

A-1010 Wien – Löwelstraße 6
Telefon: +43/1/512 14 80
Telefax: +43/1/512 14 80 – 72
oesterreichischer@gemeindebund.gv.at
www.gemeindebund.at

Herrn
Volksanwalt Dr. Peter Kostelka
Volksanwaltschaft
Singerstraße 17
1015 Wien

Wien, am 3. Dezember 2003
Zl. 001-2.1.2/031203/Dr

Österreich-Konvent, Ausschuss 8 Demokratische Kontrolle – Kontrollrechte in den Gemeinden

Sehr geehrter Herr Vorsitzender !

Der Österreichische Gemeindebund erlaubt sich im Folgenden eine Punktation seiner Position zu den aufgeworfenen Fragen betreffend eine auf Ebene der Bundesverfassung zu regelnde Kontrolle in den Gemeinden zu übermitteln:

A. Bundeseinheitliches Mindestkontrollniveau für die Gemeinden?

Vorbemerkung

Der Ausschuss VIII befasst sich mit Einrichtungen einer effizienten und effektiven Kontrolle im Bereich von Bund, Ländern und Gemeinden. Dabei stehen selbstverständlich die Rechte der Parlamente (Nationalrat, Bundesrat, Landtage) sowie die Organe der Gebarungskontrolle (Rechnungshof, Landesrechnungshöfe), aber auch die Volksanwaltschaft im Zentrum. Außerdem sollen Fragen der Transparenz der Verwaltung sowie Instrumente der direkten Demokratie erörtert werden.

Für die Gemeinden sind vor allem die Kontrollrechte in den Gemeinden, die Rechnungshofprüfungsbefugnis gegenüber Gemeinden und Gemeinde-

unternehmen, die Volksanwaltschaft sowie die Instrumente der direkten Demokratie und Partizipation auf Gemeindeebene relevant.

Die Gemeinden als kleinste politische Gemeinwesen in unserem Staat sind jene Strukturen, wo der demokratische Prozess noch am sichtbarsten verläuft, da in der Gemeinde Überschaubarkeit und Mitbestimmungsmöglichkeit am besten gegeben ist. Die Instrumente der direkten Demokratie werden auch primär auf kommunaler Ebene eingesetzt und die Möglichkeiten partizipativer Mitgestaltung werden im Gemeindebereich am besten genützt. In diesem Sinne enthalten auch alle Gemeindeordnungen der österreichischen Bundesländer direktdemokratische und partizipative Einrichtungen, soweit diese mit dem repräsentativen-demokratischen System vereinbar sind.

Aus der Sicht der österreichischen Gemeinden besteht keine Notwendigkeit, Partizipationsinstrumente und direktdemokratische Einrichtungen auf Gemeindeebene in der Bundesverfassung vorzusehen. Nach Ansicht des Österreichischen Gemeindebundes soll auch die Gemeindedemokratie in Zukunft eine repräsentative Demokratie mit einer Reihe von plebiszitären Einschlügen sein. Aus diesem Grund soll auch die Letztverantwortlichkeit bei den gewählten Organen verbleiben.

Die bisherige flexible Gestaltung aufgrund einer nicht zu eingehenden Regelungsdichte auf Verfassungsebene hat sich vor allem im Hinblick auf den Umstand, dass der Verfassungsgesetzgeber den Bundesländern gerade in den letzten Jahren (bspw. durch die Einführung der Möglichkeit, eine Direktwahl des Bürgermeisters durch die Wahlberechtigten vorzusehen) mit guten Gründen entsprechenden Handlungsspielraum eingeräumt hat, bewährt.

Aus dieser unterschiedlicher Grundstruktur ist es oftmals geboten, Kontrollrechte in den Gemeinden unterschiedlich auszugestalten, gemäß Art 118 Abs. 5 B-VG sind die Organe der Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich dem Gemeinderat als oberstes Organ verantwortlich, woran sich auch nichts ändern soll. Die Kontrollrechte werden, wie im folgenden dargestellt, durch Landesgesetze genauer geregelt.

B. Kontrollrechte in den Gemeinden auf Verfassungsebene?

1. Strukturell ist das System der Gemeindedemokratie dem repräsentativen Demokratiemodell auf Bundes- und Landesebene verwandt. Der Gemeinderat als oberstes Organ der Gemeinde übt parlamentsähnliche Kontrollrechte gegenüber dem Bürgermeister, dem Gemeindevorstand und anderen Organen der Gemeinden aus. Die einzelnen Kontrollrechte sind in den Gemeindeordnungen, in den Stadtrechten und zum Teil auch in den Geschäftsordnungen der Gemeinderäte enthalten. Die meisten Gemeindeordnungen sehen das Interpellationsrecht, das Antragsrecht einzelner Gemeinderatsmitglieder, manche auch das Misstrauensvotum gegenüber Bürgermeister und Mitgliedern des Gemeindevorstandes vor.

2. Es stellt sich nun die Frage, ob die Festlegung demokratischer Kontrollrechte des Gemeinderates bzw einzelner Mitglieder des Gemeinderates bundesverfassungsrechtlich geregelt oder auch nur bundesverfassungsrechtlich vorgezeichnet werden soll oder ob – wie bisher – dies eine Angelegenheit der Landesgesetzgebung bleiben soll.

Für die Festlegung von demokratischen Kontrollrechten in der Gemeinde spricht, dass damit eine gewisse Homogenität in allen Bundesländern erreicht werden kann. Eine bundesverfassungsrechtliche Verankerung solcher Rechte könnte auch in der Zukunft einen Rückbau demokratischer Kontrolleinrichtungen verhindern. Demgegenüber stehen allerdings eine Reihe von Argumenten, welche gegen die Aufnahme demokratischer Kontrollrechte im Gemeindebereich sprechen. Da ist zunächst das Argument zu nennen, dass eine Aufnahme solcher Bestimmungen aus heutiger Sicht nicht notwendig erscheint, da der einfachgesetzliche Bestand demokratischer Kontrollrechte in der Gemeinde ausreichend gesichert ist. Soweit ersichtlich, gibt es in keinem Bundesland ernsthafte Bestrebungen, die Kontrollbefugnisse des Gemeinderates zu beschränken. Dass der Gemeinderat immer weniger Einfluss auf die Geschäfte der Daseinsvorsorge in der Gemeinde hat, liegt nicht zuletzt daran, dass ein weitgehender Wandel vom Regieunternehmen hin zum ausgegliederten Unternehmen im Gemeindebereich zu beobachten ist. Hier verbietet schon die gesellschaftsrechtliche Konstruktion solcher Unternehmen einen weitgehenden Einfluss. Dieses durchaus problematische Defizit der demokratischen Kontrolle gegenüber ausgegliederten

Unternehmen kann aber auch nicht durch eine Aufnahme von solchen Rechten in die Bundesverfassung gelöst werden.

Ein weiterer Einwand bezieht sich auf den möglichen Vorwurf der Überfrachtung der Bundesverfassung. Will man das erklärte Ziel einer schlanken Verfassung erreichen, muss eben auf manche Regelungsinhalte verzichtet werden, mögen sie für die Gemeinden auch im Einzelfall nachvollziehbar sein. Es sollten nur solche Regelungen in die Bundesverfassung aufgenommen werden, welche entweder gesamtstaatliche Bedeutung haben oder solche, wo die Bestandsgarantie des Bundesverfassungsrechts besondere Wichtigkeit hat. Ob dies bei den demokratischen Kontrollen im Gemeindebereich der Fall ist, kann unserer Ansicht nach bezweifelt werden.

Ein weiteres Argument gegen eine bundesverfassungsrechtliche Verankerung solcher Kontrollrechte liegt schließlich in der mangelnden Flexibilität und in der Starrheit des Verfassungsrechts. Gerade im Demokratiebereich ist die Entwicklung eine besonders rasante. Regelt man die demokratischen Kontrollrechte der Gemeinden kasuistisch in der Bundesverfassung, so ist ihre Adaptierung, an neuere Entwicklungen entsprechend schwierig.

3. Da die Organisation und Funktion der Gemeinden in den Grundzügen bundesverfassungsrechtlich geregelt ist und auch bleiben soll, könnte die Aufnahme von Minimalanforderungen demokratischer Kontrolleinrichtungen das Bild der demokratischen Selbstverwaltung – etwa in Art 118 B-VG – in der Bundesverfassung abrunden, wobei allerdings nur solche Kontrollrechte in Frage kommen, die derzeit bereits durchgehend auf Länderebene demokratiepolitischer „Standard“ im Gemeindeorganisationsrecht sind und mit den unterschiedlichen wahl- und organisationsrechtlichen Strukturen gut vereinbar sind. Die nähere Ausgestaltung und die Aufnahme allfälliger zusätzlicher demokratischer Kontrolleinrichtungen soll jedoch in jedem Fall dem Landesgesetzgeber aber auch der Gemeinde im Rahmen ihrer Geschäftsordnungsautonomie überlassen bleiben.

4. Dem Landesgesetzgeber muss aufgrund der unterschiedlichen bestehenden Regelungen allerdings ein ausreichender Spielraum erhalten bleiben, um nicht die Funktion der Gemeindeorgane in deren Zusammenwirken zu gefährden.

In organisatorischer Hinsicht erscheint daher vor allem in Anbetracht zweier unterschiedlicher Systeme in Österreich die Beibehaltung eines weiten und flexiblen

Rahmens geboten, um den Ländern als Gemeindeorganisationsgesetzgebern zu ermöglichen, eine homogene Regelung der internen Wirkungsstruktur vor allem innerhalb der Gemeindeorgane selbst beizubehalten.

Ein gemeinsamer Standard auf Bundesebene darf nicht zu einer Überfrachtung der Bundesverfassung und ungewollten Systembrüchen in den Ländern führen sollte.

5. Eine andere Form der Kontrolle auch in den Gemeinden bilden die als Staatsbürgerrecht ausgestalteten Interpellations- und Fragerechte. Angesichts des erfreulichen Zustandes der Gemeindedemokratie in Österreich erscheint eine Regulierung von Partizipation und direkter Demokratie in der Bundesverfassung, die über ein Fragerecht hinausgeht, aber derzeit nicht erforderlich.

C. Umfang der Kontrolle der Gemeinden durch die Aufsichtsbehörden?

Die österreichische Verfassung räumt in Art. 116 Abs 1 B-VG den Gemeinden als Gebietskörperschaft die rechtliche Stellung als Selbstverwaltungskörper und gleichzeitig Verwaltungssprengel ein. Der Begriff der Selbstverwaltung der Gemeinden iS der Art 115 bis 120 B-VG umfasst als verfassungsgesetzliches Recht insbesondere den ihr zugeordneten Aufgabenbereich des eigenen Wirkungsbereiches in eigener Verantwortung und weisungsfrei von anderen staatlichen Behörden zu besorgen. Der eigene Wirkungsbereich der Gemeinden umfasst neben den in Art 118 Abs 3 Z 1 bis 11 B-VG demonstrativ aufgezählten Aufgaben auch alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer Grenzen besorgt zu werden (Subsidiaritätsprinzip, Art 118 Abs 2 B-VG).

Gleichzeitig ist die Gemeinde als Verwaltungssprengel verpflichtet, im Rahmen der ihr durch Bundes- oder Landesgesetzgebung in den übertragenen Wirkungsbereich zugewiesenen Aufgaben im Auftrag und nach Weisung des Bundes und des Landes an der staatlichen Vollziehung mitzuwirken. Das Aufsichtsrecht im allgemeinen ist ein besonderes Rechtsinstitut der staatlichen Verwaltung. Nicht zuletzt deshalb, da sich das Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG als wichtigster Grundsatz, den das B-VG für die öffentliche Verwaltung aufstellt, sich auf die gesamte öffentliche Verwaltung und damit auch auf die Gemeinden erstreckt.

Während die Gemeinden bei der Besorgung ihrer Aufgaben im übertragenen Wirkungsbereich der allgemeinen staatlichen Aufsicht durch Bund und Länder unterliegen, legt das B-VG für die Gemeindeaufsicht im eigenen Wirkungsbereich besondere verfassungsgesetzliche Grundsätze fest. Es entspricht dem Wesen der Selbstverwaltung, dass durch das staatliche Aufsichtsrecht die freie und unter eigener Verantwortung stehende Besorgung der Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches nicht einem allgemeinen staatlichen Leitungsrecht sondern einem beschränkten Kontrollrecht unterworfen ist.

Die derzeitige Gemeindeaufsicht iS des Art 119a B-VG bildet im Verhältnis zur Selbstverwaltung daher keinen Widerspruch sondern folgt vielmehr aus dem Organisationsprinzip der Selbstverwaltung.¹ Einerseits ist der Einfluss des Staates auf die Gemeindegelbstverwaltung auf die nach den Grundsätzen des Art 119a B-VG ausgestaltete und ausgeübte Aufsicht des Bundes und des Landes beschränkt, andererseits erfordert die Besorgung öffentlicher Aufgaben auch im Bereich der Selbstverwaltung die Übereinstimmung mit den „für die Gesamtverwaltung im Staate in letzter Reihe maßgebenden Zielen und Grundsätzen der staatlichen Verwaltung“². Die unmittelbare Konnexität zwischen Rechtsstaatlichkeit und Selbstverwaltung wird in den Erläuterungen zur B-VG Novelle 1962 deutlich zum Ausdruck gebracht: berufen sich die Gemeinden, unabhängig von ihrer Größe auf eine, im Rechtsstaat verfassungsrechtlich verwirklichte Selbstverwaltung, so müssen sie sich, auch aufgrund ihrer unmittelbaren Bürgernähe, umso mehr bedingungslos zum Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit der gesamten Verwaltung bekennen.

Der Wesensgehalt der Gemeindeaufsicht sollte daher grundsätzlich nicht angetastet werden und vor allem folgende Merkmale erhalten bleiben:

- ≠ Die Gemeindeaufsicht ist hoheitliche Verwaltungstätigkeit ausschließlich durch die mit der allgemeinen staatlichen Verwaltung betrauten Behörden, daher: keine Ausübung der Gemeindeaufsicht durch

¹ *Berchtold*, Gemeindeaufsicht, 5

² *ders*, Gemeindeaufsicht, zit *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechts (1921) 257

Sonderbehörden, Landesverwaltungsgerichte, Rechnungshof (ausg. Art 127a B-VG) etc.

- ⚡ Die Grundzüge der Gemeindeaufsicht müssen verfassungsgesetzlich vorgegeben sein, die Gesetzgebungskompetenz von Bund bzw. Ländern sollte auch weiterhin an die Vollziehungszuständigkeit anzuknüpfen.
- ⚡ Soweit verfassungsgesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, darf bei der Regelung und Ausübung der Gemeindeaufsicht nicht zwischen großen und kleinen Gemeinden differenziert werden.
- ⚡ Die Ausübung des Aufsichtsrechtes erfolgt im öffentlichen Interesse; in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches soll dem einzelnen weder ein ordentliches Rechtsmittel an Organe außerhalb der Gemeinde noch ein Rechtsanspruch auf Ausübung der Gemeindeaufsicht durch die Behörden der allgemeinen Verwaltung zustehen (ausg. Vorstellung).
- ⚡ Durch die Gemeindeaufsicht darf der Kern der gemeindlichen Selbstverwaltung, die eigenverantwortliche Besorgung der Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches nicht beschränkt werden.
- ⚡ Ein weiterer wesentlicher Grundsatz des aufsichtsbehördlichen Verfahrens ist die Achtung der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde (Art 118 Abs 4 B-VG) sowie die Verhältnismäßigkeit der Aufsichtsmittel (Art 119a Abs 7 zweiter Satz B-VG).
- ⚡ Im Vorstellungsverfahren soll (im außerordentlichen Rechtsmittelverfahren) die kassatorische Entscheidungsbefugnis der Aufsichtsbehörde erhalten werden (kein Instanzenzug im eigenen Wirkungsbereich an Landesverwaltungsgerichte, UVS etc).
- ⚡ Weiterhin verfassungsgesetzlich bestimmt bleiben muss nicht nur der Umfang, sondern auch das Ziel der Gemeindeaufsicht: die Ausübung hat dahingehend zu erfolgen, dass die Gemeinde bei der Besorgung des eigenen Wirkungsbereiches die Gesetze und Verordnungen nicht verletzt, insbesondere ihren Wirkungsbereich nicht überschreitet und die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllt (Art 119a Abs 1 B-VG). Für den Bereich der Gebarung der Gemeinde wird dem Land durch Art 119a Abs. 2 B-VG das Recht eingeräumt, auch im Hinblick auf die Aufsichtsziele der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit hin zu prüfen.

Für die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Aufsichtsmittel soll in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde aus dem Bereich der Bundesvollziehung der Bund, im übrigen das Land zuständig bleiben. Der Zielsetzung der Gemeindeaufsicht entsprechend lassen sich die Aufsichtsmittel in präventive und repressive Maßnahmen unterteilen:

- ⚡ das Informations- und Inspektionsrecht (Art 119a Abs 4 B-VG)
- ⚡ die Gebarungskontrolle (Art 119a Abs 2 B-VG)
- ⚡ die Rechtmäßigkeitskontrolle von Bescheiden im Rahmen des Vorstellungsverfahrens (Art 119a Abs 5 B-VG)
- ⚡ die Rechtmäßigkeitskontrolle von Verordnungen (Art 119a Abs 6 B-VG)
- ⚡ der Genehmigungsvorbehalt (Art 119a Abs 8 B-VG)
- ⚡ die Ersatzvornahme (Art 119a Abs 7 B-VG) sowie
- ⚡ die Auflösung der Gemeindevertretung (Art 119a Abs 7 B-VG).

Die Aufzählung der Aufsichtsmittel ist nach der geltenden Verfassungsrechtsslage lediglich demonstrativ. Der Bundes- und Landesgesetzgeber kann über Art 119a B-VG hinaus weitere Aufsichtsmittel vorsehen, soweit sie nicht über die Verwirklichung der durch Art 119a Abs 1 B-VG anerkannten Aufsichtsziele hinausgehen und mit den bundesverfassungsgesetzlichen Grundsätzen vereinbar sind. Im Hinblick auf generelle Bedeutung der Aufsichtsmittel für die Gemeinden und im Sinne einer höheren Transparenz sollten diese in einer neuen Bundesverfassung taxativ aufgezählt werden.

Änderungsbedarf besteht unseres Erachtens im Hinblick auch auf Art 119a Abs 6 B-VG der entweder gänzlich, oder jedenfalls hinsichtlich des zweiten Satzes ersatzlos entfallen könnte. Begründung: es handelt sich um eine zusätzliche (und im Hinblick auf die Verordnungskontrolle durch den VfGH überflüssige) Schicht der Rechtskontrolle, die – ordnungsgemäß vollzogen – (bspw. im Bereich der StVO) einen enormen Arbeitsaufwand bei der Aufsichtsbehörde verursacht. Der verwaltungsreformatorische Effekt wäre beachtlich, ein Rechtsschutzverlust nicht gegeben. Letztlich werden auch immer wieder kommunale Verordnungen vom VfGH aufgehoben, die offensichtlich der Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Gemeindeaufsicht standgehalten haben. Soweit die Notwendigkeit eines

Genehmigungsvorbehalten besteht (bspw. Flächenwidmungspläne), bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, einen solchen im Rahmen des Art 119a Abs 8 B-VG gesetzlich vorzusehen.

Zur Rechnungshofkontrolle

1. Nach der derzeitigen Verfassungsrechtslage unterliegen Gemeinden mit einer Einwohnerzahl über 20.000 der Prüfung durch den Rechnungshof. Der Rechnungshof prüft auch wirtschaftliche Unternehmen solcher Gemeinden. Gemeinden unter 20.000 Einwohner und wirtschaftliche Unternehmen solcher Gemeinden werden nur auf begründeten Antrag der Landesregierung vom Rechnungshof überprüft.

2. Aus der Sicht der Gemeinden ist eine Ausdehnung der allgemeinen Rechnungshofkontrolle (ohne begründetes Ersuchen) auch auf Gemeinden unter 20.000 Einwohner entbehrlich. Die Gebarungskontrolle durch das Land als Instrument der Gemeindeaufsicht hat sich in der Vergangenheit als ausreichend erwiesen. Auch existierten innerhalb der Gemeinde zahlreiche finanzielle Kontrollmechanismen, welche die Rechtmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung sichern helfen. Was den Bereich der wirtschaftlichen Unternehmungen, einschließlich der ausgegliederten Unternehmen, betrifft, so stellt sich hier von vorneherein das Problem, dass der Rechnungshof unter dem Titel „Zweckmäßigkeit“ und „Wirtschaftlichkeit“ letztlich unternehmerische Entscheidungen beurteilt. Hier kann es mitunter zu Meinungsverschiedenheiten über unternehmerische Gestionen kommen, die nicht ohne weiteres mit richtig oder falsch qualifiziert werden können. Bei einer Ausdehnung der Prüfungscompetenz auf Mittel- und Kleingemeinden würde dies zu einem beinahe unerträglichen Hineinregieren in die wirtschaftliche Autonomie der Gemeindegewirtschaft bedeuten. Schließlich ist auch nicht zu erwarten, dass der Rechnungshof die große Zahl an Gemeinden lückenlos prüfen kann. Solche Prüfungen wären allenfalls punktuell und stichprobenartig möglich, was aber dann auch nicht Sinn einer solchen Regelung sein kann.

Aus der Sicht der Gemeinden sollen die Bestimmungen über die Rechnungshofkontrolle über die Kommunen in ihrer derzeitigen Form erhalten bleiben.

Allerdings sollte die derzeitige Rechnungshofkontrolle für Gemeindeverbände (Art 121 Abs 1, 127a Abs. 8 B-VG) durch den Rechnungshof entfallen: auf Grund dieser Bestimmung (iVm Art 119a Abs 2 und 10 B-VG) obliegt die Überprüfung der Gemeindeverbände (unabhängig von ihrer Größe) zusätzlich zur Gebarungsprüfung durch die Aufsichtsbehörde auch der Kontrolle durch den Rechnungshof. Die zusätzliche Rechnungshofkontrolle erscheint verzichtbar und wäre deren Entfall ebenfalls mit einem beträchtlichen verwaltungsreformatoren Effekt verbunden.

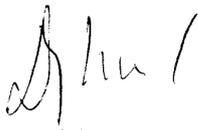
3. Wissenschaftlich umstritten ist die Frage, ob Landesrechnungshöfe die Gebarungskontrolle über Gemeinden zugewiesen bekommen können. Aus der Sicht der Gemeinden muss dieser Streit nicht durch eine eindeutige bundesverfassungsrechtliche Regelung entschieden werden. Hier ist auf das Problem zu verweisen, dass im Falle einer klaren Ermächtigung des

Bundesverfassungsgesetzgebers an die Länder, ihre Rechnungshofkontrolle auf die Gemeinden auszudehnen, zwei Landesorgane (Landesregierung und Landesrechnungshof) Prüfungskompetenzen hätten und divergierende Ansichten beider Kontrollorgane äußerst schädlich für die Rechtssicherheit in der Gemeinde sind. Solche Doppelgleisigkeiten sind nicht nur ökonomisch problematisch, sie sind auch geeignet, zwischen dem im Gemeinderat vertretenen Parteien, insbesondere zwischen „Regierung“ und Opposition Konflikte hervorzurufen, die das politische Klima durchaus vergiften können.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Österreichischen Gemeindebund:

Der Generalsekretär:



wHR.Dr. Robert Hink

Der Präsident:



Bgm. Helmut Mödlhammer

Ergeht zur Kenntnis:

An den Österreichischen Städtebund