

sprechend geänderten Verfassung, vielleicht sogar in *Erfüllung* des neuen Art 49 Abs 3 B-VG geschieht¹¹².

Dafür spricht, dass in § 7 Abs 3 nicht nur von der *Bereitstellung*, sondern auch von der *Bereithaltung* die Rede ist, die eben – wie die erstmalige Bereitstellung – durch eine anderweitige Kundmachung suppliert werden kann. Der in § 11 Abs 2 BGBIG normierte *Geltungsbeginn* wiederum kann ohne Not auch bloß auf Rechtsvorschriften bezogen werden, die bei Unerreichbarkeit des RIS auf konventionelle Weise *erstmalig* zu verlautbaren sind, für die also wegen des Ausfalls des RIS schon die elektronische *Bereitstellung* versagt¹¹³.

6. *Bereithaltung als Teil der Kundmachung*

Selbst wenn aber die Bereithaltung zur Kundmachung zählt, wäre allerdings erst zu klären, *worin genau* der Zusammenhang zwischen Bereithaltung und Kundmachung besteht – nicht alle Facetten der Kundmachung sind nämlich auch für die *Geltung* des Kundgemachten relevant. Es ist maW erst zu untersuchen, ob mit dem Wegfall der Bereithaltung die Kundmachung als solche, oder ob mit ihm nur ein für die Geltung unwesentlicher Bestandteil der Kundmachung entfiele.

- 112 Trotz der oben beschriebenen parallelen Entwicklung von BGBIG und Novelle des Art 49 B-VG lässt sich übrigens trefflich darüber streiten, ob § 7 Abs 3 BGBIG mit seinem bloßen Hinweis auf Art 49 Abs 3 B-VG hinreichend determiniert ist, oder ob nicht im BGBIG Genaueres über die Art und Weise dieser Notkundmachung stehen müsste: Dass das neue BGBIG in jeder Hinsicht, also etwa auch mit Blick auf Art 18 B-VG der Verfassung entspricht, ergibt sich nämlich auch aus dieser Entstehungsgeschichte keineswegs.
- 113 Auch für solche Fälle wird übrigens die sukzessive Kundmachung im elektronischen Wege zulässig sein, wenn man den Ausdruck »solange« dahin gehend deutet, dass die Notkundmachung nur bis zu einer (Wieder-) Herstellung der elektronischen Kundmachung gelten soll (siehe dazu schon oben in FN 103).

Selbst wenn daher in § 11 Abs 2 BGBIG die *Neukundmachung* solcher Rechtsvorschriften angesprochen wäre, die bereits im Internet verlautbart wurden, dort aber nicht (mehr) abfragbar sind, zwingt dies noch nicht zu dem Schluss, dass diese Rechtsvorschriften damit ihre Geltung verloren haben müssten, die erst durch die Neukundmachung wieder hergestellt wird. Dieser Schluss setzt vielmehr das zu Beweisende bereits voraus, dass nämlich mit dem Ausfall des RIS der Geltungsverlust des dort Kundgemachten eintritt. Selbst eine Neukundmachung ersetzt nämlich nicht die – unzweifelhaft bereits erfolgte – *Bereitstellung*, sondern nur die *Bereithaltung* des Kundgemachten, von der aber noch gar nicht gesagt ist, dass sie auch *Geltungsvoraussetzung* ist.

Es wäre schließlich denkbar und mit Art 49 Abs 1 und 3 B-VG sowie § 11 Abs 1 und 2 BGBIG zu vereinbaren, dass die *Bereitstellung* das *Ob*, die *Bereithaltung* aber die *Qualität* der Kundmachung betrifft, dass also die Kundmachung mit der Bereitstellung des Textes der Rechtsvorschrift bewirkt ist, während die Qualität dieser Kundmachung unter anderem von ihrer dauernden Verfügbarkeit abhängig ist.

Auch in dieser Variante hat die Anordnung der Notkundmachung daher den Sinn einer *Berichtigung* und setzt damit keineswegs den Geltungsverlust des zunächst Kundgemachten voraus. § 11 Abs 2 BGBIG bezeichnet dann jenen Zeitpunkt, zu dem die Berichtigung wirksam wird und die Qualität der Kundmachung wieder herstellt, ab dem die Kundmachung also wieder vollständig und fehlerlos ist. Gerade dann, wenn man die Kundmachung als *Zustand* ansieht, der durch die Bereithaltung mit bewirkt wird, spricht viel für dieses und wenig für das alternative Ergebnis, dass der Wegfall bloß der Bereithaltung auch auf das Element der Bereitstellung (zurück-¹¹⁴)

114 Eine *Rückwirkung* des Geltungsverlustes wird wenigstens bei *Stelzer/Lehner* (FN 100) 37 ausdrücklich ausgeschlossen. Mit dem herkömmlichen Verständnis der nicht gehörigen

wirken soll, besteht die Kundmachung dann doch aus zwei Elementen, die unabhängig voneinander beurteilbar sind. Diese Deutung würde auch gut erklären, warum die hier behauptete besondere Form der Berichtigung eine – von § 10 BGBIG abgehobene – eigenständige Regelung erfahren hat.

Auch aus § 8 Abs 2 und 3 BGBIG folgt nicht, dass der Wegfall der Bereithaltung zum Geltungsverlust des Bereitgestellten führen soll. Selbst wenn man aus diesen Bestimmungen ableiten wollte, dass die Bereithaltung noch zum Prozess der Kundmachung zählt, wäre damit nämlich noch nichts über die Art des rechtlichen Zusammenhanges zwischen Bereithaltung und Geltung gesagt.

§ 8 Abs 3 BGBIG kann außerdem ganz im Gegenteil auch gerade als *Sicherung* der fortdauernden Kundmachung gelesen werden: Solange die Sicherungskopien und die beglaubigten Ausdrücke im Staatsarchiv, der National- und der Parlamentsbibliothek vorhanden sind, »existiert« die Vorschrift, weil sie – wenn auch in einer Minimalversion – *bereithalten* wird.

Es mag also maW durchaus sein, dass die dauernde Bereithaltung Bestandteil der Kundmachung ist. Das zwingt aber keineswegs zu dem Schluss, dass Bereitstellung und Bereithaltung für die Kundmachung dieselbe Bedeutung haben und gleichermaßen Geltungs-

- »» Kundmachung ist dies freilich nicht leicht zu erklären, haftete doch der betroffenen Rechtsvorschrift ein derartiger Mangel stets von Anfang an; offen bleibt aber auch in dieser Deutung, ab wann denn nun der Geltungsverlust eintreten soll – schon mit der Unmöglichkeit der Abfrage, oder erst ab dem Zeitpunkt, ab dem diese Unmöglichkeit nicht mehr bloß vorübergehend ist, oder schon ab dem Zeitpunkt, in dem deutlich wird, dass der Mangel nicht rechtzeitig behoben werden kann? Die hier vertretene Auffassung vermeidet diesen Nachteil. Ihr zufolge tritt der Kundmachungsmangel bei jedem Wegfall der Zugänglichkeit des RIS auf und wird mit Wiederherstellung des Zugangs oder Vornahme der Notkundmachung geheilt.

voraussetzung für die betroffene Rechtsvorschrift sind. Auch und gerade dann, wenn die Materialien sich darüber Rechenschaft ablegen, dass eine ununterbrochene Bereithaltung zur Abfrage technisch unmöglich sein wird, ist es vielmehr eher abwegig, ihnen zu unterstellen, dass sie als Konsequenz dessen jeweils den Geltungsverlust aller betroffenen Rechtsvorschriften in Kauf genommen hätten¹¹⁵.

Dass die Nichtgeltung generell adäquate Rechtsfolge der Unzugänglichkeit des Kundgemachten sei¹¹⁶, ist ebenfalls überschießend. Dann hätte nämlich die Rechtsordnung schon bisher nur zu den Öffnungszeiten der Bibliotheken und Gerichte gegolten – eine Konsequenz, die wohl nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen ist.

Wenn aber die Bereithaltung nicht für das *Vorhandensein*, sondern bloß für die *Fehlerlosigkeit* der Kundmachung entscheidend ist, bewirkt ihr Wegfall bloß einen *Kundmachungsmangel*, der – mit Blick auf Art 139 Abs 3 lit c und Art 140 Abs 3 B-VG – die Geltung gar nicht berührt. Selbst wenn man daher auch die Bereithaltung zur Kundmachung zählt, zwingt dies nicht zu dem Schluss, dass ihr Wegfall zum Geltungsverlust der betroffenen Rechtsvorschriften führen muss. Er entspricht dem Fortfall der Erfüllung der Vorgaben nicht des Art 49 Abs 1, sondern bloß des Art 49 Abs 3 B-VG. Art 49 Abs 3 B-VG wiederum setzt eine rechtswirksame Kundmachung bereits voraus: Die Rechtsvorschriften sollen »in ihrer kundgemachten Form« auf Dauer und

115 So aber im Ergebnis *Wiederin* (FN 15) 716 mit Nachweis der Materialien in FN 12 und 13.

116 So wiederum *Wiederin* (FN 15) 727. In den von ihm bezogenen Beispielen – entferne Straßenverkehrszeichen oder unleserliche Bodenmarkierungen – ist es schon bisher keineswegs zwingend, von Geltungsverlust auszugehen. Vielmehr erlangen diese Konstellationen nur in straf- und schadenersatzrechtlichen Zusammenhängen Bedeutung, in denen stattdessen mit einem *entschuldbaren Rechtsirrtum* operiert werden kann.

vollständig ermittelt werden können. Fällt diese Ermittelbarkeit weg, so hört die Kundmachung damit nicht auf. Vielmehr handelt es sich dann jedenfalls und auch dann nur um eine Kundmachung in »verfassungswidriger Weise«, die nach Art 140 Abs 3 B-VG nicht zur absoluten Nichtigkeit, sondern zur Aufhebung führt¹¹⁷.

Dass der Gerichtshof damit viel zu tun hätte, spricht nicht *gegen*, sondern *für* diese Lösung: Es ist erstens – verfassungspolitisch betrachtet – *gut*, wenn der Gerichtshof sich mit der Aufhebung der Rechtsordnung Zeit lassen kann. Dadurch wird er – pragmatisch betrachtet – wohl ohnehin erst nach Beseitigung des Notstands tätig werden, wenn also der Kundmachungsmangel bereits wieder behoben ist. Für die zwischenzeitlich entstandenen Anlassfälle kann er aber Abhilfe schaffen, damit niemand die negativen Folgen einer Vorschrift tragen

117 Man mag mir entgegen halten, dass ich oben gerade die Kundmachung im Bundesgesetzblatt als einzige und entscheidende Geltungsbedingung, als Inhalt der »Gehörigkeit« einer Kundmachung von Gesetzen bezeichnet habe. Die wegen des Ausfalls des BGBl im RIS weggefallene Bereithaltung bewirke nun, könnte man sagen, eben den Wegfall dieser für die Geltung essentiellen Bedingung; die Rechtsvorschrift sei – je nach dem Stand der Notkundmachung – gar nicht mehr oder wenigstens nicht mehr im BGBl kundgemacht, der Ausfall müsse daher auch für mich zum Verlust der Geltung führen. Die Notkundmachung bei Ausfall des RIS wurde allerdings oben schon als äquivalente, verfassungsrechtlich zulässige Alternative zur Kundmachung im BGBl anerkannt. Für die Zeit zwischen dem RIS-Ausfall und dieser Notkundmachung gilt aber, dass die betroffene Rechtsvorschrift *jedenfalls* im BGBl *kundgemacht* wurde (Bereitstellung), dass dieser Umstand bloß nicht mehr *nachvollziehbar* ist (Bereithaltung) – es *fehlt* mit anderen Worten nicht an einer *Kundmachung* im BGBl, sondern bloß an ihrer *Zugänglichkeit*. Dass dies ein Fehler ist, soll außer Streit gestellt sein. Dass dieser Fehler aber die Geltung berührt, muss auch auf Basis der These von der Notwendigkeit einer Kundmachung im Bundesgesetzblatt nicht vertreten werden.

muss, die er im Zeitpunkt seiner Handlung vielleicht nicht kennen konnte:

7. *Konsequenz: Fortgeltung des Kundgemachten*

Bei einem solchen Verständnis des Art 49 B-VG und der zitierten Bestimmungen des BGBIG gelten alle im Zeitpunkt des Ausfalls der Internetseite bereits verlautbarten Rechtsvorschriften weiter. Sie bleiben kundgemacht, mag auch diese Kundmachung infolge Ausfalls des Rechtsinformationssystems des Bundes mangelhaft geworden sein¹¹⁸.

Wenn das RIS zwar im Zeitpunkt der *Verwirklichung des Sachverhaltes*, nicht aber auch im Zeitpunkt der *Erlassung des Bescheides* oder der *Fällung des Urteils* ausgefallen und eine Notkundmachung nicht bewerkstelligt war, wird man von einem entschuldbaren Rechtsirrtum ausgehen können, der zumindest einer *Vorwerfbarkeit* der Zuwiderhandlung entgegensteht. War die Kundmachung hingegen (auch) im Zeitpunkt der *Bescheiderlassung* (noch) fehlerhaft, so wird der Verfassungsgerichtshof zwar auszusprechen haben, dass die zu Grunde liegende Rechtsvorschrift verfassungs- bzw gesetzwidrig (kundgemacht) *war*. Ob dies aber auch zur *Aufhebung des Bescheides* führt, hängt von seiner Prüfung am Maßstab der bereinigten Rechtslage und weiters davon ab, ob die Anwendung der fehlerhaft kundgemachten Vorschrift für den Beschwerdeführer nachteilig war. Verweigert die Verwaltung hingegen der fehlerhaft kundgemachten Rechtsvorschrift ihren Gehorsam, so übt sie damit Willkür, schon weil sie an ihrer Stelle eine andere, in den meisten Fällen wohl eine frühere, in Wahrheit gar nicht anwendbare Rechtsvorschrift anwenden muss.

118 Interessanter Weise geht auch *Wiederin* aaO von einer mangelhaften Kundmachung aus, bloß dass er diesen Mangel auf die *Gehörigkeit* der Kundmachung durchschlagen und *deswegen* den Geltungsverlust eintreten lässt.