einem Verfahren der „Freilegung“ sollen jene Grundannahmen aufgedeckt werden, die der Verfassungsgesetzgeber vorausgesetzt oder der Verfassung zugrundegelegt hat. Dabei gibt es allgemeine Grundannahmen, die sich bereits aus den Begriffen Staat, Verfassung, Recht ableiten lassen. Vgl. *Reimer*, Verfassungsprinzipien 398 ff.

⁷⁶ So weist *Walter Reese-Schäfer*, Karl-Otto Apel zur Einführung (1990) 51, richtigerweise darauf hin, dass auch ohne Letztbegründungsanspruch „das reflexive Begründungsargument außerordentlich tragfähig [ist], weil es den argumentativen Diskurs, das Hauptmedium des nachaufklärerischen Denkens, auf die Konsequenzen befragt, die immanent in ihm angelegt sind. Die Absolutsetzung der Argumentation, zu der *Apel* und *Kuhlmann* neigen, kann als mythologischer oder metaphysischer Rest in ihrem Denken gedeutet werden.“

⁷⁷ So auch *Reimer*, der sich für eine äußerst restriktive Handhabung von Grundannahmen bei der Normenbegründung ausspricht. Vgl. *Reimer*, Verfassungsprinzipien 399.

bezogen bedeutet das: *Wenn wir auf das Verwaltungsrecht nur sinnvoll Bezug nehmen können, indem wir notwendig die Geltung des Prinzips des fairen Verwaltungsverfahrens voraussetzen, ist dieses Prinzip gültig.*

Diese These soll im Folgenden schrittweise erhärtet werden. In einem ersten Schritt soll auf den notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Verfahren eingegangen werden und welche Schlussfolgerungen sich bereits aus dem Begriff und der Rechtsförmigkeit des Verfahrens ziehen lassen (1.). In einem zweiten Schritt sollen jene Ansprüche freigelegt werden, die für alle rechtlichen Verfahren konstitutiv sind. Die so identifizierten Grundsätze der Richtigkeit, Fairness und Effektivität können ohne Widerspruch nicht bestritten werden und daher eine starke Begründung für sich in Anspruch nehmen (2.). Im Weiteren werden diese Grundsätze ihrer Geltung und ihrem Inhalt nach näher bestimmt und ihre verfahrensrechtlichen Implikationen aufgezeigt. Dabei werde ich versuchen zu zeigen, in welcher Weise diese Grundsätze im System des Allgemeinen Verwaltungsverfahrens ihre Umsetzung erfahren haben (3. – 5.). Es geht also nicht darum, neue Verfahrensinstitutionen zu ersinnen, sondern die Bedeutung der bestehenden Verfahrensregelungen für das rechtsstaatliche Verfahren aufzuzeigen. Dabei sind mehrere Interpretationen denkbar und auch zulässig. Ich verstehe meinen Vorschlag als einen Diskussionsbeitrag, der gegenüber Kritik und Ergänzungen offen bleibt.

1. Mindestvoraussetzungen des Verfahrens

Recht ist ohne das Verfahren seiner Anwendung nicht zu denken. Auf diesen strengen Zusammenhang sind wir bereits im Zweiten Teil als rechtsanthropologischen Befund gestoßen: Solange es Recht gibt, existieren auch eigene Verfahren seiner Realisierung. Die Rechtsanthropologie erblickt im Institut des Verfahrens einen derart zentralen Bestandteil der Rechtsidee, dass zur Identifizierung des Rechts indigener Völker weniger nach materiellen Regeln, sondern mehr nach Verfahrensabläufen Ausschau gehalten wird.⁷⁸ Der enge Zusammenhang zwischen Recht und Verfahren lässt sich nicht nur empirisch, sondern auch theoretisch begründen: Alles materielle Recht, d.h. die für bestimmte Sachverhalte vorgesehenen Rechtsfolgen, kann sich nur durch Verfahren verwirklichen. Eine materielle Norm ohne das Verfahren ihrer Anwendung/Durchsetzung bleibt wirkungslos. Während in einer Rechtsordnung der

⁷⁸ Vgl. oben S. 26 f.

größte Teil der materiellen Rechtsvorschriften optional ist, d.h. ohne inneren Widerspruch aufgegeben werden könnte, kann auf rechtliche Verfahren nicht verzichtet werden.⁷⁹

Recht wird daher von *Alexy* zutreffend nicht bloß als ein System von Normen, sondern auch als ein System von Verfahren begriffen (Normerzeugungs-, Anwendungs- und Vollstreckungsverfahren).⁸⁰ Es ist sinnvoll, diese Dichotomie aufrecht zu erhalten, wohingegen Rechtspositivisten dazu neigen, rechtliche Verfahren bloß als Summe positivrechtlicher Verfahrensnormen zu sehen und den Verfahrensbegriff vollständig im Rechtsbegriff – verstanden als System von Regeln – einzuebnen. Diese Auffassung verkennt, dass nicht das positive Recht die Ermöglichungsbedingung für Verfahren ist, sondern sich Normen und Verfahren wechselseitig bedingen. Außerdem beschränkt ein zum bloßen Regelsystem verkürzter Rechtsbegriff die Betrachtung einer Rechtsordnung auf die Perspektive des außenstehenden Betrachters, während ein auch als System von Verfahren verstandener Rechtsbegriff die Perspektive eines Teilnehmers am Rechtssystem eröffnet. Erst diese Sichtweise kann Recht in ein angemessenes Verhältnis zu seiner Umwelt setzen und ermöglicht, Recht nicht bloß als statisches Normensystem, sondern als „law in action“ zu begreifen.

Bereits aus dem Begriff und der Rechtsförmigkeit des Verfahrens ergeben sich eine Reihe von notwendigen Verfahrensinstituten. Zunächst benötigt jedes Verfahren ein Mindestmaß an Organisationsstruktur. Zum institutionellen Minimalbestand gehört ein mit Entscheidungsgewalt ausgestattetes Entscheidungsorgan (Behörde). Eine Behörde kann ein Verfahren nicht mit sich selbst durchführen, sondern muss ihre Tätigkeit notwendigerweise auf andere Personen beziehen. Erst wenn die behördliche Tätigkeit eine Beziehung zu einer Person herstellt, entsteht ein Verfahrensverhältnis. Jedes Verfahren setzt damit zumindest die Beteiligung ei-

⁷⁹ So kann etwa – entgegen aller Erfahrung – ohne Widerspruch vorgestellt werden, dass es eine Rechtsordnung gibt, die keine Rechtsnorm kennt, die das Töten von Menschen unter Strafe stellt (weil etwa in die regulative Kraft anderer normativen Systeme wie die Religion oder Moral vertraut wird). Wenn es allerdings eine solche Rechtsvorschrift gibt, ist es zwingend notwendig, dass es ein Verfahren gibt, in dem diese Norm durchgesetzt wird. Während eine Rechtsordnung ohne Tötungsverbot zwar vernünftigerweise nicht gewollt, jedoch ohne Widerspruch gedacht werden kann, ist eine Rechtsordnung ohne Verfahren denkunmöglich.

⁸⁰ „Als ein System von *Prozeduren* ist das Rechtssystem ein System von auf Regeln beruhenden und durch Regeln geleiteten Handlungen, durch die Normen gesetzt, begründet, interpretiert, angewandt und durchgesetzt werden. Als ein System von *Normen* ist das Rechtssystem ein System von Ergebnissen oder Produkten wie auch immer beschaffener Normerzeugungsprozeduren. Man kann sagen, dass derjenige, der das Rechtssystem als ein System von Normen ansieht, sich auf seine äußere Seite bezieht. Demgegenüber geht es um die innere Seite, wenn das Rechtssystem als ein System von Prozeduren betrachtet wird.“ *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 46 f.

ner Person voraus.⁸¹ In der Bezugnahme auf eine Person, die aus technischen Gründen für jedes Verfahren unerlässlich ist, liegt zugleich der Akt der Anerkennung dieser Person als Verfahrenssubjekt mit der damit verbundenen Rechts- und Handlungsfähigkeit. Die Zuerkennung dieser Rechtssphäre ist in jedem Verfahren notwendig, weil die Person Adressat der rechtlichen Entscheidung ist und ihr zugebilligt wird, sich nach der Entscheidung zu verhalten. Wenn ein Verfahren nach seinem Zweck erst auf Betreiben eines Rechtssubjekts in Gang gesetzt wird (z.B. Antrag im Verwaltungsverfahren, Klage im Zivilprozess), ist einer Person erforderlicherweise neben der Rechts- und Handlungsfähigkeit auch die Postulationsfähigkeit beizumessen.⁸² *Diese Rechte sind nicht jenes gehaltvolle Konzept von prozeduralen Parteiderechten, das wir aus dem Verfahrensrecht kennen. Auch wenn diese Rechte zweifelsohne von materieller Substanz sind, beschränken sie sich auf jenes Minimum an rechtlicher Anerkennung, die aus rein faktischen Gründen für die Durchführung eines Verfahrens unabdingbar ist.*⁸³

Der Zweck eines Verfahrens liegt darin, auf der Grundlage des materiellen Rechts eine an eine Person adressierte einmalige verbindliche Entscheidung zu treffen. Im Unterschied zum alternativlosen Ablauf eines Rituals kennzeichnet sich ein Verfahren durch die Ungewissheit des Ausgangs aus: Für einen Sachverhalt scheinen mehrere Rechtsfolgen denkbar – welcher Rechtsfolge der Vorzug eingeräumt wird, ist im Verfahren zu klären. Diese Entscheidungsoffenheit ist konstitutiv für jedes rechtliche Verfahren.⁸⁴ Es wäre sinnlos, ein rechtliches Verfahren durchzuführen, wenn die Entscheidung bereits feststeht.⁸⁵ Die Entscheidung wird also

⁸¹ Vgl. *Hellbling*, *Verwaltungsverfahrensgesetze* I 118.

⁸² Diese Rechte korrespondieren mit den von *Habermas* identifizierten minimalen Grundrechten, die Bürger sich gegenseitig im Prozess der Verrechtlichung zugestehen müssen: Rechtsfähigkeit = Mitgliedschafts- und Statusrechte, Handlungsfähigkeit = subjektive Handlungsfreiheiten, Postulationsfähigkeit = Rechtswegegarantie. Siehe oben S. 166.

⁸³ So kann kein Verfahren durchgeführt werden, wenn der Person, auf die sich die Tätigkeit einer Behörde bezieht, jegliche Rechts-, Handlungs- und Postulationsfähigkeit abgesprochen wird. Dagegen können Parteiderechte eingeschränkt oder überhaupt weitgehend versagt werden, ohne der Durchführbarkeit eines Verfahrens zu schaden.

⁸⁴ Vgl. *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren* 40.

⁸⁵ In solch einem Fall würde kein rechtliches Verfahren, sondern bestenfalls ein Schauprozess vorliegen. Es soll nicht verkannt werden, dass es Fälle gibt, in denen ein Entscheidungsorgan bereits zu Beginn eines Verfahrens seine Entscheidung getroffen hat. Allerdings muss das Entscheidungsorgan diese bis zum Abschluss des Verfahrens geheim halten (oder auch zur Abänderung offen lassen), weil sich die „Veranstaltung Verfahren“ andernfalls ad absurdum führen würde. Kein Richter kann einen Prozess eröffnen und sagen: Ich habe meine Entscheidung bereits unabänderlich getroffen, trotzdem führen wir das Verfahren ordnungsgemäß durch. Das Kriterium der Entscheidungsoffenheit verlangt damit die unbefangene Herangehensweise eines Entscheidungsorgans an einen Fall. Darin liegt eine Idealisierung, ohne die allerdings

nicht vor dem Verfahren, sondern im Verfahren getroffen, wodurch sich die Bestimmung des Verfahrens erfüllt. Das rechtliche Verfahren unterscheidet sich in seiner Rechtsförmigkeit von anderen Verfahren der Konfliktlösung darin, dass seine Entscheidungen verbindlich, d.h. notfalls auch gegen den Willen der Betroffenen durchsetzbar sind. Aus dem Ziel eines jeden rechtlichen Verfahrens, eine verbindliche Entscheidung zu erzeugen, ergeben sich zwei notwendige Bedingungen: Die Aufgabe der Entscheidungsfindung ist nicht bloß als Möglichkeit, sondern als Pflicht zur Entscheidung zu verstehen. Damit der Zweck eines Rechtsverfahrens eingelöst werden kann, muss auch in unklaren Fällen eine Entscheidung getroffen werden (Verbot des non-liquet). Damit eine Entscheidung Verbindlichkeit erlangt, muss diese nicht nur für den Adressaten einer Entscheidung, sondern auch für alle anderen Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft gelten (Institut der Rechtskraft).

Die Einrichtung und institutionelle Absicherung einer Behörde, die Bezugnahme auf eine Person als Verfahrensteilnehmer, die Pflicht zur Entscheidung und die Rechtskraft einer Entscheidung gehören zur unverzichtbaren Grundausstattung eines jeden rechtlichen Verfahrens. Nur wenn diese minimalen Bedingungen erfüllt sind, kann materielles Recht realisiert werden. *Auch extrem unfaire Verfahren kommen ohne diese institutionellen Voraussetzungen nicht aus.* Insofern verstehen sich diese Verfahrensinstitutionen als reine Bedingungen der Möglichkeit eines rechtlichen Verfahrens, sind also als technische Notwendigkeiten und *nicht als materielle Verfahrensgarantien* zu verstehen.

2. Ansprüche des Verfahrens

Wenn wir auf das rechtliche Verfahren sinnvoll Bezug nehmen, müssen wir unausweichlich neben den technischen Mindestvoraussetzungen auch normativ gehaltvolle Annahmen treffen, die als Ansprüche jedes Rechtsverfahren beherrschen. Eine reflexive Betrachtung zeigt, dass in jedem rechtlichen Verfahren zumindest folgende drei Ansprüche erhoben werden:

- (1) Anspruch, dass das Verfahren eine richtige Entscheidung erzeugt.
- (2) Anspruch, dass die Teilnehmer am Verfahren als Rechtsperson anerkannt und fair behandelt werden.
- (3) Anspruch, dass das Verfahren effektiv ist.

nicht auszukommen ist. Nur wenn einem Entscheidungsorgan Unbefangenheit und die ernsthafte Auseinandersetzung mit einem Fall unterstellt wird, macht ein Rechtsverfahren überhaupt Sinn.

Diese Ansprüche werden sowohl von der Rechtsordnung selbst, als auch von den Teilnehmern eines Rechtssystems erhoben.⁸⁶ Die Richtigkeit der Entscheidung, der faire Umgang mit Verfahrensparteien und die Effektivität des Verfahrens haben konstitutiven Charakter für jedes rechtliche Verfahren. Keiner der drei Ansprüche kann von einer Rechtsordnung aufgegeben werden, ohne damit den Begriff des rechtlichen Verfahrens insgesamt aufzugeben: Ein Rechtsverfahren, das für sich nicht beansprucht, eine richtige Entscheidung zu erzeugen (sondern eine falsche), beteiligte Personen als Rechtssubjekte zu behandeln (sondern deren Persönlichkeitsrechte zu missachten) und nicht hinreichend effektiv zu sein (sondern auf keine Entscheidung hinzuwirken), ist in sich selbst widersprüchlich.⁸⁷

Aus der Perspektive von Teilnehmern am Rechtssystem erlangen diese Grundsätze eine zweifache Bedeutung: Einerseits als Erwartungen, die an ein Verfahren herangetragen werden, und andererseits als transformierte eigene Ansprüche, die mit dem rechtlichen Handeln erhoben werden. In beiden Fällen regulieren sie das individuelle Verhalten. Zunächst erwartet sich ein Teilnehmer am Rechtssystem, dass jene Ansprüche, die ein Verfahren für sich selbst erhebt, auch tatsächlich eingelöst werden. Er erwartet sich also beim Eintritt in ein rechtliches Verfahren, dass er als Person anerkannt und fair behandelt und über sein Anliegen in angemessener Zeit eine korrekte Entscheidung getroffen wird. Diese Erwartungen haben einen idealisierenden Zug, weil jeder Teilnehmer am Rechtssystem weiß, dass jene Ansprüche in der Wirklichkeit oftmals nur zum Teil oder auch gar nicht eingelöst werden. Trotzdem, und das ist der entscheidende Punkt, können diese Erwartungen hinsichtlich ihrer Idealisierung zwar kritisch hinterfragt (und relativiert), jedoch nicht vollständig aufgegeben werden. Dies deshalb, weil diese Ansprüche von Verfahrensteilnehmern als mit ihrem kommunikativen Handeln verbundene Ansprüche an das rechtliche Verfahren herangetragen werden.⁸⁸

⁸⁶ Zur Perspektive eines Teilnehmers am Rechtssystem vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 47 f.

⁸⁷ Was für das rechtliche Verfahren im Speziellen gilt, gilt für jede Rechtsordnung im Allgemeinen: Keine Rechtsordnung kann auf Dauer bestehen, die nicht die Intention hat, effektiv zu sein und für sich nicht den Anspruch auf Richtigkeit erhebt (Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 62 ff, 144 ff; *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln 69). Genauso muss jedes Rechtssystem wenigstens ein Minimum an Freiheitsrechten jener Menschen respektieren, die in diesem System leben (Vgl. oben S. 168).

⁸⁸ Ein rechtliches Verfahren ist ein soziales System, dessen Funktionsabläufe durch kommunikatives Handeln bestimmt sind. Teilnehmer erheben durch ihr auf das Verfahren bezogene kommunikative Handeln den Anspruch, als vernünftige Personen anerkannt zu werden. Mit ihren Aussagen sind die Geltungsansprüche der Wahrheit, der Richtigkeit, der Wahrhaftigkeit und der Verständlichkeit verbunden. Vgl. *Jürgen Habermas*, Vorlesungen zu einer Sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie (1970/71) in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns (1984) 80 f; ders., Theorie des kommunikativen Handelns⁴, Band I (1984) 129 – 151, insbes. 149.

Deutlich zeigt sich dies am Anspruch auf Anerkennung als Rechtssubjekt: Wenn jemand auf ein Verfahren bezogene Handlungen setzt (eine Klage erhebt, einen Antrag stellt, als Beschuldiger Stellung bezieht), erhebt er damit stets – implizit – den Anspruch, als Rechtssubjekt anerkannt zu werden, und behauptet zugleich, dass dieser Anspruch gültig ist. Dagegen wäre es ein performativer Widerspruch, wenn jemand bestreitet, dass Personen in einem Verfahren als Rechtssubjekte zu behandeln sind, zugleich jedoch Handlungen setzt, die sich auf ein Verfahren beziehen, und durch diesen Akt den Status einer rechts- und handlungsfähigen Persönlichkeit für sich in Anspruch nimmt. Wer sich durch seine kommunikativen Handlungen an einem Verfahren beteiligt, nimmt für sich in Anspruch, eine vernünftige Person zu sein, der Rechte und Freiheiten zukommen, die also als Rechtssubjekt zu behandeln ist.

Gleiches gilt für den Anspruch auf Richtigkeit: Wenn jemand Verfahrenshandlungen setzt, so erhebt er für diese den Anspruch auf Richtigkeit und behauptet zugleich, dass der Richtigkeitsanspruch generell in einem rechtlichen Verfahren gilt: d.h. dass Argumente deshalb anerkannt werden, weil sie richtig sind, und dass sie deshalb abgelehnt werden, weil sie falsch sind.⁸⁹ Dieser Anspruch kann selbst dann nicht aufgegeben werden, wenn jemand an der Richtigkeit seines Begehrens zweifelt. So ist es bei konsistentem Handeln nicht möglich, in einem Verfahren zu argumentieren: Ich behaupte, dass die Entscheidung x falsch ist und beantrage, diese Entscheidung zu treffen. Dass eine auf ein Verfahren bezogene kommunikative Handlung mit dem Anspruch auf Richtigkeit verbunden wird, ist kein strategisches Kalkül, sondern eine im Sprachspiel begründete Notwendigkeit, die unhintergebar ist.⁹⁰ Wer sich auf das rechtliche Verfahren bezieht, muss damit stets voraussetzen, dass für dieses der Grundsatz der Richtigkeit gilt.

Der Anspruch auf Effektivität verlangt, dass das Verfahren tatsächlich durchgeführt wird und mit einer Entscheidung endet, die rechtliche Wirkung entfaltet. Bezieht sich jemand auf ein rechtliches Verfahren, indem er eine bestimmte rechtliche Entscheidung begehrt, ist mit dieser Bezugnahme der Anspruch verbunden, dass die beantragte Entscheidung auch gefällt werden soll. Es wäre ein Widerspruch, wenn jemand zwar beispielsweise in einem Verwaltungsverfahren einen Antrag stellt, zugleich jedoch bestreitet, dass über diesen Antrag (in angemessener Zeit) zu entscheiden ist. Wer sich auf ein rechtliches Verfahren bezieht, unterstellt damit

⁸⁹ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 270.

⁹⁰ Vgl. dazu ausführlich unten S. 204 ff.

notwendigerweise, dass dieses jene Effektivität aufweisen muss, um seinen Zweck zu verwirklichen, der in der Erzeugung einer Entscheidung liegt.

Es ist an dieser Stelle wichtig, auf den Unterschied zwischen den oben herausgearbeiteten (technischen) *Minimalvoraussetzungen des Verfahrens* und den hier behandelten *Ansprüchen an ein Verfahren* hinzuweisen. Die Minimalvoraussetzungen verstehen sich als Bedingungen, die zwingend erfüllt sein müssen, damit überhaupt ein rechtliches Verfahren vorliegt. Niemand kann bestreiten, dass ein Verfahren ohne Behörde oder Verfahrenspartei nicht gedacht werden kann, ein solches Verfahren also in der Wirklichkeit nicht existieren kann. Würde der Nachweis des Gegenteils gelingen, wäre die Geltung dieser angenommenen Mindestvoraussetzungen widerlegt. Anders verhält es sich dagegen mit den mit einem rechtlichen Verfahren verbundenen Ansprüchen. Es ist nämlich durchaus vorstellbar und entspricht der ständigen Erfahrung, dass es in der Rechtspraxis Verfahren gibt, die diesen Ansprüchen nicht genügen, weil sie etwa entweder wenig effektiv sind oder die Rechte einer Verfahrenspartei grob verletzen. Damit ist allerdings nicht widerlegt, dass diese Ansprüche zwingende Voraussetzungen sind, die wir stets machen müssen, wenn wir uns auf das rechtliche Verfahren beziehen. Es geht nämlich nicht darum, ob und zu welchem Grad diese Ansprüche in der Rechtswirklichkeit eingelöst werden, sondern darum, ob es möglich ist, auf diese Annahmen zu verzichten, wenn wir uns auf rechtliche Verfahren beziehen.

Ich denke, dass dieser Gegenbeweis nicht zu führen ist: Wie erwähnt, setzt sich ein Rechtssystem, das für seine rechtlichen Verfahren nicht Richtigkeit, Effektivität und die Anerkennung von Verfahrensparteien beansprucht, einem logischen Widerspruch aus. Ebenso kommt ein Teilnehmer am Rechtssystem nicht darum herum, diese Ansprüche anzuerkennen, wenn er sich sinnvoll auf ein Verfahren bezieht.⁹¹ Auch eine historische Betrachtung zeigt, dass diese drei Ansprüche stets von wichtigem Einfluss für den Ablauf eines Rechtsverfahrens waren.⁹² Freilich wurden diese Ansprüche je nach der gesellschaftlichen Entwicklungsstufe in unterschiedlichster Weise umgesetzt. So wurde etwa der Anspruch auf Richtigkeit durch religiöse, magische oder rituelle Elemente zu verwirklichen versucht, genauso wie etwa durch strenge Beweisregeln oder eine rationale Ausrichtung des Verfahrens. Auch in einer totalitä-

⁹¹ Diese Ansprüche könnten nur von jemandem ohne performativen Widerspruch bestritten werden, der sich nicht auf ein rechtliches Verfahren (durch seine Handlungen) bezieht, damit aber auch nicht am Rechtssystem teilnimmt. Wer allerdings Teilnehmer an einem rechtlichen System und dessen Verfahren ist, was in einer modernen Gesellschaft normalerweise der Fall ist, der kann jene Ansprüche nicht ohne Selbstwiderspruch leugnen.

⁹² Vgl. S. 61 ff.

ren Rechtsordnung werden diese Ansprüche erhoben, einerseits aus Legitimationsgründen, andererseits aber eben auch, weil auf diese Ansprüche ohne inneren Widerspruch nicht verzichtet werden kann, selbst wenn Anspruch und Wirklichkeit in diesen Fällen weit auseinanderklaffen.

Wir können als Zwischenergebnis festhalten, dass immer dann, wenn wir uns auf das Medium Recht beziehen, wir als Bedingung seiner Möglichkeit voraussetzen müssen, dass dieses in einem Verfahren realisiert wird, das für sich Richtigkeit, Fairness und Effektivität beansprucht. Diese Ansprüche sind mit dem Begriff des Verfahrens untrennbar verbunden und haben daher für jedes Verfahren eine konstitutive Funktion. Sie haben aber auch einen idealen Charakter, weil sie im Rechtsalltag niemals vollständig umgesetzt werden können, sondern eine nicht aufzulösende Differenz zwischen ihnen und der Wirklichkeit besteht. Als so verstandene Ideen kommt ihnen eine regulative Funktion zu, weil sie als Bezugspunkt dienen, wie ein Verfahren ausgestaltet sein soll. Damit ist der starke normative Gehalt unserer Bezugnahme auf den Begriff des Verfahrens angesprochen: *Wir setzen nicht nur voraus, dass es die mit dem Verfahren verbundenen Ansprüche der Richtigkeit, Fairness und Effektivität gibt, sondern auch, dass das Verfahren nach diesen Grundsätzen ablaufen soll.* Wenn dies der Fall ist, weil ein Verfahren diese Grundsätze in angemessener Weise verwirklicht, können wir es als rechtsstaatlich bezeichnen.

Das bedeutet für das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens: *Die Grundsätze der Richtigkeit, Fairness und Effektivität gelten als Inhalt dieses Prinzips. Von der Geltung dieses Prinzips als Norm ist seine Umsetzung in die Rechtswirklichkeit zu unterscheiden. Prinzipien können als Optimierungsgebote in unterschiedlichen Graden erfüllt werden. Je nach dem Grad seiner faktischen Umsetzung, also je nachdem wie die bisher nur als Schlagworte genannten Grundsätze ausdifferenziert werden, können wir ein Verwaltungsverfahren als rechtsstaatlich bewerten.* Leichter, als den positiven Nachweis der Rechtsstaatlichkeit eines Verfahrens zu erbringen, fällt uns der umgekehrte Beweis: Wenn wir das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens als Kontrastfolie nehmen, können wir feststellen, in welchen Punkten von diesem Prinzip abgewichen wird, wann also ein Verfahren oder einzelne seiner Institutionen als unfair zu bezeichnen sind.⁹³

⁹³ In der österreichischen Jurisprudenz erfolgt die Bezugnahme auf das Prinzip des fairen Verwaltungsverfahrens als Prüfstein für die Beurteilung der Rechtsstaatlichkeit konkreter Verfahrensbestimmungen oftmals nur implizit. Dass auf dieses Prinzip, konkret auf die in ihm enthaltenen Ansprüche, jedoch unreflektiert Bezug genommen wird, zeigt sich daran, dass weitgehende Einigkeit darüber herrscht, welche verfahren

Wir haben nun in einem ersten Schritt die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens als Ansprüche der Richtigkeit, Fairness und Effektivität skizziert. Diese Grundsätze stehen allerdings noch als leere Begriffe im Raum. Im Folgenden wird es darum gehen, ihre Geltung und ihren Inhalt näher zu bestimmen.

3. Grundsatz der Richtigkeit

Im Erkenntnis VfSlg. 17.340/2004 hat der VfGH festgehalten, dass das Rechtsstaatsprinzip verlangt, „dass ein Verfahren in der Weise gestaltet sein muss, dass es gewährleistet ist, letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu kommen.“⁹⁴ Auf den ersten Blick wirkt diese knappe Definition des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens geradezu banal. Eine genauere Betrachtung zeigt allerdings, dass dieser Definition Annahmen zugrunde liegen, die eine Reihe von schwierigen Fragen aufwerfen.

Zunächst setzt der VfGH voraus, dass der Sinn eines Verfahrens darin besteht, eine *rechtlich richtige* Entscheidung zu treffen. Tatsächlich ist der Anspruch auf Richtigkeit konstitutiv für jede Rechtsordnung und jedes rechtliche Verfahren.⁹⁵ Ein rechtliches Verfahren, das für sich nicht in Anspruch nimmt, zu einer richtigen Entscheidung zu führen, gibt sich selbst auf.⁹⁶ *Aber was bedeutet ›Richtigkeit‹?* In einem ersten Schritt wird es darum gehen, den Begriff der Richtigkeit zu bestimmen und von den ihm verwandten Begriffen der Wahrheit und Gerechtigkeit abzugrenzen (3.1). Mit der Frage nach der Definition der Richtigkeit ist die Frage ihrer *Feststellbarkeit* verbunden. Diese Fragestellung wird innerhalb der Normwissenschaften ausgesprochen kontroversiell diskutiert (3.2). Innerhalb der Rechtswissenschaft wird allerdings

rensrechtlichen Garantien ein faires Verfahren verlangt. Dissens besteht vorrangig über die Möglichkeit deren Begründung, nicht über deren Inhalt.

⁹⁴ S. 150.

⁹⁵ Zum Anspruch auf Richtigkeit als notwendiges Wesenselement einer Rechtsordnung bzw. eines rechtlichen Verfahrens vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 62 ff; 129 ff; *ders.*, Theorie der juristischen Argumentation 428 f; *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln 69.

⁹⁶ *Luhmann* vertritt dagegen die Ansicht, dass der Sinn eines rechtlichen Verfahrens nicht in seinem Streben nach einer richtigen Entscheidung liegt. Vielmehr betrachtet er das rechtliche Verfahren als einen Lernprozess, in dem schrittweise Komplexität reduziert wird und Erwartungshaltungen der Beteiligten umgewandelt werden. Nicht die Richtigkeitsorientierung, sondern die Durchführung eines Verfahrens selbst schafft die Legitimation für eine Entscheidung. Eine Entscheidung wird nicht wegen ihrer Richtigkeit akzeptiert, sondern weil dem Betroffenen nach der Durchführung eines Verfahrens letztlich gar keine andere Möglichkeit bleibt, als sich der Entscheidung zu unterwerfen. Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren. *Luhmanns* Konzept hat viele Kritiker auf den Plan gerufen. Dass ein Verfahren sich nicht aus sich selbst heraus legitimieren kann, sondern ohne den Anspruch auf Richtigkeit nicht auskommt, weist bereits *Zippelius* in einer frühen Replik auf die Überlegungen *Luhmanns* nach. Vgl. *Reinhold Zippelius*, Legitimation durch Verfahren?, in: FS Larenz (1973) 293 – 304.

mehrheitlich angenommen, dass es möglich ist, rational darüber zu entscheiden, ob eine rechtliche Aussage richtig oder falsch ist. Umstritten ist allerdings, *was der Beleg für die Richtigkeit einer Entscheidung ist*. Von den unterschiedlichen Theorien über die rechtliche Richtigkeit beschränke ich mich auf die Darstellung des deduktiven, des hermeneutischen und des diskurstheoretischen Ansatzes. Dabei wird sich zeigen, dass das diskurstheoretische Modell eine überzeugende Erklärung für den vom VfGH angenommenen *Zusammenhang zwischen der institutionellen Ausprägung des Verfahrens und der Richtigkeit der Entscheidung* bieten kann (3.3). Abschließend soll gezeigt werden, welche prozeduralen Konsequenzen das diskurstheoretische Modell für das System des Verwaltungsverfahrens hat (3.4).

3.1 Begriff der Richtigkeit

Der Begriff der Richtigkeit unterliegt im Alltagssprachgebrauch einer breiten Verwendung. Auf der einen Seite wird Richtigkeit im Sinn von Wahrheit, auf der anderen Seite im Sinn von Gerechtigkeit gebraucht. Dieses weite Begriffsfeld soll im Folgenden eingeschränkt werden und eine Klarstellung erfolgen, in welcher Bedeutung der Ausdruck ›Richtigkeit‹ in den weiteren Untersuchungen verwendet wird.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausdrücke ›wahr‹, ›richtig‹ und ›gerecht‹ hier nur als prädikative Bewertungen von Aussagen⁹⁷ und nicht als Merkmal von Gegenständen oder Ereignissen interessieren.⁹⁸ Wahrheit, Richtigkeit oder Gerechtigkeit werden daher weder als ontologische Entitäten noch als Seinszustände begriffen. Die Welt als solche ist weder wahr noch falsch. Wahr oder falsch sein können nur Sätze, die über die Welt gesagt werden.⁹⁹ Die Ausdrücke ›wahr‹, ›richtig‹ und ›gerecht‹ werden auf einer sprachlichen Metaebene eingesetzt,

⁹⁷ Der Begriff ›Aussage‹ (Proposition) wird hier im Sinne eines Urteils verwendet und meint einen sinnvollen Satz, der eine Behauptung über etwas aufstellt. Abzugrenzen ist die Aussage von anderen Satzformen wie Fragen, Aufforderungen, Ausrufe, Wünsche, etc. Die Unterscheidung zwischen ›Aussagen‹ und ›Normsätzen‹, wie sie von manchen vertreten wird (vgl. *Weinberger*, Rechtslogik 53 ff), halte ich für vernachlässigbar, wenn auch deskriptive und normative Aussagen nicht gleichgesetzt werden dürfen. Ich werde daher im Folgenden von Aussagen mit normativem Inhalt sprechen.

⁹⁸ Damit wird die umgangssprachlich weite Verwendung eingegrenzt: Die attributive Verwendung von ›richtig‹ oder ›wahr‹ in Wendungen wie „ein richtiger Freund“ oder „ein wahres Unglück“ gehen über den propositionalen Gebrauch hinaus und allein um diesen geht es hier.

⁹⁹ Dies ist eine Absage an ontologische Wahrheitstheorien, wie etwa die von Heidegger, der Wahrheit nicht als Eigenschaft einer Aussage oder eines Urteils, sondern als eine Voraussetzung des Aussagens bestimmt. Voraussetzung dafür, dass Aussagen über Erscheinendes getroffen werden können, sei, dass überhaupt ein Erscheinen stattfindet. Wahrheit wird demnach als „Unverborgenheit“ (aletheia) oder „Entdeckend-sein“ definiert, das Wahrsein wird von den Gegenständen oder einem Sachverhalt p ausgesagt und eben nicht von einer Aussage. Näheres vgl. *Herbert Schnädelbach*, Erkenntnistheorie (2002) 178 f; *Albrecht Wellmer*, Sprachphilosophie (2004) 385 ff.

um Aussagen, Behauptungen, Überzeugungen, etc. zu bewerten.¹⁰⁰ Wir können diese Ausdrücke als Wertprädikate im Gegensatz zu Eigenschaftsprädikaten bezeichnen. Äußerungen, in denen Wertprädikate verwendet werden, haben die Struktur:

Es ist wahr/richtig/gerecht, dass ›p‹

Trotz der einheitlichen Struktur von Sätzen, in denen Wertprädikate Verwendung finden, ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass sich die Ausdrücke ›wahr‹, ›richtig‹ und ›gerecht‹ auf Unterschiedliches beziehen. Der Ausdruck ›wahr‹ bezieht sich auf deskriptive, die Ausdrücke ›richtig‹ und ›gerecht‹ auf normative Aussagen. Mit dem Prädikat ›wahr‹ werden Aussagen über Dinge oder Sachverhalte bewertet, wohingegen Richtigkeit im engeren Sinn das nach bestimmten Regeln korrekt herbeigeführte Ergebnis einer Aufgabe bezeichnet.¹⁰¹ So kann ein Wort nach den Regeln der Orthographie richtig geschrieben, eine Rechnung nach mathematischen Regeln richtig gelöst oder ein Urteil nach gesetzlichen Bestimmungen richtig gefällt worden sein. Um diese Einhaltung von Regeln geht es dem Begriff der Gerechtigkeit nicht – das Bezugssystem für die Bewertung, ob eine normative Aussage als gerecht oder ungerecht qualifiziert wird, sind moralische Wertvorstellungen. Bereits die unterschiedliche Bezugnahme der Prädikate ›wahr‹, ›richtig‹ und ›gerecht‹ zeigt, dass es sinnvoll ist, zwischen diesen Ausdrücken zu differenzieren. Wenn es auch alltagssprachlich üblich ist, normative Aussagen mit dem Prädikat ›wahr‹ zu bewerten, soll dafür hier das Prädikat ›richtig‹ verwendet werden. Damit soll ausgedrückt werden, *dass deskriptive und normative Aussagen nicht gleichzusetzen sind und ihre Gültigkeit auf jeweils eigene Art und Weise zu überprüfen ist.*¹⁰²

Diese Unterscheidung ist allerdings eine relative, weil sich in deskriptiven Aussagen normative Bezüge finden, genauso wie normative Aussagen sich auf die Welt und ihre Eigenschaften

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm 62 ff; *Schnädelbach*, Erkenntnistheorie 177 f.

¹⁰¹ ›Richtigkeit‹ als Bezeichnung eines regelkonformen Verhaltens geht auf die neuere, insbesondere sprachanalytische Philosophie zurück. Zuvor wurde der Begriff ›Richtigkeit‹ eher im Sinn von ›Wahrheit‹ verwendet. Vgl. *Christoph Demmerling*, Richtigkeit, in: Joachim Ritter et al. (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, 12 Bände (1971 - 2005) Band 8 (1992), 1038 – 1045.

¹⁰² Vgl. dazu *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm 62 ff, der nachweist, dass normative Aussagen nicht in demselben Sinn ›wahr‹ oder ›falsch‹ sein können wie deskriptive Aussagen. Normative Aussagen unterscheiden sich von deskriptiven Aussagen durch ihren Handlungsbezug: „Die ›Wahrheit‹ von deskriptiven Sätzen bedeutet, dass die ausgesagten Sachverhalte ‚bestehen‘, während die ›Richtigkeit‹ von normativen Sätzen die Verbindlichkeit der gebotenen (bzw. verbotenen) Handlungsweisen widerspiegelt.“ *Jürgen Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung (1999/2004) 299 – 346, 301. Kritisch zur Unterscheidung zwischen ›Wahrheit‹ und ›Richtigkeit‹: *Ernst Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik (1993) 19 f.

beziehen, also nicht ohne deskriptive Elemente auskommen.¹⁰³ Dies zeigt sich auch im rechtlichen Kontext, wie sich bereits bei der Betrachtung einer Rechtsordnung offenbart: Jede rechtliche Norm enthält deskriptive Elemente. Die Bestimmung: Im Wald ist das Entzünden von Feuer verboten (§ 40 Abs. 1 ForstG), lässt sich zerlegen in die deskriptive Behauptung, dass es einen Wald und dass es Feuer gibt, und in die normative Anordnung, wonach kein Feuer im Wald entzündet werden soll. Auf der Ebene der Rechtsanwendung ist der Ausgangspunkt jeder rechtlichen Entscheidung die Klärung des Sachverhalts, also die Auseinandersetzung mit der Wahrheit deskriptiver Aussagen, bevor die mit einem Fall verbundenen rechtlichen Fragestellungen erörtert werden können, also über die Richtigkeit von normativen Sätzen entschieden wird. Dabei steht die Erörterung von Tatsachen- und Rechtsfragen in einer engen Wechselbeziehung.¹⁰⁴

Wenn wir nun davon ausgehen, dass das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens verlangt, dass ein Verwaltungsverfahren in der Weise gestaltet sein muss, dass es gewährleistet ist, letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu kommen, verwenden wir den Begriff ›richtig‹ in einer weiten Bedeutung. Der Begriff der Richtigkeit bezieht sich als Bewertung auf die nach bestimmten Verfahrensregeln erzeugte Entscheidung, *wobei eine Entscheidung richtig genau dann ist, wenn der ihr zugrunde liegende Sachverhalt wahr und die angeordnete Rechtsfolge richtig ist*. Es geht also in jedem Verwaltungsverfahren um die korrekte Beantwortung von Tatsachen- und Rechtsfragen, wobei die Aussagen über Tatsachen im engeren Sinn einen deskriptiven und die Aussagen über Rechtsfragen einen normativen Inhalt haben. Wenn wir die Frage stellen, ob eine bestimmte Entscheidung richtig ist, müssen wir uns deshalb darüber im Klaren sein, dass damit einerseits nach der Wahrheit der Tatsachenfeststellungen und andererseits nach der Richtigkeit der Normenanwendung gefragt wird.

Ich werde mich im Folgenden darauf beschränken, zu untersuchen, wann es zulässig ist, die Entscheidung eines Verwaltungsverfahrens von ihrer normativen Seite her als richtig zu be-

¹⁰³ *Habermas* hat nachgewiesen, dass jeder Teilnehmer an gesellschaftlicher Kommunikation mit seiner Aussage den Anspruch der Wahrheit, Richtigkeit, Wahrhaftigkeit und Verständlichkeit erhebt, dass also jede Aussage deskriptiven, normativen und expressiven Charakter hat. Vgl. dazu unten S. 204 ff.

¹⁰⁴ Auf die Verwobenheit normativer und deskriptiver Aussagen im rechtlichen Kontext weist *Funk* hin: „Aussagen über Sachverhalte sind keine (rein) ideographischen Sätze, sondern enthalten stets auch eine nomographische Komponente. Anders gewendet: Damit wir einen Sachverhalt als solchen überhaupt identifizieren können, müssen wir ihn bereits normativ, d.h. als zweckhaft imprägniertes Verhalten gedeutet haben. Und umgekehrt: Aussagen über Tatbestände sind keine rein nomographischen Sätze, sondern enthalten stets auch [eine] ideographische Komponente. Anders gewendet: Damit wir einen Tatbestand als solchen identifizieren können, müssen wir ihn in Teilen als Aussage über einen Naturvorgang (...) identifizieren.“ *Bernd-Christian Funk*, Privatissimum SS 2006, Mitschrift.

zeichnen. Dabei wird es darum gehen, ein Kriterium dafür zu finden, wann der Anspruch der Richtigkeit als erfüllt gelten kann.

Abschließend noch eine Abgrenzung hin zum Begriff der Gerechtigkeit. Wie oben erwähnt beurteilt das Wertprädikat ›gerecht‹ zwar genauso wie ›richtig‹ normative Aussagen, bezieht sich allerdings nicht auf die Einhaltung von Regeln, sondern auf moralische Wertvorstellungen. In einem rechtlichen Kontext besteht eine Differenz zwischen dem Begriff der Richtigkeit und dem der Gerechtigkeit, welcher der Unterscheidung zwischen Recht und Moral entspricht. Eine rechtliche Entscheidung kann zwar richtig und gerecht sein, jedoch auch richtig, aber ungerecht, oder unrichtig, aber gerecht. Der Terminus ›gerecht‹ drückt eine moralische, der Terminus ›richtig‹ eine rechtliche Bewertung aus. Richtigkeit meint die Konformität eines Normsatzes mit einer geltenden Rechtsordnung, Gerechtigkeit die Konformität mit moralischen Wertvorstellungen. Es darf freilich nicht übersehen werden, dass in die juristische Beurteilung, ob eine rechtliche Aussage richtig oder falsch ist, auch moralische und ideologische Wertvorstellungen einfließen. Damit ist Richtigkeit weiter als im Sinn einer reinen Gesetzmäßigkeit zu verstehen. Trotzdem ist es wichtig, die Differenz zwischen Richtigkeit und Gerechtigkeit aufrecht zu erhalten, schon allein deshalb, weil eine Verschmelzung beider Begriffe jeglicher moralischen Bewertung rechtlicher Normen den Boden entziehen würde. Daher soll hier von der Richtigkeit und nicht von der Gerechtigkeit von verwaltungsrechtlichen Entscheidungen gesprochen werden.

3.2 Ist Richtigkeit feststellbar?

Nach unserer Begriffsbestimmung verwenden wir den Ausdruck ›richtig‹ als eine prädikative Bewertung rechtlicher Aussagen und meinen damit, dass diese genau dann richtig sind, wenn sie der Rechtsordnung entsprechen. Etwa dass eine Verordnung richtig ist, weil sie gesetzeskonform erlassen wurde, oder dass ein Bescheid richtig ist, weil er auf der Grundlage der geltenden Gesetze gefällt wurde. Wie aber kann nun konkret festgestellt werden, ob eine Aussage richtig oder falsch ist? Nach welchen Merkmalen, nach welchen Kriterien können wir eine normative Aussage als richtig ausweisen? Bevor wir uns dieser Fragestellung zuwenden können, ist es notwendig, uns über eine viel grundsätzlichere Frage Klarheit zu verschaffen: *Können wir Richtigkeit überhaupt feststellen?* Die Suche nach einem Kriterium zur Feststellung der Richtigkeit macht nämlich nur dann Sinn, wenn man annimmt, dass es überhaupt möglich ist, normative Aussagen als richtig oder falsch zu beurteilen. Diese Auffassung ist ausgesprochen umstritten, weshalb im Folgenden die verschiedenen Positionen zu dieser Frage skizziert

werden sollen. Dabei genügt es, einen kurzen Überblick über die ausgesprochen komplexe Debatte über die „Wahrheitsfähigkeit“ normativer Aussagen zu geben, weil diese Annahme in der Rechtswissenschaft weitgehend außer Streit steht.

Es lässt sich grundsätzlich zwischen zwei kritischen Einwänden unterscheiden: Erstens kann die intersubjektive Gültigkeit von theoretischen und praktischen Aussagen insgesamt abgelehnt und stattdessen vertreten werden, dass es nicht möglich ist, die (absolute) Wahrheit oder Richtigkeit von Aussagen zu erkennen. Diese Meinung wird von verschiedenen Theorien mit unterschiedlichem Anspruch vertreten: *Relativistische Strömungen* sind der Ansicht, dass wissenschaftliche Erkenntnisse, theoretische Urteile, moralische Werte, etc. keinen absoluten Anspruch auf Richtigkeit für sich erheben können, sondern nur einen relativen, der auf bestimmte Personen, Überzeugungsgemeinschaften, Kulturen, etc bezogen ist. Die Prädikate ›wahr‹ oder ›richtig‹ sind nach relativistischer Auffassung nicht als bloße prädikative Zuschreibungen auf eine bestimmte Aussage zu verstehen, sondern bringen eine mehrstellige Relation zum Ausdruck: Die Aussage: „*Es ist richtig, dass p*“ wird erweitert zu: „*Es ist für die Person x unter den Umständen y richtig, dass p*“. ¹⁰⁵ Während der Relativismus zwar am Begriff der Wahrheit festhält, diesen jedoch nicht in einem absoluten, sondern nur in einem relativen Sinn versteht, gibt der *Nihilismus* Wahrheit als nicht existent vollständig auf. Dagegen hält der *Skeptizismus* Wahrheit zwar für möglich, aber nicht erreichbar, weil auch gegensätzliche Argumente mit guten Gründen ausgestattet sein können und daher Gewissheit über bestimmte Aussagen nicht zu erlangen ist. ¹⁰⁶

¹⁰⁵ Siehe dazu ausführlich: *Silja Freudenberger*, Relativismus, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie* (1999) Band 2, 1378 – 1384. Es gibt zahlreiche relativistische Ansätze, die bis zu den frühesten philosophischen Schriften zurückreichen. Für die jüngere Vergangenheit sind insbesondere die Vertreter der französischen Postmoderne zu erwähnen, die den Gedanken einer einzigen Wahrheit als Mythos zurückweisen (so etwa *Gilles Deleuze*: Die Begriffe Wichtigkeit, Notwendigkeit, Interesse sind tausendmal entscheidender als der Begriff der Wahrheit). Stattdessen wird die Auffassung vertreten, dass Wahrheit kulturell und subjektiv geprägt ist, es also unterschiedliche wahre Aussagen über eine Sache geben kann. Der radikale Konstruktivismus geht sogar von so vielen verschiedenen Wahrheiten aus, wie es Betrachter gibt.

¹⁰⁶ Vgl. *Freudenberger*, Relativismus 1378. Als Beispiel für eine skeptische Wissenschaftstheorie der Gegenwart kann an dieser Stelle der Kritische Rationalismus *Poppers* und *Alberts* genannt werden. Diese halten es für nicht möglich, dass entschieden werden kann, ob eine bestimmte Theorie wahr ist und schlagen statt dem Bemühen um die Verifikation von Aussagen eine Methode der Falsifizierung vor. Durch die Widerlegung von falschen Aussagen soll es möglich sein, der Wahrheit schrittweise näher zu kommen, wenn diese letztlich auch nicht zu erreichen ist. „Nicht der Rekurs auf letzte und sichere *Gründe*, sondern die Suche nach relevanten unvereinbaren Instanzen, das heißt: die Suche nach *Widersprüchen*, ist demnach erforderlich, wenn man sich der Wahrheit nähern will.“ *Albert*, *Traktat über kritische Vernunft* 52.

Gegen diese Annahmen wird in zweifacher Weise argumentiert. Auf theoretischer Ebene wird der Vorwurf des Selbstwiderspruchs ins Treffen geführt: Obwohl der Relativismus die Möglichkeit der absoluten Wahrheit aller Aussagen bestreite, erhebe er zugleich für seine Theorie genau diesen Gültigkeitsanspruch und entkräfte sich daher selbst. Trifft es zu, dass keine Theorie für sich absolute Gültigkeit beanspruchen könne, so könne dies auch nicht für den Relativismus selbst gelten, der damit widerlegt sei.¹⁰⁷ Dagegen scheint es notwendig zu sein, stets den Begriff der Wahrheit vorauszusetzen, um überhaupt sinnvoll Aussagen treffen zu können.¹⁰⁸ In ähnlicher Weise wird gegen den Skeptizismus argumentiert. Wie *Wittgenstein* es auf den Punkt bringt, ist die Grundbedingung für jegliche Skepsis die Gewissheit selbst: „Wer an allem Zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifels selbst setzt schon die Gewissheit voraus.“¹⁰⁹ Der zweite Einwand gegen die Ablehnung von Wahrheit ist pragmatischer Natur: Eine relativistische Konzeption der Wahrheit sei deshalb abzulehnen, weil damit der Beliebigkeit Tür und Tor geöffnet werde. Es sei nicht mehr möglich, eine Aussage sinnvoll zu kritisieren, weil Kritik aufgrund des relativierten Geltungsanspruchs immunisiert werde.¹¹⁰ Zum Teil wird argumentiert, dass der Relativismus geradezu gefährlich sei, wo er dazu diene, um moralische Standards (z.B. die universelle Geltung der Menschenrechte) zu unterminieren.¹¹¹

¹⁰⁷ Diese Argumentation ist genauso alt wie der Relativismus selbst. Besonders bekannt ist das „Lügner-Paradoxon“ von *Epimenides*, der als Kreter behauptete: „Alle Kreter sind Lügner“ (Vgl. Paulusbrief an Titus 1,12). Besonders deutlich wird der Selbstwiderspruch, wenn man wie Apel nicht nur die Aussage selbst betrachtet, sondern auch die Ebene der Sprachpragmatik. So wäre etwa die Aussage „Es gibt keine absolute Wahrheit“ zu verstehen als: „Ich behaupte mit absoluten Anspruch, dass es keine absolute Wahrheit gibt.“ Vgl. *Karl-Otto Apel*, Fallibilismus, Konsensstheorie der Wahrheit und Letztbegründung (1987/1998) in: ders., Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes (1998) 81 – 193; 159 f. Diesem Dilemma entkommt auch das Fallibilismusprinzip des Kritischen Rationalismus nicht. Wird nämlich behauptet, dass alles fallibel ist, müsste auch diese Behauptung selbst fallibel sein. *Kuhlmann* hat auf diese Problematik mit folgendem Dialog zwischen einem Proponenten des Prinzips (P) und einem Opponenten (O) hingewiesen:

P: Das Prinzip sagt, dass alles unsicher ist.

O: Aber dies ist sicher, dass alles unsicher ist?

P: Nein, dies ist auch unsicher.

O: Aber dies, dass es unsicher ist, dass alles unsicher ist, ist sicher?

P muss natürlich auch diese Frage verneinen, und so fort, dass sich der kritisierbare Sinn des Prinzips ersichtlich auflöst. Dies zeigt, dass das uneingeschränkte, selbstanwendbare Fallibilismusprinzip nicht verteidigt werden kann, ohne seinen Sinn aufzuheben. Vgl. *Wolfgang Kuhlmann*, Reflexive Letztbegründung versus radikaler Fallibilismus. Eine Replik, in: *Zeitschrift für Allgemeine Wissenschaftstheorie*, XVI/2 (1985) 357 – 374.

¹⁰⁸ Vgl. dazu auch den Ansatz der Diskurstheorie unten S. 204 ff.

¹⁰⁹ *Ludwig Wittgenstein*, Über Gewissheit (1949) § 115.

¹¹⁰ Vgl. *Freudenberger*, Relativismus 1383.

¹¹¹ Auch wenn die Relativierung von Menschenrechten zu Recht kritisiert wird, so muss man sich darüber im Klaren sein, dass genauso der Anspruch auf absolute Wahrheit dazu verwendet werden kann (und in der

Neben der Auffassung, dass die Möglichkeit einer (absoluten) Wahrheit sowohl bei deskriptiven als auch normativen Aussagen generell abzulehnen sei, gibt es zweitens Theorien, wonach es zwar möglich sei, über deskriptive Aussagen wahre Urteile zu fällen, nicht jedoch normative Sätze als richtig oder falsch zu qualifizieren. Die Debatte um die Möglichkeit einer intersubjektiven Gültigkeit normativer Aussagen wird insbesondere in der Moralphilosophie als Auseinandersetzung zwischen *kognitiven* und *nonkognitiven Ethiken* intensiv geführt.¹¹² Während kognitivistische Ethiken die Auffassung vertreten, dass über die Richtigkeit moralischer Fragen eine rationale Antwort gefunden werden könne, wird dies von Nonkognitivisten aus unterschiedlichsten Gründen bestritten. Nach dem *Emotivismus* werden moralische Aussagen zu subjektiven Ausdrucksformen von Gefühlen der Zustimmung oder Ablehnung herabgestuft, nach dem *Präskriptivismus* zu persönlichen Appellen.¹¹³

Gegen den Nonkognitivismus wird insbesondere eingewandt, dass dieser den Sprachgebrauch von moralischen Aussagen falsch deute. Zwar können moralische Äußerungen appellativ, imperativ oder expressiv verwendet werden, jedoch ist mit ihnen, anders als bei reinen Gefühlsäußerungen oder Aufforderungen, ein starker Anspruch auf Geltung im Sinne von Richtigkeit verbunden.¹¹⁴ Dieser Anspruch wird in jedem Sprachspiel, in dem über Fragen der Moral diskutiert wird, erhoben. „Die nonkognitivistische Beschreibung des Sprachspiels ist insofern revisionistisch, als die Teilnehmer selbst sehr wohl davon ausgehen, dass moralische Handlungskonflikte im Lichte intersubjektiv anerkannter normativer Verhaltenserwartungen mit Gründen beigelegt werden können.“¹¹⁵ Dagegen würden sich nach einem nonkognitivistischen Verständnis zwei Personen nicht widersprechen, von denen die eine sagt, dass ›x‹ getan

Geschichte häufig dazu verwendet wurde), um ungeheuerliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu legitimieren, was die Überzeugungskraft dieses Arguments schwächt.

¹¹² Siehe dazu ausführlich: *Christoph Lumer*, Kognitivismus/Nonkognitivismus, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie* (1999) Band 1, 695 – 699; *Pauer-Studer*, *Ethik* 164 ff.

¹¹³ Die Aussage „Es ist richtig, dass ›p‹“ wäre im Sinn des Emotivismus zu verstehen als „Ich finde es angenehm, dass ›p‹“ und in einem präskriptiven Verständnis als „Ich appelliere an dich, ›p‹ zu akzeptieren und danach zu handeln“. Näheres zum Emotivismus vgl. *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation* 60 ff.

¹¹⁴ Während mit der Aussage „Man soll anderen Menschen in einer Notlage helfen“ der Anspruch verbunden ist, dass diese Handlung im Sinn einer verbindlichen Norm gilt und richtig ist, verbindet sich ein derartiger Anspruch mit bloßen Gefühlsäußerungen wie „Ich fühle mich krank“ oder mit Aufforderungen wie „Komm bitte!“ nicht.

¹¹⁵ *Habermas*, *Richtigkeit versus Wahrheit* 303.

werden soll, wohingegen die andere Person sagt, dass ›x‹ nicht getan werden soll – es gäbe keinen Grund für einen Konflikt.¹¹⁶

Neben sprachtheoretischen Argumenten werden auch Erkenntnisse der Psychologie ins Treffen geführt. Moralische Einsichten verpflichten uns dazu das Richtige zu tun, schlichtweg weil es das Richtige ist. Diese Einsicht haben bereits Kinder, die klar zwischen moralischen Verboten und anderen sozialen Regeln oder Konventionen erkennen können.¹¹⁷ Eine Kränkung, sofern sie nicht wieder gutgemacht wird, manifestiert sich in einem anhaltenden negativen Gefühl, welches auf die moralische Dimension der Verletzung hinweist, die darin besteht, dass jemand anderer gegen eine bestimmte normative Erwartungshaltung verstoßen und meine persönliche Integrität damit verletzt hat. Die Empörung richtet sich zwar auch gegen den Urheber der Kränkung, jedoch ist die Gefühlsreaktion mit einer unpersönlichen Art der Entrüstung verbunden, die sich gegen die Verletzung von generalisierten (moralischen) Verhaltenserwartungen oder Normen richtet. Wer die Verletzung dieser Normen behauptet, tut dies mit dem Anspruch, dass diese zu Recht bestehen bzw. dass *gezeigt* werden kann, dass diese zu Recht bestehen. Genauso kann sich der Beschuldigte damit rechtfertigen, indem er die normative Erwartungshaltung seines Gegenübers als ungerechtfertigt zurückweist. Die Auseinandersetzung über die Legitimität einer bestimmten Erwartungshaltung wird auf der Grundlage von Argumenten geführt, was zum einen auf die angestrebte vernunftmäßige Begründung moralischer Normen verweist, zum anderen zeigt, dass der Vernunftgebrauch hier keine zweckrationale Aufgabe verfolgt.¹¹⁸

Wenn der Kognitivismus nun die Auffassung vertritt, dass es analog zu empirischen Urteilen möglich ist, über die Richtigkeit normativer Aussagen zu entscheiden, muss er angeben, was denn der Bezugspunkt für die Entscheidung über diese Frage ist. Oder anders gesprochen, was uns dazu berechtigt, eine normative Aussage als richtig auszuweisen. Die Moralphilosophie hat zu dieser Fragestellung zahlreiche Theorien entwickelt, die sich grob in zwei Gruppen einteilen lassen: Der *metaphysischen* oder *naturalistische Realismus* behauptet, dass es

¹¹⁶ Lumer, Kognitivismus/Nonkognitivismus 696. Zur der sprachtheoretischen Kritik am Nonkognitivismus vgl. ferner Pauer-Studer, Ethik 166 f, die treffend feststellt, dass das moralische Argumentieren mehr als der Versuch einer emotionalen Beeinflussung des Gegenübers ist, ja nicht einmal die Angemessenheit bestimmter Empfindungen bewertet werden könnte, wenn diese nicht an als richtig erkannten Grundsätzen gemessen werden würden.

¹¹⁷ Vgl. Habermas, Richtigkeit versus Wahrheit 306 ff, unter Berufung auf die deutsche Psychologin Gertrud Nunner-Winkler und den amerikanischen Entwicklungspsychologen Elliot Turiel.

¹¹⁸ Habermas, Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm 55 ff.

metaphysische oder natürliche moralische Tatsachen gibt. Stimmen moralische Aussagen mit diesen Tatsachen überein, sind sie richtig.¹¹⁹ Dagegen vertritt der *Prozeduralismus* die Auffassung, dass die Richtigkeit normativer Aussagen am Ergebnis eines bestimmten Verfahrens gemessen werden kann.¹²⁰ Statt die Richtigkeit als Übereinstimmung mit ontologischen Entitäten zu assoziieren, wird diese in Argumentations- und Verfahrensweisen lokalisiert. Moralische Urteile werden dann als gültig erkannt, wenn sie das Ergebnis der korrekten Anwendung eines Verfahrens sind (oder sein könnten).

Je nachdem welche Richtung eine kognitivistische Theorie einschlägt, danach richtet sich auch das Kriterium der Festsstellung von Wahrheit/Richtigkeit von Aussagen. Während metaphysische oder naturalistische Realismustheorien der Moral zu einer Überprüfung von Wahrheit im Sinne der Korrespondenztheorie neigen, vertreten prozedurale Strömungen einen eher pragmatischen Ansatz. Im kaum zu überblickenden Feld der Theorien zum Wahrheitsbegriff und zu möglichen Wahrheitskriterien¹²¹ sind es vor allem drei Konzeptionen, auf die Bezug genommen wird: Die Korrespondenztheorie, die Kohärenztheorie und die Konsens-
theorie. Bevor wir uns diesen Theorien näher zuwenden können, ist es notwendig, zu klären, worin die Problematik bei der Feststellbarkeit von Richtigkeit einer rechtlichen Aussage liegt.

3.3 Modelle der Feststellung von rechtlicher Richtigkeit

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs ist es weitgehend unbestritten, dass es möglich ist, auf kognitivem Weg darüber zu entscheiden, ob eine rechtliche Aussage richtig oder falsch ist

¹¹⁹ In der klassischen Philosophie wird dieser Ansatz insbesondere von *Platon* in seiner Ideenlehre vertreten. Einzelne Tugenden hängen mit Ideen zusammen, die als ontologische Entitäten begriffen werden können (vgl. das berühmte Höhlengleichnis in *Platon*, *Politeia* VII. Buch). Auch die Moralphilosophie *Kants* hat einen ontologischen Zug, weil die Bestimmungen des moralischen Handelns letztlich auf das Faktum der Vernunft zurückgeführt werden (Vgl. *Immanuel Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*² (1786) 453 [zitiert nach der Akademie Ausgabe]). Neuere realistische Ansätze, wie etwa der Naturalismus, versuchen moralische Urteile zwar wie empirische Urteile zu behandeln, es jedoch zu vermeiden, moralische Tatsachen als ontologische Entitäten zu positionieren. Dabei wird versucht, normative Ausdrücke wie ›gut‹ durch deskriptive Ausdrücke zu definieren. (Vgl. dazu näher *Pauer-Studer*, *Ethik* 171 ff).

¹²⁰ Als besonders einflussreiche kontraktualistische Ethiken der Gegenwart sei hier nur auf die Gerechtigkeitstheorie von *Rawls* und die Diskursethik von *Apel* und *Habermas* verwiesen.

¹²¹ Zahl und Benennungen der verschiedenen Wahrheitstheorien divergieren stark. *Apel* versucht insgesamt acht Hauptströmungen zu bezeichnen: 1. Klassische Korrespondenz- bzw. Adäquations-Theorien im *Aristotelischen* Sinn, 2. Evidenz-Theorie im Sinne *Descartes*’, *Brentanos* oder *Husserls*, 3. Kohärenz-Theorie im Sinne *Hegels*, des britischen Neuheglianismus oder im Sinne *Neuraths* oder *Reschers*, 4. Pragmatische Wahrheitstheorien im Sinne von *James*, *Dewey* oder *Rorty*, 5. Semantische Korrespondenz-Theorie im Sinne *Tarskis*, 6. Posttarskische Formen der realistischen Korrespondenztheorie, z.B. *Austin*, *Sellars*, *Popper*, 7. Konstruktivistische Formen der Konsens-Theorie, 8. Transzendentalpragmatische Formen der Konsens-Theorie Peirsccher Herkunft (Vgl. *Apel*, *Fallibilismus, Konsens-
theorie der Wahrheit und Letztbegründung* 90 f). *Karen Gloy*, *Wahrheitstheorien* (2004) 67 ff, beschränkt sich hingegen auf drei Hauptkategorien: 1. Ontische Wahrheitstheorien, 2. Korrespondenztheorien, 3. Kohärenztheorien.

(„Es ist richtig, dass ›p‹ rechtlich geboten ist“). Die Argumentation für diesen Standpunkt verläuft entlang den oben ausgeführten Positionen kognitivistischer Theorien. Wie erwähnt, gibt sich jede Rechtsordnung selbst auf, die für ihre Normen keinen Richtigkeitsanspruch erhebt, unabhängig davon, ob es sich um generelle Rechtsnormen oder individuelle Rechtsakte handelt. Würde nicht intersubjektiv festgestellt werden können, was rechtlich angeordnet ist, würde sich damit nicht nur jede Rechtsordnung ad absurdum führen, sondern auch jegliche auf sie bezogene rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung. Jede Rechtsanwendung würde ins Leere laufen. Jede Überprüfung einer rechtlichen Entscheidung durch eine übergeordnete Instanz wäre sinnlos.¹²² Zum theoretischen Selbstwiderspruchsargument gesellt sich so das pragmatische Argument, dass es schlichtweg nicht möglich ist, in einem rechtlichen System den Anspruch auf Feststellbarkeit der Richtigkeit von normativen Aussagen aufzugeben.

Einigkeit besteht unter Juristen weitgehend darin, dass rechtliche Aussagen richtig sein können („wahrheitsfähig“ sind)¹²³, Uneinigkeit aber darüber, auf Grund welcher Bedingungen dies der Fall sein soll. Die Rechtsdogmatik hat zahlreiche Theorien zu dieser Fragestellung entwickelt, die je nach dem vertretenen Rechtsbegriff und der wissenschaftstheoretischen Grundüberzeugungen unterschiedlich ausfallen.¹²⁴ Hier soll nur auf drei verbreitete Modelle mit unterschiedlichen Richtigkeitskonzeptionen eingegangen werden:

(a) Nach dem *deduktiven Modell* werden rechtliche Entscheidungen logisch aus den geltenden Gesetzen abgeleitet. Das Deduktionsmodell vertritt einen korrespondenztheoretischen Ansatz

¹²² Jede Rechtsmittelinstanz muss davon ausgehen, dass die der Entscheidung der untergeordneten Instanz zugrunde liegende Rechtsauffassung entweder als richtig oder falsch beurteilt werden kann – tertium non datur. Vgl. *Ulfird Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfird Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie⁷ (2004) 333 – 347, 340.

¹²³ Auch dezisionistische Strömungen können nicht in einem strengen Non-Kognitivismus verharren. Diese sind zwar der Auffassung, dass es in manchen (oder vielen) Fällen nicht möglich ist, eindeutig zu erkennen, ob eine rechtliche Aussage richtig ist, gehen allerdings nicht so weit, zu behaupten, dass dies in gar keinem Fall möglich ist. Damit wird am kognitiven Richtigkeitskonzept grundsätzlich festgehalten, wenn auch die Schwierigkeit der Erkennbarkeit von Richtigkeit besonders betont wird. Vgl. dazu die Position der Reinen Rechtslehre unten S. 195.

¹²⁴ Einen Überblick über die verschiedenen methodischen Strömungen bieten: *Bydlinski*, Methodenlehre und Rechtsbegriff; *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenlehre in der Rechtsfindung² (1972); *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bände I – V, (1975/77); *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie (1988/92) in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 1 – 26, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre; *Friedrich Müller/Ralph Cristensen*, Juristische Methodik, Band I: Grundlagen – Öffentliches Recht⁸ (2002), Band II: Europarecht⁸ (2003); *Zippelius*, Methodenlehre. Eine ausführliche Untersuchung der verschiedenen Wahrheitstheorien im Recht, allerdings konzentriert auf die anglo-amerikanischen Rechtsphilosophie, bietet *Dennis Patterson*, Recht und Wahrheit (1996) dt. Übersetzung Delf Buchwald/Oliver Remme, Nomos Verlagsgesellschaft (1999).

von Richtigkeit: Eine Entscheidung ist richtig genau dann, wenn sie mit der Rechtsordnung übereinstimmt. Wegen der Schwierigkeit der Feststellung des Übereinstimmungsverhältnisses mündet das Deduktionsmodell im Dezisionismus.

(b) Nach dem *hermeneutischen Modell* werden Rechtsnormen durch Auslegung verstanden. Interpretationsmethoden unterstützen den Verstehensprozess, dessen Ziel die subjektive Feststellung der Richtigkeit einer Auslegung ist. Auf intersubjektiver Ebene kann die Richtigkeit einer rechtlichen Aussage durch ihre Kohärenz mit anderen gültigen Aussagen überprüft werden.

(c) Das *diskurstheoretische Modell* erweitert den hermeneutischen Ansatz. Rechtliche Aussagen werden zu Argumente transformiert, die richtig sind, wenn sie in einem rationalen Diskurs anerkannt werden. Rechtliche Verfahren werden als juristische Diskurse begriffen. Das Kriterium der Richtigkeit ist der hypothetische Konsens in einem herrschaftsfreien Diskurs. Da dieser in realen Diskursen nicht hergestellt werden kann, begnügt man sich in juristischen Diskursen mit der rationalen Rechtfertigung einer Aussage als Hinweis für ihre Richtigkeit.

Im Folgenden sollen diese drei Modelle näher vorgestellt werden, wobei zu zeigen sein wird, dass dem diskurstheoretischen Ansatz der Vorzug einzuräumen ist.

a) Deduktives Modell

Das deduktive Modell in seiner Reinform besagt, dass die Entscheidung eines jeden Rechtsfalls logisch aus den geltenden Gesetzen abgeleitet werden kann. Die Rechtsordnung wird dabei als ein geschlossenes System von (gesetzten) Normen begriffen. Im Mittelpunkt steht die Subsumtion des Einzelfalls unter das Recht in Form eines logischen Schlusses, der als „juristischer Syllogismus“ bezeichnet wird. Der juristische Syllogismus ist eine Schlussfolgerung, bei jeweils zwei Prämissen (Obersatz und Untersatz) zu einer Konklusion führen. Die Konklusion ist dann wahr, wenn beide Prämissen wahr sind. Der Obersatz des juristischen Syllogismus ist die Rechtsnorm: Wenn der Tatbestand T erfüllt ist, soll die Rechtsfolge R eintreten. Im Untersatz wird auf den konkreten Rechtsfall Bezug genommen und findet die eigentliche Subsumtion statt: Im Einzelfall liegt der Sachverhalt S vor, der ein Fall des Tatbestandes T ist. Daraus folgt der Schluss: Für den Einzelfall (den Sachverhalt S) soll die Rechtsfolge R eintreten. Diese Form der Schlussfolgerung ist eine Deduktion, weil vom Allgemei-

nen (der generellen Rechtsnorm) zum Besonderen (der Entscheidung in einem Einzelfall) geschlossen wird.¹²⁵

Dass der juristische Syllogismus als Form des logischen Schlussfolgerns für die Rechtsanwendung wichtige Bedeutung hat, ist nicht zu bestreiten. Das logische Folgern ist Grundlage einer jeden juristischen Tätigkeit und bereitet im Normalfall keinerlei Schwierigkeiten. Das Problem der Rechtsanwendung liegt nicht in logischen Fehlschlüssen, sondern in der Auswahl der richtigen Prämissen: „Das Schließen als solches macht uns die geringste Mühe, die Hauptschwierigkeit liegt im Finden der Prämissen.“¹²⁶ Zunächst ist es notwendig, für den Obersatz festzustellen, welche Rechtsnorm für den Rechtsfall einschlägig ist (zumeist werden es nicht nur eine, sondern mehrere Rechtsnormen sein). Welche Rechtsnorm in Frage kommt, wird durch den Rechtsfall selbst bestimmt. *Engisch* hat in diesem Zusammenhang das berühmte Bild vom „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“¹²⁷ geprägt. Für die Feststellung des Untersatzes ist es erforderlich, den konkreten Sachverhalt unter den abstrakten Tatbestand des Gesetzes zu subsumieren, genauer gesagt unter den Vordersatz des generellen Sollensurteils, das im Obersatz steckt. Dafür sind zwei Schritte erforderlich: Erstens die Feststellung, was der Sachverhalt ist, und zweitens die Feststellung, dass der Sachverhalt den Tatbestand des Obersatzes erfüllt. Die zweite Feststellung wird als eigentliche Subsumtion bezeichnet und nur diese interessiert hier näher.

Damit eine Subsumtion überhaupt durchgeführt werden kann, muss feststehen, was für einen bestimmten Tatbestand rechtlich angeordnet ist. In dieser Feststellung liegt nun das eigentliche Problem. Die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts hat dazu die Auffassung vertreten, dass Rechtsnormen mit rein begrifflich-logischen Mitteln erkannt und angewendet werden könnten.¹²⁸ Rechtsfragen lassen sich nach diesem Verständnis so beantworten, dass aus den kodifizierten Gesetzen ihre Lösung deduktiv gewonnen wird, wobei der Rechtsanwender sich jeglicher Wertung zu entziehen und nur als „Mund des Gesetzes“ (Montesquieu) zu fun-

¹²⁵ Näheres zum juristischen Syllogismus vgl. *Joachim Vogel*, *Juristische Methodenlehre* (1998) 173 ff; *Weinberger*, *Rechtslogik* 91 ff. Vereinfacht wird der juristische Syllogismus häufig als „Modus barbara“ bezeichnet (Alle Menschen sind sterblich – Alle Griechen sind Menschen – Alle Griechen sind sterblich), tatsächlich kommen allerdings mehrerer Formen des juristischen Syllogismus zum Einsatz, wie bereits *Karl Engisch*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*² (1960) 8 ff, festgestellt hat.

¹²⁶ *Engisch*, *Gesetzesanwendung* 13.

¹²⁷ Ebd. 15.

¹²⁸ Vgl. dazu näher: *Bydlinski*, *Methodenlehre* 109 ff; *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie* 15.

gieren hat.¹²⁹ Rechtsanwendung ist damit ein rein logisch-deduktiver Prozess. Das Begreifen der Rechtsnormen wird dabei als reiner Erkenntnisakt eingestuft, der nach denselben Regeln wie die Gegenstandserkenntnis abläuft. Es kommt zu einer eigentümlichen Ontologisierung des Rechts: Die Rechtsnorm wird als Objekt angesehen, das dem erkennenden Bewusstsein des Subjekts gegenübersteht und dessen Inhalt in einem reinen Erkenntnisakt angeeignet werden könne.¹³⁰

Diese Auffassung wurde nicht allein von der Begriffsjurisprudenz, sondern wird beispielsweise auch von der Reinen Rechtslehre vertreten: Diese unterscheidet zwischen *Rechtsnormen* und *Rechtssätzen*. Rechtsnormen sind keine Aussagen, die wahr oder falsch sein können, sondern Befehle, die gelten oder nicht gelten.¹³¹ Rechtssätze sind hingegen Aussagen über Normen, die richtig oder falsch sein können.¹³² Rechtsnormen sind als Objekte der Erkenntnis zu verstehen, „die ihre Existenz (Geltung) in einem Bereich des Normativen („Reich des Sollens“) haben, das aus Gründen der Erkenntnisökonomie ebenso als existent anzusehen ist, wie die natürliche Welt („Reich des Seins“).“¹³³ Diese Auffassung kann als realistischer Kognitivismus bewertet werden.¹³⁴

Die Hypostasierung von Rechtsnormen stellt die Weichen für die Richtigkeitskontrolle von rechtlichen Aussagen. Richtig ist eine rechtliche Aussage (ein Rechtssatz) genau dann, wenn sie mit der als Gegenstand fingierten Norm übereinstimmt. Liegt ein solches Übereinstim-

¹²⁹ Hinter diesem Gedanken stehen das Prinzip der Gewaltenteilung und das Postulat der Gesetzesbindung. Jeder Rechtsanwender sei der strengen Bindung an das Gesetz zu unterwerfen und habe dieses als ausführende Organ genau zu exekutieren, damit sich die Herrschaft des Gesetzes (und nicht etwa die des Richters) verwirkliche. Vgl. dazu *Zippelius*, Rechtsphilosophie 253 ff;

¹³⁰ Diese Auffassung kennzeichnet den Versuch, das Ideal der naturwissenschaftlichen Gegenstandserkenntnis auf den Bereich des Rechts zu übertragen. Zur Ontologisierung des Rechts vgl. *Arthur Kaufmann*, Richtiges Recht – eine Skizze (1990) in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 355 – 368; 362 f.

¹³¹ Zu den Rechtsnormen gehören ausschließlich Bestimmungen des positiven Rechts.

¹³² „Der Unterschied [Anm. zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen] zeigt sich darin, dass die von der Rechtswissenschaft formulierten, das Recht beschreibenden, niemanden und zu nichts verpflichtenden und berechtigenden Sollsätze wahr oder unwahr sein können, während die von der Rechtsautorität gesetzten – die Rechtssubjekte verpflichtenden und berechtigenden – Sollnormen weder wahr noch unwahr, sondern nur gültig oder ungültig sind; so wie ja auch Seins-Tatsachen weder wahr noch unwahr sind, sondern nur existieren oder nicht existieren, und nur Aussagen über Tatsachen wahr oder unwahr sein können.“ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 75 f.

¹³³ *Robert Walter*, Normen und Aussagen über Normen, in: FS Adamovich (1992) 714 – 720; 715. So auch *Rudolf Thienel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz (1991) 133 ff, der aufgrund der Grundnormhypothese der Reinen Rechtslehre Rechtsnormen als selbstständige Gegenstände erfasst, die den Gegenstand von Aussagen bilden können, nicht aber Aussagen selbst sind.

¹³⁴ Vgl. oben S. 186 f.

mungsverhältnis nicht vor, ist sie falsch: „Der in einem Lehrbuch des Zivilrechts stehende Satz: dass (...) derjenige, der ein gegebenes Heiratsversprechen nicht erfüllt, den dadurch verursachten Schaden gutzumachen hat, widrigenfalls in sein Vermögen Zwangsvollstreckung gerichtet werden soll, ist unwahr, wenn im Recht des Staates, das den Gegenstand des dieses Recht beschreibende Lehrbuches bildet, keine solche Pflicht, weil keine solche Zwangsvollstreckung vorgeschrieben ist.“¹³⁵ Für die Rechtswissenschaft bedeutet das, sich um eine möglichst exakte Beschreibung der als ideelle Entitäten gedachten Normen zu bemühen: „Die Wahrheit des Rechtssatzes hängt danach davon ab, dass er die beschriebene ideelle Entität *zutreffend* darstellt. Natürlich besteht hier die Wahrheit nicht in der Übereinstimmung einer Aussage mit seiner Seinstatsache, sondern mit einem ideellen Gegenstand, also einem – wenn man so will – *normativen Sachverhalt*.“¹³⁶ Schwierigkeiten – insbesondere in der Rechtsanwendung¹³⁷ – bereitet allerdings die Feststellung, ob ein solches Übereinstimmungsverhältnis vorliegt. Bevor darauf eingegangen wird, soll die theoretische Grundlage dieses Ansatzes, die Korrespondenztheorie der Wahrheit, kurz dargestellt werden.

In der klassischen Formulierung der Korrespondenztheorie besteht die Wahrheit einer Aussage in ihrer Übereinstimmung mit der Wirklichkeit. Diese Definition von Wahrheit geht auf *Aristoteles* zurück¹³⁸ und wurde von *Thomas von Aquin* auf die berühmte Formel „*veritas est adaequatio rei et intellectus*“ gebracht: Wahrheit ist die Übereinstimmung der Sache mit dem Verstand.¹³⁹ Diese Theorie wird deshalb auch als Adäquationstheorie bezeichnet. So einleuchtend die Adäquatioformel bei erster Betrachtung wirkt, so unklar und vage stellt sie sich im Versuch einer näheren Präzision heraus. Schwierigkeiten verursacht nicht nur die Bestim-

¹³⁵ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 76.

¹³⁶ *Thienel*, *Kritischer Rationalismus* 137.

¹³⁷ Die *Reine Rechtslehre* unterscheidet danach, ob rechtliche Aussagen von einem Rechtswissenschaftler oder einem Rechtsanwender stammen. Während die Rechtswissenschaft darauf beschränkt ist, Recht zu erkennen und wertfrei zu beschreiben, gehe die Rechtsanwendung über die Rechtserkenntnis hinaus und sei als Willensakt zu begreifen. Diese Unterscheidung geht sogar soweit, dass zwischen einer rechtswissenschaftlichen und einer rechtsanwendenden Interpretation des Rechts unterschieden wird. Vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 346 ff; *Heinz Mayer*, *Im Dilemma zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtstheorie*, in: *FS Adamovich* (2002) 431 – 442, 438 ff; *Walter/Mayer*, *Bundesverfassungsrecht Rz 122 ff*.

¹³⁸ In seiner *Metaphysik* bestimmt *Aristoteles* die Begriffe wahr und falsch: „Zu sagen nämlich, das Seiende sei nicht oder das Nicht-Seiende sei, ist falsch, dagegen zu sagen, das Seiende sei und das Nicht-Seiende sei nicht, ist wahr. Wer also ein Sein oder ein Nicht-Sein prädiert, muss Wahres oder Falsches aussprechen.“ *Aristoteles*, *Metaphysik* 1011 b 25. Er fragt sich weiter, wann wir von Wahrheit (*alethes*) oder Unwahrheit (*pseudos*) sprechen können und was wir damit meinen: „Nicht darum nämlich, weil unsere Meinung, du seiest weiß, wahr ist, bist du weiß, sondern darum, weil du weiß bist, sagen wir die Wahrheit, indem wir dies behaupten.“ *Ebd.* 1051 b.

¹³⁹ Vgl. *Thomas von Aquin*, *Quaestiones disputatae de veritate* q.1.a.1.

mung der subjektiven (intellectus) und objektiven Seite (res), sondern vor allem die Klärung der Übereinstimmungsbeziehung (adaequatio). In welcher Weise lässt sich die Korrespondenz bzw. die Übereinstimmung zwischen subjektiver und objektiver Sphäre erklären?¹⁴⁰

Die klassische Adäquationstheorie gilt seit der Erkenntniskritik *Kants* widerlegt. *Kant* weist nach, dass es dem menschlichen Verstandesvermögen nicht möglich ist, die Dinge an sich zu erkennen¹⁴¹, wodurch auch das Feststellen eines Übereinstimmungsverhältnisses scheitern muss. Der Verstand kann nur Erscheinungen, die ihm gegeben werden, aufnehmen und in einem dem Erkennen eigenen Prozess zu Begriffen verarbeiten. Der menschlichen Vernunft sind enge Grenzen gesetzt: Es ist ihr Schicksal, über den Verstand hinauszugehen, sich dabei jedoch in Widersprüche zu verfangen.¹⁴² Um das Vorliegen einer Übereinstimmungsbeziehung zu bejahen, müsste die Beurteilung von einem unabhängigen externen Standpunkt vorgenommen werden, der von uns niemals eingenommen werden kann. Weder können wir nämlich aus unserem Bewusstsein noch aus unserer Sprache austreten, was aber notwendig wäre, um einen außerhalb davon liegenden Betrachtungspunkt einzunehmen.

Anfang des 20. Jahrhunderts setzen verschiedene Versuche ein, den Defiziten der klassischen Adäquationstheorie durch eine stärkere Berücksichtigung des Mediums Sprache zu begegnen. Einen besonderen Stellenwert nimmt hier die Theorie *Tarskis* ein.¹⁴³ Er gibt der Korrespondenztheorie eine semantische Fassung: Wahrheit wird von ihm ausschließlich als eine Eigenschaft von Sätzen verstanden. Es geht nun nicht mehr darum, die Übereinstimmung von Aussagen mit der Wirklichkeit zu vergleichen, sondern Aussagen untereinander. Dabei ist es *Tarskis* Anspruch, eine widerspruchsfreie Wahrheitstheorie zu vorzulegen, die eine Antwort auf paradoxe Sätze wie „Dieser Satz ist falsch“¹⁴⁴ zu geben vermag. Er unterscheidet deshalb zwischen Objekt- und Metasprache. In der Objektsprache wird über Objekte gesprochen (z.B. „Schnee“, „Sokrates“), in der Metasprache dagegen über Aussagen der Objektsprache. Der Satz „Schnee ist weiß“ gehört der Objektsprache an. Eine Bewertung des Wahrheitsgehalts

¹⁴⁰ Bei *Thomas* stellt sich diese Frage in dieser Schärfe überhaupt nicht, weil dem Menschen eine uneingeschränkte Erkenntnis der Dinge zugestanden wird. Gott hat den menschlichen Verstand nämlich im Einklang mit seiner gesamten Schöpfung erschaffen. Einen Widerspruch zwischen Offenbarem und dem natürlich Erkannten kann es daher nicht geben.

¹⁴¹ Vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft B 49 ff, 329 ff.

¹⁴² Ebd. B 670.

¹⁴³ *Alfred Tarski*, Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen (1933).

¹⁴⁴ Die Aussage „Dieser Satz ist falsch“ ist selbstwidersprüchlich. Wird nämlich angenommen, dass die Aussage wahr ist, folgt daraus, dass sie falsch ist, womit der Satz wahr sein muss.

findet in der Metasprache statt: „Der Satz ‚Schnee ist weiß‘ ist wahr.“ Da für *Tarski* der Wahrheitsbegriff der Metasprache angehört, ist dieser für ihn nicht widersprüchlich. Er bringt den Wahrheitsbegriff auf die bikonditionale Formel:

›x‹ ist wahr genau dann, wenn ›p‹.

›x‹ bezeichnet dabei eine Aussage oder einen Einzelnamen, ›p‹ verweist auf einen Gegenstand oder Sachverhalt. Die Beziehung von ›x‹ und ›p‹ besteht in ihrer Äquivalenz. Die Bewertung ›wahr‹ gilt genau dann, wenn alle Äquivalenzen von der Form des Wahrheitsschemas abgedeckt sind. *Tarskis* Beispiel für sein Wahrheitsschema lautet: „Die Aussage ‚Schnee ist weiß‘ ist wahr genau dann, wenn Schnee weiß ist.“

Die semantische Wahrheitstheorie bezieht sich nur auf formalisierte Kunstsprachen, was auch zu ihrer Kritik Anlass gegeben hat. *Tarski* wurde vorgehalten, dass diese Formulierung der Korrespondenztheorie zwar formal richtig sei, aber für die Philosophie unzureichend, weil nicht nur die Korrespondenztheorie, sondern jede Wahrheitstheorie derart formalisiert werden könne, die Wahrheitsdefinition ohne Wahrheitskriterium bleibe und überhaupt diese Formulierung eine Tautologie sei.¹⁴⁵ Weiters dass sich die Idee einer formallogischen Konstruktion einer Kunstsprache nicht durchhalten ließe, weil der Zugang zu ihr nur über die Interpretation durch die Umgangssprache möglich ist.¹⁴⁶ Der stärkste Vorwurf lautet aber, dass die rein semantische Behandlung von Aussagen hinsichtlich ihres Wahrheitsgehaltes die Komplexität von Wahrheitsfragen auf formallogische Analysen reduziert und damit dem Begriff der Wahrheit nicht mehr gerecht wird. Zwar kann auf semantischer Ebene das Problem der Übereinstimmungsbeziehung gelöst werden, über den Inhalt von Sätzen lässt sich damit jedoch nichts mehr aussagen. So kann etwa dem Satz „Es gibt Marsmenschen genau dann, wenn es Marsmenschen gibt“ aus semantischer Sicht unproblematisch das Prädikat ›wahr‹ zugeordnet werden, wirklich zu befriedigen vermag dies jedoch nicht.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vgl. *Gloy*, Wahrheitstheorien 155 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Apel*, Fallibilismus, Konsensustheorie der Wahrheit und Letztbegründung 103 f.

¹⁴⁷ In diese Richtung geht auch die Kritik *Apels* an der semantischen Korrespondenztheorie: *Tarski* begeht einen „abstraktiven Fehlschluss“ im Sinne einer logisch-semantischen Verkürzung des Wahrheitsbegriffes, weil Korrespondenz eben nicht nur in der Übereinstimmung mit formalisierten Sätzen erreicht werden muss, sondern die Sätze auch einen gewissen Sinn in der Pragmatik des kognitiven Sprachgebrauchs vor dem Hintergrund der realen Welt finden müssen. Ebd. 100 ff. In die gleiche Richtung geht die Kritik von *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung 251 ff.

Diese Probleme zeigen, dass es weder auf der Grundlage der ontologischen noch der semantischen Korrespondenztheorie möglich ist, die Richtigkeit von rechtlichen Aussagen zu identifizieren. Diese Schwierigkeiten hat auch die Reine Rechtslehre für den Bereich der Rechtsanwendung erkannt. Obwohl an der grundsätzlichen Wahrheitsfähigkeit von rechtlichen Aussagen festgehalten wird, wird der Standpunkt vertreten, dass es oftmals nicht klar zu entscheiden sei, welche von mehreren plausiblen Rechtssätzen richtig oder falsch sind. Deshalb habe sich Rechtserkenntnis in zweifelhaften Fällen darauf zu beschränken, den Rahmen von möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm abzustecken, ohne aber einen bestimmten Rechtssatz als richtigen zu präferieren.¹⁴⁸ Da die Rechtsanwendung über diese Selbstbeschränkung hinausgehen und in einem konkreten Rechtsfall eine Entscheidung treffen muss, bedeutet dass nach dem Verständnis der Reinen Rechtslehre, dass dabei kein Fall der Rechtserkenntnis mehr vorliegt, sondern ein Akt der Rechtssetzung. Der Rechtsanwender entscheidet nach freiem Ermessen, seine Entscheidung beruht auf einen letztlich dezisionsitischen Willensakt. Ob eine rechtliche Entscheidung in Bezug auf die Rechtsordnung richtig oder falsch ist, kann nicht beurteilt werden.¹⁴⁹

Nicht nur die Unzulänglichkeit des Korrespondenzansatzes ist Grund für das Scheitern des Deduktionsmodells. Es gilt heute als allgemein anerkannt, dass Rechtsanwendung mehr ist, als ein bloßer Deduktionsakt auf der Grundlage des positiven Rechts. Dafür gibt es zahlreiche Gründe, von denen hier nur fünf genannt seien: Zuerst die Vagheit von Rechtstexten, die in der Mehrdeutigkeit der Sprache selbst begründet liegt. Obwohl Klarheit und Eindeutigkeit die obersten Prinzipien jedes Akts der Rechtssetzung sind, lassen sich diese Ideale nur bedingt verwirklichen: Der sprachliche Normalfall ist die Mehrdeutigkeit, der Idealfall die Eindeutig-

¹⁴⁸ Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 352 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 126 f; *Thienel*, Kritischer Rationalismus 187, nimmt sogar an, dass die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft darin bestehe, nicht nach richtigen Rechtssätzen zu suchen, sondern nach dem Falsifizierungsprinzip des Kritischen Rationalismus Widersprüchlichkeiten von möglichen Normhypothesen aufzuzeigen und sie so zu falsifizieren. Dieser Ansatz *Thienels* geht allerdings an der Wissenschaftspraxis vorbei. Wissenschaftler suchen nämlich nach Bewährungen und nicht nach Falsifikationen. Ein konsequent fallibilistisches Vorgehen ist kontraintuitiv, weil damit immer nur ausgesagt werden kann, *was nicht ist*, während es Aufgabe und Ziel der Wissenschaft ist, zu sagen, *was ist*. Vgl. *Poser*, Wissenschaftstheorie 123. Es ist nicht ersichtlich, welchen Nutzen eine Rechtswissenschaft haben soll, deren Hauptaufgabe darin besteht, aufzuzeigen, wie Normen keinesfalls verstanden werden können, die aber nicht sagt, was nun der Inhalt einer Norm ist.

¹⁴⁹ Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 350 ff. Dieser Standpunkt ist heftig kritisiert worden. (statt vieler: *Bydlinski*, Methodenlehre und Rechtsbegriff 221). Deshalb wurde von verschiedenen Vertretern des Rechtspositivismus versucht, den Dezisionismus dadurch einzuschränken, indem bestimmte Interpretationsmethoden als obligatorisch festgelegt wurden, und ein Rechtsanwender verpflichtet ist, Recht nach diesen Methoden anzuwenden. Vgl. *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 100 ff; *Thienel*, Kritischer Rationalismus 183 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 128 ff. In welcher Weise eine rechtliche Aussage als richtig zu qualifizieren ist, lässt sich allerdings auch nach modifizierten positivistischen Ansätzen nicht klar ersehen.

keit. Für eine Deduktion mangelt es deshalb häufig am notwendigen sprachlich-klaaren Ausgangspunkt. Zum zweiten ist Recht kein homogenes Regelwerk von Axiomen, sondern ein System, in dem Widersprüche und Normenkonflikte an der Tagesordnung sind. Recht ist drittens auch kein vollständiges System, vielmehr stoßen wichtige Fragen des Rechtsalltags auf Regelungslücken. Im umgekehrten Fall kann es viertens notwendig erscheinen, in besonderen Fällen auch gegen den klaren Wortlaut einer Norm zu entscheiden. Fünftens erfordert die Rechtsanwendung oft den Rückgriff auf nichtpositivierte Wertungsgesichtspunkte. Damit ist klar, dass durch den einfachen Blick ins Gesetzbuch häufig nicht entschieden werden kann, was für einen bestimmten Fall die richtige Rechtsfolge ist.¹⁵⁰

Verfehlt ist ferner die Hypostasierung von Rechtsnormen zu „ideellen Entitäten“. Rechtsnormen sind Aussagen, die als sprachliche Sinneinheiten einem Prozess des Verstehens unterliegen und nicht einem Akt der Gegenstandserkenntnis.¹⁵¹ Ein „Subjekt-Objekt-Schema“ kann deshalb weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtsanwendung Bestand haben. „Wer das ‚richtige Recht‘ – was immer das auch sei – erkennen will, wie man ein Objekt, einen Baum erkennt, der hat von vornherein die Weichen falsch gestellt.“¹⁵² Verabschiedet werden muss die Idee, dass Normen unabhängig existierende Objekte eines „Reich des Sollens“ sind¹⁵³, die von einem außenstehenden Subjekt in ihrer wahren Eigenschaft erkannt werden könnten.¹⁵⁴ „Rechtserkenntnis“ ist vielmehr als ein Akt des Verstehens zu begreifen, eine „objektive Richtigkeit“ außerhalb des Rechtsfindungsverfahrens kann es daher nicht geben. Zu verwerfen ist daher auch das Postulat der „wertfreien Rechtserkenntnis“, weil es einen

¹⁵⁰ Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 17 f; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre 55; 153 ff; *Gerhard Luf*, Grundfragen der Rechtsphilosophie und Rechtsethik (2003/04) 27; *Bernhard Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 555; *Zippelius*, Rechtsphilosophie 256 ff; *ders.*, Methodenlehre 101; *ders.*, Legitimation durch Verfahren? 299 f. Zum eingeschränkten Wert der Deduktion für die Normenbegründung siehe ausführlich oben S. 158 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Funk*, Abbildungs- und Steuerungsleistung der Rechtswissenschaft 119 ff.

¹⁵² *Arthur Kaufmann*, Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis (1989), in: *ders.*, Über Gerechtigkeit (1993) 155 – 169, 155. Vgl. dazu auch die Kritik von *Habermas*, Faktizität und Geltung 277: „Die Richtigkeit normativer Urteile kann (...) nicht im Sinne einer Korrespondenztheorie der Wahrheit erklärt werden; denn Rechte sind eine soziale Konstruktion, die nicht zu Tatsachen hypostasiert werden dürfen. ›Richtigkeit‹ bedeutet rationale, durch gute Gründe gestützte Akzeptabilität.“

¹⁵³ Vgl. dazu die Kritik von *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln 68 ff. *ders.*, Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, Juridikum 1/2003, 4 – 5.

¹⁵⁴ Bemerkenswert sind in dieser Hinsicht die Parallelen zwischen der Reinen Rechtslehre und metaphysischen Naturrechtslehren: „Naturrecht und Positivismus, an sich unversöhnliche Gegner, gleichen sich in wesentlichen Zügen: substanzontologischer, objektivistischer Gesetzesbegriff, starrer, ungeschichtlicher Subsumtionsmechanismus, Denken in geschlossenen Systemen.“ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 16.

solchen Zugang zum Recht weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtsanwendung gibt.¹⁵⁵

Das Deduktionsmodell und der Versuch einer korrespondenztheoretischen Feststellung der Richtigkeit von rechtlichen Aussagen können als gescheitert gelten und finden heute auch kaum mehr Beachtung. Sofern noch eine Bezugnahme auf das Deduktionsmodell erfolgt, geschieht dies meist mit Verweis auf die Notwendigkeit des logisch-deduktiven Schließens in Form des juristischen Syllogismus und dem Postulat der Gesetzesbindung.¹⁵⁶ Diese Grundsätze sind allerdings auch außerhalb des Deduktionsmodells verwirklichtbar.

b) Hermeneutisches Modell

Das hermeneutische Modell vertritt die Auffassung, dass das Erfassen des Normativen von Rechtstexten ein Akt des Verstehens von sprachlichen Äußerungen und nicht des Erkennens von substantziellen Objekten ist.¹⁵⁷ Dieser Akt des Verstehens kann in einem juristischen Verständnis auf zwei unterschiedliche Arten erfolgen: Unreflektiert, durch das unmittelbare Innewerden des Sinnes einer sprachlichen Äußerung, oder in einer reflektierten Weise, durch bewusste Textauslegung.¹⁵⁸ Als unreflektiert kann das Verstehen solange gewertet werden, wie für den Verstehenden der Sinn eines Textes nicht problematisch wird, weil es sich der Möglichkeit verschiedener Deutungen gar nicht bewusst ist. Diese unreflektierte Form des Verstehens entspricht unserer Alltagskommunikation. Wenn sich der Verstehende allerdings der möglichen Mehrdeutigkeit eines Textes bewusst ist, wird die Suche nach dem zutreffenden Sinn zum Gegenstand einer Reflexion und damit einer Auslegung.¹⁵⁹ Dass Texte mehr-

¹⁵⁵ Das Ideal einer „wertfreien Gegenstandsbetrachtung“ ist bereits aus erkenntnistheoretischer Sicht nicht aufrecht zu erhalten. Vgl. dazu *Jürgen Habermas*, *Erkenntnis und Interesse*² (1973). Wie *Funk* treffend feststellt, ist eine neutrale und objektive Beschreibung des Rechts eine Illusion, vielmehr verändert die Rechtswissenschaft ihren „Betrachtungsgegenstand“ durch ihre Auseinandersetzung mit diesem. Vgl. *Funk*, *Abbildungs- und Steuerungsleistung* 115 f; *ders.*, *Rechtswissenschaft als Erkenntnis* 73. Ein weiterer wichtiger Einwand gegen die wertfreie Rechtsbetrachtung wurde von *Winckler*, *Wertbetrachtung im Recht* 42, geäußert: „Eine Analyse des positiven Rechts erbringt eine unübersehbare Fülle von vollzogenen und gebotenen Wertungen. Aus diesem Grund lässt sich Recht auch für die Wertformel nicht die Freiheit zu einer beliebigen Betrachtung, sondern es verlangt eine nach den vorgegebenen Werten gebundene Wertbetrachtung als Inhaltsbetrachtung. Wer das Recht beschreiben will, so wie es ist, also rechtsdogmatisch und rechtstheoretisch, der muss es auch als ein System gegebener Werte und Wertentscheidungen annehmen.“

¹⁵⁶ Vgl. *Koch*, *Deduktive Entscheidungsbegründung* 37 ff.

¹⁵⁷ Vgl. *Kaufmann*, *Rechtswissenschaftliche Erkenntnis* 157 ff.

¹⁵⁸ Diese Unterscheidung wird etwa von *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre* 25 getroffen und macht für den Bereich der juristischen Hermeneutik durchaus Sinn. In der allgemeinen Hermeneutik besteht diese Differenzierung nicht – Verstehen wird immer als Auslegung gesehen (Vgl. *Hans-Georg Gadamer*, *Wahrheit und Methode*⁵ (1986) 312).

¹⁵⁹ Vgl. *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre* 26.

deutig sein können, hat seinen Grund in der Bedeutungsvielfalt und im Ausdrucksreichtum der Sprache selbst. Wie erwähnt ist die sprachliche Eindeutigkeit zwar ein gerade von Fachsprachen angestrebtes, jedoch selten erreichtes Ziel. Auch bei Rechtstexten ist der Regelfall die sprachliche Mehrdeutigkeit, so dass grundsätzlich alle Rechtstexte nicht nur auslegungsfähig, sondern auch auslegungsbedürftig sind.¹⁶⁰ Diese Auslegungsbedürftigkeit darf nicht als Mangelhaftigkeit von Rechtstexten gewertet werden, die durch sprachliche Präzision überwunden werden könnte. Selbst wenn es gelänge, eine streng formalisierte juristische Sprache zu erfinden, müsste auch zu dieser ein verstehender Zugang gefunden werden, der nur über die Alltagssprache führen kann.¹⁶¹

Das Hauptaugenmerk der juristischen Hermeneutik liegt auf den durch die methodische Auslegung von Rechtstexten zu bewerkstellenden Verstehensprozess, der die Vorbedingung für den Akt der Subsumtion darstellt. Ist ein Rechtstext erst verstanden, stellt der juristische Syllogismus kein Problem mehr dar. Aufgehoben wird das Dogma des Deduktionsmodells, dass das Subjekt Recht möglichst wertungsfrei zu erkennen habe. Der Verstehende steht nicht außerhalb der hermeneutischen Situation, sondern muss in sie als mitgestaltender Faktor einbezogen werden: Wer einen Text verstehen will, trägt immer schon eine Sinnerwartung an ihn heran (Vorurteil/Vorverständnis)¹⁶², der den Text zum Sprechen bringt. Dabei geht es um sprachliche Kompetenz und um das Vorwissen betreffend das Thema des Textes – ein Gedicht wird beispielsweise anders ausgelegt als eine rechtliche Bestimmung. Ohne Vorverständnis ist ein Text nicht zu verstehen. Indem der Verstehende mit seinem Vorverständnis in den Verstehensprozess eintritt, bewirkt er, dass der Text ein anderer wird, als er vorher war. Zugleich ändert sich aber auch der Horizont des Verstehenden. Der Verstehensprozess verläuft also nicht linear, sondern ist ein fortschreitender wechselseitiger Prozess. An einen Text

¹⁶⁰ Vgl. Ebd.; *Bydlinski*, Methodenlehre 425. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd I Rz 185. Mit starken Worten verweist *Ogorek* auf die Auslegungsnotwendigkeit von Rechtstexten: „Erst die Interpretation schafft Sinn. Ohne sie gibt es kein Dasein, keine Bedeutung der Norm. Der uninterpretierte Text ist Druckerschwärze auf dem Papier. Noch einmal formuliert: Das Dasein oder der Sinn eines Textes (auch der ‚wahre‘, der ‚richtige‘, der ‚eigentliche‘ und der ‚vernünftige‘ Sinn) ist identisch mit dem Sinn, den sein Interpret ihm gibt.“ zitiert nach *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I Rz 531.

¹⁶¹ Es scheint unmöglich, eine exakte Semantik für eine formalisierte Rechtssprache zu finden, die zugleich den Bedürfnissen eines sozialwirksamen Rechtssystems gerecht wird. Die Ansätze der Analytischen Rechtstheorie und der Rechtslogik, die Rechtswissenschaft zu einer an den Idealen einer Formalwissenschaft orientierten Disziplin zu erheben, konnten sich daher auch nicht durchsetzen. Zu Problemen der logischen Formalisierung des Rechts vgl. *Zippelius*, Methodenlehre 108 ff.

¹⁶² Der Begriff ›Vorurteil‹ geht auf den Begründer der modernen Hermeneutik, *Hans-Georg Gadamer*, zurück. Vgl. *Gadamer*, Wahrheit und Methode 270 ff, insbes. 275. Im juristischen Diskurs wird wegen der negativen Konnotation dieses Begriffs im Sinne einer voreilig gefassten oft abwertenden Haltung eher in der Terminologie von *Esser* von ›Vorverständnis‹ gesprochen.

wird eine Sinnerwartung als Vorverständnis herangetragen, das sich durch die Beschäftigung mit dem Text erweitert. Je intensiver und länger sich jemand mit einem Text beschäftigt, je tiefer er in die Materie eindringt, desto besser wird er den Text und auch andere ähnliche Texte verstehen. Insofern wirkt ein Text auf das Verstehen zurück.¹⁶³ Dieser Prozess wird als „hermeneutischer Zirkel“ bezeichnet.¹⁶⁴

Nach dem Verständnis der juristischen Hermeneutik soll das Auslegen von Rechtstexten in einem nachvollziehbaren Verfahren unter Zuhilfenahme von Auslegungsregeln, so genannten Interpretationsmethoden, erfolgen.¹⁶⁵ Die Rechtsdogmatik hat dafür zahlreiche Verfahren entwickelt, die je nach dem vertretenen Rechtsbegriff und der wissenschaftstheoretischen Grundüberzeugungen unterschiedlich ausfallen.¹⁶⁶ Auf die einzelnen Interpretationsmaximen und unterschiedlichen methodischen Positionen braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Für unsere Fragestellung ist es lediglich von Interesse, wie in einem hermeneutischen Verständnis über die Richtigkeit einer Interpretation, oder allgemeiner gesprochen: einer rechtlichen Aussage, entschieden wird.

Vorauszuschicken ist, dass das hermeneutische Modell die Rechtsauslegung als ein Verfahren versteht, das sich ausschließlich auf der Ebene des einzelnen Interpretieren abspielt. Eine Hypothese wird an eine Norm herangetragen und in der Auseinandersetzung mit ihr entweder erhärtet oder verworfen. Das Ziel der Auseinandersetzung ist die Herstellung von Gewissheit, die in der subjektiven Einsicht besteht, dass eine Norm einen bestimmten Inhalt hat und dass

¹⁶³ Jemand, der eine jahrelange juristische Ausbildung und Berufserfahrung vorweisen kann, hat ein anderes Vorverständnis, mit dem er an rechtliche Texte herantritt, als ein juristischer Laie. Aber auch der geschulte Jurist muss sich erst einarbeiten, wenn er mit einer Rechtsmaterie zu tun bekommt, die für ihn neu ist.

¹⁶⁴ Der Prozess des Verstehens wird vom Ziel geleitet, eine Entsprechung zwischen dem Rechtstext und der Entscheidung herbeizuführen. „Der ‚hermeneutische Zirkel‘ liegt dabei in dem Verhältnis von Fragestellungen und Antworten qua Normverständnis, also in der Tatsache, dass ohne Vorurteil über die Ordnungsbedürftigkeit und Lösungsmöglichkeit die Sprache der Norm überhaupt nicht das aussagen kann, was erfragt wird: die gerechte Lösung.“ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl 137. Näheres zur Hermeneutik und zum „hermeneutischen Zirkel“ vgl. *Gadamer*, Wahrheit und Methode 270 ff; *Poser*, Wissenschaftstheorie 209 ff.

¹⁶⁵ Juristische Hermeneutik ist in diesem Sinn eine Kunstausübung und Kunstlehre, d.h. der Vollzug bestimmter Regeln der Interpretation und Reflexion auf diese Regeln. In ihrer Gesamtheit kann die Hermeneutik als eine universale Theorie der juristischen Interpretation aufgefasst werden, die die Methode des Verstehens der in den Naturwissenschaften gepflogenen Methode des Erklärens gegenüberstellt. Vgl. *Helmuth Vetter*, Zum wissenschaftlichen Status der Hermeneutik, in: *Helmuth Vetter/Michael Potacs* (Hrsg.), Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1990) 1 – 26, 3.

¹⁶⁶ Einen Überblick über die verschiedenen methodischen Strömungen bieten: *Bydlinski*, Methodenlehre; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl; *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band I – V, (1975/77); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre; *Zippelius*, Methodenlehre.

dieser Inhalt als richtig angesehen wird. Die juristische Methodik mit ihren Interpretationsmaximen ist in diesem Prozess Hilfsmittel und Reflexionsinstrument gleichermaßen. Was das hermeneutische Modell allerdings nicht vermag, ist die Herstellung eines intersubjektiv gültigen Ergebnisses. Dies hat damit zu tun, dass der gesamte Verstehensprozess eine rein subjektive Ausrichtung hat. Es ist Sache des Interpreten, welche Hypothesen er an eine Norm heranträgt, für welches methodische Vorgehen er sich entscheidet und ob er seine Interpretationshypothese als bestätigt ansieht.¹⁶⁷ Das hermeneutische Modell selbst gibt keine allgemeingültigen Kriterien dafür an, ob eine Auslegung als richtig bewertet werden kann oder nicht.¹⁶⁸

Dieses Problem lässt sich auch methodisch nicht in den Griff zu bekommen. Es ist allgemein bekannt, dass es innerhalb der Jurisprudenz keine Einigkeit darüber gibt, welche Auslegungsverfahren zum anerkannten Methodenkanon gehören und welche Rangordnung diese untereinander einnehmen.¹⁶⁹ Selbst wenn es gelingen würde, sich auf einheitliche juristische Auslegungsregeln zu einigen (was weder faktisch möglich noch erstrebenswert ist), können diese selbst keine Gewähr für die Richtigkeit eines Auslegungsergebnisses übernehmen.¹⁷⁰ Es ist nämlich schlichtweg nicht möglich, den individuellen Prozess des Verstehens durch Auslegungsregeln soweit zu operationalisieren, dass verschiedene Interpreten gleichsam wie in einem mathematischen Verfahren durch ein bestimmtes methodisches Vorgehen zu gleichen Ergebnissen kommen würden. Weitgehend anerkannt ist daher die Auffassung, dass die juristische Methodik zwar dazu dient, Rechtsprobleme in einer rationalen und geordneten Weise aufzubearbeiten, jedoch nur einen gewissen Rahmen an möglichen Argumenten abstecken

¹⁶⁷ Häufig wird vertreten, dass die Auswahl zwischen verschiedenen denkbaren Möglichkeiten einer Auslegung nur noch intuitiv durch Rekurs auf das Rechtsgefühl (Judiz) entschieden werden könne. Vgl. *Vogel*, Methodenlehre 9; *Zippelius*, Rechtsphilosophie 259.

¹⁶⁸ Dass ein hermeneutisches Vorgehen nicht zu eindeutig richtigen Ergebnissen führt, wird auch von Anhängern der juristischen Hermeneutik eingeräumt. Vgl. *Kaufmann*, Rechtswissenschaftliche Erkenntnis 159; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre 155 f. Zutreffend betont *Alexy*, dass über die Richtigkeit oder Falschheit eines Auslegungsergebnisses nur mit Argumenten entschieden werden kann, dass also eine juristische Hermeneutik ohne eine Theorie der juristischen Argumentation nicht auskommt. Vgl. *Robert Alexy*, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs (1995), in: Robert Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003) 113 – 122, 115.

¹⁶⁹ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundlagen 33; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 19 f; *Bydlinski*, Methodenlehre 553 ff; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl 124 ff; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 349 f; *Zippelius*, Methodenlehre 63.

¹⁷⁰ Vgl. *Funk*, Abbildungsleistung und Steuerungsleistung der Rechtswissenschaft 118 f, der feststellt, dass die Anwendung von Auslegungsregeln keine Lösungen hervorbringen kann, sondern nur Lösungsmöglichkeiten, über deren Bewährung die Akzeptanz der Rechtsgemeinschaft entscheidet. Das gilt selbst dann, wenn alle klassischen Auslegungsmethoden auf ein einziges Ergebnis hinweisen. Die Gründe, warum ein bestimmtes Auslegungsergebnis in einer Rechtsgemeinschaft anerkannt wird, folgen keinen festen Regeln.

und keine eindeutigen Ergebnisse gewährleisten kann.¹⁷¹ Treffend bringt es *Esser* auf den Punkt: „Dogmatische ‚Begründung‘ gibt keine Richtigkeitsgewähr; ebenso wenig die Korrektheit des Verfahrens und der Rechtsfindungsmethode.“¹⁷² Dieser Befund deckt sich auch mit der erkenntnistheoretischen Relativierung des Werts einer strikten Methodenanwendung.¹⁷³

Wir können festhalten: *Eine rechtliche Aussage ist nicht deshalb richtig, weil sie das Ergebnis einer bestimmten Methodenanwendung ist. Genauso wenig ist eine rechtliche Aussage deshalb falsch, weil eine bestimmte Methode verwendet oder nicht verwendet wurde. Ein methodisches Vorgehen selbst kann nicht das Kriterium für Richtigkeit sein. Vielmehr ist das Ergebnis einer juristischen Interpretation selbst als Aussage zu verstehen, die richtig oder falsch sein kann.*

Das Problem der Richtigkeitskontrolle eines Interpretationsergebnisses wird zuweilen dadurch zu lösen versucht, indem dieses dann als richtig beurteilt werden soll, wenn es sich widerspruchsfrei in ein System von anderen als richtig anerkannten Aussagen einfügt.¹⁷⁴ Dieser Gedanke entspricht der Kohärenztheorie der Wahrheit, die aus der Kritik an der Korrespondenztheorie hervorging. Die Definition von Wahrheit als Übereinstimmung mit der Wirklichkeit (Korrespondenz) wurde als unbefriedigend angesehen, weil es keine Möglichkeit gibt, zu überprüfen, ob diese Übereinstimmung auch tatsächlich vorliegt. Ziel war es deshalb, eine Wahrheitsdefinition zu finden, die eng mit einer Feststellungsmethode verbunden ist. Nach der Kohärenztheorie soll eine Aussage genau dann wahr (richtig) sein, wenn sie mit anderen akzeptierten Aussagen kohärent ist. Es geht also nicht mehr um die Übereinstimmung einer Aussage mit der Wirklichkeit, sondern um die stimmige Einordnung einer Aussage in ein akzeptiertes Aussagensystem. Die Ebene der Sprache wird dabei nicht verlassen. Der Vorteil der Kohärenztheorie im Vergleich zur Korrespondenztheorie liegt darin, dass sie ein Wahr-

¹⁷¹ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre 155; *Vogel*, Methodenlehre 8; *Zippelius*, Methodenlehre 64.

¹⁷² *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl 171.

¹⁷³ Vgl. *Paul Feyerabend*, *Wider den Methodenzwang*² (1983), der die Auffassung vertritt, dass nicht die strikte Anwendung von Methoden, sondern gerade die Verletzung dieser einen Erkenntnisfortschritt ermöglichen. Der Gedanke einer festgelegten Methodik beruhe auf einer allzu naiven Anschauung vom Menschen und seinen sozialen Verhältnissen: „Wer sich dem reichen, von der Geschichte gelieferten Material zuwendet und es nicht darauf abgesehen hat, es zu verdünnen, um seine niedrigen Instinkte zu befriedigen, nämlich die Sucht nach geistiger Sicherheit in Form von Klarheit, Präzision, ›Objektivität‹, ›Wahrheit‹, der wird einsehen, dass es nur *einen* Grundsatz gibt, der sich unter *allen* Umständen und in *allen* Stadien der menschlichen Entwicklung vertreten lässt. Es ist der Grundsatz: *Anything goes*.“ Ebd. 31 f.

¹⁷⁴ Vgl. *Zippelius*, Methodenlehre 53 ff;

heitskriterium angibt, das eine tatsächliche Überprüfung möglich erscheinen lässt. Es ist nicht notwendig, ein externer Betrachtungspunkt einzunehmen, die Aussage kann innerhalb eines Systems auf ihre Kohärenz geprüft werden.¹⁷⁵

So wichtig es ist, dass rechtliche Aussagen zueinander nicht in Widerspruch treten, so wenig kann die Kohärenz allein Kriterium für die Richtigkeit sein. Der wissenschaftstheoretische Haupteinwand gegen die Kohärenztheorie liegt darin, dass unklar ist, zu welchem Bezugssystem sich eine Aussage kohärent verhalten muss. Diese Frage wird vor allem dann virulent, wenn es nicht nur ein Bezugssystem gibt. Wenn etwa verschiedene Theorien miteinander wetteifern oder vor dem Hintergrund ihres Kulturkreises different sind. Angenommen eine Aussage ist mit einem System kohärent, widerspricht aber anderen Aussagen – mit welchem Recht soll so eine Aussage das Kriterium der Wahrheit für sich in Anspruch nehmen können? Es liegt nahe, dass hier die Gefahr besonders hoch ist, dass ein Bezugssystem von Aussagen gewählt wird, von dem von vornherein Übereinstimmung erhofft werden kann.¹⁷⁶ Damit zeigt sich deutlich: Die Stimmigkeit eines Systems kann für die Begründung seiner Wahrheit nicht ausreichen, weil auch kohärente Aussagensysteme falsch sein können. Oder um es mit *Habermas* zu sagen: „Eine Kohärenz, die sich allein über Begründungsketten herstellt, kann nicht erklären, warum sich sogar glänzend gerechtfertigte Behauptungen als falsch herausstellen können.“¹⁷⁷

Auf das Recht bezogen kommt dazu, dass es ein Trugschluss wäre, eine Rechtsordnung als kohärentes System anzusehen. Im Gegenteil: In komplexen modernen Rechtsordnungen sind innere Systemwidersprüche ein nicht zu leugnendes Symptom der sich auf beinahe alle Lebensbereiche ausdehnenden Verrechtlichung. Widersprüche lassen sich innerhalb von einzelnen Materiengesetzen genauso finden, wie zwischen ihnen, sei es auf selber Stufe oder als Konflikt zwischen über- und untergeordneten Normen. Dazu kommt, dass alle Rechtsordnung Regelungslücken aufweisen und sich durch einen Offenheitsbereich auszeichnen, der es verbietet, sie als geschlossene Systeme zu begreifen. Berechtigt ist daher die Zurückweisung der Kohärenztheorie durch *Alexy*: „Ein Modell, in dem die Kohärenz das einzige oder auch nur

¹⁷⁵ Zur Kohärenztheorie der Wahrheit vgl. näher *Gloy*, Wahrheitstheorien 169 ff; *Weinberger*, Rechtslogik 81 ff.

¹⁷⁶ „Die Kohärenztheorie der Wahrheit versagt also, weil es keinen Beweis gibt, dass es nur ein einziges kohärentes System geben kann.“ *Bertrand Russel*, Wahrheit und Falschheit (1912) in: Gunnar Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien (2001) 63 – 72, 66.

¹⁷⁷ *Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit 315 f.

das oberste und entscheidende Kriterium für Richtigkeit einer Interpretation ist, läuft auf die Idee des juristischen Holismus hinaus, nach der alle Prämissen bereits im Rechtssystem enthalten sind und nur noch entdeckt zu werden brauchen. Gegen diese Idee spricht jedoch, dass das, was als juristisches System jeweils institutionalisiert worden ist, stets notwendig unvollständig ist. So wie Regeln sich nicht selbst anwenden können, so kann ein System nicht selbst Vollständigkeit und Kohärenz herstellen. Hierzu sind Personen und Prozeduren erforderlich. Die erforderliche Prozedur ist aber die der juristischen Argumentation.¹⁷⁸

Der Offenheitsbereich des Rechts verweist auf ein weiteres Problem, dem das hermeneutische Modell nicht beizukommen vermag. Die Konzentration der juristischen Hermeneutik liegt in der Auslegung des positiven Rechts. Wie wir gesehen haben, besteht eine Rechtsordnung allerdings nicht allein aus positivrechtlichen Bestimmungen, sondern auch aus (ungeschriebenen) Rechtsprinzipien, auf die bei der Rechtsanwendung unausweichlich zurückgegriffen werden muss.¹⁷⁹ Diese Rechtsprinzipien lassen sich allerdings nicht in ein methodisches Koordinatensystem bringen, sondern sind Gegenstand eines abwägenden Argumentierens. Das hermeneutische Modell ist insofern defizitär, weil Rechtsanwendung mehr als das Verstehen bzw. die Interpretation von Rechtstexten verlangt, dafür jedoch keine Ansätze vorhanden sind. Deshalb wurde auch der Versuch unternommen, die juristische Hermeneutik durch topisches Denken zu erweitern.¹⁸⁰

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der juristischen Hermeneutik das Verdienst zukommt, die Rechtswissenschaft von substanzontologischen Irrtümern befreit zu haben. Der Zugang zum Recht führt nicht über den Akt der Gegenstandserkenntnis, sondern über den Prozess des Verstehens. Rechtstexte sind sprachliche Sinneinheiten, die einer Interpretation nicht nur zugänglich sind, sondern oftmals auch bedürfen. Der Prozess der hermeneutischen Sinnermittlung ist unverzichtbar und geht jeder Rechtsanwendung voran. Allerdings kann das

¹⁷⁸ Alexy, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs 116. Dazu auch Luhmann, Recht der Gesellschaft 384 ff.

¹⁷⁹ Siehe ausführlich oben S. 143 ff:

¹⁸⁰ Zur Geschichte und Funktion des topischen Rechtsdenkens grundlegend: Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz⁵ (1974). Die juristische Topik versucht ein Gegenmodell zum Methodendenken zu positionieren. Statt den Sinn von Normen (ausschließlich) durch Interpretationsmethoden und formallogische Operationen zu bestimmen, soll auf vernünftige Gesichtspunkte zurückgegriffen werden, die allgemein anerkannt sind. Zu diesen Gesichtspunkten gehören allgemeine Rechtsprinzipien, wie etwa für das Prozessrecht die Grundsätze „res iudicata pro veritate accipitur“ oder „et audiatur et altera pars“ (Vgl. Gerhard Struck, Topische Jurisprudenz (1971) 20 ff, der versucht hat für das Zivilrecht einen Katalog allgemeingültiger Topoi zusammenzustellen).

hermeneutische Modell kein Kriterium für die Überprüfung der Richtigkeit einer Auslegung anbieten. Die persönliche Gewissheit des Interpreten ist dafür nicht ausreichend, weil das Kriterium der Richtigkeit den Anspruch auf intersubjektive Gültigkeit miteinschließt.¹⁸¹ Aus diesem Grund kann auch ein bestimmtes methodisches Vorgehen nicht Gewähr für die Richtigkeit einer rechtlichen Aussage sein. Stattdessen ist es notwendig, das Ergebnis einer Auslegung selbst der Richtigkeitskontrolle zu unterziehen, die allerdings nicht allein in der Kohärenz zu anderen rechtlichen Aussagen bestehen kann. Die Evidenz und Kohärenz einer rechtlichen Aussage können lediglich Indizien für ihre Richtigkeit sein. Konsens muss über diese Frage allerdings auf einer argumentativen Ebene hergestellt werden, wie es im Folgenden darzulegen gilt.

c) Diskurstheoretisches Modell

Als Reaktion auf die Defizite der klassischen Methodenlehre haben sich in jüngerer Vergangenheit eine Lehre vom juristischen Diskurs und eine juristische Argumentationstheorie entwickelt, deren Fokus weniger auf der hermeneutischen Textauslegung liegt, sondern vielmehr darauf, in welcher Art und Weise die Auseinandersetzung um die Richtigkeit von rechtlichen Aussagen geführt wird. Die Grundidee des diskurstheoretischen Modells ist, dass nur in einer argumentativen Auseinandersetzung Klarheit über die Richtigkeit von rechtlichen Aussagen erlangt werden kann. Einen viel beachteten Entwurf einer juristischen Argumentationstheorie hat *Alexy* vorgelegt, dessen theoretische Grundlagen in der pragmatischen Sprachphilosophie und in der Diskurstheorie begründet liegen.¹⁸² Wichtige Impulse für das Modell des juristischen Diskurses sind den kommunikationstheoretischen Überlegungen von *Habermas* zu verdanken, der es insbesondere unternommen hat, eine überzeugende pragmatische Konzeption der Richtigkeit vorzulegen. Im Folgenden sollen die zentralen Parameter des juristischen Diskurses dargestellt werden, wobei sich zeigen wird, dass das Kriterium der Richtigkeit im Denken *Habermas'* stärker auf die Herstellung eines Konsensus im herrschaftsfreien Diskurs konzentriert ist, während *Alexy* das Kriterium der Richtigkeit mit der Einhaltung von Bedingungen des rationalen Diskurses verbindet.

¹⁸¹ Treffend *Kaufmann*: „Rechtserkenntnis ist kein monologischer Akt von einzelnen, sondern geschieht in einem kommunikativen, sich durch die Geschichte hindurch vollziehenden Prozess, der zum Ziel hat, in aller Divergenz die Konvergenz als das entscheidende Kriterium der Wahrheit zu entdecken.“ *Arthur Kaufmann*, Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie (1991), in: ders. Über Gerechtigkeit (1993), 481 – 502, 486.

¹⁸² Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Grundlegende Arbeiten zur juristischen Argumentationslehre stammen ferner von *Ulfrid Neumann*, Juristische Argumentationslehre (1986); *Gerhard Struck*, Zur Theorie juristischer Argumentation (1977).

Die rein semantisch-syntaktische Betrachtungsweise von Aussagen, wie sie für das deduktive und hermeneutische Modell typisch ist, wird um die pragmatische Dimension der Sprache erweitert. Aussagen werden als Argumente verstanden. Es geht damit nicht nur darum, welchen Inhalt und welche Struktur eine Aussage hat, sondern wie sich diese in einer argumentativen Auseinandersetzung bewährt.¹⁸³ Wenn wir der Auffassung sind, dass eine rechtliche Aussage richtig ist, können wir diese nach außen hin nur als eine Behauptung artikulieren, die mit dem Geltungsanspruch der Richtigkeit verbunden ist. Dieser Anspruch kann zu Recht oder Unrecht erhoben werden – er kann bestritten und verteidigt, zurückgewiesen oder anerkannt werden. Ansprüche, die anerkannt sind, gelten. *Habermas* definiert in diesem Sinn Richtigkeit als einen „Geltungsanspruch, den wir mit Aussagen verbinden, indem wir sie behaupten“.¹⁸⁴

Dem diskurstheoretischen Modell geht es weniger darum, wie jemand zu der subjektiven Überzeugung gerät, dass eine rechtliche Aussage richtig oder falsch ist. Diese Auffassung kann etwa auf der subjektiven Einsicht eines hermeneutischen Prozesses, auf das als richtig empfundene Ergebnis einer bestimmten Methodenanwendung, auf den gültigen Subsumtionsschluss, etc. beruhen. So wichtig diese meinungsbildenden Prozesse auch sein mögen, sie bleiben auf einer subjektiven Ebene. Der Anspruch auf Richtigkeit und damit auf intersubjektive Anerkennung kann erst erhoben werden, indem diese Auffassungen als Argumente nach außen hin vertreten werden.¹⁸⁵ Erst dann stellt sich die Frage der Richtigkeit überhaupt.¹⁸⁶ Der Ort der argumentativen Auseinandersetzung ist der Diskurs. *Als richtig kann ein Argument dann gelten, wenn sein Geltungsanspruch im Diskurs erfolgreich eingelöst wird, d.h. ein Argument als richtig anerkannt wird.*

¹⁸³ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung 279; *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation 343.

¹⁸⁴ *Jürgen Habermas*, Wahrheitstheorien (1972) in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns (1984) 127 – 183, 129.

¹⁸⁵ Zutreffend spricht daher *Zippelius*, Methodenlehre 48 ff, etwa nicht von einer teleologischen oder systematischen *Interpretation*, sondern von *Argumenten* aus dem Gesetzeszweck oder *Argumenten* aus dem Kontext.

¹⁸⁶ So weist *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (1952) §§ 240 ff, darauf hin, dass Richtigkeit in Bezug auf die Übereinstimmung von Regeln einer Sprechhandlung nur in einer Gemeinschaft mit anderen Sprechenden zukommen kann. Mit dem „Privatsprachenargument“ widerlegt er die Vorstellung, dass einer allein einer Regel folgen bzw. über Richtigkeit entscheiden könne („Richtig ist, was immer mir als richtig erscheinen wird. Und das heißt nur, dass hier von richtig nicht geredet werden kann.“ Ebd. § 258.) Vgl. dazu *Christoph Demmerling*, Sprache und Verdinglichung (1994) 52 ff; *ders.*, Richtigkeit 1043; *Wellmer*, Sprachphilosophie 85 ff.

Dabei ist klarzustellen, dass im Sinn der Diskurstheorie nicht jede Kommunikation als Diskurs zu qualifizieren ist. *Habermas* unterscheidet zwischen zwei Sphären: Die Sphäre der Lebenswelt, wo in kommunikativen Handlungszusammenhängen Geltungsansprüche naiv als richtig unterstellt werden, und die Sphäre des argumentativen Diskurses, wo aus diesen Handlungszusammenhängen herausgetreten und über die als richtig unterstellten Geltungsansprüche diskutiert wird. Während bestimmte Auffassungen in Handlungszusammenhängen als gewiss vorausgesetzt werden, werden dieselben Auffassungen im Diskurs problematisiert und einer kritischen Reflexion unterzogen: „Beim Übergang vom Handeln zum Diskurs löst sich das zunächst naiv Für-wahr-Gehaltene aus dem Modus der Handlungsgewissheit und nimmt die Gestalt einer hypothetischen Aussage an, deren Geltung während des Diskurses dahingestellt wird. Die Argumentation hat die Gestalt eines Wettbewerbs um die besseren Argumente für bzw. gegen kontroverse Geltungsansprüche und dient der kooperativen Wahrheitssuche.“¹⁸⁷

Der Diskurs soll der Entschränkung der Perspektiven und der möglichst umfassenden rationalen Prüfung der vorgebrachten Argumente dienen, mit dem Ziel, einen allein auf den „zwanglosen Zwang“¹⁸⁸ des stärkeren Arguments fußenden Konsens zu finden. Damit ist das Kriterium der Richtigkeit nicht die Gewissheit des Einzelnen, sondern der intersubjektive Konsens des Diskurses. Diese Theorie wird als *Konsensustheorie der Wahrheit* bezeichnet und kann als prozeduraler kognitivistischer Ansatz verstanden werden: Richtigkeit ist das Ergebnis eines diskursiven Verfahrens.¹⁸⁹

Es wäre nun freilich verfehlt, bereits jeder konsentierten Aussage Richtigkeit zuzusprechen. Würde bereits jede zustande gekommene Übereinstimmung von Diskursteilnehmern als Konsens im Sinne von Richtigkeit verstanden werden, hätte dies nicht nur eine Trivialisierung des Begriffs Richtigkeit zur Folge, sondern auch, dass falsche Aussagen oder Irrtümer relativ ein-

¹⁸⁷ *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung 254.

¹⁸⁸ Vgl. *Jürgen Habermas*, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung (1999) 7 – 64, 49.

¹⁸⁹ Anzumerken ist, dass *Habermas* seine Konsensustheorie der Wahrheit immer wieder modifiziert hat, vor allem was die Wahrheit von Tatsachenaussagen anbelangt. Hat *Habermas* in seinem Erstentwurf von 1972 die Auffassung vertreten, dass über die Wahrheit deskriptiver Aussagen der Konsens in einem herrschaftsfreien Diskurs entscheidet, hat er in jüngeren Überlegungen in seinen Ansatz Elemente der Korrespondenztheorie integriert (Vgl. *Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit 314 ff, insbes. 318 f). Keine Korrektur hat *Habermas* jedoch hinsichtlich der Richtigkeit normativer Aussagen unternommen: Über ihre Richtigkeit entscheidet weiterhin allein ein diskursiver Prozess.

fach zu richtigen Aussagen erhoben werden könnten.¹⁹⁰ Deshalb lässt die Diskurstheorie nicht jede Übereinstimmung als Konsens gelten, sondern knüpft an diesen als Kriterium für Richtigkeit weitere Bedingungen. *Apel* fordert als Kriterium der Richtigkeit die Erzielung eines Konsensus in einer idealen Kommunikationsgemeinschaft, *Habermas* verfolgt das Modell der idealen Sprechsituation.¹⁹¹ Ideal nennt *Habermas* eine Sprechsituation dann, wenn sie frei von äußeren Einwirkungen und Zwängen ist, was insbesondere durch die symmetrische Verteilung der Chancen für alle Diskursteilnehmer gekennzeichnet ist. Insgesamt müssen ideale Sprechsituationen vier Bedingungen erfüllen:

1. „Alle potentiellen Teilnehmer eines Diskurses müssen die gleiche Chance haben, kommunikative Sprechakte zu verwenden, so dass sie jederzeit Diskurse eröffnen sowie durch Rede und Gegenrede Frage und Antwort perpetuieren können.
2. Alle Diskursteilnehmer müssen die gleiche Chance haben, Deutungen, Behauptungen, Empfehlungen, Erklärungen und Rechtfertigungen aufzustellen und deren Geltungsanspruch zu problematisieren, zu begründen oder zu widerlegen, so dass keine Vormeinung auf Dauer der Thematisierung und der Kritik entzogen bleibt.
3. Zum Diskurs sind nur Sprecher zugelassen, die als Handelnde gleiche Chancen haben, repräsentative Sprechakte zu verwenden, d.h. ihre Einstellungen, Gefühle und Wünsche zum Ausdruck zu bringen. Denn nur das reziproke Zusammenstimmen der Spielräume individueller Äußerungen und das komplementäre Einpendeln von Nähe und Distanz in Handlungszusammenhängen bieten die Garantie dafür, dass die Handeln-

¹⁹⁰ Diesen Fehler begeht unter anderen Vorzeichen die Kohärenztheorie, die bereits allein die Übereinstimmung einer Aussage mit anderen Aussagen als Erfüllung des Kriteriums der Richtigkeit bewertet. Vgl. oben S. 202.

¹⁹¹ Die Idee, Wahrheit als die intersubjektive Anerkennung einer Aussage unter idealen Bedingungen zu definieren, geht auf *Charles Sanders Peirce* zurück. Als wahr kann eine Aussage nach seiner Ansicht dann gelten, wenn sie sich im Rahmen der prinzipiell unbegrenzten Experimentier- und Interpretationsgemeinschaft der Wissenschaftler bewährt. Die Eckpunkte der Peirce'schen Theorie fasst *Apel*, Fallibilismus, Konsensustheorie der Wahrheit und Letztbegründung 115 f, in drei Thesen zusammen:

1. Wahrheit bedeutet immer intersubjektive Gültigkeit. Intersubjektivität bleibt jedoch abstrakt und methodologisch irrelevant, solange man sie lediglich als Identität und Einheit des menschlichen Intellekts oder im Sinne Kants als Voraussetzung eines transzendentalen Bewusstseins des Subjekts versteht.
 2. Der Begriff der intersubjektiven Gültigkeit lässt sich im Gegensatz zum Wahrheitsbegriff der Korrespondenztheorie als regulative Idee einer methodischen Approximation verwenden, wenn man ihn als ideales Ziel möglicher argumentativer Konsensbildung in einer idealen Forschungsgemeinschaft versteht.
 3. Verlangt wird ein Konsens, der durch Argumentation gefunden wird. Es liegt in der Idee der Wissenschaft, dass Wissenschaftler trotz eines vorläufigen, faktischen Konsensus im Sinne eines letzten Konsensus weitere Forschungen betreiben – weshalb der Idee des letzten Konsensus regulative Funktion zukommt.
- Zur Wahrheitstheorie von *Peirce* vgl. auch *Habermas*, Faktizität und Geltung 29 ff.

den auch als Diskursteilnehmer sich selbst gegenüber wahrhaftig sind und ihre innere Natur transparent machen.

4. Zum Diskurs sind nur Sprecher zugelassen, die als Handelnde die gleiche Chance haben, regulative Sprechakte zu verwenden, d.h. zu befehlen und sich zu widersetzen, zu erlauben und zu verbieten, Versprechen zu geben und abzunehmen, Rechenschaft abzulegen und zu verlangen usf. Denn nur die vollständige Reziprozität der Verhaltenserwartungen, die Privilegierung im Sinne einseitig verpflichtender Handlungs- und Bewertungsnormen ausschließen, bieten die Gewähr dafür, dass die formale Gleichverteilung der Chancen, eine Rede zu eröffnen und fortzusetzen, auch faktisch genutzt werden kann, Realitätszwänge zu suspendieren und in den erfahrungsfreien und handlungsentlastenden Kommunikationsbereich des Diskurses überzutreten.“¹⁹²

Dieses Design der idealen Sprechsituation setzt eine Gleichverteilung der Kommunikationsrechte für alle Beteiligten voraus, die Öffentlichkeit und vollständige Inklusion aller Betroffenen, die zeitliche Unbegrenztheit des Diskurses, die vollkommene Gewaltlosigkeit einer Situation, die nur den „zwanglosen Zwang“ des besseren Arguments zum Zug kommen lässt und die Aufrichtigkeit der Äußerung aller Beteiligten.¹⁹³ Diese ideale Sprechsituation wird auch mit dem Schlagwort „herrschaftsfreier Diskurs“ bezeichnet.

Jeder Konsens, der unter den Bedingungen dieser idealisierten Sprechsituation zustande gekommen ist, darf als Kriterium für die Einlösung des Anspruchs auf Richtigkeit gewertet werden. Ein nahe liegender Einwand ist nun, dass eine derart anspruchsvolle Sprechsituation im Alltagsleben nicht angetroffen werden kann, was von den Vertretern der Diskurstheorie unumwunden zugegeben wird. Die ideale Sprechsituation ist damit eine *kontrafaktische Annahme*. Ihre vollständige Herstellung muss daran scheitern, dass Kommunikationsvorgängen der Wirklichkeit schon von vorneherein durch die raumzeitlichen Gegebenheiten sowie der psychischen Belastungssituation der Diskursteilnehmer Grenzen gesetzt sind. Es kann natürlich versucht werden, diese Beschränkungen durch institutionelle Vorkehrungen zu kompensieren, um eine hinreichende Realisierung der Forderungen, die an eine ideale Diskurssituation gestellt sind, zu erreichen. Eine vollständige Umsetzung ist jedoch nicht möglich.¹⁹⁴

¹⁹² Habermas, Wahrheitstheorien 177 f;

¹⁹³ Vgl. Habermas, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende 49.

¹⁹⁴ Vgl. Habermas, Wahrheitstheorien 179; ders., Richtigkeit versus Wahrheit 316.

Worin liegt dann aber der Wert dieser idealen Sprechsituation? *Habermas* kommt hier zu einem interessanten Ergebnis: „Die ideale Sprechsituation ist weder ein empirisches Phänomen noch bloßes Konstrukt, sondern eine in Diskursen unvermeidliche, reziprok vorgenommene Unterstellung.“¹⁹⁵ Auch wenn diese Unterstellung kontrafaktisch ist, so ist sie eine unbedingt erforderliche Voraussetzung, über die zwischen den Gesprächspartnern Einverständnis herrschen muss, wenn Argumenten konsenserzielende Kraft zukommen soll. „Es gehört zu den Argumentationsvoraussetzungen, dass wir im Vollzug der Sprechakte kontrafaktisch so tun, als sei die ideale Sprechsituation nicht bloß fiktiv, sondern wirklich – eben das nennen wir eine Unterstellung.“¹⁹⁶ Die Antwort erscheint paradox: Obwohl *Habermas* eingesteht, dass die ideale Sprechsituation nicht realisiert werden kann, behauptet er zugleich, dass wir nicht darum herumkommen, so zu tun (zu unterstellen), als ob die ideale Sprechsituation verwirklicht wäre. Für diese zunächst abwegig erscheinende These kann er jedoch mit einer starken Begründung aufwarten, indem er die Doppelfunktion der idealen Sprechsituation in ihrem konstitutiven und regulativen Moment aufzeigt.

Die konstitutive Funktion der idealen Sprechsituation liegt darin, dass wir die idealisierten Annahmen unweigerlich als Präsuppositionen voraussetzen müssen, wenn wir einen rationalen Diskurs führen wollen. Es steht uns also nicht frei, auf diese Unterstellung zu verzichten, weil sonst ein Diskurs gar nicht stattfinden würde. Dies beginnt schon beim Eintritt in den Diskurs: Würden wir etwa annehmen, dass es nicht möglich ist, über die Richtigkeit einer rechtlichen Aussage zu entscheiden, oder dass unsere für die Richtigkeit einer Aussage erhobenen Argumente geteilt werden können, hätte es keinen Sinn, ein Gespräch zu beginnen. Genauso setzen wir voraus, dass unsere Gesprächspartner vernünftig sind und bei Verlangen die mit ihren Aussagen verbundenen Geltungsansprüche einlösen können. Also Gründe für die implizit behauptete Richtigkeit einer Aussage angeben können.

Diese idealisierten Annahmen sind daher möglich, weil sich die Ebene des Diskurses von der Handlungsebene, in der Sprechakte z.B. strategisch verwendet werden, abhebt. Das Eintreten in den Diskurs setzt das Heraustreten aus den Handlungskontexten voraus und damit ein Einlassen auf eine gemeinsame reflexive Erörterung von Geltungsansprüchen und der Suche nach einem Konsens. Natürlich kann ein Diskurs auch scheitern, was in der Praxis ja auch häufig passiert. Wir beenden dann das Gespräch, etwa deshalb, weil wir unserem Gesprächs-

¹⁹⁵ *Habermas*, Wahrheitstheorien 180.

¹⁹⁶ Ebd. 181.

partner vorwerfen, sich nicht ernsthaft mit den vorgebrachten Argumenten auseinander zu setzen bzw. „sich nicht auf die Argumentation einzulassen“. Auch wenn tatsächliche Diskurse abgebrochen werden können, so setzen wir in unserer Begründungspraxis dennoch immer das Bild eines idealen Diskurses voraus, in dem wir unsere Geltungsansprüche einlösen können.

Darin liegt die regulative Funktion der idealen Sprechsituation. Im Diskurs selbst können wir nämlich gar nicht anders, als unser kommunikatives Verhalten an jenen idealisierten Voraussetzungen zu orientieren. Das hat mit der Eigenart der Argumentation zu tun: Wir richten unsere Argumente immer gegen andere und nehmen für sie in Anspruch, sie jedem erklären bzw. gegen jedwede Einwände verteidigen zu können. Und setzen in unserer Argumentation aber auch voraus, dass wir jene idealen Bedingungen vorfinden, die es uns ermöglichen, unsere Argumente zu entfalten, um behauptete Geltungsansprüche angemessen einlösen zu können.¹⁹⁷ Damit werden von jedem, der argumentiert, zwei Dinge vorausgesetzt: „Erstens eine *reale Kommunikationsgemeinschaft*, deren Mitglied er selbst durch einen Sozialisationsprozess geworden ist, und zweitens eine *ideale Kommunikationsgemeinschaft*, die prinzipiell imstande sein würde, den Sinn seiner Argumente adäquat zu verstehen und ihre Wahrheit definitiv zu beurteilen.“¹⁹⁸

Im Verhältnis zum realen Diskurs übernimmt der ideale Diskurs eine Leitbildfunktion und gibt uns notwendige Orientierung, wie argumentiert werden soll. „Je enger sich die Bedingungen des realen Diskurses an die Bedingungen eines idealen Diskurses annähern, desto besser begründet sind die Aussagen, die in einem solchen Diskurs gemacht werden.“¹⁹⁹ Die ideale Sprechsituation ist damit ein kritischer Maßstab, „an dem jeder faktisch erzielte Kon-

¹⁹⁷ Dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung 279 f: „Wenn wir einander von etwas überzeugen wollen, verlassen wir uns intuitiv immer schon auf eine Praxis, worin wir eine hinreichende Annäherung an die idealen Bedingungen einer gegen Repression und Ungleichheit in besonderer Weise immunisierten Sprechsituationen unterstellen – eine Sprechsituation, in der Proponenten und Opponenten einen problematisch gewordenen Geltungsanspruch thematisieren und, von Handlungs- und Erfahrungsdruck entlastet, in hypothetischer Einstellung mit Gründen und nur mit Gründen prüfen, ob der vom Proponenten verteidigte Anspruch zurecht besteht. Die grundlegende Intuition, die wir mit dieser Argumentationspraxis verbinden, ist durch die Absicht gekennzeichnet, in einem zwanglosen, aber geregelten Wettbewerb um die besseren Argumente auf der Grundlage der besten Informationen und Gründe für eine strittige Äußerung die Zustimmung eines universalen Auditoriums zu gewinnen.“

¹⁹⁸ *Apel*, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft 429.

¹⁹⁹ *Axel Tschemtscher*, Der Konsensbegriff in Vertrags- und Diskurstheorien, in: *Rechtstheorie* 33/2002, 43 – 59, 58.

sensus auch in Frage gestellt und daraufhin überprüft werden kann, ob er ein hinreichender Indikator für einen begründeten Konsens ist.“²⁰⁰

Apel und *Habermas* haben auf der Grundlage dieser erkenntnistheoretischen Überlegungen eine Diskursethik entwickelt, die davon ausgeht, dass über moralische Fragen vernünftig diskutiert und Einigkeit erzielt werden kann.²⁰¹ Diese Moralphilosophie nimmt starke Anleihen bei der kantianischen Vernunftethik. Ausgangspunkt bildet der kategorische Imperativ in der ersten Fassung: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.“²⁰² Dieser Universalisierungsgrundsatz, der bei *Kant* als Verfahren der Selbstgesetzgebung konstruiert ist, wird im Sinne der Diskurstheorie neu gefasst. Über die Legitimität von praktischen Normen soll nicht ein einzelner entscheiden, indem er sich in die Situation anderer hineinversetzt, sondern alle von diesen Normen möglicherweise Betroffenen: „Jede gültige Norm [muss] der Bedingung genügen, dass die Folgen und Nebenwirkungen, die sich jeweils aus ihrer *allgemeinen* Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines *jeden* Einzelnen (voraussichtlich) ergeben, von *allen* Betroffenen akzeptiert (und den Auswirkungen der bekannten alternativen Regelungsmöglichkeiten vorgezogen) werden können.“²⁰³ Für diese Einigung braucht es ein entsprechendes Forum, und das ist der rationale Diskurs: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“²⁰⁴ Moralisch gerechtfertigt ist also eine Norm nur dann, wenn sie von allen möglicherweise Betroffenen in einem rationalen, d.h. herrschaftsfreien Diskurs anerkannt wird.

Auch für die Diskursethik gilt: In der Lebensrealität lassen sich herrschaftsfreie Diskurse, in denen über moralische Fragen Einigkeit zu erzielen versucht wird, immer nur ansatzweise verwirklichen.²⁰⁵ Trotzdem ist das diskursethische Modell der Normenbegründung nicht wertlos: Es dient als Vorbild für reale Diskurse, die die Erzeugung gerechter Ergebnisse anstreben, und kann als Folie verwendet werden, um die Legitimität von praktischen Normen

²⁰⁰ *Habermas*, Wahrheitstheorie 180.

²⁰¹ Vgl. dazu näher *Apel*, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft; *ders.*, Diskurs und Verantwortung; *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm; *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik; *ders.*, Faktizität und Geltung 135 ff; *ders.*, Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch (1995), in: *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen (1999) 65 – 94.

²⁰² *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten 421.

²⁰³ *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm 75 f.

²⁰⁴ *Habermas*, Faktizität und Geltung 138.

²⁰⁵ *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm 102 f.

kritisch zu reflektieren. Gerade weil moralische Diskurse wegen ihrer Unverbindlichkeit keine entscheidungsorientierten Verfahren sind, also nicht in jedem Fall zu genau einem Ergebnis führen können, kommt der Institutionalisierung von Diskursen zentraler Stellenwert zu.²⁰⁶ Diese Institutionalisierung erfolgt insbesondere durch Verrechtlichungsprozesse. In den institutionalisierten Diskursen bleiben die Bedingungen des idealen Diskurses als Orientierungsfaktor bestehen.

Alexy ist der Frage nachgegangen, wieweit juristische Diskussionen als praktische Diskurse aufzufassen sind. Dabei zählt er unterschiedliche Formen der juristischen Diskussion auf: Die rechtswissenschaftliche Erörterung, die richterliche Beratung, der Disput vor Gericht, die Behandlung juristischer Fragen in Gesetzgebungsorganen, Kommissionen und Ausschüssen, die Diskussion von Rechtsfragen etwa zwischen Studenten, zwischen Juristen oder Studierenden oder die mediale Diskussion von rechtlichen Problemen.²⁰⁷ Manche dieser Diskussionen sind institutionalisiert, wie insbesondere Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungsverfahren, während andere Diskussionen, wie etwa rechtswissenschaftliche Debatten, unter offenen Rahmenbedingungen ablaufen. Trotz ihrer unterschiedlichen Ziele und Strukturen haben all diese Diskussionen das verbindende Element, dass in ihnen (zumindest auch) juristische Argumente mit einem Anspruch auf Richtigkeit verwendet werden.²⁰⁸

Ohne Schwierigkeiten lässt sich die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung wegen ihrer offenen Rahmenbedingungen und ihrer Rationalitätsorientierung als juristischer Diskurs be-

²⁰⁶ Die Diskursethik erhebt den Anspruch, mehr als ein rein virtuelles Modell zu sein. *Habermas* betont nachdrücklich, dass von hoher Wichtigkeit ist, dass für die Begründung von Normen reale Diskurse institutionalisiert werden, die versuchen, die Grundgedanken der Diskursethik umzusetzen. Für ihn „steht und fällt“ die Bedeutung der Diskursethik mit der Durchführung von realen Diskursen. Vgl. *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm 78; nachdrücklich wird dieser Gedanke betont in *ders.*, Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch 80. In welcher Weise eine derartige Institutionalisierung des Diskurses im demokratischen Rechtsstaat möglich ist, hat *Habermas* ausführlich in seinem rechtsphilosophischen Werk „Faktizität und Geltung“ dargelegt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die Diskursethik nicht neue Verfahren des realen Diskurses konstruiert, sondern reale Diskurse diskurstheoretisch zu fundieren versucht. Vgl. *Walter Reese-Schäfer*, Grenzgötter der Moral (1997) 130. Zur Notwendigkeit der Institutionalisierung von praktischen Diskursen siehe auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 350. Erst wenn der Diskurs den Übergang von einem spekulativen Gedankenexperiment zu einer institutionalisierten Auseinandersetzung schafft, können inhaltliche Fragen ernsthaft behandelt werden, weil es ein Forum braucht, um sich über individuelles Erfahrungswissen gegenseitig zu versichern: „Diskurs ist nötig, jedoch nicht nur in der Form eines fiktiven Denkmodells, sondern vor allem in der Form tatsächlich existierender Argumentationsgemeinschaften, bei denen wirkliche Erfahrungen und Überzeugungen über ‚Sachen‘ ausgetauscht werden.“ *Arthur Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989) 30.

²⁰⁷ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 261.

²⁰⁸ *Ebd.* 262.

greifen. Problematischer ist, ob dies auch für rechtliche Verfahren gilt. Dagegen könnte sprechen, dass die Diskussion in rechtlichen Verfahren unter den Beschränkungen einer Verfahrensordnung und unter Zeitdruck stattfindet und dass es den Prozessparteien weniger um die Erreichung eines richtigen Ergebnisses, als um die Durchsetzung ihrer subjektiven Interessen geht. Es lässt sich nicht leugnen, dass die Auseinandersetzung in einem Rechtsverfahren einer anderen Dynamik folgt, als etwa offene rechtswissenschaftliche Erörterungen, die weder unter Zeit- noch Entscheidungsdruck geführt werden. Wesentlich ist aber, dass die Bedingungen der juristischen Argumentation auch in rechtlichen Verfahren nicht außer Kraft gesetzt werden können. Parteien bzw. deren Rechtsanwälte erheben mit ihren Ausführungen den Anspruch auf Richtigkeit, der nur mit Argumenten eingelöst werden kann. Das Entscheidungsorgan fällt unter dem Anspruch auf Richtigkeit eine Entscheidung, die mit rationalen Argumenten begründet wird.²⁰⁹ Es beanspruchen also alle Beteiligten eines rechtlichen Verfahrens, vernünftig zu argumentieren.²¹⁰ „So wollen etwa im Zivilprozess, in der Regel die Parteien einander zwar nicht überzeugen – dies hat sich schon vorher als unmöglich erwiesen –, aber sie beanspruchen doch, so zu reden, dass jeder Vernünftige ihnen zustimmen müsste. Sie geben zumindest vor, dass ihre Argumente so beschaffen sind, dass sie unter idealen Bedingungen Zustimmung finden würden.“²¹¹ Ob im konkreten Fall Argumente tatsächlich vernünftig sind oder aus welchen strategischen Gründen sie vorgebracht werden, kann dahin gestellt bleiben. Wesentlich ist, dass jemand, der in ein rechtliches Verfahren eintritt, grundsätzlich nicht umhin kommt, sich dem Sprachspiel des vernünftigen Argumentierens zu unterwerfen.²¹² Damit wird deutlich, dass auch rechtliche Verfahren als Diskurse in einem weiteren Sinn zu sehen sind, wobei es wichtig ist – hier liegt ein häufiges Missverständnis begründet –, dass die juristische Argumentationstheorie nicht voraussetzt, „dass alle juristischen Dispute als Diskurse im Sinne einer zwanglosen und unbegrenzten Kommunikation anzusehen sind, sondern nur, dass in juristischen Diskursen überhaupt unter dem Anspruch auf Richtigkeit und damit unter Bezugnahme auf ideale Bedingungen diskutiert wird.“²¹³

²⁰⁹ Ebd. 428 f.

²¹⁰ Vgl. *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation 333. Dazu auch *Luhmann*, Recht der Gesellschaft 375.

²¹¹ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 271.

²¹² Selbst wenn sich ein Prozessbeteiligter der Argumentation vollkommen verweigert (vgl. etwa den Strafprozess gegen den Briefbombenattentäter *Franz Fuchs*), bedeutet das nicht, dass in diesem Verfahren keine rationale Argumentation mehr stattfindet, sondern nur, dass er an dieser nicht teilnimmt.

²¹³ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 271. Zu diesem Ergebnis kommt auch *Habermas*: „Die Argumentation vor Gericht unterscheidet sich (...) von allgemeinen praktischen Diskursen durch die Bindung ans geltende Recht, auch durch spezielle Beschränkungen einer Prozessordnung, die dem Erfordernis

Die Besonderheit juristischer Diskurse macht es für *Alexy* notwendig, eine Unterscheidung zu allgemeinen praktischen Diskursen zu treffen: Der juristische Diskurs wird von ihm als ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses aufgefasst, weil in der juristischen Argumentation der Fokus auf normative Fragen des geltenden Rechts und nicht etwa der Moral liegt. Der Kern der Sonderfallthese besteht darin, dass der in juristischen Diskursen erhobene Anspruch auf Richtigkeit sich im Gegensatz zu moralischen Diskursen nicht darauf bezieht, dass die fragliche normative Aussage schlechthin vernünftig bzw. moralisch gerechtfertigt ist, sondern dass diese im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründet werden kann.²¹⁴

Eine zweite Unterscheidung betrifft das Kriterium der Richtigkeit: In allgemein praktischen Diskursen solle eine Entscheidung dann als richtig gelten, wenn über sie unter idealen Sprechbedingungen Konsens erzielt wird. Die Bezugnahme auf einen hypothetischen Konsens als Richtigkeitskriterium schränkt die Anwendung der Diskurstheorie für reale Diskurse ein. *Alexy* modifiziert daher diesen Ansatz und differenziert zwischen einem absoluten und einem relativen Richtigkeitsbegriff. Letzterer knüpft an die Richtigkeit einer Aussage ihre Beweisbarkeit und Begründbarkeit. In dieser Betrachtungsweise ist es denkbar, dass es nicht nur eine einzige richtige Antwort auf eine praktische Frage gibt, sondern mehrere Antworten, die schlüssig begründet und gut bewiesen sind.²¹⁵ Der Begriff der Richtigkeit behält seinen absoluten Charakter nur als regulative Idee: „Als regulative Idee setzt der Begriff der Richtigkeit nicht voraus, dass es auf jede praktische Frage eine richtige Antwort bereits gibt, die es nur aufzufinden gilt. Vielmehr erhält die einzig richtige Antwort den Charakter eines anzustrebenden Ziels. Die Teilnehmer eines praktischen Diskurses müssen unabhängig davon, ob eine einzige richtige Antwort existiert, den Anspruch erheben, dass ihre Antwort die einzige

einer autorisierten Entscheidung und der Erfolgsorientierung der streitenden Parteien Rechnung tragen. Gleichwohl enthält die Argumentation vor Gericht wesentliche Elemente, die nur nach dem Modell der moralischen Argumentation, überhaupt der Diskussion über die Richtigkeit normativer Aussagen erfasst werden können. Deshalb verlangen alle Argumentationen, ob sie sich nun auf Fragen des Rechts und der Moral oder auf wissenschaftliche Hypothesen oder Kunstwerke beziehen, dieselbe grundlegende Organisationsform der kooperativen Wahrheitssuche, die die Mittel der Eristik dem Ziel unterordnet, intersubjektive Überzeugungen kraft besserer Argumente herauszubilden.“ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns I 61 f.

²¹⁴ Ebd. 263 ff. Die „Sonderfallthese“ ist nicht unumstritten, vgl. dazu etwa die Kritik von *Kaufmann*, Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft 272 f, und die Entgegnung von *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 426 ff.

²¹⁵ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 412 ff; *Neumann*, Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation 245 ff.

richtige ist. Andernfalls wären ihre Behauptungen und Begründungen sinnlos.“²¹⁶ Geht es allerdings darum, in juristischen Diskursen zu überprüfen, ob eine Entscheidung richtig ist, kann dies nur auf dem Weg einer relativen Richtigkeitskontrolle erfolgen. Für den juristischen Diskurs legt *Alexy* ein umfangreiches Regelwerk fest, das dessen Rationalität sicherstellen soll. Werden diese Regeln eingehalten, so wird in einem juristischen Diskurs rational argumentiert und das Ergebnis des Diskurses kann Richtigkeit für sich beanspruchen.²¹⁷ Das Kriterium der Richtigkeit in juristischen Diskursen ist also nicht der Konsens, sondern die Einhaltung der Diskursregeln.

Diese Regeln lassen sich in drei Gruppen unterteilen, wobei die ersten zwei Gruppen für alle praktischen Diskurse, die dritte Gruppe jedoch nur für juristische Diskurse gilt: Die erste Gruppe umfasst die Gesamtheit aller Regeln, die die Struktur der normativen Argumentation betreffen, wie etwa Widerspruchsfreiheit, sprachlich-begriffliche Klarheit, Wahrheit der empirischen Prämissen, deduktive Vollständigkeit der Argumente, Berücksichtigung der Folgen, Abwägung, Vornahme eines Rollentausches, etc.²¹⁸ Werden diese Regeln befolgt, argumentiert jemand in einem praktischen Diskurs rational.

Die zweite Gruppe bezeichnet die Regeln, deren Gegenstand die Prozedur des Diskurses ist und die die nicht-monologische Begründung von Normen gewährleisten soll. Hier nimmt *Alexy* auf die Konzeption der idealen Sprechsituation Bezug. Die wichtigsten dieser Regeln lauten:

1. Jeder, der sprechen kann, darf an Diskursen teilnehmen.
2. a) Jeder darf jede Behauptung in Frage stellen.
b) Jeder darf seine Behauptungen in den Diskurs einführen.
c) Jeder darf seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern.

²¹⁶ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 414; So auch Neumann, Theorie der juristischen Argumentation 342: „Das Modell der einzigen richtigen Entscheidung fungiert in weiten Bereichen der Rechtspraxis als eine unverzichtbare *regulative Idee*. Aus der internen Perspektive des Richters kann es nur eine richtige Entscheidung geben; aus der externen des Rechtsphilosophen handelt es sich um eine kontrafaktische Unterstellung.“

²¹⁷ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 357; *ders.*, Die juristische Argumentation als Diskurs 117;

²¹⁸ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 234 ff. *ders.*, Die juristische Argumentation als Diskurs 118.

3. Kein Sprecher darf durch innerhalb oder außerhalb des Diskurses herrschenden Zwang daran gehindert werden, seine in (1.) und (2.) festgelegten Rechte wahrzunehmen.²¹⁹

In einer dritten Gruppe versucht *Alexy* die traditionellen juristischen Methoden (Auslegungsregeln, Präjudizienverwertung, Berücksichtigung der Dogmatik, Analogieschluss, etc.) in seine Theorie zu integrieren.²²⁰ Diese Gruppe soll jene Regeln (Argumente) bezeichnen, mit Hilfe derer eine rechtliche Entscheidung zu begründen ist. Es handelt sich dabei also um die Regeln der juristischen Argumentation. Es ist fraglich, ob es sinnvoll ist, für die juristische Argumentation ein starres System von zulässigen Regeln und Argumentationsformen festzulegen. Es scheint, dass *Alexy* hier ein Zugeständnis an die klassische Methodenlehre macht. Ich halte diese Einschränkung für nicht sinnvoll. In einem juristischen Diskurs gelten zwar die ersten zwei Gruppen von Diskursregeln, jedoch kann zur Begründung einer rechtlichen Aussage auf *jedes* Argument zurückgegriffen werden, das geeignet scheint, den jeweiligen Standpunkt zu unterstützen.²²¹ Ob ein Argument Überzeugungskraft hat oder nicht, hängt dann nicht von seiner Zugehörigkeit zu einem Methodenkanon ab (worüber es ohnehin keine Einigkeit gibt), sondern ob es von den anderen Diskursteilnehmern anerkannt wird. Diese Öffnung der juristischen Argumentation bringt keinen Verlust an Rationalität – im Gegenteil: Wenn die Gültigkeit von Argumenten nur noch nach ihrer Überzeugungskraft beurteilt wird, ist damit die Forderung nach einer besonders sorgfältigen Auseinandersetzung mit sämtlichen in Betracht kommenden Prämissen, Fakten, Aussagen, Schlussfolgerungen, Behauptungen, kritischen Reflexionen, etc. notwendig. Dagegen darf es in einem rationalen juristischen Diskurs weder Methodenzwang noch Denk- oder Frageverbote geben.²²²

²¹⁹ *Alexy*, Die juristische Argumentation als Diskurs 118. Vgl. ferner *Habermas*, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm 99.

²²⁰ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 273 ff.

²²¹ Die Auffassung, dass es keinen festliegenden Bestand von Argumentationsregeln gibt, wird auch von *Ulfrid Neumann*, Juristische Methodenlehre und Theorie der Juristischen Argumentation, Rechtstheorie 32/2001, 239 – 255, 241, vertreten. Ebenso *Esser*, Vorverständnis 173, der der Meinung ist, dass im juristischen Diskurs alle Argumente vorgebracht werden sollen, die tragende rationale Gründe für die Begründung einer Entscheidung sind: „Hierhin gehören alle Argumente aus der Natur der Sache, aus der Zumutbarkeit, aus der nachweislichen Notwendigkeit einer Regelung bei Meidung eines unleugbaren Misserfolgs oder Fehldirigierens, kurz eben die Argumente, welche aus der Sache selbst an die Richtigkeit der Entscheidung herangetragen werden.“ So auch die Auffassung von *Kaufmann*, Rechtswissenschaftliche Erkenntnis 157: „Rechtsfindung bedeutet zuerst und vor allem richtiges Argumentieren im offenen System. (...) die Zahl der möglichen Argumente [ist] nicht, wie das manche Methodenlehrer bin in unsere Tage behaupten, begrenzt, sondern grundsätzlich unbegrenzt.“

²²² Vgl. *Funk*, Abbildungs- und Steuerungsleistung in der Rechtswissenschaft 121.

Der idealisierende Zug der Diskurstheorie findet sich auch in der adaptierten Konzeption des rationalen juristischen Diskurses. Die Diskursregeln für die juristische Argumentation haben zum Teil einen idealen Charakter und können nur approximativ erfüllt werden. Ihre Bedeutung liegt in ihrer regulativen Funktion – sie bilden einen vorbildhaften Bezugspunkt, wie reale juristische Diskurse ausgestaltet sein sollen, damit diese den Anspruch der Rationalität für sich erheben können. Für rechtliche Verfahren bedeutet das: Je eher Verfahrensbestimmungen den idealisierten Diskursbedingungen entsprechen, desto eher wird in einem Verfahren eine richtige Entscheidung getroffen.²²³

Trotzdem der absolute Richtigkeitsanspruch von der juristischen Diskurstheorie zu einem Kriterium der Rechtfertigung qua Begründung und Regeleinhaltung relativiert werden muss, ist dem diskurstheoretischen Modell gegenüber dem deduktiven oder hermeneutischen Modell aus mehreren Gründen der Vorzug einzuräumen:

Das diskursive Modell ist am besten dazu geeignet, die Wirklichkeit der rechtswissenschaftlichen oder rechtsanwendenden Tätigkeit zu beschreiben. Die Erkenntnis des geltenden Rechts kann nicht verkürzt werden auf logische Operationen oder hermeneutische Verständnisprozesse, sondern erfolgt in kommunikativen Prozessen. Die Feststellung dessen, was rechtens ist, ist ohne argumentierendes Erwägen nicht möglich.²²⁴ Treffend lässt sich das rechtliche System daher als eine Vielzahl von juristischen Diskursen beschreiben, die teilweise institutionalisiert sind, teilweise unter weniger institutionalisierten Bedingungen ablaufen.

²²³ „Juristische Verfahren lassen sich sinnvoll als reale Diskurse begreifen. Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln können dann so formuliert werden, dass sie der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen folgen.“ Axel Tschentscher, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit* (1999) 347.

²²⁴ Vgl. Alexy, *Die juristische Argumentation als Diskurs* 120; Struck, *Theorie juristischer Argumentation* 15 ff.; Zippelius, *Rechtsphilosophie* 262 ff. Die abwägende Argumentation kann als Diskurs begriffen werden, wie der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof feststellt: „Die Auslegung (...) hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.“ BVerfGE 82, 38 f. In die gleiche Richtung gehend Funk, *Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln* 71: „Als eines von vielen gesellschaftlichen Steuerungssystemen für das Verhalten von Menschen begegnet uns das Recht nicht als eine Welt von selbständig existenten Normen, sondern als ein Komplex von Wechselbeziehungen zwischen Norminhaltsvorstellungen und Richtigkeitsüberzeugungen, die im Wege eines Diskurses erkannt und gestaltet werden.“

Das Anliegen der juristischen Argumentationstheorie liegt weniger darin, zu beschreiben, welche Argumente im juristischen Diskurs verwendet werden²²⁵, sondern sie will als normative Theorie Regeln dafür angeben, wie in einem juristischen Diskurs Rationalität hergestellt werden kann und unter welchen Bedingungen ein Ergebnis als richtig anzusehen ist. Ihre Stärke liegt darin, dass sie nicht bloß für die Erzeugung von Normen, sondern auch für ihre Anwendung eine theoretische Grundlage bieten kann. Erst wenn Rechtserkenntnis als juristischer Diskurs begriffen wird, ist es möglich, Richtigkeit als Intersubjektivität zu verstehen und den Begründungssolipsismus des deduktiven bzw. hermeneutischen Modells zu überwinden. Dem Offenheitsbereich des Rechts wird dadurch Rechnung getragen, dass im juristischen Diskurs sämtliche Argumente vorgebracht werden können, die geeignet sind, zur Beantwortung von rechtlichen Fragestellungen beizutragen.²²⁶ Damit verbunden ist die Forderung, dass jeder Standpunkt rational begründet werden muss, wobei es weniger um die methodische Fundierung eines Arguments, als um seine allgemeine Überzeugungskraft geht. Stärker als im deduktiven oder hermeneutischen Modell fordert das diskurstheoretische Modell daher eine nachvollziehbare Begründung für rechtliche Aussagen ein. Die Rechtserkenntnis wird als ein Prozess verstanden, der versucht, sich der regulativen Idee einer absoluten Richtigkeit anzunähern, oftmals auch dadurch, indem erkannt wird, welche Antworten als falsch zu verwerfen sind. Der Fortschritt in der Rechtswissenschaft und in der Judikatur kann auf diese Weise plausibel erklärt werden.

Die juristische Diskurstheorie bietet auch einen Lösungsansatz für das Problem der Gesetzesbindung in der Rechtsanwendung. Wie wir gesehen haben, kann die idealisierte Vorstellung der liberalen Gewaltenteilungslehre, die die Funktion eines Richters darauf beschränkt, rein auf Grundlage des geltenden Rechts subsumtionslogisch seine Urteile zu fällen und sich dabei jeglicher persönlichen Wertung zu enthalten, in modernen Rechtssystemen nicht aufrecht erhalten werden.²²⁷ Rechtsanwendung ist in einem gewissen Sinn immer auch Rechtsschöpfung. Rechtliche Verfahren haben daher nicht bloß den Charakter eines Anwendungsdiskur-

²²⁵ Zur empirischen Argumentationstheorie vgl. *Jochen Schneider/Ulrich Schroth*, Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung, in: Arthur Kaufmann et al., Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart⁶ (1994) 470 – 503; 486 f.

²²⁶ „Der juristische Diskurs [kann] sich nicht selbstgenügsam in einem hermeneutisch abgeschlossenen Universum des geltenden Rechts bewegen, sondern muss sich gegenüber Argumenten anderer Herkunft, insbesondere gegenüber den im Gesetzgebungsprozess zur Geltung gebrachten und im Legitimitätsanspruch von Rechtsnormen gebündelten pragmatischen, ethischen und moralischen Gründen offen halten.“ *Habermas*, Faktizität und Geltung 282.

²²⁷ Vgl. oben S. 195 f.

ses, sondern auch eines Begründungsdiskurses.²²⁸ Damit zeigt sich die demokratiepolitische Notwendigkeit, Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die von der Rechtsanwendung erzeugten Normen Legitimität für sich beanspruchen können. Dies kann durch die Verankerung von Verfahrensregeln geschehen, die die Rationalität des Verfahrens und die Richtigkeit der Entscheidung sicherzustellen versuchen. Der Zusammenhang zwischen der Richtigkeit einer Entscheidung und der Fairness von Verfahrensbestimmungen ist damit hergestellt. Das Problem des Gesetzbindungspostulats ist damit zwar nicht gelöst, jedoch entschärft. Insbesondere dann, wenn man rechtliche Anwendungsverfahren nicht als abgeschlossene juristische Diskurse, sondern als Teile eines allgemeinen juristischen Diskurses versteht, die mit den Diskursen der Gesetzgebung, der Rechtswissenschaft, der Öffentlichkeit, den Medien, etc in Verbindung und Wechselwirkung stehen.

Die juristische Argumentationstheorie gibt zwar Regeln für den rationalen juristischen Diskurs an, kann aber genauso wie andere Theorien kein Verfahren anbieten, wie sicher entschieden werden kann, ob eine bestimmte rechtliche Aussage richtig oder falsch ist. Letztlich muss sich das argumentative Modell darauf verlassen, dass Argumente aufgrund ihrer Überzeugungskraft (des „zwanglosen Zwangs“ des besseren Arguments) anerkannt werden und die Richtigkeit einer Aussage in ihrer schlüssigen Rechtfertigung liegt. Ob die in realen juristischen Diskursen begründeten Normen richtig sind, kann daher nicht einwandfrei festgestellt werden. Darin liegt eindeutig ein Schwachpunkt der Diskurstheorie. Dass diesem Modell vor anderen Modellen dennoch der Vorzug einzuräumen ist, begründet *Alexy* pragmatisch: „Ein besseres Verfahren der Normenbegründung als das des Diskurses ist m. E. nicht in Sicht. Man kann zwar eine Alles-oder-Nichts-Haltung einnehmen und die notwendigen Schwächen des praktischen Begründens zum Anlass nehmen, für die eine irrationalistische, subjektivistische oder dezisionistische Moraltheorie einzutreten. Das wäre aber ein Realitätsverzicht, der erstens nicht notwendig ist und für den es zweitens keine guten Gründe gibt.“²²⁹

3.4 Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Nach den bisherigen Untersuchungen zeigt sich folgendes Bild: Die Notwendigkeit eines Verwaltungsverfahrens zur Realisierung des materiellen Verwaltungsrechts steht außer Frage.

²²⁸ „Der Diskurs des Richters, der ein schon bestehendes – und fallbezogen spezifiziertes – Recht anwendet, galt als Vorbild für unparteiliches Urteilen. Von diesem Modell muss sich aber der Begriff der Unparteilichkeit lösen, sobald die anzuwendenden Normen selbst einer Begründung bedürfen. Damit differenzieren sich die Stufen der Normbegründung und Normanwendung voneinander.“ *Habermas*, Richtigkeit versus Wahrheit 332. Vgl. ferner *Habermas*, Faktizität und Geltung 530.

²²⁹ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 416 f.

Das Verwaltungsverfahren wird unter dem Anspruch der Richtigkeit durchgeführt. Das bedeutet, dass der „wahre“ Sachverhalt festzustellen ist (Grundsatz der materiellen Wahrheit) und die dem Rechtsfall zugrunde liegenden Rechtsfragen richtig zu beantworten sind. In welcher Weise der Sachverhalt aufzuklären ist, hängt von der Eigenart der Verwaltungsmaterie ab. Eine Festlegung des Verfahrens der Tatsachenfeststellung ist daher weder möglich noch sinnvoll. Vielmehr können alle Beweise vorgebracht werden, die zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich sind (§ 46 AVG). Beweise können als Argumente angesehen werden, die für oder gegen einen bestimmten Sachverhalt sprechen. Die zweite Gruppe von Argumenten, die in einem Verwaltungsverfahren vorgebracht werden, sind rechtliche Argumente. Sie geben an, wie ein Fall auf der Grundlage der geltenden Rechtsordnung zu entscheiden ist. Der rechtlichen Argumentation geht grundsätzlich ein hermeneutischer Prozess der Normenauslegung voraus. Die vorgebrachten Argumente sind mit Geltungsansprüchen verbunden. Auf den Sachverhalt bezogene Argumente erheben den Anspruch, dass die von ihnen genannten Tatsachen wahr sind, während die auf die Rechtsfrage bezogenen Argumente den Anspruch auf Richtigkeit erheben. Die Argumentation erfolgt unter dem Postulat der Rationalität, weil die Teilnehmer an einem Verwaltungsverfahren den Anspruch erheben, dass ihre Argumente so beschaffen sind, dass jeder Vernünftige ihnen zustimmen würde.

Die argumentative Struktur des Verwaltungsverfahrens weist es als einen institutionalisierten rechtlichen Diskurs aus. Dabei ist es unerheblich, ob die Argumentation mündlich, oder wie im Verwaltungsverfahren häufiger, schriftlich erfolgt. *Das Ziel des als Diskurs verstandenen Verwaltungsverfahrens ist es, unter Einbeziehung der Betroffenen in einer rationalen Abwägung aller in Betracht kommenden Argumente die richtige Entscheidung zu erzeugen. Richtig ist eine Entscheidung genau dann, wenn sie das Ergebnis eines rationalen juristischen Diskurses ist.* Dabei ist es wichtig zu betonen, dass der Anspruch auf Erzeugung der einzigen richtigen Entscheidung ein unverzichtbarer Orientierungspunkt für die juristische Argumentation ist, bei dem es sich jedoch um eine regulative Idee handelt. Dies deshalb, weil die Bedingungen des rationalen rechtlichen Diskurses einen zum Teil idealen Charakter haben und nur approximativ erfüllt werden können. *Die absolute Richtigkeit von Entscheidungen lässt sich in realen rechtlichen Diskursen daher nicht erzielen. In einem pragmatischen Verständnis kann die Entscheidung eines Verwaltungsverfahrens jedoch den Anspruch der Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen, wenn sie sich auf eine gerechtfertigte Begründung und die Einhal-*

tung von rechtsstaatlichen Verfahrensregeln, die an den Bedingungen eines idealen Diskurses ausgerichtet sind, stützen kann.

Mit dieser Interpretation ist der Zusammenhang zwischen institutionellen Verfahrensgarantien und der Entscheidungsrichtigkeit in einem Verwaltungsverfahren hergestellt. Ob eine Entscheidung als richtig qualifiziert werden kann, hängt davon ab, wie ein Verwaltungsverfahren ausgestaltet ist. Die Rückkoppelung der Entscheidungsrichtigkeit an die Programmierung des Verfahrens wird auch vom VfGH vertreten, wenn er fordert, dass ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren in der Weise gestaltet sein muss, dass es gewährleistet ist, letztlich zu einem rechtlich richtigen Ergebnis zu kommen.²³⁰ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Art und Weise des Verfahrensablaufs nicht bloß für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes bedeutsam ist, sondern auch für die Erörterung der Rechtsfragen. Während es außer Streit steht, dass die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung von Verfahrensgarantien wie etwa den Grundsätzen des Parteienghört und der freien Beweiswürdigung abhängig ist, übersehen Vertreter des deduktiven und hermeneutischen Modells, dass dies genauso für die Richtigkeit der rechtlichen Aussagen gilt. Und zwar nicht nur deshalb, weil die richtige Beantwortung von Rechtsfragen von einer korrekten Sachverhaltsklärung abhängt (eine richtige Aussage kann nur aus richtigen Prämissen gefolgert werden), sondern weil über die Richtigkeit von Rechtsfragen nur in einer diskursiven Auseinandersetzung entschieden werden kann. In einem besonderen Ausmaß gilt dies für Verfahren, die anspruchsvolle Begründungsdiskurse zum Inhalt haben.²³¹ Wer in der Begründung einer rechtlichen Aussage mehr sieht, als den monologischen Anwendungsakt des Entscheidungsorgans, der kommt nicht umhin, dem Kriterium der Richtigkeit in einer intersubjektiven Lesart eine prozedurale Fassung zu geben.

Im Vordergrund steht nun die Frage, welche Verfahrensbestimmungen die Richtigkeit einer Entscheidung absichern können. Bezugspunkt bilden dabei die idealen Bedingungen eines praktischen Diskurses, die als regulative Idee dafür dienen, wie reale juristische Verfahren ausgestaltet werden können. Wir können uns dabei an den Diskurstheorien von *Habermas*

²³⁰ VfSlg. 17.340/2004 S. 150.

²³¹ Eine besonders wichtige Rolle kommt der „Legitimation durch Verfahren“ in Verwaltungsbereichen zu, in denen rechtliche Anordnungen weniger durch Konditionalnormen als durch Finalnormen getroffen werden. Die inhaltliche Rechtsrichtigkeit soll in finalprogrammierten Verwaltungsmaterien durch Verfahrensbestimmungen gesichert werden, was insbesondere durch die Partizipation der Entscheidungsbetroffenen und die Einbindung von Sachverständigen erreicht werden soll. Auch der Ausbau von Kontrollmechanismen spielt eine wesentliche Rolle, wie *Adamovich/Funk/Holzinger*, Grundlagen 174, feststellen. Damit kann gesagt werden: „Das Prinzip der Legitimation durch Verfahren entspricht der Herbeiführung von Entscheidungsrichtigkeit im Wege des Diskurses.“

und *Alexy* orientieren. Im Kontext der Institutionalisierung rechtlicher Verfahren können drei Gruppen von Regeln erkannt werden, die für die Richtigkeit einer Entscheidung bürgen sollen:

- (a) Regeln, die die Teilnahme jener Personen gewähren, die von der Entscheidung betroffen sind.
- (b) Regeln, die den am Verfahren teilnehmenden Personen Kommunikations- und Informationsrechte einräumen.
- (c) Regeln, die die rationale Entscheidung und die Kontrolle dieser sicherstellen.

Es wird im Folgenden darum gehen, die Umsetzung dieser Regeln für das Verwaltungsverfahren nachzuvollziehen. Dabei können wir auf die Ergebnisse des Zweiten und Dritten Teils zurückgreifen. Das AVG kann als Normierung eines rechtsstaatlichen Verfahrenssystems qualifiziert werden, das rationale Entscheidungsregeln sowie Teilnahme-, Kommunikations- und Informationsrechte kennt.²³² Dass diese Regeln zu den Mindeststandards eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens gehören, steht in der Judikatur und Literatur weitgehend außer Streit.²³³ Hier soll der Versuch unternommen werden, vor dem Hintergrund der juristischen Argumentations- und Diskurstheorie diese Regeln zu identifizieren und erstens ihre Funktion für die Richtigkeit einer Entscheidung zu begründen, womit zweitens auch ihre Geltung nachgewiesen wäre. Es geht also nicht darum, neue Verfahrensbestimmungen zu ersinnen, die die Richtigkeit eines Verwaltungsverfahrens absichern, sondern für die bestehenden Verfahrensbestimmungen durch ihre diskurstheoretische Deutung eine tragfähige Begründung zu finden.

a) Teilnahmerechte

Das Recht auf Teilnahme am Diskurs kann aus diskurstheoretischer Sicht zweifach argumentiert werden: Erstens hat jede Person das Recht, einen Diskurs zu eröffnen, und zweitens muss jeder Person die Möglichkeit der Diskursteilnahme eingeräumt werden, wenn sie vom Ergebnis des Diskurses betroffen ist. Nur dann ist eine Entscheidung legitim. Die Inanspruchnahme des Teilnahmerechts darf nicht durch Zwang verhindert werden.

²³² Vgl. oben S. 52 ff.

²³³ Zu den Mindeststandards des fairen Verwaltungsverfahrens siehe *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren – siehe dazu ausführlich oben S. 107, FN 176.

Die Einräumung von Teilnahmerechten im Verwaltungsverfahren ergibt sich bereits aus technischen Gründen, weil keine Behörde ein Verfahren mit sich selbst durchführen kann. Erst wenn die behördliche Tätigkeit eine Beziehung zu einer Person herstellt, entsteht ein Verfahrensverhältnis. Jedes Verfahren setzt damit zumindest die Beteiligung einer Person voraus.²³⁴ Im AVG ist die Teilnahme am Verwaltungsverfahren in § 8 geregelt, wobei zwischen *Beteiligten und Parteien* unterschieden wird: Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, sind Beteiligte und, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien. Ob jemand Partei oder Beteiligter ist, ist von entscheidender Bedeutung, weil nur mit der Parteistellung zentrale Verfahrensrechte, wie insbesondere auf Akteneinsicht, Parteiengehör und Einbringung eines Rechtsmittels, verbunden sind.²³⁵ Eine aktive Teilnahme am Verwaltungsverfahren ist damit nur Parteien möglich. Aus dem Kriterium der Richtigkeit ergibt sich ein starker Anspruch auf Einräumung der Parteistellung, weil andernfalls Kommunikations-, Informations- und Rechtsmittelrechte nicht genützt werden können, was die Wahrscheinlichkeit eines unrichtigen Bescheides erhöhen würde. Dieser Anspruch ist materiell zu verstehen und geht über die technische Notwendigkeit hinaus, einer Person in irgendeiner Weise die Beteiligung am Verfahren zu ermöglichen.

Zurückzuweisen ist die Ansicht des VfGH, wonach es weitgehend dem materiellrechtlichen Gesetzgeber überlassen bleibt, ob Betroffenen in einem Verfahren Partei- oder nur Beteiligtenstellung zukommen soll, und dass nur in besonders krassen Fällen das Sachlichkeitsgebot zur Einräumung einer Parteistellung verpflichtet.²³⁶ Zutreffend geht die Mehrheit der Lehre davon aus, dass einer Person Parteistellung einzuräumen ist, wenn sie ein nachvollziehbares Interesse an einer Entscheidung geltend machen kann bzw. von einer Entscheidung betroffen ist.²³⁷ Wann ein solches nachvollziehbares Interesse vorliegt, kann schwierig zu beurteilen sein. Es gilt allerdings die „rechtsstaatliche Zweifelsregel“, dass eine Norm des objektiven Rechts im Zweifelsfall so zu interpretieren ist, dass sie eine subjektive Berechtigung enthält, also im Zweifelsfall einem Betroffenen Parteistellung einzuräumen ist.²³⁸

²³⁴ Vgl. oben S. 170 ff.

²³⁵ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 82; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 114.

²³⁶ Vgl. ausführlich oben S. 80 f.

²³⁷ Vgl. dazu näher oben S. 118 ff.

²³⁸ Vgl. *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 299 ff; *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 308; *Stolzlechner*, Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz-BVG 672 f, 681; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 83, *ders.*, Verwaltungsakt 53 f.

Mit dem Recht auf Verfahrensteilnahme ist das *Recht* verbunden, *sich in einem Verfahren vertreten zu lassen*. Damit soll gewährleistet werden, dass Beteiligte, die nicht über das erforderliche Rechts- oder Fachwissen verfügen, dritte Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen betrauen können. Andernfalls könnten Parteien die ihnen zustehenden Kommunikationsrechte nicht wirksam wahrnehmen. Die Bevollmächtigung eines Vertreters ist in § 10 AVG normiert. Im Gegensatz zu anderen Verfahrensordnungen (ZPO, StPO) kennt das AVG keine Rechtsanwaltpflicht²³⁹, womit Verfahrensbeteiligte erstens ihre Interessen in allen Belangen des administrativen Verwaltungsverfahrens selbst vertreten oder zweitens jede eigenberechtigte natürliche Person, sämtliche juristischen Personen sowie handelsrechtliche Personen- und eingetragene Erwerbsgesellschaften mit ihrer Vertretung betrauen können.

Das Fehlen eines Anwaltszwanges im AVG ist positiv zu beurteilen: Den Verfahrensbeteiligten entstehen geringere Kosten als in einem Zivil- oder Strafprozess, da sie Verfahrenshandlungen – gegebenenfalls nach entsprechender Anleitung durch die Behörde – entweder selbst setzen können oder auf die (kostenlose) Unterstützung/Vertretung von gemeinnützigen Organisationen oder Interessensverbänden zurückgreifen können.²⁴⁰ Häufig ist es allerdings aufgrund der Komplexität der Rechtsfragen unumgänglich, einen Rechtsanwalt mit der Vertretung in einem Verwaltungsverfahren zu betrauen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass das AVG keine Verfahrenshilfe kennt.²⁴¹ Dies kann dazu führen, dass Verfahrensbeteiligte ihre Rechte und Interessen nicht ausreichend wahrnehmen können, wenn sie sich eine anwaltliche Vertretung finanziell nicht leisten können. Dies widerspricht dem Grundgedanken, dass jeder Teilnehmer an einem Verfahren gleich behandelt werden soll, d.h. dieselbe Möglichkeiten haben soll, seine Rechte und Interessen unabhängig von seiner sozialen Herkunft und seinen finanziellen Hintergründen geltend zu machen. Zur Absicherung der Entscheidungsrichtigkeit kann es deshalb nach dem Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungs-

²³⁹ Vgl. *Johannes Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*³ (2005) Rz 110. Zur Rechtsanwaltpflicht vgl. für den Strafprozess: *Stefan Seiler*, *Strafprozessrecht*⁸ (2006) Rz 220 ff; für den Zivilprozess: *Walter Rechberger/Daphne-Ariane Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*⁶ (2003) Rz 242 ff.

²⁴⁰ Dies ist in der Praxis z.B. in sozialrechtlichen Verfahren (ASVG, Sozialhilfe, Pflegschaftsgeld, etc.), in fremden- und asylrechtlichen Verfahren (NAG, FPG, AsylG, AuslBG, StbG) oder auch bei verkehrsrechtlichen Angelegenheiten der Fall.

²⁴¹ Ein Recht auf Verfahrenshilfe besteht im Verwaltungsrecht lediglich im Verwaltungsstrafverfahren, wo gem. § 51a VStG im Berufungsverfahren vor den UVS dem Beschuldigten auf Antrag ein Verfahrenshilfeverteidiger bestellt werden kann, wenn dies für eine zweckentsprechende Verteidigung erforderlich ist, der Beschuldigte jedoch nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, um einen Verteidiger selbst zu bezahlen.

verfahrens geboten sein, in bestimmten Verwaltungsmaterien abweichend von den generellen Bestimmungen des AVG das Institut der Verfahrenshilfe als Sonderverfahrensbestimmung zu normieren.

b) Kommunikations- und Informationsrechte

Eng mit dem Recht auf Teilnahme an einem rechtlichen Diskurs sind Kommunikations- und Informationsrechte verbunden. Erst indem Verfahrensbeteiligten Kommunikations- und Informationsrechte zugestanden werden, werden sie in das Verfahrensgeschehen integriert, das Teilnahmerecht allein ist dafür zu wenig. Nach der Diskurstheorie hat jeder Diskursteilnehmer das Recht, seine Behauptungen in den Diskurs einzuführen und zu anderen Behauptungen Stellung zu beziehen bzw. diese in Frage zu stellen.

Die Rahmenbedingungen für die Kommunikation in einem Verwaltungsverfahren unterscheiden sich in zentralen Punkten vom Design eines idealen Diskurses: Die Macht ist im Verwaltungsverfahren institutionell nicht gleich, sondern asymmetrisch zugunsten der entscheidenden Behörde verteilt. Die Auseinandersetzung steht unter Zeit- und Entscheidungsdruck. Das Ergebnis eines Verfahrens basiert nicht auf Konsens, sondern auf der Entscheidung einer einzelnen Person bzw. weniger in einem Senat zusammengeschlüssener Entscheidungsorgane. Eine Entscheidung muss auch dann getroffen werden, wenn Dissens über Rechts- und Tatsachenfragen besteht. Die Argumentation findet unter der Einschränkung statt, dass nicht argumentiert werden kann, welches Ergebnis schlechthin als gerecht empfunden wird, sondern nur, welches Ergebnis im Rahmen der geltenden Rechtsordnung gerechtfertigt ist.²⁴²

Trotz dieser Unterschiede bietet das diskurstheoretische Modell wichtige Ansätze, die für die Erklärung der Zusammenhänge zwischen der Entscheidungsrichtigkeit und den Kommunikations- und Informationsrechten in einem rechtlichen Verfahren herangezogen werden können. Auch wenn wir in vielen Fällen nicht sicher sagen können, was die einzige richtige Entscheidung in einem Rechtsfall ist, so ist es dennoch wichtig, sich um die Herstellung von Richtigkeit zu bemühen. Diese Auseinandersetzung um die Richtigkeit kann nur verbal erfolgen. Ein Forum dafür ist das rechtliche Verfahren. Die den Verfahrensbeteiligten eingeräumten Kommunikations- und Informationsrechte gewähren deren Inklusion in das Verfahren und ermög-

²⁴² Vgl. zu den Unterschieden zwischen dem rationalen Diskurs unter den Bedingungen einer idealen Sprechsituation und den Bedingungen eines rechtlichen Verfahrens *Arthur Kaufmann*, Lässt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen? (1989), in: Arthur Kaufmann, Über Gerechtigkeit (1993) 425 – 434; *Roland Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit (1992) 186 ff.

lichen ihnen Mitwirkung an der Herstellung des Falles und an der Erörterung der Rechtsfragen.²⁴³

Die Kommunikations- und Informationsrechte sind im AVG in verschiedenen Bestimmungen normiert. Von zentraler Bedeutung ist das *Recht auf Parteiengehör*: Gem. § 37 AVG besteht der Zweck des Ermittlungsverfahrens darin, den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben. Das Recht auf Gehör gilt als tragender Grundsatz für das gesamte Ermittlungsverfahren. Im Beweisverfahren wird dieser Grundsatz präzisiert, indem Parteien die Gelegenheit zu geben ist, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu – innerhalb angemessener Frist – Stellung zu nehmen (§ 45 Abs. 3 AVG).²⁴⁴ Das Recht auf Parteiengehör ist ein fundamentales Verfahrensprinzip, das auch in Verwaltungsverfahren eingeräumt werden muss, in denen das AVG keine Anwendung findet.²⁴⁵ Ein Vorgehen, mit dem das Parteiengehör im Verwaltungsverfahren schlechthin missachtet wird, wertet der VfGH als willkürliche, das Gleichheitsrecht verletzende Gesetzesvollziehung.²⁴⁶

Wenn im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens eine *mündliche Verhandlung* stattfindet, haben Parteien ausgeprägte Teilhabe-, Kommunikations- und Informationsrechte. Beteiligte sind von einer mündlichen Verhandlung persönlich zu verständigen, gegebenenfalls kann zusätzlich auch eine öffentliche Kundmachung erfolgen (§ 41 Abs. 1 AVG). Die Verhandlung ist so anzuberaumen, dass sich die Teilnehmer auch entsprechend auf diese vorbereiten können. Dies erfordert nicht allein die Gewährung eines ausreichenden Vorbereitungszeitraums, sondern auch den Zugang zu den wesentlichen Informationen des Verfahrensgegenstandes (§ 41 Abs. 2 AVG). Die mündliche Verhandlung wird von einem Verhandlungsleiter geleitet, der

²⁴³ Zutreffend stellt *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 194 fest: „Wenn es schon keine gesicherte Richtigkeit des Rechts außerhalb des konkreten Entscheidungsverfahrens gibt, dann muss sie eben in diesem Verfahren selbst hergestellt werden. Die Mittel dazu sind Reflexion und Argumentation unter den am Verfahren Beteiligten.“ Zur recht- und verfassungspolitischen Bedeutung der Inklusion der Betroffenen am Verfahren vgl. *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 277 ff.

²⁴⁴ Ähnliches gilt für Neuerungen im Berufungsverfahren: Werden in einer Berufung neue Tatsachen oder Beweise, die der Behörde erheblich scheinen, vorgebracht, so hat sie hievon unverzüglich den etwaigen Berufungsgegnern Mitteilung zu machen und ihnen Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist vom Inhalt der Berufung Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern (§ 65 AVG).

²⁴⁵ VfSlg. 10.549/1985; mwN: VfSlg. 13.194/1992.

²⁴⁶ VfSlg. 11682/1988, 12.924/1991, mwN: 13.194/1992. Ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf Parteiengehör besteht jedoch nicht. Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar, II § 37 Rz 14.

die Reihenfolge bestimmt, in der die Beteiligten zu hören, die Beweise aufzunehmen und die bisherigen Ermittlungsergebnisse zu erörtern sind.²⁴⁷ Die Verhandlung ist zügig durchzuführen, wobei der Verhandlungsleiter darauf zu achten hat, dass den Parteien das Recht auf Gehör gewahrt, anderen Beteiligten aber Gelegenheit geboten wird, bei der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Personen, die an der Sache nicht beteiligt sind, dürfen das Wort nicht ergreifen (§ 43 Abs. 3 AVG). Jeder Partei muss die Gelegenheit geboten werden, alle zur Sache gehörenden Gesichtspunkte vorzubringen und unter Beweis zu stellen, Fragen an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen zu stellen, sich über die von anderen Beteiligten, den Zeugen und Sachverständigen vorgebrachten oder die als offenkundig behandelten Tatsachen sowie über die von anderen gestellten Anträgen und über das Ergebnis amtlicher Erhebungen zu äußern (§ 43 Abs. 4 AVG). Bemerkenswert ist, dass diese Parteirechte auch in Großverfahren mit einer Beteiligung von mehr als 100 Personen nicht beschränkt werden. Dabei ist zu unterscheiden: Eine Behörde kann im Rahmen eines *Großverfahrens* eine öffentliche Erörterung des Vorhabens durchführen die ein Forum bilden soll, auf dem sich jedermann über das Vorhaben informieren, Fragen an den Antragsteller und Sachverständige richten und seine Meinung zum Projekt äußern kann.²⁴⁸ Genauso kann eine mündliche Verhandlung anberaumt werden, die öffentlich (im Sinn von Volksöffentlichkeit) stattfindet, in der Parteien und Beteiligte die oben genannten Kommunikations- und Informationsrechte genießen, sonstigen Teilnehmern allerdings keine Mitwirkungsbefugnisse zukommen.²⁴⁹

In engem Zusammenhang mit dem Recht auf Parteingehör stehen das *Recht auf Akteneinsicht* und das *Recht auf Rechtsbelehrung*. Informationsrechte sind überhaupt die Voraussetzung dafür, dass Kommunikationsrechte sinnvoll in Anspruch genommen werden können. Die Behörde hat Parteien Einsicht in alle ihre Sache betreffenden Akten oder Aktenteile zu gestatten. Eine Einschränkung der Akteneinsicht ist nur zulässig, wenn durch die Einsichtnahme eine Schädigung der Interessen dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde zu befürchten ist oder der Zweck des Verfahrens beeinträchtigt würde. Das Recht auf Akteneinsicht umfasst das Recht, von den Akten Abschriften oder Kopien auf eigene Kosten anzufertigen. Soweit es technisch möglich ist, kann die Akteneinsicht auch über das Internet gewährt werden (§ 17 AVG). Der Anspruch auf Rechtsbelehrung verpflichtet die Behörde, Per-

²⁴⁷ In § 43 AVG sind lediglich die Grundsätze über die Verhandlungsführung festgelegt, in diesem Rahmen kommt dem Verhandlungsleiter weitgehendes Ermessen zu. Vgl. *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze*, Band I 630.

²⁴⁸ Vgl. *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht Rz 304/6*.

²⁴⁹ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, *Kommentar II § 44 Rz 1*.

sonen, die nicht durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleistungen zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren (§ 13a AVG). Es handelt sich bei der Rechtsbelehrung um eine allgemeine Unterweisung, nicht jedoch um konkrete Ratschläge, wie ein Parteivorbringen ausgestaltet sein muss, um erfolgreich zu sein.²⁵⁰ Neben diesen beiden Informationsrechten besteht nach der Rspr des VfGH die generelle Verpflichtung, dass Parteien alle Informationen zugänglich sein müssen, die für eine wirksame Verfolgung ihrer Rechte erforderlich sind.²⁵¹

Die Bedeutung der Kommunikations- und Informationsrechte für die Richtigkeit der Entscheidung eines Verwaltungsverfahrens liegt auf der Hand: Oft kann die Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes nur durch die Einbindung des Betroffenen als wichtigsten „Wissensträger“ gelingen.²⁵² Nur durch die Anhörung der Beteiligten kann sich ein Entscheidungsorgan ein möglichst umfassendes Bild machen. Das Parteiengehör ist das geeignetste Mittel, „um eine Vielzahl von Informationen in den Prozess einzuspeisen und somit nicht die jedem Verhör anhaftende Gefahr einer durch zielgerichtete Fragestellungen bewirkten frühzeitigen Informationsselektion zu erliegen und dadurch unbewusst für das Urteil wichtige Daten zu unterschlagen.“²⁵³

Durch die mündliche Verhandlung wird ein Forum geschaffen, in dem von den Beteiligten unterschiedliche Standpunkte vorgetragen werden, womit dem Entscheidungsorgan die Möglichkeit geboten wird, die entscheidungsrelevanten Informationen auf einfache Weise möglichst umfassend zur Kenntnis zu nehmen. Erst der Diskurs im Verfahren kann jene Verschränkung der Perspektiven bieten, die es dem unbefangenen Entscheidungsorgan ermöglicht, eine korrekte Tatsachenfeststellung im Sinne des Grundsatzes der materiellen Wahrheit zu treffen. Dies weist auf einen wichtigen Aspekt hin: Die kommunikative Beteiligung der Parteien am Verfahren dient nicht nur der Informationsbeschaffung, sondern nimmt auch auf die Informationsverarbeitung Einfluss. Indem im mündlichen Verfahren unterschiedliche Tat-

²⁵⁰ Vgl. *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 132; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 164.

²⁵¹ So muss etwa im quotenpflichtigen Zuwanderungsverfahren der Antragsteller Informationen über seinen Warteplatz erhalten (VfSlg. 17.013/2003). Informationsrechte bestehen nicht nur gegenüber Tatsachen, sondern auch gegenüber höchstgerichtlichen Entscheidungen, weil deren Kenntnisnahme für eine effektive Rechtsverfolgung erforderlich sind (VfSlg. 12.409/1990).

²⁵² *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 278.

²⁵³ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 138.

sachen- und Rechtsargumente miteinander konfrontiert werden, werden diese einer Bewährungsprobe ausgesetzt und auf ihre Rationalität und Überzeugungskraft getestet, was die innere Meinungsbildung des Entscheidungsorgans beeinflusst. Eine rein monologische Entscheidungsfindung kann dadurch verhindert werden.²⁵⁴

Die Kommunikationsrechte erstrecken sich nicht bloß auf die Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts, sondern auch auf die Erörterung rechtlicher Fragestellungen. Es steht den Parteien frei, Äußerung zu den rechtlichen Konsequenzen der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens auf die Lösung des Rechtsfalles abzugeben.²⁵⁵ Unzutreffend ist daher die Annahme, dass die Verfahrensbeteiligten lediglich den Sachverhalt bekannt zu geben hätten, jedoch keine Stellungnahme zu Rechtsfragen, weil die Behörde das Recht ohnehin kenne (*jura novit curia*).²⁵⁶ Insbesondere wenn rechtliche Fragestellungen nicht allein auf der Grundlage des positiven Rechts entschieden werden können, sondern von Wertungen abhängig sind, ist es für die Legitimität der Entscheidung notwendig, die Parteien in den rechtlichen Diskurs einzubinden. Das Verwaltungsverfahren ist in diesen Fällen nicht bloß als Anwendungs-, sondern als Begründungsdiskurs zu verstehen.²⁵⁷

Die Bedeutung der Kommunikations- und Informationsrechte der Beteiligten für die Richtigkeit der Entscheidung in einem Verwaltungsverfahren ist nicht zu leugnen. Eine Garantie für die Richtigkeit können Diskursregeln aber schon allein deshalb nicht übernehmen, weil sie

²⁵⁴ Vgl. Ebd. 199. *Luhmann* weist darauf hin, dass rechtliche Verfahren im Gegensatz zu einfacheren sozialen Systemen die Funktion der kooperativen Wahrheitsuche von divergierenden Standpunkten aus und die Funktionen des Darstellens und Austragens von Konflikten übernehmen. Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren 50 f.

²⁵⁵ VwSlg 15701 A/2001. Vgl. dazu auch *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 280; *Thienel*, Verwaltungsverfahren 173.

²⁵⁶ Die Idee der Arbeitsteilung im Verfahren – die Parteien geben den Sachverhalt bekannt, die Behörde die Rechtsfolge – geht auf alte Rechtsvorstellungen zurück: „Da mihi factum, dabo tibi ius“.

²⁵⁷ Ein Beispiel dafür ist das Asylverfahren, in dem anspruchsvolle moralische Fragen verhandelt werden. Die Frage, ob ein vorgebrachter Verfolgungsgrund einen Anspruch auf Asyl begründen kann, lässt sich mit der herkömmlichen juristischen Methodenlehre nicht beantworten (dazu ist der Flüchtlingsbegriff der GFK viel zu unbestimmt), sondern verlangt vielmehr starke Wertentscheidungen auf der Grundlage moralischer Überzeugungen. Die Komplexität einer moralischen Fragestellung wird in ihrer Gesamtheit erst dann richtig erfasst, wenn ein Asylwerber nicht nur die Geschichte seiner Verfolgung erzählt, sondern zugleich die Behauptung aufstellt, dass die gegen ihn gerichteten Verfolgungshandlungen in einem Ausmaß moralisch ungerechtfertigt sind, dass seinem Asylantrag stattzugeben ist, und sich damit am rechtlichen Diskurs beteiligt. Gerade bei Fragen, in denen sich der Asylwerber und das Entscheidungsorgan nicht auf gemeinsam vorausgesetzte moralische und lebensweltliche Hintergrundannahmen stützen können, kommt dem Diskurs als Methode der Perspektivenverschränkung unverzichtbare Funktion zu. So ist dann beispielsweise die weibliche Genitalverstümmelung keine rituelle Beschneidung mehr, sondern eine schwere Menschenrechtsverletzung, der Asylrelevanz zukommt.

wie alle Regeln sich nicht selbst anwenden können, sondern auf ein vernünftiges Entgegenkommen angewiesen sind. Umgekehrt kann allerdings festgehalten werden, dass eine Beschränkung von Kommunikations- und Informationsrechten im Verwaltungsverfahren die Wahrscheinlichkeit erhöht, zu einer fehlerhaften Entscheidung zu kommen. Diskurs- und Argumentationsverbote stehen damit in einem Widerspruch zum Prinzip des fairen Verwaltungsverfahrens.²⁵⁸

c) Entscheidungs- und Kontrollregeln

Der auffälligste Unterschied zwischen einem unter idealen Sprechbedingungen stattfindenden praktischen Diskurs und einem realen rechtlichen Verfahren ist die Form der Entscheidungsfindung. Während im idealisierten Diskurs versucht wird, allein auf der Grundlage des besseren Arguments Konsens über normative Fragen herzustellen, beruht im rechtlichen Verfahren das Ergebnis auf der Entscheidung eines einzelnen oder weniger einzelner.²⁵⁹ Die Entscheidung ist nicht das Ergebnis eines Konsenses zwischen den Verfahrensbeteiligten bzw. zwischen Partei und Behörde. Dennoch spielt der Konsens als regulative Idee im rechtlichen Verfahren eine wichtige Rolle, da jede Entscheidung für sich den Anspruch auf Richtigkeit und damit auf Konsensfähigkeit innerhalb der Rechtsgemeinschaft erhebt. Anders gewendet: Eine Entscheidung kann dann als richtig ausgewiesen werden, wenn sie innerhalb einer Rechtsgemeinschaft unter idealen Bedingungen als richtig anerkannt werden würde. Dies gelingt dadurch, weil sie für ihre Richtigkeit rationale Argumente angeben kann, die in einer Rechtsgemeinschaft Überzeugung finden. Ob ein derartiger Konsens vorliegt, ist in der Rechtswirklichkeit nicht vollständig überprüfbar. Jedoch bestimmt das Ziel der Konsensfähigkeit die Entscheidungsfindung wesentlich, da ein Entscheidungsorgan – will es nicht in einen Selbstwiderspruch geraten – eine Entscheidung so begründen muss, dass sie prinzipiell von jedem vernünftigen Mitglied einer Rechtsgemeinschaft als richtig anerkannt werden könnte.²⁶⁰

So wichtig das Ziel des Konsenses als regulative Idee für die Entscheidungsfindung ist, so wenig taugt der Konsens als Kriterium der Richtigkeit in realen rechtlichen Verfahren. *Alexy* hat daher den diskurstheoretischen Ansatz für das Recht dahingehend adaptiert, dass eine Ent-

²⁵⁸ Vgl. dazu die teilweise Aufhebung des asylrechtlichen Neuerungsverbotens als unzulässige Beschränkung der Kommunikationsrechte der Parteien; siehe dazu oben S. 112 f.

²⁵⁹ Im Verwaltungsverfahren können Entscheidungen durch eine Person getroffen werden (monokratisches System) oder es kann vorgesehen sein, dass mehrere Personen gemeinsam eine Entscheidung zu fällen haben (Kollegialsystem). Näheres vgl. *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 369 ff; *Konrad Lachmayer*, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003) 167 ff; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 106 ff.

²⁶⁰ Vgl. oben S. 213.

scheidung dann als richtig gelten kann, wenn sie das Ergebnis eines rationalen juristischen Diskurses ist, für den er einen Katalog von Teilnahme-, Kommunikations- und Begründungsregeln angibt.²⁶¹ Nach der Darstellung der Teilnahme- und Kommunikationsrechte im Verwaltungsverfahren, soll im Folgenden versucht werden, jene Regeln im AVG zu identifizieren, durch die aus diskurstheoretischer Sicht die Richtigkeit der Entscheidungsfindung sichergestellt werden soll. Dabei können zwei Gruppen von Regelungen unterschieden werden. Erstens die Regeln der Entscheidungsfindung und Begründung und zweitens jene Verfahrensbestimmungen, durch die die Richtigkeit der Entscheidungsfindung kontrolliert werden kann.

Die Idee der Entscheidungsrichtigkeit setzt voraus, dass jemand sich deshalb für eine bestimmte Entscheidung entschließt, weil er von deren Richtigkeit überzeugt ist, sich also bei seiner Entscheidungsfindung allein von der Rationalität der besseren Argumente leiten lässt. Auf der Ebene der internen Willensbildung bedeutet das, dass sich ein Organwalter unbefangen auf den Prozess der Entscheidungsfindung einlassen muss. Auf prozeduraler Ebene sind Verfahrensregeln gefordert, die die rationale Entscheidung über eine Verwaltungssache ermöglichen.

Der *Grundsatz der Unbefangenheit von Verwaltungsorganen* ist in § 7 AVG grundgelegt: Verwaltungsorgane haben sich der Ausübung ihres Amtes zu enthalten und ihre Vertretung zu veranlassen, wenn sie selbst oder Angehörige an der Verwaltungssache beteiligt sind, sie in dieser Sache eine Partei vertreten oder vertreten haben oder wenn sonst wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Ein Organwalter gilt im Berufungsverfahren als befangen, wenn er an der Erlassung des angefochtenen Bescheids in unterer Instanz mitgewirkt hat. Die Unbefangenheit eines Organwalters gilt als „Kardinalgrundsatz jedes behördlichen Verfahrens“²⁶² auch für Rechtsgebiete, in denen § 7 AVG keine Anwendung findet.²⁶³ Den Parteien steht zwar kein subjektives Recht zu, Verwaltungsorgane wegen Befangenheit abzulehnen, sie können diesen Umstand allerdings im Rahmen des Parteiengehörs oder im Berufungsverfahren monieren.²⁶⁴ Während im administrativen Verwaltungsverfahren für Entscheidungsorgane zwar der Grundsatz der Unbefangenheit

²⁶¹ Vgl. oben S. 215 f.

²⁶² Erk des VwGH 28.5.1979, 1504/79, Slg. 9852 A/1979. Vgl. ferner VwGH 18.11.1993, 92/16/0155.

²⁶³ Vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch 129; *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 276 f; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 59.

²⁶⁴ Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 113; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 163 ff.

im Sinne von Unparteilichkeit gilt, diese jedoch weisungsgebunden sind²⁶⁵, genießen die Mitglieder von Tribunalen zusätzlich eine dem Richteramt nachempfundene Stellung und sind unabhängig.²⁶⁶

Auf der prozeduralen Ebene wird die Rationalität der Entscheidungsfindung dadurch gesichert, dass die interne Willensbildung keinen Beschränkungen unterworfen wird. Das Entscheidungsorgan ist bei der Feststellung der Tatsachenfragen weder an bestimmte Beweismittel noch an starre Beweisregeln gebunden. Es gilt der *Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel*, d.h. als Beweismittel kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falls zweckdienlich ist (§ 46 AVG). Die Beweiskraft der Beweismittel richtet sich nach ihrem inneren Wahrheitswert und nicht nach formalen Kriterien, wie etwa festen Beweisregeln. Alle Beweismittel sind von ihrem Beweiswert prinzipiell als gleichwertig anzusehen (*Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Beweismittel*).²⁶⁷ Es obliegt der Behörde den wahren Sachverhalt festzustellen (*Grundsatz der materiellen Wahrheit*), wobei es dem Entscheidungsorgan selbst überlassen bleibt, nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzusehen ist oder nicht (*Grundsatz der freien Beweiswürdigung* – § 45 Abs. 2 AVG).²⁶⁸ Auch die Meinungsbildung über Rechtsfragen unterliegt keinen Beschränkungen: Ein Bescheid darf zwar nur auf der Grundlage der geltenden Rechtsordnung erlassen werden (Postulat der Gesetzesbindung), jedoch steht es einem Entscheidungsorgan im Wesentlichen frei, welcher von mehreren vertretbaren Rechtsansichten es folgt bzw. wie es ein eingeräumtes Ermessen ausübt.²⁶⁹

²⁶⁵ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 118 ff.

²⁶⁶ In Österreich bestehen unterschiedliche Organisationsformen von Tribunalen. Dazu zählen etwa die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag (Art. 20 Abs. 2 und Art. 133 Z 4 B-VG), die Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern (Art. 129a und Art. 129b B-VG), der Unabhängige Bundesasylsenat (Art. 129c B-VG), der unabhängige Umweltsenat (Art. 11 Abs. 7 B-VG), die weisungsfreien Kollegialbehörden der Finanzverwaltung (§§ 270 f BAO), etc. Trotz der organisatorischen Unterschiede weisen alle Tribunale die Gemeinsamkeit auf, dass sie im Sinne des B-VG Verwaltungsbehörden und nicht Gerichte sind, jedoch ihre Mitglieder Unabhängigkeit genießen, was die eigentliche Qualität eines Tribunals ausmacht. Die Unabhängigkeit bedeutet Weisungsfreiheit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit für die Dauer der Bestellung. Vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 786 ff.

²⁶⁷ Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar § 45 Rz 10; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 172.

²⁶⁸ Bei der Beweiswürdigung soll ein Organwalter seine ganze Kenntnis zur Anwendung bringen, die dazu dient, aus Beweismitteln auf die zu beweisende Tatsache zu schließen. Neben den logischen Denkgesetzen kommt auch das gesamte Erfahrungswissen des Organwalters zum Einsatz. Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 325. *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar § 45 Rz 8.

²⁶⁹ Eine Ausnahme besteht dann, wenn der VfGH oder der VwGH einer Bescheidbeschwerde stattgibt und die belangte Behörde einen Ersatzbescheid zu erlassen hat, der der Rechtsanschauung des jeweiligen Höchstgerichtshofs Rechnung zu tragen hat (§ 63 Abs. 1 VwGG, § 87 Abs. 2 VfGG). Nicht übersehen werden darf ferner, dass die Freiheit der Kognition des einzelnen Organwalters durch das Weisungsrecht

Zusammen mit den Kommunikations- und Informationsrechten schaffen die Rahmenbedingungen der freien Beweiswürdigung und Rechtsfindung jenes „Forum der Rationalität“, wo Argumente allein aufgrund des „zwanglosen Zwangs“ ihrer Überzeugungskraft Anerkennung finden können. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass sich der inhaltliche Ablauf einer Argumentation selbst nicht determinieren lässt. Weder ist es möglich, festzulegen, welche Argumentformen von einem Entscheidungsorgan verwendet werden dürfen, noch in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. Die von *Alexy* vertretenen Argumentationsregeln für den praktischen Diskurs (Widerspruchsfreiheit, Logische Gültigkeit eines Arguments, Berücksichtigung der Folgen, etc.) können zwar eine Anleitung für das rationale Argumentieren sein bzw. für eine kritische Argumentationsanalyse herangezogen werden, sind jedoch der Institutionalisierung nicht zugänglich, können also nicht als Verfahrensbestimmungen normiert werden. Dies gilt genauso für spezielle juristische Argumentationsformen.²⁷⁰ Was allerdings festgelegt werden kann – und im Sinne der Rationalität einer Entscheidung auch festgelegt werden muss – sind Verfahrensregeln, die von einem Entscheidungsorgan Rechenschaft einfordern, welche Argumente er aus welchen Gründen vertritt. Um die Rationalität einer Entscheidung prozedural abzusichern, braucht es zweierlei: Die verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen für eine möglichst vernunftgeleitete interne Meinungsbildung und die Verpflichtung, dass die Auffassungen, auf deren Grundlage die Entscheidung getroffen wird, offen gelegt und begründet werden. Die *Pflicht zur Begründung von Entscheidungen* bildet ein weiteres wichtiges Element der rationalen Entscheidungsfindung.²⁷¹

Eine Begründung kann dann als gerechtfertigt gelten, wenn sie eine interne und externe Rechtfertigung aufweist.²⁷² In der internen Rechtfertigung geht es darum, dass die Entscheidung ein gültiger juristischer Syllogismus ist, d.h. dass die Entscheidung logisch aus den in

eines zuständigen übergeordneten Organs Einschränkungen erfahren kann. Vgl. dazu näher *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 122 ff.

²⁷⁰ Vgl. dazu die gesammelten Regeln und Formen des rationalen juristischen Diskurses: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 361 ff.

²⁷¹ Dazu *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 665 f: „Ein Verfahren, das nach einem fairen Ermittlungsverfahren zu einer Entscheidung führt, die nicht erkennen lässt, auf welche Weise das Gericht zu einem bestimmten Ergebnis gelangt ist, ist dem Verdacht ausgeliefert, dass im letzten Schritt des Verfahrens die (...) ermittelten Ergebnisse und vorgebrachten Argumente außer Betracht bleiben. Aus dem Fairnessgebot ist daher ein Komplementärgebot zur Verfahrensfairness im engeren Sinn zu folgern, nämlich die Pflicht zur Begründung von Entscheidungen. Sie bildet eines der wichtigsten Erfordernisse des rechtsstaatlichen Verfahrens.“

²⁷² Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation 273 ff; *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation 336 ff.

der Begründung angegebenen Prämissen folgt. Die externe Rechtfertigung betrifft die Richtigkeit der angegebenen Prämissen. Grundlage der externen Rechtfertigung sind alle Argumente, die in Betracht kommen, um die Richtigkeit einer rechtlichen Aussage und die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung zu beweisen.

Die Begründung richtet sich nicht nur an die Verfahrensbeteiligten, sondern erhebt gegenüber jedem Mitglied der Rechtsgemeinschaft Anspruch auf Gültigkeit. Damit bestimmt die Idee des Konsenses das Geschäft der Begründung. Das Entscheidungsorgan orientiert sich in seiner Argumentation am „common sense“ in der Rechtsgemeinschaft und versucht seine Entscheidung so zu begründen, dass diese von jedem Vernünftigen geteilt werden müsste. *Die Begründung zielt darauf ab, dass über die Richtigkeit der Entscheidung innerhalb der Rechtsgemeinschaft idealerweise ein Konsens erzielt werden könnte. Auch wenn es sich dabei um eine kontrafaktische Annahme handelt, ist diese als regulative Idee, an der sich die Begründungspraxis ausrichtet, unverzichtbar.*²⁷³

Auf die doppelte Funktion der Begründungspflicht weiß *Hoffmann* hin: „Sie soll einerseits im Vorfeld der Entscheidungsfindung zur Rationalität und Unvoreingenommenheit der Entscheidung selbst mahnen. Der Richter muss wissen, dass er die Entscheidung nach außen begründen wird müssen. Die Entscheidung ist grundsätzlich der öffentlichen Kritik ausgesetzt. Eine Entscheidung wird regelmäßig nur dann überzeugen können, wenn sie bei ihrer Entstehung selbst nach rationalen Gesichtspunkten erarbeitet wurde. Andererseits soll sie – und das vor allem – die Erwägungen im Rahmen der Entscheidungsfindung offen legen. Diese nachträgliche Transparenz soll zu einer Kontrollierbarkeit der Entscheidung beitragen.“²⁷⁴

Grabenwarter erkennt in der Begründungspflicht drei Funktionen: Eine ausreichende Begründung ist erstens Voraussetzung dafür, dass gegen eine Entscheidung ein wirksames Rechtsmittel ergriffen werden kann, mit dem ein Verfahren zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit in Gang gesetzt wird. Eine ausreichende Entscheidungsbegründung ist deshalb notwendig, um

²⁷³ Wie *Funk*, *Abbildungs- und Steuerungsleistung der Rechtswissenschaft* 119, zutreffend feststellt, haben jene Rechtsauffassungen die besten Chancen, zur *opinio iuris* aufzurücken, „die ein Maximum an Faktenentsprechung, innerer finaler Konsistenz, Vereinbarkeit mit gesellschaftlichen Leitwerten und Affinität zu rechtsgestaltenden politischen Kräften in sich vereinen.“ Die Bewährung von rechtlichen Argumenten hat eine Parallele zur Evolutionstheorie. Geht es in der biologischen Evolution um den Zwang zur erfolgreichen Anpassung an Umweltbedingungen, um das Überleben zu sichern, haben analog dazu jene Rechtsauffassungen langfristig die größten Akzeptanzchancen, die ein Höchstmaß an diskursiver Richtigkeit gewinnen können.

²⁷⁴ *Hoffmann*, *Verfahrensgerechtigkeit* 139.

einerseits das Rechtsmittel inhaltlich an der bekämpften Entscheidung auszurichten, andererseits, um die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels beurteilen zu können.²⁷⁵ Die zweite Funktion der Begründungspflicht besteht darin, dass nicht nur die Parteien über die Beweggründe einer Entscheidung informiert werden, sondern auch die Öffentlichkeit, was Bedingung für eine effektive öffentliche Entscheidungskontrolle ist.²⁷⁶ Drittens wird „den Verfahrensparteien in einer ausreichenden Begründung bestätigt, dass rechtliches Gehör nicht nur für die Niederschrift einer mündlichen Verhandlung gewährt wird, sondern dass dieses auch in die Entscheidung einfließt.“²⁷⁷

Im Verwaltungsverfahren findet sich die Begründungspflicht in § 58 Abs. 2 AVG, der festlegt, dass jeder Bescheid begründet werden muss, wenn dem Standpunkt der Partei nicht vollinhaltlich Rechnung getragen oder über Einwendungen oder Anträge von Beteiligten abgesprochen wird.²⁷⁸ Berufungsbescheide sind auch dann zu begründen, wenn dem Berufungsantrag stattgegeben wird (§ 67 AVG). Zum Inhalt der Begründung bestimmt § 60 AVG, dass die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind. Auch Ermessensbescheide sind zu begründen, wobei ein bloßer Hinweis auf das freie Ermessen nicht ausreicht, sondern die dem Ermessen zugrunde liegenden Erwägungsgründe nachvollziehbar darzulegen sind.²⁷⁹ Das innere Ausmaß einer Begründung bestimmt sich nach der Rspr des VwGH nach dem Rechtsschutzbedürfnis der Partei: Es sind einer Partei all jene Entscheidungsgründe bekannt zu geben, die Voraussetzung für eine effektive Verfolgung der Rechte der Partei darstellen.²⁸⁰ Der Verpflichtung zur Begründung eines Bescheids wird nach der Rspr hoher Stellenwert eingeräumt.²⁸¹ Auch in Verwaltungsverfahren,

²⁷⁵ Vgl. *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 666.

²⁷⁶ Ebd. Die öffentliche Kontrolle von Entscheidungen nehmen insbesondere Medien wahr, indem sie über Entscheidungen berichten, sie gutheißen, kritisieren, etc. Der mediale Diskurs wirkt auf das Handeln der Gesetzgebung und Vollziehung ein. So kann die öffentliche Kritik von Fehlentscheidungen Anlass sein, dass Oberbehörden in Ausübung ihres Aufsichtsrechts eine Entscheidung sanieren bzw. zurücknehmen oder durch Gesetzesänderungen Fehlentwicklungen in der Vollziehung korrigiert werden.

²⁷⁷ Ebd. 667.

²⁷⁸ Die Begründungspflicht gilt mit wenigen Ausnahmen (Vgl. Ladungsbescheide – § 19 AVG) für alle Arten von Bescheiden, insbesondere auch für verfahrensrechtliche Bescheide und Mandatsbescheide. Vgl. *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar II, § 58 Rz 24.

²⁷⁹ Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 421.

²⁸⁰ Vgl. *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 671 f.

²⁸¹ Das Erfordernis der Bescheidbegründung ist für den VfGH ein elementarer Bestandteil des Rechtsstaatskonzepts. Bestimmungen, die die Erlassung eines begründungslosen Bescheides zum Nachteil der Partei ermöglichen, sind daher verfassungswidrig. Vgl. VfSlg. 12.184/1989.

in denen das AVG keine Anwendung findet, muss nachvollziehbar sein, auf welche Tatsachenfeststellungen und auf welche rechtlichen Erwägungen sich ein Bescheid gründet.²⁸²

Abschließend ist noch auf jene Mechanismen im Verwaltungsverfahren einzugehen, auf Grund derer die Richtigkeit einer Entscheidung kontrolliert werden kann. Erst wenn es im rechtlichen Verfahren Regeln gibt, die Verfahrensbeteiligte dazu berechtigen, die Überprüfung einer Entscheidung zu begehren, erlangt die Einhaltung der Verfahrensregeln Verbindlichkeit.

Die Funktion des *Rechtsmittelverfahrens* kann durch die Diskurstheorie schlüssig erklärt werden: Das von einer Instanz durchgeführte Verwaltungsverfahren ist als ein rechtlicher Diskurs zu begreifen, der allerdings nicht hermetisch abgeschlossen, sondern vielmehr selbst Bestandteil des allgemeinen rechtlichen Diskurses ist.²⁸³ *Ein in einem Verwaltungsverfahren erlassener Bescheid erhebt für sich den Anspruch auf Richtigkeit, womit die Behauptung verbunden ist, dass dieser Geltungsanspruch nicht nur gegenüber den Verfahrensbeteiligten, sondern gegenüber allen Teilnehmern am rechtlichen Diskurs eingelöst werden kann. Indem eine Partei die Überprüfung eines Bescheids durch eine übergeordnete Instanz begehrt, bestreitet sie diesen Geltungsanspruch. Der Diskurs wird dann auf einer übergeordneten Ebene fortgesetzt.* Die Frage, welche Rechtsfolge für einen bestimmten Sachverhalt richtig ist, wird nochmals verhandelt. Dabei stehen der Rechtsmittelinstanz zwei unterschiedliche Positionen – jene der untergeordneten Behörde und jene des Rechtsmittelwerbers – gegenüber, die beide den Anspruch auf Richtigkeit für sich erheben. Beide Positionen versuchen ihren Standpunkt durch Argumente zu bekräftigen, wobei vor allem jene Argumente ins Treffen geführt werden, von denen erwartet wird, dass über deren Richtigkeit innerhalb der Rechtsgemeinschaft – wenigstens weitgehend – Konsens besteht.²⁸⁴ Die Rechtsmittelinstanz hat die Aufgabe, die im Rechtsmittel gegen die angefochtene Entscheidung ins Treffen geführten Argumente zu prü-

²⁸² Vgl. VfSlg. 13.723/1994, 17.033/2003. Vgl. Grabenwarter, *Verfahrensgarantien* 671; Walter/Thienel, *Verwaltungsverfahrensgesetze*, Band I 40.

²⁸³ Der allgemeine juristische Diskurs kann als Gesamtheit aller rechtlichen Einzeldiskurse in einer Gesellschaft verstanden werden. Dazu gehören Diskurse, die auf der Ebene der Gerichte und Verwaltungsbehörden und im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren geführt werden genauso wie Diskussionen über Rechtsfragen innerhalb der Rechtswissenschaft oder in der (medialen) Öffentlichkeit.

²⁸⁴ Dass eine am Konsens der Rechtsgemeinschaft orientierte Argumentation eingeschlagen wird, ergibt sich schon allein aus strategischen Erwägungen.

fen und die Entscheidung als richtig oder falsch zu beurteilen.²⁸⁵ Die nochmalige Prüfung eines Rechtsfalls soll die Richtigkeit der Rechtsanwendung absichern. Richtigkeit im Sinn einer Erfolgsgarantie kann ein Rechtsmittelverfahren allerdings genauso wenig wie andere Verfahrensbestimmungen gewährleisten. *Es liegt jedoch ein starker Beleg für Richtigkeit vor, wenn ein Standpunkt von mehreren Behörden geteilt wird.*

Das zentrale Rechtsschutzinstrumentarium im AVG ist die *Berufung*. Die Berufung ist ein ordentliches Rechtsmittel, das die Überprüfung eines Bescheids durch eine übergeordnete Behörde zum Ziel hat. Im Gegensatz zu anderen Prozessordnungen verlangt das AVG für die Berufung keine besonderen Formalismen, insbesondere besteht für das Berufungsverfahren keine Anwaltpflicht.²⁸⁶ Als einzige Erfordernisse hat eine Berufung den Bescheid zu bezeichnen, gegen den sie sich richtet, und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten (§ 63 Abs. 3 AVG). Die Einbringung einer Berufung ist an die Schriftform gebunden (§ 13 Abs. 2 AVG). Die Berufung kann sich nur gegen einen Bescheid richten,²⁸⁷ prinzipiell aber gegen alle Bescheide.²⁸⁸ Ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren mit effizientem Rechtsschutz verlangt daher die bescheidmäßige Erledigung einer Rechtssache, sofern diese einen individuellen hoheitlich-normativen im Außenverhältnis ergehenden Verwaltungsakt darstellt. Nur dann kann eine Partei gegen eine sie belastende Entscheidung effektiv vorgehen. Es widerspricht dem Rechtsstaatsgebot, wenn die Erledigung durch Bescheid von Gesetzes wegen ausgeschlossen oder eine andere Form der Erledigung vorgesehen ist, die eine Anfechtung nicht zulässt.²⁸⁹

Die Frist für die Einbringung einer Berufung beträgt nach § 63 Abs. 5 AVG zwei Wochen nach rechtswirksamer Zustellung bzw. mündlicher Verkündung. Eine gesetzliche Verkürzung dieser Frist ist nur zulässig, wenn dadurch der effektive Rechtsschutz der Parteien nicht ge-

²⁸⁵ Das Institut des Rechtsmittelverfahrens macht nur dann Sinn, wenn man voraussetzt, dass es möglich ist, die Frage der Richtigkeit einer Entscheidung nach intersubjektiven Kriterien rational zu beurteilen. Wer hingegen den dezisionistischen Ansatz vertritt, dass eine Entscheidung der subjektive Willensakt eines einzelnen Entscheidungsorgans ist (ähnlich dem eines Geschmackurteils), kann nicht schlüssig erklären, aus welchem Blickwinkel diese Entscheidung als falsch beurteilt werden könnte.

²⁸⁶ Zu den Formerfordernissen im Zivilprozess vgl.: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 819 ff; im Strafprozess: *Seiler*, Strafprozessrecht Rz 869 ff; im Verfahren vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts: *Rudolf Machacek* (Hrsg.), Verfahren vor dem VfGH und vor dem VwGH⁵ (2004) 76 ff, 206, 224 f.

²⁸⁷ Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 500.

²⁸⁸ Vgl. *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 474.

²⁸⁹ Vgl. VfSlg. 13.223/1992, 13.699/1994. Zur Bescheidform als Angelpunkt des Rechtsschutzsystems vgl.: *Thienel*, Verwaltungsakt 57 ff.

fährdet ist. Nach der Rspr des VfGH muss einer Partei die Frist von mindestens einer Woche zur Einbringung einer Berufung gewährt werden.²⁹⁰ Wenn eine Berufung rechtzeitig eingebracht wird, kommt ihr die aufschiebende Wirkung ex lege zu (§ 64 Abs. 1 AVG), die im Bescheid angeordnete Rechtsfolge darf damit bis zur Entscheidung über die Berufung nicht vollstreckt werden. Ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung durch die Behörde ist gem. § 64 Abs. 2 AVG nur zulässig, wenn die vorzeitige Vollstreckung des angefochtenen Bescheids im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohls wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Einen generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Gesetzes wegen erachtet der VfGH in ständiger Judikatur als verfassungswidrig, wenn der Rechtsmittelwerber durch die sofortige Vollstreckung des angefochtenen Bescheids einen nicht nur geringfügigen Nachteil erfährt. Das Rechtsstaatsgebot verbietet es nämlich, dass ein Rechtsschutzsuchender einseitig mit allen Folgen eines potentiell rechtswidrigen Bescheids so lange belastet wird, bis seine Berufung endgültig erledigt ist.²⁹¹

Eine Berufung ist nur dann zulässig, wenn ein *Instanzenzug* zu einer übergeordneten Behörde eingerichtet ist. Dabei richtet sich der Instanzenzug und das Recht zur Einbringung der Berufung nach den besonderen Verwaltungsvorschriften (§ 63 Abs. 1 AVG). Für den Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung ist grundsätzlich nach Art. 103 Abs. 4 B-VG (für Wien: Art. 109 B-VG) ein zweigliedriger Instanzenzug vorgesehen, der allerdings verkürzt werden kann, indem der Landeshauptmann als einzige Instanz installiert wird.²⁹² Für den Bereich der unmittelbaren Bundesverwaltung besteht keine ausdrückliche Regelung. Es wird nach herrschender Ansicht allerdings angenommen, dass der Instanzenzug bis zum zuständigen Bundesminister bzw. der Bundesregierung reicht, der jedoch durch ein einfaches Bundesgesetz eingeschränkt werden kann.²⁹³ Für den Bereich der Selbstverwaltung lässt sich eine generelle Aussage nicht treffen: Bei Gemeinden besteht in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs in der Regel ein zweigliedriger Instanzenzug (mit dem Bürgermeister als erster und dem Gemeinderat als zweiter Instanz). Bei anderen Selbstverwaltungskörpern kommt ein In-

²⁹⁰ Vgl. VfSlg. 15.218/1998, 15.369/1998, 15.529/1999.

²⁹¹ Vgl. dazu ausführlich oben S. 93 ff.

²⁹² Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 188; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 377; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 503.

²⁹³ *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 780; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 435; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 233; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 505 ff.

stanzenzug nur in Betracht, wenn er gesetzlich vorgesehen ist.²⁹⁴ In vielen Verwaltungsbereichen ist es demnach möglich, dass das administrative Verwaltungsverfahren auf eine Instanz beschränkt wird, womit das Recht auf Berufung ausgeschlossen ist.²⁹⁵ Dies ist aus rechtsstaatlicher Sicht nicht unproblematisch.

Neben dem ordentlichen Rechtsmittel der Berufung kennt das AVG zwei weitere Rechtsinstitute, die im Dienste der Entscheidungsrichtigkeit die *Abänderung von rechtskräftigen Bescheiden* ermöglichen. Nach dem Prinzip der Rechtssicherheit sollen rechtskräftige Entscheidungen nicht mehr abgeändert werden können, was vor allem dann problematisch erscheint, wenn sich eine Entscheidung im Nachhinein als rechtswidrig oder unzweckmäßig herausstellt. In solchen Fällen kann es aus rechtsstaatlichen Gründen geboten sein, den Grundsatz der Rechtssicherheit um der Rechtsrichtigkeit halber zu durchbrechen.²⁹⁶ Gem. § 68 AVG können rechtskräftige Bescheide von Amts wegen abgeändert oder behoben werden, aus denen niemanden ein Recht erwachsen ist. Dazu sind die bescheiderlassende Behörde und die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde in Wahrung ihres Aufsichtsrechts berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet.²⁹⁷ Bescheide, durch die jemanden ein Recht eingeräumt wurde, dürfen nur dann von der Oberbehörde bzw. der Behörde, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat, abgeändert werden, wenn dies zur Beseitigung besonderer drastischer Gefahren (Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, schwere volkswirtschaftliche Schädigungen) unvermeidlich ist. Ferner kann die Oberbehörde auch im Rahmen ihres Aufsichtsrechts Bescheide in besonderen Fällen für nichtig erklären. Die Aufhebung oder Abänderung des Bescheids kann in allen Fällen nur von Amts wegen vorgenommen werden, eine Partei kann dies zwar anregen, hat aber darauf keinen subjektiven Rechtsanspruch (§ 68 Abs. 7 AVG).

Ein subjektives Recht auf Änderung eines als unrichtig angesehenen rechtskräftigen Bescheids steht einer Partei nur im Rahmen eines *Wiederaufnahmeverfahrens* zu: Dem Antrag

²⁹⁴ Vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 234; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 510 ff.

²⁹⁵ Für den Bereich der Verwaltungsstrafrechtspflege ist ein zweigliedriger Instanzenzug aufgrund der Verpflichtungen aus Art. 6 EMRK obligatorisch. Nach Art. 129a Abs. 1 Z 1 B-VG sind die Unabhängigen Verwaltungssenaten in Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen nach Ausschöpfung des administrativen Instanzenzugs Rechtsmittelinstanzen.

²⁹⁶ Vgl. *Hauer/Leukauf*, *Handbuch* 985; *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 282, 295; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 580, 648; *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze* I 1390.

²⁹⁷ Eine Pflicht zur Reparatur rechtswidrigen Staatshandelns sieht *Raschauer*, *Verwaltungsrecht* Rz 699 ff.

einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch einen rechtskräftigen Bescheid abgeschlossenen Verfahrens ist gem. § 69 AVG stattzugeben, wenn der Bescheid durch Urkundenfälschung, falsches Zeugnis oder durch eine andere gerichtlich strafbare Handlung herbeigeführt oder sonst wie erschlichen worden ist. Ferner wenn neue Tatsachen oder Beweismittel hervor- kommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend ge- macht werden konnten und voraussichtlich zu einem anderen Verfahrensergebnis geführt hät- ten, oder wenn über eine Vorfrage von der zuständigen Behörde in wesentlichen Punkten an- ders entschieden wurde. Die Wiederaufnahme des Verfahrens kann auch von Amts wegen verfügt werden.

Als weitere Rechtsbehelfe stehen Parteien nach dem AVG das *Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* und der *Antrag auf Übergang der Entscheidungspflicht* zu. Nach §§ 71 f AVG ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung der Partei auf ihren Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn sie durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet und Grund für die Versäumung ein unabwendbares oder unverhinderbares Ereignis oder eine falsche Rechtsmittelbelehrung ist. Durch das Recht auf Wiedereinsetzung soll verhindert werden, dass eine Partei einen Rechtsnachteil erleidet, obwohl sie daran kein Verschulden trifft. Sofern wegen der verhinderten Mitwirkung einer Partei das Verfahren zu einem unrichtigen Ergebnis geführt hat, dient die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dem Prinzip der Entscheidungsrichtigkeit. Eine Partei hat nicht nur den Anspruch auf eine richtige Entscheidung, sondern auch das Recht, dass über einen Antrag von ihr in angemessener Zeit entschieden wird. Grundsätzlich haben Behörden über Anträge und Berufungen von Parteien ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen einen Bescheid zu erlassen. Wird die Sechs-Monats-Frist aufgrund überwie- genden Verschuldens der Behörde verletzt, kann die Partei den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung auf die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde beantragen (§ 73 AVG).²⁹⁸

Während die Rechtsbehelfe der Wiederaufnahme des Verfahrens und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach herrschender Ansicht zu den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip erge-

²⁹⁸ Bei Verletzung der Entscheidungspflicht durch die letztinstanzliche Behörde kann gem. Art. 132 B-VG eine Säumnisbeschwerde an den VwGH gerichtet werden. Zurecht weist *Holzinger*, Rechtsstaat und Ver- waltungsverfahren 287, darauf hin, dass die Möglichkeit eines Devolutionsantrags bzw. einer Säumnisbe- schwerde einen Rechtsbehelf darstellt, der in den meisten anderen Verfahrenssystemen fehlt, was das all- gemeine Verwaltungsverfahrensrecht in rechtsstaatlicher Hinsicht als besonders fortschrittlich ausweist.

benden Mindeststandards des fairen Verwaltungsverfahrens gehören²⁹⁹, vertritt der VfGH in ständiger Rspr ohne schlüssige Begründung die Auffassung, dass es keine verfassungsrechtlich gebotene Verpflichtung für den Gesetzgeber gäbe, die Möglichkeit eines Devolutionssantrags einzuräumen.³⁰⁰ Dieser Standpunkt scheint deshalb inkonsequent, weil der Anspruch einer Partei auf eine richtige Entscheidung immer auch als Anspruch auf eine Entscheidung schlechthin aufgefasst werden muss.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der VfGH die Zulässigkeit von Einschränkungen im Rechtsmittelverfahren lange Zeit vorrangig an dem sich aus dem Rechtsstaatsgebot ergebenden Postulat der „faktischen Effektivität von Rechtsschutzeinrichtungen“ geprüft hat. So sehr die Überlegungen zur faktischen Effektivität des Rechtsschutzes auch zutreffen, bleibt unausgesprochen, dass der Hauptzweck eines Rechtsmittelverfahrens nicht in seiner Effektivität, sondern in der Herstellung von Entscheidungsrichtigkeit liegt. Wie bereits mehrfach erwähnt, hat der Höchstgerichtshof erst in jüngerer Vergangenheit auf den – vorher nur implizit vorausgesetzten – Zusammenhang zwischen der Programmierung des Verwaltungsverfahrens und der Richtigkeit seines Ergebnisses hingewiesen. Abzuwarten bleibt, ob der VfGH auch in Zukunft auf das Kriterium der Richtigkeit stärker Bezug nehmen wird und verfahrensrechtliche Bestimmungen nicht nur hinsichtlich ihrer Effektivität, sondern auch ihres Beitrags zur Entscheidungsrichtigkeit prüft.

4. Grundsatz der Fairness

4.1 Begriff der Fairness

Der Grundsatz der Fairness verlangt, dass am rechtlichen Verfahren beteiligte Personen nicht als Objekte, sondern als Rechtssubjekte behandelt werden. Fairness bedeutet, dass ein Teilnehmer am Verfahren in seiner Persönlichkeit anerkannt, in seiner Freiheitssphäre geschützt und im behördlichen Umgang respektvoll behandelt wird. Geht es nach dem Grundsatz der Richtigkeit darum, wie ein Verfahren ausgestaltet sein muss, um zu einer richtigen Entscheidung zu kommen, fragt der Grundsatz der Fairness danach, welche Standards ein Verfahren aufweisen muss, damit die Teilnehmer eines Verfahrens fair behandelt werden. Diese beiden Grundsätze stehen zueinander in einem Ergänzungsverhältnis. Von der institutionellen Seite her betrachtet, gibt es zahlreiche Überschneidungen: So lässt sich etwa das

²⁹⁹ VwSlg.NF 1196 A; vgl. ferner Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht* 63; Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 59; Walter/Thienel, *Verwaltungsverfahrensgesetze* I 40.

³⁰⁰ VfSlg. 13.420, 13.527/1993, 16.028/2000.

Recht auf Parteiengehör als zentrale Verfahrensbestimmung für die Absicherung der Entscheidungsrichtigkeit begründen, genauso garantiert dieses Institut aber auch den fairen Umgang mit einem Verfahrensbeteiligten. Wie wir sehen werden, treten beide Grundsätze auch in *Konkurrenzverhältnis* zueinander, wenn es etwa um die Frage geht, wieweit in Persönlichkeitsrechte eines Verfahrensbeteiligten eingegriffen werden darf, um eine richtige Entscheidung zu erzeugen.

Der Grundsatz der Fairness gliedert sich in verschiedene Einzelgewährleistungen, die je nach Verfahrenstyp divergieren. Allgemein werden der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Begründung von Entscheidungen als Garantien des Fairnessgebots angesehen, ferner der Grundsatz der Waffengleichheit im gerichtlichen Verfahren oder die Rechte eines Angeklagten im Strafprozess.³⁰¹ Bevor auf die institutionellen Konsequenzen des Fairnessgebots für das Verwaltungsverfahren eingegangen wird, soll zunächst grundsätzlich geklärt werden, warum ein Teilnehmer an einem Verfahren das Recht auf eine faire Behandlung hat.

Wie ausgeführt, ergibt sich die Anerkennung einer Person bereits aus der Struktur des Verfahrens, weil eine Behörde ein Verfahren nicht mit sich selbst durchführen kann, sondern sich in ihrem Verwaltungshandeln notwendigerweise auf eine Person beziehen muss. In dieser Bezugnahme liegt die Anerkennung eines Minimums an Rechts- und Handlungsfähigkeit, weil nur so vorausgesetzt werden kann, dass eine Person am Verfahren mitwirken und sich entsprechend der Entscheidung verhalten kann.³⁰² Versteht man das rechtliche Verfahren als Diskurs, d.h. als argumentative Auseinandersetzung, können diese technischen Mindestvoraussetzungen zu einer gehaltvollen Rechtsposition erweitert werden. Das Sprachspiel der Argumentation verlangt, dass sich die Teilnehmer gegenseitig als vernunftbegabte Wesen mit Persönlichkeitsrechten anerkennen.³⁰³ In diesem Sinn sind einem Verfahrensbeteiligten all jene Rechte zuzugestehen, die ihm eine wirksame Verfolgung seiner Interessen ermöglichen. Die Anerkennung seiner Persönlichkeit verbietet es, dass durch behördliches Handeln in seine menschliche Würde eingegriffen wird.

³⁰¹ Vgl. *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 595 f; *ders.* Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rz 60 ff.

³⁰² Vgl. dazu oben S. 170 ff.

³⁰³ Vgl. *Apel*, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft 400.

Die Vorstellung, dass der einzelne nicht bloß Objekt staatlichen Handelns ist, sondern dem Staat als Rechtssubjekt gegenübertritt, geht auf den politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts zurück. Die zentrale Forderung war, dass der einzelne Bürger vom Staat als Träger von Grundrechten zu respektieren und zu schützen ist und dass er seine Interessen in einem rechtsstaatlichen Verfahren durchsetzen kann, er also vor behördlicher Willkür geschützt ist. Die Vorstellung des „selbstverantwortlichen, sein Leben frei gestaltenden Bürgers“³⁰⁴ ist wesentlich durch das Menschenbild der Aufklärung geprägt, das jeden Menschen, unabhängig von Stand, ethnischer Zugehörigkeit oder religiöser Überzeugung, gleich an Würde, Freiheit und Rechten ausstattet.³⁰⁵ Die Emanzipation des Untertans zum Rechtssubjekt kennzeichnet den Übergang vom absolutistischen Polizeistaat zum demokratischen Rechtsstaat.³⁰⁶

Warum einem Menschen unveräußerliche Rechte zustehen, ist eine alles andere als leicht zu beantwortende Frage. Die einflussreichste Erklärung stammt von *Kant*: Der menschliche Wille ist als Vermögen zu denken, sich selbst nach der Vorstellung gewisser Regeln zum Handeln zu bestimmen. Dieses Vermögen kann nur in einem vernünftigen Wesen angetroffen werden. Das, was dem Willen zum objektiven Grund seiner Selbstbestimmung dient, ist der Zweck, der für alle vernünftigen Wesen in gleicher Weise gilt.³⁰⁷ *Kant* unterscheidet zwischen subjektiven und objektiven Zwecken: Subjektive Zwecke resultieren aus den jeweiligen Wünschen eines Individuums und rechtfertigen sich über hypothetische Imperative (wenn du x willst, musst du y tun). Im Gegensatz dazu gibt es einen objektiven Zweck, nämlich den Menschen als einen vernünftigen Willen. Der Mensch als vernünftiger Wille existiert als Zweck an sich selbst und hat absoluten Wert: „Der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen *existiert* als Zweck an sich selbst, *nicht bloß als Mittel* zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichtete Handlungen *zugleich als Zweck* betrachtet werden.“³⁰⁸ Diese Erkenntnis führt zur *zweiten Formulierung des Kategorischen Imperativs*: „Handle so,

³⁰⁴ *Thienel*, Verwaltungsakt 47.

³⁰⁵ Programmatisch bringt § 16 ABGB diesen Gedanken zum Ausdruck: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“ Zum Menschenbild der Aufklärung vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 610 f.

³⁰⁶ Vgl. oben S. 38 ff.

³⁰⁷ Vgl. *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten 427.

³⁰⁸ Ebd. 428.

dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“³⁰⁹

Den Menschen als Zweck an sich zu behandeln, heißt, ihn in seiner Persönlichkeit anzuerkennen, man kann auch sagen: seine menschliche Würde zu respektieren. Nach *Köhler* ist die Selbstzweckhaftigkeit eine notwendige und hinreichende Bedingung für eine moralische Begründung der Menschenrechte, genauer gesagt mindestens eines Menschenrechts, von dem alle anderen Rechte abgeleitet werden können: dem „*Recht auf Menschenrechte*“, das in seiner Substanz darin besteht, als Person anerkannt zu werden, was körperliche Unversehrtheit und Freiheit impliziert.³¹⁰ Dieses „Recht auf Menschenrechte“ bedarf keiner Legitimierung durch Demokratie – weil es als dem Menschen zu eigen der Demokratie vorangeht und selber die Demokratie legitimiert. „Insofern kann gesagt werden, dass dann, wenn ein Recht auf Menschenrechte zugestanden werden wird, auch ein Recht auf Demokratie zugestanden werden muss. Aber nicht umgekehrt.“³¹¹

Die Rechtssphäre des Menschen definiert sich im Kategorischen Imperativ über das Verbot seiner Instrumentalisierung. Eine positive Formulierung legt *Kant* als angeborenes Recht auf Freiheit vor. Die Idee der Freiheit ist untrennbar mit dem Willen eines vernünftigen Wesens verbunden. Man kann sich nämlich unmöglich eine Vernunft denken, die in Bezug auf ihre Urteilskraft unter fremder Lenkung steht, weil das Subjekt dann nicht mehr aufgrund seiner Vernunft, sondern aus einem anderwärtigen Antrieb entscheiden würde. Die Vernunft als Wille eines vernünftigen Wesens muss sich selbst als frei ansehen, die Idee der Freiheit muss allen vernünftigen Wesen beigelegt werden.³¹² Die Freiheit ist ein unveräußerliches angeborenes Recht des Menschen, das nur durch die gleiche Freiheit der anderen begrenzt wird: „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür), sofern sie mit jedes andern Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht.“³¹³ *Kant* spricht von der angeborenen Freiheit eines Menschen nur im Singular und betont explizit, dass es sich dabei nur um das einzige angeborene Recht handelt. Dieses Freiheitsprinzip ist aufgrund sei-

³⁰⁹ Ebd. 429.

³¹⁰ Vgl. *Wolfgang R. Köhler*, Das Recht auf Menschenrechte, in: Hauke Brunkhorst et al. (Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte* (1999) 106 – 124; 111 ff.

³¹¹ Ebd. 113.

³¹² Vgl. *Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* 447 ff.

³¹³ *Kant*, *Metaphysik der Sitten* 337 [zitiert nach der Suhrkamp Werkausgabe].

ner transzendentalen Geltung als formales Prinzip zu denken, weshalb einzelne Grundfreiheiten nicht so einfach deduktiv abgeleitet werden können. Trotzdem ist es wichtig, das allgemeine Freiheitsprinzip in konkrete Freiheitsrechte ausdifferenzieren – erst dadurch erlangt dieses Prinzip praktische Wirksamkeit.³¹⁴

Die Funktion und Legitimation des Rechts liegt nun darin, die Freiheitsräume der einzelnen Menschen abzusichern: „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen.“³¹⁵ Das Zusammenleben von Menschen in einem Staat ist auf die Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit gegründet, die nicht als Gesetze eines errichteten Staates eingeräumt werden, „sondern nach denen allein eine Staatserrichtung reinen Vernunftprinzipien des äußeren Menschenrechtes überhaupt gemäß möglich ist.“³¹⁶

Hersch versucht vor dem Hintergrund der Überlegungen *Kants* die Frage zu beantworten, warum der Mensch besondere Rechte hat: Im Gegensatz zu Tieren hat der Mensch die einzigartige Fähigkeit, sich auf der Grundlage seines Verstandes für oder gegen eine Handlung zu entscheiden. Erst durch die Möglichkeit der Wahl zwischen verschiedenen Handlungsoptionen stellt sich die Frage nach „gut“ oder „schlecht“. Es ist jedem Menschen überlassen, für welche Handlungsoption er sich entscheidet – er kann auch das „Schlechte“ wählen, auch wenn er es selbst als schlecht beurteilt. Jeder Mensch trägt deshalb eine *verantwortungsvolle Freiheit* in sich. Die Fähigkeit zum freien Willen und die Verantwortung der Entscheidung

³¹⁴ So *Gerhard Luf*, Kant und die Menschenrechte, in: FS Winkler (1997) 597 – 613, 604 f, der betont: „Diese einzelnen Freiheitsrechte (...) erfassen immer nur Perspektiven der Freiheit und suchen in ihrer inhaltlichen Gestalt und unter Einbeziehung ‚materialer‘ Komponenten jene Güter zu schützen bzw. Bedrohungen von ihnen abzuwehren, die für die rechtliche Garantie autonomer Lebensgestaltung als von essentieller Bedeutung qualifiziert werden. Die kritische Rückbindung dieser Freiheitsrechte an die Freiheitsidee als tragender Grund und kritisches Prinzip dieser Konkretisierung verhindert, dass die notwendige gesetzliche Positivierung dieser Rechte zu einem kriterienlosen Grundrechtspositivismus verkommen.“ In die gleiche Richtung geht die Argumentation von *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 617: „Die einzelnen Freiheitsrechte sind historisch bedingte Antworten auf *spezielle* Bedrohungen oder Unterdrückungen der menschlichen Freiheit durch den Staat, vor allem durch polizeiliche Eingriffe und Verbote. Dies lässt sich an den Grundrechten des Schutzes vor Verhaftung, des Hausrechts, Briefgeheimnisses, der Vereins- und Versammlungsfreiheit, der Aufhebung der Zensur (Meinungsfreiheit) uva noch sehr deutlich an der Formulierung ablesen. Alle diese Rechte sind aber eigentlich nur Teilbereiche der individuellen Freiheit, die in sich einheitlich ist und als solche nicht in den inhaltlich begrenzten Einzelgrundrechten, sondern in der aus sich selbst heraus konstruierten *Persönlichkeit* und Würde des Menschen begründet wird.“

³¹⁵ *Kant*, Über den Gemeinspruch A 234.

³¹⁶ Ebd. A 235.

sind es, was den Menschen ausmacht und der Grund, warum er Rechte hat. *Hersch* bringt es auf den schönen Satz: „Der Mensch hat Rechte, denn er hat Anspruch darauf, aus sich einen Menschen machen zu können.“³¹⁷

Diese knappen Ausführungen sollen genügen, um zu zeigen, wie das Recht eines Menschen auf Anerkennung seiner Persönlichkeit als ein vernünftiges Wesen mit Rechten und Freiheiten begründet werden kann. Dieses komplexe Thema braucht für die vorliegende Arbeit nicht weiter vertieft werden, weil die Geltung der Grund- und Menschenrechte durch ihre völker- und verfassungsrechtliche Verbindlichkeit auch bei denjenigen vollkommen außer Streit steht, die den Gedanken ablehnen, dass sich aus der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen bzw. aus dem allgemeinen Freiheitsprinzip ein Recht auf Menschenrechte ableiten lässt.³¹⁸

Die Bedeutung des Grundsatzes der Fairness für das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens liegt darin, dass jeder Teilnehmer an einem Verwaltungsverfahren einen Anspruch auf Anerkennung als Person und auf würdevollen Umgang hat. Es geht einem Verfahrensbeteiligten zunächst nicht darum, dass ihm bestimmte Grundrechte zugestanden werden, sondern er generell und unbedingt als Mensch mit absolutem Wert, als Zweck an sich selbst, anerkannt wird.³¹⁹ Er will in seiner Persönlichkeit ernst genommen und nicht als Objekt behandelt werden. Dieser Anspruch ist im rechtlichen System als Grundwert der gleichen Menschenwürde für alle Menschen ausgedrückt: Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.³²⁰

³¹⁷ *Jeanne Hersch*, Menschenrechte und Menschsein: Warum hat der Mensch besondere Rechte? Vortrag mit Podiumsgespräch, gehalten in Salzburg am 22. Oktober 1993 (1994) 7.

³¹⁸ Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 33 ff. Während im angloamerikanischen Raum der vorstaatliche Ursprung der Menschenrechte (die Natur des Menschen) – trotz ihrer positivrechtlichen Verankerung und ihrer fallrechtlichen Fortentwicklung – bis heute vertreten wird, sehen die kontinentaleuropäischen Länder die Quelle der Grundrechte in den Rechten und Freiheiten, die in den jeweiligen Verfassungen als staatliche Gewährleistungen normiert sind. Vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 606 f, 615 f.

³¹⁹ Die Stellung des Bürgers gegenüber der Verwaltung beruht nicht auf der mehr oder weniger großzügigen Einräumung von Verfahrensrechten, sondern auf der prinzipiellen verfahrensrechtlichen Gleichordnung von Partei und Behörde in einem Verwaltungsrechtsverhältnis. Dieses rechtliche Grundverhältnis, in dem die Anerkennung eines Menschen als Rechtspersönlichkeit begründet liegt, geht nach dem AVG den besonderen Verfahrensrechten voraus. Vgl. *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 672.

³²⁰ Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (Resolution 217 (III) vom 10.12.1948).

Auffallend ist, dass das österreichische Verfassungsrecht zwar voraussetzt, dass jeder Mensch Rechtssubjekt mit unveräußerlichen Rechten ist, diese Anerkennung allerdings genauso wenig positivrechtlich normiert ist wie das Prinzip der Menschenwürde. Ebenso fehlt eine allgemeine Freiheitsklausel.³²¹ Einzig der sich aus der allgemeinen Anerkennung eines jeden Menschen als Subjekt mit gleichen Rechten ergebende Gleichheitssatz findet seine positive verfassungsrechtliche Verankerung (Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG). Trotzdem wird nach herrschender Ansicht davon ausgegangen, dass die in § 16 ABGB festgehaltene Anerkennung des Menschen als Rechtssubjekt und das Prinzip der Menschenwürde allgemeine Wertungsgrundsätze der österreichischen Rechtsordnung darstellen.³²²

Eine historische Betrachtung zeigt, dass das liberale Bild des selbstbestimmten, mit Würde ausgestatteten Menschen Eingang in das AVG und B-VG gefunden hat.³²³ Dass der Verfahrensbeteiligte nicht bloß als Verfahrensobjekt behandelt werden darf, sondern Partei des Verfahrens mit prozessualen Rechten sein soll, drückt sich deutlich in § 8 AVG und in den Rechtsschutzgarantien des B-VG aus.³²⁴ Erstaunlich ist, dass der VfGH zwar die im B-VG umgesetzten Forderungen des politischen Liberalismus nach Gesetzesbindung und effektiven Rechtsschutzgarantien in seiner Rspr anspricht, jedoch nicht den mit diesen Forderungen verfolgten Zweck, dass der einzelne gegenüber dem Staat als Rechtssubjekt anerkannt und geschützt werden soll.³²⁵ Dass ein Verfahrensbeteiligter von Behörden als Rechtssubjekt zu behandeln ist, wird zwar vom VfGH – etwa in seiner Judikatur zum Willkürverbot – vorausgesetzt, jedoch nicht offen ausgesprochen. Auch in der Rechtsstaatsjudikatur fehlt ein derartiges Bekenntnis. Soweit ersichtlich hat der VfGH erst einmal eine Verfahrensbestimmung auf der Grundlage des Rechtsstaatsgebots aufgehoben, weil die Verfahrenspartei in ihrer Rechtspersönlichkeit verletzt wurde. Konkret handelte es sich um eine Bestimmung der AsylG-Novelle 2003, wonach ein Asylwerber bei der Einbringung eines Folgeantrags in Schubhaft genom-

³²¹ Anders dagegen die Situation in Deutschland und in der Schweiz. Das deutsche Grundgesetz bestimmt: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 1). Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 Abs. 1). Die Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft stellt an die Spitze ihres Grundrechtskatalogs das Prinzip der Menschenwürde: Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen (Art. 7).

³²² Vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 378; *Franz Bydlinki*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988) 176; *Felix Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte (1963) 60; *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 748; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 674 ff.

³²³ Zur Umsetzung der liberalen Forderungen im AVG vgl. oben S. 38 ff.

³²⁴ Vgl. dazu ausführlich: *Thienel*, Verwaltungsakt 45 ff.

³²⁵ Ebd.

men werden konnte, also aufgrund einer Verfahrenshandlung einen massiven Eingriff in seine Freiheitssphäre zu befürchten hatte.³²⁶

Die Anerkennung des Verfahrensbeteiligten als Rechtspersönlichkeit und seine respektvolle Behandlung im Verfahren haben wichtigen Einfluss auf die Akzeptanz einer Entscheidung, wie rechtssoziologische Untersuchungen zeigen. Die Procedural Justice Forschung geht davon aus, dass die potentiell Betroffenen eine für sie nachteilige Entscheidung eher akzeptieren, wenn sie in das Entscheidungsverfahren einbezogen werden und das Verfahren bestimmten Mindestanforderungen entspricht, das Verfahren also insgesamt als fair bewertet wird.³²⁷ Das Erleben eines fairen Verfahrens soll das Vertrauen der Bürger in die Verwaltung stärken. Nach dem „Group Value Modell“ sind Menschen als soziale Wesen an Gruppen gebunden und gewinnen ihre soziale Identität teilweise durch Gruppenmitgliedschaften. Sie identifizieren sich mit Gruppen und lernen deren Werte. Verfahren gelten als Symbole der Gruppe. „Gruppenmitglieder erwarten entsprechend dieser Werte behandelt zu werden – durch die Gruppe und durch die Autoritäten, die für die Gruppe entscheiden. Werden im Laufe eines Verfahrens diese Fairnesserwartungen enttäuscht, folgen eine Unzufriedenheit mit den Entscheidungen, sowie ein Vertrauensverlust in die für die Gruppe handelnden Autoritäten und die Gruppe selbst.“³²⁸ *Insgesamt sind es vier Erwartungen, die von einem Teilnehmer an das rechtliche Verfahren herangetragen werden: Die Achtung seiner Person, das Wohlwollen des Entscheiders, die Neutralität des Entscheiders und die Möglichkeit der Darstellung der eigenen Position.*³²⁹ Auf diese Erkenntnisse nimmt der „Good Governance“-Ansatz Bezug³³⁰, der als eine zentrale Forderung der Verwaltungsreform die stärkere partnerschaftliche Einbindung von Parteien (und Vertretern der Zivilgesellschaft) in Entscheidungsprozesse fordert. „Gute Entscheidungen“ weisen sich dadurch aus, dass sie in einem Verfahren gewonnen werden, das die Beteiligten in Anerkennung ihrer Persönlichkeit, ihrer Interessen und Wünsche in das Verfahren integrieren kann.

³²⁶ Vgl. dazu oben S. 114 f.

³²⁷ Vgl. *Alfons Bora*, Bedeutungen von „Verfahrensgerechtigkeit“, in: Stephan Barton (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis* (2002) 21 – 32, 24 ff; *Astrid Epp*, Divergierende Konzepte von „Verfahrensgerechtigkeit“. Eine Kritik der Procedural Justice Forschung (1998) 3; *Stefan Machura*, Verfahrensgerechtigkeit aus der Perspektive von Beschuldigten, in: Stephan Barton (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis* (2002), 195 – 232, 199 ff.

³²⁸ *Machura*, *Verfahrensgerechtigkeit* 200.

³²⁹ Ebd.

³³⁰ Vgl. oben S. 56 f.

4.2 Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Im Folgenden soll gezeigt werden, welche Implikationen der Grundsatz der Fairness für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren hat und welche Umsetzung es im AVG findet. Als theoretische Grundlage soll dafür das von *Hoffmann* vorgestellte *Modell der internen prozeduralen Gerechtigkeit* herangezogen werden.³³¹ Verfahrensregeln dienen nicht nur der Realisierung des materiellen Rechts und der Herbeiführung einer richtigen Entscheidung, sondern ebenso der gerechten Behandlung einer Verfahrenspartei und anderer am Verfahren beteiligten Personen (z.B. Zeugen). Es geht dabei primär nicht mehr um die Herstellung von finaler Gerechtigkeit *durch das Verfahren*, sondern um die Herstellung von materialer Gerechtigkeit *im Verfahren*.³³² Da Verfahrensregeln häufig beide Funktionen erfüllen, wird ihre eigenständige Bedeutung für die gerechte Behandlung von Verfahrensparteien oft von ihrer Funktion für die Entscheidungsrichtigkeit verdeckt. Der unabhängige Wert von Verfahrensregeln für die interne prozedurale Gerechtigkeit zeigt sich darin, dass auch ein Verfahren, das materiell ungerechtes Recht anwendet, also insgesamt zu einem ungerechten Ergebnis führt, fair ablaufen kann.³³³

Die eigenständige Funktion der internen prozeduralen Gerechtigkeit besteht ferner darin, dass bestimmte Verfahrensregeln, die den Schutz der Freiheit und Würde der Verfahrensbeteiligten garantieren, selbst dann uneingeschränkte Anwendung erfahren müssen, wenn sie für die richtige Entscheidungsfindung dysfunktional sind. Besonders deutlich zeigt sich dies im Verbot von unerlaubten Verhörmethoden im Strafverfahren. „Die Wahrheitssuche als Voraussetzung für die Herstellung finaler Gerechtigkeit findet dort ihre Grenze, wo die personale Würde des Verfahrensbeteiligten eine ethisch gebotene Sperrwirkung entfaltet. Man bescheidet sich mit einem nur unzureichend erhellten Sachverhalt um der Personenhaftigkeit und damit der Würdeintegrität des Angeklagten willen. Gerechtigkeit verstanden als eine umfassende ethische Idee bezieht dabei den Würdegedanken ein, baut sich sogar konstitutiv darauf auf. Prozedura-

³³¹ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 140 ff.

³³² Diese Differenzierung entspricht der in der Soziologie getroffenen Unterscheidung zwischen Verfahrensgerechtigkeit und Urteilsgerechtigkeit: „Verfahrensgerechtigkeit bezieht sich auf die Art und Weise, wie man zu einer Entscheidung kommt, Urteilsgerechtigkeit auf den Entscheidungsinhalt.“ *Machura*, Verfahrensgerechtigkeit 195.

³³³ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 142. *Machura* weist darauf hin, dass die Fairness eines Verfahrens unabhängig von ihrem Ergebnis wahrgenommen werden kann. Man kann sich über den Ablauf eines Verfahrens eine Meinung bilden, noch bevor man das Ergebnis kennt. Die Bewertung über die Verfahrensgerechtigkeit beeinflusst die Meinung über die Urteilsgerechtigkeit. Wird das Verfahren als fair angesehen, führt dies dazu, dass eine auch nachteilige Entscheidung eher als fair beurteilt wird, wie *Machura* durch empirische Studien nachweisen kann. Vgl. *Machura*, Verfahrensgerechtigkeit 199, 210 ff.

le Gerechtigkeit in diesem Sinne meint also einen Verfahrensgestaltung, die den Verfahrensbeteiligten durch seine Anerkennung als Person in das Verfahren zu integrieren weiß und somit in seiner Personenhaftigkeit begreift.“³³⁴

Nach dem Modell der internen prozeduralen Gerechtigkeit lassen sich vier – sich ergänzende – Konzeptionen von Fairness im Verfahren unterscheiden:³³⁵

- (a) Fairness als Gebot der Achtung der Menschenwürde
- (b) Fairness als Gleichbehandlungsgebot
- (c) Fairness als Willkürverbot
- (d) Fairness als prozedurale Fürsorge

a) Achtung der Menschenwürde

Die menschliche Würde ist unantastbar und von der Behörde im Verfahren uneingeschränkt zu achten. Dies beinhaltet das Verbot illegitimer Eingriffe in die Rechtssphäre einer Verfahrenspartei und das Gebot die Persönlichkeit der Verfahrenspartei anzuerkennen. Eine Entscheidung darf sich nicht dadurch entwerten, dass sie um jeden Preis herbeigeführt wird. Wie erwähnt sind deshalb Methoden der Entscheidungsfindung unzulässig, die entweder die menschliche Würde verletzen (z. B. indem eine Aussage durch physischen oder psychischen Druck abgepresst werden soll), oder die von Verfahrensbeteiligten Unzumutbares fordern: „Die ethische Pflicht zur Wahrhaftigkeit darf sich nicht zu einer rechtlichen Pflicht zur Selbstbelastung verfestigen. Aus diesem Grunde muss das Verfahren persönliche Bindungen von Verfahrensteilnehmern insoweit berücksichtigen, als es genauso wenig eine Pflicht statuieren kann, als Zeuge Aussagen gegen nahe Angehörige zu machen. Dadurch sollen unzumutbare Gewissenskonflikte des Zeugen vermieden werden.“³³⁶

Das AVG kennt mehrere *Beweismittelverbote*: Nicht als Zeugen vernommen werden dürfen gem. § 48 AVG Personen, die zur Mittelung ihrer Wahrnehmung unfähig sind oder es zu der Zeit, auf die sich ihre Aussage beziehen soll, waren, Geistliche darüber, was ihnen unter Siegel der Verschwiegenheit anvertraut wurde und Amtorgane, die durch die Aussage ihre Amtsverschwiegenheit verletzen würden, sofern sie von dieser nicht entbunden wurden.

³³⁴ Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit 142 f.

³³⁵ Hoffmann spricht in diesem Zusammenhang von ›Gerechtigkeit‹, verwendet diesen Begriff allerdings im Sinn von ›Fairness‹.

³³⁶ Ebd. 145.

Nach § 49 Abs. 1 AVG darf die Aussage von einem Zeugen verweigert werden, wenn er durch die Beantwortung der Fragen sich selbst oder einem nahen Angehörigen einen unmittelbaren bedeutenden Vermögensnachteil zufügen³³⁷, die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung zuziehen oder die Antworten „zur Schande gereichen“ würden. Ferner darf die Beantwortung von Fragen verweigert werden, wenn dadurch eine staatlich anerkannte Verpflichtung zur Verschwiegenheit (z. B. Arztgeheimnis) oder ein Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis verletzt werden würde. Nicht beantwortet werden müssen Fragen über die Ausübung eines geheimen Wahl- oder Stimmrechts. Berufsmäßige Parteienvertreter (z. B. Rechtsanwälte) können die Zeugenaussage darüber verweigern, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Vertreter einer Partei von dieser anvertraut wurde (§ 49 Abs. 2 AVG). Wenn ein Zeuge eine Aussage verweigern will, so hat er die Gründe seiner Weigerung glaubhaft zu machen; bei einer ungerechtfertigten Aussagenverweigerung kann eine Ordnungsstrafe gem. § 34 AVG gegen ihn verhängt werden. Falschaussagen von Zeugen können gem. § 289 StGB strafrechtlich bestraft werden. Die Regeln zur Aussageverweigerung gelten auch für die Vernehmung von Beteiligten – allerdings darf ein Beteiligter seine Aussage nicht wegen eines befürchteten Vermögensnachteils verweigern (§ 51 AVG). Dagegen hat die Falschaussage eines Beteiligten keine strafgerichtlichen Konsequenzen – eine Ordnungsstrafe wegen Aussageverweigerung kann hingegen verfügt werden.³³⁸ Im Verwaltungsstrafverfahren gilt zusätzlich das Verbot der Selbstbelastung („nemo tenetur“): Ein Beschuldigter kann zu der Beantwortung der an ihn gestellten Fragen nicht gezwungen werden (§ 33 Abs. 2 VStG).³³⁹

Auffallend ist, dass es im AVG keine ausdrücklichen *Beweismethoden- und Beweisverwertungsverbote* gibt. Beweismethodenverbote verbieten ein bestimmtes Vorgehen bei der Aufnahme eines an sich zulässigen Beweismittels durch die Behörde. Beweisverwertungsverbote sollen verhindern, dass der dem Beweisverbot zuwider aufgenommene Beweis der Entscheidung zugrunde gelegt wird.³⁴⁰ Nach der Rspr des VwGH dürfen grundsätzlich auch rechts-

³³⁷ Wegen der Gefahr eines Vermögensnachteils darf die Aussage über Geburten, Eheschließungen und Sterbefälle der in § 49 Abs. 1 AVG genannten Personen allerdings nicht verweigert werden (§ 49 Abs. 3 AVG).

³³⁸ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 184; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 357.

³³⁹ Im Verwaltungsstrafverfahren geht das Selbstbelastungsverbot Hand in Hand mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung. Solange die Schuld des Angeklagten (Beschuldigten) nicht positiv festgestellt ist, gilt er als unschuldig (Art. 6 Abs. 2 EMRK).

³⁴⁰ Vgl. *Jürgen Frieberger*, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997) 35 ff; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 597 f.

widrig erlangte Beweise berücksichtigt werden.³⁴¹ Eine Schranke besteht allerdings dann, wenn dem rechtswidrig erlangten Beweis ein unvertretbarer Eingriff in die menschliche Würde darstellt. So ist es etwa die Verwertung von Beweisen verboten, die durch die Anwendung von Folter gewonnen wurden³⁴² oder die Verwertung rechtswidrig abgenommener Blutproben.³⁴³

Die positive Anerkennung einer Person als Rechtssubjekt erfolgt im Verwaltungsverfahren durch die Einräumung der *Parteistellung* (§ 8 AVG) und der damit verbundenen Rechte (Parteiengehör, Akteneinsicht, Rechtsschutz, etc). Dadurch kann eine Partei aktiv am Verfahren mitwirken, und es wird verhindert, dass mit ihr wie mit einem Objekt „verfahren“ wird. Dies zeigt sich deutlich am *Recht auf Parteiengehör: In der Beteiligung einer Partei am Diskurs in einem Verfahren vollzieht sich ihre Anerkennung als Rechtspersönlichkeit. Die Möglichkeit, dem Entscheidungsorgan ihre Sicht der Dinge darlegen zu können, ist für Verfahrensbeteiligte auch unabhängig davon wichtig, ob dies letztlich Einfluss auf die Entscheidung hat.*³⁴⁴ Damit kommt den Kommunikations- und Informationsrechten neben ihrer oben beschriebenen Bedeutung für die Richtigkeit der Entscheidungsfindung eine zweite wichtige Funktion zu. Da diese Rechte im AVG im Wesentlichen nur Parteien zugestanden werden, kommt der Frage der Parteistellung zentrale Bedeutung zu. Zutreffend geht *Pernthaler* davon aus, dass die Gewährung der Parteistellung „nicht als beliebig abänderbare einfachgesetzliche Verfahrensnorm aufzufassen [ist], sondern als *allgemeiner Rechtsgrundsatz*, der die Garantie enthält, dass jeder Mensch im Sinne des § 16 ABGB als *Rechtsperson* aufzufassen ist und daher seine Rechte verfahrensrechtlich selbst wahren können muss.“³⁴⁵ Die Parteistellung im Verwaltungsverfahren ist nach seiner Ansicht ein Verfassungsgrundsatz³⁴⁶, ihre Einschränkung oder ihr Entzug ist durch den VfGH streng zu prüfen.³⁴⁷

³⁴¹ Vgl. VwGH 17.4.1991, 90/02/0166; *Frieberger*, Beweisverbote 171; *Hauer/Leukauf*, Handbuch 537 f; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 748 ff.

³⁴² Art. 15 UN-Folterkonvention (BGBl. 492/1987).

³⁴³ Vgl. VwGH verst. Senat Slg. 9975 A. Vgl. dazu *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 329.

³⁴⁴ Vgl. *Epp*, Procedural Justice Forschung 30.

³⁴⁵ *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 672.

³⁴⁶ Ebd. 671 f.

³⁴⁷ *Pernthaler* verweist hier auf die Rspr des VfGH zum Gleichheitsgrundsatz, betont aber, dass „die Vereinbarkeit von Manipulationen der Parteistellung mit dem Rechtsstaatsprinzip und mit Art. 6 EMRK zu überprüfen sind.“ Ebd. 672.

Die jüngeren Reformen des Verwaltungsverfahrens haben die kommunikativen Strukturen des AVG fortentwickelt, um die Partizipation einer auch größeren Zahl von möglichen Betroffenen an einer Verwaltungsentscheidung zu ermöglichen.³⁴⁸ Dabei geht es um die Stärkung der aktiven Mitgestaltungsmöglichkeit der Bürger am Verwaltungsgeschehen, um die Interessen von Betroffenen durch ihre Einbindung anzuerkennen und ihre Akzeptanz für die Entscheidung herzustellen. Im AVG wurden *partizipative Kommunikationsmöglichkeiten bei Großverfahren* mit mehr als 100 Personen durch die AVG-Novelle 1998³⁴⁹ eingeführt. Kernstück des Großverfahrens ist die öffentliche Erörterung des Vorhabens (§ 44c AVG), die eine breite Bürgerbeteiligung und –information ermöglichen soll. Jedermann kann Fragen stellen und sich zum Vorhaben äußern – die öffentliche Erörterung ist ein Forum, wo Bürger gegen ein Projekt auftreten oder sich schlicht über dieses informieren können, auch wenn sie in diesem Verfahren keine Parteistellung haben.

Die Achtung der Menschenwürde – oder anders gewendet: das Verbot der Instrumentalisierung eines Beteiligten – hat auch Konsequenzen auf den *zeitlichen Ablauf eines Verfahrens*. Verhandlungen sind so anzusetzen, dass sich ein Verfahrensbeteiligter entsprechend vorbereiten bzw. rechtsfreundliche Unterstützung beziehen kann. Ebenso muss ausreichend Zeit eingeräumt werden, um bei einer mündlichen Verhandlung das Wort erheben oder in der gesetzten Frist eine schriftliche Stellungnahme abgeben zu können.³⁵⁰ Die persönliche Würde eines jeden Menschen verbietet, dass mit ihm „kurzer Prozess“ gemacht wird.³⁵¹ Auf der anderen Seite ist in angemessener Zeit eine Entscheidung über eine Rechtssache zu treffen – es verbietet sich, dass eine Verfahrenspartei über den Ausgang eines Verfahrens über einen langen Zeitraum hinweg im Ungewissen gelassen wird. Abhilfe gegen Behördensäumnis schafft hier der Rechtsbehelf des Devolutionsantrags gem. § 73 AVG.

Die Anerkennung eines Verfahrensteilnehmers als Rechtspersönlichkeit hat auch Einfluss auf *prozedurale Sanktionsmechanismen*. Eine auf das Verfahren bezogene Handlung oder Unterlassung darf nur dann Sanktionen nach sich ziehen, wenn das Verhalten dem Betroffenen individuell vorwerfbar ist. Erleidet eine Partei etwa aufgrund einer Frist- oder Terminversäumnis einen Rechtsnachteil, so muss sie ein Verschuldensvorwurf treffen, damit der Verlust ihrer

³⁴⁸ Ausführlich dazu: *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 349 ff.

³⁴⁹ BGBl. I 158/1998.

³⁵⁰ Behörden sind vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsgebots verpflichtet, Parteien ausreichend Zeit für eine Stellungnahme einzuräumen vgl. VfSlg. 17.340 S. 188 ff.

³⁵¹ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 146.

Rechtsposition gerechtfertigt ist.³⁵² Der Vorwurf des Verschuldens bedingt die Anerkennung der Freiheitssphäre der Partei: „Ein Verschuldensvorwurf kann aber nur dann erhoben werden, wenn der einzelnen Partei die Freiheit zukommt, ihr prozessuales Verhalten selbst zu gestalten. Mit dieser Freiheit korrespondiert die Verantwortung für das eigene rechtliche Tun.“³⁵³

b) Gleichbehandlungsgebot

Die Anerkennung der Verfahrensbeteiligten als Rechtspersönlichkeiten bedeutet, ihnen die *gleiche* Rechtsposition zuzuerkennen, da alle Menschen gleich an Würde und Rechten geboren sind.³⁵⁴ Das Entscheidungsorgan hat den Verfahrensbeteiligten unparteilich gegenüber zu treten und sie in gleicher Weise zu behandeln.³⁵⁵ Das Gleichbehandlungsgebot verlangt auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung die Einräumung gleicher Kommunikations- und Informationsrechte und auf der Ebene der Rechtsfindung eine gleichmäßige Rechtsanwendung. In einer mündlichen Verhandlung ist nach § 43 Abs. 4 AVG darauf zu achten, dass jede Partei in der gleichen Weise die Gelegenheit hat, sich zu Wort zu melden, ihren Standpunkt darzulegen und Fragen an die anwesenden Zeugen und Sachverständigen zu stellen. Keine Partei darf gegenüber einer anderen Partei schlechter gestellt werden. Das gilt auch für die Akteneinsicht: Allen an einem Verfahren beteiligten Parteien muss auf Verlangen die Akteneinsicht in gleichem Umfang gewährt werden (§ 17 Abs. 2 AVG).³⁵⁶

Im Verfahren vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten kommt neben den Parteien gem. § 8 AVG den belangten Behörden Parteistellung zu. Das ist im Berufungsverfahren die Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat, im Verfahren über Maßnahmenbeschwerden die Behörde, der der angefochtene Verwaltungsakt zuzurechnen ist und bei einem Devolutionsantrag die Unterbehörde, deren Säumnis bekämpft wird (§ 67b AVG). Als Ausdruck des Gleichbehandlungsgebots gilt der *Grundsatz der Waffengleichheit*: Er besagt, dass

³⁵² Siehe dazu ausführlich unten S. 268 ff.

³⁵³ Hoffmann, *Verfahrensgerechtigkeit* 154.

³⁵⁴ Zur Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren vgl. ausführlich oben S. 74 ff.

³⁵⁵ Vgl. § 7 AVG.

³⁵⁶ Die Gleichbehandlung geht so weit, dass ein Dokument, das gegenüber einer Partei gem. § 17 Abs. 3 AVG von der Akteneinsicht auszuschließen ist, auch gegenüber allen anderen Parteien – selbst wenn auf sie kein Verweigerungsgrund zutrifft – von der Einsichtnahme auszunehmen ist. Wird einer Partei hingegen zu Unrecht die Akteneinsicht gewährt, so verlangt das Gleichbehandlungsgebot, dass auch den anderen Parteien gleiche Einsichtnahme einzuräumen ist, selbst wenn ein Verweigerungsgrund gem. § 17 Abs. 3 AVG vorliegen sollte. Vgl. *Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 181.

jeder Partei Gelegenheit gegeben werden muss, ihren Fall einschließlich ihrer Beweise zu präsentieren, und zwar unter Bedingungen, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner bedeuten.³⁵⁷ Belangte Behörde und Rechtsmittelwerber müssen damit grundsätzlich gleichgestellt werden. Dieser Gedanke ist im Zivilprozess einfacher zu verwirklichen als im Verwaltungsverfahren. Die Besonderheit des Verwaltungsverfahrens besteht darin, dass es hier zu einem Funktionswechsel der belangten Behörde vom Entscheidungsorgan zur Gegenpartei und nach Ende des Verfahrens möglicherweise wieder zu einem Entscheidungsorgan (etwa nach einer Zurückverweisung³⁵⁸) kommt. Die Behörde hat einen Informationsvorsprung, da sie als Entscheidungsorgan jedenfalls den gesamten Akteninhalt kennt. Zudem verfügt eine Behörde über mehr Ressourcen als eine einfache Verfahrenspartei; so kann eine Behörde regelmäßig auf ihr zur Verfügung stehende Amtssachverständige zurückgreifen. Es ist klar, dass die unterschiedlichen Ausgangssituationen im UVS Verfahren nicht zur Gänze ausgeglichen werden können. Dennoch muss in einem UVS Verfahren darauf geachtet werden, dass ein angemessenes Gleichgewicht zwischen belangter Behörde und Partei hergestellt wird.³⁵⁹

c) Willkürverbot

Eng mit dem Gebot der Gleichbehandlung verbunden, ist das Verbot der Willkür. Das Willkürverbot ist Ausdruck des Gleichheitssatzes, geht aber über das Gebot der Gleichbehandlung hinaus.³⁶⁰ Willkür bedeutet irrationales Verhalten gegenüber der Verfahrenspartei. Als willkürlich gilt eine Entscheidung dann, wenn eine Behörde einer Verfahrenspartei absichtlich Unrecht zufügt oder eine Entscheidung unter keiner objektiven Betrachtungsweise begründbar und damit rechtfertigbar ist.³⁶¹ *Das Willkürverbot verfolgt zwei Ziele: Die Absicherung der Richtigkeit einer Entscheidung und den korrekten Umgang mit einer Verfahrenspartei.* Eine Entscheidung ist gegenüber der Verfahrenspartei mit rationalen Argumenten zu begründen. Eine irrationale Entscheidung ist nicht nur unrichtig, sondern stellt auch eine Kränkung der Partei dar.³⁶²

³⁵⁷ Vgl. Grabenwarter, Verfahrensgarantien 596.

³⁵⁸ Eine Zurückverweisung durch den UVS ist gem. § 67h Abs. 1 iVm § 66 Abs. 4 AVG nur zulässig, wenn der UVS keine mündliche Verhandlung durchgeführt hat. Diesfalls hat er in der Sache selbst zu entscheiden. Vgl. Rudolf Thienel, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992) 126 ff.

³⁵⁹ Vgl. Grabenwarter, Verfahrensgarantien 599 f.

³⁶⁰ Zur Rspr des VfGH zum Willkürverbot vgl. oben S. 81 f.

³⁶¹ Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit 148.

³⁶² Einen Menschen als vernünftige Person anzuerkennen bedeutet, sich auf einen rationalen Diskurs mit ihm einzulassen. Apodiktische oder irrationale Argumente sprechen dem Gegenüber seine Vernunft ab und

Als willkürliches Verhalten einer Behörde im Verwaltungsverfahren gilt nach der Rspr des VfGH das Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit, gröbliche Missachtung des Akteninhalts, schwerwiegende Verletzung des Rechts auf Parteiengehör, unzureichende Bescheidbegründung, der kein Begründungswert zukommt, etc.³⁶³

Prozedural wird das Willkürverbot dadurch abgesichert, dass die Parteien mit Rechtsschutzbefugnissen ausgestattet werden, die eine Überprüfung der Entscheidung durch eine übergeordnete Behörde ermöglichen. Die Möglichkeit der Kontrolle einer Entscheidung hat disziplinierende Wirkung und hält eine Behörde dazu an, ein Verfahren korrekt durchzuführen und den Bescheid ernsthaft zu begründen, will sie nicht die Aufhebung ihrer Entscheidung riskieren. Auch ohne Anfechtung eines Bescheids kann die Oberbehörde von Amts wegen in Ausübung ihres Aufsichtsrechts einen als willkürlich eingestuften Bescheid aufheben oder abändern (§ 68 AVG).

Willkürlich handelt eine Behörde nicht nur dann, wenn sie die Verfahrensvorschriften gröblich missachtet, sondern auch, wenn sie sich weigert, ihre Zuständigkeit wahrzunehmen oder sich eine Zuständigkeit anmaßt, die ihr nicht zukommt. Auf die Einhaltung der gesetzlichen Zuständigkeitsregeln besteht ein verfassungsgesetzlich garantierter subjektiver Rechtsanspruch, der jedoch nicht aus dem Willkürverbot, sondern aus dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter abgeleitet wird.³⁶⁴

d) Prozedurale Fürsorge

Ein Spezifikum des modernen rechtsstaatlichen Verfahrens ist die Verpflichtung zur prozeduralen Fürsorge. Sinn der Fürsorgepflicht ist es, dass rechtsunkundige Verfahrensparteien bei ihren Prozesshandlungen von der Behörde unterstützt werden. Dies drückt sich in „Hinweisen und Ratschlägen an die hilfebedürftige Partei aus, aber auch in der finanziellen Unterstützung einer mittellosen Prozesspartei.“³⁶⁵ Die prozedurale Fürsorgepflicht korrespondiert mit der Idee der Gleichheit. Der faktischen Ungleichheit von Verfahrensparteien hinsichtlich ihres Rechtsverständnisses, ihrer Kompetenzen und ihres finanziellen Hintergrundes kann allein

zeigen, dass er nicht ernst genommen wird. Willkürliche Entscheidungen erzeugen in einer Verfahrenspartei das Gefühl der Ohnmacht, da eine Behörde demonstriert, dass sie die Macht hat, eine Entscheidung gegen alle Vernunft zu treffen, die von der Partei trotzdem hingenommen werden muss.

³⁶³ Vgl. oben S. 82.

³⁶⁴ Vgl. oben S. 69 ff; *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren 275 f.

³⁶⁵ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 150.

durch eine formale Gleichbehandlung durch das Gesetz nicht begegnet werden. Es braucht vielmehr prozedurale Ausgleichsmechanismen, die materielle Gleichheit herzustellen versuchen.³⁶⁶

Die prozedurale Fürsorgepflicht im Verwaltungsverfahren war weniger Anliegen des politischen Liberalismus, der insbesondere die Autonomie der Verfahrenspartei gegenüber der staatlichen Bürokratie gewahrt wissen wollte, sondern vorrangiges Ziel der Sozialdemokratie. Das Verwaltungsverfahren sollte so ausgestaltet sein, dass auch Arbeiter und Angehörige von niedrigen Bildungsschichten ihre Interessen ohne anwaltliche Vertretung wirksam gegenüber der Behörde geltend machen können.³⁶⁷ Der Gedanke der prozeduralen Fürsorge ist im AVG in mehrfacher Weise verwirklicht. Im Unterschied zum Zivil- oder Strafprozessrecht zeichnet sich das Verwaltungsverfahren durch Einfachheit und geringen Formalismus aus. Rechtsunkundige Verfahrensparteien sollen von der Behörde über die rechtlichen Rahmenbedingungen und möglichen Konsequenzen ihres Handelns aufgeklärt werden: § 13a AVG normiert, dass die Behörde Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen notwendigen Anleitungen zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren haben (*Manuduktionspflicht*). Parteien haben einen subjektiven Rechtsanspruch auf Belehrung, die Verletzung der Manuduktionspflicht stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar.³⁶⁸ Inhalt der Rechtsbelehrung ist nur die Aufklärung über Verfahrenshandlungen und deren unmittelbare Folgen, nicht aber wie ein Vorbringen gestaltet sein muss, damit einem Antrag stattgegeben werden kann.³⁶⁹ Die Belehrung hat in der Regel mündlich zu erfolgen, gegenüber Mitgliedern einer anerkannten Volksgruppe in der jeweiligen Volksgruppensprache als zusätzliche Amtssprache.³⁷⁰

Das Institut der Rechtsbelehrung findet sich auch als Bestandteil des Bescheids (§ 58 Abs. 1 AVG). Gemäß § 61 AVG hat die Rechtsbelehrung anzugeben, ob der Bescheid noch einem weiteren Rechtszug unterliegt oder nicht. Ist ein Rechtsmittel möglich, ist anzugeben, inner-

³⁶⁶ Vgl. ebd. 149 ff.

³⁶⁷ Vgl. oben S. 49.

³⁶⁸ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 112 f. Die Erteilung eines Auftrags zur Mängelbehebung wird vom VwGH zu den Grundsätzen eines geordneten rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens gezählt, der auch in Verfahren gelten muss, in denen das AVG nicht zu Anwendung kommt. Vgl. VwGH 19.10.1990, 89/18/0140.

³⁶⁹ Vgl. VwGH 25.4.2002, 99/10/0170; 4.9.1995, ZI 93/10/0229 mwN.

³⁷⁰ Vgl. *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 164.

halb welcher Frist und bei welcher Behörde dieses einzubringen ist.³⁷¹ Auf die gesetzlichen Erfordernisse des Rechtsmittels ist hinzuweisen.³⁷² Bei einer fehlenden oder falschen Rechtsmittelbelehrung sorgen eigene Bestimmungen dafür, dass es zu keinen nachteiligen Folgen für die Partei kommt.³⁷³ Eine Pflicht zur Belehrung ist ferner bei der Zeugenvernehmung statuiert: Jeder Zeuge ist über die gesetzlichen Gründe für die Verweigerung der Aussage zu unterrichten³⁷⁴ sowie auf die Folgen einer ungerechtfertigten Aussagenverweigerung und die strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage aufmerksam zu machen (§ 50 AVG).

In eine ähnliche Richtung wie die Belehrungspflicht geht die behördliche Verpflichtung, fälschlicherweise bei ihre eingelangte Anbringen ohne unnötigen Aufschub (auf die Gefahr des Einschreiters) an die zuständige Behörde weiterzuleiten oder den Einschreiter an diese zu verweisen (§ 6 Abs. 2 AVG). Dieser Grundsatz soll gewährleisten, dass einer Partei aus Unkenntnis der Behördenorganisation und der Zuständigkeitsnormen kein Rechtsnachteil entstehen soll.³⁷⁵ Bemerkenswert ist, dass der VwGH in der Verpflichtung zur Weiterleitung einen derart wichtigen Grundsatz erblickt, dass dieser auch in Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommen muss, für die § 6 Abs. 2 nicht gilt.³⁷⁶

Der Gedanke der prozeduralen Fürsorgepflicht drückt sich auch in der *Verpflichtung des Leiters einer mündlichen Verhandlung aus, zwischen widerstreitenden Interessen der Parteien zu vermitteln*: Stehen einander zwei oder mehrere Parteien mit einander widersprechenden Ansprüchen gegenüber, hat der Verhandlungsleiter darauf hinzuwirken, dass es zu einem Ausgleich dieser Ansprüche mit den öffentlichen und den von anderen Beteiligten geltend ge-

³⁷¹ Die Rechtsmittelbelehrung bezieht sich nur auf ordentliche Rechtsmittel (Berufung, Vorstellung gegen Mandatsbescheide, Vorlageantrag), nicht aber auf alle außerordentlichen Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe. Vgl. ebd. Rz 422; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 210.

³⁷² In Bescheiden, die in letzter Instanz erlassen werden, ist gem. § 61a AVG auf die Möglichkeit einer Verwaltungsgerichtshofsbeschwerde nach Art. 133 B-VG hinzuweisen, sowie auf die Beschwerdefrist, das Erfordernis der Unterschrift eines Rechtsanwalts und die anfallenden Gebühren.

³⁷³ Vgl. § 61 Abs. 2 – 4 AVG.

³⁷⁴ Vgl. § 49 AVG.

³⁷⁵ Vgl. VwGH 24.2.1993, 92/02/0309. Die Weiterleitung erfolgt allerdings auf Gefahr des Einschreiters, d.h. wenn dieser ein Anbringen erst knapp vor Fristende an die unzuständige Behörde schickt, kann es trotz einer umgehenden Weiterleitung zu einem Fristversäumnis kommen. Eine unnötige Verzögerung der Weiterleitung kann allerdings einen Wiedereinsetzungstatbestand erfüllen. Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 69 f.

³⁷⁶ Vgl. VwGH 16.1.1962, 1354/60.

machten Interessen kommt (§ 43 Abs. 5 AVG). Die Funktion des Verhandlungsleiters ist hier weniger die eines Entscheidungsorgans als die eines Mediators.³⁷⁷

Eine besondere prozedurale Fürsorgepflicht besteht gegenüber *Verfahrensbeteiligten mit Behinderung*. Mit der Novelle zur Beseitigung behindertendiskriminierender Bestimmungen im AVG (BGBl. I Nr. 164/1999) wurde festgelegt, dass die Behörde Blinden oder hochgradig sehbehinderten Beteiligten, die nicht vertreten sind, auf Verlangen den Inhalt von Akten oder Aktenteilen durch Verlesung oder nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten in sonst geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen haben (§ 17a AVG). Bei einer mündlichen Verhandlung, die nicht mit einem Augenschein verbunden ist, ist darauf zu achten, dass der Verhandlungsort für körperbehinderte Beteiligte gefahrlos und ohne fremde Hilfe zugänglich ist (§ 40 Abs. 1 AVG). Bei gehörlosen Personen ist ein Gebärdensprachdolmetscher beizuziehen (39a AVG), wobei die dem Dolmetscher zustehenden Gebühren – anders als bei Lautsprachdolmetschern – nicht als Barauslagen zu bezahlen sind (§ 76 Abs. 1 AVG).

Problematisch scheint, dass das AVG, im Gegensatz zu anderen Prozessordnungen und zum Verwaltungsstrafverfahren vor den UVS, das Institut der *Verfahrenshilfe* im administrativen Verwaltungsverfahren nicht kennt. Einen gewissen Ausgleich schaffen jedoch die großzügigen Vertretungsregeln des AVG, wonach jede handlungsfähige Person (die nicht als Winkelschreiber auftritt) bevollmächtigt werden kann. Eine Anwaltpflicht besteht nicht. Den Verfahrensbeteiligten steht es ferner frei, sich eines Rechtsbeistandes zu bedienen und in dessen Begleitung vor der Behörde zu erscheinen (§ 10 Abs. 5 AVG). Der historische Gesetzgeber hat damit vor allem die Unterstützung von Arbeitern durch Gewerkschaftsfunktionäre gemeint.³⁷⁸ Heute ermöglichen die offenen Vertretungsregeln des AVG Verfahrensbeteiligten aus niedrigen Einkommensschichten auf die Hilfe von Sozialarbeitern, Mitarbeitern gemeinnütziger Organisationen (NGOs) oder beruflichen Interessensverbänden zurückzugreifen.³⁷⁹ Die prozedurale Fürsorge wird hier zwar nicht vonseiten der Behörde wahrgenommen, da die rechtliche Unterstützung solcher Organisationen jedoch häufig von der öffentlichen Hand subventioniert wird, kommt der Staat seiner Fürsorgepflicht auf indirekter Weise nach.

³⁷⁷ Zum dialogischen Verwaltungshandeln vgl. *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 343.

³⁷⁸ Vgl. oben S. 49.

³⁷⁹ So etwa insbesondere im Sozialrecht und Fremdenrecht.

5. Grundsatz der Effektivität

5.1 Begriff der Effektivität

Die Geltung des Rechts ist abhängig von seiner Legitimität und Effektivität.³⁸⁰ Legitimität meint die normative Begründetheit des Rechts, die je nach theoretischer Grundüberzeugung in der ordnungsgemäßen Gesetztheit und/oder in der inhaltlichen Richtigkeit liegt.³⁸¹ Effektivität als Bedingung für die Geltung des Rechts bezeichnet seine soziale Wirksamkeit: „Die Wirksamkeit der Rechtsordnung als Ganzes und die Wirksamkeit einer einzelnen Rechtsnorm sind (...) Bedingung der Geltung, und zwar Wirksamkeit in dem Sinne Bedingung, dass eine Rechtsordnung als Ganzes und eine einzelne Rechtsnorm nicht mehr als gültig angesehen werden, wenn sie aufhören wirksam zu sein.“³⁸² Eine Norm ist dann sozial wirksam, wenn sie entweder befolgt oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.³⁸³ Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, „wenn ihre Normen *im Großen und Ganzen* wirksam sind, das heißt tatsächlich befolgt und angewendet werden.“³⁸⁴ Eine Rechtsordnung verliert aber nicht dadurch ihre Geltung, dass einzelne Normen, die nach den Geltungskriterien der Verfassung rechtlich gelten, ihre Wirksamkeit verlieren. „Diese Schwelle wird erst dann überschritten, wenn die zu dem Normensystem gehörenden Normen nicht mehr im Großen und Ganzen sozial wirksam sind, also nicht mehr im Großen und Ganzen entweder befolgt oder bei Nichtbefolgung sanktioniert werden.“³⁸⁵

Effektivität ist ein relationaler Begriff, der Ausdruck „einer Soll-Ist-Relation [ist], nämlich von angestrebtem Ziel und eingetretenem Ergebnis.“³⁸⁶ Effektivität ist kein Alles-oder-Nichts Prinzip, die soziale Wirksamkeit einer Norm kann zu unterschiedlichen Graden erfüllt sein.³⁸⁷ Wird von der Effektivität einer Norm gesprochen, ist damit der Grad an Zielerreichung ge-

³⁸⁰ Vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 212 ff; *Zippelius*, *Rechtsphilosophie* 24 ff.

³⁸¹ Rechtspositivisten vertreten die Ansicht, dass die Legitimität des Rechts allein von seiner ordnungsgemäßen Gesetztheit abhängt, während Anhänger eines rein natur- oder vernunftrechtlichen Rechtsbegriffs allein auf die inhaltliche Richtigkeit abstellen. Zwischen diesen beiden Positionen gibt es zahlreiche verbindende Ansätze, die der Auffassung sind, dass legitimes modernes Recht ein System positiver Normen darstellt, die in dafür vorgesehene Verfahren ordnungsgemäß erzeugt werden, und inhaltlich bestimmten Wertvorstellungen entspricht. Vgl. *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* 29 ff.

³⁸² *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 218.

³⁸³ Vgl. *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* 139 ff.

³⁸⁴ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 219.

³⁸⁵ *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* 145.

³⁸⁶ *Wimmer*, *Dynamische Verwaltungslehre* 310.

³⁸⁷ Vgl. *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* 140.

meint, also in welchem Ausmaß sich der Zweck einer Norm in der Rechtswirklichkeit realisieren kann. Mit der Forderung nach Effektivität ist die Forderung nach einer möglichst weitgehenden Umsetzung der gesetzten Ziele verbunden.³⁸⁸

Die Effektivität einer Rechtsordnung ist von mehreren Faktoren abhängig. Im Gegensatz zu anderen gesellschaftlichen Normsystemen wie Sitte oder Moral ist Recht in dem Sinn verbindlich, dass seine Befolgung zwangsweise durchgesetzt werden kann. Die Möglichkeit der Zwangsdurchsetzung ist ein wesentlicher Grund für die Geltung des Rechts, jedoch nicht sein einziger. Ob eine Rechtsordnung sozial wirksam ist, hat vor allem damit zu tun, ob sie auch ohne Zwang oder Zwangserwartung bei den Bürgern auf Autorität und Anerkennung stößt und freiwillig befolgt wird.³⁸⁹ Zutreffend bemerkt *Rehbinder*, dass Zwangsmittel in der Regel nur zur Normdurchsetzung, nicht aber zur Normbefolgung führen. „Will man zudem keinen Polizeistaat, d.h. die ständige Präsenz des Zwangsapparats, muss erreicht werden, dass die Rechtsunterworfenen die Rechtsnormen von sich aus befolgen.“³⁹⁰ Für die freiwillige Rechtsbefolgung sind vor allem drei Motive ausschlaggebend:³⁹¹ Die *Kosten-Nutzen Orientierung*, wonach sich ein Bürger dann rechtskonform verhält, wenn er sich daraus einen Vorteil verspricht. Die *gesellschaftliche Konvention*, die Menschen als soziale Wesen zur Einhaltung von Normen nötigt und Normabweichler mit Verachtung straft. Die *innerliche Überzeugung*, dass der Inhalt einer Norm richtig bzw. gerecht ist und daher befolgt werden soll.³⁹² Umso mehr der Inhalt des Rechts moralischen oder gesellschaftlichen Überzeugungen entspricht, umso eher wird es freiwillig befolgt und entfaltet damit umso wahrscheinlicher soziale Wirksamkeit.

Ein weiterer Faktor, der die Effektivität des Rechts bestimmt, sind seine *organisatorischen und institutionellen Rahmenbedingungen*. Ob Recht sich als oberstes gesellschaftliches Steuerungssystem durchsetzen kann, also für sich Geltung beanspruchen kann, hängt wesentlich davon ab, ob es gesellschaftliche Konflikte wirksam zu lösen vermag. Eine Gewähr dafür sind leistungsfähige rechtliche Verfahren, die das materielle Recht realisieren. *Eine Rechtsordnung, die ihre Autorität nicht verlieren will, kommt nicht umhin, effektive Verfahrenssysteme*

³⁸⁸ Vgl. *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 310.

³⁸⁹ Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 34.

³⁹⁰ *Rehbinder*, Rechtssoziologie Rz 115.

³⁹¹ Vgl. ebd.

³⁹² Verfehlt ist daher die Ansicht von Rechtspositivisten, die Recht bloß als eine effektive Zwangsordnung definiert, die ohne Wertvorstellungen bestehen könnte. Vgl. *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis 69.

anzubieten.³⁹³ Dagegen wird die Effektivität einer Rechtsordnung durch umständliche, ineffiziente oder überlange Verfahren wesentlich beeinträchtigt.

Was für eine Rechtsordnung im Allgemeinen gilt, gilt mutatis mutandis auch für rechtliche Verfahren: ihre Geltung beruht nicht nur auf normativer Begründetheit, sondern auch auf ihrer Effektivität. *Ein effektives Verfahren liegt dann vor, wenn es seinen Zweck, der in der Erzeugung einer verbindlichen Entscheidung besteht, optimal verwirklichen kann.* Die Effektivität eines rechtlichen Verfahrens hängt von mehreren Faktoren ab: Ein effektives Verfahren muss Strukturen etablieren, um das Verfahrensgeschehen von übersteigertem Bürokratismus, Verzögerungen und Störungen frei zu halten, damit ein zügiger Verfahrenfortgang und eine rasche Entscheidung gewährleistet ist. Weiters muss ein effektives Verfahren über Strategien verfügen, die Verfahrensbeteiligte dazu bringt, sich der Entscheidungsgewalt einer Behörde unterzuordnen, zugleich aber auch aktiv am Verfahrensgeschehen mitzuwirken. Die Integration der Verfahrensbeteiligten erfolgt auf zweifache Weise: Erstens durch die Motivation der Beteiligten, freiwillig am Verfahren mitzuwirken. Dafür sind nach *Luhmann* folgende Komponenten wesentlich: „Ein eigenes Interesse am Thema; die Gewissheit, dass eine Entscheidung zustande kommen wird; und die Ungewissheit, welche Entscheidung es sein wird.“³⁹⁴ Vor allem die Ungewissheit des Ausgangs motiviert Beteiligte, durch ihre Mitwirkung zum Fortgang des Verfahrens und zur Entscheidungsfindung beizutragen. Die Motivation zur freiwilligen Partizipation hängt aber auch davon ab, ob Beteiligte darauf vertrauen können, dass das Verfahren zu einer richtigen Entscheidung führen wird und sie fair behandelt werden. Wenn Personen nicht freiwillig am Verfahren teilnehmen wollen, müssen zweitens Sanktionsmechanismen ihre Teilnahme notfalls zwangsweise durchsetzen.

Die Bedeutung des Grundsatzes der Effektivität liegt darin, dass die Effektivität für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren neben den Kriterien der Richtigkeit und Liberalität Geltungsbedingung ist. Die Geltung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens kann allein mit den Kriterien der Richtigkeit und der Liberalität nicht begründet werden. Es ist zwar möglich, sich ein ideales Verfahren auszudenken, und ohne Widerspruch zu behaupten, dass dieses Verfahren keine Effektivität entfaltet und damit auch nicht gilt. Wenn allerdings das rechtliche Verfahren als ein in der Rechtswirklichkeit geltendes Verfahren gedacht

³⁹³ Eine rechtssoziologische Betrachtung zeigt, dass ein zentraler Faktor für die Stabilisierung politischer Herrschaft die Etablierung effektiver Verfahrenssysteme ist, um einen Katalysator für die in komplexen Gesellschaften mannigfaltig vorhandenen Konflikte zu schaffen. Vgl. dazu oben S. 29 ff.

³⁹⁴ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren 51.

wird, muss das Gebot der Effektivität in den Verfahrensbegriff einbezogen werden.³⁹⁵ Ohne den Anspruch auf Effektivität bleibt auch ein nach fairen Kriterien ausgestaltetes Verfahren wirkungslos.

5.2 Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Im Folgenden soll gezeigt werden, welche Konsequenzen der Grundsatz der Effektivität für das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren hat und welche Umsetzung es im AVG erfährt. Vorauszuschicken ist, dass Effektivität im Sinn sozialer Wirksamkeit nicht normativ angeordnet werden kann. Ob Verfahrensregeln im Einzelnen und ein Verfahrenssystem im Gesamten effektiv sind, entscheidet ausschließlich ihre Bewährung in der Rechtswirklichkeit. Allerdings kann sich ein rechtliches Verfahren um Effektivität bemühen. Dabei kommt es „in the long run“ zu einem evolutionären Prozess: Verfahrensregeln die sich als ineffektiv erweisen, werden nicht angewandt, verlieren ihre Bedeutung und werden schließlich offiziell aus dem Rechtsbestand ausgeschieden. Wie ausgeführt ist die Effektivität des Verwaltungsverfahrens von mehreren Faktoren abhängig. Bezüglich der für die Effektivität des Verfahrens zweifelsohne wichtigen Richtigkeitsorientierung und der Fairness gegenüber den Verfahrensbeteiligten kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.³⁹⁶ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung jener Verfahrensregeln, die die Leistungsfähigkeit des Verwaltungsverfahrens absichern sollen. Dabei handelt es sich um:

- (a) Regeln, die die Mitwirkung am Verfahren und die Autorität der Behörde sicherstellen.
- (b) Regeln, die die Abläufe des Verfahrens hinsichtlich ihrer Effizienz optimieren.
- (c) Regeln, die die Effektivität des Rechtsschutzes garantieren.

a) Mitwirkung am Verfahren und Autorität der Behörde

Verwaltungsbehörden sind vom Gesetz hoheitliche Befugnisse übertragen. Sie können Entscheidungen erlassen und/oder zwangsweise durchsetzen.³⁹⁷ Damit Behörden ihrem gesetzlichen Auftrag nachkommen können, braucht es Verfahrensregeln, durch die die Mitwirkung

³⁹⁵ Zu geltungsfreien und nicht geltungsfreien Rechtsbegriffen vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts 44 ff.

³⁹⁶ Vgl. oben S. 178 ff und S. 241 ff.

³⁹⁷ Vgl. *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 332; *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 132, 864; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 549 ff.

von Beteiligten, Zeugen, etc. und die behördliche Autorität hergestellt werden. Zunächst zu den Regeln, die die Mitwirkung am Verfahren gewährleisten sollen:

Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der *Offizialmaxime*. Die Behörde hat grundsätzlich von Amts wegen vorzugehen und unter Beachtung der Vorschriften des AVG den Gang des gesamten Ermittlungsverfahrens zu bestimmen (§ 39 Abs. 2 AVG).³⁹⁸ Das bedeutet für das Beweisverfahren, dass die Behörde grundsätzlich alle für die Feststellung des wesentlichen Sachverhalts erforderlichen Beweise von Amts wegen aufzunehmen hat. Eine allgemeine *Mitwirkungspflicht der Parteien* an der Sachverhaltsfeststellung besteht nach dem AVG nicht³⁹⁹, jedoch nehmen Lehre und Rspr an, dass die Parteien dann eine Verpflichtung trifft, an der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts beizutragen, wenn es der Behörde sonst nicht möglich ist, den entscheidungsrelevanten Sachverhalt festzustellen.⁴⁰⁰ Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Verfahren auf Betreiben der Partei eingeleitet wurde. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen.⁴⁰¹ Wirkt eine Partei am Verfahren nicht mit (weil etwa trotz Aufforderung notwendige Unterlagen nicht vorgelegt werden), bleibt dies zwar ohne Sanktion im Verfahren, jedoch erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer für die Partei unerwünschten Entscheidung. Unterlässt eine Partei – obwohl ihr Gelegenheit dazu eingeräumt wurde – die erforderliche Mitwirkung, kann der Behörde nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe ihre Ermittlungspflichten verletzt. Die Untätigkeit der Partei kann von der Behörde im Rahmen der freien Beweiswürdigung – zu Lasten der Partei – berücksichtigt werden.⁴⁰² Im Regelfall diszipliniert bereits die Gefahr einer potentiell nachteiligen Entscheidung die Parteien zur freiwilligen Mitwirkung am Verfahren.

Einer Behörde stehen allerdings auch Möglichkeiten zur Verfügung, die *Beteiligung einer Partei oder anderer Personen an einem Verfahren anzuordnen bzw. zwangsweise durchset-*

³⁹⁸ Die Parteien können grundsätzlich über den Fortgang des Verfahrens nicht disponieren (anders dagegen im Zivilprozess vgl. *Rechberger/Simotta* Rz 267 f), eine Zurückziehung ihres Anbringens ist allerdings in jeder Lage des Verfahrens zulässig (§ 13 Abs. 7 AVG).

³⁹⁹ Anders dagegen die Rechtslage in der BAO, die gem. §§ 119 ff eine Mitwirkungspflicht der Parteien ausdrücklich festlegt.

⁴⁰⁰ Zur Rspr des VwGH vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch 413 ff; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 555; vgl. ferner *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 171 f; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 321.

⁴⁰¹ Vgl. VwGH 27.6.1997, 96/19/0356; 3.9.1997, 96/01/0474; dazu kritisch *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 171.

⁴⁰² Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 172.

zen. Nur dadurch kann die Behörde ihren sich aus den Grundsätzen der *Offizialmaxime* und der Entscheidungspflicht ergebenden Verpflichtungen entsprechend nachkommen. § 19 Abs. 1 AVG bestimmt, dass die Behörde berechtigt ist, Personen, die in ihrem Amtsbereich ihren Aufenthalt haben und deren Erscheinen nötig ist, vorzuladen. In der Ladung sind der Ort, die Zeit und der Gegenstand der Amtshandlung anzugeben und in welcher Eigenschaft der Geladene vor der Behörde erscheinen soll (als Beteiligter, Zeuge, usw.) und welche Behelfe als Beweismittel mitzubringen sind. Ferner ist anzugeben, ob der Geladene persönlich zu erscheinen hat oder ob die Entsendung eines Vertreters genügt und welche Folgen an sein Ausbleiben geknüpft sind (§ 19 Abs. 2 AVG). Der Geladene hat die Verpflichtung, einer Ladung Folge zu leisten, wenn er nicht durch Krankheit, Gebrechlichkeit oder sonstige begründete Hindernisse vom Erscheinen abgehalten ist (§ 19 Abs. 3 AVG).

Für die Ladung stehen einer Behörde zwei verschiedene Formen zur Verfügung: die Form der so genannten einfachen Ladung oder die Form des Ladungsbescheids.⁴⁰³ Wenn eine Ladung ungerechtfertigt nicht befolgt wird, hat dies je nach der Form der Ladung unterschiedliche Rechtsfolgen: Ist die Ladung in einfacher Form erfolgt, so kann einem Zeugen (§ 49 Abs. 5 AVG), einem Beteiligten (§ 51 AVG) oder einem nichtamtlichen Sachverständigen (§ 52 Abs. 2 – 4 AVG) die Verpflichtung zum Ersatz aller durch seine Säumnis verursachten Kosten auferlegt werden (§ 49 Abs. 5 AVG). Wenn ein Beteiligter bei einer mündlichen Verhandlung einer Ladung ohne Entschuldigungsgrund nicht Folge leistet, kann dies den Verlust seiner Parteistellung bewirken (§§ 41 iVm 42 Abs. 1 AVG). Versäumt derjenige, über dessen Antrag das Verfahren eingeleitet wurde, die Verhandlung, so kann sie entweder in seiner Abwesenheit durchgeführt oder auf seine Kosten auf einen anderen Termin verlegt werden (§ 42 Abs. 4 AVG).

Neben diesen Rechtsfolgen kann eine Ladung auch zwangsweise durchgesetzt werden, indem der Geladene durch Zwangsstrafen zum Erscheinen verhalten oder zwangsweise vorgeführt wird.⁴⁰⁴ Die Anwendung dieser Zwangsmittel ist allerdings nur dann zulässig, wenn die Behörde die Ladung in Form eines Bescheids erlassen hat, der dem Geladenen zu eigenen Händen zugestellt wurde und in dem diese Maßnahmen angedroht wurden (§ 19 Abs. 3 AVG).

⁴⁰³ Näheres zum Unterschied zwischen der „einfachen Ladung“ und dem Landungsbescheid vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch 330 ff; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 184 f.

⁴⁰⁴ Die Exekution der Zwangsmaßnahmen richtet sich nach den Bestimmungen des *Verwaltungsvollstreckungsgesetzes*. Gem. § 5 VVG kann der Geladene durch Geldstrafen oder durch Haft zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten werden. Das effektivere Mittel liegt allerdings – da es sich um die Erzwingung des Erscheinens einer Person vor der Behörde geht – in der zwangsweisen Vorführung gem. § 7 VVG.

Besondere Formen der Mitwirkungspflicht bestehen im Beweisverfahren: Wer von der Behörde als *Zeuge* geladen wird, hat der Ladung nicht nur Folge zu leisten, sondern ist verpflichtet, eine vollständige und wahrheitsgemäße Aussage abzulegen. Sofern nicht Gründe vorliegen, dass ein Zeuge nicht vernommen werden (§ 48 AVG) oder die Aussage verweigern darf (§ 49 Abs. 1 – 4 AVG)⁴⁰⁵, besteht *Aussagepflicht* – im Fall einer ungerechtfertigten Aussageverweigerung kann über den Zeugen eine Ordnungsstrafe verhängt werden, ferner kann ihm die Verpflichtung zum Ersatz aller durch seine Weigerung entstandenen Kosten auferlegt werden (§ 49 Abs. 5 AVG). Diese Sanktionen können auch gegenüber Beteiligten, die von der Behörde einvernommen werden, verfügt werden (§ 51 AVG). Eine Grenze besteht hier im Verwaltungsstrafverfahren: Ein Beschuldigter darf zu der Beantwortung der an ihn gestellten Fragen nicht gezwungen werden (§ 33 Abs. 2 VStG). Die Verpflichtung zur Mitwirkung am Beweisverfahren trifft auch Sachverständige: Der Bestellung zum nichtamtlichen Sachverständigen hat Folge zu leisten, wer fachlich dazu qualifiziert ist (§ 52 Abs. 4 AVG). Wer seine Bestellung zum Sachverständigen bzw. sein Gutachten zu Unrecht verweigert, kann zum Kostenersatz herangezogen bzw. mit einer Ordnungsstrafe belangt werden.

Die Autorität einer Verwaltungsbehörde soll dadurch sichergestellt werden, dass Behörden *Disziplinarmaßnahmen* verfügen können, um den ungestörten Fortgang des Verfahrens zu ermöglichen oder Verschleppungen zu verhindern. § 34 Abs. 1 AVG bestimmt, dass das verfahrensführende Verwaltungsorgan für die Aufrechterhaltung der Ordnung und für die Wahrung des Anstandes zu sorgen hat („*Sitzungspolizei*“). Wenn eine Person die Amtshandlung stört oder durch ungeziemendes Benehmen den Anstand verletzt, ist sie zunächst zu ermahnen. Bleibt die Ermahnung erfolglos, so kann ihr das Wort entzogen, ihre Entfernung verfügt, ihr die Bestellung eines Bevollmächtigten aufgetragen oder gegen sie eine Ordnungsstrafe bis 726 Euro verhängt werden (§ 34 Abs. 2 AVG). Wer die Tätigkeit einer Behörde offenbar mutwillig in Anspruch nimmt⁴⁰⁶ oder in Verschleppungsabsicht falsche Angaben macht, kann mit einer Mutwillensstrafe bis zu 726 Euro bestraft werden (§ 35 AVG).

⁴⁰⁵ Vgl. oben S. 250 f.

⁴⁰⁶ „Offenbar mutwillig“ ist die Inanspruchnahme einer Behörde dann, wenn die Aussichtslosigkeit oder Zweck- bzw. Nutzlosigkeit eines Anbringens bei einer Durchschnittsbetrachtung für jeden erkennbar sein muss. Zur Rspr des VwGH vgl. *Hauer/Leukauf*, Handbuch 355 ff; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 485.

b) Optimierung von Verfahrensabläufen

Die *Effektivität* ist eine Geltungsbedingung für das rechtliche Verfahren. Sie kann auf mehr oder weniger effiziente Weise erreicht werden. Bei der *Effizienz* geht es im Unterschied zur Effektivität um einen optimalen Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel. Effizient ist ein Verfahren, in dem mit den vorhandenen Mitteln ein möglichst hoher Nutzen erzielt oder in dem ein vorgegebenes Ziel mit dem geringsten Mitteleinsatz erzielt wird.⁴⁰⁷ Der Grundsatz einer möglichst effizienten Zielverfolgung ist jeder Rechtsordnung immanent: „Wenn es mehrere Wege gibt, um ein und dasselbe Ziel zu erreichen, dann ist jenem Vorgehen der Vorzug zu geben, welches diesen Erfolg mit möglichst geringem Aufwand (Mittel und Folgekosten) erreicht.“⁴⁰⁸ Die Rspr und Lehre nimmt an, dass sich aus der österreichischen Bundesverfassung (insbesondere aus den Grundsätzen der Rechnungshofkontrolle, dem Haushaltsrecht und aus dem Sachlichkeitsgebot) ein allgemeines, die Vollziehung und Gesetzgebung bindendes, *verfassungsrechtliches Effizienzgebot* ableiten lässt.⁴⁰⁹ Das Effizienzgebot findet seinen Ausdruck in den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.⁴¹⁰ Auch das Prinzip der Raschheit ist Ausdruck des Effizienzgebots.

Im AVG ist das Effizienzgebot⁴¹¹ im Grundsatz der Prozessökonomie umgesetzt: Die Behörde hat sich bei der Erledigung von Verfahren möglichst einfacher, rascher und kostensparender Erledigungsformen zu bedienen (§ 18 Abs. 1 AVG). Überhaupt hat sich die Behörde bei der Durchführung des gesamten Ermittlungsverfahrens von den Kriterien der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen (§ 39 Abs. 2 AVG). Dies

⁴⁰⁷ Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 142 f; *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 291.

⁴⁰⁸ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 143.

⁴⁰⁹ Vgl. *Karl Korinek/Michael Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 173 ff; *Lachmayer*, Effizienz als Verfassungsprinzip; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 204 f; *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 311 f. An die Vollziehung richtet das Effizienzgebot die Verpflichtung, ihre Organisation so einzurichten, dass sie die ihr übertragenen Aufgaben möglichst sparsam und zweckmäßig erfüllen kann. Der Gesetzgeber hat dem Effizienzgebot durch Abbau und Vereinfachung von Rechtsvorschriften, durch eine zweckmäßige Verwaltungsorganisation und durch einfache Verfahrensabläufe Rechnung zu tragen. Vgl. VfSlg. 14.473/1996, 17.023/2003.

⁴¹⁰ Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 141; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 143. Eine andere Ansicht vertritt *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 300 ff, der als gleichrangige Entscheidungsprinzipien für das gute Verwalten die Grundsätze der Optimierung, Nachhaltigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit, Effektivität, Effizienz und Raschheit aufzählt.

⁴¹¹ Neben dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot gilt für den Vollzug von Gemeinschaftsrecht das durch die Rspr des EuGH (Slg. 1983, 2633) herausgebildete europarechtliche Effizienzgebot: Die nationalstaatlichen Verfahrensregelungen dürfen nicht darauf hinauslaufen, dass die Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Vgl. *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht 106; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 22.

kann es notwendig machen, verschiedene Verfahren zur Verhandlung und Entscheidung zu verbinden – oder diese auch getrennt zu Ende zu führen (§ 39 Abs. 2a AVG).

Der allgemeine *Grundsatz der Prozessökonomie* findet in zahlreichen einzelnen Verfahrensbestimmungen seine Ausprägung: Wenn im Ermittlungsverfahren Vorfragen auftauchen, die von anderen Verwaltungsbehörden oder Gerichten zu entscheiden wären, kann die Behörde über diese im Sinne der Verfahrensökonomie auch selbst eine Entscheidung treffen (§ 38 AVG).⁴¹² Die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens kann entfallen, wenn der Sachverhalt von vornherein klar gegeben ist (§ 56 AVG). Die Behörde hat das Ermittlungsverfahren möglichst zügig durchzuführen und ist nicht nur berechtigt, dieses zu schließen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist (§ 39 Abs. 3 AVG), sondern nach der Rspr des VwGH dann dazu verpflichtet, von weiteren Ermittlungen abzusehen.⁴¹³ Über Anträge (oder Berufungen) von Parteien ist ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen ein Bescheid zu erlassen. Wird diese Frist verletzt, kann die Partei mit einem Devolutionssantrag gegen die Säumnis der Behörde vorgehen (§ 73 AVG).

Zentrale Bedeutung für den effizienten Verfahrenfortgang haben *Fristen*, die Verzögerungen entgegenwirken und eine möglichst rasche Klärung der Rechtslage herbeiführen sollen. Verfahrensrechtliche Fristen sind zur Setzung von Prozesshandlungen vorgesehen. Die Einhaltung oder Versäumung einer verfahrensrechtlichen Frist hat prozedurale Folgen.⁴¹⁴ Das AVG kennt gesetzliche Verfahrensfristen (z.B. Berufungsfrist), die weder von der Behörde noch durch Vereinbarung der Parteien geändert werden können, und behördliche Fristen, die von der Behörde bestimmt werden (z.B. Aufforderung zur Stellungnahme). Behördliche Fristen können auch verlängert werden. Unterschieden werden kann weiters zwischen Ordnungsfristen, deren Missachtung keine weiteren Rechtsfolgen nach sich zieht und Ausschlussfristen, deren Missachtung zum Verlust einer Rechtsposition führt.⁴¹⁵ Vor allem letztere haben wegen ihrer Präklusionswirkung für die effiziente Verfahrensführung eine wichtige Funktion: Wird

⁴¹² Die Behörde kann das Verfahren allerdings auch bis zur Entscheidung der Vorfrage durch die zuständige Behörde aussetzen. Bei dieser Ermessensentscheidung hat die Behörde das Gebot der Verfahrensökonomie gegen die Gefahr einer späteren abweichenden Vorfragenentscheidung durch die zuständige Stelle, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach sich ziehen kann, abzuwägen. Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 144; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 310.

⁴¹³ Vgl. VwGH 22.12.1966, 1294/66; 13.8.2003, 2000/08/0203.

⁴¹⁴ Im Gegensatz dazu sind materiellrechtliche Fristen für die Setzung von Handlungen mit materiellrechtlichen Folgen bestimmt. Vgl. näher *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 130; *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar I § 32 Rz 3.

⁴¹⁵ Vgl. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 131; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 231.

eine Ausschlussfrist versäumt, wird dies nicht verfahrensintern sanktioniert (etwa durch eine Ordnungsstrafe), sondern die Sanktion hat unmittelbare Auswirkungen auf die materielle Rechtsposition der Verfahrenspartei. Dieser Sanktionsmechanismus spielt im Rechtsmittelverfahren eine bedeutsame Rolle: Wenn gegen eine auch offensichtlich unrichtige Entscheidung nicht fristgerecht ein Rechtsmittel eingebracht wird, erwächst diese – aus Gründen der Rechtssicherheit – in Rechtskraft und ist nicht mehr abänderbar. Nur im Fall einer unverschuldeten Fristverletzung kann eine Partei versuchen, durch einen Wiedereinsetzungsantrag (§ 71 AVG) die aufgrund der Säumnis eingetretenen Rechtsfolgen zu beseitigen.

Ein ähnlicher *Sanktionsmechanismus* besteht bei der *mündlichen Verhandlung*: Wenn eine mündliche Verhandlung ordnungsgemäß kundgemacht wurde, hat dies zur Folge, dass eine Person ihre Stellung als Partei verliert, wenn sie nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung bei der Behörde oder während der Verhandlung Einwendungen erhebt (§ 42 Abs. 1 AVG). Die *Präklusion* führt dazu, dass die betroffene Person aus dem Verfahren ausscheidet, ihr der Bescheid nicht zugestellt werden muss und insbesondere, dass sie keine Rechtsmittel gegen diesen erheben kann. Die Präklusionswirkung tritt nur dann nicht ein, wenn die betroffene Person glaubhaft macht, dass sie aufgrund eines unvorhersehbaren oder unabwendbaren Ereignisses verhindert war, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, und sie an dieser Verhinderung kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft. In solch einem Fall können die Einwendungen binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, jedoch spätestens bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung nachgeholt werden (§ 42 Abs. 3 AVG).⁴¹⁶

Prozedurale Sanktionsmechanismen gegen untätige oder säumige Verfahrensparteien stehen in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der Richtigkeit, wenn wegen eines Fristversäumnisses oder einer verspäteten Einwendung eine Entscheidung Rechtskraft erlangen kann, obwohl sie unrichtig ist. Trotzdem sind prozedurale Sanktionsmechanismen Teil des Konzepts des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens und lassen sich auf mehrfache Weise rechtfertigen: Prozedurale Sanktionsmechanismen dienen nicht allein der Absicherung der Ordnungs- und Herrschaftsfunktion von rechtlichen Verfahren, sondern auch der Gerechtigkeitsfunktion des Rechts. *Es steht im Interesse der Allgemeinheit, dass über strittige rechtliche Fragen möglichst rasch Rechtssicherheit hergestellt und durch verbindliche Letztentscheidungen die*

⁴¹⁶ Ausführlich zur Präklusionswirkung im mündlichen Verfahren vgl. *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahren Rz 329; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 154 ff; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 287 ff.

*durch das Recht zu gewährende Friedensordnung aufrechterhalten wird.*⁴¹⁷ *Die effiziente Verfahrensführung liegt auch im Interesse des einzelnen.* Dies zeigt sich besonders deutlich im Mehrparteienverfahren, wo ein schützenswertes Interesse einer Verfahrenspartei besteht, nicht durch Verfahrensverzögerungen der Gegenpartei, und seien diese auch nur durch Nachlässigkeit verursacht, einen Nachteil zu erleiden.⁴¹⁸

Schließlich kann der mit der Verfristung oder der Präklusion verbundene Nachteil mit der Freiheit der Verfahrenspartei, sich für oder gegen eine Verfahrenshandlung zu entscheiden, gerechtfertigt werden: „Der Nachteil, der der Partei zugefügt wird, ist gerecht, weil sie es so will und weil ihr Wille von der Rechtsordnung respektiert wird. Den Nichtgebrauch eines Freiheitsrechts mit Strafe zu belegen, würde die Freiheit selbst aufheben.“⁴¹⁹ Dies gilt nicht nur für jemanden, der bewusst auf eine Verfahrenshandlung verzichtet, sondern auch für denjenigen, der aus Nachlässigkeit seine Verfahrensrechte verwirkt. Diese Folge rechtfertigt sich aus der Idee der Freiheit, die stets Verantwortung miteinschließt: „Wer seine Freiheitsrechte nicht gebraucht, der verwirkt sie. Denn die von Rechts wegen gewährte Freiheit ist nicht Willkür, sondern verantwortliche Freiheit.“⁴²⁰ *Zu keinem Nachteil darf es allerdings kommen, wenn die Handlungsfreiheit der Verfahrenspartei aufgrund äußerer Umstände eingeschränkt oder ausgeschlossen war – in solchen Fällen müssen prozedurale Sanktionsfolgen abgewendet werden können (z.B. durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).*

Die Steigerung der Effizienz eines rechtlichen Verfahrens kann weiters durch *einfache und einheitliche Verfahrensabläufe* erzielt werden. Der Gedanke der Einfachheit findet im AVG dadurch seine Umsetzung, dass diese Verfahrensordnung im Gegensatz zur ZPO und StPO mit vergleichsweise wenig Bestimmungen ihr Auslangen findet, der Formalismus im Verfahren auf ein notwendiges Minimum reduziert ist und den Behörden ausreichend Freiräume für

⁴¹⁷ Vgl. *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 152. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit stehen sich damit nicht als unversöhnliche Gegensätze gegenüber, sondern bedingen sich gegenseitig: „Rechtssicherheit ist immer zugleich am Maßstab der Gerechtigkeit zu messen, wie auch umfassende Gerechtigkeit nur unter Berücksichtigung berechtigter Forderungen der Rechtssicherheit zu gewährleisten ist.“ Ebd. 128 f.

⁴¹⁸ Das individuelle Interesse an einer zügigen Verfahrensführung kann als allgemeiner Rechtfertigungsgrund für prozedurale Sanktionsmechanismen angesehen werden, jedoch kann eine Partei aus dem Effizienzgebot kein subjektives Recht ableiten. Vgl. *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 304.

⁴¹⁹ *Wolfram Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (1967) 23.

⁴²⁰ Ebd. Vgl. auch *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 131.

eine effiziente Verfahrensführung belassen werden.⁴²¹ Diese Reduktion auf das Wesentliche ist der Grund dafür, dass das AVG als verfahrensrechtliches Fundament für die Vollziehung der unterschiedlichsten Verwaltungsmaterien dienen kann. Mit dem Gedanken der Einfachheit ist der Gedanke der Einheitlichkeit eng verbunden. Das Bedürfnis nach einem einheitlichen Verwaltungsverfahren war historisch gesehen einer der wichtigsten Gründe für die Kodifikation des AVG.⁴²² Einheitliche Verfahrensabläufe für das gesamte Verwaltungswesen dienen der Berechenbarkeit des Verwaltungshandelns und Rechtssicherheit insgesamt.⁴²³ Dagegen wäre es kontraproduktiv, wenn vollkommen gleich gelagerte Verfahrensfragen (z.B. die Bemessung von Rechtsmittelfristen) in den einzelnen Verwaltungsvorschriften ohne einleuchtenden Grund unterschiedlich geregelt wären – wie dies vor dem In-Kraft-Treten des AVG im österreichischen Verwaltungswesen der Fall war.⁴²⁴ Die Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens soll durch Art. 11 Abs. 2 B-VG sichergestellt werden: Verfahrensbestimmungen, die von den Regelungen des AVG abweichen, dürfen vom Bundes- oder Landesgesetzgeber nur dann erlassen werden, wenn dies aufgrund besonderer Umstände unerlässlich ist.⁴²⁵ Dabei ist darauf zu achten, dass die abweichenden Regelungen nicht dem Effizienzgebot zuwiderlaufen.⁴²⁶

c) Effektivität des Rechtsschutzes

Der Grundsatz der Effektivität verlangt Rechtsschutzeinrichtungen, die nicht nur dazu führen, dass es in einem Verwaltungsverfahren letztlich zu einer rechtlich richtigen Entscheidung

⁴²¹ Dagegen kann ein Übermaß an Bindung dazu führen, dass die Vollziehung an Reaktionsvermögen und notwendiger Flexibilität verliert, was die Effektivität des Rechts insgesamt schmälert. Eine Überregulierung des Verfahrens kann dazu führen, dass die Ermittlung dessen, was rechtens ist, nicht mehr oder nur noch mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatliche Organisation 114.

⁴²² Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 371; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 602.

⁴²³ Zum Wert der Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens vgl. *Öhlinger*, Verhandlungen 9. ÖJT 9 f.

⁴²⁴ Vgl. *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht 371.

⁴²⁵ Vgl. dazu ausführlich oben S. 83 ff.

⁴²⁶ Problematisch sind in diesem Zusammenhang Sonderverfahrensbestimmungen im AsylG 2005, durch die der Rechtsschutz im Berufungsverfahren abweichend von den Bestimmungen des AVG geregelt ist: Berufungen gegen Zurückweisungsentscheidungen kommt die aufschiebende Wirkung nicht zu, außer sie wird vom UBAS innerhalb von sieben Tagen nach Vorlage des Berufungsschriftsatzes zuerkannt (§ 36 Abs. 1 AsylG). Berufungen gegen die Abweisung eines Asylantrags kann die aufschiebende Wirkung aus zahlreichen, über § 64 Abs. 2 AVG hinausgehenden Gründen, vom Bundesasylamt aberkannt werden, jedoch kann die aufschiebende Wirkung vom UBAS innerhalb von sieben Tagen nach Berufungsvorlage zuerkannt werden (§ 38 AsylG); näheres vgl. *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht 208 f. Dieses vom Rechtsschutzkonzept des AVG abweichende System der Ab- und Zuerkennung steht nicht nur im Widerspruch zum Gebot der faktischen Effektivität des Rechtsschutzes, sondern verletzt auch das Effizienzgebot, da für die Berufungsbehörde ein beträchtlicher Zusatzaufwand entsteht und die Verfahrensabläufe insgesamt verzögert werden.

kommt, sondern auch, dass diese Entscheidung faktische Wirksamkeit entfaltet. Dieses Ziel würde vor allem dadurch vereitelt werden, wenn angefochtene Bescheide bereits vor ihrer Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz vollstreckt werden und dadurch Tatsachen geschaffen werden, die auch bei einer Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Bescheids nicht mehr oder nur schwer aus der Welt zu schaffen wären. Zentrales Element eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist daher die *aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln*. Für das AVG bestimmt § 64 Abs. 1, dass jeder rechtzeitig eingebrachten Berufung aufschiebende Wirkung zukommt, d.h. die mit dem Bescheid verbundenen Rechtswirkungen suspendiert werden.⁴²⁷ Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung durch die bescheiderlassende Behörde ist nur zulässig, wenn die vorzeitige Vollstreckung im Interesse einer Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist (§ 64 Abs. 2).⁴²⁸ Gesetzliche Anordnungen, mit denen die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln generell ausgeschlossen wird, sind dagegen nach der ständigen Rspr des VfGH wegen der Verletzung des Rechtsstaatsprinzips verfassungswidrig.⁴²⁹

Die Notwendigkeit der Effektivität von Rechtsschutzeinrichtungen erklärt sich bereits daraus, dass die Wirksamkeit eines Rechtssystems wesentlich beeinträchtigt werden würde, wenn die Überprüfung angefochtener Entscheidungen letztlich ohne Auswirkungen bleibt, weil diese längst vollstreckt und nicht mehr rückgängig zu machen sind. Das für die soziale Wirksamkeit erforderliche Vertrauen in ein rechtliches Verfahren kann sich nur dann entwickeln, wenn sich Verfahrensparteien sicher sein können, dass die Beteiligung an einem Rechtsmittelverfahren Sinn macht. Das ist dann der Fall, wenn der Ausgang eines Rechtsmittelverfahrens offen ist und die Chance besteht, dass das Rechtsmittel zum gewünschten Erfolg führt. Ineffektive Rechtsschutzeinrichtungen, die die Überprüfung einer angefochtenen Entscheidung zur Farce verkommen lassen, beschädigen die Autorität eines Rechtssystems nachhaltig. Der Zweck einer Rechtsordnung, gesellschaftliche Konflikte zu kanalisieren und die Selbsthilfe abzustel-

⁴²⁷ Umstritten ist in der Lehre, ob die aufschiebende Wirkung lediglich die Vollstreckung eines Bescheides betrifft oder ob sich die Suspensivwirkung der Berufung auf sämtliche Bescheidwirkungen bezieht. Diese Frage ist insbesondere bei Leistungsbescheiden von Relevanz. Vgl. *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht 786; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 499; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 242 f; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht rz 528; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 1212.

⁴²⁸ Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung kann sich auch aus einem europarechtskonformen Vollzug des Gemeinschaftsrechts ergeben. Wenn der vorläufige Rechtsschutz die effektive Umsetzung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen würde, ist § 64 Abs. 2 so auszulegen, dass ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollstreckung des Bescheides besteht und die aufschiebende Wirkung der Berufung ausgeschlossen werden muss. Vgl. *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 1216.

⁴²⁹ Ausführlich dazu vgl. oben S. 102 f.

len, lässt sich nur dann realisieren, wenn Parteien gewisse Garantien haben, durch effektive und faire Verfahren eine richtige Entscheidung zu erhalten, die auch in den Tatsachenbereich ihre Umsetzung erfährt.⁴³⁰

IV. Zwischenergebnis

Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist Teil der österreichischen Verfassungsrechtsordnung. Seine Geltung kann weder im Wege der Deduktion noch durch einen Induktionsschluss bewiesen werden, sondern ergibt sich aus den zwingenden Annahmen, die gemacht werden müssen, wenn wir uns sinnvoll auf das Recht im Allgemeinen und auf das rechtliche Verfahren im Besonderen beziehen. Jedes rechtliche Verfahren muss als Bedingung seiner Möglichkeit über einen institutionellen Mindestbestand an Verfahrensregeln verfügen, die vorliegen müssen, damit überhaupt von einem Rechtsverfahren gesprochen werden kann. Neben diesen technischen Mindestvoraussetzungen werden in jedem rechtlichen Verfahren die gehaltvollen Ansprüche auf Richtigkeit der Entscheidung, fairen Umgang mit den Verfahrensbeteiligten und Effektivität des Verfahrens erhoben. Diese Ansprüche können als regulative Ideen verstanden werden, deren Umsetzung in die Rechtswirklichkeit zwar angestrebt, jedoch nur approximativ erreicht werden kann. Werden diese Ansprüche im Großen und Ganzen umgesetzt, kann von einem rechtsstaatlichen Verfahren gesprochen werden.

Der Grundsatz der Richtigkeit verlangt nach der Erzeugung einer Entscheidung, die auf einer wahren Sachverhaltsfeststellung und auf einer richtigen rechtlichen Argumentation beruht. Das Verwaltungsverfahren kann als juristischer Diskurs verstanden werden, in dem über die Richtigkeit von rechtlichen Argumenten entschieden wird. Dabei besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der institutionellen Ausgestaltung des Verfahrens und der Richtigkeit der Entscheidungsfindung. Zentrale Bedeutung für die Entscheidungsrichtigkeit kommt der Beteiligung der Betroffenen an der Entscheidungsfindung zu, die durch das Recht auf Teilnahme am Verfahren, durch Kommunikations- und Informationsrechte und durch das Recht auf Kontrolle der Entscheidung hergestellt wird.

Der Grundsatz der Fairness fordert die Anerkennung der am Verwaltungsverfahren beteiligten Personen als Rechtssubjekte. Sie dürfen nicht zu Objekten des Verwaltungshandelns degra-

⁴³⁰ Vgl. *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit 124.

diert werden. Die faire Behandlung von Verfahrensteilnehmern verlangt die Achtung ihrer menschlichen Würde, ihre Gleichbehandlung untereinander, das Verbot behördlicher Willkür und die prozedurale Fürsorge gegenüber rechtsunkundigen oder benachteiligten Personen.

Der Grundsatz der Effektivität ist dann erfüllt, wenn ein rechtliches Verfahren seinen Zweck, der in der Erzeugung einer verbindlichen Entscheidung liegt, in der Rechtswirklichkeit realisieren kann. Die Effektivität eines Verfahrens ist neben anderen Faktoren davon abhängig, ob es gelingt, ökonomische Verfahrensabläufe zu etablieren, das Verfahren vor Störungen und Verzögerungen zu schützen und die Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten sicherzustellen. Dies soll durch Regelungen erreicht werden, die im Dienste der Verfahrensökonomie und der Effektivität des Rechtsschutzes stehen und die die Verfahrensteilnahme notfalls zwangsweise durchsetzen.

Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese drei Grundsätze zueinander stehen. Zunächst ist zu betonen, dass sich die Grundsätze der Richtigkeit, Fairness und Effektivität gegenseitig ergänzen und erst in ihrer Gemeinsamkeit das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ausmachen. Zahlreiche Verfahrensgarantien finden ihre Legitimation in jedem dieser drei Grundsätze. So dient etwa das Recht auf Parteiengehör der richtigen Entscheidungsfindung, der fairen Behandlung der Verfahrensbeteiligten und der effizienten Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts. Allerdings stehen sie auch in einem Spannungsverhältnis zueinander: Die Grundsätze der Richtigkeit und Fairness können zueinander in Widerspruch treten, wenn die Aufklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre von Betroffenen notwendig macht. Zu einer Kollision zwischen dem Grundsatz der Richtigkeit und dem Grundsatz der Effektivität kann es kommen, wenn eine umfassende Sachverhaltsaufklärung eine zügige Verfahrensführung vereitelt. Und der Grundsatz der Fairness, der eine respektvolle, ja sogar unterstützende Behandlung der Verfahrensbeteiligten fordert, steht im Gegensatz zum Grundsatz der Effektivität, der die Mitwirkung von Verfahrensbeteiligten mit Sanktionsmechanismen bis hin zur Zwangsanwendung durchsetzen will.

Dies wirft die Frage auf, welchem Grundsatz in Kollisionsfällen der Vorzug zu geben ist. Es gilt folgende Rangordnung: Der Grundsatz der Fairness, der auf die Persönlichkeitsrechte des Verfahrensteilnehmers rekurriert, geht den Grundsätzen der Richtigkeit und der Effektivität vor. Das Ziel der Richtigkeit rechtfertigt es nicht, dass um jeden Preis versucht wird, den

wahren Sachverhalt festzustellen – die Würdeintegrität des Verfahrensteilnehmers bildet hier eine absolute Schranke.⁴³¹ Das Bestreben nach Verfahrensökonomie darf keinesfalls dazu führen, dass mit Verfahrensteilnehmern wie mit Objekten verfahren wird. Die Anerkennung von Verfahrensbeteiligten als Rechtssubjekte erfordert es, dass Verfahrensabläufe so konstruiert sind, dass Rechte und Interessen wirksam wahrgenommen werden können. Der Grundsatz der Richtigkeit steht über dem Grundsatz der Effektivität: Das Prinzip der Verfahrensökonomie ist keine Rechtfertigung dafür, um die Kommunikationsrechte von Verfahrensteilnehmern zu schmälern⁴³² oder nicht den gesamten entscheidungsrelevanten Sachverhalt zu erheben.⁴³³ Der Grundsatz der Effektivität ist gegenüber dem Grundsatz der Richtigkeit nachrangig.⁴³⁴

Zu betonen ist, dass die Kollision zweier Grundsätze nicht dazu führt, dass einer der beiden Grundsätze ungültig wird. Wenn in einer konkreten Frage der eine dem anderen Grundsatz vorgeht, so tritt der Grundsatz mit dem geringeren Gewicht in dieser Frage zurück, gilt jedoch im Übrigen fort.⁴³⁵ Das Ziel des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens muss darin liegen, einen optimalen Ausgleich zwischen den drei Grundsätzen herzustellen. Je besser dies gelingt, desto gerechter das Verfahren.

⁴³¹ Vgl. oben S. 250.

⁴³² Vgl. VwGH 24.5.1994, 93/04/0196.

⁴³³ Vgl. VwGH 28.3.1989, 88/11/0145.

⁴³⁴ Vgl. *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 304; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 141.

⁴³⁵ Vgl. *Wimmer*, Dynamische Verwaltungslehre 300 ff; vgl. dazu oben S. 146.

FÜNFTER TEIL

Zusammenfassung

1. Das rechtliche Verfahren ist ein zeitlich begrenztes soziales System, dessen Abläufe von kommunikativen Handlungen bestimmt sind. Das Verfahren wird mit dem Ziel durchgeführt, für eine offene Rechtsfrage auf der Grundlage des geltenden Rechts eine verbindliche Entscheidung herzustellen, die für sich Richtigkeit in Anspruch nimmt. Der Begriff des Verfahrens hat eine interne und eine externe Komponente: ›Verfahren‹ bezeichnet einerseits den internen Prozess der Entscheidungsfindung als zielgerichtetes, methodisches Vorgehen (Klärung des Sachverhalts, Klärung der Rechtsfrage) und andererseits den äußeren prozeduralen Rahmen als formalisierten Ablauf von Prozesshandlungen.
2. Die Bewertung eines rechtlichen Verfahrens als ›rechtsstaatlich‹ soll ausdrücken, dass dieses Verfahren bestimmten Wertvorstellungen entspricht.
3. Recht ist ohne Verfahren seiner Anwendung nicht zu denken. Ein Rechtssystem ist nicht bloß ein System von Normen, sondern immer auch ein System von Verfahren.
4. Die Ausbildung und Ausdifferenzierung rechtlicher Verfahren verläuft entlang gesellschaftlicher Evolutionsprozesse. Wesentliche Rolle spielt dabei, auf welcher medialen Entwicklungsstufe sich eine Rechtsgemeinschaft befindet. Die Strukturprinzipien der Rechtsförmigkeit, Richtigkeit und Effektivität lassen sich in unterschiedlichen Ausprägungen bereits in frühen Verfahrenssystemen nachweisen, das Strukturprinzip der Fairness kann sich hingegen erst in modernen Rechtsverfahren etablieren.
5. In Österreich wurden die Grundlagen für einen einheitlichen Vollzug des Verwaltungsrechts durch die Kodifikation des AVG geschaffen. Das AVG enthält alle Elemente eines modernen rechtsstaatlichen Verfahrens. Verfahrensteilnehmer werden als Rechtssubjekte anerkannt und mit Verfahrensrechten ausgestattet. Rechtsschutzmechanismen sollen einen rechtskonformen Gesetzesvollzug gewährleisten. Das Verfahrensprogramm des AVG zeichnet sich durch Einfachheit und Effizienz aus.

6. Das Bundes-Verfassungsgesetz kennt keine allgemeine Rechtswegegarantie oder ein allgemeines Grundrecht auf ein rechtsstaatliches Verfahren. Dieses Defizit wird durch die im Verfassungsrang stehenden Verfahrensgarantien der EMRK teilweise ausgeglichen. Art. 6 EMRK sieht Mindestgarantien für Zivil- und Strafprozesse vor, wobei dieses Grundrecht auch für das Verwaltungsstrafrecht und für Verwaltungsverfahren, in denen über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen entschieden wird, Wirksamkeit entfaltet. Art. 13 EMRK sichert Betroffenen einer Grundrechtsverletzung ein wirksames Beschwerderecht zu. Art. 17 Zusatzprotokoll EMRK normiert Verfahrensgarantien für Ausweisungsverfahren.

7. Für die meisten Verwaltungsmaterien kommen die Verfahrensgarantien der EMRK allerdings nicht zur Anwendung. Jedoch lassen sich aus dem Gesamtsystem und den Intentionen der Bundesverfassung allgemeine verfahrensrechtliche Grundsätze ableiten, die grundsätzlich für jedes Verwaltungsverfahren Gültigkeit besitzen. Der VfGH hat diese Grundsätze in seiner Rechtsprechung zu Art. 11 Abs. 2 B-VG, Art. 83 Abs. 2 B-VG, dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsgebot konkretisiert.

8. Art. 83 Abs. 2 B-VG verpflichtet den Gesetzgeber zu einer präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit. Miteinander konkurrierende Zuständigkeitsbestimmungen sind unzulässig. Als Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter schützt Art. 83 Abs. 2 B-VG davor, dass eine Verwaltungsbehörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt oder in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt und damit eine Sachentscheidung verweigert. Ein Recht auf Parteistellung lässt sich nach der Rspr des VfGH aus diesem Grundrecht nicht ableiten.

9. In seiner Judikatur zum Gleichheitssatz geht der VfGH davon aus, dass es dem Gesetzgeber erlaubt ist, in verschiedenen Verfahrenssystemen unterschiedliche Regelungen für gleiche oder ähnliche Verfahrensinstitute vorzusehen. Jedoch dürfen Verfahrensvorschriften nicht gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot verstoßen. Obwohl der VfGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass es kein verfassungsrechtliches gewährleistetetes Recht auf Parteistellung gibt, kann das Sachlichkeitsgebot zur Einräumung der Parteistellung verpflichten, wenn einer Person durch die Rechtsordnung subjektive Rechte zugestanden werden. Für die Vollziehung leitet der VfGH aus dem Gleichheitssatz ein allgemeines Willkürverbot ab.

10. Durch Art. 11 Abs. 2 B-VG soll die Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts gewahrt werden. Verfahrensvorschriften, die von den Bestimmungen des AVG abweichen, dürfen vom Bundes- oder Landesgesetzgeber nur dann erlassen werden, wenn dies aufgrund besonderer Umstände unerlässlich ist. Die Bedeutung von Art. 11 Abs. 2 B-VG für die rechtsstaatlichen Mindeststandards eines Verwaltungsverfahrens liegt darin, dass das im AVG determinierte Verfahrensprogramm und dessen rechtsstaatliche Garantien zum zentralen Bezugspunkt erhoben werden. Ein Abweichen von diesem Standard ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig.

11. Aus dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgebot leitet der VfGH die Verpflichtung ab, dass Rechtsschutzeinrichtungen für den Rechtsschutzwerber ein Mindestmaß an faktischer Effektivität aufweisen müssen. Ein genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln ist daher grundsätzlich unzulässig. Rechtsmittelfristen müssen so bemessen sein, dass sie einem Rechtsmittelwerber Zeit lassen, sein Rechtsmittel in adäquater und zielführender Weise auszuarbeiten. Verwaltungsrechtliche Entscheidungen sind als Bescheid zu erlassen und angemessen zu begründen. Parteien haben das Recht auf Gehör und müssen Zugang zu jenen Informationen haben, die für eine wirksame Verfolgung ihrer Rechte erforderlich sind. Dagegen lassen sich nach Ansicht des VfGH aus dem Rechtsstaatsprinzip kein Recht auf Parteistellung und kein Rechtsschutz gegen Behördensäumnis ableiten.

12. Der VfGH hat in seiner Judikatur wichtige Aspekte des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens aufgezeigt. Mehrfach hat der Höchstgerichtshof betont, dass auch für Verwaltungsverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs des AVG die „fundamentalen Grundsätze des fairen Verfahrens“ bzw. „die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgrundsätze“ gelten. Um welche Grundsätze es sich dabei handelt, hat der VfGH bislang nicht abschließend beantwortet. Die Antworten darauf fallen kasuistisch aus und sind nicht frei von Widersprüchen. So lehnt der VfGH ein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Parteistellung ab, obwohl sämtliche Rechtsschutzgarantien an diesen Status geknüpft sind. Trotz des hohen Werts von effektiven Rechtsschutzeinrichtungen wird der Rechtsschutz gegen Behördenuntätigkeit nicht als Grundsatz des rechtsstaatlichen Verfahrens gewertet. Kritisch anzumerken ist, dass der VfGH zu vielen seiner Aussagen eine Begründung schuldig geblieben ist. Was genau der Höchstgerichtshof unter den fundamentalen Grundsätzen des rechtsstaatlichen Verfahrens versteht, bleibt daher im Dunklen.

13. Die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens versammeln sich in einer für die Vollziehung des Verwaltungsrechts geltenden ungeschriebenen Rechtswegegarantie. Diese Garantie bezeichne ich als Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens.

14. Jede entwickelte Rechtsordnung ist ein System von Regeln und Prinzipien. Regeln sind Normen, die eine konkrete Rechtsfolge anordnen, Prinzipien Optimierungsgebote, die in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können. Prinzipien können als geschriebene (z.B. Grund- und Menschenrechte) oder ungeschriebene Normen (z.B. Rechtsstaatsgebot) der Rechtsordnung angehören. Dass auch ungeschriebene Prinzipien Teil der Rechtsordnung sind, lässt sich allgemein begründen. Es gibt allerdings keine allgemeine Erkenntnisregel, ob einem bestimmten Prinzip rechtliche Geltung zukommt. Diese Frage muss von Fall zu Fall entschieden werden.

15. Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist ein ungeschriebenes verfassungsrechtliches Prinzip der österreichischen Rechtsordnung. Dieses Prinzip ist nicht mit dem als Grundprinzip der österreichischen Bundesverfassung verstandenen Rechtsstaatsgebot zu verwechseln. Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens ist auf der Ebene des einfachen Verfassungsrechts angesiedelt.

16. Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens weist eine doppelte Struktur auf: Es enthält eine institutionelle Komponente, die als Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen ist, dieses Prinzip durch Organisationsvorschriften und Verfahrensregeln entsprechend zu verwirklichen, und eine individuelle Komponente, die den Grundrechtsträger vor willkürlichem Verwaltungshandeln schützen soll. In diesem Sinn ist das Prinzip als ein Grundrecht auf ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren zu verstehen.

17. Die Geltung des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens lässt sich weder durch einen Deduktions- noch durch einen Induktionsschluss beweisen. Auch der empirische Nachweis, dass dieses Prinzip in der österreichischen Rechtsgemeinschaft Anerkennung findet, ist für sich alleine zu wenig, um die Geltung dieses Prinzips zu begründen. Als Begründungsweg kann eine reflexive Beweisführung gewählt werden, die aufzeigt, dass die Geltung dieses Prinzips letztlich in jenen unhintergehbaren Annahmen begründet liegt, auf die wir uns stets stützen müssen, wenn wir uns auf das Recht im Allgemeinen und auf das Verfahren im Besonderen beziehen.

18. Eine reflexive Betrachtungsweise zeigt, dass wir auf das Recht nur sinnvoll Bezug nehmen können, indem wir zwingend voraussetzen, dass es ein Verfahren seiner Anwendung gibt, das nach bestimmten Grundsätzen ausgerichtet ist. Zunächst muss jedes rechtliche Verfahren als Bedingung seiner Möglichkeit über einen institutionellen Mindestbestand an Verfahrensregeln verfügen, damit überhaupt von einem Rechtsverfahren gesprochen werden kann. Diese Verfahrensregeln sind als technische Mindestvoraussetzungen zu verstehen, die nur einen geringen materiellen Gehalt haben. Daneben bestehen für jedes rechtliche Verfahren die gehaltvollen Ansprüche der Richtigkeit, Fairness und Effektivität. Diese Grundsätze sind der Inhalt des Prinzips des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens.

19. Der Grundsatz der Richtigkeit ist konstitutiv für und jedes rechtliche Verfahren. Der Anspruch eines Rechtsverfahrens besteht darin, eine richtige Entscheidung zu erzeugen. Eine Entscheidung ist richtig genau dann, wenn der ihr zugrunde liegende Sachverhalt wahr und die angeordnete Rechtsfolge richtig ist.

20. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass es möglich ist, vernunftmäßig darüber zu entscheiden, ob eine rechtliche Aussage richtig oder falsch ist. Umstritten ist allerdings, was das Kriterium für die Richtigkeit von rechtlichen Aussagen ist. Nach dem deduktiven Modell ist eine rechtliche Aussage dann richtig, wenn sie logisch aus den geltenden Gesetzen abgeleitet wurde. Das hermeneutische Modell begreift Rechtserkenntnis als einen Prozess des Verstehens, in dem subjektive Einsichten erworben und so Richtigkeit erkannt wird. Nach dem diskurstheoretischen Modell sind rechtliche Aussagen als Argumente zu verstehen, die dann richtig sind, wenn sie ihren Geltungsanspruch auf Richtigkeit im rechtlichen Diskurs erfolgreich einlösen können.

21. Durch das diskurstheoretische Modell können die Zusammenhänge zwischen der Entscheidungsfindung (interner Aspekt) und den institutionellen Rahmenbedingungen (externer Aspekt) eines rechtlichen Verfahrens plausibel erklärt werden. Ein rechtliches Verfahren ist als institutionalisierter juristischer Diskurs zu begreifen. Ziel des als Diskurs verstandenen Verfahrens ist es, in einer rationalen Abwägung aller in Betracht kommenden Argumente, eine richtige Entscheidung zu erzeugen. Zentrale Bedeutung für die Richtigkeit der Entscheidung hat die Beteiligung der Betroffenen am Diskurs. Institutionell soll diese Teilhabe da-

durch garantiert werden, indem den Personen, die von einer Entscheidung betroffen sind, Teilnahme-, Informations-, Kommunikations- und Kontrollrechte zugestanden werden.

22. Der Grundsatz der Fairness fordert, dass am rechtlichen Verfahren beteiligte Personen nicht als Objekte, sondern als Rechtssubjekte behandelt werden. Dieser Anspruch kann mit der Selbstzweckhaftigkeit und der Freiheitssphäre eines jeden Menschen begründet werden. Fairness bedeutet, dass ein Teilnehmer am Verfahren in seiner Persönlichkeit anerkannt, in seiner Freiheitssphäre geschützt und im behördlichen Umgang respektvoll behandelt wird. Institutionell soll der Grundsatz der Fairness dadurch umgesetzt werden, indem Verfahrensgarantien sicherstellen, dass Verfahrensteilnehmer in ihrer menschlichen Würde geachtet, untereinander gleich behandelt, vor behördlicher Willkür geschützt und bei der Vornahme von Verfahrenshandlungen von der Behörde unterstützt werden.

23. Der Grundsatz der Effektivität verlangt, dass ein rechtliches Verfahren seinen Zweck, der in der Erzeugung einer verbindlichen Entscheidung liegt, in der Rechtswirklichkeit realisiert. Die Effektivität eines Verfahrens gründet sich erstens auf seine Richtigeitsorientierung und Fairness. Zweitens hängt die Effektivität eines Verfahrens davon ab, ob es gelingt, effiziente Verfahrensabläufe zu implementieren, das Verfahren vor Störungen und Verzögerungen zu schützen und die Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten sicherzustellen. Diese Komponenten der Effektivität sollen institutionell durch Regelungen umgesetzt werden, die im Dienste der Verfahrensökonomie und der Effektivität des Rechtsschutzes stehen und die durch prozedurale Sanktionsmechanismen die Verfahrensteilnahme notfalls zwangsweise durchsetzen.

24. Die Grundsätze der Richtigkeit, Fairness und Effektivität stehen zueinander in einem Ergänzungs- jedoch auch Spannungsverhältnis. Im Kollisionsfall gilt folgende Rangordnung: Der Grundsatz der Fairness geht den Grundsätzen der Richtigkeit und der Effektivität vor. Der Grundsatz der Richtigkeit steht über dem Grundsatz der Effektivität. Der Grundsatz der Effektivität ist gegenüber den Grundsätzen der Fairness und der Richtigkeit nachrangig.

25. Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens gilt für alle Typen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens. Es verpflichtet den Gesetzgeber, Verwaltungsverfahren nach den Grundsätzen der Richtigkeit, Fairness und Effektivität zu gestalten. Auch die Vollziehung ist an diese Grundsätze gebunden.

Literaturverzeichnis

- Adamovich, Ludwig sen.: Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts⁴ (1947)
- Adamovich, Ludwig sen.: Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl 1950, 73 – 77
- Adamovich, Ludwig/Funk, Bernd-Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987)
- Adamovich, Ludwig/Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart: Österreichisches Staatsrecht, Band 1 Grundlagen (1997)
- Adamovich, Ludwig/Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart: Österreichisches Staatsrecht, Band 2 Staatliche Organisation (1998)
- Adamovich, Ludwig/Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart: Österreichisches Staatsrecht, Band 3 Grundrechte (2003)
- Adamovich, Ludwig/Huppmann, Reinhild: Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs 1975 – 1995, in: 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 503 – 530
- Albert, Hans: Traktat über kritische Vernunft⁵ (1991)
- Albrecht, Alfred: Rechtsstaat, in: Görres Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon⁷, Band 4 (1995) 737 – 747
- Alexy, Robert: Zum Begriff des Rechtsprinzips (1979), in: ders., Vernunft, Diskurs (1995)
- Alexy, Robert: Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (1985), in: Robert Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003) 217 – 233
- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte (1985)
- Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation² (1991)
- Alexy, Robert: Begriff und Geltung des Rechts (1992)
- Alexy, Robert: Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs (1995), in: Robert Alexy et al., Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003) 113 – 122
- Antoniolli, Walter: Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in: FS Merkl (1970) 34 – 42
- Antoniolli, Walter/Koja, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)
- Apel, Karl-Otto: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik (1973), in: ders., Transformation der Philosophie, Band II (1973) 358 – 435
- Apel, Karl-Otto: Das Problem der philosophischen Letztbegründung im Lichte einer transzendentalen Sprachpragmatik. Versuch einer Metakritik des „kritischen Rationalismus“ (1976) in: ders., Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes (1998) 33 – 79

- Apel, Karl-Otto: Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zu einer postkonventionellen Moral (1988)
- Apel, Karl-Otto: Fallibilismus, Konsenstheorie der Wahrheit und Letztbegründung (1987/1998) in: ders., Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes (1998) 81 – 193
- Aristoteles: Metaphysik; dt. Übersetzung Herrmann Bonitz, Rowohlt's Enzyklopädie³ (2002)
- Aristoteles: Nikomachische Ethik; Auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes herausgegeben von Günther Bien, Meiner Verlag⁴ (1985)
- Baltl, Hermann: Österreichische Rechtsgeschichte⁶ (1986)
- Barfuß, Walter: Gedanken zur materiellen Rechtskraft im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1974, 293 – 303
- Benda, Ernst: Rechtsstaat, in: Dieter Nohlen (Hrsg.), Lexikon der Politik, Band 1: Politische Theorien (1995) 515 – 519
- Bora, Alfons: Bedeutungen von „Verfahrensgerechtigkeit“, in: Stephan Barton (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis (2002) 21 – 32
- Berka, Walter: Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)
- Berka, Walter: Kommentar Art. 7 B-VG (2001), in: Heinz-Peter Rill/Heinz Schäffer, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001)
- Braun, Johann: Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert (2001)
- Bußjäger, Peter: Die Rahmenbedingungen des Standortwettbewerbs von Verwaltungen, in: ders. (Hrsg.), Moderner Staat und innovative Verwaltung (2003) 7 – 24
- Bydlinski, Franz: Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988)
- Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)
- Davy, Benjamin: Vorläufige Polizeiverfügungen und Rechtsschutz, ZfV 1989/4, 335-348
- Demmerling, Christoph: Richtigkeit, in: Joachim Ritter et. al. (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, 12 Bände (1971 - 2005) Band 8 (1992), 1038 – 1045
- Demmerling, Christoph: Sprache und Verdinglichung (1994)
- Dimmel, Nikolaus: Zur „Effizienz“ und anderen Paradigmen der Verfassungsreform, Juridicum 4/2003, 202 – 208
- Dworkin, Ronald: Bürgerrechte ernstgenommen (1978) dt. Übersetzung Ursula Wolf, Suhrkamp (1984)
- Eberhard, Harald: Kontraktmanagement und rechtsstaatliches Prinzip, in: FS Öhlinger (2004) 736 – 755
- Eberhard, Harald: Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005)
- Engisch, Karl: Logische Studien zur Gesetzesanwendung² (1960)

- Epp, Astrid: Divergierende Konzepte von „Verfahrensgerechtigkeit“. Eine Kritik der Procedural Justice Forschung (1998)
- Ermacora, Felix: Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte (1963)
- Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenlehre in der Rechtsfindung² (1972)
- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts⁴ (1990)
- Europäische Kommission (Hrsg.): Europäisches Regieren. Weißbuch (2001)
- Feßl, Johannes: Das Neuerungsverbot in der Berufungsinstanz gemäß § 32 Abs. 1 AsylG in der Fassung der AsylG-Novelle 2003, ZUV 4/2003 139 – 143
- Feyerabend, Paul: Wider den Methodenzwang² (1983)
- Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bände I – V (1975/77)
- Foregger, Egmont/Kodek, Gerhard: Die österreichische Strafprozessordnung⁶ (1994)
- Freudenberger, Silja: Relativismus, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie (1999) Band 2, 1378 – 1384.
- Frieberger, Jürgen: Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997)
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang: EMRK-Kommentar² (1996)
- Funk, Bernd-Christian: Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, JRP 2000/8, 65 – 75, 69.
- Funk, Bernd-Christian: Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft, in: FS Adamovich (2002) 111 – 125
- Funk, Bernd-Christian: Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, Juridikum 1/2003, 4 – 5
- Funk, Bernd-Christian: Rechtsgeltung und die normative Kraft gesellschaftlicher Kommunikation, in: FS Schäffer (2006) 165 – 174
- Funk, Bernd-Christian: Privatissimum SS 2006, Mitschrift
- Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode⁵ (1986)
- Gloy, Karen: Wahrheitstheorien (2004)
- Görgen, Andreas: Offene Lücken im geschlossenen Rechtssystem? Denkanstöße zum Aufblühen der Alternative Dispute Resolution, Juridikum 2/2001, 83 – 88
- Gosepath, Stefan: Gleichheit/Ungleichheit, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie (1999) Band 1, 501 – 506
- Grabenwarter, Christoph: Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997)
- Grabenwarter, Christoph: Europäische Menschenrechtskonvention² (2005)
- Grimm, Jacob/ Grimm, Wilhelm: Deutsches Wörterbuch. 16 Bände [in 32 Teilbänden] (1854-1960)

- Habermas, Jürgen: Vorlesungen zu einer Sprachtheoretischen Grundlegung der Soziologie (1970/71) in: ders., Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns (1984)
- Habermas, Jürgen: Wahrheitstheorien (1972) in: ders. Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns (1984) 127 – 183
- Habermas, Jürgen: Erkenntnis und Interesse² (1973)
- Habermas, Jürgen: Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders., Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln (1983) 53 – 125
- Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns⁴, Bd. I und II (1987)
- Habermas, Jürgen: Motive nachmetaphysischen Denkens, in: ders., Nachmetaphysisches Denken (1988), 35 – 60
- Habermas, Jürgen: Erläuterungen zur Diskursethik (1991)
- Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats⁴ (1994)
- Habermas, Jürgen: Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch (1995), in: ders., Die Einbeziehung des Anderen (1999) 65 – 94
- Habermas, Jürgen: Realismus nach der sprachpragmatischen Wende, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung (1999) 7 – 64
- Habermas, Jürgen: Richtigkeit versus Wahrheit, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung (1999) 299 – 346
- Hauer, Wolfgang/Leukauf, Otto: Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2004)
- Hellbling, Ernst: Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, I. Band (1953)
- Henckel, Wolfram: Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (1967)
- Hengstschläger, Johannes/Leeb, David: Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz Band I (2004), Band II (2005)
- Hengstschläger, Johannes: Verwaltungsverfahrenrecht³ (2005)
- Hersch, Jeanne: Menschenrechte und Menschsein: Warum hat der Mensch besondere Rechte? Vortrag mit Podiumsgespräch, gehalten in Salzburg am 22. Oktober 1993 (1994)
- Hiesel, Martin: Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgericht (1995)
- Hiesel, Martin: Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 1999, 522 – 533
- Hoffmann, Roland: Verfahrensgerechtigkeit (1992)
- Hobbes, Thomas: Leviathan (1651) dt. Übersetzung Jacob Peter Mayer, Reclam (1970)
- Hoke, Rudolf: Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte² (1996)
- Holderried, Tobias: Von New Public Management zu Electronic Government. Diplomarbeit Universität Wien (2005)

- Holzhammer, Richard: Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976)
- Holzinger, Gerhart: Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in: FS Walter (1991) 271 – 291
- Holzinger, Gerhart: Kommentar zu § 83 Abs. 2 B-VG (2002), in: Karl Korinek/Michael Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Loseblattsammlung (1999)
- Holzinger, Gerhart/Köhler, Martin: Verwaltungsverfahren² (2001)
- Holzinger, Gerhart/Oberndorfer, Peter/Raschauer, Bernhard: Österreichische Verwaltungslehre² (2006)
- Jabloner, Clemens: Das Denksporterkenntnis des Verfassungsgerichtshofs im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: FS Adamovich (1992) 189 – 201
- Janson, Tore: Eine kurze Geschichte der Sprachen; dt. Übersetzung Martina Wiese (2003)
- Kant, Immanuel: Grundlegung der Metaphysik der Sitten² (1786)
- Kant, Immanuel: Kritik der reinen Vernunft² (1787)
- Kant, Immanuel: Kritik der praktischen Vernunft (1788)
- Kant, Immanuel: Über den Gemeinspruch: Das mag zwar in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793)
- Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten (1797)
- Kaser, Max/Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht¹⁷ (2003)
- Kaufmann, Arthur: Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 259 – 279
- Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie (1988/92) in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 1 – 26
- Kaufmann, Arthur: Lässt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen? (1989), in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 425 – 434
- Kaufmann, Arthur: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989)
- Kaufmann, Arthur: Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis (1989), in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 155 – 169
- Kaufmann, Arthur: Richtiges Recht – eine Skizze (1990) in: Arthur Kaufmann, ders. (1993) 355 – 368
- Kaufmann, Arthur: Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie (1991), in: ders., Über Gerechtigkeit (1993) 481 – 502
- Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart⁷ (2004)
- Kelsen, Hans: Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929)
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre¹ (1934)
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre² (1960)

- Kelsen, Hans: Was ist Gerechtigkeit² (1975)
- Khakzadeh, Lamiss Magdalena: Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur AsylG-Nov 2003, in: Migralex 2/2004, 59 – 64
- Kluge, Friedrich: Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache²⁴ (2002)
- Köbler, Gerhard: Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte (1988)
- Köbler, Gerhard: Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte (1997)
- Köbler, Gerhard: Juristisches Wörterbuch¹² (2003)
- Köbler, Gerhard: Deutsche Rechtsgeschichte⁶ (2005)
- Kobzina, Alfred: Die rechtsstaatliche Verfassung und was daraus geworden ist, in: FS Walter (1991) 331 – 347
- Koch, Hans-Joachim: Deduktive Entscheidungsbegründung, in: Robert Alexy et al. Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003)
- Köhler, Wolfgang R.: Das Recht auf Menschenrechte, in: Hauke Brunkhorst et al. (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte (1999) 106 – 124
- Konecny, Andreas: Neue Entwicklungen im einstweiligen Rechtsschutz, in: FS Matscher (1993) 265 – 278
- Korinek, Karl: Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS Walter (1991) 363 – 385
- Korinek, Karl/Holoubek, Michael: Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)
- Korinek, Karl: Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in: FS Rill (1995) 183
- Korinek, Karl: Die Qualität der Gesetze – staatsrechtliche und legislative Verantwortlichkeiten im Gesetzgebungsprozess, in: Michael Holoubek/Georg Lienbacher (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 21 – 44
- Kreuzsaler, Claudia: Tintenspuren im Recht. Juristische Papyrologie unter der Lupe, Juridikum 2/2001, 100 – 103
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele: Beamtenernennung im Rechtsstaat, in: FS Walter (1991) 387 – 403
- Kuhlmann, Wolfgang: Reflexive Letztbegründung versus radikaler Fallibilismus. Eine Replik, in: Zeitschrift für Allgemeine Wissenschaftstheorie, XVI/2 (1985) 357 – 374.
- Lachmayer, Konrad: Beiräte in der Bundesverwaltung (2003)
- Lachmayer, Konrad: Effizienz als Verfassungsprinzip. Eine Maxime für staatliches Handeln in Österreich?, in: Bungenberg et al. (Hrsg.), Assistententagung Öffentliches Recht. Recht und Ökonomik (2004) 135 – 159
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995)
- Lengheimer, Karl: Grundprinzipien des österreichischen Verfassungsrechtes und ihre Entwicklung, in: FS Winkler 555 – 579

- Locke, John: Über die Regierung (1690) dt. Übersetzung Dorothee Tidow, Reclam (1974)
- Löffler, Elke/ Bovaird, Tony: Politische Steuerung neu gedacht, in: Helfried Bauer et al. (Hrsg.), Public Governance. Öffentliche Aufgaben gemeinsam erfüllen und effektiv steuern (2005) 30 – 39
- Luf, Gerhard: Kant und die Menschenrechte, in: FS Winkler (1997) 597 – 613
- Luf, Gerhard: Grundfragen der Rechtsphilosophie und Rechtsethik (2003/04)
- Luhmann, Niklas: Legitimation durch Verfahren (1969) Suhrkamp (1983)
- Luhmann, Niklas: Rechtssoziologie³ (1987)
- Luhmann, Niklas: Das Recht der Gesellschaft (1993)
- Lumer, Christoph: Kognitivismus/Nonkognitivismus, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie (1999) Band 1, 695 – 699
- Machacek, Rudolf (Hrsg.): Verfahren vor dem VfGH und vor dem VwGH⁵ (2004)
- Machura, Stefan: Verfahrensgerechtigkeit aus der Perspektive von Beschuldigten, in: Stephan Barton (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis (2002), 195 – 232
- Mayer, Heinz: Im Dilemma zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtstheorie, in: FS Adamovich (2002) 431 – 442
- Mayer, Heinz: B-VG-Kommentar³ (2002)
- Mayer, Heinz (Hrsg.): Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)
- Mayer-Maly, Theo: Das Arbeitsrecht und der Rechtsstaat, in FS Walter (1991)
- Merker, Barbara: Naturalistischer Fehlschluss, in: Hans-Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie (1999) Band 1, 914 – 915
- Merkel, Adolf: Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: FS Kelsen (1971) 126 – 140
- Montesquieu, Vom Geist der Gesetze (1748) dt. Übersetzung Kurt Weigand, Reclam (1994)
- Müller, Friedrich/Cristensen, Ralph: Juristische Methodik, Band I: Grundlagen – Öffentliches Recht⁸ (2002), Band II: Europarecht⁸ (2003)
- Muzak, Gerhard: Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995)
- Neumann, Ulfrid: Juristische Argumentationslehre (1986)
- Neumann, Ulfrid: Juristische Methodenlehre und Theorie der Juristischen Argumentation, Rechtstheorie 32/2001, 239 – 255
- Neumann, Ulfrid: Theorie der juristischen Argumentation, in: Arthur Kaufmann et al. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie⁷ (2004) 333 – 347
- Niesen, Peter/Eberl, Oliver: Demokratischer Positivismus: Habermas/Maus, in: Sonja Buckl, et al., Neue Theorien des Rechts (2006) 3 – 28

- Novak, Richard: Das „differenzierte Legalitätsprinzip“ in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: FS Adamovich (1992) 491-501
- Oberndorfer, Peter: Grundprobleme des Verwaltungsverfahrens in der österreichischen Sozialversicherung, ZAS 6/1973, 203 – 216
- Oberndorfer, Peter: Der Rechtsstaat auf der Probe oder der Versuch der Legalisierung von Unrecht, in: FS Winkler (1997) 707-729
- Öhlinger, Theo: Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 – 233
- Öhlinger, Theo: 60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze – Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß? Gutachten für den Neunten Österreichischen Juristentag, Band I/2 (1985)
- Öhlinger, Theo: Verfassungsrecht⁶ (2005)
- Öhlinger, Theo/ Potacs, Michael: Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht³ (2006)
- Österreichischer Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des Neunten Österreichischen Juristentages, Abteilung Verwaltungsrecht, Band II/2 (1985)
- Oleckowski, Thomas: Zwischen Kassation und Reformation. Zur Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis, ÖJZ 16/1999, 581 – 586
- Osman, Nabil: Kleines Lexikon untergegangener Wörter¹⁵ (2004)
- Patterson, Dennis: Recht und Wahrheit (1996) dt. Übersetzung Delf Buchwald/Oliver Remme, Nomos Verlagsgesellschaft (1999)
- Pauer-Studer, Herlinde: Einführung in die Ethik (2003)
- Pernthaler, Peter: Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004)
- Pernthaler, Peter: Ungeschriebene Grundrechte und Grundprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, in: FS Öhlinger (2004) 447 – 468
- Pfeifer, Wolfgang (Hrsg.): Etymologisches Wörterbuch des Deutschen⁷ (2004)
- Pichler, Johannes/Ziegerhofer, Anita: Archaisches Recht (Onlinedokument für Studierende: plato.kfunigraz.ac.at/dp) (1998)
- Pieper, Annemarie: Einführung in die Ethik⁵ (2003)
- Piska, Christian: Verfahrensrechtliche Fragen der AsylG-Nov 2003 (Teil 1), in: Migralex 1/2004, 9 – 14
- Plamper, Harald: E-Government: Was haben die Bürger (wirklich) davon?, in: Peter Bußjäger (Hrsg.), Moderner Staat und innovative Verwaltung (2003) 39 – 53
- Platon: Die Apologie des Sokrates
- Platon: Politeia; Übersetzt und erläutert von Otto Apelt, herausgegeben von Karl Bormann, Meiner Verlag¹¹ (1989)

- Pöllabauer, Sonja/Schumacher, Sebastian: Kommunikationsprobleme und Neuerungsverbot im Asylverfahren, *Migralex* 1/2004, 20 – 28
- Popper, Karl: Die Logik der Forschung¹⁰ (2002)
- Pöschl, Magdalena: Zur Verfassungskonformität der „einstweiligen Zulassung“ nach § 3 Abs. 7 und 8 PrivatradioG, *ZfV* 2001/367 164 – 177
- Poser, Hans: Wissenschaftstheorie (2001)
- Raschauer, Bernhard: Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003)
- Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit (1971); dt. Übersetzung Herrmann Vetter (1979)
- Rechberger, Walter/Simotta, Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003)
- Reese-Schäfer, Walter: Karl-Otto Apel zur Einführung (1990)
- Reese-Schäfer, Walter: Grenzgötter der Moral (1997)
- Rehbinder, Manfred: Rechtssoziologie⁵ (2003)
- Reichelt, Gerte: Europarecht (2004/05)
- Reichelt, Gerte (Hrsg.): Sprache und Recht unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts (2006)
- Reimer, Franz: Verfassungsprinzipien (2001)
- Rill, Heinz-Peter / Schäffer, Heinz: Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2001)
- Ringhofer, Kurt: Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I (1987) und Band II (1992)
- Ritter, Joachim et al. (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, 12 Bände (1971 – 2005)
- Rossmann, Bruno: Zur Bedeutung der Governance im Rahmen der Reorganisation des Staates, in: Helfried Bauer et al. (Hrsg.), *Public Governance. Öffentliche Aufgaben gemeinsam erfüllen und effektiv steuern* (2005) 19 – 28
- Rousseau, Jean-Jacques: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrecht (1762), dt. Übersetzung Hans Brockard, Reclam
- Russel, Bertrand: Wahrheit und Falschheit (1912) in: Gunnar Skirbekk (Hrsg.), *Wahrheitstheorien* (2001) 63 – 72
- Sander, Peter: Das neue Zustellrecht im Verwaltungsverfahren, *ZfV* 3/2004, 294 – 304
- Schekulin, Manfred: Strategische Steuerung in der Zentralverwaltung, in: Helfried Bauer et al. (Hrsg.), *Public Governance. Öffentliche Aufgaben gemeinsam erfüllen und effektiv steuern* (2005) 174 – 193
- Schmölz, Franz Martin (Hrsg.): Die Grundlage der Naturrechtslehre. Das Naturrecht in der politischen Theorie (1963)
- Schnädelbach, Herbert: Erkenntnistheorie (2002)

- Schnedl, Norbert: E-Government als Organisationsform, in: GÖD 4/2004, 12 – 14
- Schneider, Jochen/Schroth, Ulrich: Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung, in: Arthur Kaufmann et al., Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart⁶ (1994) 470 – 503
- Schumacher, Sebastian/Peyrl, Johannes: Fremdenrecht² (2006)
- Schwegmann, Friedrich: Rechtsstaat, in: Dieter Nohlen (Hrsg.), Lexikon der Politik, Band 7: Politische Begriffe (1998)
- Seiler, Stefan: Strafprozessrecht⁸ (2006)
- Stadt Mainz (Hrsg.): Gutenberg – aventur und kunst. Vom Geheimunternehmen zur ersten Medienrevolution. Ausstellungskatalog (2000)
- Stolzlechner, Harald: Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz-BVG und Parteistellung von Nachbarn im technischen Anlagerecht, in: FS Walter (1991) 665 – 681
- Strehl, Franz: Die Arbeitsweise der Verwaltung, in: Gerhart Holzinger et al. (Hrsg.), Österreichische Verwaltungslehre (2006) 237 – 265
- Streinz, Rudolf: Europarecht⁷ (2005)
- Strau, Thomas: Verwaltungsreform in Österreich – Vom Verwaltungsstaat zum Leistungsstaat. Diplomarbeit Universität Wien (2005)
- Struck, Gerhard: Topische Jurisprudenz (1971)
- Struck, Gerhard: Zur Theorie juristischer Argumentation (1977)
- Tarski, Alfred: Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen (1933)
- Tetens, Holm: Philosophisches Argumentieren (2004)
- Tezner, Friedrich: Das System der österreichischen Verwaltungsrechtssprechung (1911)
- Thallinger, Gerhard: Das neue Asylgesetz – ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, ZfV 2004/325, 161-178
- Thienel, Rudolf: Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz (1991)
- Thienel, Rudolf: Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992)
- Thienel, Rudolf: Der Mehrstufige Verwaltungsakt (1996)
- Thienel, Rudolf: Die Verwaltungsverfahrensnovellen 2001 (2002)
- Thienel, Rudolf: Verwaltungsverfahrenrecht³ (2004)
- Thomas von Aquin: Quaestiones disputatae de veritate
- Trauner, Gudrun: E-Government, in: Gerhart Holzinger et al. (Hrsg.), Österreichische Verwaltungslehre (2006) 267 – 298

- Tschentscher, Axel: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1999)
- Tschentscher, Axel: Der Konsensbegriff in Vertrags- und Diskurstheorien, in: Rechtstheorie 33/2002, 43-59
- Tugendhat, Ernst: Vorlesungen über Ethik (1993)
- Vetter, Helmuth: Zum wissenschaftlichen Status der Hermeneutik, in: Helmuth Vetter/Michael Potacs (Hrsg.), Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1990) 1 – 26
- Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz⁵ (1974)
- Vogel, Joachim: Juristische Methodenlehre (1998)
- Walter, Robert: Philosophische Hermeneutik und Reine Rechtslehre, in: Helmuth Vetter/Michael Potacs (Hrsg.), Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (1990) 41 – 52
- Walter, Robert: Normen und Aussagen über Normen, in: FS Adamovich (1992) 714 – 720
- Walter, Robert/Thienel, Rudolf: Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I² (1998), Ergänzungsband (1998), Band II² (2000)
- Walter, Robert/Mayer, Heinz: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000)
- Walter, Robert/Mayer, Heinz: Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁸ (2003)
- Weber, Karl: Das Gesicht der Verwaltung im 21. Jahrhundert, in: Peter Bußjäger (Hrsg.), Moderner Staat und innovative Verwaltung (2003) 107 – 127
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie (1921) Fünfte von Johannes Winkelmann revidierte Auflage (1980)
- Weber-Fas, Rudolf: Grundrechte Lexikon. Menschen und Bürgerrechte der deutschen Verfassung (2001)
- Weinberger, Ota: Rechtslogik² (1989)
- Wellmer, Albrecht: Sprachphilosophie (2004)
- Wesel, Uwe: Geschichte des Rechts² (2001)
- Wesener, G.: Prozessmaximen, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann, Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, IV. Band (1990) 56
- Wiederin, Ewald: Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993)
- Wiederin, Ewald: Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: FS Winkler (1997) 1231 – 1272
- Wiederin, Ewald: Rechtspolitik der Zukunft – Innere Sicherheit, in: Michael Holoubek/Georg Lienbacher (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 277 -312
- Wielinger, Gerhart: Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahren⁹ (2002)
- Wimmer, Norbert: Dynamische Verwaltungslehre (2004)
- Winkler, Günther: Wertbetrachtungen im Recht und ihre Grenzen (1969)

Wittgenstein, Ludwig: Über Gewissheit (1949)

Wittgenstein, Ludwig: Philosophische Untersuchungen (1952)

Zippelius, Reinhold: Legitimation durch Verfahren?, in: FS Larenz (1973) 293 – 304

Zippelius, Reinhold: Allgemeine Staatslehre¹⁴ (2003)

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre⁸ (2003)

Zippelius, Reinhold: Rechtsphilosophie⁴ (2003)