

Alfred Grof

Wer bewacht die Wächter ? – oder: Soll Kontrolle überhaupt funktionieren ?

0. Einleitung

"Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser", aber: "Wer bewacht die Wächter?"

Die erste – auf ein russisches Sprichwort¹ zurückgehende und in der Folge fälschlicherweise *Lenin*² zugeschriebene – Verhaltensregel kann gemeinhin als unbestritten angesehen werden. Denn es entspricht traditioneller³ menschlicher Erfahrung, dass sich der Glaube an das Wohlverhalten anderer oft auch als trügerisch erwiesen hat, und zwar umso deutlicher, je weiter die arbeitsteilige Gesellschaft in der Menschheitsgeschichte fortgeschritten ist und sich verfeinert hat⁴.

Dem gegenüber wurde der zweite Gedanke in der Antike selbst in hoch entwickelten Kulturen ursprünglich noch als *absurd* angesehen⁵. Wenige Jahrhunderte später findet er aber bereits satirische Verwendung⁶ und in der Gegenwart gilt er in allen führenden Wirtschaftsnationen als formelhafte Beschreibung eines zentralen staatsrechtlichen Problemfeldes mit tiefgehender sozio-ethischer Dimension. Neben der innerstaatlichen politischen Aktualität und Bedeutung dieses Themas⁷ regt aber auch

¹ "Доверяй, но проверяй (= *Dowjerai, no prowjerai = Vertraue, aber prüfe nach*)"; dazu synonym das deutsche Sprichwort: "Trau, schau, wem".

² Eine – im Wesentlichen bedeutungsgleiche – Formulierung Lenins lautet aber z.B.: "Nicht aufs Wort glauben, aufs Strengste prüfen" (Werke, Bd. 20, Berlin 1971, 358).

³ Auch im Sinne von "traditionskritisch", d.h. durch Vernunftargumente hinterfragter Überlieferung, zu verstehen.

⁴ "Wer damit anfängt, dass er allen traut wird damit enden, dass er einen jeden für einen Schurken hält" – Christian Friedrich Hebbel (1813 – 1863) zugeschrieben.

⁵ "Γελοῖον γὰρ τὸν γε φυλάκα φυλάκος δεῖσθαι (= *Lächerlich wäre es doch, dass der Wächter eines Wächters für sich bedürfte*)" – Platon (ca. 427 – 347 v.Chr.), Πολιτεία (Der Staat), Drittes Buch, 403 E, ist dabei schon zuvor (a.a.O., 398 E) davon ausgegangen, dass seiner utopischen Staatsvorstellung zufolge die Philosophen als Wächter über die Herrscher des Staates ein über jeden Zweifel erhabenes Vorbild an Tugend verkörpern müssen ("Ἄλλα μὴν μεθ' ἡ γε φυλαξὶν ἀπρεπεστάτον καὶ μαλακία καὶ ἀργία; [= *Ist aber nicht gerade Trunkenheit sehr unziemlich für einen Wächter, ebenso wie Feigheit und Unachtsamkeit?*]").

⁶ "Sed quis custodiet ipsos custodes? (= *Aber wer wird die Wächter selbst überwachen?*)" – Juvenal (ca. 58 – 140 n.Chr.), Saturae, Sechstes Buch, 347 f u. ox 31 f, verwendet dort die Metapher von Sklaven, die ein eifersüchtiger Ehemann für seine Frau abstellt, und der nun befürchtet, dass sie an diesen naturgemäß zuerst ihre Verführungskünste ausprobieren wird.

⁷ Vgl. den "Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird" der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform beim Bundeskanzleramt vom 23. Juli 2007, Zl. Staatsre-

die paronomastisch-paradoxe, einen infiniten Regress – und damit logische Unlösbarkeit – indizierende Fragestellung dazu an, sich damit näher auseinanderzusetzen.

1. System der Kontrolle

Nimmt man ein bestehendes *Delegationsverhältnis* – wie es für die arbeitsteilige Gegenwart bis hin zur Partnerschaft oder Familie als kleinster Organisationseinheit charakteristisch ist – *als Ausgangspunkt*, so haben psychologisch besehen "Vertrauen" und "Kontrolle" insofern einen gemeinsamen Nenner, als künftig jeweils eine positive Entwicklung erwartet wird. Weiters resultiert Letztere aus Ersterem insofern, als sich aus unerwartet negativen Entwicklungen ergebendes, sohin enttäushtes Vertrauen und daraus folgendes Misstrauen im Interesse des künftigen Gedeihens eine Überwachung erfordert, um Fehler möglichst vermeiden oder doch rechtzeitig korrigieren zu können. Sowohl der Delegierende als auch der Auftragnehmer ordnen sich im Idealfall diesem Mechanismus problemlos unter. Es besteht daher gleichsam regelmäßig ein *bestimmtes Quantum an Grundvertrauen* und *gleichzeitig* ein entsprechendes *Restquantum* an – durch Kontrollmaßnahmen zu sicherndem – *Misstrauen*. Dass dieses Misstrauensquantum in sog. "Dreiecksverhältnissen", bei denen die Kontrolle nicht durch den Delegierenden selbst, sondern durch eine von ihm eigens zu diesem Zweck eingesetzte dritte Person ausgeübt wird, tendenziell größer ist, liegt auf der Hand, weil der Übertragende hier eine *doppelte Kontrollfunktion*, nämlich gegenüber dem Kontrollor und gegenüber dem Auftragnehmer, auszuüben hat.

2. Wesen der Kontrolle

Die Kontrolle bzw. bereits das Wissen um deren Bestehen *engt* zum einen jedenfalls den *Handlungsspielraum* des Kontrollierten *ein*. Da ihm ex ante klar ist, dass er für sein Tun allenfalls in mehr oder weniger verbindlicher, mehr oder weniger einschneidender Form *zur Verantwortung gezogen* werden kann, wird er in erster Linie danach trachten, von vornherein Fehler zu vermeiden bzw. primär solche Handlungen zu setzen, die dem Erwartungshorizont des Delegierenden entsprechen. Dies deckt sich zwar völlig mit den Primärintentionen des Übertragenden, hat aber auch den Nebeneffekt, dass die *Kreativität* des Kontrollierten *eingeschränkt*⁸ wird. Damit ist zugleich ein potenzielles Konfliktfeld eröffnet, weil das *Streben nach Ungebundenheit an Re-*

form/Allgemeines/Vorlage26, der u.a. die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie eines Justizanwaltes vorsieht.

⁸ Eine völlige "Reduktion auf Null" erschiene zwar logisch denkmöglich, kommt aber in der Praxis auf Grund der spezifischen Individualität jeder Person tatsächlich nicht in Betracht.

*geln*⁹ eine sog. "anthropologische Konstante", eine menschliche Grundeigenschaft¹⁰ darstellt¹¹.

Kontrolle ist andererseits – wie bereits angesprochen - darauf angelegt, die *Verantwortlichkeit* für Fehlentwicklungen zu *überwälzen*, um die daraus resultierenden Konsequenzen nicht selbst tragen zu müssen. In Zusammenhang mit der Frage des Entstehen-Müssens für eigenes Handeln ist zudem besonders zu beachten, dass der rasante Fortschritt im Bereich der Naturwissenschaften gegenwärtig den Eindruck erzeugt, dass – insbesondere, aber nicht nur – *nahezu jeder kausale Vorgang* im Tatsachenbereich auch *menschlich beeinflussbar* erscheint, sodass für Fälle "höherer Gewalt" fast kein Raum mehr bleibt.

Schließlich zeigt die Kontrolle eine deutliche Tendenz zu *fortschreitender Institutionalisierung*, d.h., sie läuft nicht nur gleichsam nebenbei und unsystematisch ab, sondern sie wird gerade in den führenden Wirtschaftsgesellschaften eigens dafür eingerichteten und geschulten Organen übertragen, sodass zuletzt nahezu jeder Lebensbereich und unter diesen wieder jeder einzelne Funktionsträger regelmäßig sogar einer mehrfachen Kontrolle unterliegt.

3. Ziel der Kontrolle

Das Ziel der Kontrolle besteht primär darin, zu ermitteln, ob ein Prozess de facto das zuvor prognostizierte, in der Regel als erstrebenswert angesehene Ergebnis erbracht hat. Sowohl im Fall der *Verifikation* als auch im Fall der *Falsifikation* schließt sich daran zweckmäßigerweise die *Ermittlung* jener *Ursachen*, die zur Zielerreichung bzw. -abweichung geführt haben. Hinsichtlich der Kontrolle von mittel-oder längerfristigen Prozessen gilt schließlich ein Hauptinteresse der begleitenden Kontrolle dem Aspekt der Steuerung, Korrektur und (Neu-)Regelung des weiteren Ablaufes im Hinblick auf die Optimierung des angepeilten Prozesszieles. Schließlich soll allein schon der Umstand des Bestehens einer Kontrolleinrichtung ein *ex ante normkonformes Verhalten* sicherstellen.

⁹ Derart, dass jede Normerlassung unmittelbar eine gegenläufige Tendenz nach Exemption von dieser nach sich zieht, und zwar nicht nur bei einschränkenden, sondern auch bei begünstigenden Regelungen – nämlich in die Richtung, eine noch größere Bevorzugung zu erlangen.

¹⁰ In diesem Sinne schon I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 4. Aufl., Stuttgart (Reclam) 1961, 103 ff (= Originalausgabe, 2. Aufl., Riga 1786, 97 ff = Königlich Preußische Akademie-Ausgabe, 1911, Bd. IV, 446 f.; abrufbar auch unter "Projekt Gutenberg" [<http://gutenberg.spiegel.de/suche>]).

¹¹ Und zwar am ausgeprägtesten in der Form, dass Vorschriften zwar für alle anderen, möglichst *nicht* aber auch für einen selbst gelten sollen (vgl. "Privileg", zusammengesetzt aus "privus [= einzeln, eigentümlich, besonders – bezeichnenderweise abgeleitet von "privo" = berauben (!)]" und "lex [= Gesetz], also: das Gesetz – im Einzelfall – seines Anwendungsbereiches berauben).

4. Hauptstrategien der Funktionsträger

Vor dem zuvor aufgezeigten Hintergrund von System, Wesen und Ziel der Kontrolle entwickeln die in den Kontrollprozess involvierten Handlungsträger jeweils *funktionsangepasste Grundstrategien*, die ihrer allgemeinen und spezifischen Interessenlage entsprechen. Da sich diese wechselseitig beeinflussen, kommen sie in der Praxis freilich kaum in ihrer idealtypischen, sondern stets in einer der jeweiligen konkreten Situation adaptiert Form vor.

4.1. Der Delegierende

Wer eine Institution mit Kontrollaufgaben beauftragt, ist grundsätzlich daran interessiert, die *Feststellung* zu erhalten, dass die vorgegebenen *Ziele erreicht* wurden, bzw. möglichst exakt jene *Gründe* zu erfahren, weshalb ein *prognostizierte Ergebnis nicht erreicht* werden konnte, um auf diese Weise – allenfalls nach entsprechender Fehlerkorrektur – die Gewinn- oder Nutzenmaximierung seiner eigenen Einrichtung sicherzustellen. Damit der Auftraggeber auch Gewähr dafür hat, dass die diesbezüglichen Informationen tatsächlich authentisch sind, bedarf es a priori eines besonderen *Vertrauensverhältnisses* zum Kontrollor. Dies gilt jedenfalls umso mehr, je länger jener Zeitraum währt, über den die Bestellung des Kontrollors nicht (mehr) rückgängig gemacht werden kann. Sog. "*Beziehungen*" bzw. Zugehörigkeiten zu "elitären Kreisen"¹² spielen daher bei der Besetzung (insbesondere) der (Leitungs-)Positionen des Aufsichtsorgans die *alles entscheidende Rolle*¹³. Um diese möglichst effektiv zur Geltung kommen lassen zu können, d.h., die Möglichkeiten der Personalauswahl von vornherein möglichst breit zu halten, werden diesem Interesse *alle anderen Faktoren* – wie z.B. fachliche Qualifikation, einschlägige Erfahrung, Bewährung in der bisherigen Funktion, etc. – *bewusst nachgeordnet*, und zwar in der Weise, dass schon die *Ernennungsvoraussetzungen* für eine derartige Position *möglichst weitläufig bzw. niedrig angesetzt* werden¹⁴. Obwohl demnach die Essenz derartiger Bezie-

¹² Vgl. P. Bourdieu, Die feinen Unterschiede – Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, Frankfurt 1987, 187 ff.

¹³ "*Beziehungen sind eine Rutschbahn nach oben.*" – Karl Farkas (1893 – 1971).

¹⁴ Vgl. beispielsweise Art. 247 Abs. 2 und 3 EGV ("[2] Zu Mitgliedern des Rechnungshofes sind Personen auszuwählen, die in ihren Ländern Rechnungsprüfungsorganen angehören oder angehört haben oder die für dieses Amt besonders geeignet sind. Sie müssen jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten. [3] Die Mitglieder des Rechnungshofs werden auf sechs Jahre ernannt. Der Rat nimmt die gemäß den Vorschlägen der einzelnen Mitgliedstaaten erstellte Liste der Mitglieder nach Anhörung des Europäischen Parlaments mit qualifizierter Mehrheit an. Die Wiederernennung der Mitglieder des Rechnungshofs ist zulässig.") oder § 23 Abs. 1 erster Satz des Nationalbankgesetzes, BGBl.Nr. 50/1984, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 61/2006 ("Der Präsident, der Vizepräsident und weitere sechs Mitglieder des Generalrates werden von der Bundesregierung auf die Dauer von fünf Jahren ernannt; eine Wiederernennung ist zulässig."; Ähnliches gilt übrigens gemäß § 33 Abs. 2 Nationalbankgesetz für den Gouverneur und die übrigen Mitglieder des Direktoriums der Nationalbank).

hungen aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Kontrollor *notwendig resultiert* und *grundsätzlich nicht negativ zu bewerten ist*¹⁵, scheut man sich, auch dazu zu stehen. Vielmehr wird versucht, diesen *Zusammenhang* zumindest in der Öffentlichkeit tunlichst zu *verschleiern*. Den naheliegenden Einwänden, dass es auf diese Weise immer wieder zu unsachlichen und damit ungerechtfertigten Bevorzugungen kommt¹⁶, wird – zumindest solange die weit verbreitete Gutgläubigkeit an die Objektivität von (quasi-sachverständigen) Gutachten¹⁷ noch unvermindert anhält – jedenfalls häufig durch die Installierung eines (Schein¹⁸-)Objektivierungsverfahrens bei der Auswahl des Kontrollpersonals begegnet.

Sollte die Kontrolle ergeben, dass das Ergebnis von der Prognose infolge eines fehlerhaften Verhaltens abweicht, so hat der Delegierende weiters ein essentielles Interesse an einem Statement derart, dass dieses *Fehlverhalten nicht ihm selbst*, sondern – innerhalb des Dreiecksverhältnisses – primär dem Auftragnehmer oder allenfalls externen Personen oder Umständen zuzurechnen ist. Stellt die Kontrolle jedoch andererseits fest, dass zur Zielerreichung unpopuläre Maßnahmen zu treffen sind, so

¹⁵ Es stellt allgemein unbestritten eine menschliche Grundeigenschaft dar, sich eher mit Personen des Vertrauens als mit solchen, die man diesbezüglich nicht einzuschätzen vermag oder gar mit solchen, zu denen man kein Vertrauen hat, zu umgeben. In diesem Zusammenhang ist weiters auch zu bedenken, dass von jemandem, der sich auf ein derartiges "Beziehungssystem" einlässt, viel, nämlich jedenfalls ein dauerhaft systemkonformes Verhalten erwartet wird, das gelegentlich in die Konstruktion einer ganzen Lebenslüge mündet, und zwar in dem Sinne, dass diese Person einerseits in subjektiver Hinsicht wider anfänglich besseres Wissen irgendwann tatsächlich selbst einmal glaubt, der Bestgeeignetste zu sein und sie andererseits in objektiver Hinsicht irgendwann davon überzeugt ist dass dieses System, dem man dient, auch unter ethischen Gesichtspunkten tatsächlich vertretbar ist.

¹⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang z.B. die Dringliche Anfrage der Abgeordneten Scheibner und Kollegen an den Bundeskanzler betreffend "Proporz und Postenschacher feiern fröhliche Urständ", 6621/J, 20. GP.

¹⁷ Diese Haltung ist insbesondere bei den in der Regel sachlich unkundigen, aber nichts desto nachhaltiger die öffentliche Meinung prägenden Medienvertretern vorherrschend.

¹⁸ Dass insbesondere die Einbeziehung "externer" Personalberatungsfirmen, die regelmäßig nur den Faktor "Vertrauen", nicht aber auch die fachliche Qualifikation der Bewerber beurteilen können, den Eindruck, dass das Ergebnis der Bestellung ohnehin schon von vornherein feststeht, nur noch verstärkt, kann sicherlich jedermann bestätigen, der sich schon einmal dem Missvergnügen eines derartigen "Objektivierungsverfahrens" unterzogen hat. Die Besetzung öffentlicher, besonders Leitungsfunktionen, bleibt daher traditionell einer Rechtmäßigkeitskontrolle entzogen (vgl. z.B. § 35 Abs. 1 des Oö. Objektivierungsgesetzes, LGBl.Nr. 102/1994, zuletzt geändert durch LGBl.Nr. 59/2005: "Der Bewerber hat keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme in den öffentlichen Dienst; ihm kommt außerdem keine Parteistellung zu"), sodass es nicht verwundert, dass Postenausschreibungen gelegentlich auch in inhaltlich rechtswidriger Weise erfolgen, indem sich ein auf einen bestimmten Kandidaten getrimmtes Anforderungsprofil bei näherer Betrachtung als eine – einen Missbrauch der Amtsgewalt i.S.d. § 302 StGB indizierende – reine Selbstkreation der ausschreibenden Stelle ohne jegliche Rechtsgrundlage darstellt. Ebensowenig kann überraschen, dass z.B. die Einführung eines "Unabhängigen Dienstrechts- und Objektivierungskontrollsenates" (vgl. 533 BlgNR, 21. GP) kläglich scheiterte. Eine Ausnahme bildet hingegen § 16 des Kärntner Objektivierungsgesetzes, LGBl.Nr. 98/1992, wonach den übergangenen Bewerbern explizit eine Berufungsmöglichkeit gegen den eine Leitungsfunktion konstituierenden Bescheid eingeräumt ist, eine Regelung, wie sie der Verfassungsgerichtshof auf Grund der insoweit bestehenden Judikaturdivergenz zum Verwaltungsgerichtshof zumindest auch für Besetzungsverfahren im Schulbereich fordert (vgl. den Tätigkeitsbericht 2006 [FN 25], 17).

bedeutet es für den Delegierenden oftmals eine willkommene Gelegenheit, diese unter nunmehrige Berufung auf Expertenvorgaben endlich umsetzen zu können.

Dieses Interesse an der *Delegation der Verantwortlichkeit* bzw. der Entscheidungsnotwendigkeit kann gelegentlich damit *konfligieren*, dass das Kontrollergebnis in der Regel der *objektiven Wahrheit* Rechnung zu tragen hat. Oder anders formuliert: Im Innenverhältnis erwartet der Delegierende vom Kontrollor jedenfalls ein der Wahrheit entsprechendes Ergebnis; ob bzw. in welcher Form dieses dann auch nach außen transportiert wird, ist hingegen – weil von unterschiedlichsten Einflussfaktoren abhängig – eine ganz andere Frage.

Unbestrittenermaßen ist die Kontrolle jedenfalls auch ein *Kostenfaktor*, der aus der Sicht des Auftraggebers somit jedenfalls unter Effizienzgesichtspunkten zu beurteilen ist. Die Ergebnisse der Kontrolle müssen daher für den Delegierenden von Nutzen sein bzw. liegt es auf der Hand, dass eine Kontrolle (weg)rationalisiert werden wird, die ihre Existenz nicht dauerhaft zu rechtfertigen vermag. Das Wissen des Kontrollors um diesen Zusammenhang¹⁹ muss daher den Auftraggeber dafür sensibel machen, dass die Kontrolle tendenziell so lange suchen wird, bis sie einen Fehler findet, damit aber gesamthaft betrachtet eher – verhältnismäßig leicht festzustellende – Kleinigkeiten und Formalismen in den Vordergrund treten, die ihrerseits wiederum den Blick für das Wesentliche mehr verstellen denn offenlegen.

Hinzuweisen bleibt schließlich auch noch darauf, dass der Delegierende vielfach nicht personifizierbar ist, sondern bloß eine gleichsam anonyme Masse darstellt²⁰, die durch *Repräsentanten* vertreten wird, die gelegentlich ihre *eigenen Interessen* über jene der Allgemeinheit stellen²¹. Wenn es keine institutionalisierte Vertretung gibt²² oder diese nicht aktiv arbeitet, fehlt es dem Auftraggeber sohin sowohl an faktischer Präsenz als auch an der Möglichkeit, sich effektiv und effizient zu äußern. Eine funktionierende Kontrolle wäre in derartigen Fällen umso wichtiger; tatsächlich liegt es aber auf der Hand, dass in solchen Kostellationen die *Gefahr einer Koalition zwischen dem Kontrollierten und dem Kontrollor* sehr groß ist.

4.2. Der Kontrollierte

¹⁹ S.u., 4.3.

²⁰ Z.B. der "Staat", die "Hauptversammlung" einer Aktiengesellschaft, die "Mitgliederversammlung" eines Vereines, etc.

²¹ So dienen z.B. die technisch höchstperfektionierten Verkehrskontrollen nicht allein dem Interesse der Verkehrssicherheit, sondern zu einem nicht unwesentlichen Anteil auch als budgetmäßig wohlkalkulierte staatliche Einnahmequelle.

²² So z.B. hinsichtlich vieler Staatszielbestimmungen wie etwa des Bundesverfassungsgesetzes über den umfassenden Umweltschutz, BGBl.Nr. 491/1984.

Über dem Kontrollierten schwebt gleichsam das Damoklesschwert, dass seine Tätigkeit jederzeit als fehlerhaft beurteilt werden kann: Weil bekanntlich kein Mensch davor gefeit ist, selbst bei hoher Aufmerksamkeit und Konzentration dennoch falsch zu handeln, gilt in Wahrheit das Motto "Wenn man nur genau genug schaut, wird man auch einen Fehler finden" – und wenn sich dieser auch nur im Formal- oder Begahtbereich bewegt. Solcherart negative Feststellungen wirken sich in der Regel – je nach Gutdünken oder Malevolenz des Verfügungsberechtigten – auch mehr oder weniger negativ auf die Karrierechancen des Kontrollierten aus.

Um dieses Risiko zu minimieren, wird er daher *Informationen* über seine Tätigkeit *zurückhalten* bzw. nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß preisgeben und gleichzeitig primär daran interessiert sein, dass seine Funktion²³ und sein Aufgabenbereich durch entsprechend verbindliche Regeln schon ex ante möglichst *klar determiniert* sind, um unbegründete bzw. unsachliche Beanstandungen von vornherein zu vermeiden. Weiters wird der Kontrollierte versuchen, schon *bei der Auswahl* (Bestellung) *des Kontrollors* einen *entsprechenden Einfluss* geltend machen zu können²⁴, und zwar umso mehr, je länger dessen Funktionsperiode dauert²⁵. Parallel dazu gilt

²³ Unter diesem Aspekt betrachtet muss es daher als befremdlich erscheinen, dass – im Vergleich zu sonstigen staatlichen Leitungsfunktionen oder solchen in der Privatwirtschaft – in Bezug auf die Besetzung höchster Staatsämter (vgl. z.B. Art. 26 Abs. 4 und 5 B-VG [Nationalrat], Art. 60 Abs. 3 B-VG [Bundespräsident] und Art. 70 Abs. 1 und 2 B-VG [Bundesregierung]) nicht einmal ein Minimum an fachlichen Qualifikationskriterien vorgesehen, deren Besetzung also "rein politisch" möglich ist.

²⁴ Bei Privatunternehmen wird der Kontrollierte (das geschäftsführende Organ) in der Regel vom Kontrollierenden, der die (anonyme) Gesamtheit der Eigentümer vertritt, bestellt (vgl. z.B. § 75 Abs. 1 des Aktiengesetzes, BGBl.Nr. 98/1965, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 59/2005, im Folgenden: AktG; § 15 Abs. 1 des GmbH-Gesetzes, BGBl.Nr. 58/1906, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 103/2006, im Folgenden: GmbHG), wobei für diese beiden Funktionen eine Unvereinbarkeit normiert ist (vgl. § 90 AktG; § 30e GmbHG); diese interne wird durch eine begleitende externe Kontrolle ergänzt (vgl. §§ 270 ff des Unternehmens[Handels]gesetzbuches, dRGBl.Nr. 219/1897, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 120/2005). Dieses System liegt grundsätzlich auch den Sondervorschriften für einzelne Wirtschaftszweige zu Grunde, wächst sich allerdings gelegentlich zu einer Dreifachkontrolle aus: Denn z.B. bei einer als AG organisierten Bank tritt zu der Kontrolle des Vorstandes durch den Aufsichtsrat noch eine Interne Revision hinzu, die gemäß § 42 Abs. 1 des Bankwesengesetzes, BGBl.Nr. 532/1993, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 141/2006, bei Kreditunternehmen unmittelbar den Geschäftsleitern unterstellt ist; demgegenüber werden der Vorstand der die externe Kontrolle über Banken und Versicherungen durchführenden Finanzmarktaufsichtsbehörde sowie deren Aufsichtsrat auf Vorschlag der Bundesregierung bzw. des Bundesministers für Finanzen bestellt (vgl. § 5 Abs. 2 und 3 sowie § 8 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, BGBl.Nr. I 97/2001, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 60/2007); noch detailliertere Vorschriften gelten für die Beaufsichtigung von Versicherungen (vgl. § 17b [Interne Revision], §§ 82 ff [Vorschriften über die Abschlussprüfung] und §§ 86a ff [Zusätzliche Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen] des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BGBl.Nr. 569/1978, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 56/2007).

²⁵ So werden z.B. die Leitungsorgane und die (überwiegende Anzahl der Mitglieder aller Höchstgerichte (vgl. § 31 Abs. 2 des Richterdienstgesetzes, BGBl.Nr. 305/1961, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 130/2003; Art. 134 Abs. 2 B-VG; Art. 147 Abs. 2 B-VG) auf Vorschlag der Bundesregierung, also einer von diesen zu kontrollierenden Verwaltungsbehörde, ernannt. Den Präsidenten des Rechnungshofes, der seinerseits die Beamten dieser Institution bestellt, wählt der Hauptausschuss des Nationalrates (vgl. Art. 122 Abs. 4 und Art. 125 Abs. 1 B-VG) – und damit de facto die Regierungspartei(en), also

es, *unmittelbare und mittelbare Abhängigkeiten zu erzeugen* – besonders dann, wenn der Kontrollor seinerseits formell unabhängig gestellt ist. Vornehmlich die Entscheidungskompetenz über dessen *Personal- und Sachausstattung* sowie über die *finanzielle Dotierung* seiner Kontrollfunktion sind hier – parallel zu der bewährten Methode, den Kontrollor quantitativ und/oder auch qualitativ *mit Aufgaben* (systematisch) *zu überfrachten*²⁶ – die probatesten Mittel, um indirekte Abhängigkeiten zu generieren²⁷. Schließlich liegt dem Kontrollierten auch daran, die *Befugnisse* des Kontrollors von vornherein *inhaltlich zu beschränken*, nämlich sowohl hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes – etwa auf "Gesetz-" bzw. "Rechtmäßigkeit"²⁸, "ziffernmäßige Richtigkeit, Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit"²⁹ oder "Feststellung von Missständen"³⁰ – als auch in Bezug auf die weiteren Auswirkungen³¹ einer als mangelhaft bewerteter Kontrolle.

4.3. Der Kontrollor

Nach dem zuvor Aufgezeigten ist die Unabhängigkeit³² somit geradezu eine *unabdingbare Notwendigkeit*, um der sowohl vom Delegierenden als auch vom Kontrollier-

jene Institutionen, deren politische Tätigkeit er zu überprüfen hat; Ähnliches gilt für die Vorsitzenden der Volksanwaltschaft (vgl. Art. 148g Abs. 2 und 3 sowie Art. 148h Abs. 1 B-VG).

²⁶ Seit Jahren weist z.B. der Verwaltungsgerichtshof in seinen Tätigkeitsberichten auf seine ohnehin notorische Überlastung hin (vgl. z.B. den Tätigkeitsbericht des VfGH für das Jahr 2006, ZI. Präs2710/1-Präs/2007, 3, auch abrufbar unter www.vwgh.gv.at/Presse). Allerdings hat er andererseits von der seit BGBl.Nr. I 87/1997 bestehenden Möglichkeit, eine Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG abzulehnen, zuletzt nur in ca. 12% (unter Einbeziehung des AW-Registers) bzw. ca. 18% der Fälle (ohne Einbeziehung des AW-Registers) Gebrauch gemacht (vgl. edb., 19) – die Tendenz ist aber immerhin steigend –, während die auf die vergleichbare Bestimmung des Art. 144 Abs. 2 B-VG gestützte "Ablehnungsquote" des Verfassungsgerichtshofes im selben Zeitraum ca. 57% betrug (vgl. den Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahr 2006, GZ 2000/1-Präs/2007, 27, auch abrufbar unter www.vfgh.gv.at/Über den Verfassungsgerichtshof).

²⁷ Anschaulich in diesem Zusammenhang VfGH v. 3. Oktober 2000, G 19/99 = VfSlg 15762/2000: "Wer über Personal- und Sacherfordernisse des Gerichtshofes verfügt", hat es in der Hand, "den Gerichtshof zu beeinflussen und letzten Endes lahm zu legen." und gleichzeitig bedenklich, dass das Präsidium des Verwaltungsgerichtshofes in seiner dazu abgegebenen Stellungnahme – ebenso wie naturgemäß die Bundesregierung – gegenteiliger Ansicht war..

²⁸ Vgl. z.B. Art. 129, 129a Abs. 1, Art. 130 Abs. 1, Art. 131 Abs. 1 und 2, Art. 139 Abs. 1, Art. 139a, Art. 140 Abs. 1, Art. 140a Abs. 1, Art. 142 Abs. 1 und Art. 144 Abs. 1 B-VG hinsichtlich der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts.

²⁹ Vgl. z.B. Art. 126b Abs. 5, Art. 127 Abs. 1, Art. 127a Abs. 1 und Art. 127b Abs. 3 B-VG hinsichtlich des Rechnungshofes des Bundes.

³⁰ Vgl. z.B. Art. 148a Abs. 1 und 2 B-VG hinsichtlich der Volksanwaltschaft des Bundes.

³¹ Z.B. bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit (vgl. Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG, Art. 139 Abs. 4 B-VG, Art. 140 Abs. 4 B-VG, Art. 140a Abs. 2 B-VG, Art. 142 Abs. 4 B-VG) bzw. Aufhebung (vgl. Art. 139 Abs. 3 B-VG und Art. 140 Abs. 3 B-VG) hinsichtlich der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts anstelle einer reformatorischen Entscheidungsbefugnis; Bericht über das Ergebnis der Überprüfungen (vgl. Art. 126d Abs. 1 und 2 B-VG, Art. 127 Abs. 6 B-VG, Art. 127a Abs. 5 B-VG und Art. 127b Abs. 4 B-VG hinsichtlich des Rechnungshofes des Bundes); Erteilung von Empfehlungen (vgl. Art. 148c B-VG hinsichtlich der Volksanwaltschaft des Bundes).

³² Vgl. z.B. Art. 87 Abs. 1, Art. 134 Abs. 6, Art. 147 Abs. 6 und Art. 148a Abs. 4 B-VG; gelegentlich ist diese auch als Unvereinbarkeit verschiedener Funktionen (vgl. § 90 AktG; § 30e GmbHG) oder mit "an keine Weisungen gebunden" (vgl. Art. 129b Abs. 2 und Art. 129c Abs. 3 B-VG) umschrieben, womit sich der Begriff im Ergebnis lediglich als ein Schlagwort erweist, dessen inhaltliche Reichweite von

ten ausgehenden Tendenz zur Koalitionsbildung mit dem Kontrollorgan entgegenzuwirken, wenn und soweit das Ziel der Kontrolle prinzipiell darin bestehen soll³³, die objektive Wahrheit³⁴ zu ermitteln.

Unabhängigkeit kann auf der anderen Seite aber naturgemäß *nicht eine völlige Freiheit von jeglicher Verantwortlichkeit* bedeuten, d.h. das Handeln des Kontrollors muss seinerseits den *Vernunftgesetzen unterliegen und auch darauf hin überprüfbar sein*³⁵ – im Idealfall von einer selbst *außerhalb* des Dreiecksverhältnisses Auftraggeber-Kontrollor-Kontrollierter stehenden, ihrerseits unabhängigen Person oder Institution, der eine über jeden Zweifel erhabene *Autorität*³⁶ zukommt. Unter den gegenwärtig vorherrschenden, die Grundsätze der hergebrachten Ethik verdrängenden ökonomischen Effizienz- und Effektivitätsprinzipien – die darin gipfeln, dass sich *nicht derjenige durchsetzt, der sich an die Regeln hält, sondern vielmehr derjenige, der diese bestmöglich zu seinem Nutzen zu umgehen versteht* – erscheint es sohin in keiner Weise abwegig, sondern vielmehr zwingend geboten, auch den Kontrollor selbst einer Kontrolle zu unterwerfen³⁷.

Fall zu Fall erheblich differiert (vgl. z.B. Art. 122 Abs. 2 B-VG: "Der Rechnungshof ist" – nur ! – "von der Bundesregierung und den Landesregierungen unabhängig").

³³ Das Streben nach der Erkenntnis der Wahrheit stellt primär ein Kriterium für die Wissenschaft dar, nicht aber auch für die mediengeprägte Politik der Gegenwart; Letzterer geht es vielmehr in erster Linie darum, sich und etwas möglichst publikumswirksam "verkaufen" zu können.

³⁴ Dass dies – z.B. am Beispiel des Art. 126b Abs. 5 B-VG – im naturwissenschaftlichen Bereich ("Ziffermäßige Richtigkeit") exakter möglich ist als im wirtschaftlichen ("Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit") oder gar im geisteswissenschaftlichen Bereich ("Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, Zweckmäßigkeit"), liegt in der Natur des jeweiligen Gegenstandes begründet; zu Letzterem vgl. etwa W. Stache, Erkenntnistheorie, in: A. Diemer – I. Frenzel (Hrsg.), Philosophie, Frankfurt 1958, 68 ff, und K. Liessmann – G. Zenaty, Vom Denken, Wien 1990, 31 f.

³⁵ Wenn daher z.B. § 2 Abs. 3 des Amtshaftungsgesetzes, BGBl.Nr. 20/1949, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. I 194/1999, festlegt, dass aus einer Entscheidung eines Höchstgerichtes kein Ersatzanspruch abgeleitet werden kann, so bedeutet dies nur eine Exemption des Bundes von darauf gegründeten finanziellen Forderungen allfälliger Geschädigter, nicht aber, dass die Mitglieder dieser Institutionen auch anderen haftungsbegründenden Vorschriften (z.B. Dienstrecht, Disziplinarrecht [vgl. z.B. VfGH v. 6. Jänner 2002, DV 1/01 = VfSlg 16408/2002], Strafrecht) schon von vornherein nicht unterliegen würden. Hinsichtlich der formell der Staatsgewalt "Gesetzgebung" zurechenbaren Organe besteht eine geradezu dialektische Schwankungsbreite: So ist z.B. in Bezug auf den Präsidenten des Rechnungshofes ist eine – durch bloßen (allenfalls auch unbegründeten) Beschluss des Nationalrates geltend zu machende – (umfassende) politische Verantwortlichkeit vorgesehen (vgl. Art. 123 B-VG), während demgegenüber z.B. hinsichtlich der Vorsitzenden der Volksanwaltschaft überhaupt keine Regelung getroffen ist, sodass diese vor Ablauf ihrer auf sechs Jahre befristeten Amtsperioden selbst im Falle schwer wiegender Verfehlungen nicht abberufen werden können, wenn nicht zugleich die Voraussetzungen des Art. 148g Abs. 5 B-VG (Nichtwählbarkeit zum Nationalrat; Angehörigkeit der Bundes- oder einer Landesregierung oder eines allgemeinen Vertretungskörpers; Ausübung eines anderen Berufes) vorliegen.

³⁶ Und zwar nicht bloß kraft formeller Überordnung, sondern primär dadurch, dass das Ergebnis der Kontrollsupervision inhaltlich überzeugt – eine Autorität also, die auf intellektueller Ebene erst erworben werden muss (vgl. P. Bourdieu, Unterschiede [FN 12], 48 ff).

³⁷ Dass die realen Zustände zur Zeit Platons (vgl. oben, FN 5) tatsächlich wesentlich andere waren als heute, darf mit Blick darauf, dass es diesem Philosophen primär stets um die Erkenntnis von Ideal(verhältnissen) ging (vgl. z.B. B. Russel, History of Western Philosophy, London 1961 [new edition], 125 ff), ohnehin bezweifelt werden.

Anders gewendet ist daher die Gesamtintensität der unmittelbaren und/oder mittelbaren Abhängigkeit des Kontrollors bzw. die konkrete Ausgestaltung des wechselseitigen Verhältnisses zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit gleichzeitig ein *Gradmesser* dafür, wie sehr eine Kontrolleinrichtung *entweder* im eigentlichen Sinne *funktionieren* soll *oder* diese vielmehr gleichsam als eine *bloße "Feigenblattfunktion"* konzipiert ist.

Letzteres ist vor allem zu befürchten, wenn die prinzipielle Mittelstellung des Kontrollors dann zu einer bloßen Außenseiterrolle mutiert, wenn und weil *Auftraggeber und Kontrollierter gemeinsame Interessen verfolgen*, wie dies insbesondere in einem Parteienstaat, der durch fehlende Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung geprägt ist³⁸, schon *systembedingt* zutrifft. In dieser Konstellation soll es daher zwar wohl eine *Kontrolle geben*, sie soll aber – weil sie letztlich in eine Selbstkontrolle der Regierungsarbeit der Mehrheitspartei(en) mündet – naturgemäß *möglichst ineffektiv und ineffizient* sein.

Von diesem Fall abgesehen ist, worauf bereits zuvor hingewiesen wurde, dem Kontrollor – neben seinem tendenziellen Streben nach größtmöglicher Unabhängigkeit, die nach außen hin Objektivität garantieren und ihm selbst gleichzeitig eine weitestmögliche Entfaltungsmöglichkeit gewährleisten soll – aber durchaus auch bewusst, dass er selbst und seine Tätigkeit einen veritablen Kostenfaktor darstellen. Er ist somit prinzipiell stets gehalten, für den Auftraggeber verwertbare Ergebnisse zu produzieren – und zwar möglichst überzeugende mit möglichst geringem Mitteleinsatz³⁹. Auf Grund dieser Einstellung ist er *beim Kontrollierten* von vornherein und *tendenziell unbeliebt*, wenngleich sich i.d.R. Letzterer nach Kräften bemüht, sich dies nicht anmerken zu lassen. Die solcherart im Ergebnis resultierende Scheinfreundlichkeit⁴⁰ verfolgt somit intentional den Zweck, sich den Kontrollor gewogen zu machen, d.h. ihn dazu zu bewegen, – theoretisch⁴¹ eine Selbstverständlichkeit – a priori möglichst unvoreingenommen und neutral an seine Aufgabe heranzugehen und das Ziel der Produktion eines für den Auftraggeber optimal verwertbaren Ergebnisses nicht schon von Anfang an allzu sehr in den Vordergrund zu stellen.

³⁸ Vgl. z.B. Art. 56 Abs. 2 B-VG.

³⁹ In der Regel wird daher z.B. kein Streifenpolizist, Lebensmittelaufsichtsorgan, KIAB(Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung)-Bediensteter oder Innenrevisor, etc. seinen konkreten Überwachungsauftrag beenden, ohne im Zuge dieser Tätigkeit auch eine oder mehrere Ordnungswidrigkeiten festgestellt zu haben, zumal sich die Anzahl solcherart positiver Ermittlungsergebnisse für das Aufsichtsorgan selbst karrierefördernd auswirkt.

⁴⁰ Vgl. dazu etwa E. Ringel, Eine neue Rede über Österreich (vom 26. Oktober 1983), in: E. Ringel, Die österreichische Seele – 10 Reden über Medizin, Politik, Kunst und Religion (Bd. 5 der von F.R. Reiter herausgegebenen Reihe "Dokumente zu Alltag, Politik und Zeitgeschichte"), 4. Aufl. (Wien 1984), 7 ff, sowie als gekürzte Fassung auf: Wege des Denkens - Tondokumente zur österreichischen Wissenschaftsgeschichte (ORF-CD, 1997).

⁴¹ Menschen handeln, funktionieren allerdings nicht "theoretisch".

Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass das Ergebnis der Kontrolle nicht zuletzt von den sich daran möglicherweise knüpfenden *Konsequenzen* für den Auftraggeber, aber auch für den Kontrollierten *abhängt*. Den Delegierenden gilt es gleichsam jedenfalls zu schonen, aber auch den Kontrollierten dann und insoweit, als er mit dem Auftraggeber koalitiert und damit für den Kontrollor de facto eine mittelbare oder unmittelbare Abhängigkeit besteht.

4.4. Auf EDV basierende und sonstige technische Kontrollsysteme

Als systemisierte Institution stellt jede Kontrolleinrichtung auch eine bürokratische Organisation dar. Insoweit, d.h. hinsichtlich dieser Funktion (Finanz-, Personal-, Sachausstattung) ist sie häufig *einem größeren Apparat eingegliedert*, und zwar nicht selten derart, dass die für letzteren maßgeblichen Systembedingungen auch eine Grundvoraussetzung für die Tätigkeit des Kontrollors sind. Hierzu gehören etwa dienstrechtliche Vorschriften, die Verwendung einheitlicher Gehaltsschemata und gleicher EDV-Programme, d.h. eine zentrale Personalabteilung, ein zentrales Rechenzentrum, etc. Häufig erlangt gerade durch die sonach bestehende Möglichkeit der *zentralen Steuerung* die grundsätzlich bloß als Hilfsapparat konzipierte Einheit eine *faktische Dominanz* gegenüber dem eigentlichen Entscheidungsträger, indem z.B. Letzterer eine aus Wirtschaftlichkeitsgründen getroffene allgemeine Systementscheidung ohne vorangehende Einbindung und ohne nachfolgende effektive Widerspruchsmöglichkeit auch für sich gelten lassen muss.

Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Implementierung der gegenwärtig bereits ungeheuer vielfältigen Methoden der *elektronischen Kontrolle*, die in immer weiteren Bereichen die menschlichen Aufsichtsorgane ersetzt (, wobei sich das Fortschreiten dieser "Wachablöse" nicht zuletzt daraus erklärt, dass in jüngster Zeit findige Betriebswirte und Techniker auch den Sektor der öffentlichen Hand – früher gleichsam ein Juristenmonopol – als Tätigkeitsfeld für sich entdeckt haben⁴²). In diesen Berei-

⁴² Wobei das Hervorrufen einer Überzeugung zur Notwendigkeit der Einführung solcherart neuer EDV-Kontrollsysteme in der Regel der klassischen "win-win-lose"-Strategie folgt: Als Verkäufer muss es der Produzent derartiger EDV-Programme (z.B. SAP Governance Risk and Compliance Process Control) lediglich zu Wege bringen, gleichzeitig auch für den Entscheidungsträger der erwerbenden Organisation einen Vorteil zu kreieren, z.B. nach dem Motto: "Die Leitungsorgane selbst unterliegen dieser Kontrolle nicht und werden dadurch zudem auch von aufwändigen Aufsichtstätigkeiten entlastet." (vgl. in diesem Sinne etwa www.sap.com/germany/industries/publicsector/index.epx). Häufig wird dabei freilich übersehen, dass ein derartiges Programm deshalb kaum verwertbare Resultate erbringt, weil es selbst "bürokratiepotenzierend" wirkt (vgl. z.B. C.N. Parkinson, Parkinsons Gesetz und andere Studien über die Verwaltung, 2. Aufl., München 2001), so beispielsweise ein System zur Kontrolle der Dienstzeit, das gleichzeitig die in deren Rahmen erledigten Tätigkeiten inhaltlich zu erfassen versucht: Wird nämlich die Handhabung dieses Programm nicht auch selbst entsprechend überwacht, werden bereits nach kurzer Zeit von den Mitarbeitern nur mehr Schein- und Phantasiewerte eingegeben, so-

chen besteht die Funktion des Kontrollors vielfach (auch) darin, die Zulässigkeit des Einsatzes sowie die Ergebnisse derartiger Überwachungsgeräte verbindlich zu bestätigen⁴³.

5. Notwendigkeit der Kontrolle des Kontrollors

Bereits zuvor wurde darauf hingewiesen, dass die Kontrolle des Kontrollors das notwendige Korrelat zu dessen Unabhängigkeit darstellt, damit aber grundsätzlich das Problem eines infiniten Regresses eröffnet bzw. das Problem virulent wird: Wie viele Stufen kontrollierender Kontrolloren erscheinen notwendig und sinnvoll? Diese Frage lässt sich freilich nicht allgemein beantworten, zumal zuvor grundsätzlich zwischen mehrphasiger interner und/oder externer Supervision zu differenzieren ist:

Am Beispiel eines Verwaltungsstrafverfahrens bedeutet dies etwa, dass es – wenn die Anzeige des Aufsichtsorganes zunächst von dessen Vorgesetztem (= noch innerhalb des Bereiches "Hilfsorgan"), dann vom Sachbearbeiter der Erstbehörde und von dessen Abteilungsleiter (= anderer Behördenbereich, aber noch innerhalb der Staatsgewalt "Verwaltung"), dann vom Unabhängigen Verwaltungssenat (= formell-organisatorisch eine Verwaltungsbehörde, aber außerordentliches Rechtsmittel⁴⁴), dann vom Verfassungsgerichtshof und vom Verwaltungsgerichtshof (= Organe der Staatsgewalt "Gerichtsbarkeit") und schließlich vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (= supranationale Institution) auf seine Stichhaltigkeit überprüft wird – insgesamt zu einer siebenfachen Kontrolle kommt. Gleiches gilt im Grunde im Bereich des behördlichen Administrativverfahrens – und zwar einerlei, ob es sich um Eingriffs- oder Leistungsverwaltung handelt –, während zivil- und strafgerichtliche Verfahren insgesamt zwar weniger Instanzen durchlaufen, sich aber insbesondere auf Grund eines kaum mehr zeitgemäßen Verfahrensrechts in der Regel noch länger hinziehen. Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang, dass schon die durchschnittliche Verfahrensdauer beim Verwaltungsgerichtshof ca. 20 Monate⁴⁵ und auch beim Verfassungsgerichtshof (ohne Ablehnungsbeschlüsse) noch ca. 7¹/₂ Monate⁴⁶ beträgt⁴⁷, kann es kaum verwundern, dass Österreich in Relation zur Bevölkerungs-

dass darauf aufbauende Statistiken und aus diesen abgeleitete Strategien von vornherein unbrauchbar sind; gleichzeitig steht aber eine derartige Zusatzkontrolle außerhalb jeglicher Kosten-Nutzen-Relation.

⁴³ Vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH v. 2. März 1994, Zl. 93/03/0238, mit dem festgestellt wurde, dass eine Laser-Pistole einer bestimmten Bauart "grundsätzlich ein taugliches Mittel zur Feststellung einer von einem Fahrzeug eingehaltenen Geschwindigkeit darstellt."

⁴⁴ Vgl. Art. 129a Abs. 1: "..... nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges"

⁴⁵ Vgl. den Tätigkeitsbericht für 2006 (FN 26), 9.

⁴⁶ Vgl. den Tätigkeitsbericht für 2006 (FN 26), 12.

⁴⁷ Hinsichtlich des Obersten Gerichtshofes geht aus dessen "Tätigkeitsbericht für das Jahr 2006", Zl. Präs1001-14/07 (auch abrufbar unter: www.ogh.gv.at/Aktuelles), diesbezüglich nichts hervor.

dichte besehen bedauerlicherweise im Spitzenfeld der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verletzung des Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK (überlange Verfahrensdauer) verurteilten Staaten⁴⁸ liegt.

Dies zeigt deutlich, dass nicht nur die eigentliche Kontrolle selbst, sondern auch die sich auf diese beziehenden Einrichtungen der "Nachkontrolle" dem Effizienzgebot unterliegen, das im Extremfall (und zwar selbst gegen den Willen des Kontrollorganes) in eine – am primären Zweck der Überprüfung orientierte – *Reduktion bzw. Eliminierung einzelner Kontrollstufen* mündet⁴⁹, um den Kontrollprozess insgesamt nicht tatsächlich im Sinne eines infiniten Regresses ausufern zu lassen⁵⁰.

6. Schluss

Angesichts der unüberblickbaren Vielzahl und Verschiedenartigkeit bestehender Kontrolleinrichtungen⁵¹, die auch kaum eine tragfähige – zumindest nicht eine solche, bei der nicht die Grundsätze durch zahlreiche Ausnahmen postwendend wiederum

⁴⁸ Vgl. jüngst EGMR v. 26. Juli 2007, 18015/03 [Fall Schutte], Nr. 38 (Hervorhebungen nicht im Original): "The present proceedings exceeded the reasonable-time requirement under Article 6 of the Convention in particular as delays occurred while the case was pending before the *Administrative Court* Since the Government have *not shown that any form of relief – either preventive or compensatory – was available for these delays or for the overall duration of the proceedings*, there has been a violation of Article 13 of the Convention in that the applicant had no domestic remedy whereby he could enforce his right to a hearing within a reasonable time as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention", und vom selben Tag, 18294/03 [Fall Stempfer]. Dies gilt unter dem Aspekt des Art. 8 EMRK neuerdings auch für zivilgerichtliche Sorgerechtsverfahren (vgl. EGMR v. 18. Jänner 2007, 45983/99 [Fall Kaplan] = ÖJZ 2007, 621 f).

⁴⁹ In diesem Sinne fordert z.B. der Verfassungsgerichtshof, dass Entscheidungen von (v.a. weisungsfreien Kollegial-)Behörden, gegen die keine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zulässig ist, raschestmöglich der Kognitionsbefugnis des VfGH unterworfen werden sollen, weil nur dadurch der solcherart bewirkten unverhältnismäßigen Belastung des VfGH Abhilfe geschaffen werden kann (vgl. seinen Tätigkeitsbericht für 2006 [FN 26], 5); demgegenüber weigert sich der Verwaltungsgerichtshof beharrlich, selbst in jenen Materien (z.B. Asylrecht) Kompetenzen abzugeben, durch die er überproportional belastet wird (vgl. seinen Tätigkeitsbericht für 2006 [FN 26], 3 ff).

⁵⁰ Die Wurzel des Problems liegt daher nicht bei den Höchstgerichten, sondern darin, dass sie in nahezu jedem Fall ohne nennenswerte prozessuale oder finanzielle Schranken angerufen werden können – es bedarf daher nicht der Einführung einer parteipolitisch dominierten Justizanwaltschaft (s.o., FN 7), sondern vielmehr einer gezielten Limitierung der Instanzenhierarchie und eines auf allen Zuständigkeitsebenen jeweils sachadäquat-effizienten Verfahrensrechts.

⁵¹ Beispielsweise lassen sich etwa wahllos herausgreifen: Behördliche und gerichtliche Instanzen; Parlamentarische Untersuchungsausschüsse (Art. 53 B-VG); Rechnungshöfe des Bundes und der Länder (vgl. Art. 121 ff B-VG sowie z.B. Vbg LGBl.Nr. 10/1999 i.d.F. 24/2000); Aufsichtsorgane über Gemeinden (vgl. z.B. das Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz, BGBl.Nr. 123/1967) und sonstige Selbstverwaltungsträger; Volksanwalt (Art. 148a ff B-VG); Patientenanwalt (vgl. das Vereinskassentherapie-, Patientenrechts- und Bewohnervertretergesetz, BGBl.Nr. 156/1990 i.d.F. BGBl.Nr. I 92/2006); Rechtsschutzbeauftragter (§ 149n Strafprozessordnung, BGBl.Nr. 631/1975 i.d.F. BGBl.Nr. I 19/2004, § 91a Sicherheitspolizeigesetz, BGBl.Nr. 566/1991 i.d.F. BGBl.Nr. I 158/2005, und § 57 Militärbefugnisgesetz, BGBl.Nr. I 86/2000 i.d.F. BGBl.Nr. I 115/2006); Tierschutzombudsmann (vgl. § 41 des Tierschutzgesetzes, BGBl.Nr. I 118/2004 i.d.F. BGBl.Nr. I 54/2007); Leseranwaltschaft (vgl. "Drei Anwälte für Zeitungsleser", Die Presse v. 10. Juli 2007, 27); Ermächtigte zur wiederkehrenden Begutachtung von Kraftfahrzeugen (vgl. § 57a Abs. 2 des Kraftfahrzeuggesetzes, BGBl.Nr. I 267/1967 i.d.F. BGBl.Nr. I 117/2005); s.a. FN 24.

ausgehölet werden – Systematisierung ermöglicht, kann daher die Frage, ob *mit der Institutionalisierung* dieses Organs *auch tatsächlich eine effiziente Kontrolle beabsichtigt* ist, stets nur anhand des konkreten Einzelfalles beurteilt werden. Dies soll abschließend beispielhaft für jene beiden Institutionen, denen die beiden Jubilare jeweils mehrere Jahrzehnte lang angehört haben, nämlich den Verfassungsgerichtshof und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, anhand der zuvor unter 4.1. bis 4.4. dargestellten Kriterien skizziert werden, wobei es jeweils dem geneigten Leser selbst überlassen werden soll, die entsprechende Wertentscheidung zu treffen:

a) Im Unterschied zu den beiden anderen Höchstgerichten verfügt der *Verfassungsgerichtshof* über eine breite Palette an (expliziten und arrogierten⁵²) Kompetenzen, die es ihm ermöglicht, den von ihm kontrollierten Organen – Nationalrat, Bundespräsident, Bundesregierung, Landesregierungen, sonstige verordnungserlassende und letztinstanzliche Behörden – nicht nur im Einzelfall (Kausalgerichtsbarkeit, Staatsgerichtsbarkeit, Bescheidbeschwerde), sondern *auch mit großer Breitenwirkung* nahezutreten (Gesetzesprüfung, Ordnungsprüfung, Kompetenzgerichtsbarkeit, Wahlgerichtsbarkeit). Seine Mitglieder genießen alle *richterlichen Garantien* und sind bis zum der Vollendung des 70. Lebensjahres folgenden Jahresende ernannt. Die Entscheidungen unterliegen *nicht der Amtshaftung*. Zu deren Vorbereitung bestellt der Verfassungsgerichtshof sog. Ständige Referenten, hinsichtlich der allerdings abweichend von Art. 87 Abs. 3 B-VG *keine feste Geschäftsverteilung* gilt; die *Zuteilung* der Rechtssachen erfolgt durch den *Präsidenten*⁵³.

Andererseits steht die Erstattung von Ernennungsvorschlägen⁵⁴ zu Mitgliedern des Verfassungsgerichtshofes *nur der Bundesregierung bzw. dem National- und Bundesrat* zu. Der Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung kommt in der Regel keine Rückwirkung zu bzw. sind diese bei Aufhebung unter Fristsetzung (= "aufschiebende" Aufhebung) trotz bereits festgestellter Rechtswidrigkeit (mit Ausnahme des Anlassfalles) weiterhin anzuwenden. Im Bescheidprüfungsverfahren ist der Verfassungsgerichtshof zwar nicht an den von der Behörde angenommenen Sachverhalt gebunden⁵⁵, doch ist seine Kompetenz auf die *Prüfung* hinsichtlich der Verletzung

⁵² Vgl. z.B. VfGH v. 17. März 2003, A 11/01 (= VfSlg 17002/2003), zur Staatshaftung.

⁵³ Vgl. § 16 VerfGG.

⁵⁴ Als fachliche Qualifikationsvoraussetzung sieht Art. 147 Abs. 3 B-VG (lediglich) die Vollendung des rechtswissenschaftlichen Studiums und eine 10-jährige einschlägige Berufserfahrung vor; darüber hinaus legt Art. 147 abs. 1 B-VG fest, dass die Bundesregierung die von ihr vorgeschlagenen Mitglieder dem Kreis der Richter, Verwaltungsbeamten und Professoren eines rechtswissenschaftlichen Faches einer Universität zu entnehmen hat.

⁵⁵ Vgl. schon VfSlg 1412/1934, 357 (Hervorhebungen im Original): "Der Verfassungsgerichtshof hat auf Grund von Beschwerden nach Artikel 144 B-VG darüber zu entscheiden, ob eine Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts vorliegt. Daher hat er zu untersuchen, ob die Voraussetzungen, unter denen ein solches Recht dem Beschwerdeführer zusteht, tatsächlich vorhanden sind. Sein Erkenntnis muss er aus dem *wirklichen*, nicht aber aus dem von der Verwaltungsbehörde angenommenen Tatbestand schöpfen. Kommt er daher zum Ergebnis, dass der von der Verwaltungs-

verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte *eingeschränkt*. Aus diesem Grund verkörpert der Verfassungsgerichtshof nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte *kein "Tribunal"* i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK⁵⁶, was in Verbindung mit seiner großzügig gehandhabten Ablehnungskompetenz⁵⁷ dazu führt, dass er in Individualbeschwerdeverfahren immer mehr als *bloße "Zwischeninstanz"* angesehen wird. Seinen Erkenntnissen kommt in der Regel *bloß feststellender Charakter* zu; hinsichtlich der faktischen Umsetzung ist er auf andere Behörden und Gerichte angewiesen⁵⁸. Die *Personal-, Sach- und Finanzausstattung* des Verfassungsgerichtshofes ist gesetzlich nicht geregelt, sodass diesbezüglich ein *weiter Ermessensspielraum* des Kontrollierten – nämlich des Bundeskanzler(amte)s – besteht.

b) Die Mitglieder des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, deren *Unabhängigkeit* sich (nur) *mittelbar* aus Art. 21 Abs. 3 EMRK ergibt⁵⁹, werden von den Konventionsstaaten⁶⁰ vorgeschlagen⁶¹ und von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates auf einen *Zeitraum von sechs Jahren* gewählt; ihre Amtszeit endet jedoch jedenfalls mit der Vollendung des 70. Lebensjahres. Die *Zuteilung der Rechtssachen* erfolgt durch den Präsidenten *ohne Bindung an eine feste Geschäftsverteilung*⁶². Bezüglich des *Sachverhaltes* ist er weder an das Parteinvorbringen noch an entsprechende Feststellungen der Behörden des belangten Staates gebunden⁶³. Hinsichtlich seiner *Finanz-, Sach- und Personalausstattung* ist in der EMRK

behörde angenommene Tatbestand noch der Ergänzung oder Aufklärung bedarf, so ist es seine *Pflicht*, diese durchzuführen; denn der Verfassungsgerichtshof hat nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 87, Absatz 1, VerfGG 1930 [= § 87 Abs. 1 VerfGG 1953 i.d.g.F.]) auszusprechen, ob eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte stattgefunden hat, also unter allen Umständen in der Sache selbst zu entscheiden". Gegenteiliges gilt hingegen gemäß § 41 VwGG für den Verwaltungsgerichtshof.

⁵⁶ Z.B. EGMR v. 9. November 2006, 30003/02 [Fall Stojakovic], m.w.N.

⁵⁷ Vgl. oben, FN 26.

⁵⁸ Vgl. § 87 Abs. 2 VerfGG sowie Art. 146 B-VG. Dies kann gelegentlich zu einer nicht unerheblichen Desavouierung dieser Institution führen, wie jüngst der sattsam bekannte Konflikt um die "Kärntner Ortstafeln" gezeigt hat (besonders niveaulos, wenngleich wohl noch nicht das Tatbild der §§ 250 f StGB erfüllend z.B. die Aussagen des Bundesobmannes einer politischen Partei in: Die Presse v. 28. Dezember 2006 ["BZÖ-Ortstafel-Attacke: 'Korinek steht für rechtlichen Dreck'"]).

⁵⁹ Art. 24 EMRK legt darüber hinaus fest, dass ein Richter nur durch einen mit Zweidrittelmehrheit der übrigen Richter gefassten Beschluss entlassen werden kann; Gleiches gilt im Übrigen gemäß § 10 VerfGG für den Verfassungsgerichtshof.

⁶⁰ In Österreich: durch die Bundesregierung, wobei politisch-taktische Überlegungen eine nicht geringe Rolle spielen (vgl. z.B. StenProtBR, 676. Sitzung, 16 ff); eine entsprechende gesetzliche Grundlage hierfür besteht allerdings nicht (vgl. 3420/AB, 20.GP).

⁶¹ Vgl. Art. 22 Abs. 1 EMRK. Hinsichtlich ihrer fachlichen Qualifikation sieht Art. 21 Abs. 1 EMRK – ohne nähere Determinierung – vor, dass sie hohes sittliches Ansehen genießen und entweder für hohe richterliche Ämter geeignet oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein müssen.

⁶² Vgl. die Art. 51 und Art. 52 der Verfahrensordnung des EGMR (kundgemacht durch BGBl.Nr. III 13/2000, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. III 19/2007).

⁶³ Vgl. Art. 49 Abs. 3 lit. a und Art. 54 Abs. 2 lit. a der Verfahrensordnung (FN 60).

lediglich festgelegt, dass der Gerichtshof über eine *Kanzlei* und über *wissenschaftliche Mitarbeiter* verfügt⁶⁴.

Im Übrigen ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in gleicher Weise wie der Verfassungsgerichtshof hinsichtlich seiner *Kognitionsbefugnis eingeschränkt*⁶⁵, nämlich insoweit, als er lediglich die Verletzung von in der EMRK gewährleisteten Rechten – die in verschiedenen Bereichen hinter den nationalen Verbürgungen zurückstehen⁶⁶ – feststellen kann. Auch in Bezug auf die *faktische Umsetzung* seiner Entscheidungen bedarf er in vollem Umfang der Mitwirkung des verurteilten Staates⁶⁷.

⁶⁴ Vgl. Art. 25 EMRK, näher ausgeführt durch die Art. 17 und 18 der Verfahrensordnung des EGMR (FN 62).

⁶⁵ Sodass sich konsequenterweise auch insoweit die Frage erhebt, ob er denn selbst als ein "Tribunal" i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen ist.

⁶⁶ Vgl. z.B. Art. 6 StGG (Erwerbsfreiheit), Art. 17 StGG (Wissenschaftsfreiheit), Art. 17a StGG (Kunstfreiheit) und Art. 18 StGG (Berufsausbildungsfreiheit).

⁶⁷ Diese wird durch das Ministerkomitee des Europarates überwacht (vgl. Art. 46 EMRK).