

6.6.2. Die Gemeinde

Lit: Eberhard, Gemeinderecht, in: Pürgy (Hg), Das Recht der Länder, Bd I (2012) 593; Klug/Oberndorfer/Wolny, Das österreichische Gemeinderecht (Loseblattausgabe, 2008 ff); Neuhofer, Gemeinderecht² (1998); Neuhofer, Freiräume und Bedrohungen der Gemeindegeldverwaltung in Österreich, FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012) 29; Raschauer/Wessely, Probleme und Zukunft der Gemeindeautonomie, FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012) 3; Steininger, Gemeinden, in: Dachs et al (Hg), Politik in Österreich (2006) 990

6.6.2.1. Die Gemeinde als Gebietskörperschaft

Zuvor (VII.) wurde deutlich, dass in Österreich trotz der prinzipiellen rechtlichen Parität von Bund und Ländern faktisch der Bund ein erhebliches Übergewicht besitzt und die Rechtsstellung und Kompetenzen der Länder, verglichen mit anderen Bundesstaaten, eher bescheiden sind (siehe insbes die Stellung der Länder in der Finanzverfassung, siehe Rz 261). Demgegenüber besitzt eine dritte Ebene – die **Gemeinden** – eine vergleichsweise starke Position. Während im klassischen Bundesstaatsmodell die Gemeinden als Untergliederung der Länder gelten und ihre Rechtsstellung durch die Landesverfassung geregelt wird, normiert das B-VG die Rechtsstellung der Gemeinde in sehr intensiver Weise und überlässt lediglich die Ausführung der Details der Landes(verfassungs)gesetzgebung. Die Gemeinde wird dadurch gegenüber den Ländern stark aufgewertet und bildet gewissermaßen die **dritte Ebene des Bundesstaates**. 552

Trotz dieser Annäherung der Rechtsstellung von Ländern und Gemeinden dürfen allerdings wesentliche rechtliche Unterschiede zwischen diesen beiden Typen von Gebietskörperschaften nicht übersehen werden:

- a. Die Gemeinden haben keinen Anteil an der gesetzgebenden Gewalt (diese wird von Bund und Ländern ausgeübt) und der Gerichtsbarkeit (die ausschließlich dem Bund vorbehalten ist). Sie sind **lediglich Träger der Verwaltung**. Relativiert wird dieser Unterschied allerdings durch das selbständige Ordnungsrecht der Gemeinden in ortspolizeilichen Angelegenheiten (Art 118 Abs 6 B-VG, siehe Rz 558), das der Gemeinde ein Gesetzgebungsrecht zwar nicht im formellen, aber im materiellen Sinn gibt. Im Übrigen gilt aber für die Gemeinde als Verwaltungsträger streng der **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** (siehe Rz 580 ff).
- b. Im Bereich der Hoheitsverwaltung besitzt die Gemeinde keine ursprünglichen, sondern lediglich **vom Bund oder Land abgeleitete Aufgaben**: Alle, auch die in den „eigenen Wirkungsbereich“ fallenden Aufgaben der Gemeinde sind entweder dem Vollzugsbereich des Bundes oder jenem der Länder iSd Art 10 bis 15 B-VG zuzuordnen. Nach dieser Zuordnung bestimmt sich die Zuständigkeit des Bundes oder des Landes zur Aufsicht über die Gemeinde.

Die Gemeinde ist somit vollständig in den „Staat“ integriert. Sie ist eine qualifizierte Form **dezentralisierter staatlicher Verwaltung**. Die ältere Vorstellung, 553

dass die Gemeinde die Rechtsform einer natürlichen, vom Staat unabgeleiteten Gemeinschaft sei und als solche ursprüngliche, nicht vom Staat her abgeleitete Rechte besitze, ist im österreichischen Verfassungsrecht fast vollständig eliminiert.

6.6.2.2. Die Gemeinde als Selbstverwaltungskörper

Lit: *Rath-Kathrein*, Wahlen in der österreichischen Selbstverwaltung, in: Gamper (Hg), Entwicklungen des Wahlrechts am europäischen Fallbeispiel (2010) 453

554 Ist somit die Gemeinde als Gebietskörperschaft Bund und Ländern nicht völlig gleichwertig, so unterscheidet sie sich auch wiederum wesentlich von einer bloßen Verwaltungseinheit (Amt, Behörde). Sie besitzt:

- **Rechtspersönlichkeit**
- mit dem Recht auf **Selbstverwaltung**.

555 Als ein Träger der Selbstverwaltung besitzt die Gemeinde einen **eigenen Wirkungsbereich**, in dem

- sie **weisungsfrei** ist,
- ein **Instanzenzug** (dh ein ordentliches Rechtsmittel gegen ihre Bescheide) an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde **ausgeschlossen** ist (Art 118 Abs 4 B-VG).

Auch für den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gilt aber der **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** (siehe Rz 596 f).

556 Die Gemeinde hat ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes **subjektives Recht auf Selbstverwaltung**. Dieses wird verletzt, wenn der Gemeinde eine die Kriterien des eigenen Wirkungsbereiches erfüllende Aufgabe vorenthalten oder entzogen und diese einer staatlichen Behörde übertragen oder dem übertragenen Wirkungsbereich zugewiesen wird. Die Gemeinde kann gegen solche Gesetze oder Verordnungen mit einem Individualantrag (siehe Rz 1019 ff) vorgehen. Bescheide, die in das Selbstverwaltungsrecht eingreifen, können von der Gemeinde (nach Erschöpfung des Instanzenzuges) vor dem VfGH und dem VwGH bekämpft werden. Weisungen seitens staatlicher Behörden sind absolut nichtig (vgl dazu *Grof*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht, in: Machacek/Pahr/Stadler, Bd II, 47). Diese Rechtsposition der Gemeinde umfasst aber **nicht auch das Recht auf eine bestimmte inhaltliche Gestaltung der die Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches regelnden Rechtsvorschriften** (daher: kein Eingriff in das Recht auf Selbstverwaltung durch eine [Neu-]Gestaltung steuerrechtlicher Regelungen betreffend eine Gemeindeabgabe zu Lasten des Gemeindehaushalts: VfSlg 14.073/1995).

Eine Bestimmung, wonach ein Antrag auf eine naturschutzrechtliche Bewilligung eines Bauvorhabens von der Bezirksverwaltungsbehörde abzuweisen ist, wenn er dem Flächenwidmungsplan widerspricht, verletzt das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde, weil damit die Naturschutzbehörde eine ausschließlich raumplanerische Frage zu entscheiden hat (VfSlg 14.940/1997); siehe aber auch VfSlg 15.232/1998: keine Bedenken gegen eine Regelung, gemäß der die Konformität mit dem Flächenwidmungsplan nur ein zusätzliches Erfordernis zu den genuin naturschutzrechtlichen Voraussetzungen ist.

Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Selbstverwaltung wird etwa dann verletzt, wenn die Aufsichtsbehörde einen Bescheid erlässt oder inhaltlich abändert, für den die Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zuständig ist (VfSlg 16.822/2003).

6.6.2.3. Der eigene Wirkungsbereich

Das B-VG umschreibt den eigenen Wirkungsbereich mit einer Generalklausel **557** (Art 118 Abs 2 B-VG). Dieser umfasst alle Angelegenheiten, die

- im ausschließlichen oder überwiegenden **Interesse** der örtlichen Gemeinschaft gelegen **und**
- **geeignet** sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer Grenzen besorgt zu werden.

Man kann diese Bestimmung als eine positivierte Formulierung des Subsidiaritätsprinzips verstehen, gemäß dem größere Einheiten nur jene Aufgaben besorgen sollen, die nicht schon von kleineren Einheiten erfüllt werden können. (Zu diesem Prinzip allgemein aus verfassungsrechtlicher Sicht *Wiederin*, Der österreichische Bundesstaat und das Subsidiaritätsprinzip, in: Graf/Breiner [Hg], Projekt Österreich – In welcher Verfassung ist die Republik? [2005] 62.)

Art 118 Abs 3 B-VG zählt einige Angelegenheiten auf, die jedenfalls zum eigenen Wirkungsbereich gehören. Dazu gehört etwa das Recht der Gemeinde, ihre Organe selbst zu bestellen (Art 118 Abs 3 Z 1 B-VG), das ein wesentliches Merkmal der Selbstverwaltung bildet. Dieser Katalog ist aber nur **demonstrativ**, und im Übrigen sind die meisten Tatbestände eher vage. Das B-VG bestimmt daher, dass – anders als bei der nichtterritorialen Selbstverwaltung (Rz 569a ff) – die einfache Gesetzgebung bei Regelung einer Materie („Materiengesetzgeber“) **genau zu bezeichnen hat**, welche Agenden von der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich zu besorgen sind. Erst aus diesen einfachgesetzlichen Regelungen ergibt sich konkret der Umfang des eigenen Wirkungsbereiches. Was beispielsweise „örtliche Straßenpolizei“ (Art 118 Abs 3 Z 4 B-VG) ist, normiert konkret § 94d StVO. Der VfGH prüft solche Gesetze darauf hin, ob sie den eigenen Wirkungsbereich nach den Kriterien des Art 118 Abs 2 B-VG (Interesse und Eignung) „richtig“ abgrenzen. Verfassungswidrig ist daher die Unterlassung der Bezeichnung einer Angelegenheit, auf die die Kriterien des Art 118 Abs 2 B-VG zutreffen (VfSlg 11.653/1988, 17.559/2005), ebenso wie die Bezeichnung einer Angelegenheit, die diesen Kriterien nicht entspricht (VfSlg 13.568/1993).

Die Durchführung von Strafverfahren gehört nie zum eigenen Wirkungsbereich, weil eine ordnungsgemäße Strafrechtspflege von überörtlichem Interesse ist (VfSlg 7965/1976). Gleiches gilt für die Verwaltungsvollstreckung (VwSlg 7368 A/1968) und die Durchführung von Enteignungen und Grundeinlösungen (VfSlg 5807/1968).

In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches hat die Gemeinde das **Recht, ortspolizeiliche Verordnungen** zur Abwehr unmittelbar bevorstehender oder zur Beseitigung bereits bestehender Missstände, die das örtliche Gemeinschaftsleben stören, zu erlassen (vgl dazu Art 118 Abs 6 B-VG). Es handelt sich da- **558**

bei um ein selbständiges (gesetzesergänzendes) Verordnungsrecht (siehe Rz 597). Eine solche Verordnung darf aber nicht bestehende Gesetze oder Verordnungen des Bundes oder Landes abändern. Wird ein gegebener Missstand von einer bestehenden gesetzlichen Regelung bereits erfasst, kann eine solche Verordnung nur erlassen werden, wenn ein spezifischer örtlicher Missstand vorliegt. Der VfGH verlangt dafür eine eingehende Begründung (siehe VfSlg 18.305/2007 zu einem – unzulässigen – Bettelverbot; VfSlg 19.207/2010 zu einer Sportfischereiverordnung).

Beispiele: Anordnungen über die Haustorsperre und Stiegenhausbeleuchtung; Skipistenvorschriften; Badeverbote; Maßnahmen zum Schutz städtischer Grünanlagen.

Ortspolizeiliche Verordnungen setzen keine ausdrückliche gesetzliche Bezeichnung iSd Art 118 Abs 2 letzter Satz B-VG voraus, sondern können – weil sie ja Gesetze ersetzen sollen – auch ohne eine solche Bezeichnung erlassen werden. Daneben verbleibt der Gemeinde die Befugnis, im eigenen wie im übertragenen Wirkungsbereich wie jede Verwaltungsbehörde Durchführungsverordnungen zu bestehenden Gesetzen zu erlassen (Art 18 Abs 2 B-VG, dazu Rz 584).

559 Zum eigenen Wirkungsbereich gehört auch das Recht der Gemeinde, als „**selbständiger Wirtschaftskörper**“ im Rahmen der allgemeinen Gesetze Vermögen aller Art zu besitzen und wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben (Art 116 Abs 2 B-VG). Über ihren – auf fiskalische und erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten im engeren Sinn bezogenen – Wortlaut hinaus konstituiert diese Bestimmung die Gemeinde als Privatrechtssubjekt im umfassenden Sinn und erlaubt ihr auch „privatwirtschaftliches“ Handeln in jenem inhaltlich unbeschränkten, formalen Sinn, in dem dieser Begriff im Zusammenhang mit Art 17 B-VG entwickelt wurde (siehe Rz 238). Die Vermengung dieser beiden Bedeutungen von „Privatwirtschaftsverwaltung“ wirft eine Reihe von Fragen auf. So ist es strittig, inwieweit die privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, insbes der Betrieb von oder die Beteiligung an Unternehmen, gesetzlich eingeschränkt werden darf. (Beispiel: Nach dem Vbg Gesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung ist den Gemeinden der Betrieb von wirtschaftlichen Unternehmungen untersagt, wenn der Zweck der Unternehmung in gleicher Weise durch einen privaten Unternehmer erfüllt wird oder erfüllt werden könnte.) Strittig ist ferner, inwieweit die Gemeinde zu privatwirtschaftlichem Handeln gesetzlich verpflichtet werden darf; dies ist jedenfalls in Bezug auf öffentliche Aufgaben, die in nicht-hoheitlicher Form besorgt werden, zu bejahen.

Die Judikatur geht davon aus, dass jedes Handeln der Gemeinde in privatrechtlicher Form, ungeachtet seines Inhalts, zum eigenen Wirkungsbereich gehört; es kommt also dabei nicht auf die in Art 118 Abs 2 B-VG vorgeschriebenen Kriterien an (VfSlg 12.189/1989).

Soweit gesetzliche Regelungen ein privatwirtschaftliches Handeln der Gemeinde regeln (zB ihre Parteistellung in wasserrechtlichen Verfahren), bedarf dies keiner ausdrücklichen Bezeichnung als Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches gemäß Art 118 Abs 2 letzter Satz B-VG (VfSlg 17.557/2005).

6.6.2.4. Die staatliche Aufsicht

560 Die Gemeinden sind zwar im eigenen Wirkungsbereich weisungsfrei, unterliegen aber der **Aufsicht** von Bund oder Land (Art 119a B-VG). Die Aufsicht ist

auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gemeindeakte beschränkt. Lediglich auf dem Gebiet der Gemeindegebarung erfolgt zusätzlich eine Überprüfung nach den Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (**Rechts- und Wirtschaftlichkeitsaufsicht**). Dabei zeigt sich der Unterschied zwischen der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper und einer bloßen Verwaltungsbehörde auch darin, dass die Gemeinde im Aufsichtsverfahren Parteistellung hat und selbst Rechtsmittel gegen Aufsichtsmaßnahmen bis hin zu Beschwerden an den VfGH und VwGH erheben kann.

An die Stelle des administrativen Instanzenzuges tritt die **Vorstellung**. Diese unterscheidet sich von einem ordentlichen Rechtsmittel (Berufung) dadurch, dass sie

- lediglich kassatorisch ist (dazu VfSlg 16.822/2003),
- auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist.

Bei Städten mit eigenem Statut kann die Vorstellung gesetzlich (durch den Materiengesetzgeber) ausgeschlossen werden (Art 119a Abs 5 B-VG).

Ab 1. 1. 2014 tritt an die Stelle der Vorstellung das Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten (s Rz 662c). Dabei hat die Gemeinde Parteistellung.

Aufsichtsbehörden sind die Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung (Bezirksverwaltungsbehörde, LReg bzw LH). Sie sind funktionell Landesbehörden, wenn die beaufsichtigte Agende der Gemeinde aus dem autonomen Wirkungsbereich des Landes stammt bzw es sich um Tätigkeiten aus dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, und funktionell Bundesbehörden, wenn die beaufsichtigte Agende aus der Bundesvollziehung stammt (Art 119a Abs 3 B-VG).

Den Aufsichtsbehörden kommt ein umfassendes Auskunftsrecht und den Gemeinden eine entsprechende Auskunftspflicht zu (Art 119a Abs 4 B-VG). Verordnungen, die im eigenen Wirkungsbereich erlassen werden, sind der Aufsichtsbehörde unverzüglich mitzuteilen (ein Verstoß gegen diese Verpflichtung macht die Verordnung allerdings nicht gesetzwidrig: VfGH 11. 6. 2012, V 17/11), und diese kann eine solche Verordnung durch eine Verordnung aufheben (die von der Gemeinde vor dem VfGH bekämpft werden kann: Art 139 B-VG – siehe Rz 1010) – Art 119a Abs 6 B-VG. Einzelne Maßnahmen der Gemeinde können gesetzlich an eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden werden (Art 119a Abs 8 B-VG, VfSlg 16.593/2002). Die Aufsichtsmittel sind unter möglicher Schonung der Rechte Dritter zu handhaben (Art 119a Abs 7 B-VG).

Das staatliche Aufsichtsrecht ist nicht auf die Hoheitsverwaltung der Gemeinde beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf privatrechtsförmige Handlungen (VfSlg 16.159/2001).

Das Rechtsinstitut der staatlichen Aufsicht ist grundsätzlich nicht im Interesse einzelner Personen, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Akte der Gemeindeorgane eingerichtet. Eine aufsichtsbehördliche Maßnahme kann daher zwar von jedermann angeregt werden, niemand hat aber einen Anspruch (subjektives Recht) darauf, dass die Aufsichtsbehörde ihrer Überwachungspflicht auch tatsächlich nachkommt. Sofern gesetzliche Vorschriften ein diesbezügliches Antragsrecht ausdrücklich einräumen, sind sie im Lichte dieser Rechtsnatur des Aufsichtsrechts einschränkend auszulegen (vgl VwSlg 14.183A/1994).

Zur Parteistellung und Beschwerdeberechtigung der Gemeinde siehe Rz 657.

Zur Unzulässigkeit, einen Instanzenzug an den UVS gesetzlich vorzusehen, siehe Rz 635.

6.6.2.5. Der übertragene Wirkungsbereich

563 Neben dem eigenen gibt es den **übertragenen** Wirkungsbereich (Art 119 B-VG). Hier ist die Gemeinde ein Verwaltungssprengel (nicht Rechtsträger; siehe Art 116 Abs 1 B-VG) und besorgt staatliche Verwaltungsaufgaben im engsten Sinn. Organ des übertragenen Wirkungsbereiches ist der Bürgermeister (siehe aber Art 119 Abs 3 B-VG). Je nach der kompetenzrechtlichen Zuordnung ist der Bürgermeister somit funktionell entweder Bundesbehörde oder Landesbehörde. Der Bürgermeister untersteht dabei der **Weisungsgewalt** der übergeordneten Bundes- oder Landesbehörde (in der Regel: Bezirksverwaltungsbehörde, bei Städten mit eigenem Statut LReg oder LH). Der **Instanzenzug** geht vom Bürgermeister unmittelbar an die übergeordnete Bundes- oder Landesbehörde.

Es handelt sich beim übertragenen Wirkungsbereich um eine Variante der „mittelbaren Verwaltung“ (vgl die Parallelen zur mittelbaren Bundesverwaltung, insbes auch in organisatorischer Hinsicht: Art 119 Abs 3 B-VG).

6.6.2.6. Das Prinzip der Einheitsgemeinde

564 Nach dem B-VG besitzen alle Gemeinden **prinzipiell die gleiche Rechtsstellung**. Insbes ist der eigene Wirkungsbereich für alle Gemeinden in gleicher Weise und ohne Rücksicht auf Größe und Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinde abzugrenzen. Der Gesetzgeber hat sich bei dieser ihm obliegenden Aufgabe daher nicht am Interesse und der Eignung der jeweils konkreten Gemeinde, sondern am Modell einer „abstrakten Durchschnittsgemeinde“ zu orientieren.

Dies bereitet in der Praxis Probleme im Hinblick auf die reale Vielfalt von Gemeinden und kann zur Überforderung kleiner oder leistungsschwacher Gemeinden führen. Als Lösungsmöglichkeiten bieten sich auf dem Boden der Bundesverfassung an:

- Bildung von Gemeindeverbänden (Art 116a B-VG),
- Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen (Art 116b B-VG idF BGBl I 2011/60),
- Übertragung einzelner Aufgaben auf eine Bundes- oder Landesbehörde auf Antrag einer Gemeinde durch Verordnung der LReg oder des LH (Art 118 Abs 7 B-VG),
- Gemeindezusammenlegung („Gebietsreform“). Dazu ist zu bemerken, dass die einzelne Gemeinde **kein verfassungsgesetzlich gesichertes Bestandsrecht** hat und daher auch zwangsweise Zusammenlegungen oder Grenzänderungen durch die Landesgesetzgebung zulässig sind.

565 Eine gewisse Sonderstellung besitzen die **Städte mit eigenem Statut**. Sie unterscheiden sich von den übrigen Gemeinden dadurch, dass sie **zugleich Bezirksverwaltungsprengel** sind und – im übertragenen Wirkungsbereich – die Agenden einer Bezirkshauptmannschaft besorgen.

6.6.2.7. Die Organisation der Gemeinde

Ähnlich wie auf Landesebene zeichnet das B-VG (Art 117 B-VG) auch die Organisationsstruktur der Gemeinde in wesentlichen Zügen vor. In Analogie zum Land sieht das B-VG eine Art parlamentarisches System vor, bestehend aus: 566

- **Gemeinderat** als „allgemeiner Vertretungskörper“ (dazu Rz 343 und 1040), der von den Bürgern, die in der Gemeinde ihren Wohnsitz haben, nach ähnlichen Prinzipien wie NR und Landtag zu wählen ist (abgeschwächtes Verhältniswahlprinzip: siehe Art 117 Abs 2 letzter Satz B-VG); der Wohnsitz muss nicht unbedingt auch der Hauptwohnsitz (zu diesen Begriffen Rz 229a) sein; insofern kann nach landesrechtlichen Regelungen ein Wahlrecht in mehr als einer Gemeinde gegeben sein. Personen, die sich noch nicht ein Jahr in der Gemeinde aufhalten und deren Aufenthalt offensichtlich vorübergehend ist, dürfen landesgesetzlich vom Wahlrecht ausgeschlossen werden; im Übrigen dürfen die Bedingungen des aktiven und passiven Wahlrechts nicht enger gezogen sein als in der Wahlordnung zum Landtag („Homogenitätsprinzip“, vgl Rz 396). Das aktive und passive Wahlrecht steht unter landesgesetzlich zu regelnden Bedingungen **auch Unionsbürgern** zu (siehe VfSlg 17.264/2004). Briefwahl ist zulässig;
- **Gemeindevorstand** als kollegiale „Gemeinderegierung“, die vom Gemeinderat nach dem Proporz zu wählen ist (es kommt dabei auf die bei der Gemeinderatswahl erzielte Fraktionsstärke an, spätere Abspaltungen sind in diesem Zusammenhang unmaßgeblich: VfSlg 13.643/1993); er heißt in Städten Stadtrat, in Statutarstädten Stadtsenat;
- **Bürgermeister**: Er wird entweder vom Gemeinderat oder nach landesverfassungsgesetzlicher Regelung unmittelbar von den zum Gemeinderat Wahlberechtigten (allenfalls durch Briefwahl) gewählt;
- **Gemeindeamt**, in Statutarstädten der **Magistrat**, als Hilfsapparat der zuvor erwähnten Organe, nach einzelnen Gemeindeordnungen aber auch als selbständige Behörde (zB in Wien).

Der **Gemeinderat** gilt als oberstes Organ der Gemeinde in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches (VfSlg 13.304/1992). Der Bürgermeister und die Mitglieder des Gemeindevorstandes sind im eigenen Wirkungsbereich dem Gemeinderat verantwortlich (Art 118 Abs 5 B-VG) und ihm gegenüber in allen Angelegenheiten weisungsgebunden (siehe VwSlg 15.525A/2000; zu Recht kritisch *Raschauer*, Art 19/1 B-VG, in: Korinek/Holoubek, Bd II, Rz 30). Auch der Gemeinderat ist aber rechtlich nur ein Verwaltungsorgan und als solches dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art 18 B-VG) unterworfen. 567

Der Landesgesetzgeber darf auch weitere Organe vorsehen. (Ein Beispiel sind die „amtsführenden Stadträte“ nach der Wiener Stadtverfassung – siehe Rz 568.) Sache der Landesgesetzgebung ist auch die Ausgestaltung direkt-demokratischer Elemente (Art 117 Abs 8 B-VG; dazu *Gamper*, Direkte Demokratie in der Gemeinde, RFG 2011, 66; *Giese*, Direktdemokratische Willensbildung in der Gemeinde-selbstverwaltung – Stand, Rechtsfragen, Perspektiven, FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle [2012] 109).

Es ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass Rechtsakte vom Gemeinderat nur dann rechtmäßig gesetzt werden können, wenn sie einen Gegenstand der Tagesordnung der betreffenden Sitzung des Gemeinderats bilden, was sich auch mit dem Öffentlichkeitsgebot des Art 117 Abs 4 B-VG begründen lässt (VfSlg 12.398/1990, 15.458/1999, 16.479/2002). Ein möglicher Ausschluss von den Sitzungen des Gemeinderates als Folge einer Verletzung der Vertraulichkeit stellt einen Verstoß gegen das passive Wahlrecht und gegen den Gleichheitssatz dar (VfSlg 19.014/2010).

Eine Mehrheitswahl des Gemeindevorstandes ist zulässig, wenn eine Partei auf ihren Anspruch auf Vertretung im Gemeinderat verzichtet (ua dadurch, dass sie nicht rechtzeitig einen gültigen Wahlvorschlag einbringt: VfSlg 15.458/1999, 16.479/2002).

Zu den Gemeindevachkörpern siehe Rz 534.

567a Gemeinden können mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde **Gemeindeverbände** bilden (freiwilliger Gemeindeverband: Art 116a Abs 1 B-VG). Auch durch Gesetz und im Wege der Vollziehung können Gemeindeverbände gebildet werden (Pflichtverband: Art 116a Abs 2 B-VG). Die Organe eines Gemeindeverbandes müssen demokratischen Grundsätzen folgen. Ein Zusammenschluss von Gemeinden verschiedener Bundesländer setzt eine Vereinbarung der betreffenden Länder gemäß Art 15a B-VG voraus (dazu *Bußjäger*, Neue Perspektiven der Gemeindezusammenarbeit? Die B-VG-Novelle BGBl I 60/2011 und ihre Relevanz für die interkommunale Kooperation, JRP 2012, 99).

Der Österreichische Gemeindebund und der Österreichische Städtebund sind von der Bundesverfassung vorgesehene Vereine (Art 115 Abs 3 B-VG), denen eine Mitwirkung in hoheitlichen Angelegenheiten (zB Vertretung der Gemeinden in den Finanzausgleichsverhandlungen; s auch Rz 267) zukommt.

6.6.2.8. Wien als Gemeinde und Land

568 Eine Sonderstellung besitzt die **Gemeinde Wien**, was sich daraus ergibt, dass Wien zugleich Gemeinde, Stadt mit eigenem Statut (dh Träger der Bezirksverwaltung) und Land ist. Daraus ergibt sich eine charakteristische **Doppelfunktion der Organe**.

Nach Art 5 Abs 1 B-VG ist Wien „Bundeshauptstadt und Sitz der obersten Organe des Bundes“. Der VfGH (Slg 17.776/2006) versteht diese Bestimmung extensiv und verlangt, dass auch der „Hilfsapparat“ eines obersten Organs – wie: ein Bundesministerium – in Wien lokalisiert sein muss und auch nicht einzelne Abteilungen außerhalb Wiens angesiedelt werden dürfen. Unklar ist nach dieser – im Zeitalter des Internets nicht sehr überzeugenden – Judikatur, inwieweit Amtshandlungen eines obersten Organs und seines Apparates außerhalb Wiens gesetzt werden dürfen (vgl auch *Wieser*, ZfV 2006, 606).

Die Stellung Wiens ist im B-VG grundsätzlich in den Art 108–112 und näher in der Wiener Stadtverfassung, LGBl 1968/28, die zugleich Gemeindeordnung (Stadtstatut) und Landesverfassung ist, geregelt. Nach Art 108 B-VG hat der Gemeinderat auch die Funktion des Landtages, der Stadtsenat (bestehend aus den Stadträten) auch die der LReg, der Bürgermeister auch die des LH, der Magistrat auch die des Amtes der LReg und der Magistratsdirektor auch die des Landesamtsdirektors. Dies bedeutet für den Magistrat, dass dieser zugleich „Gemeinde-

amt“, Bezirksverwaltungsbehörde und Amt der LReg ist. Die in Wien nach Art 111 B-VG bestehenden Kollegialbehörden für Angelegenheiten des Bauwesens (Bauoberbehörde) und des Abgabewesens (Abgabenberufungskommission) werden ab 1. 1. 2014 entfallen (s Rz 662c). Im Übrigen gelten subsidiär auch für Wien die Art 115–120 B-VG; eine Direktwahl des Bürgermeisters wäre allerdings unzulässig. Es gibt ferner kein Aufsichtsrecht des Bundes über Wien als Gemeinde, und auch die Möglichkeit, den Bürgermeister oder ein von ihm delegiertes Mitglied des Stadtsenats abzusetzen (Art 119 Abs 4 B-VG), gilt für Wien nicht (Art 112 B-VG). Stattdessen besteht in Landessachen die Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinderat gemäß der Wiener Stadtverfassung, in Bundessachen die Möglichkeit der Anklage der Organe der Bundeshauptstadt Wien nach Art 142 Abs 2 lit f B-VG auf Beschluss der BReg.

Die sog. „**amtsführenden Stadträte**“ sind in dieser Funktion eigene Organe neben dem Stadtsenat, dem sie als „Stadträte“ angehören. Sie sind Leiter von Geschäftsgruppen des Magistrates, soweit dieser Aufgaben des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde besorgt, und unterstehen dabei dem Bürgermeister. Da sie in dieser ihrer Eigenschaft nicht Aufgaben des Stadtsenates besorgen, gilt diesbezüglich nicht das Proporzgebot des Art 117 Abs 5 B-VG (VfSlg 13.335/1993).

Die Doppelstellung der Organe macht es notwendig, eigene Regelungen über die **Instanzenzüge** zu treffen. Im Einzelnen gilt Folgendes: **569**

a. Landesverwaltung: Im Bereich der Landesvollziehung geht der Instanzenzug vom Magistrat (allenfalls der Bundespolizeidirektion), soweit gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt wird, an den Wiener Stadtsenat als LReg (§ 132 Abs 1 Wiener Stadtverfassung), in Bausachen an die Bauoberbehörde, in Abgabensachen an die Abgabenberufungskommission (Art 111 B-VG). Siehe aber Rz 662c!

b. Mittelbare Bundesverwaltung: Hier geht der Instanzenzug, soweit der Magistrat als Bezirksverwaltungsbehörde oder Bundesbehörden (vgl Art 102 Abs 1 B-VG) erste Instanz sind, an den Bürgermeister als LH (§ 133 Wiener Stadtverfassung). Im Übrigen gilt Art 103 Abs 4 B-VG (Art 109 B-VG). Siehe aber die – auch Wien betreffenden – Sonderregelungen im VerwaltungsreformG 2001 (Rz 308). Siehe ferner Rz 662c.

c. Gemeindeverwaltung: In den Angelegenheiten des **eigenen Wirkungsbereiches** ist im Regelfall erste Instanz der Magistrat; über Berufungen entscheidet ein Berufungssenat (§§ 48a, 99 Wiener Stadtverfassung), in Bausachen die Bauoberbehörde, in Abgabensachen die Abgabenberufungskommission (Art 111 B-VG; siehe aber Rz 568). Im **übertragenen Wirkungsbereich** geht in Landessachen der Instanzenzug vom Bürgermeister bzw dem ihm unterstehenden Magistrat (Art 119 Abs 3 B-VG) als erste Instanz an den Stadtsenat als LReg (§ 111 Wiener Stadtverfassung); in Bundessachen gelten die Bestimmungen über die mittelbare Bundesverwaltung (1. Instanz: Bürgermeister bzw Magistrat, 2. Instanz: Bürgermeister als LH – § 133 Wiener Stadtverfassung).

d. Sicherheitsverwaltung: In Wien ist gemäß Art 78b B-VG die Bundespolizeidirektion zugleich auch Sicherheitsdirektion. Dies schließt allerdings nach der Judikatur des VwGH nicht aus, dass auch in Wien ein Instanzenzug von der Bundespolizeidirektion zur Sicherheitsdirektion – also innerhalb ein- und derselben Behörde – besteht. (Im Hinblick auf eine Befangenheit – vgl § 7 Abs 1 Z 4 AVG – ist innerorganisatorisch für verschiedene entscheidungsbefugte Organwalter vorzusorgen.)

6.6.3. Sonstige Selbstverwaltung

Lit: *Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, JRP 2008, 91; *Korinek*, Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung der gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen, DRdA 2012, 4; *Öhlinger*, Die Verankerung von Selbstverwaltung und Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung, JRP 2008, 186; *Österr Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft* (Hg), Selbstverwaltung in Österreich (2009); *Zellenberg*, Selbstverwaltung neu?, JBÖR 2009, 149

569a Die Einrichtung anderer Selbstverwaltungskörper (Kammern, Sozialversicherungsträger etc) war lange Zeit – im Hinblick auf das verfassungsgesetzliche Weisungsprinzip (Art 20 Abs 1 B-VG, siehe Rz 519 ff) – verfassungsrechtlich umstritten. In der berühmten Entscheidung VfSlg 8215/1977 („Salzburger Jägerschaft“) hat jedoch der VfGH die Position eingenommen, dass sich Art 20 Abs 1 B-VG nur auf die staatliche Verwaltung im engeren (organisatorischen) Sinn beziehe und die Einrichtung von Selbstverwaltungsträgern „im Rahmen des Organisationsplanes der Bundesverfassung gelegen“ und daher unter folgenden Voraussetzungen zulässig sei.³³

1. Die Errichtung muss dem Gebot der **Sachlichkeit** (Art 7 B-VG) entsprechen;
2. es muss eine **staatliche Aufsicht** über die Organe des Selbstverwaltungsträgers hinsichtlich der Rechtmäßigkeit ihrer Verwaltungsführung gegeben sein;
3. einer Selbstverwaltungskörperschaft dürfen nur solche Angelegenheiten zur eigenverantwortlichen, weisungsfreien Besorgung **im eigenen Wirkungsbereich** überlassen werden, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der zur Selbstverwaltungskörperschaft zusammengefassten Personen gelegen und geeignet sind, durch diese Gemeinschaft besorgt zu werden (vgl Art 118 Abs 2 B-VG!).

Diese in der Verfassungsrechtsprechung entwickelten Grundsätze wurden durch die B-VGN BGBl I 2008/2 in einem eigenen Abschnitt („Sonstige Selbstverwaltung“, Art 120a-120c B-VG) im Text des B-VG verankert; die frühere Rechtsprechung ist aber weiterhin maßgeblich (VfSlg 19.017/2010).

Eine Verpflichtung zur Errichtung von Selbstverwaltungskörpern besteht nicht. Lediglich aus der Verankerung der Sozialpartnerschaft (Art 120a Abs 2 B-VG, vgl Rz 371) lässt sich eine gewisse Bestandsgarantie der diese mitkonstituierenden „großen“ Kammern ableiten.

Kennzeichnend für die Selbstverwaltung ist die **obligatorische Mitgliedschaft** (Pflichtmitgliedschaft). Diese ist verfassungskonform. Die Abgrenzung der Angehörigen eines Selbstverwaltungskörpers muss aber dem Sachlichkeitsgebot entsprechen (vgl VfSlg 13.877/1994). Das

33 Die Zuständigkeit des Bundes- oder des Landesgesetzgebers ergibt sich, soweit nicht ausdrückliche Kompetenzregelungen bestehen (zB Art 10 Abs 1 Z 8 und Z 11, Art 11 Abs 1 Z 2 B-VG), iS des Adhäsionsprinzips (siehe Rz 279) aus der jeweiligen Sachmaterie. ZB umschließt die Kompetenz des Landes zur gesetzlichen Regelung des Jagdwesens (Art 15 Abs 1 B-VG) auch die Bildung der Jägerschaft als Selbstverwaltungskörper.

verlangt etwa von Selbstverwaltungsorganisationen, die Interessen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmerinteressen vertreten, dass die Mitgliedschaft nach dem Kriterium der Gegnerfreiheit normiert wird (vgl VfSlg 8539/1979). Im Übrigen kommt dem Gesetzgeber bei der Regelung des Mitgliederkreises ein großer Gestaltungsspielraum zu (VfSlg 18.731/2009; 19.017/2010 zur Mitgliedschaft gemeinnütziger Unternehmen in den Wirtschaftskammern unter Ausklammerung öffentlicher Krankenanstalten).

Art 120b Abs 2 B-VG präzisiert die gebotene **Aufsicht** dahingehend, dass sie sich jedenfalls auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsführung eines Selbstverwaltungskörpers erstrecken muss. Eine Aufsicht über die Zweckmäßigkeit darf gesetzlich insoweit vorgesehen werden, als dies auf Grund der Aufgaben des Selbstverwaltungskörpers erforderlich ist. In den Materialien (AB 370 BlgNR 23. GP, 5) wird die Ansicht geäußert, dass dies jedenfalls bezüglich der Interessenvertretung durch gesetzliche berufliche Vertretungen („Kammern“) ausgeschlossen sei.

Dem eigenen Wirkungsbereich dürfen keine Befugnisse zur Erlassung von Verordnungen oder zur Setzung individuell-konkreter Rechtsakte zugeordnet werden, die die Rechtssphäre von Personen betreffen, die nicht dem Selbstverwaltungskörper angehören (VfSlg 17.869/2006, 18.548/2008; VfGH 12. 6. 2012, G 10/12). Das gilt nicht für ehemalige Kammermitglieder, die Leistungen (Pensionen) aus einer Kammereinrichtung beziehen, über die die Kammerorgane ohne Beteiligung dieser Leistungsbezieher entscheiden (VfSlg 18.806/2009).

Anders als bei der territorialen Selbstverwaltung (siehe Rz 557) ist der **übertragene** Wirkungsbereich ausdrücklich gesetzlich zu bezeichnen und der Weisungsbefugnis der obersten Organe der staatlichen Verwaltung zu unterwerfen (Art 120b Abs 2 B-VG).

Eine Neuerung der B-VGN BGBl I 2008/2 besteht allerdings darin, dass Selbstverwaltungskörper im Rahmen der Gesetze auch **Satzungen** erlassen dürfen. Satzungen sind generelle Regelungen, also Verordnungen der Selbstverwaltungskörper (zum verfassungsrechtlichen Verordnungsbegriff siehe Rz 81 und 1005). Dass sie „im Rahmen der Gesetze“ erlassen werden dürfen, bedeutet eine Lockerung des Legalitätsprinzips (Art 18 Abs 2 B-VG, siehe dazu Rz 596).

Die **Organe** der Selbstverwaltungskörper sind nach demokratischen Grundsätzen aus dem Kreis der Mitglieder zu bilden (Art 120c Abs 1 B-VG). Bei der Ausgestaltung der demokratischen Legitimation der Organe eines Selbstverwaltungskörpers kommt dem Gesetzgeber jedoch ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Verfassungskonform ist insbesondere auch eine indirekte Wahl. Selbst erhebliche Verzerrungen der proportionalen Verteilung der Mandate sind nicht verfassungswidrig, sofern es dafür sachliche Gründe gibt (VfSlg 17.951/2006 zum Wahlrecht der Österreichischen Hochschülerschaft). Verfassungswidrig ist jedoch der Ausschluss des im Selbstverwaltungsträger zusammengefassten Personenkreises von der Mitwirkung in seinen Gremien (VfSlg 17.023/2003 zur [früheren] Struktur des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger).

Selbstverwaltungskörper sind **selbständige Wirtschaftskörper** (Art 120c Abs 3 B-VG). Sie dürfen, allerdings nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben, Vermögen aller Art erwerben, besitzen und darüber verfügen. Ihre Finanzierung erfolgt vor allem durch Mitgliedsbeiträge. Sie sind zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Gebarung verpflichtet (Art 120c Abs 2 B-VG). Kammern und Sozialversicherungsträger unterliegen der Kontrolle des RH (siehe Rz 334). Eine Ausfallhaftung der zuständigen Gebietskörperschaft besteht nicht.

569b

569c

569d