

Edmund G. Primosch

## Rechtsaspekte der kollegialen Beratung und Beschlussfassung

---

Das Strukturprinzip der Kollegialität in der Verwaltung schlägt sich in ablauforganisatorischen Invarianten nieder, die für die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der kollegialen Willensbildung wesentlich sind. Sie betreffen die Besetzung, die Sitzungseinladung, die Einhaltung der Beschlusserfordernisse und die Willensäußerung des Kollegialorgans.

---

Category: Articles

Region: Austria

Citation: Edmund G. Primosch, Rechtsaspekte der kollegialen Beratung und Beschlussfassung, in: Jusletter IT next: 11. September 2014 – Lachmayer

## Inhaltsübersicht

- 1 Bedeutung der Kollegialität und Invarianten
- 2 Besetzung des Kollegialorgans
- 3 Sitzungseinladung und Tagesordnung
- 4 Anwesenheitsquorum
- 5 Zustimmungsquorum
- 6 Entscheidungskonforme Willensäußerung

[Rz 1] Die Kollegialität der Entscheidungsfindung bildet ein Strukturprinzip, mit dem sowohl Legisten bei der Ausgestaltung von Rechtsvorschriften als auch Rechtsanwender im Zuge der Vollzugspraxis laufend konfrontiert werden. Der vorliegende Beitrag, der wesentliche, insbesondere ablauforganisatorische Rechtsaspekte der Kollegialität in der Verwaltung zusammenfassen will, sei meinem ehemaligen Arbeitskollegen und nunmehrigen väterlichen Freund *Friedrich Lachmayer* gewidmet, dem ich als Mentor und geistigen «Katalysator» höchste Wertschätzung entgegenbringe.

### 1 Bedeutung der Kollegialität und Invarianten

[Rz 2] Während die Willensbildung eines monokratischen Organs «innerpersonal» durch einen einzelnen Amtswalter erfolgt, setzt sich ein Kollegialorgan aus mehreren Amtswaltern zusammen, die gemeinsam — «interpersonal» — die Willensbildung vornehmen.<sup>1</sup> Dass ein Kollegialorgan und nicht bloß ein Zusammenwirken eigenständiger Organe vorliegt, wird dadurch indiziert, dass die Beratungs- und Abstimmungsvorgänge eines Kollegialorgans gesetzlich geregelt werden.<sup>2</sup> Die Willensbildung mehrerer Personen, die sich in Form von Beschlüssen ausdrückt, bietet gegenüber monokratischen Entscheidungen den Vorteil, dass infolge gemeinsamer, pluraler Beratung vermehrt die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte und Argumente sowie die Entscheidungsfolgen reflektiert und wechselseitige Kontrolle — also Intraorgankontrolle — ausgeübt werden können; demgegenüber werden als Nachteile der personelle und zeitliche Verfahrensaufwand sowie eine intransparente Verantwortlichkeit genannt.<sup>3</sup>

[Rz 3] Neben den Prinzipien der Zentralisation, der Differenzierung (Ressortsystem), der zeitlichen Stetigkeit (*stabilitas temporis*) und der örtlichen Ständigkeit (*stabilitas loci*) der Behörden gehört das Prinzip der Kollegialität seit MAXIMILIAN I. zu jenen staatsarchitektonischen Gestaltungselementen, die auch für die österreichische Verwaltung späterer Zeiten maßgeblich geworden sind, selbst wenn nach 1848 Ministerien unter der Leitung verantwortlicher (monokratischer) Minister die kollegial organisierten Zentralbehörden abgelöst haben.<sup>4</sup> Freilich ist die Bundesregierung, die sich aus der Gesamtheit von Bundeskanzler, Vizekanzler und den übrigen Bundesministern bildet (Art. 69 Abs. 1 B-VG), ein Kollegialorgan der obersten Bundesverwaltung. Als oberstes Organ der Landesvollziehung wird die Landesregierung, die sich aus dem Landeshauptmann, der erforderlichen Zahl von Stellvertretern und weiteren Mitgliedern zusammen-

---

<sup>1</sup> Vgl. RASCHAUER, B., Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 2009, Rz. 131.

<sup>2</sup> In diesem Sinn VwGH 28. Februar 2005, Zl. 2002/10/0141.

<sup>3</sup> Zu den Vorteilen siehe THIELE, Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen, 2008, S. 135 f., unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes der Bundesrepublik Deutschland; zu Vor- und Nachteilen ferner etwa „Allgemeine Staatslehre“<sup>12</sup>, 1994, S. 102 f., und LACHMAYER, E., Beiräte in der Bundesverwaltung, 2003, S. 170.

<sup>4</sup> Vgl. HELLBLING, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 1956, S. 141 ff. und 365.

setzt, bundesverfassungsrechtlich grundsätzlich als Kollegialorgan vorgesehen (Art. 101 Abs. 1 und 3 B-VG). Notorisch ist, dass Kollegialorgane auf nachgeordneten Verwaltungsebenen oder in der Selbstverwaltung, aber auch in Form von Beiräten zur Beratung oberster Verwaltungsorgane, sonder Zahl bestehen. Infolge Einrichtung der Verwaltungsgerichte (Landesverwaltungsgericht für jedes Land, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzgericht) mit Wirkung vom 1. Jänner 2014 werden die — bislang in einzelnen Verwaltungsangelegenheiten zur Entscheidung in oberster Instanz berufenen — «Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag», die sich in der österreichischen Verwaltungskultur etabliert haben, aufgelöst.<sup>5</sup>

[Rz 4] Um ein Kollegialorgan charakterisieren zu können, bedarf es eines Blicks auf den Rechtsträger, dem es zugeordnet ist, auf die zu vollziehenden Aufgaben und die Zusammensetzung (Mitgliederstruktur) des Kollegialorgans, die Erfordernisse der Willensbildung und Willensäußerung sowie auf den Geschäftsapparat einschließlich der Entscheidungsvorbereitung. Trotz ihrer bestehenden Vielfalt lassen sich bei Kollegialorganen ablauforganisatorische Invarianten ausmachen, die für die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der kollegialen Willensbildung wesentlich sind. Diese Invarianten betreffen die organisationsrechtlich vorgesehene Besetzung des betreffenden Kollegialorgans, die ordnungsgemäße Einladung der Mitglieder zu Sitzungen, die Einhaltung der jeweils vorgeschriebenen Beschlusserfordernisse (Anwesenheits- und Zustimmungsquoren) sowie die entscheidungskonforme Willensäußerung.

## 2 Besetzung des Kollegialorgans

[Rz 5] Die Einhaltung der jeweils maßgeblichen Besetzungsvorschriften, also die ordnungsgemäße Zusammensetzung (anders ausgedrückt: die richtige Konstituierung) ist für die Beschlussfähigkeit der Kollegialorgane bestimmend.<sup>6</sup> Gesetzlichen Vorschriften über die personelle Besetzung einer Kollegialbehörde ist Rechnung zu tragen, widrigenfalls das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) verletzt wird.<sup>7</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt die Entscheidung einer unzuständigen Behörde — mit hin eine Rechtswidrigkeit nach § 42 Abs. 2 Z. 2 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 — vor, wenn das Kollegialorgan nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen, sondern in unrichtiger oder unvollständiger Besetzung entscheidet<sup>8</sup>: Dies trifft dann zu, wenn bei der Entscheidungsfindung entweder nicht die vorgeschriebene Zahl von Mitgliedern mitwirkt oder daran Personen beteiligt sind, die als Mitglieder (etwa wegen Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes oder infolge Ablehnung durch eine Partei) von der Mitwirkung ausgeschlossen sind oder bei denen es sich nicht um Mitglieder dieses Kollegialorgans handelt. Während eine gesetzwidrige Zusammensetzung einer Kollegialbehörde deren funktionelle Unzuständigkeit und damit die Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter bewirkt, vermag eine «unrichtige» Zu-

---

<sup>5</sup> Siehe Art. 1 Z. 15, 60, 84 und 85 der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012.

<sup>6</sup> Vgl. VwGH 23. November 1990, Zl.en 89/17/0031 und 0032, wonach der in der unvollständigen Zusammensetzung der Kurkommission Badgastein gelegene Mangel (hier: Nichtentsendung eines vorgesehenen Vertreters durch eine entsendungsbefugte Stelle) etwa nicht dadurch saniert werden kann, dass die tatsächlich zusammengetretenen Mitglieder ordnungsgemäß einberufen wurden und die zur Beschlussfassung erforderliche Anwesenheit gegeben war.

<sup>7</sup> Siehe etwa VfGH 29. Februar 2008, Zl. B 187/06=VfSlg. 18.373/2008.

<sup>8</sup> Vgl. etwa VwGH 10. März 1975, Zl. 2223/74=VwSlg. 8.782(A)/1975; 22. Oktober 1987, Zl. 87/09/0184; 17. März 1992, Zl.en 92/11/0016 und 0017; 28. September 1993, Zl. 92/12/0218; 21. März 2001, Zl. 97/12/0160. Beachte ferner den Nichtigkeitsgrund nach § 68 Abs. 4 Z. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991.

sammensetzung infolge der Teilnahme eines wegen Befangenheit ausgeschlossenen Mitgliedes die Zuständigkeit als solche (grundsätzlich) nicht zu berühren.<sup>9</sup> Kommt allerdings einer Partei ein Ablehnungsrecht zu, liegt ein unrichtig zusammengesetztes Kollegialorgan und damit das Einschreiten einer unzuständigen Behörde vor, wenn an der Beschlussfassung ein Mitglied teilnimmt, das an dieser Sitzung infolge Ablehnung nicht teilnehmen darf.<sup>10</sup> Eine unrichtige Zusammensetzung liegt ferner vor, wenn dem Ablehnungsrecht zu Unrecht keine Folge gegeben wird oder die Ausübung des Ablehnungsrechts einer Partei dadurch unmöglich gemacht wird, dass ihr die zur Entscheidung berufenen Mitglieder einer Kollegialbehörde nicht bekannt gegeben werden.<sup>11</sup>

[Rz 6] Besondere Vorgaben gelten für jene Kollegialbehörden, die als «Tribunale» im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention anzusprechen sind: Werden die an das entscheidungsbefugte Organ gestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit — wegen des möglichen objektiven Anscheines von Befangenheit bzw. «äußeren Anscheins» der Parteilichkeit eines Mitgliedes — nicht erfüllt, liegt insoweit eine verfassungswidrige Besetzung vor, die das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt.<sup>12</sup> Wenn etwa das Mitglied eines Tribunals im Verfahren zugleich als Sachverständiger herangezogen wird, kann eine Verfahrenspartei dadurch gezwungen werden, gegen dieses Mitglied des die Sache entscheidenden Gremiums zu argumentieren und nötigenfalls zu polemisieren; Partei und Öffentlichkeit können deswegen in Zweifel darüber geraten, ob unparteilich Recht gesprochen wird.<sup>13</sup> Dieselben Bedenken kommen zum Tragen, wenn Mitglieder eines Tribunals in einem dienstlichen oder funktionellen Unterstellungsverhältnis gegenüber einer der Prozessparteien stehen<sup>14</sup> oder auf Grund ihrer außerhalb des Tribunals ausgeübten Funktion am Zustandekommen der vor dem Tribunal angefochtenen Entscheidung mitgewirkt haben.<sup>15</sup> In der Frage der rechtmäßigen Zusammensetzung des Tribunals kommt es freilich nicht auf die allfällige tatsächliche Befangenheit eines Mitgliedes an, sondern auf dessen «äußeren Anschein der Parteilichkeit».<sup>16</sup> Ferner wird das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt, wenn ein Tribunal-Mitglied nach Schluss der Verhandlung bloß zur Mitwirkung an der Entscheidungsfindung erst in einer späteren Sitzung ausgewechselt wird, weil zur Sachentscheidung nur jene Mitglieder eines Tribunals berufen sind, die an der letzten Verhandlung teilgenommen haben.<sup>17</sup> In diesem Zusammenhang wäre es ferner problematisch, ein Verfahren mit fortgesetzten

---

<sup>9</sup> Vgl. VfGH 9. Oktober 1958, Zl. B 82/58=VfSlg. 3.408/1958, jedoch mit der Einschränkung, dass zur Rechtsfolge einer unrichtigen Zusammensetzung «durch ein spezielles Gesetz ausdrücklich eine andere Regelung getroffen» werden könne (so die Anordnung der Nichtigkeit eines Beschlusses); VfGH 27. Juni 1973, Zl. B 17, 18/73=VfSlg. 7.082/1973; VwGH 16. April 1959, Zl. 2975/58=VwSlg. 4.942(A)/1959.

<sup>10</sup> Siehe VwGH 15. März 2000, Zl. 97/09/0354.

<sup>11</sup> Siehe VfGH 12. Dezember 1953, Zl. B 137/53=VfSlg. 2.609/1953, und VfGH 9. Oktober 1958, Zl. B 59/58=VfSlg. 3.406/1958.

<sup>12</sup> Siehe VfGH 27. November 2006, Zl. B 1258/06=VfSlg. 17.990/2006.

<sup>13</sup> Siehe VfGH 1. Dezember 1986, Zl.en B 616/85 und B 448/86=VfSlg. 11.131/1986; ferner etwa VfGH 12. März 2003, Zl. B 482/01=VfSlg. 16.827/2003.

<sup>14</sup> Vgl. VfGH 17. Oktober 1985, Zl. B 489/82=VfSlg. 10.634/1985.

<sup>15</sup> Siehe VfGH 23. September 1996, Zl.en B 4001/95 und B 4000/95=VfSlg. 14.564/1996, zu den von der Kärntner Ärztekammer entsandten, auch dem Vorstand der Ärztekammer angehörenden Beisitzern der Landesberufungskommission, die bereits an der (später vor der Kommission angefochtenen) Verweigerung der Zustimmung zum Abschluss eines unbefristeten Vertrages beteiligt waren.

<sup>16</sup> Vgl. VfGH 2. März 1999, Zl. B 3103/97 bis B 550/98=VfSlg. 15.439/1999; VwGH 24. September 2002, Zl. 2000/16/0737.

<sup>17</sup> Vgl. etwa VfGH 12. Juni 1987, Zl. B 1288/86=VfSlg. 11.336/1987; 12. Juni 1987, Zl. B 74/87=VfSlg. 11.338/1987;

Verhandlungen in wechselnder Besetzung ohne formelle Neudurchführung des Verfahrens abzuwickeln.<sup>18</sup>

[Rz 7] Ist für Mitglieder eines Kollegialorgans eine bestimmte Amtsdauer normiert (z.B. wenn Mitglieder der Grundverkehrskommission «für die Dauer der Funktionsperiode des Gemeinderates» bestellt sind), bedeutet dies grundsätzlich die Unabberufbarkeit der Mitglieder während dieser Amtsdauer.<sup>19</sup> Fehlt demgegenüber eine Regelung über die Amtsdauer der Mitglieder, impliziert dies, dass die Mitglieder grundsätzlich jederzeit durch das zur Bestellung zuständige Organ abberufen werden können. Das Nichtbestehen einer Regelung über die Abberufung der Mitglieder eines Kollegialorgans darf freilich nicht als Unabsetzbarkeit dieser Mitglieder gedeutet werden, weil dem Gesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden kann, die Funktionsdauer vom Weiterbestehen der persönlichen Eignung des Bestellten, vom Willen, das Amt weiterhin tatsächlich auszuüben, und ähnlichen für die Funktionsfähigkeit des Organs bedeutsamen Umständen unabhängig zu machen; die Bestimmungen über die Bestellung ermächtigen mithin auch zur jederzeitigen Abberufung des Bestellten (*contrarius actus*), ausgenommen in Fällen, in denen der Bestellungsakt die Rechtsfolge einer bestimmten Organstellung bildet (z.B. die Mitgliedschaft mit der Funktion des Bezirkshauptmannes verknüpft ist) und daher die Abberufung nur infolge des Verlustes dieser Organstellung vorgenommen werden darf.<sup>20</sup>

### 3 Sitzungseinladung und Tagesordnung

[Rz 8] Ein Kollegialorgan kann nur tätig werden, wenn es auf Grund einer an alle Mitglieder ergangenen Einladung des Vorsitzenden — also zu einer anberaumten Sitzung — zusammengetreten ist; andernfalls würde eine «irgendwie anders arrangierte Zusammenkunft» vorliegen.<sup>21</sup> Erforderlich ist es, entweder die Sitzungstermine im Voraus festzulegen und allen Mitgliedern bekannt zu geben oder jeweils zur konkreten Sitzung ordnungsgemäß einzuladen.<sup>22</sup> Im Hinblick auf das «Wesen des Kollegiums» und die «Funktion des Vorsitzenden» gilt das Erfordernis der Sitzungseinladung auch für den Fall, dass keine ausdrücklichen Vorschriften über die Anberaumung der Sitzungen bzw. die Einberufung der Mitglieder des Kollegialorgans bestehen sollten.<sup>23</sup> Hat der Vorsitzende eines Kollegialorgans dessen Mitglieder schriftlich unter Bekanntgabe der Tagesordnung zu einer Versammlung einzuladen, so ist dies Voraussetzung für die Beschlussfähigkeit der Versammlung; eine sonstige Kundmachung des Termins und der Tagesordnung reicht nicht hin, um die Beschlussfähigkeit der Versammlung sicherzustellen.<sup>24</sup> Bestimmungen, die die Frist zur Einberufung einer Sitzung sowie die Bekanntgabe der Gegenstände der Tagesordnung regeln, verfolgen die Intention, die Mitglieder des Kollegialorgans so rechtzeitig über die Themen, über die bei der Sitzung ein Beschluss gefasst werden soll, zu informieren, dass sie sich

---

26. Juni 2002, Zl. B 228/01=VfSlg. 16.572/2002.

<sup>18</sup> Siehe VfGH 28. November 1986, Zl. B 670/86=VfSlg. 11.108/1986.

<sup>19</sup> VfGH 19. Juni 1978, Zl. B 156/76=VfSlg. 8.317/1978.

<sup>20</sup> Vgl. VfGH 29. Juni 1973, Zl. G 15/73=VfSlg. 7.099/1973.

<sup>21</sup> VfGH 1. Dezember 1970, Zl. WI-10/70=VfSlg. 6.324/1970.

<sup>22</sup> Vgl. RASCHAUER, FN 1, Rz. 142.

<sup>23</sup> a.a.O.

<sup>24</sup> VfGH 9. März 1989, Zl. V 19/88=VfSlg. 12.010/1989.

hierauf vorbereiten können.<sup>25</sup> Im Fall der Verhinderung eines Mitgliedes ist dessen Ersatzmitglied einzuberufen, wenn ein solches gesetzlich vorgesehen ist.<sup>26</sup> Werden also dem Vorsitzenden Umstände bekannt, dass die Mitwirkung eines Mitgliedes nicht möglich oder nicht zulässig<sup>27</sup> ist, hat er das vorgesehene Ersatzmitglied zu laden. Falls nicht alle Mitglieder, im Bedarfsfall auch alle erforderlichen Ersatzmitglieder dem Gesetz entsprechend geladen werden, würde die Kollegialbehörde nicht richtig zusammengesetzt und das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt sein.<sup>28</sup> Allerdings ist der Fall, dass wegen kurzfristiger Absage die Einladung eines Ersatzmitgliedes nicht mehr möglich ist, einer Nichtanwesenheit ohne vorausgehende Ankündigung eines Mitgliedes gleichzuhalten; dies kann nicht zum Vorwurf einer nicht dem Gesetz entsprechenden Zusammensetzung des Kollegialorgans gereichen.<sup>29</sup>

[Rz 9] Gerade für die Geschäftsordnung von Gemeinderäten wird es — auch im Licht des Öffentlichkeitsgebotes gemäß Art. 117 Abs. 4 B-VG — als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen, dass Rechtsakte vom Gemeinderat nur dann rechtmäßig gesetzt werden können, wenn sie einen Gegenstand der Tagesordnung der betreffenden Sitzung des Gemeinderats bilden.<sup>30</sup> So wäre es rechtswidrig, wenn dem Gemeinderat vorbehaltene Wahlhandlungen, wie insbesondere die Erstattung von Wahlvorschlägen oder die Gewählt-Erklärung vorgeschlagener Mitglieder des Gemeindevorstandes bei einer Fraktionswahl, ohne gehörigen Tagesordnungspunkt vorgenommen werden.<sup>31</sup> Die Beschlussfassung über eine Verordnung unter dem Tagesordnungspunkt «Allfälliges» ohne vorausgehende Aufnahme des Themas in die Tagesordnung belastet die Verordnungserlassung mit Gesetzwidrigkeit.<sup>32</sup>

#### 4 Anwesenheitsquorum

[Rz 10] Das Anwesenheitsquorum bestimmt sich nach den jeweils geltenden Vorschriften über die Beschlussfähigkeit. Für den Fall, dass der Gesetzgeber keine ausdrücklichen Regelungen über das Präsenzquorum getroffen hat, ist eine Kollegialbehörde nur bei Anwesenheit aller ihr zugehörigen Mitglieder beschlussfähig.<sup>33</sup> Der Ordnungsgeber kann ein davon abweichendes Präsenzquorum lediglich dann vorsehen, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich dazu ermächtigt.<sup>34</sup> Am Erfordernis der Anwesenheit aller Mitglieder eines Kollegialorgans bei der Beschlussfassung ändert eine Befangenheit ebenso wenig wie eine länger dauernde Verhinderung einzelner Mitglieder, so-

---

<sup>25</sup> VfGH 21. Juni 1990, Zlen. V 176/90 und V 177/90=VfSlg. 12.398/1990.

<sup>26</sup> VfGH 18. Juni 1980, Zl. B 260/76=VfSlg. 8.837/1980.

<sup>27</sup> Zur Wahrnehmung des Ausschlusses eines befangenen Mitgliedes beachte VfGH 19. Dezember 1951, Zl. W II-3/51=VfSlg. 2.251/1951.

<sup>28</sup> VfGH 25. Juni 1974, Zl. B 86/74=VfSlg. 7.324/1974.

<sup>29</sup> VfGH 18. Juni 1980, Zl. B 260/76=VfSlg. 8.837/1980; im vorliegenden Fall gab das Mitglied eines Gemeindevorstandes erst am Sitzungstag bekannt, an der Sitzung nicht teilnehmen zu können.

<sup>30</sup> VfGH 10. März 1999, Zl. WI-1/98=VfSlg. 15.458/1999.

<sup>31</sup> a.a.O.

<sup>32</sup> VfSlg. 4. Oktober 2000, Zl. V 20/00=VfSlg. 12.398/1990.

<sup>33</sup> Siehe die ständige Rechtsprechung: VfGH 9. Oktober 1956, Zl. B 121/56=VfSlg. 3.086/1956; 29. Juni 1976, Zl.en G 39/75 und V 34-41/75=VfSlg. 7.837/1976; 13. Dezember 1991, Zl. V 92/91=VfSlg. 12.951/1991; 4. Oktober 2000, Zl. V 20/00=VfSlg. 15.971/2000.

<sup>34</sup> Vgl. VfGH 4. Oktober 2000, Zl. V 20/00=VfSlg. 15.971/2000, hinsichtlich der Gesetzwidrigkeit der Geschäftsordnung des Beschwerdeausschusses der Ärztekammer Tirol, mit der das Anwesenheitsquorum — bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung hiezu — auf zwei Drittel der Mitglieder verringert wurde.

fern das Gesetz nicht ein Abgehen von der Vollzähligkeit oder die Nominierung von Ersatzmitgliedern vorsieht.<sup>35</sup> Jedoch hat der Verwaltungsgerichtshof in einem älteren Judikat die Ansicht vertreten, dass sich im Fall der Befangenheit eines Mitgliedes und mangels Ermächtigung zur Stimmrechtsübertragung oder Vertretung die Zahl der teilnahmepflichtigen Mitglieder entsprechend verringert.<sup>36</sup> Für diesen Standpunkt spricht wohl die Überlegung, dass der Ausschluss wegen Befangenheit unsachliche psychologische Motive bei der Willensbildung hintanhaltend soll und daher eine Ausnahme vom Erfordernis der Vollzähligkeit rechtfertigt. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes könne das Mitglied eines Kollegialorgans — selbst bei faktischer Anwesenheit — vom Standpunkt des Gesetzes nicht als anwesend und daher nicht als stimmberechtigt angesehen werden, wenn normiert ist, dass ein wegen Befangenheit ausgeschlossenes Mitglied vor einer Abstimmung abzutreten bzw. sich der Ausübung seines Amtes zu enthalten hat.<sup>37</sup>

[Rz 11] Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Frage der Befangenheit nicht bloß der subjektiven Selbstbeurteilung des betroffenen Mitgliedes obliegt, sondern Sache des Vorsitzenden der Kollegialbehörde ist, wenn er die Einhaltung der Beschlusserfordernisse (Anwesenheits- und Zustimmungsquoren) überprüft.<sup>38</sup> Die Befangenheit eines Organwalters in einem Kollegialorgan stellt freilich bloß dann einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, wenn anzunehmen ist, dass die Behörde bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift zu einem anderen Bescheid hätte kommen können.<sup>39</sup> Ein solcher Fall läge etwa vor, wenn das Kollegialorgan bei Abwesenheit des befangenen Organes nicht beschlussfähig gewesen wäre.<sup>40</sup>

[Rz 12] Wenn an der nichtöffentlichen Sitzung einer Kollegialbehörde eine (sonstige) Person teilnimmt, die an dieser Sitzung nicht teilnehmen darf, liegt ein unrichtig zusammengesetztes Kollegialorgan vor, weshalb eine unzuständige Behörde einschreitet.<sup>41</sup> Dies gilt allerdings nicht im Fall der — auf das Präsenzquorum nicht anzurechnenden — Anwesenheit eines befangenen Mitgliedes dieser Behörde.<sup>42</sup>

## 5 Zustimmungsquorum

[Rz 13] Das Zustimmungsquorum bestimmt sich nach den jeweils geltenden Vorschriften über das Zustandekommen von Beschlüssen. Allgemein wird für Körperschaften des öffentlichen Rechtes (wie etwa Agrargemeinschaften, Zusammenlegungsgemeinschaften, Wassergenossenschaften,

---

<sup>35</sup> Vgl. VwGH 16. Juni 2011, Zl. 2009/10/0159.

<sup>36</sup> Vgl. VwGH 21. Februar 2001, Zl. 98/12/0073, hier — trotz Verallgemeinerungsfähigkeit — konkret bezogen auf das «Umlaufverfahren».

<sup>37</sup> VfGH 19. Dezember 1951, Zl. W II-3/51=VfSlg. 2.251/1951.

<sup>38</sup> Eine objektive Sichtweise, die der Vorsitzende anzulegen hat, erscheint aus dem vorzitierten Erkenntnis ableitbar. Siehe ferner WALTER/KOLONOVITS/MUZAK/STÖGER, *Verwaltungsverfahrenrecht* 9, 2011, Rz. 109, wonach bei Fehlen besonderer Vorschriften vorerst der Vorsitzende des Kollegialorgans zu entscheiden hat, wer Mitglied eines Kollegialorgans ist und daher an der Willensbildung mitzuwirken hat.

<sup>39</sup> Vgl. etwa VwGH 23. April 1996, Zl. 95/05/0333; 20. Mai 2003, Zl. 2002/05/1025; 19. Dezember 2005, Zl. 2002/06/0004.

<sup>40</sup> Vgl. VwGH 19. April 1995, Zl. 94/12/0033, mit weiteren Nachweisen; 15. Mai 2012, Zl. 2009/05/0088.

<sup>41</sup> Vgl. VfGH 11. März 1959, Zl. B 179/58=VfSlg. 3.506/1959; VwGH 22. Juni 1995, Zl. 93/09/0445; VwGH 15. April 1998, Zl. 94/09/0305.

<sup>42</sup> Vgl. VfGH 19. Dezember 1951, Zl. W II-3/51=VfSlg. 2.251/1951, wonach die physische Anwesenheit eines befangenen Organwalters «rechtlich bedeutungslos» sei. Beachte ferner die (oben zusammengefasste) Rechtsprechung zu der für die Zuständigkeit grundsätzlich irrelevanten Teilnahme eines wegen Befangenheit ausgeschlossenen Mitgliedes.

Wasserverbände) das Prinzip der einfachen Stimmenmehrheit normiert, mag auch in Angelegenheiten, die von besonderer Wichtigkeit sind, das erschwerte Erfordernis der Zweidrittelmehrheit vorgesehen sein.<sup>43</sup> Fehlt allerdings eine ausdrückliche Regelung über das Zustimmungsquorum, wird in der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass für das Zustandekommen der Beschlüsse nicht Einhelligkeit erforderlich ist, sondern dass das Mehrheitsprinzip gilt.<sup>44</sup> Allerdings kann in Angelegenheiten der außerordentlichen Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache (so hinsichtlich der Durchführung eines Bauvorhabens auf dem gemeinschaftlichen Grundstück einer Agrargemeinschaft) die Einstimmigkeit der Miteigentümer geboten sein.<sup>45</sup> Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Regelung über das Zustimmungsquorum wird für die Bundesregierung angenommen, dass deren Beschlussfassung der Stimmeneinhelligkeit ihrer Mitglieder bedarf.<sup>46</sup>

[Rz 14] Soll eine Stimmgewichtung stattfinden, sind die Kriterien zur Ermittlung der auf die einzelnen Mitglieder entfallenden Stimmen — also eine bestimmte Art und Weise der Stimmrechtsermittlung — eindeutig zu normieren.<sup>47</sup>

[Rz 15] Stimmenthaltung ist nur dann zulässig, wenn sie vom Gesetz vorgesehen ist; trifft dies nicht zu, bringt die Bestellung zum Mitglied einer Kollegialbehörde die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Willensbildung mit sich, weshalb die Stimmenthaltung mit den Amtspflichten des Mitgliedes einer Kollegialbehörde unvereinbar ist.<sup>48</sup> Wenn infolge unzulässiger Stimmenthaltung nur eine Fraktion der Kollegialbehörde entscheidet, wird das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) verletzt.<sup>49</sup> Dass Stimmenthaltung als Ablehnung gilt oder dass bei Stimmgleichheit die Stimme des Vorsitzenden entscheidet (Dirimierungsrecht), bedürfte besonderer Normierung.

[Rz 16] Die Willensbildung im «Umlaufweg» (also durch schriftlichen «Umlaufbeschluss»; *per rolam*) ist eine schriftliche Abstimmung im Kreis der Mitglieder des Kollegialorgans, jedoch außerhalb einer förmlichen Sitzung desselben.<sup>50</sup> Durch diese Vorgangsweise geht der für Kollegialorgane typische Vorzug der vorhergehenden kollegialen Beratung verloren.<sup>51</sup> Aus rechtspolitischer Sicht sollte die Beschlussfassung im «Umlaufweg» daher nur ausnahmsweise zugelassen werden, insbesondere für den Fall, dass hinsichtlich einzelner Angelegenheiten die kollegiale Beratung entbehrlich erscheint<sup>52</sup> oder eine Angelegenheit so dringend ist, dass die nächste Sitzung des Kollegialorgans nicht abgewartet werden kann, ohne dass ein Nachteil für die Sache zu befürchten

---

<sup>43</sup> Vgl. VwGH 23. April 1991, Zl. 90/07/0146= VwSlg. 13.426(A)/1991.

<sup>44</sup> Siehe VfGH 9. Oktober 1956, Zl. B 121/56=VfSlg. 3.086/1956: «Hätte der Gesetzgeber das Prinzip der Einhelligkeit für das Zustandekommen eines Beschlusses der Grundverkehrslandeskommision statuieren wollen, so hätte er die Wirkung des Nichtzustandekommens eines einhelligen Beschlusses auf das zu erledigende Rechtsmittel regeln müssen. Die hier gegebene Situation lässt es daher zu, die Lücke dahin zu schließen, dass ein von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder gefasster Beschluss als Entscheidung der Grundverkehrslandeskommision selbst zu gelten hat.» Siehe ferner VwGH 23. April 1991, Zl. 90/07/0146= VwSlg. 13.426(A)/1991.

<sup>45</sup> Siehe VwGH 29. November 2005, Zl. 2004/06/0119, in Bezug auf Maßnahmen, die über Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache nach § 833 zweiter Satz ABGB hinausgehen.

<sup>46</sup> Vgl. VfGH 25. Juni 1951, Zl. B 253/50, B 5/51 und B 6/51=VfSlg. 2.149/1951, unter Berufung auf die «Rechtseinrichtung der Ministerverantwortlichkeit»; zustimmend VwGH 24. Mai 1963, Zl. 245/62=VwSlg. 6.035(A)/1963.

<sup>47</sup> Vgl. VwGH 23. September 2004, Zl. 2001/07/0150, zur Satzung einer Wassergenossenschaft.

<sup>48</sup> Siehe VfGH 11. März 1959, Zl. B 179/58=VfSlg. 3.506/1959.

<sup>49</sup> a.a.O.

<sup>50</sup> Vgl. RASCHAUER, FN 1, Rz. 147.

<sup>51</sup> Zur Umgehung der Kommunikationssituation siehe etwa LACHMAYER, FN 3, S. 249.

<sup>52</sup> So etwa Art. 57 Abs. 4 der Kärntner Landesverfassung.



ist.<sup>53</sup> Die Beschlussfassung im «Umlaufweg» bedarf einer gesetzlichen bzw. geschäftsordnungs-mäßigen Ermächtigung; demgegenüber ist das «Umlaufverfahren» vorbehaltlos ausgeschlossen, wenn die erforderliche Willensbildung nach dem Gesetz bzw. der Geschäftsordnung ausschließlich im Rahmen einer Sitzung des Kollegialorgans stattfinden darf.<sup>54</sup>

[Rz 17] Ein wesentlicher Verfahrensmangel infolge Mitwirkung eines befangenen Mitgliedes kann — abgesehen vom Fall der etwa sonst fehlenden Beschlussfähigkeit des Kollegialorgans (siehe oben) — auch dann gegeben sein, wenn ohne Stimme des befangenen Mitgliedes die für die Beschlussfassung erforderliche Stimmenmehrheit nicht zustande gekommen wäre; selbst wenn dies nicht zutreffen sollte, wird die Relevanz des Verfahrensmangels überdies dann angenommen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Kollegialbehörde in Abwesenheit des befangenen Organwalters zu einem anderen, wenngleich ebenfalls dem Gesetz entsprechenden Beschluss hätte gelangen können, was vor allem bei Ermessensentscheidungen im Allgemeinen zu bejahen sein wird.<sup>55</sup>

## 6 Entscheidungskonforme Willensäußerung

[Rz 18] Nach Beratung und Beschlussfassung liegt erst ein interner Willensakt des Kollegialorgans vor, der noch der Mitteilung nach außen bzw. an die jeweiligen (von den Kollegiumsmitgliedern verschiedenen) Adressaten bedarf, damit er wahrgenommen werden kann. So entfaltet ein Bescheid, solange er nicht zugestellt wurde, keine Rechtswirkungen nach außen, weshalb eine Kollegialbehörde nach der Rechtsprechung befugt (wenn auch nicht verpflichtet) ist, Änderungen der Sach- und Rechtslage nach Beschlussfassung und vor Zustellung des Bescheides zum Anlass einer neuerlichen Beschlussfassung zu nehmen.<sup>56</sup>

[Rz 19] Wenn verfahrensrechtlich die «Unterschrift des Genehmigenden» für schriftliche behördliche Erledigungen gefordert ist,<sup>57</sup> bedeutet dies bei Kollegialbehörden die Beurkundung, dass die Erledigung auf der Willensbildung des Kollegialorgans beruht.<sup>58</sup> Zum Nachweis der Wil-

---

<sup>53</sup> So etwa Art. 47 Abs. 2 des Verfassungsgesetzes über die Verfassung des Landes Vorarlberg.

<sup>54</sup> VfGH 1. Dezember 1999, Zl. B 2835/96=VfSlg. 15.668/1999; beachte VfGH 16. Juni 2000, Zl. B 450/99=VfSlg. 15.813/2000: Findet eine Willensbildung nicht — wie vorgesehen — im Rahmen einer Senatsitzung, sondern unzulässigerweise im «Umlaufweg» statt, stellt diese Missachtung der Regelungen betreffend die kollegiale Beschlussfassung behördliche Willkür dar.

<sup>55</sup> Vgl. VwGH 19. April 1995, Zl. 94/12/0033, mit weiteren Nachweisen; 21. Februar 2001, Zl. 98/12/0073, zur Auswirkung auf das Konsensquorum bei Beschlussfassung im «Umlaufverfahren»; ferner VwGH 15. Mai 2012, Zl. 2009/05/0088.

<sup>56</sup> Siehe zuletzt VwGH 23. Juli 2009, Zl. 2007/05/0139; dazu Glosse von PRIMOSCH, *ecolex* 2009/354; ferner WALTER/KOLONOVITS/MUZAK/STÖGER, FN 38, Rz. 413, mit weiteren Nachweisen.

<sup>57</sup> § 18 Abs. 3 und 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG) differenzieren zwischen «schriftlicher Erledigung» und «schriftlicher Ausfertigung». § 18 Abs. 3 AVG bestimmt: «Schriftliche Erledigungen sind vom Genehmigungsberechtigten mit seiner Unterschrift zu genehmigen; wurde die Erledigung elektronisch erstellt, kann an die Stelle dieser Unterschrift ein Verfahren zum Nachweis der Identität (§ 2 Z. 1 E-GovG) des Genehmigenden und der Authentizität (§ 2 Z. 5 E-GovG) der Erledigung treten.» Überdies ist nach § 18 Abs. 4 AVG für schriftliche Ausfertigungen, die nicht in Form von elektronischen Dokumenten ergehen, u.a. die Unterschrift des Genehmigenden erforderlich, wobei an die Stelle dieser Unterschrift die Beglaubigung der Kanzlei treten kann, dass die Ausfertigung mit der Erledigung übereinstimmt und die Erledigung gemäß § 18 Abs. 3 AVG genehmigt worden ist; Ausfertigungen in Form von Ausdrucken von mit einer Amtssignatur versehenen elektronischen Dokumenten oder von Kopien solcher Ausdrücke müssen jedoch weder eine Unterschrift des Genehmigenden noch eine Beglaubigung der Kanzlei enthalten.

<sup>58</sup> Vgl. VwGH 22. April 1993, Zl. 92/09/0315=VwSlg. 13.820(A)/1993; 14. Juni 1995, Zl. 95/12/0116; 28. Juni 1995, Zl. 93/12/0132; ferner VfGH 26. September 1989, Zl. B 3/87=VfSlg. 12.139/1989.

lensbildung ist über die kollegiale Beratung und Beschlussfassung ein Protokoll abzufassen.<sup>59</sup> Die schriftliche Ausfertigung der vom kollegialen Willen getragenen Erledigung ist in der Folge nach außen bekanntzugeben. Wem die Beurkundungs- und Bekanntgabefunktionen zukommen, richtet sich grundsätzlich nach den Verwaltungs(organisations)vorschriften.<sup>60</sup> So kann die «Intimierung» eines namens der (willensbildenden) Kollegialbehörde ausgefertigten Bescheides durch eine andere Behörde vorgesehen sein.<sup>61</sup> Ist jedoch gesetzlich nichts Besonderes normiert, wird angenommen, dass dem Vorsitzenden des Kollegialorgans, der auch sonst Leitungsbefugnisse wahrnimmt, die Funktionen der Beurkundung der kollegialen Willensbildung und der Bekanntgabe nach außen obliegen.<sup>62</sup> Die Bekanntgabefunktion kommt selbst für den Fall zum Tragen, dass der Vorsitzende an der kollegialen Willensbildung nicht mitgewirkt hat.<sup>63</sup>

[Rz 20] Die ausgefertigte Erledigung muss — neben den sonst geforderten Bescheidvorgaben — im Kopf, im Spruch oder in der Fertigungsklausel einen eindeutigen Hinweis darauf enthalten, dass sie auf einem Beschluss der Kollegialbehörde gründet und damit der Kollegialbehörde zuzurechnen ist.<sup>64</sup> Nicht erforderlich ist, dass die Mitglieder der Kollegialbehörde angeführt werden.<sup>65</sup>

[Rz 21] Liegt einem Bescheid, welcher der Intention seines Erscheinungsbildes zufolge einem Kollegialorgan zugerechnet wird, kein entsprechender Beschluss dieses Organes zugrunde, dann ist der Bescheid nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes so zu betrachten, als ob er von einer unzuständigen Behörde erlassen worden wäre; in diesem Fall liegt trotz mangelhafter Willensbildung ein vernichtbarer und kein nichtiger Verwaltungsakt vor.<sup>66</sup> Ein Spruch muss in seiner Gesamtheit und nicht bloß teilweise von der Kollegialentscheidung umfasst sein; er muss der vorangegangenen Beschlussfassung entsprechen.<sup>67</sup> Der bloße Inhalt des Verwaltungsaktes vermag die erforderliche Beschlussfassung des Kollegialorgans, die sich im Protokoll ihrer Sitzung niederschlägt, nicht zu ersetzen.<sup>68</sup> Aus dem Umstand, dass Berechnungen zunächst «auf Schmierzettel» geschrieben waren und erst nach kollegialer Beschlussfassung die Bescheidausfertigung in ihrem gesamten Umfang reinschriftlich erfolgte, kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass ihr Inhalt vom Beschluss des Kollegialorgans nicht umfasst wäre.<sup>69</sup> Neben dem Spruch muss auch die Begründung durch den Beschluss des Kollegialorgans gedeckt sein,

---

<sup>59</sup> Vgl. WALTER/KOLONOVITS/MUZAK/STÖGER, FN 38, Rz. 165.

<sup>60</sup> Siehe VfGH 26. September 1989, Zl. B 3/87=VfSlg. 12.139/1989, wonach nach bestehender Vorschrift Ausfertigungen der Hengstenkörkommision der Unterzeichnung sowohl durch den Obmann als auch durch den Schriftführer dieser Kommission bedürfen.

<sup>61</sup> Vgl. etwa VwGH 31. August 1999, Zl. 99/05/0138.

<sup>62</sup> VwGH 22. April 1993, Zl. 92/09/0315=VwSlg. 13.820(A)/1993; 28. November 1990, Zl. 90/02/0115. Siehe auch RASCHAUER, FN 1, Rz. 149, wonach der Vorsitzende «im Zweifel sowohl Zustellbevollmächtigter als auch das mit der Durchführung der Beschlüsse des Kollegialorgans — in dessen Namen — betraute Vertretungsorgan» ist.

<sup>63</sup> Zum erfolglosen Beschwerdevorbringen, dass der Vorsitzende seine Funktion zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Kollegiums noch nicht innehatte, siehe VwGH 28. November 1990, Zl. 90/02/0115.

<sup>64</sup> VwGH 12. Oktober 1995, Zl. 94/06/0075; ferner VwGH 18. Februar 2002, Zl. 99/10/0171, wonach allein auf Grund der Fertigungsklausel «Die Vorsitzende der Berufungskommision» die Erledigung nicht der Kommission selbst zugerechnet werden kann.

<sup>65</sup> VwGH 7. Juli 1992, Zl. 92/08/0018; 20. Februar 2002, Zl. 2002/08/0007.

<sup>66</sup> Siehe VwGH 8. Oktober 1982, Zl. 82/08/0043=VwSlg. 10.846(A)/1982, und Folgejudikatur. Beachte den Nichtigkeitsgrund nach § 68 Abs. 4 Z. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991.

<sup>67</sup> Vgl. VwGH 12. Juni 1991, Zl. 90/13/0028; 17. September 1991, Zl. 91/05/0068; 24. März 1998, Zl. 97/05/0310, mit weiteren Nachweisen.

<sup>68</sup> VwGH 24. März 1998, Zl. 97/05/0310.

<sup>69</sup> VwGH 27. Juli 1994, Zl. 92/13/0175.

widrigenfalls sich ein Intimationsbescheid als inhaltlich rechtswidrig erweist.<sup>70</sup>

---

Edmund G. Primosch, Leiter des Verfassungsdienstes, Abteilung 1 (Kompetenzzentrum Landes-  
amtsdirektion), Amt der Kärntner Landesregierung, Klagenfurt am Wörthersee, Österreich.

---

<sup>70</sup> Vgl. VwGH 20. März 1984, Zl. 83/05/0137=VwSlg. 11.366(A)/1984; 19. März 1991, Zl. 86/05/0139.