

Souverän ist, wer über das Rechtsinformationssystem verfügt

Ewald Wiederin

*Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Universität Salzburg
Kapitelgasse 5-7, 5020 Salzburg
ewald.wiederin@sbg.ac.at*

Schlagworte: Bundesgesetzblatt; Gehorsamsthese; Kundmachung, elektronische, gehörige; Kundmachungsfehler; RIS

Abstract: Beim Umstieg von der Papierkundmachung auf die elektronische Publikation von Bundesgesetzen und sonstigen wichtigen Rechtsvorschriften des Bundes wurde zu wenig bedacht, dass die Verfassung verschiedene Kategorien von Kundmachungsmängeln kennt und für sie differenzierte Rechtsfolgen vorsieht. Im neuen System haben Kundmachungsfehler mitunter dermaßen dramatische Auswirkungen, dass eine neue Umschreibung von Souveränität angezeigt ist.

1. Einleitung

Österreich hat im Jahr 2003 sein Kundmachungswesen radikal reformiert, indem es als erster Staat der Welt die traditionelle Kundmachung auf Papier zugunsten einer Verlautbarung im Internet abgeschafft hat. Das neue, mit dem Kundmachungsreformgesetz 2003, BGBl I 100, aus der Taufe gehobene Kundmachungssystem ist von den Nutzerinnen und Nutzern von allem Anfang an gut angenommen worden. Es hat die erste Bewährungsphase unbeschadet überstanden und ist von der Rechtswissenschaft überraschend positiv aufgenommen worden. Das Kind hat die ersten kritischen Monate des Säuglingsalters bereits hinter sich, es wächst, gedeiht und macht seinen Eltern Freude.

Wenn man Juristen mit Ärzten vergleicht, gehöre ich als Verfassungsrechtler einer Zunft an, die am ehesten den Kardiologen entspricht: Staatsrechtler sehen ihre Aufgabe auch, wenn nicht primär darin, den Kreislauf des Gemeinwesens stabil zu halten und Störungen der Versorgung aller Organe des Staatskörpers zu beheben. Ich habe also versucht, dieser Rolle gerecht zu werden, und das Kundmachungswesen, das Staat und Gesellschaft mit Rechtsnormen versorgt wie das Herz den Körper mit Blut, dem einen oder anderen Be-

lastungstest unterzogen. Das Ergebnis einer EKG-Serie gibt Anlass zu ernster Besorgnis. Der Kreislauf funktioniert zwar im Normalfall prächtig; aufgrund eines Herzklappenfehlers kann er jedoch in außergewöhnlichen Situationen plötzlich kollabieren – mit denkbar weit reichenden Folgen. Wenn diese Diagnose richtig ist, dann braucht es eine einschneidende Therapie. Mit einem Schrittmacher oder anderen Stabilisatoren ist es nicht getan. Ich rate dringend zur Operation.

Zu dieser drastischen Einschätzung veranlassen mich die Antworten auf vier Fragen, um die mein Beitrag kreist. Sie lauten:

- Worin genau liegt seit der Einführung des elektronischen Bundesgesetzblattes eigentlich der Akt der Kundmachung?
- Welche Kundmachungsfehler haben zur Konsequenz, dass das Kundgemachte für die rechtsanwendenden Organe unbeachtlich ist?
- Sind die verfassungsrechtlichen „Sanktionen“ für Fehler, die im Zuge der Kundmachung unterlaufen, noch adäquat?
- Wie verwundbar ist das neue System einer elektronischen Kundmachung im Ernstfall?

Die Begrenzung des zur Verfügung stehenden Raums zwingt mich zur Reduktion auf das Wesentliche. Ich formuliere meine Antwort auf jede der soeben aufgeworfenen Fragen zunächst als These und führe sodann einige Argumente an, die meine Schlussfolgerung stützen.

2. Die Kundmachung im neuen System

Die erste Frage ist die mit Abstand wichtigste, weil sie zugleich Vorfrage für alles Weitere ist. Und sie mutet furchtbar banal an, weil sie thematisiert, was eigentlich offen zutage liegen müsste. Was macht im neuen System denn eigentlich die Kundmachung aus?

Ich glaube, dass sich in diesem Punkt ein radikaler Wandel vollzogen hat, und beantworte die Frage mit folgender These:

(I) Die Kundmachung im Bundesgesetzblatt hatte früher mit der Versendung des Gesetzblattes an seine Abonnenten ein klar definiertes Ende. Seit dem 1. 1. 2004 ist die Kundmachung kein Akt mehr, sondern ein auf der Zeitachse offener Vorgang.

Das ergibt sich aus dem Zusammenspiel dreier Vorschriften des Bundesgesetzes über das Bundesgesetzblattgesetz (BGBIG) 2004.

Erstens sind nach § 7 Abs 1 BGBIG die im Bundesgesetzblatt „zu verlautbarenden Rechtsvorschriften [...] im Internet unter der Adresse www.ris.bka.gv.at zur Abfrage bereit zu halten.“ Diese Passage legt nahe, dass die Kundmachung kein Ende mehr hat. Wenn der Gesetzgeber den Begriff Bereithaltung verwendet, dann *prima facie* deshalb,

weil die Abfragemöglichkeit auf Dauer gewährleistet sein muss. Die bloße Bereitstellung zur Abfrage allein reicht offenbar nicht hin.

Diese Vermutung wird mit § 9 Abs 1 BGBIG durch eine zweite Vorschrift bestätigt. Ihr zufolge müssen „[d]ie Verlautbarungen im Bundesgesetzblatt jederzeit ... zugänglich sein.“ Eine Regel, dass nach der Bereithaltung für die Dauer einiger Wochen der Kundmachungsvorgang abgeschlossen wäre und die Bereithaltung fürderhin nur mehr Servicefunktion erfüllte, sucht man im Gesetz vergeblich.

Zweifel, ob die Kundmachung wirklich in einer dauerhaften Bereithaltung bestehen muss, werden durch eine dritte Bestimmung zerstreut. In § 7 Abs 3 BGBIG heißt es:

„Wenn und solange die Bereitstellung oder Bereithaltung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften zur Abfrage im Internet nicht bloß vorübergehend nicht möglich ist, hat deren Verlautbarung in anderer dem Art. 49 Abs. 3 B-VG entsprechender Weise zu erfolgen.“

Diese Vorschrift verpflichtet zu Ersatzkundmachungen in traditioneller Form. Indem sie einerseits zwischen Bereitstellung und Bereithaltung differenziert und indem sie andererseits das Begriffspaar „wenn und solange“ verwendet, stellt sie klar, dass sie nicht bloß dann greift, wenn die erstmalige Bereitstellung scheitert. Auch jede Unterbrechung der Bereithaltung, die mehr als bloß vorübergehenden Charakter hat, löst daher eine Pflicht zur Ersatzkundmachung aus. Eine Ersatzkundmachung kann freilich nur dort Platz greifen, wo die ursprüngliche Kundmachung ihre Funktionen nicht mehr erfüllt. Andernfalls hätte auch die Regelung in § 11 Abs 2 BGBIG über das Inkrafttreten solcher Ersatzkundmachungen keinen Sinn.

Auch den Materialien ist nicht zu entnehmen, dass die Kundmachung mit dem Akt der Freigabe zur Abfrage abgeschlossen wäre. Die in der RV vorgeschlagene Fassung ist zwar der Deutung gegenüber, dass sich die Kundmachung in der Bereitstellung zur Abfrage erschöpft, deshalb noch vergleichsweise offen, weil sie keine Regelungen über eine Ersatzkundmachung enthält. Ihre Erläuterungen stellen aber klar, dass die gebotene allgemeine Zugänglichkeit der kundgemachten Rechtsvorschriften keine ununterbrochene Zugangsmöglichkeit bedeutet, weil eine solche schon aus technischen Gründen nicht zu bewerkstelligen ist.¹ Daraus ist im Umkehrschluss zu folgern, dass dauerhafte Unterbrechungen sehr wohl von Relevanz sind.

Der Bericht des Verfassungsausschusses bestätigt diesen Befund. Aufgrund eines Abänderungsantrages hat der Ausschuss in das

¹ Erläut zu RV 93 BlgNR XXII. GP, 11.

BGBIG eine Reihe neuer Bestimmungen eingefügt, zu denen neben dem § 8 auch der § 7 Abs 3 zählt. In der Begründung heißt es:²

„§ 7 Abs. 3 enthält eine Notstandsregelung für den Fall, dass die Bereitstellung oder Bereithaltung der im Bundesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften zur Abfrage im Internet nicht bloß vorübergehend nicht möglich ist; in diesem Fall hat die Kundmachung in anderer dem Art. 49 Abs. 3 B-VG entsprechender Weise zu erfolgen.“

In dieser Passage werden Bereitstellen und Bereithalten ebenfalls nebeneinander erwähnt. Die Pflicht zur Notkundmachung in traditioneller Form soll nach den Intentionen des Ausschusses sowohl bei Unmöglichkeit der erstmaligen Bereitstellung als auch bei Unmöglichkeit der weiteren Bereithaltung schlagend werden.

3. Fehler, die zur Unbeachtlichkeit führen

Wo Menschen arbeiten, machen sie Fehler. Die Geschichte der Papierkundmachung zeigt, dass sich nahezu jeder denkbare Unfall früher oder später tatsächlich ereignet. Es lohnt sich daher, der Frage nachzugehen, welche Kundmachungsfehler im neuen elektronischen System die Unbeachtlichkeit der verlautbarten Rechtsvorschriften zur Folge haben. Meine Antwort lautet:

(II) Wenn das Rechtsinformationssystem länger als bloß vorübergehend nicht verfügbar ist, sind sämtliche im elektronischen Bundesgesetzblatt kundgemachten Rechtsvorschriften unbeachtlich, und zwar solange, als das System nicht verfügbar ist.

Den Schlüsselbegriff bildet die Gehörigkeit der Kundmachung iSd Art 89 Abs 1 B-VG. Wenn bei der Kundmachung Fehler unterlaufen, die zur Folge haben, dass die Rechtsvorschrift als nicht gehörig kundgemacht zu qualifizieren ist, dann ist die betreffende Rechtsvorschrift für die Gerichte, für den VwGH sowie für die UVS unbeachtlich.³

Ein zweiter Grundbegriff ist Kundmachung in gesetzwidriger bzw verfassungswidriger Weise iSd Art 139 Abs 3 lit c und 140 Abs 3 B-VG. Wenn die Kundmachung einer Verordnung in gesetzwidriger Weise oder die Kundmachung eines Gesetzes in verfassungswidriger Weise erfolgt ist, so hat dies für den VfGH die Konsequenz, dass er aus Anlass eines Normenprüfungsverfahrens grundsätzlich die ge-

² AB 243 BlgNR XXII. GP, 3.

³ Vgl Art 89 Abs 1 B-VG für die ordentlichen Gerichte, Art 129a Abs 3 B-VG für die UVS in den Ländern, Art 129c Abs 6 B-VG für den UBAS, Art 135 Abs 4 B-VG für den VwGH und § 135 Abs 3 BVergG für das Bundesvergabeamt.

samte Rechtsvorschrift (und nicht bloß deren präjudizielle Bestimmungen) als gesetzwidrig oder verfassungswidrig aufzuheben hat.⁴

In der Deutung dieser beiden Bestimmungen existieren zwei fundamentale Auffassungsunterschiede.

Die erste Divergenz rankt sich um das Verhältnis der beiden Begriffe. Die eine Auffassung setzt die Kundmachung in gesetzwidriger bzw verfassungswidriger Weise mit mangelnder Gehörigkeit der Kundmachung gleich. Die Gegenmeinung hält diese Begriffe auseinander. Kurioserweise ist bei Verordnungen die Identitätsthese vorherrschend, während bei Gesetzen die Differenzthese den Ton angibt.

Die zweite Kontroverse betrifft die Frage, wie sich die Verwaltung und die Rechtsunterworfenen nicht gehörig kundgemachten Rechtsvorschriften gegenüber zu verhalten haben. Ein Teil der Lehre zieht aus Art 89 Abs 1 B-VG den Analogieschluss und hält solche Rechtsnormen für unbeachtlich. Die Gegenauffassung bekennt sich zur Gehorsamsthese und geht davon aus, dass nicht gehörig kundgemachte Rechtsvorschriften verbindlich sind, solange sie der VfGH (oder der Normsetzer) nicht aufgehoben hat.

In beiden Streitfragen kann ich hier nur summarisch Stellung beziehen. Im Ergebnis halte ich die Divergenzthese für richtig: Wenn die Verfassung verschiedene Begriffe verwendet, dann haben sie im Zweifel nicht dieselbe Bedeutung. Die Gehorsamsthese kann hingegen meiner Überzeugung nach schon deshalb nur falsch sein, weil die Verwaltung die Aufhebung ihrer Bescheide durch UVS, VwGH und selbst VfGH zu gewärtigen hat, wenn sie dieser These folgt, während ansonsten ihre Akte die Prüfung unbeschadet überstehen.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass die für die Papierkundmachung entwickelten Fehlerkataloge auf die Kundmachung im WWW nur mit Modifikationen übertragbar sind. Nach hM setzt die Gehörigkeit der Kundmachung eines Gesetzes voraus, dass die Kundmachung der Rechtsvorschrift im Bundesgesetzblatt erfolgt, dass sie in der Kundmachung als Gesetz bezeichnet ist, dass die Kundmachung mit Berufung auf einen Beschluss des Nationalrats oder auf das Ergebnis einer Volksabstimmung erfolgt, dass in der Kundmachung die Namen des beurkundenden Bundespräsidenten und des gegenzeichnenden Bundeskanzlers abgedruckt sind und dass der Inhalt der Kundmachung mit dem Inhalt des beurkundeten und gegengezeichneten Originals übereinstimmt.⁵

⁴ Vgl weiters Art 139a B-VG für Wiederverlautbarungen und Art 140a Abs 1 B-VG für Staatsverträge.

⁵ Statt aller *Theo Öhlinger*, *Verfassungsrecht*, 5. Aufl 2003, Rz 443.

Die meisten dieser Erfordernisse können für auf das BGBl 2004 gestützte Verlautbarungen übernommen werden. Fraglich ist aber, was an die Stelle der Einschaltung in die Papierversion des BGBl getreten ist. Auch hier ist die Antwort durch die These I vorweggenommen. Insoweit ist für die Gehörigkeit der Kundmachung zu fordern:

- die Bereitstellung zur Abfrage unter ris.bka.gv.at,
- im richtigen Teil des BGBl,
- die – von vorübergehenden Störungen abgesehen – aktuelle Verfügbarkeit zur Abfrage.

Vor allem das letztgenannte Erfordernis hat gravierende Konsequenzen. Darauf wird unter 5. zurückzukommen sein.

4. Lücken im Sanktionensystem

Wenn zutrifft, dass die elektronische Kundmachung im Unterschied zur traditionellen Papierkundmachung kein klar definiertes Ende hat, dann liegt eine weitere Folgerung auf der Hand. Sie lautet:

(III) Die Sanktionen, die die Verfassung für Kundmachungsfehler vorsieht, sind lückenhaft bzw inadäquat.

Das B-VG kennt, wie dargestellt, lediglich zwei Kategorien von Kundmachungsfehlern und sieht differenzierte Rechtsfolgen vor:

Soweit es schon an der Gehörigkeit der Kundmachung einer Rechtsvorschrift mangelt, ist die Rechtsvorschrift jedenfalls für die Gerichte und nach bestrittener, mE aber zutreffender Auffassung auch für die Verwaltungsbehörden unbeachtlich.

Eine Kundmachung in gesetzwidriger bzw in verfassungswidriger Weise hat zur Folge, dass die betreffende Rechtsvorschrift vom VfGH aufzuheben ist, und zwar gemäß Art 139 Abs 3 und Art 140 Abs 3 B-VG zur Gänze, sofern die völlige Aufhebung nicht offensichtlich den Interessen jener Partei zuwiderläuft, die den Prüfungsantrag gestellt hat oder deren Sache den Anlass für die amtswegige Einleitung des Normprüfungsverfahrens bot.

Im neuen Kundmachungssystem gibt es jedoch auch einen neuen Fehlertypus: die in rechtswidriger Weise nicht mehr kundgemachte Rechtsvorschrift. Wenn ein Gesetz oder eine Verordnung zunächst im RIS verfügbar war, sodann aber aus dem Datenbestand eliminiert wird, dann ist diese Rechtsvorschrift für die Behörden (und damit auch für das Publikum) unbeachtlich. Die adäquate Reaktion auf diesen neuen Fehlertyp kann lediglich darin bestehen, die Verwaltung zur neuerlichen bzw weiteren Kundmachung zu verpflichten. Dazu geben aber weder das B-VG noch das VerfGG dem VfGH eine Handhabe.

Im Ergebnis bedeutet dies – auch das kann ich nur anreißen, nicht im Detail begründen –, dass der per 1. 1. 2004 erfolgte Systemwechsel wohl als verfassungswidrig einzustufen ist. Weder Art 139 noch 140 B-VG wurden durch das KundmachungsreformG novelliert. Die unverändert gebliebenen Regeln über die Fehlerfolgen setzen erkennbar voraus, dass Kundmachungen ein wohldefiniertes Ende haben, das eine abschließende Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit erlaubt. Die Neufassung des Art 49 B-VG darf daher in systematischer Auslegung nicht als Ermächtigung gelesen werden, die Kundmachung als Vorgang auszugestalten, der in zeitlicher Hinsicht niemals abgeschlossen ist: Dies würde Lücken in ein Modell der Normenkontrolle reißen, das zu den Fundamenten der Rechtsstaatskonzeption des B-VG zählt und das seit der Stammfassung geschlossen war. Dagegen mag man zwar mit einiger Berechtigung einwenden, dass die gleichzeitige Beschlussfassung über den neuen Art 49 B-VG und das BGBIG 2004 auf die Intention des Verfassungsgesetzgebers deutet, den Systemwechsel zuzulassen. Dieses Argument vermag jedoch das BGBIG 2004 gegen verfassungsrechtliche Bedenken nicht zu immunisieren. Erstens prävaliert in meinen Augen der systematische Befund. Zweitens ist höchst fraglich, ob der Verfassungsgesetzgeber wirklich sehenden Auges eine Rechtsschutzlücke in Kauf genommen hat. ME spricht mehr für die Einschätzung, dass er nicht wusste, was er tat.

5. Belastbarkeit des Systems im Ernstfall

Mit den bereits formulierten Thesen ist im Grund auch die Antwort auf die Frage vorweggenommen, wie resistent das neue System gegenüber Missbrauch und Manipulationsversuchen ist. Meine Antwort lautet: Wenig. So wenig, dass sich folgendes Fazit aufdrängt:

(IV) Souverän ist, wer über das Rechtsinformationssystem verfügt.

Diese These hat *Friedrich Lachmayer*, einer der Initiatoren dieser Tagung, vor bald zehn Jahren gesprächsweise formuliert. Damals sollte sie in Abwandlung des berühmten Schmitt-Wortes die Bedeutung von Wissensquellen überzeichnend auf den Punkt bringen. Seit 1. 1. 2004 liegen die Dinge anders. Wer über das Rechtsinformationssystem verfügt, verfügt nicht mehr bloß *de facto* über (die) Macht; er verfügt auch *de iure* über das Recht und seine Geltung. Denn es genügt, das RIS länger als nur vorübergehend lahm zu legen, um buchstäblich die geltende Rechtsordnung abzudrehen.

Dass politische Systeme in ihrer Infrastruktur am verwundbarsten sind und dass sie sich mit Polizei- und Militäraktionen allein weder

erobern noch wirksam verteidigen lassen, ist eine alte Einsicht.⁶ Neu ist jedoch, dass sich eine Rechtsordnung einem Umsturz von innen ebenso bereitwillig beugt wie einer gewaltsamen Intervention von außen. Nachdem es Usurpatoren gelungen ist, das RIS auszuschalten, haben sie für ihre Taten mitunter keine Sanktionen mehr zu befürchten. Mangels gehöriger Kundmachung jener Normen, die sie brechen, können sie selbst im Falle des Scheiterns ihrer Machtergreifungsversuche nur mit Einschränkungen strafrechtlich belangt werden.

Noch krasser sind die Szenarien eines Staatsstreichs von oben. Der Bundeskanzler, in dessen Ressortbereich das RIS angesiedelt ist, kann die geltende Rechtsordnung außer Kraft setzen, indem er das RIS per Weisung vom Netz nimmt. Er kann nach einem zufälligen, von ihm nicht zu verantwortenden (mehr als bloß vorübergehenden) Systemausfall das Hochfahren des RIS verhindern und braucht diesfalls nicht einmal befürchten, hierfür staatsrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden. In einem Verfahren über eine Anklage nach Art 142 B-VG kann er vor dem VfGH mit voller Berechtigung einwenden, dass es in Ermangelung gehöriger Kundmachung gar keine Gesetze gab, gegen die er hätte verstoßen können. Wo nichts mehr beachtlich ist, sind auch Rechtspflichten auf der Meta-Ebene nicht mehr beachtlich.

Es erübrigt sich, diese dunklen Bilder weiter auszumalen. Wie man es dreht und wendet: Die Anarchie ist machbar geworden, und zwar ganz legal. Das Recht kapituliert sowohl vor der Technik als auch vor der Gewalt. Das BGBIG 2004 grenzt an staatliche Beihilfe zu Revolutionsversuchen aller Art.

Ich will indessen nicht überzeichnen. Die Lage ist ernst; hoffnungslos ist sie nicht. Denn noch gibt es fall-back-Szenarien, die deshalb funktionieren, weil sie in konventioneller Form angeordnet sind. Das Strafrecht, die meisten Gesetze, die Verfassung samt ihren Regeln über die staatsrechtliche Verantwortlichkeit – sie alle stehen noch auf Papier. Damit ist die Gehörigkeit ihrer Kundmachung von der Verfügbarkeit des RIS entkoppelt. Auch das BGBIG 2004 selbst ist noch auf Papier verlautbart; es unterliegt daher nicht seinen eigenen Regeln.

Der Weg zurück ist nicht endgültig versperrt. So, wie das BGBIG 2004 in konventioneller Form anordnen konnte, dass künftig Kundmachungen keine punktuellen Akte mehr darstellen, sondern auf der Zeitachse offene Vorgänge, so kann eine in elektronischer Form kundzumachende Novelle zum BGBIG 2004 diese fatale Weichenstellung wieder korrigieren.

⁶ Klassischer Text: *Curzio Malaparte, Tecnica del colpo di Stato*, 1931 (deutsche Ausgabe: *Technik des Staatsstreichs*, 1988).