

# Die rechtliche Situation der Bürgermeister und Amtsleiter

Verfasser: Univ.Prof. Dr. Bernd-Christian Funk, Bundesfachtagung Salzburg 2007

Ausgabe: Nr. 47, Oktober 2007

Die Mindestorganausstattung der Gemeinden ist verfassungsrechtlich vorgegeben. Pflichtorgane der Gemeinden sind der Gemeinderat, der Gemeindevorstand (Stadt-rat bei Stadtgemeinden, Stadtsenat bei Statutarstädten) und der Bürgermeister. Verfassungsrechtlich obligatorisch als ausführende Organe, die die Geschäfte der Gemeinden zu besorgen haben, sind weiters das Gemeindeamt (Stadtamt bei Stadtgemeinden, Magistrat bei Statutarstädten). Zum Leiter des inneren Dienstes des Magistrats ist ein rechtskundiger Verwaltungsbeamter als Magistratsdirektor zu bestellen.

Die organisatorischen und funktionellen Vorgaben der Verfassung bleiben skizzenhaft. Dem Grunde nach ist das verfassungsrechtliche Konzept von der Vorstellung eines ergänzenden Gegenübers von politisch-strategischen Organen mit begrenzter Funktionsdauer einerseits und ausführendem Management mit dauerhafter Bestellung andererseits geprägt. Die politisch-strategische Ebene folgt dem Muster demokratisch verfasster Republiken mit einem Parlament (dem Gemeinderat), einer Regierung (dem Gemeindevorstand) und einem Präsidenten (dem Bürgermeister), der auch Regierungschef sein kann.

Das verfassungsrechtliche Modell ist parlamentarisch-repräsentativ, angereichert und modifiziert durch plebiszitäre Komponenten. Optional besteht die Möglichkeit einer Volkswahl des Bürgermeisters und einer unmittelbaren Teilnahme und Mitwirkung des Gemeindevolkes an Entscheidungen der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich. Bürgermeister, Gemeindevorstand und alle anderen bestellten Organe der Gemeinde sind dem Gemeinderat für ihre Amtstätigkeit im eigenen Wirkungsbereich verantwortlich. Im Übrigen bleibt es der Gesetzgebung überlassen, wie sie die Gewichte im Verhältnis von Bürgermeister und Gemeindevorstand verteilt.

Von dieser Gewichtsverteilung ist auch das Verhältnis zwischen dem Bürger-meister und dem Gemeindeamtsleiter betroffen. Je nach Stärkeverhältnis kommen vier Konstellationen in Betracht: starker Bürgermeister/starker Amtsleiter, starker Bürger-meister/schwacher Amtsleiter, schwacher Bürgermeister/starker Amtsleiter, schwacher/schwacher Amtsleiter. Innerhalb der Typologie kann es beliebig viele Abstufungen und aufgabenbezogene Differenzierungen geben, die auch in zeitlicher Hinsicht wechseln können.

In jedem Fall repräsentiert der Bürgermeister die Funktion der politischen Entscheidung und der Amtsleiter jene des fachlichen Managements. Das Modell geht auf die Gemeindeverfassungsnovelle von 1962 zurück. Davor war das Ordnungsmuster des Reichsgemeinderechts von 1862 maßgebend, das von anderen Vorstellungen geprägt war. In den Gemeindegesetzen der meisten Kronländer gab es Regelungen, die es erlaubten, dass neben den beamteten Bediensteten der Gemeinden einzelne Gemeinde-mitglieder zur Unterstützung des Bürgermeisters herangezogen werden konnten. Als Muster kann § 51 der Kärntner GdO aus 1864 zitiert werden: „Insoweit es zur leichteren Vernehmung der ortspolizeilichen und anderen örtlichen Geschäfte erforderlich ist, kann der Ausschuss für einzelne Teile der Gemeinde dort wohnende wählbare Gemeindeglieder zur Unterstützung des Gemeindevorstehers bei Besorgung der gedachten Geschäfte bestellen. Die Bestellung erfolgt über Vorschlag des Gemeindevorstehers auf die Dauer der Wahlperiode. Die Bestellten haben sich bei der Besorgung der Geschäfte nach den Weisungen des Gemeindevorstehers zu benehmen“.

Die Bestellung anzunehmen war Pflicht der Gemeindemitglieder. Ausnahmen gab es für aktive Militärpersonen, Geistliche, Menschen über 60 Jahre und andere Personengruppen. Die auf Zeit und nebenberuflich tätigen Hilfsorgane konnten ehrenamtlich oder gegen Entgelt tätig sein. Sie wurden nicht zu den Bediensteten und Beamten der Gemeinde gerechnet. Die Gemeindeverfassungsnovelle 1962 hat dieses Muster des alten Gemeinde-rechts nicht übernommen. Sie hat die Gemeindeverwaltung nach dem Ministerialmodell eingerichtet. Die Gemeindeämter (Stadtämter, Magistrate) entsprechen den Bundesministerien bzw den Ämtern der Landesregierung. Es sind Dienststellen mit unterstützender Funktion, in deren Institutionalisierung auch ein Element der Interorgankontrolle und der inneren Gewaltentrennung enthalten ist.

Die juristische Dogmatik hat zum Gemeindeamt folgende Grundsätze und Regeln herausgearbeitet:

- Die Gemeindeämter sind Hilfsorgane, sie können aber nach Maßgabe der Gemeindegesetze mit behördlichen Entscheidungskompetenzen betraut werden.
- Das Modell einer monokratischen Leitung des inneren Dienstes, wie es für Magistrate und Ämter der Landesregierungen vorgeschrieben ist, ist auch auf Gemeindeämter anzuwenden. Das bedeutet, dass an der Spitze des Gemeindeamtes ein Einzelorgan mit organisatorischer und dienstrechtlicher Verantwortlichkeit stehen muss. Davon zu unterscheiden sind die fachlichen Weisungsbefugnisse jener Gemeindeorgane, zu deren Unterstützung das Gemeindeamt berufen ist.
- Das Gemeindeamt ist als funktionale Einheit unter monokratischer Leitung konzipiert. Es kann zwar im Inneren fachlich gegliedert sein. Auch kann es fachliche Weisungsbefugnisse verschiedener Gemeindeorgane geben. Eine organisatorische oder dienstrechtliche Aufsplitterung in Form eines Nebeneinander mehrerer Gemeindeämter in einer Gemeinde ist ausgeschlossen.
- Das Gemeindeamt hat für die Geschäfte der Gemeinden ein Geschäftsbesorgungsmonopol, soweit es sich um Geschäfte handelt, die durch Organe der Gemeinde in gemeindlicher Verbandskompetenz besorgt werden. Ein Ausgliederungsverbot ist damit ebenso wenig verbunden wie ein Verbot der Heranziehung Dritter zur Erfüllung gemeindlicher Aufgaben. Werden zB Gemeindeaufgaben durch ausgegliederte Unternehmen der Gemeinde oder durch Dritte besorgt, so reduziert sich das Geschäftsführungsmonopol des Gemeindeamtes auf die Anteilsverwaltung oder sonstige rechtlich geregelte Interaktionen und Ingerenzen.

Das Gemeindeamt mit seiner monokratischen Leitung ist der bürokratische Hilfsapparat für die Gemeindeverwaltung. Das Rollenbild im Verhältnis von Bürgermeister und Amtsleiter entspricht in etwa jenem im Verhältnis von Minister und Sektionschef, von politisch verantwortlichen Amtsträgern auf Zeit im Verhältnis zur Berufsbeamtenschaft. Dem Amtsleiter gegenüber ist der Bürgermeister organisatorisch und dienstrechtlich und im Rahmen seiner Fachkompetenzen auch in fachlicher Hinsicht weisungsbefugt. Die Pflicht des Amtsleiters zur ausführenden und unterstützenden Geschäftsbesorgung umfasst auch die Verpflichtung, auf die Rechtsgemäßheit der Entscheidungen des Bürgermeisters und anderer Gemeindeorgane zu achten und gegebenenfalls zu informieren, zu warnen, ja unter Umständen sogar die Mitwirkung zu verweigern.

Die Dynamik von Aufgabe und Kompetenz, Autorität und Verantwortung hat in der heutigen Verwaltung keine einbahnige Bewegungsrichtung mehr. Sie ist wechsel-wirkend mit Kontrollwirkungen auch von unten nach oben hin. Weisungsrecht, Gehorsamspflicht, Remonstration und strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben eine relativierte Gehorsamspyramide in der öffentlichen Verwaltung. Erinnert sei an den Sachverhalt zur Entscheidung des VwGH Slg 10.924/1982: Der Bürgermeister gab dem Leiter des Gemeindeamtes den Auftrag, einen Bescheid vorzubereiten, mit dem ein Bauansuchen in einer Bauverbotszone bewilligt werden sollte. An der Rechtswidrigkeit der Erledigung bestand kein Zweifel. Der Amtsleiter machte den Bürgermeister darauf aufmerksam und weigerte sich, den Auftrag zu erfüllen. In einem anschließenden Diszipli-

narverfahren wurde der Amtsleiter zunächst bestraft, führte aber beim VwGH erfolgreich Beschwerde. Der VwGH berief sich auf die strafgerichtliche Judikatur zu § 302 StGB (Missbrauch der Amtsgewalt), wonach die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Ausübung von Amtsgeschäften auch auf tatsächliche Verrichtungen, wie der Vorbereitung eines Bescheides, zu beziehen ist. Nur Tätigkeiten untergeordneter Art, wie das Transportieren von Akten oder die Erledigung von Schreibarbeiten, gelten nicht als Organhandlungen im Sinne des § 302 StGB. Hätte der Amtsleiter die Weisung des Bürgermeisters im Wissen der Rechtswidrigkeit der Erledigung befolgt, so hätte er sich einem Bestrafungsrisiko als Beitragstäter ausgesetzt, obwohl der Bescheid als solcher vom Bürgermeister erlassen worden wäre. Der Amtsleiter durfte die Weisung nicht befolgen. In diesem Falle hätte ihn auch eine Remonstration nicht aus der Mitverantwortung entlassen.

Das rechtliche Verhältnis zwischen Bürgermeister und Amtsleiter ist somit als Kooperations- und Kontrollgemeinschaft zu charakterisieren. Beide tragen gemeinsam Verantwortung für rechtmäßiges und effizientes Handeln der Gemeinde. Beide sind verpflichtet, mit der Sorgfalt ordentlicher Verwaltungsorgane zu handeln. Das setzt vor allem die Kenntnis und Einhaltung der maßgebenden Rechtsvorschriften voraus. Keiner darf sich auf den anderen verlassen oder ausreden. Die Wissenspflichten des Amtsleiters sind wegen dessen berufsmäßiger Stellung vergleichsweise höher als die des Bürgermeisters. Der Amtsleiter ist prinzipiell warnpflichtig, wenn er sieht oder sehen müsste, dass der Bürgermeister oder ein anderes Gemeindeorgan im Begriffe sind, etwas Rechtswidriges zu verfügen oder rechtsgemäßes Handeln zu unterlassen. Wird dem Amtsleiter eine Weisung erteilt, die er für rechtswidrig hält, so hat er zu remonstrieren. Wird ihm mit Weisung strafrechtswidriges Verhalten zugemutet, so hat er die Befolgung der Weisung abzulehnen. Soweit es um Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung geht, kommen die strengen Maßstäbe des StGB für Amtsdelikte zum Tragen.

Allgemein ist ein Anstieg der Druck- und Zugspannungen zu verzeichnen, denen Leiterinnen und Leiter von Gemeindeämtern ausgesetzt sind. Das gilt vor allem für kleinere Gemeinden, weil dort der Amtsleiter unmittelbar im Konfliktfeld der beteiligten, meist kontroversiellen Interessen steht. Dazu kommen Entwicklungen in der rechtlichen Umwelt kommunaler Verwaltungsaufgaben, die den Problemdruck verstärken. Zwei Perspektiven möchte ich herausgreifen: das Europäische Gemeinschaftsrecht und das Verwaltungsverfahren.

Mit dem Beitritt Österreichs zur EU hat Österreich ein zweites Rechtssystem erhalten, welches gemeinsam mit dem staatlichen Recht gleichzeitig, gleichörtlich, gleichpersonal und – je nach Anwendungsbereich – gleichgegenständlich gilt. Seither besteht ein Rechtsverbund von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht, der mit der Formel „Recht in Österreich = österreichisches Recht + Gemeinschaftsrecht“ charakterisiert werden kann. Wesentliche Kenndaten des Gemeinschaftsrechts sind dessen autonome Geltung, die keiner Annahme oder Transformation durch die Mitgliedstaaten bedarf, eine großteils unmittelbare Anwendbarkeit, verbunden mit einem Anwendungsvorrang über alle Stufen. Unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht geht auf allen Stufen staatlichem Recht jeglichen Ranges voran.

Für Gemeinden maßgebendes Gemeinschaftsrecht ist vielfach nicht unmittelbar anwendbar.

Manchmal aber doch, wie zB das primärrechtlich begründete Wettbewerbsregime, das Beihilfenregime und das allgemeine Diskriminierungsverbot. Darüber hinaus gilt der Grundsatz gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung, das heißt, dass staatliches Recht im Zweifel so auszulegen ist, dass es gemeinschaftsrechtsverträglich ist.

Für die Gemeinden ergeben sich aus dem Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht neue Anforderungen an das Rechtszugangs- und das Rechtsanwendungswissen. Das bedeutet eine Potenzierung des Grades an juristischer Kompetenz auf Gemeindeebene dort, wo sie als Soll-

Kompetenz angesiedelt ist, das heißt in erster Linie beim Gemeindeamt.

Das europäische Gemeinschaftsrecht ist durch ein Zusammentreffen von kodifiziertem Recht und Richterrecht gekennzeichnet. Im kodifizierten Recht finden sich Regelungen grundsätzlicher (finaler) Art kombiniert mit strikten konditionalen Bestimmungen. Dazu kommen gerichtliche Entscheidungen, die über den Einzelfall hinaus all-gemein verbindliches Richterrecht schaffen. Die Feststellung dessen, was rechtens ist, ist oft kompliziert und unsicher.

Die für die Gemeinden maßgeblichen Formeln der Verwaltungsführung „im Rahmen“ (Art 118 Abs 4 B-VG) und „auf Grund“ (Art 18 Abs 1 und 2 B-VG) der Gesetze müssen durch die Formel „und in Übereinstimmung“ mit dem Gemeinschaftsrecht ergänzt werden. Tendenziell sinken die Orientierungssicherheit und damit die Steuerungskraft, die vom Recht ausgehen. Die rechtsstaatliche Funktion der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen wird ausgedünnt. Ähnliche Entwicklungen sind im staatlichen Recht zu verzeichnen. Beide verstärken einander und führen – besonders bei kleineren Gemeinden – zu einem Prozess der schleichenden Überforderung der Verwaltungen und ihrer Leistungsfähigkeit. Die gleichen Beobachtungen können beim Verwaltungsverfahren gemacht werden. Die in Aussicht genommene Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist mit einem Wegfall der Vorstellung verbunden. Art 119a Abs 5 B-VG soll ersatzlos entfallen. Ein innergemeindlicher administrativer Instanzenzug einschließlich Säumnisschutz kann gesetzlich vorgesehen sein, allerdings nur „in einzelnen Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches“, dh nicht generell.

Für die Gemeinden wird die Luft rauer. Ihre Entscheidungen stehen künftig direkt auf dem Prüfstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Bei behördlichen Entscheidungen werden die rechtlichen Rationalisierungs- und Legitimationshürden höher gelegt. Der Spielraum für – gelegentlich rechtsferne – Kommunalpolitik wird sehr viel enger werden. Der Druck zu rechtsprofessioneller Qualität wird nachhaltig steigen. Sowohl das Berufsbild des Bürgermeisters als auch jenes des monokratischen Leitungsorgans der Gemeindeverwaltung werden unter Veränderungsdruck kommen.

Professionalisierung mit den Konsequenzen besserer Aus- und Fortbildung, besserer, jedoch leistungsgekoppelter Bezahlung, sind absehbare Zielpunkte für weitere Entwicklungen.