

DAS GEMEINDLICHE SELBSTVERWALTUNGSRECHT

ALFRED GROF

Rechtsquellen	47
Literaturübersicht	50
I. Formalrechtliche Qualifikation (Bezeichnung)	51
II. Systematische Konzeption des Selbstverwaltungsrechts	53
1. Berechnung	53
2. Verpflichtete	54
3. Gesetzesvorbehalt	54
4. Gegenstand des Selbstverwaltungsrechts	56
a) Sonderform der Verwaltungsführung	56
aa) Gesetzesbindung	56
bb) Eigenverantwortung	57
cc) Demokratische Organisationsstruktur	58
dd) Unabhängigkeit	59
ee) Sonstige Besonderheiten	60
b) Verhältnis zu den staatlichen Organen (Aufsichtsrecht)	60
III. Inhalt des Selbstverwaltungsrechts	62
1. Administrativ-hoheitliche Selbstverwaltung	62
2. Exkurs: Gemeinden und Verwaltungssenate	65
3. Finanzielle Selbstverwaltung	68
a) Haushaltsführung	69
b) Abgabenhöhe	69
4. Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde	70
IV. Schutz der Selbstverwaltung	71
1. Einfache Gesetze	71
2. Verordnungen	73
3. Bescheide und faktische Amtshandlungen	74
4. Weisungen	75

RECHTSQUELLEN

I. Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) 1920 i.d.F. 1929, BGBl.Nr. 1/1920, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. 565/1991 (Auszug)

Art. 116

- „(1) ... Die Gemeinde ist Gebietskörperschaft mit dem Recht auf Selbstverwaltung und zugleich Verwaltungssprengel. ...
 (2) Die Gemeinde ist selbständiger Wirtschaftskörper. Sie hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbstständig zu führen und Abgaben auszuscheiden.
 (3) ...“

„(1) ...

(2) Der eigene Wirkungsbereich umfaßt neben den im Artikel 116 Absatz 2 angeführten Angelegenheiten alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden. Die Gesetze haben derartige Angelegenheiten ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zu bezeichnen.

(3) Der Gemeinde sind zur Besorgung im eigenen Wirkungsbereich die behördlichen Aufgaben insbesondere in folgenden Angelegenheiten gewährleistet:

1. Bestellung der Gemeindeorgane unbeschadet der Zuständigkeit überörtlicher Wahlbehörden; Regelung der inneren Einrichtungen zur Besorgung der Gemeindefaufgaben;
2. Bestellung der Gemeindebediensteten und Ausübung der Diensthoheit unbeschadet der Zuständigkeit überörtlicher Disziplinar-, Qualifikations- und Prüfungskommissionen;
3. örtliche Sicherheitspolizei (Artikel 15 Absatz 2), örtliche Veranstaltungspolizei;
4. Verwaltung der Verkehrsflächen der Gemeinde, örtliche Straßenpolizei;
5. Flurschutzpolizei;
6. örtliche Marktpolizei;
7. örtliche Gesundheitspolizei, insbesondere auch auf dem Gebiete des Hilfs- und Rettungswesens sowie des Leichen- und Bestattungswesens;
8. Sittlichkeitspolizei;
9. örtliche Baupolizei, soweit sie nicht bundeseigene Gebäude, die öffentlichen Zwecken dienen (Artikel 15 Absatz 5) zum Gegenstand hat; örtliche Feuerpolizei; örtliche Raumplanung;
10. öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten;
11. freiwillige Feilbietungen beweglicher Sachen.

(4) Die Gemeinde hat die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches im Rahmen der Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes in eigener Verantwortung frei von Weisungen und – vorbehaltlich der Bestimmungen des Artikels 119a Absatz 5 – unter Ausschluß eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde zu besorgen. Dem Bund und dem Land kommt gegenüber der Gemeinde bei Besorgung ihres eigenen Wirkungsbereiches ein Aufsichtsrecht (Artikel 119a) zu. ...

(5) Der Bürgermeister, die Mitglieder des Gemeindevorstandes (Stadtrates, Stadtsenates) und allenfalls bestellte andere Organe der Gemeinde sind für die Erfüllung ihrer dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zugehörigen Aufgaben dem Gemeinderat verantwortlich.

(6) In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches hat die Gemeinde das Recht, ortspolizeiliche Verordnungen nach freier Selbstbestimmung zur Abwehr unmittelbar zu erwartender oder zur Beseitigung bestehender, das örtliche Gemeinschaftsleben störender Mißstände zu erlassen, sowie deren Nichtbefolgung als Verwaltungsübertretung zu erklären. Solche Verordnungen dürfen nicht gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes verstoßen.

(7) ...

„(1) Der Bund und das Land üben das Aufsichtsrecht über die Gemeinde dahin aus, daß diese bei Besorgung des eigenen Wirkungsbereiches die Gesetze und Verordnungen nicht verletzt, insbesondere ihren Wirkungsbereich nicht überschreitet und die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllt.

(2) ...

...

(5) Wer durch den Bescheid eines Gemeindeorgans in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, kann nach Erschöpfung des Instanzenzuges (Artikel 118 Absatz 4) innerhalb von zwei Wochen nach Erlassung des Bescheides dagegen Vorstellung bei der Aufsichtsbehörde erheben. Diese hat den Bescheid, wenn Rechte des Einschreiters durch ihn verletzt werden, aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die Gemeinde zu verweisen. ...

(6) ...

...

(9) Die Gemeinde hat im aufsichtsbehördlichen Verfahren Parteistellung; sie ist berechtigt, gegen die Aufsichtsbehörde vor dem Verwaltungsgerichtshof (Artikel 131 und 132) und vor dem Verfassungsgerichtshof (Artikel 144) Beschwerden zu führen.

(10) ...“

II. Finanz-Verfassungsgesetz 1948 (F-VG), BGBl.Nr. 45/1948, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. 686/1988

§ 5

„Öffentliche Abgaben können vorbehaltlich der Bestimmungen der §§ 7, Abs. (5), und 8, Abs. (5), nur auf Grund von Gesetzen erhoben werden.“

„(1) ...

...

(5) Die Bundesgesetzgebung kann Gemeinden ermächtigen, bestimmte Abgaben auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung auszuschreiben.“

§ 8

„(1) ...

...

(5) Die Landesgesetzgebung kann Gemeinden ermächtigen, bestimmte Abgaben auf Grund eines Beschlusses der Gemeindevertretung zu erheben. Solche Landesgesetze müssen die wesentlichen Merkmale dieser Abgaben, insbesondere auch ihr zulässiges Höchstausmaß bestimmen.

(6) Die Landesgesetzgebung kann Gemeinden zur Erhebung bestimmter Abgaben verpflichten oder die Landesregierung ermächtigen, für die Gemeinden bestimmte Abgaben, zu deren Erhebung die Gemeinden berechtigt wären, zu erheben, wenn dies zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Gleichgewichts oder zur Deckung bestimmter Erfordernisse im Haushalt der Gemeinden erforderlich ist.“

LITERATURÜBERSICHT

Antoniolli, Das Gemeinderecht im Rahmen der Bundesverfassung, ÖGZ 1961, H. 11/12, 53 ff; *ders.*, Begriff und Grundlagen der Selbstverwaltung in Österreich, ÖZÖR 1959/60, 334 ff; *Berchtold*, Gemeindeaufsicht, Wien 1972 (Springer-Verlag); *ders.*, Die Übertragung der Besorgung von Gemeindeaufgaben auf staatliche Behörden gemäß Art. 118 (7) B-VG, JBl. 1970, 25 ff; *Bondi de Antoni*, Das Grundrecht der österreichischen Gemeinden auf Selbstverwaltung, EuGRZ 1984, 309 ff; *Brochhausen*, Die österreichische Gemeindeordnung, Wien 1905 (Manz-Verlag); *Eberhard*, Die Bestandsgarantie der Gemeinde, ÖJZ 1971, 281 ff; *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, Wien 1963 (Manz-Verlag); *Fröhler/Oberdorfer*, Die Gemeinde im Spannungsfeld des Sozialstaates, Linz 1970 (Gutenberg-Verlag); *dies.*, Recht und Organisation der Kommunalwirtschaft, Linz 1974 (Gutenberg-Verlag); *dies.*, Das österreichische Gemeinderecht, 2 Bände, Loseblattsammlung seit 1983, Linz (Trauner-Verlag), mit Beiträgen von: *Fröhler/Oberdorfer* (Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts), *Neuhöfer* (Gemeindegebiet und Gemeindebewohner), *Havranek/Unkart* (Interkommunale Zusammenarbeit durch Gemeindeverbände und Verwaltungsgemeinschaften; Grundlagen, Grenzen und Anwendungsbereich des ortspolizeilichen Verordnungsrechts), *Putschögl* (Wahlen zum Gemeinderat; Wahl der Mitglieder des Gemeinderates), *Putschögl* (Wahlen zum Gemeinderat; Wahl der Mitglieder des Gemeinderates), *Widder* (Geschäftsordnung des Gemeinderates und der Gemeindeausschüsse), *Widder/Steiendorfer* (Aufgaben der Gemeindeorgane und des Gemeindeamtes (Magistrates)), *Oberdorfer* (Einrichtungen der direkten Demokratie in den Gemeinden), *Bauer/Wolny* (Gemeindefinanzien), *Hengstschläger* (Gemeindehaushaltsrecht; Geburtenkontrolle), *Binder* (Wirtschaftsunternehmen der Gemeinden), *Grillberger/Strasser* (Privatrechtliche Haftung und Rechtsgültigkeit von Geschäften der Gemeinden), *Berchtold* (Gemeindeaufsicht und *Gallent* (Genehmigungsvorbehalt); *Funk/Rack/Pauper*, Gemeindeautonomie und Bürgermitbestimmung, Graz 1981 (Leykam-Verlag); *Gallent*, Gemeinde und Verfassung, Graz 1978 (Leykam-Verlag); *ders.*, Ortspolizeiliche Verordnungen, Linz 1984 (Gutenberg-Verlag); *ders.*, Die Gemeindeverbände (vor und nach Art. 116a B-VG, ÖGZ 1986, H. 7, 7 ff; *Geuder*, Die Baurechtskompetenz der Gemeinden im Rahmen des eigenen Wirkungsbereiches, ÖGZ 1967, 414 ff; *Grof*, Zur Zulässigkeit der auf Feststellung des eigenen Wirkungsbereiches gerichteten Individualbeschwerde der Gemeinde gemäß Art. 139 (1) bzw. 140 (1) B-VG vor dem VfGH, ÖGZ 1983, 534 ff; *ders.*, Weisungsfreie Kollegialbehörden als Gemeindeorgane?, ÖGZ 1986, H. 2, 10 ff; *ders.*, Sonderabfalldeponie wider Baurechtskompetenz und Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde, ÖGZ 1987, H. 7, 20 ff; *ders.*, Materielle oder bloß formelle Garantie des Gemeindeselbstverwaltungsrechts auf Verfassungsebene, ÖGZ 1989, H. 4, 10 ff; *ders.*, Die verfassungs- und verwaltungsrechtssystematische Konzeption des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, Linz 1991 (Denkmayr-Verlag); *Hengstschläger*, Rechtsfragen der Kontrolle kommunaler Unternehmen, Linz 1980 (Gutenberg-Verlag); *Hundegger*, Zur Neuordnung des österreichischen Gemeinderechts durch die Landesgesetzgebung, ÖGZ 1967, 476 ff; *ders.*, Die Gemeinde und ihre Wirkungsbe-
reiche, Wien 1971 (Verlag Jugend & Volk); *Kathollinig*, Gebührenverordnungen sind „selbständige“ Verordnungen, ÖGZ 1978, 530 ff; *Kinzl/Schütz*, Die Reform des österreichischen Gemeinderechts, ÖGZ 1961, H. 4, 1 ff; *Koja*, Gemeindeverbände und Bundesverfassung, Salzburg 1979 (Anton Pustet-Verlag); *Krenner/Putschögl*, Die österreichische Gemeindeordnung 1965, 2. Auflage, Linz 1974 (Amtsdruckerei des Landes Oberösterreich); *E. Loebenstein*, Gedanken zu einer Neuordnung des Gemeinderechts, in: Österreichische Gemeinderundschau 1/1963, 9 ff; *E. Loebenstein/Ermacora*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden, in: 10 Jahre Österreichischer Gemeindebund, Wien 1957 (Stiasny-Verlag), 17 ff; *Neuhöfer*, Handbuch des Gemeinderechts, Wien 1972 (Springer-Verlag); *ders.*, Die Entwicklung des österreichischen Gemeinderechts, AfK 1976, 65 ff; *ders.*, Der Fall des abgestuften Bevölkerungsschlüssels und der Wiener Randgemeinden-Bevorzugung – Gesetzesprüfungsverfahren eingeleitet, OÖGZ 1990, 119 f; *Oberdorfer*, Gemeinderecht und Gemeindegewaltigkeit, Linz 1971 (Gutenberg-Verlag); *ders.*, Stadtrechtsreform in Österreich, Linz 1976 (Trauner-Verlag); *Pernthaler*, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich, Gutachten zum 3. Österreichischen Juristentag, Wien 1967 (Manz-Verlag); *Petz*, Gemeindeverfassung 1962, Graz 1965 (Böhlau-Verlag); *Rill*, Gemeinde-selbstverwaltung und Raumplanung, ZfV 1988, 483 ff; *Ringhofer*, Parteilassung im gemeindeaufsichtsbehördlichen Verfahren zur Entscheidung über eine nach Art. 119a (8) B-VG vorbehaltene Genehmigung, ÖGZ 1971, 173 ff; *Schantl/Welan*, Besteuerungs-verpflichtung und Besteuerungsmächtigung der Gemeinden im System des Finanz-ausgleiches, ÖJZ 1969, 31 ff; *Stolzlechner*, Die Kompetenzen des Bürgermeisters und dessen Direktwahl, ÖGZ 1990, H. 7 u. 8; *H. Walter/Gallent*, Eigener Wirkungsbereich und Gemeindeakte, ÖGZ 1977, 449 ff; *H. Walter/Gallent*, Eigener Wirkungsbereich und Selbstverwaltungsrecht, ÖGZ 1984, 507 ff; *Weh*, Gemeindeautonomie – Realität oder Fiktion?, ÖGZ 1986, H. 8, 14 ff; *Werner*, Selbstverwaltung und Bundesverfassung, ÖJZ 1950, 437 ff; *Welan/Gutknecht*, Selbstverwaltung, in: Rill/Ermacora/Winkler/Koja/Funk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1979 (Orac-Verlag), 389 ff; *Wolny*, Die Gebührenhoheit der Gemeinde, Linz 1986 (Gutenberg-Verlag).

I. FORMALRECHTLICHE QUALIFIKATION (BEZEICHNUNG)

Gemäß Art. 116 Abs. 1 Satz 2 B-VG ist die Gemeinde eine Gebietskörperschaft mit dem *Recht auf Selbstverwaltung* und zugleich *Verwaltungsprerogel*. Beide Funktionsbereiche, von denen nur der erstere Gegenstand der folgenden Betrachtung sein soll, sind der Gemeinde sonach schon von Verfassungs wegen garantiert.

Beim Recht auf Selbstverwaltung handelt es sich somit jedenfalls – wie auch die Anordnung des Art. 119a Abs. 9 B-VG und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung belegen – um ein *i.S.d. Art. 144 Abs. 1 B-VG verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht*.¹ Dies bedeutet jedoch zunächst nur, daß es in derselben Weise wie sonstige im Verfassungsrang garantierte Rechte durchsetzbar ist, und zwar für den Fall der Verletzung durch einen *Beschleid* einer letztinstanzlichen staatlichen Behörde im Wege einer Beschwerde (auch) an den VfGH.

Zu klären bleibt hingegen noch die Frage, ob es sich beim gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht auch – wie bei den meisten sonstigen verfassungs-gesetzlich gewährleisteten Rechten – um ein *Grundrecht* handelt. Die Antwort darauf ist vor allem dafür bedeutsam, ob auch hinsichtlich der Selbstverwaltungs-befugnis das für die Grundrechte geltende Prinzip des „in dubio pro li-bertate“² im Sinne einer *Interpretationsrichtlinie* Anwendung zu finden hat, d.h. ob also im Zweifel vom Vorliegen einer gemeindlichen und damit gleich-zeitig nichtstaatlichen Angelegenheit auszugehen ist.

¹ Vgl. zum Begriff *Ringhofer*, Über verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte und die Kompetenzgrenze zwischen VfGH und VfGGH, in: Schäffer/König/Ringhofer (Hrsg.), Im Dienst an Staat und Recht (FS Melichar), Wien 1983, 168 ff.

² Vgl. z.B. *Ermacora*, Grundriß der Menschenrechte in Österreich, Wien 1988, RN 26.

Entgegen der historischen Wurzel des Selbstverwaltungsrechts³ und der in Teilen der Literatur⁴ geäußerten Ansicht muß jedoch konstatiert werden, daß mit Art. 116 Abs. 1 Satz 2 B-VG *prinzipiell keine grundrechtliche Gewährleistung* verbürgt wird: Der mit dem B-VG im Jahre 1920 hinsichtlich der Gesetzesbindung der Verwaltung vollzogene Wechsel vom monarchischen System des bloßen Vorranges des Gesetzes hin zu einem sog. „*Totalvorbehalt*“ (vgl. Art. 18 Abs. 1 B-VG) läßt – insbesondere im Bereich der Hoheitsverwaltung – für die Annahme einer grundsätzlichen Freiheit der Aufgabenfindung durch die Verwaltung selbst keinen Raum mehr.⁵ Anderes gilt nur, soweit auf Verfassungsebene selbst (ausdrücklich oder implizit, nämlich insbesondere schon durch das Wesen der jeweiligen konkreten Materie bedingt) wiederum *Ausnahmen* von dieser strengen Gesetzesbindung vorgesehen sind, wie dies mit Blick auf das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht etwa hinsichtlich des *ortspolizeilichen Verordnungsrechts* (Art. 118 Abs. 6 B-VG) oder der *privatwirtschaftlichen und haushaltsrechtlichen* (nicht aber der abgabenrechtlichen) An gelegenheiten (Art. 116 Abs. 2 B-VG) der Fall ist.

Vor diesem Hintergrund hat man also davon auszugehen, daß die Selbstverwaltungsgarantie prinzipiell *kein Grundrecht*, sondern mit Blick auf deren Inhalt in der Regel eine *Kompetenzgewährleistung* zugunsten der Gemeinde gegenüber den staatlichen Normsetzungsorganen verkörpert. Bei der Abgrenzung zwischen staatlichen und gemeindlichen Zuständigkeiten haben sonach keine grundrechtlichen, sondern in erster Linie *jene Prinzipien* Anwendung zu finden, *die allgemein für die Interpretation von Kompetenzvorschriften entwickelt wurden*. Der Grundsatz des „in dubio pro libertate“ gilt somit bezüglich der Gemeindeselbstverwaltung weder im *Außenverhältnis* gegenüber dem Bürger, d.h. es ist – anders als sonst bei konkurrierenden Grundrechtsansprüchen üblich – *keine Abwägung* gegenüber dessen Grundrechtsansprüchen durchzuführen, sondern aus dessen Sicht erscheint der gemeindliche Wirkungsbereich als eine staatliche Kompetenz, die vielmehr ihrerseits gegenüber dem aus dem Grundrecht des Bürgers erfließenden Prinzip des „in dubio pro libertate“ zurückzutreten hat. Aber auch im aus der Sicht des Bürgers vorliegenden *Innenverhältnis* zwischen dem Staat und der Gemeinde ist für die Anwendung dieses Grundsatzes – weil es sich um eine Kompetenzabgrenzung handelt – i.d.R. kein Raum, soweit es die *Aufteilung* dieser Zuständigkeiten betrifft; nur soweit es um die *Form* der Besorgung dieser Angelegenheiten

3 Vgl. z.B. das Provisorische Gemeindegesetz, RGBL.Nr. 170/1849: „Die Grundfeste des freien Staates ist die freie Gemeinde“ (Art. I), „Der Wirkungskreis der freien Gemeinde ist: a) der natürliche, b) ein übertragener“ (Art. II) und „Der natürliche umfaßt alles, was das Interesse der Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Grenzen vollständig durchzuführen ist. Er erhält nur mit Rücksicht auf das Gesamtwohl durch das Gesetz die notwendigen Beschränkungen“ (Art. III).

4 Vgl. *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, Wien 1963, 587 f; *ders.* (FN 2), RN 1032; *Bondi de Antoni*, Das Grundrecht der österreichischen Gemeinden auf Selbstverwaltung, EuGRZ 1984, 309 ff.

5 Vgl. dazu und zum folgenden *Grof*, Die verfassungs- und verwaltungsrechtssystematische Konzeption des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, Linz 1991, 79 ff.

geht, kommt – wie später darzulegen sein wird – aufgrund der Anordnung des Art. 118 Abs. 4 B-VG eine Zweifelsregel zugunsten der Gemeinde in Betracht.⁶

II. SYSTEMATISCHE KONZEPTION DES SELBSTVERWALTUNGSRECHTS

Das in der *Gemeindeverfassung*, also in den Art. 115 bis 120 B-VG und den durch diese Norm verwiesenen Bestimmungen grundgelegte Selbstverwaltungsrecht ist derart konzipiert, daß die Gemeinde berechtigt ist, die den Gegenstand dieses Anspruches bildenden Verwaltungsangelegenheiten – wie dies die Apposition „Selbst-“ zum Ausdruck bringt – in einer *bestimmten* und *insoweit* von der Art der Verwaltungsführung durch staatliche Organe *abweichenden* Form zu besorgen und auf der anderen Seite die staatlichen Normsetzungsorgane verpflichtet werden, der Gemeinde – nur – die ihr von Verfassung wegen zugestandenen Agenden zur Besorgung zu übertragen und sich in der Folge weitgehend jeglicher Einflußnahme zu enthalten.

1. Berechnigte

Träger des in Art. 116 Abs. 1 Satz 2 B-VG normierten Rechtsanspruches ist „*die Gemeinde*“ schlechthin, d.h. also jede Gebietskörperschaft, der die rechtliche Qualifikation einer Gemeinde zukommt, und zwar solange, als ihr dieser Status nicht aberkannt wird. Auf andere Kriterien (wie Größe, Finanzkraft etc.) kommt es hingegen nicht an, so daß die verfassungsgesetzliche Gewährleistung grundsätzlich jeder Gemeinde in gleicher Weise zukommt (sog. Prinzip der „*Einheitsgemeinde*“⁷).

Welche Gebietskörperschaften den Status einer Gemeinde aufweisen, ergibt sich in der Regel aus den die Gemeindeverfassung näher ausführenden *einfachen Gesetzen* (der Länder),⁸ und zwar in der Weise, daß dort entweder sämtliche Gemeinden eines Bundeslandes einzeln aufgezählt⁹ oder einfach die am Tage des Inkrafttretens dieses Landesgesetzes bereits vorhandenen Gemeinden für fortbestehend erklärt¹⁰ werden. Ausnahmsweise haben einzelne Gemeinden – nämlich gemäß § 4 des BVG BGBl.Nr. 205/1962 die im Zeitpunkt dieser Gemeindeverfassungsverordnung bestanden habenden *Statutarstädte* i.S.d. Art. 116 Abs. 3 B-VG – auch eine *unmittelbare verfassungsrechtliche Grundlage*. Schließlich wäre der Gesetzgeber aber von Verfassungs wegen auch nicht gehindert, die Schaffung bzw. Auflösung von Gemeinden dem *Verordnungsgeber* zu delegieren. Welchen *Grad an Bestandsgarantie* der Gesetzgeber dem jeweiligen Träger der Selbstverwaltungsgarantie einräumt, liegt somit – solange nur eine dieser generellen Rechtssatzformen gewählt wird – grundsätzlich in dessen rechtspolitischer Dispositionsbefugnis, wobei allerdings sowohl bei der Auflösung als auch bei der damit meist einhergehenden

6 Siehe näher unten, S. 60, b).

7 Vgl. dazu schon die EB zur RV, 639 BlgStenProtNR, 9. GP, 8 und 16.

8 Gemäß Art. 115 Abs. 2 B-VG.

9 Vgl. dazu die Anlage zu § 1 des Vorarlberger Gemeindegesetzes, LGBl.Nr. 40/1985.

10 Vgl. z.B. § 111 der Oberösterreichischen Gemeindeordnung, LGBl.Nr. 91/1990.

Neuschaffung von Gemeinden (sog. *Gemeindezusammenlegungen* im Zuge von *Gebietsreformen*) als eine allgemeine Determinante jeweils das Sachlichkeitsgebot des *Gleichheitsgrundsatzes* zu beachten ist.¹¹

Von diesem relativen, nämlich unterschiedlichen Grad des Bestandsschutzes und den Bindungen des Gleichheitsgrundsatzes abgesehen existiert sohin aus dem Selbstverwaltungsrecht *kein subjektives verfassungsmäßiges Recht der einzelnen Gemeinde auf Bestand*; durch die Gemeindeverfassung ist vielmehr nur die *Institution der Gemeindegeldverwaltung*¹², deren Eliminierung wohl eine Verletzung des *bundesstaatlichen Grundprinzips* bedeuten würde, verfassungsrechtlich geschützt.

2. Verpflichtete

Die aus der Konstruktion des Selbstverwaltungsrechts als ein Rechtsanspruch zugunsten der Gemeinde auf der anderen Seite resultierende Verpflichtung betrifft – dem verfassungsrechtlichen Charakter dieser Rechtsgewährleistung entsprechend – in erster Linie den *einfachen Gesetzgeber*. Wie sich diesbezüglich insbesondere aus den Bestimmungen des Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG und des Art. 118 Abs. 4 B-VG ergibt, hat dieser für jene der Gemeindeverfassung entsprechende Aufteilung der Vollzugskompetenzen in jene des gemeindeeigenen und solche des staatlichen Wirkungsbereiches Sorge zu tragen: Nach Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG haben nämlich die *Bundes- und Landesgesetze* die Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch diese Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden, *ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereiches zu bezeichnen* und die Gemeinde hat gemäß Art. 118 Abs. 4 B-VG diese Angelegenheiten in erster Linie *im Rahmen der Gesetze* zu besorgen.

Über die vom einfachen Gesetzgeber vorgenommene Ausführung der Gemeindeverfassung bindet diese – wenngleich nicht unmittelbar, weil derartige eben nach Art. 18 Abs. 1 B-VG (außer als Prüfungsmaßstab im *Rechtsmittelverfahren*) grundsätzlich ausgeschlossen ist, so doch im Wege einer *Interpretationsrichtlinie*¹³ – darüber hinaus auch sämtliche *untergesetzlichen Normsetzungsorgane* und unter diesen in erster Linie die in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zur Gemeinde stehenden staatlichen Verwaltungsorgane. Gleichsam als Abgeltung für den Entzug der Verwaltungsangelegenheit und deren Übertragung zur Besorgung an die Gemeinde sieht die Verfassung für diese Materie zumindest ein *Aufsichtsrecht* zugunsten der staatlichen Behörden vor.

3. Gesetzesvorbehalt

Formal betrachtet ist der Gemeinde ihr Selbstverwaltungsrecht von Verfassungen wegen – nach *grundrechtlicher* Terminologie – bloß unter einem *Ausge-*

11 Vgl. z.B. VfSlg. 8108/1977, 9068/1981, 9793/1983 und 9819/1983; siehe dazu auch Grof (FN 5), 422 ff.

12 Vgl. grundlegend VfSlg. 6697/1972, 288 f.

13 Vgl. Grof, Zur Schutzrichtung (Bindungswirkung) der Grundrechte, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg.), 70 Jahre Republik – Die Grund- und Menschenrechte in Österreich, Kehl 1991, 132 ff.

staltungsvorbehalt gewährleistet.¹⁴ Gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG kommen der Gemeinde nämlich nur diejenigen Angelegenheiten, die der einfache Gesetzgeber ausdrücklich als solche bezeichnet, zur Besorgung zu; und diese bleibt hingegen eine derartige Bezeichnung, obwohl diese gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 1 (allenfalls i.V.m. Abs. 3 B-VG) geboten wäre, so macht dieser Umstand zwar das Gesetz verfassungswidrig; dies ändert aber nichts daran, daß die Gemeinde diese Angelegenheit – auch im Falle einer Aufhebung des Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof – solange nicht besorgen darf,¹⁵ bis der Gesetzgeber selbst der Verfassung Rechnung trägt und eine entsprechende Bezeichnung vornimmt. Unmittelbar kann der Gesetzgeber, dem es insoweit jedenfalls freisteht, die mit der aus Gründen der Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts beanstandeten Norm geregelte Materie *künftig ungeregt zu lassen*, hiezu jedenfalls nicht verhalten werden.

Obwohl eine derartige Ausgestaltungsvorhaltskonzeption (im Vergleich zum bloßen *Eingriffsvorbehalt*)¹⁶ dem Gesetzgeber an sich die weitreichendste *politische Gestaltungsmöglichkeit* bietet, wird diese prinzipielle Befugnis bei materieller Betrachtung gerade hinsichtlich des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes weitgehend eingeschränkt. Denn im Gegensatz zu den vergleichbaren grundrechtlichen Gewährleistungen¹⁷ ist der *Inhalt* des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde *schon auf Verfassungsebene relativ umfassend geregelt*, so daß dem einfachen Gesetzgeber nur hinsichtlich jener Agenden, die nicht schon nach der demonstrativen Aufzählung des Art. 118 Abs. 3, sondern „bloß“ nach der Generalklausel des Art. 118 Abs. 2 Satz 1 B-VG zum eigenen Wirkungsbereich zählen, und auch insoweit lediglich in Bezug auf die *Auslegung* der in dieser Generalklausel verwendeten *unbestimmten Gesetzesbegriffe* ein entsprechender *rechtlicher Beurteilungsspielraum* zukommt. Hierbei hat der Gesetzgeber jedoch zu beachten, daß nicht nur – wie bereits ausgeführt – das *fälschliche Unterlassen der Bezeichnung* einer Angelegenheit als solche des eigenen Wirkungsbereiches, sondern auch die *Übertragung in dieselbe, obwohl dies in Wahrheit nicht zutrifft*, das Gesetz jeweils mit Verfassungswidrigkeit belastet und demgemäß bei der Interpretation des Art. 118 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 B-VG mit Blick auf die verfassungsgerichtliche Kontrollkompetenz eine entsprechende Sorgfalt geboten ist.

Eine rechtspolitische Gestaltungsfreiheit besteht somit für den einfachen Gesetzgeber insgesamt gesehen im Grunde nur hinsichtlich der Frage, ob die-
ser eine Materie im Hinblick darauf, daß dann ein Teil der Vollziehung von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu besorgen wäre, *überhaupt einer Verrechtlichung zuführen will oder nicht*. In diesem Sinne erweist sich die Bezeichnung gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG sohin als ein *bloß formell-konstitutiver* Akt, der vornehmlich der *Rechtssicherheit* dienen soll.¹⁸

14 Vgl. näher Grof (FN 5), 114 ff. und 131 ff.

15 Vgl. VfSlg. 5409/1966.

16 Vgl. zu dieser Differenzierung Grof (FN 13), 107 ff.

17 Vgl. Art. 12 StGG oder Art. 1 des BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl.Nr. 396/1974.

18 Vgl. Grof (FN 5), 164 ff.

4. Gegenstand des Selbstverwaltungsrechts

Das Wesen der Selbstverwaltung besteht darin, daß die im Grunde staatlichen Verwaltungsaufgaben durch dem Staat (d.h. dem Bund bzw. dem Land; nur diesen beiden Gebietskörperschaftstypen kommt nach der Konzeption des B-VG eine Staatsqualität zu) *ausgegliederte Rechtsträger in besonderer Form* besorgt werden. Die besondere Form der Aufgabenbesorgung im Vergleich zur staatlichen Verwaltungsführung und das Verhältnis zu den staatlichen Organen machen sonach die Selbstverwaltung aus.

a) Sonderform der Verwaltungsführung

Art. 118 Abs. 4 Satz 1 B-VG legt den Grundsatz fest, daß die Gemeinde die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches im *Rahmen der Gesetze und Verordnungen* des Bundes und des Landes in eigener *Verantwortung* frei von *Weisungen* und unter Ausschuß eines Rechtsmittels an Verwaltungsorte außerhalb der Gemeinde zu besorgen hat. Die daraus resultierenden Besonderheiten¹⁹ im Vergleich zur staatlichen Verwaltungsführung sollen im folgenden näher dargestellt werden.

aa) Gesetzesbindung

Mit der eine bloße *Vorrangkonzeption* indizierenden Wendung „im Rahmen“ in Art. 118 Abs. 4 B-VG anstelle des einen *Totalvorbehalt* kennzeichnenden Begriffes „auf Grund“ in Art. 18 Abs. 1 B-VG sollte – wie sich aus den Gesetzesmaterialien zweifelsfrei ergibt – nach dem Willen des historischen Gesetzgebers für das Außenverhältnis der Gemeinde zum Bürger allerdings keine prinzipielle Durchbrechung des strengen Legalitätsgebotes für die Verwaltung normiert, sondern lediglich dem Umstand Rechnung getragen werden, daß die Gemeinde in Teilbereichen – allerdings nur aufgrund spezieller verfassungsrechtlicher Ausnahmeregelungen – tatsächlich im *gesetzesfreien Raum* (also *prae*ter, nicht aber *contra* legem) agieren kann.²⁰

Nach Art. 118 Abs. 6 B-VG hat die Gemeinde in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches nämlich das Recht, *ortspolizeiliche Verordnungen* nach freier Selbstbestimmung zur Abwehr unmittelbar zu erwartender oder zur Beseitigung bestehender, das örtliche Gemeinschaftsleben störender Mißstände zu erlassen sowie deren Nichtbefolgung als Verwaltungsübertretung zu erklären. Solche *ohne gesetzliche Grundlage ergehenden* Verordnungen dürfen nicht gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes verstoßen und sind demgemäß entsprechend *anzupassen*, wenn im nachhinein der Gesetzgeber doch seine Regelungskompetenz in Anspruch nimmt²¹ und dabei den Gegenstand der ortspolizeilichen Verordnung inhaltlich anders regelt.

19 Vgl. näher Grof (FN 5), 41 ff.

20 Vgl. die EB zur RV, 639 BlgStenProtNR, 9. GP, 8, 10 und 18 f.

21 Wie z.B. das in Ausföhrung zu Art. 15 Abs. 2 B-VG ergangene Oberösterreichische Polizeistrafgesetz, LGBl.Nr. 36/1979 i.d.F. LGBl.Nr. 94/1985, wobei die aufgrund § 4 oöPolStG allenfalls erlassenen Verordnungen der Gemeinden nicht als selbständige Verordnungen gemäß Art. 118 Abs. 6 B-VG, sondern als Durchführungsverordnungen gemäß Art. 18 Abs. 2 B-VG erscheinen.

Gemäß Art. 116 Abs. 2 B-VG kommt der Gemeinde innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze das Recht zur *privatwirtschaftlichen Gestion* zu. Wenn nun das gesamte Privatrecht durch den Grundsatz der *Privatautonomie*²² gekennzeichnet ist und damit in diesem Bereich dem Gesetz grundsätzlich nur eine *schrankensetzende* und *typisierende*, nicht aber eine die *notwendige* Voraussetzung für jegliches Handeln bildende Funktion zukommt, so muß auch die Gemeinde (wie im übrigen auch die staatliche Verwaltung) als Privatrechtssubjekt als von den Bindungen des totalvorbehaltlich konzipierten Legalitätsprinzips des Art. 18 Abs. 1 B-VG befreit angesehen werden.²³

In gleicher Weise ergibt sich eine aus dem *Wesen der Materie* resultierende Entbindung von Art. 18 Abs. 1 B-VG auch für den Bereich der *gemeindlichen Haushaltsführung*: Wenn und soweit der Gesetzgeber für die Erstellung des Gemeindebudgets, für die Verwendung dieser Mittel und für die Rechnungslegung keine Vorschriften aufstellt, ist die Gemeinde in diesen bloß *internen*, für den außerhalb der öffentlichen Verwaltung stehenden Bürger keine unmittelbaren Wirkungen zeitigenden Angelegenheiten frei.²⁴

Schließlich kann diese aus den genannten Gründen erfolgte historische Relativierung des Totalvorbehaltes des Art. 18 Abs. 1 B-VG durch Art. 118 Abs. 4 B-VG aus heutiger Sicht aber auch auf alle jene Konstellationen bezogen werden, hinsichtlich derer – ebenfalls materienspezifisch bedingt – im Laufe der Zeit ein *Wandel* in der Auffassung über die verfassungsrechtlich geforderte Intensität der Bindung der Verwaltung an das Gesetz stattgefunden hat; beispielsweise sei hierfür der Grundsatz der bloß „*finalen Determinierung*“ der Planungsverwaltung genannt, der gerade anhand der örtlichen Raumplanung als einer Aufgabe des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde (vgl. Art. 118 Abs. 3 Z. 9 B-VG) entwickelt wurde.²⁵

bb) Eigenverantwortung

Wenn Art. 118 Abs. 4 erster Satz B-VG festlegt, daß die Gemeinde ihre Selbstverwaltungssachen in eigener *Verantwortung* zu besorgen hat, so ist damit zunächst deren *rechtliche Verantwortlichkeit* angesprochen, d.h.: Obwohl die Gemeinden aus staatsorganisatorischer Sicht als eine Organisationseinheit der Länder anzusehen sind,²⁷ haben diese Gebietskörperschaften die bei Rechtsverletzungen aus der Besorgung ihrer eigenen Angelegenheiten resultierenden Konsequenzen *selbst* – und nicht gemäß Art. 20 Abs. 1 B-VG die obersten Organe der staatlichen Verwaltung – zu tragen.

22 Vgl. grundlegend F. Bydliński, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967, insbes. 126 ff., und Rummel, in: Rummel (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Wien 1990, RN 15 ff. zu § 859; s.a. jüngst VfGH v. 30.11.1989, G 139/88 u.a.

23 Vgl. näher Grof (FN 5), 277 ff.

24 Vgl. Grof (FN 5), 325 ff.

25 Vgl. Jamn, Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Raumordnungsfragen im vergangenen Jahrzehnt, in: Machacek/Kostelka/Martinek (Hrsg.), Dimensionen und Perspektiven des Rechts (FS Rosenzweig), Wien 1988, 213 ff.

26 Vgl. dazu und zum folgenden Grof (FN 5), 51 ff.

27 Vgl. die Überschrift zum Vierten Hauptstück des B-VG.

Dies stellt insbesondere auch Art. 23 Abs. 1 B-VG klar, wonach die Gemeinden für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben, haften. Zu dieser *Haftung des Rechtsträgers* kommt die *persönliche Haftung*²⁸ und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Organwalters, wobei allen diesen Fällen gemeinsam ist, daß eine derartige Verantwortung schon von Verfassungen wegen ausschließlich *gemeindeintern* (insbesondere soweit sich diese auf disziplinar- und sonstige dienstrechtliche Konsequenzen bezieht) *oder vor unabhängigen Gerichten*, nicht jedoch zur Entscheidung vor den staatlichen Verwaltungsbehörden geltendgemacht werden kann.²⁹ Anders als die obersten Organe der Vollziehung des Bundes und der Länder unterliegen die obersten Organe der Gemeinde jedoch nicht der staatsrechtlichen Verantwortlichkeit i.S.d. Art. 142 und 143 B-VG.

cc) Demokratische Organisationsstruktur

Neben dieser rechtlichen unterliegen die Organe der Gemeinde auch einer *politischen* Verantwortlichkeit. Denn gemäß Art. 117 Abs. 1 B-VG sind als Organe der Gemeinde jedenfalls der Gemeinderat, der Gemeindevorstand und der Bürgermeister vorzusehen, darüber hinaus können auch andere Organe – selbst unter direkter Einbeziehung des Gemeindevolkes³⁰ – eingerichtet werden; und Art. 118 Abs. 5 B-VG sieht diesbezüglich vor, daß der Bürgermeister, die Mitglieder des Gemeindevorstandes und die allenfalls bestellten anderen Organe für die Erfüllung ihrer dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zugewiesenen Aufgaben dem Gemeinderat verantwortlich sind. Im Ergebnis wird damit der *Gemeinderat* – gemäß Art. 117 Abs. 1 lit. a B-VG ein allgemeiner Vertretungskörper – von Verfassungen wegen als das *oberste Organ* für die gemeindliche Selbstverwaltung institutionalisiert, so daß auch die politische Verantwortlichkeit auf den Innenbereich der Gemeinde beschränkt bleibt. Insbesondere kann demnach auch nicht das Aufsichtsmittel der Auflösung des Gemeinderates³¹ von den staatlichen Behörden zur Geltendmachung einer politischen Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinderat herangezogen werden, weil dies durch Art. 118 Abs. 4 i. V.m. Abs. 5 B-VG gehindert ist.³²

Im Gegensatz zur Vollziehung des Bundes und der Länder ist aber nicht nur das oberste Organ,³³ sondern sind sämtliche Gemeindeorgane³⁴ – zumindest *mittelbar* – *demokratisch legitimiert*, für den Bereich der gemeindlichen Selbst-

28 Vgl. Art. 23 Abs. 2 und 3 B-VG; Regreß- und Organhaftung.

29 Daher kann die Auflösung des Gemeinderates durch die Aufsichtsbehörde auch nicht zum Zweck der Geltendmachung einer rechtlichen oder politischen Verantwortlichkeit, sondern nur zur Sicherung der in Art. 119a Abs. 1 B-VG positivierten Intentionen gesetzlich vorgesehen werden; siehe dazu gleich unten, cc).

30 Vgl. Art. 117 Abs. 7 B-VG.

31 Vgl. Art. 119a Abs. 7 erster Satz B-VG.

32 Vgl. näher Grof (FN 5), 56 f.

33 Vgl. Art. 20 Abs. 1 erster Satz B-VG.

34 Nach Art. 118 Abs. 5 B-VG insbesondere auch die allenfalls bestellten anderen Organe.

verwaltung wird damit das Prinzip des Art. 20 Abs. 1 B-VG gleichsam ins Gegenteil verkehrt. Hinsichtlich der Kreation des Gemeinderates ordnet Art. 117 Abs. 2 B-VG die Wahl durch das Gemeindevolk nach denselben Grundsätzen wie für die Nationalratswahl an. Nach Art. 117 Abs. 5 B-VG haben die im Gemeinderat vertretenen Wahlparteien sodann nach Maßgabe ihrer Stärke einen Anspruch auf Vertretung im Gemeindevorstand. Hinsichtlich der Bestellung des Bürgermeisters findet sich in der Gemeindeverfassung keine Regelung; die Gemeindeordnungen und Stadtstatute, also die einfachgesetzlichen Ausführungsnormen der Länder, sehen diesbezüglich überwiegend vor, daß der Bürgermeister im Wege der Wahl durch den Gemeinderat zu bestellen ist.³⁵ Aber auch die vereinzelt gesetzlich vorgesehene *Direktwahl* des Bürgermeisters durch das Gemeindevolk³⁶ ist aus verfassungsrechtlicher Sicht solange nicht zu beanstanden, als für dessen Amtszeit die gemäß Art. 118 Abs. 5 B-VG geforderte politische Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinderat gewährleistet ist.³⁷

dd) Unabhängigkeit

Schließlich fordert Art. 118 Abs. 4 erster Satz B-VG, daß die Gemeinde ihre Selbstverwaltungsangelegenheiten frei von Weisungen zu besorgen hat. Damit wird nicht das Weisungsprinzip des Art. 20 Abs. 1 Satz 2 B-VG als solches beseitigt, sondern nur der *Weisungszug* zu den außerhalb der Gemeinde stehenden staatlichen Verwaltungsorganen *unterbrochen*. Der Rechtsanspruch der Gemeinde als Organisationseinheit erstreckt sich sonach (nur) darauf, die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches ohne Bindung an *staatliche* Weisungen besorgen zu können, während innerhalb dieses Funktionsträgers, d.h. zwischen den einzelnen Gemeindeorganen, entsprechend ihrer hierarchischen Stellung das Weisungsprinzip weiterhin seine Geltung entfaltet.

Die Unabhängigkeit gilt zu Recht als das Kernstück nicht nur der gemeindlichen, sondern der Selbstverwaltung überhaupt,³⁸ wird doch mit dem Entzug des Weisungsrechts den staatlichen Organen zugleich die *umfassendste* – weil weder inhaltlich oder förmlich gebundene noch prozessual bekämpfbare – Einflußnahmemöglichkeit auf solcherart untergeordnete Organe genommen. Anzumerken ist allerdings, daß es die Verfassung in Art. 118 Abs. 4 B-VG beim Gebot der Weisungsfreiheit bewenden läßt, ohne gleichzeitig für die Gemeinde eine entsprechende *Rechtsschutzeinrichtung* für den Fall der Übertre-

35 Vgl. z.B. § 25 der Oberösterreichischen Gemeindeordnung, LGBl.Nr. 91/1990.

36 Vgl. § 76a der Kärntner Gemeinderats- und Bürgermeisterwahlordnung, LGBl.Nr. 9/1991; s.a. *Stolzlechner*, Die Kompetenzen des Bürgermeisters und dessen Direktwahl, ÖGZ 1990, H. 7 und 8.

37 Der rechtspolitische Sinn einer derartigen Konstruktion, daß der unmittelbar vom Volk gewählte Bürgermeister dem Gemeinderat (und damit der Volksvertretung) politisch verantwortlich ist und daher von diesem auch jederzeit aberufen werden kann, fundiert offensichtlich nur auf der faktischen Überzeugung (und nicht auf einer entsprechenden rechtlichen Verpflichtung), daß der Gemeinderat in der Praxis wohl nur in besonderen Ausnahmefällen dazu bereit sein wird, den Willen des Gesamtvolkes zu desavouieren.

38 Vgl. VfSlg. 8215/1977.

tung durch ein staatliches Organ vorzusehen. Ob die sonach bloß verbleibende rechtliche Möglichkeit, solche als „Weisungen“ intendierte Akte mit dem Hinweis auf ein von vornherein nicht gegebenes Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde als *absolut nicht* zu qualifizieren und demgemäß nach Art. 20 Abs. 1 letzter Satz B-VG nicht zu befehlen, auch einen adäquaten praktischen Erfolg zeitigt, kann bezweifelt werden. Zielführender scheint es vielmehr, bis zur verfassungsgesetzlichen Verankerung einer Weisungsbeschwerde auch für die Gemeinde³⁹ derartige „Weisungen“ aufgrund der infolge des fehlenden Subordinationsverhältnisses notwendig gegebenen Außenwirkung als *Bescheide* zu qualifizieren und so der Gemeinde einen Weg zur gerichtsförmigen Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Aktes zu eröffnen.⁴⁰

ee) Sonstige Besonderheiten

Soweit durch die Gemeindeverfassung die übrigen für die Verwaltungsführung maßgeblichen Verfassungsprinzipien nicht spezifiziert werden, sind diese in ihrer allgemeinen Form folglich auch von der Gemeinde bei der Besorgung ihrer Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches zu beachten. Daher gelten für die Gemeinde grundsätzlich in gleicher Weise z.B. die Prinzipien der *Trennung von der Justiz* (Art. 94 B-VG), der *Amtsverschiebung* (Art. 20 Abs. 3 B-VG), der Verpflichtung zur *Auskunftsverteilung* (Art. 20 Abs. 4 B-VG) der wechselseitigen *Amthilfspflicht* (Art. 22 B-VG) und der *Amthaltung* (Art. 23 B-VG), soweit diese nicht wiederum dadurch, daß solche Grundsätze der Verwaltungsführung, die explizit durch die Gemeindeverfassung spezifiziert werden, infolge dieser Modifikation wiederum mittelbar eine Auswirkung auf formell an sich unberührt belassene Prinzipien der Verwaltung zeitigen. So darf beispielsweise die Gemeinde mit Blick auf Art. 119a Abs. 4 erster Satz B-VG der Aufsichtsbehörde die eine Frage der Gemeindeaufsicht betreffenden Informationen nicht unter Hinweis auf die im Grunde auch für das Verhältnis zwischen Gebietskörperschaften maßgebliche Amtsverschwiegenheit verweigern.⁴¹

b) Verhältnis zu den staatlichen Verwaltungsorganen (Aufsichtsrecht)

Zur Relativierung der in Art. 118 Abs. 4 Satz 1 B-VG garantierten Eigenständigkeit normiert der folgende Satz dieser Bestimmung, daß dem Bund und dem Land gegenüber der Gemeinde bei der Besorgung ihres eigenen Wirkungsbereiches ein Aufsichtsrecht nach den Bestimmungen des Art. 119a B-VG zukommt; zur gesetzlichen Regelung und zur Handhabung des Aufsichtsrechts ist demgemäß auch jene staatliche Gebietskörperschaft berufen, an deren Stelle die konkrete Angelegenheit nunmehr von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich besorgt wird.⁴²

Das verfassungsmäßig vorgegebene Ziel für die Staatsaufsicht besteht darin, sowohl die *Gesetzmäßigkeit* als auch die *Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit* und

³⁹ Etwa nach dem Muster des Art. 81a Abs. 4 B-VG.

⁴⁰ Vgl. näher Grof (FN 5), 59 ff., sowie unten, S. 75.

⁴¹ Vgl. Grof (FN 5), 41 ff. und 74 f.

⁴² Vgl. Art. 119a Abs. 3 B-VG.

Zweckmäßigkeit der gemeindlichen Verwaltungsführung zu gewährleisten.⁴³ Zur Erreichung dieser Zwecksetzung sieht die Gemeindeverfassung mehrere *Aufsichtsmittel* vor, nämlich: das *Informations- und Einschaurecht* der Aufsichtsbehörde und diesen korrespondierend eine *Auskunftsspflicht* der Gemeinde;⁴⁴ die – allerdings bloß *kassatorisch* wirkende – *Beschcheidprüfungs- und Verordnungsprüfungskompetenz*⁴⁵ der Aufsichtsbehörde und dieser jeweils korrespondierend ein *Beschwerderecht* der Gemeinde bei den *Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts*;⁴⁷ die *Auflösung des Gemeinderates*;⁴⁸ die *Ersatzvornahme*;⁴⁹ sowie schließlich den *Genehmigungsvorbehalt*.⁵⁰ Weil die Staatsaufsicht systematisch betrachtet als ein Substitut für das in Selbstverwaltungsangelegenheiten ausgeschlossene Weisungsrecht anzusehen ist, muß die Aufzählung dieser Aufsichtsmittel folglich auch als *taxativ* angesehen werden, könnte doch ansonsten über eine unterverfassungsgesetzliche Ausdehnung des Aufsichtsrechts die Absicht des Verfassungsgesetzgebers, in den Angelegenheiten der Selbstverwaltung den Staat von vornherein seiner umfassenden Einflußnahmemöglichkeiten zu entkleiden, wieder unterlaufen werden. Dem einfachen Gesetzgeber verbleibt somit nur, die von der Verfassung typusmäßig vorgegebenen Aufsichtsmittel näher zu konkretisieren (und allenfalls in diesem Sinne – *typusimmanent* – *fortzubilden*), wobei in diesem Zusammenhang infolge der Anordnung des Art. 118 Abs. 4 Satz 2 B-VG, der das staatliche Aufsichtsrecht explizit nur auf die durch Art. 119a B-VG gebotenen Möglichkeiten einschränkt, im Zweifel jeweils *zugunsten der Gemeindeautonomie* zu entscheiden und damit das Nichtvorliegen eines staatlichen Wirkungsbereiches anzunehmen ist.⁵¹

Schließlich legt Art. 119a Abs. 7 letzter Satz B-VG fest, daß die Aufsichtsmittel grundsätzlich unter möglichster Schonung erworbener Rechte Dritter zu handhaben sind. Damit wird explizit ein – im übrigen bloß aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz abzuleitendes⁵² – *Verhältnismäßigkeitsprinzip* positiviert, das die Aufsichtsbehörde verpflichtet, schon bei der Auswahl des Aufsichtsmittels nur jenes heranzuziehen, das bei einer Abwägung gegenüber den Interessen des außerhalb der Verwaltung stehenden Bürgers das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit bzw. an der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der gemeindlichen Verwaltungsführung gerade noch als gewährleistet erscheinen läßt; sodann steht aber auch die faktische Umsetzung dieses solcherart eruierten Aufsichtsmittels jeweils unter dem Vorbehalt einer dementsprechenden stetigen Interessenabwägung.

⁴³ Vgl. Art. 119a Abs. 2 und 3 B-VG; siehe dazu und zum folgenden auch allgemein *Berchold*, Gemeindeaufsicht, in: Fröhler/Oberdorfer (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht, Bd. II, Linz (Loseblattausgabe seit 1983), Pkt. 3.14.

⁴⁴ Vgl. Art. 119a Abs. 4 B-VG.

⁴⁵ Vgl. Art. 119a Abs. 5 B-VG.

⁴⁶ Vgl. Art. 119a Abs. 6 B-VG.

⁴⁷ Vgl. Art. 119a Abs. 9 und Art. 139 Abs. 1 Satz 2 letzte Alternative B-VG.

⁴⁸ Vgl. Art. 119a Abs. 7 Satz 1 B-VG.

⁴⁹ Vgl. Art. 119a Abs. 7 Satz 2 B-VG.

⁵⁰ Vgl. Art. 119a Abs. 8 B-VG.

⁵¹ Vgl. Grof (FN 5), 71 f.

⁵² Vgl. zur diesbezüglichen Judikatur des VfGH die Übersicht von *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72 ff.

III. INHALT DES SELBSTVERWALTUNGSRECHTS

Nach Art. 118 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 116 Abs. 2 B-VG umfaßt das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht *hoheitliche* und *privatrechtliche* Verwaltungsangelegenheiten; innerhalb der hoheitlichen Aufgaben kann wiederum zwischen den *administrativen* und den *finanzrechtlichen* Aufgaben hinsichtlich letzterer zwischen der *Haushaltsführung* und der *Abgabenhöhe* differenziert werden. Aus rechtssystematischer Sicht sind diese Unterscheidungen vornehmlich für die Fragen der Intensität der Bindung der Gemeindeverwaltung an das Legalitätsprinzip, die Notwendigkeit der expliziten Bezeichnung i.S.d. Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG etc. von Interesse.

1. Administrativ-hoheitliche Selbstverwaltung

Hiezu zählen zunächst die in Art. 118 Abs. 3 Z. 1 bis 11 B-VG *demonstrativ* aufgezählten Verwaltungsagenden sowie gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 1 B-VG alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden *Interesse* der in der Gemeinde verkörpert örtlichen Gemeinschaft gelegen und *geeignet* sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden.⁵³ Wie bereits ausgeführt, hat der einfache Gesetzgeber anläßlich der Verrechtlichung einer derartigen Materie nach Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz B-VG denjenigen Teil des Vollzugsbereiches, auf den diese Qualifikation zutrifft, ausdrücklich als solchen des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zu *bezeichnen*; dieser Bezeichnung kommt in der Regel allerdings bloß eine formell-konstitutive Wirkung zu, weil sich der *materielle Gehalt (Wesensgehalt)* der Selbstverwaltungsbefugnis bereits umfassend aus der Verfassung selbst ergibt. Dies zum einen deshalb, weil es sich bei der in Art. 118 Abs. 3 B-VG enthaltenen Beispielaufzählung weitestgehend um eine – *dynamisierende* – Fortschreibung von der Gemeinde bereits durch das Reichsgemeindengesetz 1862 zuerkannten Selbstverwaltungsagenden handelt und damit der Inhalt dieser Kompetenznormen *überwiegend* schon *historisch vorgeformt* ist; zum anderen läßt die Generalklausel des Art. 118 Abs. 2 Satz 1 B-VG für den einfachen Gesetzgeber bloß einen Beurteilungsspielraum und damit lediglich die Möglichkeit der rechtlichen Auslegung, nicht aber die Ausübung einer rechtspolitischen Gestaltungsbefugnis offen. Umgekehrt ist aber auch die Gemeinde hinsichtlich dieser Materien – von der spezialisierenden Anordnung des Art. 118 Abs. 6 B-VG bezüglich *ortspolizeilicher Verordnungen* abgesehen – in gleicher Weise wie die staatliche Verwaltung an das Gesetz gebunden, wobei die Intensität dieser Bindung allerdings von Materie zu Materie schwankt.⁵⁴

Nach allgemein herrschender Auffassung fällt die Handhabung des *Verwaltungsstraf-* und des *Verwaltungsvollstreckungsverfahrens* sowie die Durchführung des *Enteignungsverfahrens* grundsätzlich nicht in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde, weil insoweit i.S.d. Art. 118 Abs. 2 erster Satz B-VG

⁵³ Zur Auslegung und zum Verhältnis von Generalklausel und Beispielaufzählung vgl. *Oberndorfer*, Gemeinderecht und Gemeindegewalt, Linz 1971, 155 ff.

⁵⁴ Vgl. *Grof* (FN 5), 164 ff.

die *überörtlichen* Interessen jeweils überwiegen.⁵⁵ Demgegenüber zählen nach Art. 118 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 118 Abs. 3 B-VG im wesentlichen folgende Agenden zum gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht:⁵⁶

– *Organisationsgewalt*: Diese besteht in der Bestellung der Gemeindeorgane und Gemeindebediensteten, in der Ausübung der Diensthoheit sowie in der Regelung der inneren Einrichtungen zur Besorgung der Gemeindeaufgaben (unbeschadet der Zuständigkeit überörtlicher Wahlbehörden, Disziplinar-, Qualifikations- und Prüfungskommissionen).⁵⁷ Hiebei ist z.B. die Einschränkung des Auswahlrechtes der Gemeinde auf einen Dreiervorschlag des Landes bei der Bestellung des ärztlichen Leiters einer gemeindeeigenen Krankenanstalt unzulässig.⁵⁸

– *Örtliche Sicherheitspolizei*: Dazu zählt insbesondere die Wahrung des öffentlichen Anstandes und die Abwehr ungehörlicher Weise hervorgerufenen störenden Lärms⁵⁹ sowie generell jene im Sinne der Kriterien des Art. 118 Abs. 2 Satz 1 B-VG ortsbezogene und auf die Erlassung von Zwangsmaßnahmen gerichtete *Gefahrenabwehr*, die nicht in einem Zusammenhang mit einer anderen speziellen Verwaltungsmaterie steht. Soweit nicht schon der Gesetzgeber derartige Tatbestände verrechtlicht und in diesem Zuge Zwangsmaßnahmen zugunsten der Gemeinde vorgesehen hat, kann die Gemeinde selbst solche Verhaltensweisen im Wege *ortspolizeilicher Verordnungen* pönalisieren,⁶⁰ doch ist ihr die Handhabung des sich daran anschließenden Verwaltungsstrafverfahrens verwehrt; die Gemeinde muß sich – wenn ihr die Durchführung des Strafverfahrens nicht in den übertragenen Wirkungsbereich überantwortet ist – insoweit mit einer Anzeige an die staatliche Behörde begnügen.

– *Örtliche Veranstaltungspolizei* wie die Bewilligung von Tanz- und Unterhaltungsveranstaltungen im üblichen Umfang, soweit diesbezüglich nicht eine der Bundespolizeibehörde gemäß Art. 15 Abs. 3 B-VG vorbehaltene Zuständigkeit zum Tragen kommt.

– *Verwaltung der Verkehrsflächen der Gemeinde*: Hiezu zählt der Bau und die Erhaltung jener öffentlichen Einrichtungen, die bloß für den lokalen Verkehr⁶¹ – mag dieser auch über die Gemeindegrenze hinwegführen – von Be-

⁵⁵ Vgl. die Nachweise bei *Fröhler/Oberndorfer*, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in: *Fröhler/Oberndorfer* (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht, Bd. II, Linz (Loseblatts Ausgabe seit 1983), Pkt. 3.1., 24 f.

⁵⁶ Vgl. zum folgenden allgemein *Fröhler/Oberndorfer* (FN 55), 28 ff.; *Hundegger*, Die Gemeinde und ihre Wirkungsbereiche, Wien 1971.

⁵⁷ Vgl. Art. 118 Abs. 3 Z. 1 und 2 B-VG.

⁵⁸ VStG. 9885/1983.

⁵⁹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 B-VG.

⁶⁰ Vgl. Art. 118 Abs. 6 B-VG und dazu allgemein *Havranek/Unkart*, Grundlagen, Grenzen und Anwendungsbereich des ortspolizeilichen Verordnungsrechts, in: *Fröhler/Oberndorfer* (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht, Bd. II, Linz (Loseblatts Ausgabe seit 1983), Pkt. 9.3.; *Gallent*, Ortspolizeiliche Verordnungen, Linz 1984.

⁶¹ Dazu zählt auch jener Verkehr, der über die Gemeindegrenzen führt, aber bloß den Interessen der einzelnen Gemeinden und nicht überwiegend überörtlichen Interessen dient (vgl. VStG. 6169/1970; 6770/1972).

deutung sind;⁶² ob die Gemeinde zugleich jeweils auch Eigentümerin dieser Verkehrsfläche ist, hat hiebei keine Bedeutung.⁶³

- *Örtliche Straßenpolizei*: Diese dient der Sicherung des überwiegend bloß lokalen Verkehrs wie z.B. die Ertelung einer straßenpolizeilichen Bewilligung zur Aufstellung von Selbstbedienungständen für den Zeitungsverkauf⁶⁴ oder die Entfernung von Verkehrshindernissen auf einer Gemeindestraße.⁶⁵

- *Flurschutzpolizei*: Darunter fallen Maßnahmen zum Schutz des Feldgutes⁶⁶ vor Beschädigungen oder Diebstahl.

- *Örtliche Marktpolizei*: Hierzu zählen sämtliche Maßnahmen, die der Regelung und Überwachung des Marktverkehrs (z.B. Viehmärkte, Bauernmärkte, Jahrmärkte, Wochenmärkte, Messen) dienen.⁶⁷

- *Örtliche Gesundheitspolizei*: Diese dient der Bekämpfung jener Gefahren, die der Gesundheit der örtlichen Gemeinschaft drohen und die nicht anderen spezifischen Verwaltungsmaterien zuzuordnen sind⁶⁸ (wie z.B. der Schutz der Gemeindebevölkerung vor Industrieemissionen, soweit nicht schon in den gewerberechtlichen Vorschriften entsprechende Maßnahmen vorgesehen sind).⁶⁹ Insbesondere zählt hierzu auch die Organisation des Hilfs- und Rettungswesens sowie das Leichen- und Bestattungswesen.

- *Sittlichkeitspolizei*: Diese umfaßt in erster Linie die Regelung der *öffentlichen*⁷⁰ Prostitution, soweit diese geeignet ist, die herrschenden sittlichen Anschauungen der in der jeweiligen Gemeinde verkörpert örtlichen Gemeinschaft zu verletzen.⁷¹

- *Örtliche Baupolizei* (mit Ausnahme der öffentlichen Zwecken dienenden bundeseigenen Gebäude) und *Raumplanung*: Hierzu zählen in erster Linie die Erlassung von Flächenwidmungs- und Bebauungsplänen sowie auf deren Grundlage die Ertelung bzw. Versagung von Bauplatz- und Baubewilligungen. Allgemein haben die baupolizeilichen Maßnahmen jeweils die Verhinderung eines Zustandes, der den Grundsätzen einer geordneten Verbauung (Bebauung) widerspricht, zum Ziel;⁷² auf das Interesse an der Errichtung eines bestimmten Gebäudes oder an der dort ausgeübten Tätigkeit oder auf die Person des Bauwerbers kommt es hingegen nicht an.⁷³

62 Vgl. VfSlg. 6208/1970, 6097/1969 und 6770/1972.

63 Vgl. VfSlg. 6685/1972.

64 Vgl. VfSlg. 5693/1969.

65 Vgl. VfSlg. 5802/1968, 7063/1973, und 7853/1976; siehe jüngst auch VfGH v. 12.10. 1991, G 190/91.

66 Vgl. § 1 der Verordnung betreffend die Bestellung eines beeideten Feldschutzpersonals und das Verfahren über Feldtrevel, RGBL.Nr. 28/1860.

67 Vgl. auch VfSlg. 6389/1971.

68 Vgl. 3550/1959, 5415/1966 und 6463/1971.

69 Vgl. zur dynamischen inhaltlichen Modifikation dieser Angelegenheit Grof (FN 5), 176.

70 Vgl. VfSlg. 8445/1978.

71 Vgl. VfSlg. 7960/1976.

72 Vgl. VfSlg. 6060/1979.

73 Nach Auffassung des VfGH (vgl. VfSlg. 7355/1974) zählt die Ertelung einer Baubewilligung für Vorhaben, die sich auf das Gebiet mehrerer Gemeinden erstrecken, nicht zu den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches.

- *Örtliche Feuerpolizei*: Darunter fallen die Brandverhütung und Brandbekämpfung, soweit diese jeweils lokal beschränkt ist.

- *Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*: Diese dienen der außergerichtlichen Bereinigung geringfügiger Zivilrechts- (z.B. Mietinschlichtungsstellen und Nutzungsfestsetzungsverfahren)⁷⁴ oder Ehrenbeleidigungssachen, wobei die abgeschlossenen Verträge jeweils vollstreckbare Exekutionstitel bilden. Im Falle der Nichteinigung sind die Streitparteien hingegen an die Gerichte zu verweisen.⁷⁵

- *Freiwillige Feilbietung beweglicher Sachen*: Die Abhaltung solcher Versteigerungen⁷⁶ ist vornehmlich deshalb von Bedeutung, weil im Zuge dieser erstandene Sachen zufolge der gesetzlichen Vermutung des § 367 ABGB als gutgläubig erworben anzusehen sind.

- *Örtlicher Natur- und Landschaftsschutz*: Hierzu zählen Maßnahmen, die dem Schutz des Orts- und Landschaftsbildes dienen.⁷⁷

2. Exkurs: Gemeinden und Verwaltungssenate

Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht erzeugt zwar – wie eben dargestellt – vornehmlich, keineswegs aber bloß ausschließlich mit den staatlichen Aufsichtsbehörden einen Friktionsbereich; gleiches gilt vielmehr auch für das Verhältnis zwischen Gemeinden untereinander⁷⁸ und zu sonstigen staatlichen Organen, wenn und soweit sich deren Zuständigkeiten berühren oder gar überschneiden. Dies soll nunmehr anhand der mit der B-VG-Novelle 1988⁷⁹ eingefügten und ab 1.1. 1991 in Wirksamkeit getretenen neuen Institution der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern (im folgenden: Landesverwaltungssenate) am Beispiel der Baurechtskompetenz der Gemeinde dargestellt werden. Anders als für die Gemeinden besteht aus der Sicht des Landesverwaltungssenates *kein* unmittelbarer verfassungsmäßiger *Rechtsanspruch* gegenüber dem einfachen Gesetzgeber auf Zuweisung bestimmter Angelegenheiten zur Vollziehung; aus dem Blickwinkel des Landesverwaltungssenates handelt es sich insoweit nicht um Rechte, sondern mangels eigenständiger Rechtssubjektivität – wie bei den übrigen Behörden und Gerichten – um

74 Vgl. § 39 des Mietrechtsgesetzes, BGBl.Nr. 520/1981, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. 654/1989 (im folgenden: MRG), sowie § 26 Abs. 3 des Wohnungseigentumsgesetzes, BGBl.Nr. 417/1975, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. 501/1984 und dazu *Walby*, Die Auswirkungen des neuen Zustellrechts auf die gerichtlichen und gemeindebehördlichen Nutzungsfestsetzungsverfahren gemäß § 3 (1) i.V.m. 26 WEG 1975, ÖGZ 1984, 306 ff. Sowohl das MRG als auch das WEG erscheinen jedoch insofern als verfassungswidrig, als diese Angelegenheiten nicht ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereiches bezeichnet sind.

75 Vgl. z.B. § 40 MRG.

76 Vgl. § 300 der Gewerbeordnung, BGBl.Nr. 50/1974, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. 10/1991, und die Ordnung für die öffentlichen Versteigerungen (Feilbietungsordnung), JGS 565/1786, sowie dazu VfGH v. 28.6. 1990, B 1472/89.

77 Vgl. VfSlg. 8944/1980; hinsichtlich des Schutzes des Landschaftsbildes anders VwSlg. 8440 A/1973.

78 Vgl. näher Grof (FN 5), 445 ff.

79 BGBl.Nr. 685/1988.

bloße Zuständigkeiten. Es erhebt sich aber die Frage, ob bzw. inwieweit grundrechtliche Gewährleistungen zugunsten des Bürgers – wie insbesondere Art. 6 EMRK – den einfachen Gesetzgeber nicht *mittelbar* dazu verhalten, in Bauangelegenheiten dem Landesverwaltungssenat gemäß Art. 129a Abs. 1 Z. 3 B-VG eine Zuständigkeit zur *Rechtmäßigkeitskontrolle* über die Gemeinde oder an deren Stelle gar die allumfassende Kompetenz einzuräumen.

Wie der VfGH in VfSlg. 11500/1987 in bewußtem Gegensatz zum EGMR entschieden hat, zählt die Erteilung einer Baubewilligung nicht zum *Kernbereich des Zivilrechts* und verkörpert demgemäß auch kein „*civil right*“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 MRK, so daß in dieser Angelegenheit auch kein „*Tribunal*“ i.S.d. genannten Bestimmung entschieden muß; die europäischen Instanzen vertreten demgegenüber die gegenteilige Auffassung, was konsequenterweise die Entscheidung durch ein tribunalmäßig konzipiertes Organ in Baubewilligungssachen bedingt.⁸⁰ Vornehmlich um dieser Forderung der EMRK, wie sie in der Rechtsprechung der europäischen Instanzen ihre konkrete Ausprägung erfahren hat, Rechnung zu tragen und die bestehenden österreichischen Vorbehalte zu Art. 5 und 6 EMRK zurücknehmen zu können, wurden – weil z.B. die in Baurechtssachen entscheidungsbefugten Gemeindeorgane diese Anforderungen nicht erfüllen – mit der eingangs angesprochenen B-VG-Novelle die Landesverwaltungssenate institutionalisiert;⁸¹ eine gleichzeitige Beschneidung der gemeindlichen Selbstverwaltungsbefugnis – insbesondere im Hinblick auf Art. 118 Abs. 3 Z. 9 B-VG, also gleichsam auf den Anlaßfall – erfolgte jedoch nicht. Es stellt sich somit die Frage, wie vor dem Hintergrund der bestehenden Verfassungsrechtslage die gemeindliche Selbstverwaltungsbefugnis in Angelegenheiten der „civil rights“ – hiezu zählt nach dem Verständnis der europäischen Organe nicht nur die Befugnis der Gemeinde zur Entscheidung über Baubewilligungssachen – mit dem die Einrichtung der Landesverwaltungssenate tragenden Anspruch in Einklang gebracht werden kann, oder konkret: ob bzw. inwieweit dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht hinsichtlich der „civil rights“ betreffenden Agenden durch die Institutionalisierung der Landesverwaltungssenate *materiell derogiert* wurde.

Hiezu ist – zunächst losgelöst von der Frage, ob durch die B-VG-Novelle 1988 den völkerrechtlichen Ansprüchen der EMRK auch tatsächlich Rechnung getragen wurde⁸² – auf der Basis der Verfassungsnormen österreichischer Provenienz der Blick in erster Linie auf die Grundsatzbestimmung des Art. 129 B-VG zu richten. Danach haben die Landesverwaltungssenate – im Gegensatz zu den Gemeinden – *prinzipiell nicht als Verwaltungsvorgane*, sondern wie der VwGH als *Organe der Rechtmäßigkeitskontrolle*⁸³ zu fungieren, d.h. anders als die Gemeinde hat der Verwaltungssenat primär nicht selbst zu *verwalten*, sondern die Verwaltung zu *kontrollieren* (wenngleich zuzugestehen ist, daß im Grenzbereich hier ein teilweise fließender Übergang gegeben sein

80 Vgl. die Urteile des EGMR im Fall *König* (EuGRZ 1978, 406 ff.), im Fall *Sporrong und Lönnroth* (EuGRZ 1983, 523 ff.) und im Fall *Bonithem* (EuGRZ 1986, 299 ff.).

81 Vgl. die E zur RV, 132 BgStenProtNR, 17. GP, 4 und den AB, 817 BgStenProtNR, 17. GP, 4 ff.

82 Vgl. die Bedenken von *Wiederin*, VStG-Novelle 1990 und EMRK, JAP 1990/91, 74 ff.

83 Arg. „Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“.

mag, der aber infolge der mit Art. 129 B-VG, aber auch mit Art. 6 EMRK erfolgten *Aufhebung des Trennungsgrundsatzes* des Art. 94 B-VG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet). Diese mit Art. 129 B-VG prinzipiell grundgelegte *funktionelle Aufgabenstellung* der Landesverwaltungssenate besteht in der Folge auch die Anordnung des Art. 129a B-VG, wonach die Landesverwaltungssenate erst „nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt“ (Abs. 1) bzw. „unmittelbar“ *nach* der ersten Instanz (Abs. 2) entscheiden; die Beschwerde an den Landesverwaltungssenat verkörpert demnach ein *außerordentliches* Rechtsmittel, wie auch die Verwaltungssenate selbst als einerseits außerhalb der Behördenorganisation stehende, andererseits aber auch keine ordentlichen Gerichte i.S.d. B-VG verkörpernde und demgemäß also als *Kontrollorgane sui generis* darstellende Einrichtungen zu qualifizieren sind.⁸⁴ Im Gegensatz zu den wie oben gezeigt *politisch besetzten* und in diesem Sinne auch *verantwortlichen*, vor allem aber *parteilichen*⁸⁵ gemeindlichen Organen kommt ihnen jedoch – wie aus Art. 129b B-VG deutlich wird – die Qualität eines Tribunales zu. Davon ausgehend, daß die Landesverwaltungssenate bloß als Organe der Rechtmäßigkeitskontrolle eingerichtet sind und diese Funktion von Verfassungs wegen stets erst nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges zum Tragen kommt, ergibt sich sohin nach der geltenden Verfassungssituation allenfalls hinsichtlich des staatlichen Aufsichtsrechts über die Gemeinde eine Unterscheidung zwischen dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht und den die Einrichtung der Landesverwaltungssenate tragenden verfassungsgesetzgeberischen Zielvorstellungen. Wie bereits angesprochen sieht nämlich auch schon Art. 119a Abs. 5 B-VG das *außerordentliche*⁸⁶ Rechtsmittel einer – allerdings bloß *kassatorischen* – Bescheidprüfungscompetenz der Aufsichtsbehörde vor. Dadurch wird jedoch die nachfolgende Kontrollkompetenz der Landesverwaltungssenate nicht gehindert, weil auch schon bis zur B-VG-Novelle 1988 das Rechtsmittel der Vorstellung an die Aufsichtsbehörde zwischen die Entscheidung des Gemeinderates als letztinstanzlicher Behörde des administrativen Rechtszuges in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches und jener des VwGH eingeschaltet war, die Aufsichtsbehörde damit gleichsam als „*Vor-Verwaltungsgerichtshof*“ fungierte. Durch die B-VG-Novelle 1988 wird sohin von B-VG wegen prinzipiell lediglich gefordert, daß die Landesverwaltungssenate *nach der staatlichen Aufsichtsbehörde und vor dem VwGH* zur Entscheidung über Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Ge-

84 Vgl. hierzu die Entscheidung des Oberösterreichischen Landesverwaltungssenates v. 16.7. 1991, Zl. VwSen 100052.

85 Dem Gemeinderat, für den ansonsten die Kriterien des Art. 6 Abs. 1 EMRK zutreffen würden, kommt von Verfassungen wegen anders als dem Landesverwaltungssenat nicht bloß eine streitschlichtende und in diesem Sinne rein rechtsprechende, sondern auch und sogar vornehmlich eine verwaltende Funktion zu, indem er in erster Linie die öffentlichen Interessen (z.B. an einer geordneten Bebauung) wahrzunehmen hat. Diese verfassungsmäßig festgelegte Funktion als ein Organ der Verwaltung (und nicht wie bei den Landesverwaltungssenaten: der Rechtsprechung in Form der Rechtmäßigkeitskontrolle) schließt es aus, dem Gemeinderat die Qualität eines Tribunales i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK zuzubilligen.

86 Vgl. Art. 118 Abs. 4 erster Satz B-VG: „Unter Ausschluß eines Rechtsmittels an Verwaltungsvorgänge außerhalb der Gemeinde“.

meinde berufen werden und die Anordnung des Art. 119a Abs. 9 B-VG ist in diesem Sinne modifiziert anzusehen.

Aus der Sicht des B-VG scheint es jedoch ausgeschlossen, die Landesverwaltungssenate in diesem Zusammenhang mit einer *reformatorisches* Prüfungskompetenz auszustatten, wie dies im übrigen auf *einfachgesetzlicher* Ebene in Ausführung des Art. 129b Abs. 5 B-VG⁸⁷ generell festgelegt wurde. Denn die Gemeindeverfassung ist dem Wesen der Selbstverwaltung entsprechend stets von einer bloß kassatorischen Prüfungsbefugnis der Aufsichtshörde bzw. der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts ausgegangen, so daß also ausschließlich die gemeindlichen Organe die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches „verwalten“, während externe Organe diese Verwaltungsführung nur auf ihre Rechtmäßigkeit kontrollieren und die gesetzten Akte im Falle der Rechtswidrigkeit *eliminieren*, nicht aber gleichzeitig auch *substituieren* können sollen.⁸⁸

Zur Einführung einer *reformatorisches* Prüfungskompetenz hätte es daher der systematischen Konzeption des Selbstverwaltungsrechts zufolge einer dementsprechenden, den Grundsatz der gemeindlichen Unabhängigkeit *spezialisierenden verfassungsmäßigen Anordnung* bedurft, die jedoch im Zuge der B-VG-Novelle 1988 unterblieben ist. Selbst wenn man aber in diesem Zusammenhang die Absicht des Verfassungsgesetzgebers, mit der B-VG-Novelle 1988 den insbesondere durch Art. 6 EMRK gestellten völkerrechtlichen Anforderungen weitestgehend Rechnung tragen zu wollen, zur Begründung einer im dargestellten Sinne spezialisierenden Regelung hinreichen ließe und demgemäß von einer *materiellen Derogation* und in der Folge von der Verfassungskonformität einer reformatorisches Entscheidungsbefugnis der Landesverwaltungssenate auch in nach österreichischem Verfassungsverständnis Agenden des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts darstellenden, nach dem Verständnis der europäischen Instanzen aber zugleich Angelegenheiten der „civil rights“ verkörpernden Rechtssachen auszugehen hätte, erscheint es fraglich, ob auf diese Weise tatsächlich den Forderungen der EMRK in einer Weise Rechnung getragen wird, die die bestehenden österreichischen Vorbehalte zu Art. 5 und 6 EMRK entbehrlich macht. Denn nach Auffassung der europäischen Organe haben in Angelegenheiten der „civil rights“, zu denen die Entscheidung über die Erteilung einer Baubewilligung zu zählen ist, *auf jeder Ebene* Tribunale zu entscheiden,⁸⁹ diesem Anspruch wird aber jedenfalls das innergemeindlich durchzuführende Verwaltungsverfahren nicht gerecht. Im Zuge der Rücknahme der österreichischen Vorbehalte zu Art. 5 und 6 EMRK hätte daher jedenfalls auch eine die Selbstverwaltungsbefugnis der Gemeinden hinsichtlich der „civil rights“ i.S.d. Art. 6 EMRK betreffenden Agenden eliminierende Verfassungsänderung zu erfolgen.

3. Finanzielle Selbstverwaltung

Gemäß Art. 116 Abs. 2 Satz 2 B-VG hat die Gemeinde u.a. das Recht, ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuschreiben; dieses Recht ist ihr jedoch nur „im Rahmen der Finanzverfassung“, d.h. jeweils

⁸⁷ Vgl. 66 Abs. 4 AVG.

⁸⁸ Vgl. Grof (FN 5), 71 ff.

⁸⁹ Vgl. näher Grof (FN 13), 127 ff.

nach den Bedingungen der sich auf die Haushaltsführung bzw. Abgabenausschreibung beziehenden Normen des B-VG und sonstiger verfassungsrechtlicher Bestimmungen – insbesondere des F-VG – gewährleistet.

a) Haushaltsführung

Auf Verfassungsebene finden sich an haushaltsrechtlichen Vorschriften nur die Anordnung des Art. 13 Abs. 2 B-VG, wonach auch die Gemeinden – neben Bund und Ländern – bei ihrer Haushaltsführung die *Sicherstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes* anzustreben haben, einerseits sowie die Bestimmung des 16 F-VG; Danach kann der Bundesminister für Finanzen (im Einvernehmen mit dem Rechnungshof) die *Form und Gliederung der Voranschläge und Rechnungsabschlüsse* der Gebietskörperschaften – und damit auch der Gemeinden – insoweit regeln, als dies zur Vereinheitlichung erforderlich ist, sich diese vorlegen lassen und Auskünfte über die Finanzwirtschaft der Gebietskörperschaften einholen; überdies wird eine Abtretung oder Verpfändung von Abgabenrechten, Abgabenertragsanteilen und vermögensrechtlichen Ansprüchen, die den Gemeinden – mit Ausnahme der Städte mit eigenem Statut und der Landeshauptstädte – aufgrund des Finanzausgleichsgesetzes gegen den Bund oder andere Gebietskörperschaften zustehen, und die Zwangsvollstreckung auf solche Rechte und Ansprüche grundsätzlich für unzulässig erklärt; auf Antrag der Landesregierung kann jedoch der Bundesminister für Finanzen Ausnahmen von diesem Verbot bewilligen.

Von diesen Vorschriften sowie von entsprechenden landesgesetzlichen Ausführungsnormen abgesehen bleibt damit die gemeindliche Haushaltsführung – ihrer Natur einer vorwiegend bloß innenrechtlichen Angelegenheit entsprechend – im wesentlichen undeterminiert, so daß der Gemeinde ein dementsprechend von den Bindungen des Legalitätsprinzips *losgelöster rechtspolitischer Gestaltungsspielraum* eröffnet wird.⁹⁰

b) Abgabenhöhe

Gemäß Art. 116 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 118 Abs. 2 Satz 1 B-VG hat die Gemeinde das Recht, als eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches im Rahmen der Finanzverfassung Abgaben auszuschreiben.

Hinsichtlich der auf dem *freien Beschlußrecht* basierenden Abgabenausschreibung sieht das F-VG vor, daß die Gemeinde hiezu einer vorhergehenden Ermächtigung des nach der abgabenrechtlichen Kompetenzverteilung zuständigen Bundesgesetzgebers (§ 7 Abs. 5 F-VG) bzw. Landesgesetzgebers (§ 8 Abs. 5 F-VG) bedarf; in diesem Ermächtigungsgesetz müssen jeweils die *wesentlichen Merkmale* dieser Abgaben, insbesondere auch deren zulässiges Höchstausmaß, bestimmt sein. In der Praxis läßt dieses Determinierungsgebot das freie Beschlußrecht der Gemeinde entgegen der ursprünglichen Verheißung des § 5 F-VG, wonach für derartige Abgaben das ansonsten strenge Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 1 B-VG zugunsten einer Art gesetzestretenden Satzungsrechts der Gemeinde nicht zu gelten scheint, bloß zu einem – und insoweit auch nur rechtstheoretischen, weil die Gemeinden in der Regel ja auf alle Einnahmequellen angewiesen sind – Entscheidungsrecht darüber,

⁹⁰ Vgl. Grof (FN 5), 324 ff.

ob die bundes- bzw. landesgesetzlich im Grunde genehme Abgabe tatsächlich ausgeschrieben wird oder nicht, verkümmern.⁹¹

Die bundesgesetzliche Ermächtigung zur Ausschreibung von Abgaben aufgrund des freien Beschlußrechts der Gemeinde findet sich derzeit in § 15 des Finanzausgleichsgesetzes 1989.⁹²

4. Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde

Nach Art. 116 Abs. 2 B-VG ist die Gemeinde ein selbständiger Wirtschaftskörper und hat als solcher das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen sowie wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben,⁹³ die der Gemeinde hiedurch eingeräumte *umfassende Privatrechtshöheit* ist gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 1 B-VG in vollem Umfang als eine Angelegenheit des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts anzusehen.

Nimmt die Gemeinde am Privatrechtsverkehr teil, so soll sie – nur – denjenigen gesetzlichen Schranken unterliegen, die insoweit auch für die übrigen Privatrechtssubjekte gelten. Dies drückt der in Art. 116 Abs. 2 B-VG enthaltene Hinweis auf die „Schranken der *allgemeinen* Bundes- und Landesgesetze“ aus, der insoweit ein *prinzipielles Diskriminierungsverbot*⁹⁴ zugunsten der Gemeinde enthält: Diese ist im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung in erster Linie nur an die *allgemeinen* Privatrechtsnormen gebunden; soweit aus gleichheitsrechtlicher Sicht dennoch Sonderregelungen, die dem Umstand Rechnung tragen, daß eine der Vertragsparteien eine Gebietskörperschaft (mit dem hinter dieser stehenden Vermögen, ihrer Kreditwürdigkeit, etc.) ist, erforderlich sind, darf die Gemeinde durch diese nicht schlechter als der Bund und die Länder gestellt werden.⁹⁵

Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Gemeinden hinsichtlich *einzelner* ihrer privatwirtschaftlichen Akte (nicht jedoch generell) gleichsam im staatlichen Innenverhältnis an das Erfordernis einer vorhergehenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung i.S.d. Art. 119a Abs. 8 B-VG gebunden werden.⁹⁶ Soweit es den außerhalb der Gemeindeorganisation stehenden Vertragspartner betrifft, dürfen dessen Anforderungen an die Gültigkeit des Vertragsabschlusses erforderlichen staatsinternen Voraussetzungen nicht überspannt werden: Ein Vertrag mit der Gemeinde kommt aufgrund einer *Anscheinungsvollmacht* auch dann gültig zustande, wenn der Vertragspartner keinen Grund hatte, daran zu zweifeln, daß das für die Gemeinde handelnde Organ zum Vertragsabschluß ermächtigt ist, auch wenn dies tatsächlich nicht zutreffen

91 Vgl. näher Grof (FN 5), 352 ff; Wolny, Die Gebührenhoheit der Gemeinde, Linz 1986.

92 BGBl.Nr. 687/1988.

93 Vgl. Binder, Wirtschaftsunternehmungen der Gemeinden, in: Fröhler/Oberndorfer (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht, Bd. II, Linz (Loseblatts Ausgabe seit 1983), Pkt. 3.11.

94 So schon die EB zur RV, 639 BgStenProtNR, 9. GP, 14.

95 Vgl. näher Grof (FN 5), 277 ff.

96 Vgl. dazu allgemein Gallert, Genehmigungsvorbehalt, in: Fröhler/Oberndorfer (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht, Bd. II, Linz (Loseblatts Ausgabe seit 1983), Pkt. 3.14.12.

sollte, weil den Vertragspartner nur eine eingeschränkte Pflicht zur Überprüfung der Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften trifft.⁹⁷

IV. SCHUTZ DER SELBSTVERWALTUNG

Der praktische Wert der verfassungsgesetzlichen Gewährleistung einer Selbstverwaltungsbefugnis an die Gemeinden erweist sich in erster Linie darin, inwieweit es diesen gleichzeitig auch selbst zukommt, gegen allfällige Beeinträchtigungen ihrer Vollzugsagenden durch staatliche Organe vor von letzteren unabhängigen Gerichten im *förmlich-prozessualen Rechtsmittelweg* vorzugehen. Ein Blick auf die historische Entwicklung dieses Teilbereiches der Selbstverwaltungsbefugnis zeigt, daß die Gemeindeverfassung diesbezüglich von der Konzeption ausgeht, daß der Gemeinde insoweit grundsätzlich dieselbe Rechtsposition wie dem *einzelnen* in Verfolgung seiner *grundrechtlichen Ansprüche* gegenüber dem Staat zukommen soll; den Gemeinden sind also zur prozessualen Durchsetzung ihres Selbstverwaltungsrechts prinzipiell dieselben Rechtsschutzinstrumentarien wie dem Bürger in die Hand gegeben, soweit nicht verfassungsrechtlich anderes bestimmt ist.⁹⁸

Von der *Formalorientiertheit*⁹⁹ des öffentlichrechtlichen Rechtsschutzsystems ausgehend werden im folgenden die Rechtsmittelbefugnisse der Gemeinde getrennt nach der jeweiligen Rechtsatzform, im Zuge derer die Rechtsbeeinträchtigung erfolgt, dargestellt.

1. Einfache Gesetze

Wie oben bereits näher ausgeführt, hat der einfache Gesetzgeber gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches ausdrücklich als solche zu bezeichnen, wobei ihm in inhaltlicher Hinsicht aufgrund der umfangreichen Determinierung bereits auf Verfassungsebene kaum eine rechtspolitische Dispositionsbefugnis verbleibt. Unterbleibt nun diese Bezeichnung, obwohl es sich in Wahrheit um eine Selbstverwaltungssache handelt, oder wird eine Angelegenheit als solche des Selbstverwaltungsbereiches bezeichnet, obwohl diese nicht zutrifft, liegt in beiden Fällen eine Verletzung des gemeindlichen Autonomiebereiches vor; das einfache Gesetz ist damit jeweils verfassungswidrig.¹⁰⁰

Anders als der Verwaltung des Bundes bzw. des Landes für vergleichbare Fälle der Verletzung des Autonomiebereiches durch den Gesetzgeber der jeweils gegenbeteiligten Gebietskörperschaft – gemäß Art. 140 Abs. 1 Satz 2 B-VG ist die Bundesregierung berechtigt, u.a. aus diesem Grund die Verfas-

97 Vgl. OGH v. 13.9.1990, 8 Ob 573/90 = JBl 1991, 517 f.

98 Vgl. Grof (FN 5), 224 ff.

99 Vgl. allgemein Funk, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem, Wien 1978, 33.

100 Siehe oben S. 55.

sungswidrigkeit von Landesgesetzen bzw. die Landesregierung berechtigt, auch insoweit die Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen vor dem VfGH geltendzumachen – fehlt es der Gemeinde an einer solcherart *objektiv-abstrakten Anfechtungslegitimation* in Art. 140 Abs. 1 B-VG. Dadurch sollte der Gemeinde dieser Weg jedoch nicht generell verschlossen bleiben. Eine historische Betrachtung ergibt vielmehr zum einen, daß dieses Problem damals in dieser Schärfe nicht gesehen wurde, denn im Zentrum der Überlegungen zum gemeindlichen Rechtsschutz stand damals gleichsam nur dessen Regelfall der Beeinträchtigung durch staatliche *Verwaltungsbehörden* und hier wiederum vorrangig im Zusammenhang mit deren *aufsichtsrechtlichen Befugnissen*; dies erweist neben Art. 119a Abs. 9 B-VG deutlich auch die Anordnung des Art. 139 Abs. 1 i.V.m. Art. 119a Abs. 6 B-VG, wonach der Gemeinde nur gegen aufsichtsbehördliche Verordnungen, mit denen eine von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich erlassene Verordnung aufgehoben wird, eine dementsprechend explizite Anfechtungsbefugnis zuerkannt wird. Insbesondere in diesem Zusammenhang ergibt sich daraus auf der anderen Seite aber ganz allgemein, daß der Gemeinde damit nur eine Bund und Land vergleichbare Rechtsschutzposition, nämlich insbesondere die Befugnis zur *objektiv-abstrakten Normenkontrolle*, nicht aber jeglicher darüber hinausgehende Rechtsschutz, im besonderen jener *individuell-konkreter Natur*, verwehrt werden sollte. Von dieser einleitend bereits angesprochenen Auslegung der Gemeindeverfassung dahingehend, daß der Gemeinde so zur Verteidigung ihres Selbstverwaltungsrechts zumindest die Einrichtungen des allgemeinen Rechtsschutzes des einzelnen zur Durchsetzung seiner verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte dienstbar zu machen sind, ausgehend kommt man daher zum Ergebnis, daß die Gemeinde gegen Gesetze im Wege des sog. „*Individualantrages*“ gemäß Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG vorgehen kann.¹⁰¹

Dies anerkennt grundsätzlich auch der VfGH. Nach anfänglicher Ablehnung geht der Gerichtshof inzwischen nämlich auch davon aus, daß ein Eingriff in die Rechtssphäre der Gemeinde nicht nur in Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung oder des ortspolizeilichen Verwaltungsrechts, sondern durch ein Gesetz oder durch eine Verordnung vielmehr auch *ganz allgemein* in Betracht kommen kann, und zwar immer dann, wenn nach dem *Inhalt* dieser generellen Norm eine in ihr geregelte und von Organen der Verwaltung zu besorgende Angelegenheit der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper entweder *vorenthalten* oder zu *Unrecht übertragen* oder *entzogen* und *einer anderen staatlichen Behörde bzw. der Gemeinde bloß im übertragenden Wirkungsbereich* zur Besorgung zugewiesen bzw. von einer solchen Behörde tatsächlich besorgt wird.¹⁰² Unerfindlich bleibt in diesem Zusammenhang jedoch, warum es nach der Auffassung des VfGH nicht denkmöglich sein soll, daß die Gemeinde allein durch den *bloßen Entzug* einer Aufgabe *ohne gleichzeitige Übertragung* auf eine staatliche Behörde, also z.B. – wie in VfSlg. 11873/1988 – durch eine generelle Norm, die die Baubewilligungspflicht ersatzlos beseitigt, in ihrem Selbstverwaltungsrecht beeinträchtigt wird. Wenn es auch nur bei den Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung und des ortspolizeilichen Verwaltungsrechts schon unmittelbar aufgrund der Verfassung fest-

¹⁰¹ Vgl. näher Grof (FN 5), 228 f.

¹⁰² Vgl. VfSlg. 11873/1988 und 12097/1989.

steht, daß diese solche des eigenen Wirkungsbereiches sind, daher einer gesonderten Bezeichnung gemäß Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG nicht bedürfen und daher allein schon die bloße Beschränkung durch den Gesetzgeber dieses Gesetz potentiell mit Verfassungswidrigkeit belastet (d.h. eine Prüfung des Gesetzesinhaltes mit den Kriterien des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehaltes erfordert), so muß gleiches auch in anderen Bereichen dann gelten, wenn der einfache Gesetzgeber seine rechtspolitische Dispositionsbefugnis darüber, ob er diese Materie überhaupt einer gesetzlichen Regelung zuführt und diese von Verwaltungsbehörden (und nicht von Gerichten) vollziehen läßt, tatsächlich in Anspruch genommen und demgemäß nach Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG auch der Gemeinde einen Anteil an der Vollziehung zugewiesen hat. Denn auch die Änderung¹⁰³ dieser Entscheidung bedarf genauso wie ihre ursprüngliche Erlassung einer *sachlichen Rechtfertigung* im Sinne des Gleichheitssatzes; kann diese seitens des Gesetzgebers nicht nachgewiesen werden, so ist – um beim obigen Beispiel zu bleiben – die nunmehr die Aufhebung der Baubewilligungspflicht anordnende Norm schon deshalb verfassungswidrig.¹⁰⁴ Ist es damit aber auch denkmöglich, daß die Gemeinde auch durch eine bloße Entziehung einer Aufgabe in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt werden kann, so ist nicht einzusehen, weshalb die Gemeinde zur Geltendmachung von derartigen Verletzungen ihres Selbstverwaltungsrechts durch den Gesetzgeber *auf Dritte*, nämlich insbesondere auf den Bürger, der – wie etwa der Nachbar des Bauwerbers beim Entfall jeglicher Baubewilligungspflicht – in seinen Grundrechten verletzt wird, oder auf die Bundesregierung bzw. auf die Landesregierung in Ausübung von deren objektiv-abstraktem Normenkontrollrecht gemäß Art. 140 Abs. 1 erster Satz B-VG angewiesen sein soll.

Von diesem Sonderfall abgesehen ist für die Zulässigkeit des Individualantrages der Gemeinde nach der Rechtsprechung des VfGH allgemein jeweils *nach der Lage des Einzelfalles* zu beurteilen, ob das Gesetz bzw. die Verordnung einer außerhalb der Gemeinde stehenden Behörde möglicherweise eine Angelegenheit regelt oder eine Maßnahme darstellt, die der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich vorbehalten ist. Zudem müssen für die Stellung eines derartigen Individualantrages seitens der Gemeinde auch die sonstigen, von Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG normierten und durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung näher konkretisierten *Prozessvoraussetzungen* – wie etwa die unmittelbare Betroffenheit, die Unzumutbarkeit eines Umweges und die Darlegung der im einzelnen gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sprechenden Bedenken¹⁰⁵ – erfüllt sein.

2. Verordnungen

Gemäß Art. 139 Abs. 1 zweiter Satz i.V.m. Art. 119a Abs. 6 B-VG wird der Gemeinde zunächst von Verfassungen wegen explizit das Recht eingeräumt, Verordnungen der Gemeindeaufsichtsbehörde, mit denen von der Ge-

¹⁰³ Vgl. zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Schutz erworbener Rechtspositionen *Holoubek* (FN 52), 76.

¹⁰⁴ Vgl. *Grof* (FN 5), 473 ff.

¹⁰⁵ Vgl. näher *Grof* (FN 5), 228 ff.

meinde im eigenen Wirkungsbereich erlassene Verordnungen aufgehoben wurden, wegen Gesetzswidrigkeit beim VfGH anzufechten.

Gegen andere als derartige im Zuge des Aufsichtsverfahrens ergangene Verordnungen staatlicher Behörden, durch die sich die Gemeinde in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt erachtet, kann sich diese im Wege des Individualantrages gemäß Art. 139 Abs. 1 letzter Satz B-VG zur Wehr setzen; da der Individualantrag auf Verordnungskontrolle jenem auf Gesetzesprüfung nach Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG nachgebildet ist, kann insoweit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

3. Bescheide und faktische Amtshandlungen

Zunächst sieht Art. 119a Abs. 9 B-VG hinsichtlich potentieller Konflikte mit der Aufsichtsbehörde vor, daß die Gemeinde schon im aufsichtsbehördlichen Verfahren – neben dem die Vorstellung gemäß Art. 119a Abs. 5 B-VG erhoben habenden Bürger – *Parteistellung* hat. In der Folge ist sie sodann berechtigt, gegen die Aufsichtsbehörde vor dem VfGH und dem VfGH *Beschwerde* zu führen.

Dieses gleichsam den Regelfall normierende Prinzip ist auch auf jene Fälle zu übertragen, in denen sich die Gemeinde durch von anderen als staatlichen Aufsichtsbehörden erlassene Bescheide in ihrem Selbstverwaltungsrecht beeinträchtigt erachtet. Dies führt kraft Verfassungsrecht zu einer *Parteistellung* der Gemeinde in sämtlichen behördlichen Verfahren, in denen *potentiell* Agenden des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde berührt werden. Schon von Verfassungs wegen ist daher die Einräumung einer allerdings zum Zweck der Verteidigung der Selbstverwaltungsbefugnis beschränkten *Parteistellung* an die Gemeinde – unter Beachtung der nach Art. 118 Abs. 2 Satz 2 B-VG erforderlichen Bezeichnung – für solche Verfahren geboten, wobei ein Berufungsrecht der Gemeinde nicht ausgeschlossen werden darf¹⁰⁶ bzw. dieses in verfassungskonformer Interpretation des Gesetzes stets anzunehmen ist, wenn es (dann allenfalls in verfassungswidriger Weise) nicht explizit ausgeschlossen wurde. Im Falle der Nichtbeachtung dieses Grundsatzes kommt der Gemeinde jedenfalls die Stellung einer *übergangenen Partei* mit den daraus erfließenden Rechten zu. Schließlich kann die Gemeinde gegen den letztinstanzlichen Bescheid einer staatlichen Behörde, durch den sie sich in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt erachtet, Beschwerde an den VfGH oder an den VfGH erheben.¹⁰⁷

Gleiches gilt aufgrund der engen historischen Verflochtenheit zwischen dem Institut des Bescheides und jenem der faktischen Amtshandlung dann, wenn sich die Gemeinde durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt staatlicher Organe in ihrem Selbstverwaltungsrecht beeinträchtigt fühlt, jedoch seit dem Inkrafttreten der B-VG-Novelle 1988 mit der Maßgabe, daß diese *Maßnahmenbeschwerde* zunächst beim *Landesverwaltungssenat* zu erheben ist und erst gegen dessen Bescheid Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erhoben werden kann.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Vgl. z.B. 207 GewO.

¹⁰⁷ Vgl. näher Grof (FN 5), 255 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG.

4. Weisungen

Eine förmliche, etwa dem die kollegialen Schulbehörden des Bundes in den Ländern betreffenden Art. 130 Abs. 1 letzter Satz i.V.m. Art. 81a Abs. 4 B-VG nachgebildete *Weisungsbescheide* ist für die Gemeinde auf Verfassungsebene weder vorgesehen¹⁰⁹ noch kommt insoweit – aufgrund der materiellen *Spezialität* dieser Einrichtung – eine analoge Heranziehung dieser Regelungen in Betracht. Vielmehr ist die Gemeinde – weil von vornherein kein Weisungszusammenhang besteht – gehalten, Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches betreffende und als „Weisungen“ intendierte Akte wegen *absoluter Nichtigkeit* einfach zu ignorieren.

In der Praxis kann allerdings der Umstand, daß es *keine förmlich-prozessuale Möglichkeit* zur Feststellung dieser Nichtigkeit gibt, zu Problemen bis hin zu der prinzipiellen Einstellung führen, daß die in vielerlei, vor allem aber in finanzieller Hinsicht vom Staat und damit wiederum von der Aufsichtsbehörde abhängige Gemeinde in „strittigen“ oder als solchen angesehenen Fällen „sicherheitshalber“ die staatliche Anordnung befolgt; auf diese Weise würde die Autonomie der Gemeinde geradezu ins Gegenteil verkehrt.

Abhilfe schafft hier vor allem die von dem Umstand des Nichtvorliegens eines Weisungszusammenhanges ausgehende Überlegung, daß die demgemäß als „Weisung“ intendierten und als solche auch absolut nichtigen Akte in Wahrheit einen *Bescheid* darstellen und damit auch beim VfGH und beim VfGH bekämpfbar sind.¹¹⁰

Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Tatsache, daß insoweit der *verfassungsrechtliche* und nicht der vornehmlich durch das AVG ausgeführte *einfachgesetzliche Bescheidbegriff* maßgeblich ist: Selbst wenn daher z.B. ein bloß mündlich erlassener Bescheid mangels niederschriftlicher Beurkundung *nach dem AVG* als unverbindlich anzusehen ist,¹¹¹ muß aus *Rechtsschutzüberlegungen* heraus davon ausgegangen werden, daß der im Verhältnis zwischen staatlicher Behörde und Gemeinde bloß mündlich erlassene Bescheid die Anforderungen des *verfassungsrechtlichen* Bescheidbegriffes erfüllt; daß dabei der aufsichtsbehördliche Wille darauf gerichtet war, „bloß“ eine Weisung zu erteilen und nicht einen Bescheid zu erlassen, kann angesichts des Umstandes, daß die staatliche Behörde jedenfalls eine verbindliche Norm setzen wollte und hiebei lediglich verkannte, daß dieser keine Innen-, sondern eine Außenwirkung zukommt, keine Rolle spielen.

Gleiches hat zu gelten, wenn es sich nicht um eine individuelle, sondern um eine *generelle „Weisung“* handelt: Diese ist als eine *Verordnung* der staatlichen Behörde anzusehen und kann von der Gemeinde mit den hierfür vorgesehenen Rechtsschutzeinrichtungen angefochten werden.

¹⁰⁹ Und könnte einfachgesetzlich auch nur auf Basis des Art. 129a Abs. 1 Z. 3 B-VG (generalklauselartige Zuständigkeit der Landesverwaltungssenate) errichtet werden, womit jedenfalls keine Institutionalisierung einer direkten Beschwerdemöglichkeit an den VfGH oder gar an den VfGH vorgesehen werden kann.

¹¹⁰ Vgl. näher Grof (FN 5), 262 ff.

¹¹¹ Vgl. zuletzt VfGH v. 30.9.1991, B 756/91.