

Die Verwaltung im Rechtsstaat

44. Kapitel. Verwaltung und Verwaltungsrecht

I. Verwaltung in Staat und Gesellschaft

Die Fragen der Positionsbestimmung und Abgrenzung der **Verwaltung als Staatsfunktion** in der Umwelt von Gesetzgebung (Legislative) und Gerichtsbarkeit (Justiz) sind bereits im 26. Kapitel („Die Verwaltung als Staatsfunktion“) erörtert worden. Im Folgenden geht es darum, staatliche Verwaltung in ihrem Verhältnis zu nichtstaatlicher (gesellschaftlicher) Aufgabenbesorgung darzustellen. Dazu bedarf es einer Definition, mit deren Hilfe die beiden Bereiche identifiziert, voneinander abgegrenzt und miteinander in Beziehung gesetzt werden können. Die Klassifikation setzt eine strikte, dh trennscharfe und unveränderliche Unterscheidbarkeit von **Staat und Gesellschaft** voraus. Diese ist jedoch nicht gegeben. Der Staat ist die (umfassendste) politische Organisation der Gesellschaft. Beide sind Welten kommunikativer Beziehungen, die einander in sich ständig ändernden Konstellationen wechselseitig bedingen und gegenseitig durchdringen. Sie können nicht definiert, sondern nur exemplifiziert und in ihren typischen Zielen, Organisationen, Funktionen und Handlungsformen jeweils für sich und in ihren Wechselwirkungen (Interaktionen) beschrieben werden. 44.001

Dies sei an **Beispielen** erläutert. Es bereitet keine Schwierigkeiten, die Überwachung öffentlicher Orte, zB von Verkehrsanlagen, durch Organe der Sicherheitsbehörden dem Bereich staatlicher Verwaltung zuzuordnen. Ebenso ist klar, dass die Überwachung etwa eines Einkaufszentrums durch Organe des Betreibers eine zwar ähnliche, jedoch nicht dem Staat, sondern der Gesellschaft zuzurechnende Tätigkeit ist. Gleiches gilt für die Überwachung einer Verkehrseinrichtung durch deren privaten Betreiber (Beispiel: Seilbahn). In Fällen wie diesen lassen sich eindeutige und ausschließliche Zuordnungen treffen.

Anders verhält es sich, wenn zB die öffentliche Verkehrseinrichtung von einer Gemeinde betrieben und von ihr mit eigenen Organen überwacht wird. Es handelt sich um nichthoheitliche Verwaltung der Gebietskörperschaft Gemeinde. Wird die Einrichtung von einer gemeindeeigenen Gesell-

schaft in privatrechtlicher Rechtsform (AG, GmbH) betrieben und überwacht oder beauftragt die Gemeinde einen privaten Rechtsträger mit der Überwachung, so wird die Erfüllung dieser Aufgaben rechtlich nicht der Gemeinde, sondern der juristischen Person privaten Rechts zugerechnet. Staatsrechtlich gesehen liegt keine Verwaltungstätigkeit, sondern ein Handeln außerhalb staatlicher Funktionen vor.

Erwähnt sei auch die Möglichkeit einer behördlichen Betrauung von Organen des Betreibers einer Eisenbahn (dazu gehören auch Straßen- und U-Bahnen) mit hoheitlichen Überwachungs- und Eingriffsbefugnissen, die bis zur Festnahme reichen (§ 30 EisenbahnG 1957). Es handelt sich um einen Fall von **Beleihung**. Die Ausübung dieser Funktionen ist, auch wenn sie durch Organe Privater erfolgt, als hoheitliche Verwaltung zu qualifizieren.

44.002 Das Staatsrecht bietet mehrere Ansätze für die Bildung eines **juristischen Verwaltungsbegriffes**. Als verfassungsrechtlich definierte Staatsfunktion kann die Verwaltung unter Ausklammerung der Gerichtsbarkeit mit der Vollziehung der Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden) und der Gemeindeverbände durch deren Organe identifiziert werden. Dieser Verwaltungsbegriff umfasst hoheitliche und nicht hoheitliche Tätigkeiten durch Organe eines der genannten Rechtsträger, also auch Erscheinungsformen mittelbarer Vollziehung wie die mittelbare Bundesverwaltung oder die Verwaltung im übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden oder Gemeindeverbände.

Der auf die staatliche Vollziehung zugeschnittene Verwaltungsbegriff entspricht in großen Zügen den Verhältnissen des **Ordnungsstaates** im 19. Jahrhundert mit seiner in rechtlicher und politischer Hinsicht gut abgegrenzten Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft. Dieser Verwaltungsbegriff ist zwar relativ präzise, aber – bezogen auf die aktuelle Realität der Verwaltung – zu wenig differenziert. Fragen der wissenschaftlichen Begriffsbildung sind keine Wahrheitsfragen, sondern Fragen der Zweckmäßigkeit. Von daher gesehen erschiene es wenig zweckmäßig, mit einem Verwaltungsbegriff zu operieren, der zwar in abstracto ein hohes Maß an klassifikatorischer Leistungsfähigkeit aufweist, dessen typologisch nutzbarer Realitätsbezug aber zu wünschen übrig ließe.

Seit dem 19. Jahrhundert hat sich die staatliche Verwaltung sowohl hinsichtlich der Institutionen als auch der Tätigkeiten und Handlungsformen tief greifend und nachhaltig verändert. Die **Trennschärfe und Ausschließlichkeit** im Verhältnis des Staates und seiner Verwaltung einerseits und der Gesellschaft andererseits sind verloren gegangen. Sowohl beim Staat als auch in der Gesellschaft haben sich vielerlei Arten von Organisationen und Funktionen entwickelt, die in mannigfaltiger Weise variiert und kombiniert wurden. Die Grenzen sind nicht mehr durchgehend kenntlich, sondern streckenweise ineinandergehend „zerronnen“.

Nach wie vor gibt es die überkommenen Muster typischer **hoheitlich-ordnungsstaatlicher Vollziehung durch eigene Organe**, wie sie bis heute zB und vor allem in der Polizeiverwaltung oder der Finanzverwaltung zu beobachten sind. So wichtig der daran orientierte Verwaltungsbegriff für das Verständnis der Entwicklung der Staatsfunktion Verwaltung und deren Verhältnis zu gesellschaftlichen Komplementär- und Analogfunktionen ist, so wenig ist dieser Begriff unter den gegebenen Verhältnissen als Beschreibungs- und Suchbegriff geeignet, staatliche, gesellschaftliche und öffentliche Verwaltung in angemessener Weise zu erfassen. **Öffentliche Verwaltung** der Gegenwart umfasst weit mehr als staatliche Vollziehung durch staatliche Organe außerhalb der Gerichtsbarkeit.

Schon im **19. Jahrhundert** haben sich an den Schnittstellen von staatlicher und gesellschaftlicher Verwaltung funktionelle Verschränkungen und Kombinationen aus beiden Bereichen gebildet. So wurden zB die meisten der zunächst privaten, behördlich konzessionierten Eisenbahnen vom Staat übernommen, um sie vor dem drohenden wirtschaftlichen Untergang zu retten. Mit der im 19. Jahrhundert einsetzenden Sozialgesetzgebung beginnt der Wandel des Staates vom Ordnungsstaat zum Sozialstaat (44. Kap II.C.).

Der Prozess der **Differenzierung und des Entstehens neuer Arrangements an Aufgaben, Institutionen und Verfahrensweisen** geht in ungebrochener Dynamik weiter. Er erfährt zusätzliche Impulse aus Transaktionen im Verhältnis zwischen dem Staat und der internationalen Gemeinschaft, namentlich der **Europäischen Union** und deren Mitgliedstaaten. Verwaltung und Verwaltungsrecht in den Mitgliedstaaten bestehen aus dem **Verbund** der Verwaltungen und der Verwaltungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Die Union verfügt über eine hoch entwickelte Legislative und Gerichtsbarkeit. Ihre Verwaltungsfunktionen, die von der Kommission und durch Sonderbehörden wahrgenommen werden, sind demgegenüber schwächer entwickelt. In der Verwaltung ist die Union überwiegend auf eine **Organ- und Funktionsleihe** der Verwaltungen und des Verwaltungsrechts der Mitgliedstaaten angewiesen.

II. Entwicklung der Staatsaufgaben, der Verwaltung und des Verwaltungsrechts seit der Zeit des Absolutismus

A. Absolutismus (älterer Wohlfahrtsstaat und Polizeistaat)

In Österreich hat das politische Herrschaftssystem des monarchischen Absolutismus bis zur zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bestanden. Der

44.003

Monarch war Träger der obersten Herrschaftsgewalt im Staat. Während der ältere Absolutismus vor allem den Machtinteressen des Staates als politischem Herrschaftsverband, repräsentiert durch die Krone, verpflichtet war, wurde die Ausübung der Regierungsgewalt in der Ära des **aufgeklärten Absolutismus** in den Dienst der Förderung der Wohlfahrt der Bürger gestellt. Der Monarch verstand sich als oberster Diener des Staates, zu dessen wesentlichen Aufgaben die Vorsorge für das materielle und ideelle (geistige und sittliche) Wohlergehen seiner Untertanen gehörte. Diese Tendenzen, die bereits unter Maria Theresia (1740–1780) sichtbar wurden, erreichten ihren Höhepunkt unter ihrem Sohn und Nachfolger Joseph II. (1780–1790, Mitregentschaft seit 1765). Der Begriff des „Josephinismus“ gilt seither geradezu als Synonym für Regierungssysteme des aufgeklärten Absolutismus.

Die **Ausübung der Staatsgewalt** blieb trotz ihrer Wohlfahrt fördernden Ziele **absolutistisch und autoritär**. Die Machtfülle des Monarchen war weder durch demokratische Institutionen noch durch ein ausgebildetes System der Gewaltentrennung beschränkt. Der Einzelne hatte dem Staat gegenüber die Stellung eines Untertanen. Dem imperiell handelnden Staat und seiner Verwaltung gegenüber konnte er sich nicht auf subjektive Rechte berufen, sondern hatte sich als „**Gewaltunterworfenener**“ dem zu fügen, was die staatliche Obrigkeit für ihn bestimmte.

Entsprechend seinem Selbstverständnis als **Wohlfahrtsverband** und seinem absolutistisch-autoritären Herrschaftsanspruch nahm der Staat das Recht in Anspruch, mit seinen Tätigkeiten in alle Lebensbereiche der Untertanen einzugreifen (totalitäre Komponente) und seine Ziele nötigenfalls auch gegen deren Willen durchzusetzen. Sein besonderes Augenmerk galt der Wirtschaft, dem Bildungs- und dem Gesundheitswesen. Als Mittel wurden sowohl **Reglementierung und Zwang** als auch **Förderungsmaßnahmen** und zum Teil auch schon **staatliche Unternehmenstätigkeiten** eingesetzt.

44.004 Die **Verwaltung** und das **Verwaltungsrecht** in deren damaligem Zustand waren Instrumente und Spiegelbilder der autoritären und wohlfahrtsstaatlichen Herrschaftsordnung. Armee und Verwaltung gehörten zu den tragenden Stützen der Regierungsgewalt des Monarchen. Sie waren ihm unterstellt und nur ihm gegenüber verantwortlich. In diese Zeit fällt auch der **Aufschwung des Berufsbeamtentums** im Bereich der zentralen Verwaltung. Zahlreiche andere Einrichtungen des Verwaltungssystems haben ebenfalls ihre Wurzeln in den Verwaltungsreformen unter Maria Theresia.

Die **Aufgaben der Verwaltung** im älteren Wohlfahrtsstaat waren weitreichend und tendenziell expansiv: Sie umfassten eingreifende und leistende Aktivitäten und die Führung von Unternehmen und unternehmensähnli-

chen Einrichtungen, wie Anstalten und Fonds. Entsprechend groß war auch die Bedeutung der Finanzverwaltung, die für die Aufbringung der Mittel der kostspieligen Aktivitäten des Staates zu sorgen hatte.

Der Staat und seine Verwaltung traten dem Einzelnen gegenüber in zweifacher Funktion in Erscheinung: einerseits als Träger von hoheitlicher (obrigkeitlicher) Gewalt (**iure imperii**) und andererseits als Träger von Privat-rechten (**iure gestionis, Staat als Fiskus**). Als Hoheitsträger gestaltete der Staat die Lebensverhältnisse seiner Untertanen durch einseitige Anordnungen und durch Zwang. Als Rechtstitel für dieses Vorgehen diente ihm ua die Berufung auf die **Polizeigewalt** (ius politiae) des Landesherrn (53. Kap I.). Diese staatsrechtliche Zweckkonstruktion bot eine juristische Grundlage sowohl für eingreifende und beschränkende als auch für leistende und vorsorgende Maßnahmen der Verwaltung im Interesse der Herstellung und Bewahrung der „guten Ordnung“ des Gemeinwesens. Ihre Funktion blieb im Kern eine das politische System stabilisierende.

Das Vorgehen der obrigkeitlichen Verwaltung war seinem Wesen nach **autoritär**. Es gab keine demokratische Mitsprache oder Kontrolle der staatlichen Verwaltung seitens der Untertanen. In der Spätzeit des Absolutismus, in die etwa das Allgemeine Preußische Landrecht (1794) oder das ABGB (1811) fielen, setzten Entwicklungen in die Richtung einer Bindung der Verwaltung an allgemein kundgemachte Gesetze ein. Diese waren allerdings nicht demokratisch erzeugt. Eine gesetzesförmliche, umfassend kodifizierte **Verwaltungsrechtsordnung** war zu dieser Zeit nicht vorhanden. Richtschnur für das Verwaltungshandeln war der Wille des Herrschers und seiner Beauftragten. Die „von oben nach unten“ ergehenden Regelungen manifestierten sich größtenteils in **internen Erlässen und Dienstanweisungen** an untergeordnete Stellen und Organe. Diese Vorschriften waren den davon betroffenen Bürgern nicht oder nur unzureichend zugänglich (weitgehend fehlende Publizität) und konnten überdies durch entgegenstehende Anweisungen auch für den Einzelfall außer Kraft gesetzt werden. Von Transparenz des Systems konnte keine Rede sein.

Dem rechts- und gewaltunterworfenen Untertanen standen gegenüber der obrigkeitlichen Verwaltung keine prozessförmlichen Verfahren zur Durchsetzung seiner Ansprüche zur Verfügung. Es gab weder ein förmliches, auf Parteirechten beruhendes **Verwaltungsverfahren** noch die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegenüber Verwaltungsentscheidungen in Form einer gerichtlichen Kontrolle (**Verwaltungsgerichtsbarkeit**). Wo aber der Staat **als Fiskus** am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnahm, konnte er vom Einzelnen bei Gericht geklagt und auch einer Zwangsvollstreckung unterworfen werden. Hier entwickelten sich bescheidene Ansätze eines Rechtsschutzes gegenüber der Staatsgewalt, indem gewisse Eingriffe (zB im Bereich von Enteig-

nungen) der Fiskalverwaltung zugerechnet und damit einer Streitaustragung bei Gericht zugänglich gemacht wurden.

- 44.005** In der **ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts** sah sich das absolutistische Herrschaftssystem durch das Vordringen von liberalen und demokratischen Freiheitsforderungen bedroht. Die im aufgeklärten Absolutismus kultivierten Wohlfahrtsfunktionen des Staates traten gegenüber der Erhaltung der bestehenden Herrschaftsordnung in den Hintergrund. Dazu wurden vorwiegend polizeiliche Zwangsmittel zum Einsatz gebracht (Metternich'sches System, **Polizeistaat des „Vormärz“**, 6. Kap I.).

B. Liberaler Rechtsstaat

- 44.006** Der anfangs hauptsächlich vom Bürgertum getragene Kampf um die Befreiung von absolutistischer Bevormundung und grundherrschaftlicher Abhängigkeit erreichte einen ersten, wenn auch vorerst nicht bleibenden Erfolg in der Märzrevolution des Jahres 1848 (6. Kap I.). Darauf folgte eine kurze restaurative Ära des Absolutismus (Neoabsolutismus) in der Zeit von 1849 bis zum Beginn der 1860er Jahre. Mit der **Dezemberverfassung 1867** erfolgte die endgültige Umwandlung der absoluten in eine konstitutionelle Monarchie und damit die Ablösung des monarchischen Absolutismus durch das System des liberalen Rechtsstaates. Damit verbunden war auch das Vordringen demokratischer Ideen.

Die politischen Forderungen des **Liberalismus** richteten sich sowohl gegen die Machtfülle des Monarchen im absolutistischen System als auch gegen die expansiven und bevormundenden Tätigkeiten des älteren Wohlfahrtsstaates. Die Macht des Monarchen und seiner Verwaltung sollte durch rechtsstaatliche Einrichtungen zurückgedrängt und beschränkt werden (liberaler Konstitutionalismus). Weiters sollte der Staat auf Wohlfahrtsvorsorge und auf die damit verbundenen Interventionen in das freie Spiel der Kräfte verzichten und sich stattdessen mit der Wahrung von Sicherheit und Ordnung nach innen und außen begnügen (Modell des Ordnungsstaates, Wirtschaftsliberalismus). *Ferdinand Lassalle* hat dafür die bekannte Bezeichnung „Nachtwächterstaat“ geprägt.

Das **rechtsstaatliche Programm** des Liberalismus forderte insbesondere die Schaffung einer geschriebenen Verfassung, die Einführung einer gesetzesförmlichen Verwaltungsrechtsordnung und die Bindung des obrigkeitlichen Verwaltungshandelns an das Gesetz (**Legalitätsprinzip**) vor. Weitere Postulate bezogen sich auf grundrechtliche (verfassungsrechtlich zu garantierende) Freiheitsräume sowie auf den **Rechtsschutz** für den Einzelnen, insbesondere in Form von verfahrensrechtlichen Instrumenten: Durch ein **förmliches Verwaltungsverfahren** und die Möglichkeit einer gerichtlichen

Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen (**Verwaltungsgerichtsbarkeit**) sollten dem Einzelnen gegenüber der obrigkeitlichen Verwaltung subjektive Rechte gewährt und damit dessen bisheriger Status als Gewaltunterwerfener und Objekt der Herrschaftsausübung durch eine Position als Bürger und Subjekt verfolgbarer Rechtsansprüche abgelöst werden.

Zu den Forderungen des Liberalismus gehörte auch das **Postulat der Gewaltentrennung**, sowohl im Verhältnis zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung als auch im Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Vollziehung. Die **gesetzgebende Gewalt** sollte zwischen dem Monarchen und einem Parlament geteilt werden. In der historischen Entwicklung ergab sich daraus eine eigenartige und ambivalente Verbindung zwischen liberalen und demokratischen Tendenzen: Der Liberalismus wurde zum Träger und Förderer demokratischer Einrichtungen, obwohl dies nicht unbedingt zu seinen Anliegen gehörte und zum Teil sogar im Widerspruch zu seinen programmatischen Vorstellungen stand.

Aus der Sicht des **historischen Materialismus** (*Karl Marx*) erscheint der Liberalismus als typischer Ausdruck von Klasseninteressen im aufstrebenden industriellen Kapitalismus: Die Produktionsverhältnisse des Industriezeitalters gerieten zunehmend in Konflikt mit der Bevormundung und den Beschränkungen der Wirtschaft in der Ära des Absolutismus. Die Forderung nach Wirtschaftsfreiheit (Prinzip des „laissez-faire“, Minimierung der Staatstätigkeiten) entsprach den Kapitalverwertungsinteressen des Industriebürgertums. Die Zurückdrängung und „Zähmung“ der Staatsgewalt durch rechtsstaatliche Institutionen kann als Absicherung dieser wirtschaftlichen Interessen gedeutet werden.

Unter dem Einfluss des Liberalismus haben sich die **Staatsaufgaben** in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zunächst restriktiv in die Richtung des Ordnungsstaates entwickelt. In reiner Form hat es den **Ordnungsstaat** mit dessen (polizeilicher) Ordnungsverwaltung allerdings nicht einmal während der (kurzen) Hochblüte des Liberalismus in den Jahren nach 1867 gegeben. Weitgehend verwirklicht wurden hingegen die **rechtsstaatlichen Anliegen** des Liberalismus. Die Gewaltentrennung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit sind bereits in der Dezemberverfassung 1867 verankert worden. In zunehmendem Maße entwickelte sich seither eine auf Gesetz gegründete Verwaltungsrechtsordnung. Im Bereich des Verwaltungsverfahrens haben sich die Grundsätze des Rechtsstaates schrittweise durchgesetzt, zunächst in Form von zersplitterten und lückenhaften Einzelregelungen, die durch Richterrecht ergänzt wurden. Eine umfassende Kodifikation erfolgte dann im Jahre 1925 mit der Erlassung der Verwaltungsverfahrensgesetze.

Das Vordringen rechtsstaatlicher Einrichtungen im Bereich der obrigkeitlichen Verwaltung ist nicht auf einmal erfolgt, sondern Schritt für Schritt