

DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Die Verhaltensbeschwerde

Eine Analyse der Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer
Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Julia Bolena

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of
study as it appears on the student record
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von | Supervisor:

ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak

Danksagung

Bereits während meines Studiums wurde meine Begeisterung für das Verwaltungsrecht nachhaltig geprägt – eine Ausrichtung, die mich bis heute begleitet und auch meine Tätigkeit am Bundesverwaltungsgericht bestimmt. Dort setzte ich mich erstmals mit einer Verhaltensbeschwerde auseinander, wodurch der Wunsch nach einer vertieften wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit diesem Thema geweckt wurde.

Mein besonderer Dank gilt meinem ehemaligen Vorgesetzten Dr. *Hermann Renner*, der mich ermutigte, den Schritt zur Dissertation zu wagen. Ebenso danke ich Dr. *Leopold Dotter*, der mich durch kritische Gespräche und gemeinsame juristische Überlegungen stets inspiriert und bestärkt hat.

Ebenso verbunden bin ich ao. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Muzak*, der die Betreuung meiner Dissertation übernommen hat. Seine fachkundige Beratung, seine wertvollen Anregungen und seine stets konstruktive Kritik haben in entscheidender Weise zur Entstehung und Qualität dieser Arbeit beigetragen. Mein Dank gilt darüber hinaus ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. *Christian M. Piska* sowie Univ.-Prof. Dr. *Karl Stöger*, MJur, die freundlicherweise die Begutachtung dieser Arbeit übernommen haben.

In ganz besonderer Weise danke ich meinem Ehemann *Dominik Bolena* BA und unserer Tochter *Bella*. Mit ihrer Liebe, Geduld und ihrem Vertrauen haben sie mir die notwendige Stärke gegeben, auch in herausfordernden Phasen nicht den Mut zu verlieren. Sie haben mich nicht nur getragen, sondern mir tagtäglich vor Augen geführt, worauf es im Leben wirklich ankommt.

Schließlich danke ich meiner Mutter *Herta Kosel-Marin* MBA, die mir in allen Lebenslagen Rückhalt gegeben, mir Zuversicht geschenkt und mich unermüdlich unterstützt hat. Ohne ihre beständige Ermutigung wäre das Gelingen dieses Projekts in dieser Form kaum möglich gewesen.

Diese Dissertation ist meiner Familie gewidmet.

Wien, im Oktober 2025

Julia Bolena

Abkürzungsverzeichnis

A

aA	andere(r) Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Abschlussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch), JGS 1811/946 idF BGBl I 2025/25
Abl	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	Absatz
ADV	Verordnung der Bundesregierung vom 9. Jänner 1979 über die Allgemeinen Dienstvorschriften für das Bundesheer, BGBl 1979/43 idF BGBl II 2024/73
aF	alte Fassung
AGES	Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH
AHG	Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden (Amtshaftungsgesetz), BGBl 1949/20 idF BGBl I 2025/50
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AMG	Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz), BGBl 1983/185 idF BGBl I 2023/193
Anm	Anmerkung, -en
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ArbeiterkammerG	Bundesgesetz über die Kammern für Arbeiter und Angestellte und die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (Arbeiterkammergesetz 1992), BGBl 1991/626 idF BGBl I 2022/113
ArbeitsinspektionsG	Bundesgesetz über die Arbeitsinspektion (Arbeitsinspektionsgesetz 1993 - ArbIG), BGBl 1993/27 idF BGBl I 2024/110
ARR 2014	Verordnung des Bundesministers für Finanzen über Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014), BGBl II 2014/208 idF BGBl II 2018/190
Art	Artikel
AuskunftspflichtG	Bundesgesetz vom 15. Mai 1987 über die Auskunftspflicht der Verwaltung des Bundes und eine Änderung des Bundesministeriengesetzes 1986 (Auskunftspflichtgesetz), BGBl 1987/287 idF BGBl I 2024/5
Auskunftspflicht-GG	Bundesgrundsatzgesetz vom 15. Mai 1987 über die Auskunftspflicht der Verwaltung der Länder und Gemeinden (Auskunftspflicht-Grundsatzgesetz), BGBl 1987/286 idF BGBl I 2024/5
AuvBZ	Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl 1991/51 (WV) idF BGBl I 2025/50

B

BAO	Bundesgesetz über allgemeine Bestimmungen und das Verfahren für die von den Abgabenbehörden des Bundes, der Länder und Gemeinden
-----	--

	verwalteten Abgaben (Bundesabgabenordnung), BGBl 1961/194 idF BGBl I 2025/25
Bd	Band
BDG	Bundesgesetz vom 27. Juni 1979 über das Dienstrecht der Beamten (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979), BGBl 1979/333 idF BGBl I 2025/50
Berggesetz 1975	Bundesgesetz vom 11. April 1975 über den Bergbau und über die Änderung der Gewerbeordnung 1973, BGBl 1975/259 aufgehoben durch BGBl I 1999/38
BFG	Bundesfinanzgericht
BFGG	Bundesgesetz über das Finanzgericht (Bundesfinanzgerichtsgesetz), BGBl I 2013/14 idF BGBl I 2025/50
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bgld	Burgenland; burgenländisch, -e, -em, -en, -er, -es
Bgld Feuerwehrgesetz 2019	Gesetz vom 17. Oktober 2019 über die Feuer- und Gefahrenpolizei und das Feuerwehrewesen im Burgenland (Bgld FwG 2019), LGBl 2019/100
BHG 2013	Bundesgesetz über die Führung des Bundeshaushaltes (Bundeshaushaltsgesetz 2013), BGBl I 2009/139 idF BGBl I 2025/25
Blg	Beilagen
BlgLT	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Landtages
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMG	Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986), BGBl 1986/76 idF BGBl I 2025/10
BReg	Bundesregierung
Bundesforstgesetz 1996	Bundesgesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesforste und Errichtung einer Aktiengesellschaft zur Fortführung des Betriebes „Österreichische Bundesforste“, BGBl 1996/793 idF BGBl I 2019/14
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I 2024/89
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwGG	Bundesgesetz über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz), BGBl I 2013/10 idF BGBl I 2023/77
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz), BGBl 1993/532 idF BGBl I 2025/37
bzw	beziehungsweise

D

ders	derselbe
DRdA	Das Recht der Arbeit
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DSB	Datenschutzbehörde
DSG	Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz - DSG), BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2024/70
DSK	Datenschutzkommission

E

E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008, BGBl I 2008/87 (WV) idF BGBl I 2023/177
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210 idF BGBl III 2023/171

Erl	Erläuterungen
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBL	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (ÖJZ)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

F

f	und der/die folgende
ff	und der/die folgend und die folgenden
FG	Festgabe
FHG	Bundesgesetz über Fachhochschulen (Fachhochschulgesetz), BGBl 1993/340 idF BGBl I 2024/50
Flurverfassungs-GG	Flurverfassungs-Grundsatzgesetz 1951, BGBl 1951/ 103 (WV) idF BGBl I 2013/189
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMABG	Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz), BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2025/6
FN	Fußnote
Födok	Föderalismus Dokumente (herausgegeben vom Institut für Föderalismus)
FPG	Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreiseteil (Fremdenpolizeigesetz 2005), BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2022/202
FS	Festschrift
FSG	Bundesgesetz über den Führerschein (Führerscheingesetz), BGBl I 1997/120 idF BGBl I 2023/90

G

G	Gesetz, -e, -en, -es
GebührenanspruchsG	Bundesgesetz vom 19. 2. 1975 über die Gebühren der Zeugen und Zeuginnen, Sachverständigen, Dolmetscher und Dolmetscherinnen, Geschworenen, Schöffen und Schöffinnen (GebAG), BGBl 1975/136 idF BGBl I 2021/202
GewO	Gewerbeordnung 1994, BGBl 1994/194 (WV) idF BGBl I 2024/150
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GZ	Geschäftszahl

H

hA	herrschende Ansicht
HDG	Heeresdisziplingesetz 2014, BGBl I 2014/2 (WV) idF BGBl I 2024/77
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber

I

IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
IEFG	Bundesgesetz, mit dem eine IAF-Service GmbH gegründet wird (IEF-Service-GmbH-Gesetz), BGBl I 2001/88 idF BGBl I 2021/218
IG-L	Bundesgesetz zum Schutz vor Immissionen durch Luftschadstoffe (Immissionsschutzgesetz – Luft), BGBl I 1997/115 idF BGBl I 2018/73
insb	insbesondere
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit

J

Jahrbuch ÖR	Jahrbuch Öffentliches Recht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB1	Juristische Blätter
JG	Justizgesetzessammlung
JN	Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm), RGBl 1895/111 idF BGBl I 2022/61
JRP	Journal für Rechtspolitik
JurDiss	juristische Dissertation

K

KFG	Bundesgesetz vom 23. Juni 1967 über das Kraftfahrwesen (Kraftfahrgesetz 1967), BGBl 1967/267 idF BGBl I 2025/19
K-FLG	Kärntner Flurverfassungs-Landesgesetz 1979, LGBl 1979/64 (WV) idF LGBl 2020/106
K-FWG 2021	Gesetz vom 18. März 2021 über das Feuerwehrwesen in Kärnten (Kärntner Feuerwehrgesetz 2021) LGBl 2021/32
KMG 2019	Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen (Kapitalmarktgesetz 2019), BGBl I 2019/62 idF BGBl I 2022/69
KStG 1988	Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens von Körperschaften (Körperschaftsteuergesetz 1988), BGBl 1988/401 idF BGBl I 2025/20
Ktn	Kärnten, Kärntner

L

LGBl	Landesgesetzblatt
lit	litera
LMSVG	Bundesgesetz über Sicherheitsanforderungen und weitere Anforderungen an Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände und kosmetische Mittel zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher (Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz), BGBl I 2006/13 idF BGBl I 2025/50
LVwG	Landesverwaltungsgericht, -e

M

MBG	Bundesgesetz über Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der militärischen Landesverteidigung (Militärbefugnisgesetz), BGBl I 2000/86 idF BGBl I 2024/77
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MeldeG 1991	Bundesgesetz über das polizeiliche Meldewesen (Meldegesetz 1991), BGBl 1992/9 idF BGBl I 2023/160
mN	mit Nachweisen
mwH	mit weiteren Hinweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen

N

NÖ Auskunftsg	Niederösterreichisches Auskunftsgesetz, LGBI 0020-0 idF LGBI 2025/63
NÖ FG 2015	Niederösterreichisches Feuerwehrgesetz 2015, LGBI 2015/85 idF LGBI 2025/63
NÖ-Flurverfassungs-Landesgesetz 1975	(Niederösterreichisches) Flurverfassungs-Landesgesetz 1975, LGBI 6650-0 (WV) idF LGBI 2021/53
NÖ Sportgesetz	NÖ Sportgesetz, LGBI 5710-0 idF LGBI 2020/90
NÖ	Niederösterreich; niederösterreichisch, -e, -en, -er, -es
NO	Notariatsordnung, RGBI 1871/75 idF BGBl I 2025/25
NR	Nationalrat
NR	Zeitschrift für das Recht der nachhaltigen Entwicklung

O

ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
Oö BhG 1991	Landesgesetz vom 3. Juli 1991 betreffend das Landesgesetz über die Hilfe (Förderung und Betreuung) für behinderte Menschen (Oö Behindertengesetz 1991)
Oö Feuerwehrgesetz 2015	Landesgesetz über das Feuerwehrwesen in Oberösterreich (Oö FWG 2015), LGBI 2014/104 idF LGBI 2024/95
OÖ	Oberösterreich; oberösterreichisch, -e, -em, -en, -er, -es
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

P

PassG 1992	Bundesgesetz betreffend das Passwesen für österreichische Staatsbürger, BGBl 1992/839 idF BGBl I 2021/123
PStG 2013	Bundesgesetz über die Regelung des Personenstandswesens (Personenstandsgesetz 2013), BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2023/181
PKG	Bundesgesetz vom 17. Mai 1990 über die Errichtung, Verwaltung und Beaufsichtigung von Pensionskassen (Pensionskassengesetz), BGBl 1990/281 idF BGBl I 2024/112
PolKG	Bundesgesetz über die internationale polizeiliche Kooperation (Polizeikooperationsgesetz), BGBl I 1997/104 idF BGBl I 2021/190
PSG 2004	Bundesgesetz zum Schutz vor gefährlichen Produkten (Produktsicherheitsgesetz 2004), BGBl I 2005/16 idF BGBl I 2018/32

R

RAO	Rechtsanwaltsordnung, RGBI 1868/96 idF BGBl I 2025/25
RdM	Recht der Medizin
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RLV	Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (Richtlinien-Verordnung), BGBl 1993/266 idF BGBl II 2012/155
RS	Rechtssatz
RStDG	Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz), BGBl 1961/305 idF BGBl I 2025/25
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung

S

SbG Feuerwehrgesetz 2018	Gesetz vom 31. Jänner 2018 über das Feuerwehrwesen im Bundesland Salzburg, LGBI 2018/27 idF LGBI 2021/118
Sbg Flurverfassungsg	Salzburger Flurverfassungs-Landesgesetz 1973 (FLG 1973), LGBI 1973/1 (WV) idF LGBI 2024/121
Sbg SchUG	Salzburg, -er Bundesgesetz über die Ordnung von Unterricht und Erziehung in den im Schulorganisationsgesetz geregelten Schulen (Schulunterrichtsgesetz), BGBl 1986/472 (WV) idF BGBl I 2025/44
SozSi SPG	Zeitschrift Soziale Sicherheit Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz), BGBl 1991/566 idF BGBl I 2024/122
StbG	Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985), BGBl 1985/311 (WV) idF BGBl I 2024/154
StEntG	Bundesgesetz über die Entwicklung und Weiterentwicklung des Wirtschaftsstandortes Österreich (Standort-Entwicklungsgesetz), BGBl I 2018/110
Steiermärkisches Feuerwehrgesetz StGB	Gesetz vom 13. Dezember 2011 über die Feuerwehren in der Steiermark (StFWG), LGBI 2012/13 idF LGBI 2024/160 Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch), BGBl 1974/60 idF BGBl I 2025/50
StZLG	Steiermärkisches Zusammenlegungsgesetz 1982, LGBI 1982/82 idF LGBI 2022/84
StVG	Bundesgesetz vom 26. März 1969 über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen (Strafvollzugsgesetz), BGBl 1969/144 idF BGBl I 2025/31
StVO	Bundesgesetz vom 6. Juli 1960, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden (Straßenverkehrsordnung 1960), BGBl 1960/159 idF BGBl I 2024/52
SZ	Sammlung der Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen

T

Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz	Gesetz, mit dem die Anerkennung beruflicher Qualifikationen im Rahmen der europäischen Integration, der Europäische Berufsausweis, die Verwaltungszusammenarbeit sowie die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor der Erlassung von Berufsreglementierungen geregelt werden - Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz, LGBI 2015/86 idF LGBI 2025/35
---	---

TFLG 1996	Kundmachung der Landesregierung vom 12. November 1996 über die Wiederverlautbarung des Tiroler Flurverfassungslandesgesetzes 1978, LGBI 1996/74 idF LGBI 2021/161
Tir	Tirol, -er
TSG	Gesetz vom 6. August 1909, betreffend die Abwehr und Tilgung von Tierseuchen (Tierseuchengesetz), RGBI 1909/177 aufgehoben durch BGBl I 2024/53

U

ua	und andere, unter anderem
UbG	Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz), BGBl 1990/155 idF BGBl I 2023/77
UG	Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten und ihre Studien (Universitätsgesetz 2002), BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2025/28
UIG	Bundesgesetz über den Zugang zu Informationen über die Umwelt (Umweltinformationsgesetz), BGBl 1993/495 idF BGBl I 2018/74
UStG	Bundesgesetz über die Besteuerung der Umsätze (Umsatzsteuergesetz 1994), BGBl 1994/633 idF BGBl I 2025/25
usw	und so weiter
uva	und so weiter und viele(s) andere
UVS	Unabhängige(r) Verwaltungssenat(e)

V

VA	Volksanwaltschaft
VAG	Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (Versicherungsaufsichtsgesetz 2016), BGBl I 2015/34 idF BGBl I 2024/112
Vergnügungssteuergesetz 2005	Gesetz über die Besteuerung von Vergnügen im Gebiet der Stadt Wien (VGSG), LGBI 2005/56 (nunmehr Gesetz, mit dem das Gesetz über die Besteuerung von Vergnügen im Gebiet der Stadt Wien (Vergnügungssteuergesetz 2005 – VGSG) geändert wird, LGBI 2016/63
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, BGBl 1953/85 (WV) idF BGBl I 2025/50
VfGH	Verfassungsgerichtshof, -es
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VlbG	Flurverfassungs-Landes-
gesetz	Gesetz über die Regelung der Flurverfassung, LGBI 1979/2 idF LGBI 2025/37
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl 1991/52 (WV) idF BGBl I 2025/50
VwG	Verwaltungsgericht, -e, -en, -es
VwG-EGebV	Verordnung des Bundesministers für Finanzen betreffend die Gebühr für Eingaben bei den Verwaltungsgerichten (VwG-Eingabengebührverordnung, BGBl II 2014/387 idF BGBl II 2025/120
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, BGBl 1985/10 (WV) idF BGBl I 2025/50
VwGH	Verwaltungsgerichtshof, -es
VwG-Novelle 2010	Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird und einige Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2010), 129/ME 24. GP
VwG-Novelle 2012	Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Finanz-Verfassungsgesetz 1948, das Finanzstrafgesetz, das Bundesgesetz, mit dem das Invalideneinstellungsgesetz 1969 geändert wird, das Bundessozialamtsgesetz, das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000, das Bundesgesetzblattgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 und

	das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 geändert und einige Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012), BGBl I 2012/51
VwGO	(deutsche) Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch das Gesetz vom 24. Oktober 2024 (BGBl. I S. 328) geändert worden ist
VwGVG	Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz), BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2024/147
VwSlg A	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes – administrativrechtlicher Teil
VwVG	(schweizer) Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021

W

WAG 2018	Wertpapieraufsichtsgesetz 2018, BGBl 2017/107 idF BGBl I 2025/50
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WehrG	Wehrgesetz 2001, BGBl I 2001/146 (WV) idF BGBl I 2024/77
Wiener Feuerwehrgesetz	Gesetz über die Einrichtung und die Aufgaben der Feuerwehr im Lande Wien, LGBl 1957/16 idF LGBl 2018/71
Wr	Wiener
WV	Wiederverlautbarung

Z

Z	Ziffer
ZaDiG 2018	Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten 2018 (Zahlungsdiensteigesetz 2018), BGBl I 2018/17 idF BGBl I 2024/112
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZollR-DG	Bundesgesetz betreffend ergänzende Regelungen zur Durchführung des Zollrechts der Europäischen Gemeinschaften (Zollrechts-Durchführungsgesetz – ZollR-DG), BGBl 1994/659 idF BGBl I 2023/110
Zollkodex-VO	Verordnung (EWG) 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl L 1992/302, 1
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZUV	Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht
ZVG	Zeitschrift für Verwaltungsgerichtsbarkeit
ZWF	Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	I
Abkürzungsverzeichnis	II
Inhaltsverzeichnis	X
I. Einleitung	1
II. Die Verhaltensbeschwerde: Ein Novum im Rechtsschutz der schlichten Hoheitsverwaltung	2
A. Die Entstehungsgeschichte der Verhaltensbeschwerde	4
A.1. Der lange Weg zur Formenunabhängigkeit im Rechtsschutz	5
A.2. Ein Blick in die Vergangenheit	8
A.3. Die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 – Eine Reform der Verwaltung	11
A.4. Die wesentlichen Neuerungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012	12
B. Die Entstehungsgründe der Verhaltensbeschwerde	19
B.1. Rechtsschutz durch unionsrechtliches Gebot	19
B.2. Schutzpflichten des Staates	23
C. Die Einordnung in die (relative) Geschlossenheit des Rechtsquellensystems	28
III. Das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln als Gegenstand der Verhaltensbeschwerde	32
A. Die Handlungsformen der Verwaltung	32
A.1. Die Hoheitsverwaltung	34
A.2. Die Formen des formell rechtsformgebundenen Verwaltungshandelns	35
A.3. Die Privatwirtschaftsverwaltung	44
B. Abgrenzung Hoheitsverwaltung – Privatwirtschaftsverwaltung	45
B.1. Zur Kernfrage: Warum unterscheiden?	45
B.2. Die Theorien	49

B.3. „Die Qual der Wahl“ – Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung	55
C. Die schlichte Hoheitsverwaltung	57
C.1. Klassische Beispiele der schlichten Hoheitsverwaltung	60
C.2. Abgrenzung: Formelle Hoheitsverwaltung – Schlichte Hoheitsverwaltung	62
C.3. Exkurs: Schlichtes Verwaltungshandeln in der Privatwirtschaftsverwaltung	80
IV. Der Rechtsschutz von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG	82
A. Die gesetzliche Ermächtigung	82
B. Das Verhalten	85
B.1. Das Tun	89
B.2. Das Unterlassen	91
B.3. Informales Verwaltungshandeln	93
B.4. Verhalten in Bezug auf verwaltungsrechtliche Verträge	96
C. Einer Verwaltungsbehörde	103
C.1. Beliehene	104
C.2. Justizverwaltung und Parlamentsverwaltung	105
D. In Vollziehung der Gesetze	107
E. Einzelfragen - Problemstellungen:	110
E.1. Gibt es einen Anspruch auf ein Verhalten?	110
E.2. Beschränkung auf individuelles Verhalten?	112
E.3. Der Eingriff in subjektive Rechte – Eine Voraussetzung?	116
V. Verfahrensrechtlicher Teil – Das Verfahrensrecht der Verhaltensbeschwerde	117
A. Die Grundpfeiler	117
A.1. Das Entscheidungs-Monopol der Verwaltungsgerichte	118
A.2. § 53 VwGVG – Subsidiarität zu Sonderbestimmungen	120
A.3. Die örtliche Zuständigkeit	121
A.4. Die sachliche Zuständigkeit	121
A.5. Die Besetzung der Verwaltungsgerichte	123
A.6. Die Beschwerdelegitimation	124

B. Formelle Voraussetzungen	125
B.1. Beschwerdefrist	125
B.2. Einbringungsstelle	127
B.3. Beginn des Fristlaufs	128
B.4. Formerfordernis	129
B.5. Gebühren	130
C. Inhaltliche Voraussetzungen der Beschwerde	130
D. Bindung des Prüfungsumfanges durch den Beschwerdeinhalt	132
D.1. Bindung an die Beschwerdegründe	133
D.2. Bindung an das Beschwerdebegehren	134
E. Aufschiebende Wirkung	135
F. Gegenschrift	136
G. Mündliche Verhandlung	137
H. Entscheidung	140
I. Entscheidungsmöglichkeiten	141
I.1. Zurückweisung	141
I.2. Abweisung	142
I.3. Stattgebung	142
J. Folgenbeseitigungsanspruch	142
K. Zu den Kosten des Verhaltensbeschwerdeverfahrens	143
L. Exkurs: Abgrenzung zur Säumnisbeschwerde	147
VI. Materieller Teil - Die Verhaltensbeschwerden in den Verwaltungsmaterien	148
A. Die Verhaltensbeschwerde in der Sicherheitsverwaltung	149
A.1. Die Einführung des § 88 Abs 2 SPG	149
A.2. Das Paradebeispiel des § 88 Abs 2 SPG	151
A.3. Behördliche Untätigkeiten	152
A.4. Die Kriterien des § 88 Abs 2 SPG	155

B. § 89 SPG - Die Richtlinienbeschwerde	163
B.1. Die Kriterien der Richtlinienbeschwerde	164
B.2. Das Verfahren der Richtlinienbeschwerde	169
C. Exkurs: § 90 SPG - Die Datenschutzbeschwerde	171
C.1. Der Beschwerdegegenstand	173
C.2. Die Entscheidung der Datenschutzbehörde	174
D. § 54 Abs 2 MBG – Die Verhaltensbeschwerde in der militärischen Landesverteidigung	176
D.1. Eingriff in Rechte	177
D.2. Außenwirksamkeit	178
E. Die Verhaltensbeschwerde im Polizeikooperationsgesetz	179
F. Die Verhaltensbeschwerde im ZollR-Durchführungsgesetz	180
G. Weitere Verhaltensbeschwerden	182
G.1. § 10 Abs 5 Flurverfassungs-Grundsatzgesetz 1951	182
G.2. § 17 Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz sowie § 30g NÖ Sportgesetz	183
H. Umwege durch Bescheidkonstruktionen	186
H.1. Informationsrecht	186
H.2. Wirtschaftsaufsichtsrecht	187
H.3. Notariatsrecht	188
H.4. Parlamentarische Bundesheerkommission	189
I. Exkurs: Der Beschwerdetypus nach Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG als Auffangtatbestand	190
J. Wie machen es die Nachbarländer? Ein (Aus-)Blick über die Grenzen	192
J.1. Beispiel Bundesrepublik Deutschland	192
J.2. Beispiel Schweizer Eidgenossenschaft	194
VII. Weiterer Rechtsschutz in der schlichten Hoheitsverwaltung	195
A. Das Amtshaftungsverfahren	196
A.1. Die Verhaltensbeschwerde als Grundlage für das Amtshaftungsverfahren	197

A.2. Konkurrenz durch Amtshaftungsverfahren?	198
B. Die Aufsichtsbeschwerde	199
C. Die Beschwerde an die Volksanwaltschaft	199
VIII. Schluss	200
Literaturverzeichnis	203
Anhang	219
I. Abstract – Deutsche Version	219
II. Abstract – English version	220

I. Einleitung

Die Schaffung der Verhaltensbeschwerde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹ stellt eine bedeutsame Weiterentwicklung im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Österreich dar. Mit der Einfügung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG² wurde erstmals eine eigenständige Beschwerdemöglichkeit gegen rechtswidriges Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze im B-VG geschaffen, das nicht in Form eines Bescheids, einer Verordnung oder eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erfolgt.

Diese Abkehr vom bisher strikt typengebundenen österreichischen Rechtsschutzsystem markiert einen Paradigmenwechsel: weg von der ausschließlichen Formbezogenheit hin zu einer stärkeren Berücksichtigung materieller Eingriffsintensität. Die Verhaltensbeschwerde eröffnet Bürgerinnen und Bürgern³ neue Möglichkeiten, sich gegen behördliche Eingriffe zu wehren, die bislang weitgehend rechtsschutzfrei geblieben sind – etwa bei informellen bzw schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandlungen.

Gleichzeitig wirft die Verhaltensbeschwerde eine Vielzahl dogmatischer, verfassungsrechtlicher und praktischer Fragen auf: Welche Akte fallen unter das Tatbestandsmerkmal des „Verhaltens“? Welche Rolle spielt das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit formfreien Eingriffen? Und wie ist der Rechtsschutzstandard im Lichte unionsrechtlicher und menschenrechtlicher Vorgaben zu bewerten?

Diese Dissertation verfolgt das Ziel, die Verhaltensbeschwerde in ihrer dogmatischen Struktur, ihrer historischen Entwicklung sowie ihrer rechtspraktischen Bedeutung umfassend zu analysieren. Im Zentrum stehen dabei die systematische Einordnung des Instruments in das bestehende Rechtsschutzsystem, die verfassungsrechtliche Legitimation, die prozessrechtliche Ausgestaltung sowie bestehende Schutzdefizite und künftige Entwicklungsperspektiven.

¹ Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Finanz-Verfassungsgesetz 1948, das Finanzstrafgesetz, das Bundesgesetz, mit dem das Invalideneinstellungsgesetz 1969 geändert wird, das Bundessozialamtsgesetz, das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000, das Bundesgesetzblattgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 und das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 geändert und einige Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 2012/51).

² BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

³ Trotz dem ausdrücklichen Bekenntnis der Verfasserin zur Gleichstellung der Geschlechter wird aus Gründen der leichteren Lesbarkeit im Rahmen dieser Arbeit auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Personenbezogene Begriffe gelten für alle Geschlechter selbstverständlich gleichermaßen.

II. Die Verhaltensbeschwerde: Ein Novum im Rechtsschutz der schlichten Hoheitsverwaltung

Die Beschwerde in Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG wird unter verschiedenen Begriffen⁴ geführt: „typenfreie Beschwerde“⁵, „Realaktbeschwerde“⁶ oder „Verhaltensbeschwerde“⁷. Sie wurde als neues Instrument des Rechtsschutzes der schlichten Hoheitsverwaltung geschaffen (Kapitel A.), bei dem anfänglich nicht nur die Namensgebung oder die mögliche Einbringungsstelle Fragen aufwarf.⁸

Die Bezeichnung „Verhaltensbeschwerde“ fügt sich jedoch am besten in die Systematik des Art 130 B-VG ein, der auch die Begriffe Bescheid-, Maßnahmen- oder Dienstrechtsbeschwerde verwendet. Diese Terminologie orientiert sich am jeweiligen Beschwerdegegenstand. So wurde auch der Bezeichnung „Verhaltensbeschwerde“ der Vorzug gegeben.⁹

Mit der Einführung der Verhaltensbeschwerde wurde der Zweck verfolgt, insbesondere in jenen Fällen Rechtsschutz zu ermöglichen, in denen dieser bisher aufgrund der Typengebundenheit des Rechtsschutzsystems versagt blieb (Kapitel B.). Exemplarisch sei hier jenes rechtswidrige Polizeihandeln zu nennen, das unterhalb der Schwelle eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) liegt, weder als Bescheid noch als Verordnung qualifiziert werden kann und daher per se nicht rechtsschutzfähig war.¹⁰

⁴ Dem Begriff Verhaltensbeschwerde ist deshalb der Vorzug zu geben, weil hierbei die Zuständigkeit nicht nur auf Realakte im eigentlichen Sinn beschränkt ist; siehe *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde - Das Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 113 (135 [FN 5]).

⁵ *Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeit und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 29 ff (33); *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung, Begriff und Rechtsschutz (2018) 67; *B. Raschauer*, „Schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln“, in *Giese/Holzinger/Jablonek* (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) [FS Stolzlechner] 547.

⁶ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547.

⁷ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 114.

⁸ *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, Zum Beschwerdetypus des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, *ecolex* 2014, 763.

⁹ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 135 FN 5.

¹⁰ *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, Zum Beschwerdetypus des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, *ecolex* 2014, 763.

Erst mit der Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹¹ erhielt das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG: „[...] *Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze* [...]“ erstmals verfassungsrechtliche Relevanz¹² im Rechtsschutzkatalog des B-VG. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der einfache Bundes- oder Landesgesetzgeber eine entsprechende Zuständigkeit vorsieht¹³. Dadurch wurde eine Beschwerdemöglichkeit gegen (grundsätzlich) jedes hoheitliche Verhalten einer Verwaltungsbehörde („*in Vollziehung der Gesetze*“) geschaffen, das in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann und sich außerhalb der klassischen Beschwerdetypen des Art 130 Abs 1 B-VG bewegt (Kapitel C.).¹⁴

Lange Zeit wurde die schlichte Hoheitsverwaltung als „*Stiefkind der Dogmatik*“¹⁵ bezeichnet, weil dieses Verwaltungshandeln zwar Recht vollzieht, aber kein Recht schafft und daher im „*Schein von rechtlich relevanten Akten*“, wie *Adolf Julius Merkl*¹⁶ es ausdrückte, steht. Dass diese Ansicht rund hundert Jahre später nicht mehr vertreten wird, wird auch durch den Umstand verstärkt, dass die schlichte Hoheitsverwaltung jedenfalls erhebliche Wirkungen erzeugen und auch in subjektive Rechte eingreifen kann. Zu denken ist hierbei an die wirtschaftlich katastrophalen Folgen einer behördlichen Warnung vor einem Produkt oder den ruinösen Folgen der Veröffentlichung der namentlichen Anführung von Personen im Zusammenhang mit einem Wirtschaftsskandal.

Das Adjektiv „*schlicht*“ kann somit nur bezogen auf die Form- und Verfahrensfreiheit interpretiert werden, jedoch nicht auf die Rechtswirkungen. Und dennoch ist das schlicht hoheitliche Verwaltungshandeln nach wie vor Großteils rechtsschutzfrei gestellt¹⁷. Weil das in der Verfassung vorgesehene Rechtsschutzsystem nicht eingriffs-, sondern eben formbezogen

¹¹ Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG bestimmt, dass Verwaltungsgerichte über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens in Vollziehung der Gesetze entscheiden, sofern ihnen durch Bundes- oder Landesgesetz eine Zuständigkeit eingeräumt wird.

¹² Der Rechtsschutz orientiert sich an der Pilotregel des § 88 Abs 2 SPG, der eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen schlichtes Verwaltungshandeln schon bereits vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 vorsieht; siehe dazu *Holoubek/Kristoferitsch*, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, - Abgrenzung revisited, *ecolex* 2017, 595 (596) FN 5.

¹³ *Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, Kommentierung des VwGVG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH² (2017) § 53 VwGVG Rz 1.

¹⁴ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsrechts¹² (2024) Rz 680.

¹⁵ *Müller*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte zugleich eine Besprechung von VfGH 15.10.2016, E 560/2016, JRP 2018, 76; *Robbers*, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272.

¹⁶ *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 175: „*rein tatsächliche Verwaltungsakte*“, [...] „*die einerseits Recht vollziehen, andererseits nicht aber wiederum Recht schaffen. Dieser Mangel der rechtschöpferischen Natur hat sie in den Schein von rechtlich irrelevanten Akten gebracht.* [...]“

¹⁷ *Eberhard*, Verwaltungsaktlehre und Unionsrecht, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 451 (471).

ausgestaltet ist. Das hat sich auch nicht durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 geändert. Unmittelbarer Rechtsschutz wird in der Bundesverfassung nur gegen formelle Hoheitsakte wie bei Verordnung, Bescheid und unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt garantiert. Hingegen wird der Rechtsschutz gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung beschwerdefähig gemacht. Dies kann dadurch geschehen, dass entweder das schlicht hoheitliche Verwaltungshandeln in einem Bescheid mündet¹⁸ oder weil eine Verhaltensbeschwerde direkt den Weg zum Verwaltungsgericht ermöglicht.¹⁹

Nicht zu vergessen, ist auch der notorische Umstand, dass eine ganzheitliche Kontrolle aufgrund der weiten unstrukturierten Welt des Verwaltungshandeln ein Wunschgedanke bleiben wird, findet doch die Verwaltungsrealität teilweise vor, neben oder eben nach den in der Verfassung bestimmten Typen des klassischen Verwaltungshandelns statt. Auch das Faktum, dass die Nachkontrolle des schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns letztlich nach wie vor vom guten Willen des Gesetzgebers abhängig ist, legt hierfür Zeugnis ab^{20, 21}

A. Die Entstehungsgeschichte der Verhaltensbeschwerde

Die Umsetzung des Rechtsschutzes gegen Akte der schlichten Hoheitsverwaltung ist durch einen steinigen Weg gezeichnet. Auch nach wie vor ist der bestehende Rechtsschutz nicht geeignet, jedes rechtswidrige schlichte Verwaltungshandeln vor den Verwaltungsgerichten beschwerdefähig zu machen. Daher sei die Frage erlaubt, ob etwa das breite Feld des schlichten Verwaltungshandelns absichtlich rechtsschutzlos gestellt wurde und soll der Rechtsschutzweg hierfür lediglich die Ausnahme bilden?

Dem Verfassungsgesetzgeber wird man dies kaum unterstellen wollen. Vielmehr zeigt die Geschichte des B-VG, dass die Ausweitung des Rechtsschutzes stets ein schrittweiser Prozess war. Es überrascht daher nicht, dass auch bei der Verhaltensbeschwerde ein langsamer Entwicklungsprozess stattfindet.

¹⁸ Sog „Bescheidumweg“; siehe dazu in Kapitel VI.H.

¹⁹ Müller, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte, JRP 2018, 76.

²⁰ Siehe hiezu später mehr in Kapitel IV.A.

²¹ Eberhard, Altes und Neues zum Grundsatz der Gewaltentrennung, JRP 2012, 31 ff.

A.1. Der lange Weg zur Formenunabhängigkeit im Rechtsschutz

In Bezug auf die schlichte Hoheitsverwaltung scheint das lange Abwarten des Gesetzgebers zur Gewährung von Rechtsschutz nicht verwunderlich, hat sich doch der Gesetzgeber mit dem B-VG 1920 anfänglich bewusst für die Beschränkung des effektiven Rechtsschutzes auf einen bestimmten Verwaltungsakt entschieden²². Das mit dem B-VG umgesetzte Konzept einer Verwaltungsgerichtsbarkeit basiert auf Grundlage des 19. Jahrhunderts auf dem Grundsatz der Formenabhängigkeit des Rechtsschutzes. Dies bedeutet, dass alleine durch das Vorliegen einer Rechtsverletzung noch kein Zugang zu den Gerichten des öffentlichen Rechts gewährleistet wurde, sondern es wurde als Voraussetzung auf das Vorliegen einer bestimmten Rechtsform des behaupteten Rechtseingriffs abgestellt. Dies war im Jahr 1920 nur die Bescheidform.²³ Bemerkenswert hierbei ist, dass aufgrund der vielen Eingriffe, die außerhalb der Bescheidform ergingen, der Begriff des Bescheides sowohl vom Verfassungs- als auch Verwaltungsgerichtshof unterschiedlich definiert wurden. So qualifizierte der Verfassungsgerichtshof²⁴ auch einen verfahrensfreien Verwaltungsakt, wie etwa eine Festnahme, als Bescheid im Lichte des Art 144 B-VG aF²⁵, damit Rechtsschutz gewährleistet werden konnte. Dies hätte sich vermutlich auch nicht so schnell geändert, hätte nicht der Verwaltungsgerichtshof seine Rechtsprechung gegenteilig ausgerichtet.²⁶

Mit der Verfassungsnovelle 1975 wurden erstmals Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt²⁷ als selbstständige Rechtsakte qualifiziert. Dadurch eröffnete sich ein Rechtsmittelweg direkt sowohl zum Verfassungsgerichtshof (VfGH) als auch zum

²² Siehe Art 129 und Art 144 B-VG in der Fassung StGBI 1920/450: *"Entscheidung oder Verfügung"*.

²³ *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 725; *Hauer*, Die Zukunft der Maßnahmenbeschwerde, in FS 20 Jahre UVS (2011) 45 (47); *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 38 ff; *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, Die typenfreie Beschwerde und ihre Verwandten, JAP 2014/2015/2 (20 ff).

²⁴ Siehe VfSlg 1037/1928.

²⁵ StGBI 1920/450.

²⁶ *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 38 ff.

²⁷ Siehe VfSlg 1037/1928; 1534/1947; 1628/1948; 3701/1960; 4430/1963; 5917/1969; 7252/1974. Dazu *Funk*, Von der "faktischen Amtshandlung" zum "verfahrensfreien Verwaltungsakt". Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ZfV 1987, 620: „Die Rsp zu Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dient als klassisches Beispiel für Rechtsschutzgewährleistung durch den VfGH im Wege des Rechtsstaatsprinzips. Noch vor deren Aufnahme in das verfassungsrechtliche Rechtsquellen-system durch die B-VG-Novelle BGBl 1975/302 wurden sog faktische Amtshandlungen durch den VfGH, nicht aber den VwGH, im Hinblick auf den Rechtstypenzwang kurzerhand in Bescheide umgedeutet.“

Verwaltungsgerichtshof (VwGH)²⁸. Diese Ausweitung führte zu einem starken Anstieg an Beschwerden bei den Höchstgerichten.²⁹

Letztlich war die Ratifizierung des 7. Protokolls zur EMRK für eine der wichtigsten Reformen seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahre 1876 ausschlaggebend, sah Art 2³⁰ dieses Protokolls im Bereich des gerichtlichen Strafrechts und auch des Verwaltungsstrafrechts in erster und zweiter Instanz ein eigenes Tribunal vor.³¹

Allerdings sollte dieser Durchbruch erst am 1. 1. 1991 mit der Einführung der Unabhängigen Verwaltungssenate³² und der Möglichkeit der Anrufung mittels Maßnahmenbeschwerde umgesetzt werden.³³ Daraus folgend konnten sich betroffene Personen gegen ein rechtswidriges (schlichtes) Verhalten eines Verwaltungsorgans, das aber gerade nicht in einer Befehls- oder Zwangsgewalt ausgestaltet wurde, nur mittels provisorischer Subsumierung dieses rechtswidrigen Verhaltens unter dem Deckmantel einer Maßnahmenbeschwerde versuchsshalber zur Wehr setzen bzw im Falle einer behördlichen Untätigkeit sich lediglich mit einem Antrag auf bescheidmäßige Erledigung behelfen, welcher letztlich dann eine Beschwerdemöglichkeit unter Umwegen eröffnete. Andernfalls hatte der Rechtsschutzsuchende keine weitere Möglichkeit und hatte letztlich die Rechtsschutzlücke hinzunehmen.³⁴ In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wurde gefordert, den Begriff der „faktischen Amtshandlung“ zu erweitern. So sollten auch Maßnahmen ohne physischen Zwang oder formellen Befehl – bei denen ein Befehl nur angenommen oder konstruiert wurde – als Ausübung von Befehl und Zwang gelten. Damit sollten auch solche Verhaltensweisen, etwa

²⁸ Art 131a und Art 144 Abs 1 B-VG idF 10. 6. 1975 (BGBl 1975/302). Die entsprechenden Anpassungen des VwGG brachte die Novelle vom 23. 6. 1976 (BGBl 1976/316).

²⁹ *Olechowski* in *Sommermann/Schaffarzik* (Hrsg), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa 1123 ff; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 725; *Olechowski*, Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer*, Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024) Kap 1 Rz 1.

³⁰ Protokoll Nr 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1988/628 idF BGBl III 2002/179.

³¹ *Olechowski* in *Sommermann/Schaffarzik* (Hrsg), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa 1123 ff; *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 725; *Olechowski*, Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer*, Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ 1. Kap Rz 1. Österreich hat das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK am 22. 11. 1984 unterzeichnet und am 14. 5. 1986 ratifiziert; die Kundmachung erfolgte im BGBl 1988/628. Das Protokoll trat am 1. 11. 1988 in Kraft.

³² BGBl 1988/685.

³³ *Ennöckl* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² (2016) 31; *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung JAP 2014/2015/2 (20 ff).

³⁴ *B. Raschauer*, Realakte, schlicht hoheitliches Handeln und Säumnisschutz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 267.

das bloße Fotografieren durch Behörden, unter diesen Rechtsschutz fallen.³⁵ Diese erweiterte Auslegung wurde jedoch von der Rechtsprechung abgelehnt, die weiterhin strikt an den klassischen Merkmalen „Befehl“ und „Zwang“ festhielt.³⁶

Entgegen den bereits geprüften Vorbildern anderer Verfassungen³⁷ gewährt das B-VG Rechtsschutz durch jede von der öffentlichen Gewalt bewirkte Rechtsverletzung, wenn der behauptete Rechtseingriff auf Gesetz, Verordnung oder Bescheid fußt (das sog. „Enumerationsprinzip“). Dadurch wurde der gesamte restliche Bereich hoheitlicher Verwaltungstätigkeit rechtsschutzlos gestellt. Auch Versuche der Lehre, diese Lücken durch Überschneidung formeller und materieller Rechtsschutzvoraussetzungen auszugleichen, indem sie jeden nicht in eine andere Rechtsform angepassten Rechtseingriff als AuvBZ einstuft, sind abzulehnen. Dies vor dem Hintergrund, dass die Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers, Rechtsschutz durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts jedenfalls nur gegen bestimmte Verwaltungsakte vorzusehen, nicht in Frage zu stellen ist.³⁸ Eine Lösung des Kernproblems war jedoch auch durch die Schaffung der UVS und Zuständigkeiten in „sonstigen Angelegenheiten, die ihnen durch die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnde Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen werden“ mit dem eingefügten Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG³⁹ nicht gefunden, gab es doch vielfach Rechtseingriffe, die gerade nicht in der Form von Befehl und Zwang ergingen. Weiters blieb die Frage bei § 88 Abs 2 SPG⁴⁰, dem jedenfalls die Vorreiterrolle im Rechtsschutz der schlichten Hoheitsverwaltung zukommt und eine Anrufung der UVS für jene Betroffenen vorsah, die behaupten, auf andere Weise in ihren Rechten durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung verletzt zu sein, sofern es nicht in Bescheidform erfolgt ist, und sich auf Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG stützte, strittig, ob informelle Hoheitsakte auch in das Schema fallen sollten⁴¹.

³⁵ Mayer, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen in FS Walter 466; Funk, Die Anfechtung verfahrensfreier Verwaltungsakte bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, in Mayer/Rill/Funk/Walter (Hrsg), Neuerungen im Verfassungsrecht (1976) 60; Funk, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 627.

³⁶ Mayer, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in FS Walter 476.

³⁷ Zu denken an Art 19 Abs 4 des Bonner Grundgesetzes, Gesetz vom 23. 5. 1949 BGBl S 1; zuletzt geändert durch Artikel 1 Gesetz vom 22. 3. 2025, BGBl 2025 I Nr 94; siehe später im Kapitel VI.J.

³⁸ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 726.

³⁹ Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG, BGBl 1930/1 idF BGBl 1988/685, aufgehoben durch BGBl I 2012/51, lautete: „Artikel 129a. (1) 3. in sonstigen Angelegenheiten, die ihnen durch die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetz zugewiesen werden,“

⁴⁰ Siehe § 88 Abs 2 SPG aF, BGBl 1991/566 idF BGBl I 1998/158, der lautet: „(2) Außerdem erkennen die unabhängigen Verwaltungssenaten über Beschwerden von Menschen, die behaupten, auf andere Weise durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein, sofern dies nicht in Form eines Bescheides erfolgt ist.“

⁴¹ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 733 ff; siehe dazu mehr in Kapitel IV.E.2.a).

Klarheit sollte erst mit dem Jahr 2014 geschaffen werden, wurde durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 erstmalig in der Verfassung mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG Rechtsschutz gegen Handlungen der schlichten Hoheitsverwaltung vorgesehen. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Verfassung für nahezu hundert Jahre einen wesentlichen Teil der Verwaltung dem rechtsfreien Raum überlassen hat und auch nach wie vor ist es am einfachen Gesetzgeber gelegen, den Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung mittels Verhaltensbeschwerde zu eröffnen, der auch ein Jahrzehnt nach ihrer Schaffung nach wie vor rudimentär ausgestaltet ist^{42, 43}.

A.2. Ein Blick in die Vergangenheit

Bis zum Jahr 2014 sollte Österreich stark durch seinen Verwaltungsstaat charakterisiert werden und glänzte in dieser Rolle, normierte doch das AVG – im Vergleich zu den Nachbarstaaten – mit ungewöhnlich hohe rechtsstaatliche Garantien eines geordneten Verwaltungsvorgangs.⁴⁴ Aufgrund der Stringenz des österreichischen öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems wurde Rechtsschutz nur gegen die in der Bundesverfassung vorgesehenen Handlungsformen der Verwaltung ermöglicht, sodass effektiver Rechtsschutz lediglich gegen Bescheide (selbst für den Fall der Säumnis der bescheiderlassenden Behörde), Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, Verordnungen und Weisungen gewährleistet und gesetzlich eingerichtet wurde.⁴⁵ Abseits des verfassungsgesetzlich vorgesehen Rechtsschutzes gegen die klassischen Fälle des Verwaltungshandelns gab es kaum Möglichkeiten⁴⁶ sich gegen „von den bekannten Handlungsformen verschiedenen Verwaltungsakten“ tauglich zur Wehr zu setzen.

Zur Veranschaulichung dient das in der Literatur oftmals genannte klassische Beispiel einer Rechtsschutzlücke insbesondere bei der Nichtvornahme von schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln (hier: Ausstellung einer Geburtsurkunde⁴⁷), welches vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 erfolgt ist, mit folgendem Sachverhalt: Eine minderjährige Frau beantragte, vertreten durch ihre Eltern, beim zuständigen Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt am Wörthersee die Ausstellung einer Geburtsurkunde in der

⁴² Siehe dazu Kapitel VI.

⁴³ Lenzbauer, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (21).

⁴⁴ Olechowski in Sommermann/Schaffarzik (Hrsg), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa 1123 ff.

⁴⁵ Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde, ecolex 2014, 763.

⁴⁶ Ausnahmen bildeten die Aufsichtsbeschwerde ohne Erledigungsanspruch und die Beschwerde an die Volksanwaltschaft, siehe Kapitel VII.

⁴⁷ Siehe dazu mehr in Kapitel III.C.

slowenischen Sprache und beantragte hilfsweise den Abspruch in Bescheidform. Der aufgrund der behördlichen Untätigkeit mittels Devolutionsantrag angerufenen Landeshauptmann wies den Antrag zurück, weil eine Geburtsurkunde keinen Bescheid darstellt. Der gegen die Zurückweisung angerufene Verwaltungsgerichtshof hob diesen Bescheid mit der Begründung auf, dass es gerade nicht darum gehe, ob eine Geburtsurkunde ein Bescheid sei, sondern sei vielmehr über einen auf Bescheid gerichteten Antrag mittels Bescheid zu entscheiden. Nachdem sowohl der Landeshauptmann als auch der Bundesminister für Inneres untätig geblieben sind, kam dem VwGH infolge der eingebrachten Säumnisbeschwerde die Entscheidung in der Sache zu. Der Verwaltungsgerichtshof gelangte zu der Entscheidung⁴⁸, dass Klagenfurt kein gemischtsprachiges Gebiet sei und wies den Antrag ab. Dies geschah rund sieben Jahre nach Einlangen des anfänglich gestellten Antrages.⁴⁹ Der ursprünglich eingebrachte Antrag blieb weiterhin unerledigt und blieb die belangte Behörde auch letztlich säumig.

Allgemein setzt die Säumnis voraus, dass eine Handlungspflicht der Behörde besteht, dem Betroffenen ein subjektives Recht auf Erledigung zukommt. Weiters wird es eine umschriebene Erledigungsfrist geben und wird man dieses Recht bei einer Stelle geltend machen können.⁵⁰ Dieser Grundsatz gilt auch, wenn eine Person mit Parteistellung die Ausstellung eines Bescheides beantragt hat und das AVG zur Anwendung gelangt.

Dies gilt jedoch nicht für schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln. Erst 1993 wurde mit der Einführung des § 88 Abs 2 SPG⁵¹ erstmals ein Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte geschaffen – allerdings nur im Bereich der Sicherheitsverwaltung.

Auch heute noch gibt es für das genannte Beispiel der Nicht-Ausstellung einer Geburtsurkunde nach wie vor kein Rechtsmittel, weil die Ausstellung einer Geburtsurkunde eben keinen Bescheid, sondern schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln darstellt⁵², und der einfache Gesetzgeber hierfür keinen öffentlichen-rechtlichen Rechtsschutz vorgesehen hat. Dies könnte durch die Vollziehung im Wege formgebundener hoheitlicher Verwaltungsakte vorgesehen werden oder wenn die Verhaltensbeschwerde den Weg an ein Verwaltungsgericht eröffnet^{53, 54}.

⁴⁸ VwGH 10. 9. 2003, 2002/18/0152, VwSlg 16.154 A.

⁴⁹ B. Raschauer in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit 267.

⁵⁰ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹² Rz 909 ff.

⁵¹ Siehe dazu später mehr in Kapitel VI.A.

⁵² Später mehr in Kapitel IV.E.1.

⁵³ Siehe später mehr Kapitel Bescheidumweg VI.H.

⁵⁴ *Holoubek/Kristoferitsch*, *Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung*, *ecolex* 2017, 595 (596).

Als weitere zweifelhafte Beispiele aus der Vergangenheit, bei denen die Trennlinie zwischen normativen Hoheitsakten und schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln nicht klar gezogen wurde und das Fehlen einer gesetzlichen Klarstellung besonders verdeutlicht wird, dienen nachstehende Fälle. Der Verfassungsgerichtshof hat bestimmte Sachverhalte – auch wenn weder physischer Zwang ausgeübt noch ein sofort zu befolgender Befehl erteilt wurde – dennoch als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt eingestuft: Ein Polizist, der filmt⁵⁵, observiert⁵⁶ oder fotografiert⁵⁷, wird weder einen Befehl erteilen noch Zwang ausüben. Vor allem gilt dies nicht, wenn einem privaten Kamerateam die Erlaubnis erteilt wird, eine bestimmte Amtshandlung zu filmen⁵⁸. Selbiges gilt, wenn eine Person aus einem Wählerverzeichnis gestrichen wird⁵⁹ oder das Öffnen eines Briefumschlages durch die Post⁶⁰ und die Durchführung einer Bundesheerübung ohne Zustimmung des Eigentümers⁶¹.⁶² Egal wie man es dreht und wendet, ein normativer Befehl oder ein faktischer Zwang kann diesen Handlungen jedenfalls nicht zugeschrieben werden.

Die Lehre versuchte diese Akte teilweise in die Kategorie des sogenannten „implizierten Duldungsbefehls“ einzuordnen.⁶³ Nach *Bernd-Christian Funk* ist in einer solchen Konstruktion eine „Voraussetzung für die Aktqualifikation“⁶⁴ zu sehen oder auch als „Hilfsmittel zur Analyse und Lösung von Zweifelsfällen“⁶⁵. Die Motive für diese Konstruktion sind leicht zu durchschauen. Es soll das Tor für ein Rechtsschutzsystem gegen bestimmte „faktische“ Verwaltungsakte eröffnet werden und wird das Fehlen von physischem Zwang und Befehlsausübung durch die Voraussetzung, eine Fiktion oder auch „mittels Hypothese“ überbrückt werden.⁶⁶

Hingegen wäre jedenfalls Zwang bei dem Herabstoßen eines Hubschraubers auf Teilnehmer einer Protestversammlung in der Hainburger Au anzunehmen, weil dieses „*Herabstoßen*“ jedenfalls geeignet ist, die Teilnehmer in Angst und Schrecken zu versetzen. Zumal nach den

⁵⁵ VfSlg 19.563/2011.

⁵⁶ VwSlg 16.924 A/2006.

⁵⁷ VfSlg 11.935/1988; 9934/1984 ua.

⁵⁸ Hingegen VfSlg 18.404/2008, 17.774/2006.

⁵⁹ Hingegen VfSlg 8867/1980.

⁶⁰ VfGH 15. 6. 1987, B 332/86.

⁶¹ VfGH 15. 3. 1985, B 504/8.

⁶² *Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in FS Walter 463 (464).

⁶³ *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt 208 ff; *Funk* in *Mayer/Rill/Funk/Walter* (Hrsg), Neuerungen im Verfassungsrecht 60 ff; *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“ Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ZfV 1987, 620 (627).

⁶⁴ *Funk* in *Mayer/Rill/Funk/Walter* (Hrsg), Neuerungen im Verfassungsrecht 60.

⁶⁵ *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 (627).

⁶⁶ *Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in FS Walter 464.

Schilderungen des Sachverhaltes nicht nur physischer Druck, sondern das in Angst versetzen durch den stark spürbaren Wind der sich nähernden Rotorblätter des Hubschraubers, der aufgrund seiner Intensität ohne Zweifel als wie durch einen Polizisten ausgeübten Zwang einzustufen ist⁶⁷.

Diese Beispiele stellen negative Beispiele aus der Vergangenheit des schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln in der Sicherheitsverwaltung dar, die heutzutage jedenfalls anders zu betrachten sowie zu entscheiden wären und zeigen diese Fallbeispiele doch auf, wie sehr die Praxis außerhalb der klassischen Erscheinungsformen⁶⁸ des Verwaltungshandelns mit den Abgrenzungen zu kämpfen hat. Auch zeigen die genannten Beispiele, dass in der Lehre auch schon länger Bestrebungen unternommen wurden, diese Rechtsschutzlücken durch Umwandlung zu füllen.

A.3. Die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 – Eine Reform der Verwaltung

Die Verhaltensbeschwerde fand mit der „Jahrhundertreform“ der Verwaltung Einzug in die Bundesverfassung. Der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012. Aufgrund des enormen Ausmaßes der mit dieser Novelle einhergehenden Neuerungen darf ihr ein kurzer Überblick gewidmet werden.

Vielfach und langjährig gestalteten sich die Versuche Österreichs eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen, die in der Folge den Anforderungen der Art 5, Art 6, Art 13 EMRK⁶⁹ und ebenso des Unionsrechtes⁷⁰ gerecht werden sowie eine Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes darstellen sollte. Diesem Ziel folgend und als primärer Zwischenschritt erfolgte mit der Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988⁷¹ die Einführung der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern.⁷² Die Reform diene nicht nur der Anpassung des Verwaltungsrechtsschutzes an menschen- und europarechtliche Vorgaben, sondern leitete zugleich einen grundlegenden Wandel der Verwaltungsorganisation ein.⁷³

⁶⁷ Anderer Ansicht VfSlg 10.762/1986.

⁶⁸ Siehe *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt 41 ff; klassische „faktische Amtshandlungen“ stellen etwa die Verhaftung, Hausdurchsuchung oder die Beschlagnahme dar.

⁶⁹ Vgl Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten - Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), BGBl 1958/210 idF BGBl III 2023/171.

⁷⁰ Vgl Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl C 326 vom 26. 10. 2012.

⁷¹ BGBl 1988/685.

⁷² 1618 der Beilagen 24. GP – Regierungsvorlage und Erläuterungen.

⁷³ *Obereder/Steiner*, Genese und Umsetzung des Modells >9+2<, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 4 Rz 2.

Dieses Bestreben der Realisierung nach einer bundesstaatlich organisierten zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit bestand doch schon bereits seit Anbeginn im Jahr 1875, was jedenfalls die staatsrechtliche Bedeutung dieser Reform verdeutlicht. Mit den Neuerungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde den Ländern aus bundesstaatlicher Sicht erstmals⁷⁴ Anteil an der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit zuerkannt. Ebenso konnte die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dieser Reform die verfassungspolitische Einbahnstraße, dass die Jurisdiktion des VwGH in Asylrechtsangelegenheiten auf Grundsatzentscheidungen zu beschränken sei, verlassen und wurde die Zuständigkeit des VwGH zur umfassenden Kontrolle über das Verwaltungshandeln zugesprochen.⁷⁵ Auch gingen die Zuständigkeiten der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag oder sonstiger weisungsfreier Organe⁷⁶ auf die Verwaltungsgerichte über. In Summe wurden durch diese Reform 33 unabhängige Bundesverwaltungsbehörden und 77 unabhängige Verwaltungsbehörden der Länder aufgelöst. Eine weitere Zuordnung dieser aufgelösten unabhängigen Verwaltungsbehörden zum Bund bzw einem Land richtete sich danach, ob deren Einrichtung durch Bundes- oder Landesgesetz erfolgte.⁷⁷

A.4. Die wesentlichen Neuerungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012

Die am 13. 12. 2011 vom Ministerrat beschlossene Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 entsprach im Wesentlichen dem Entwurf aus dem Jahr 2010 und entschied sich die Regierung aus mehreren zur Diskussion stehenden Varianten, dem Nationalrat das „9+2-Modell“ vorzuschlagen.⁷⁸ Art 129 B-VG⁷⁹, welcher den Abschnitt

⁷⁴ Nach Hans Kelsen wurde dieses „ungewöhnliche“ Defizit des Konzeptes eines Bundesstaates nunmehr abgebaut werden: „Bemerkenswert ist, dass alle Gerichtsbarkeit damit als Bundesfunktion charakterisiert ist, also auch die Verfassungs- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, obgleich das Interesse der Länder an dieser Gerichtsbarkeit bei der Berufung der Mitglieder des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes durch die Mitwirkung des Bundesrates Berücksichtigung findet“ (siehe Kelsen/Fröhlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 [1922] 178; so auch „Die Unvollkommenheit der Dezentralisation mangels Unabhängigkeit in der inhaltlichen Bestimmung der lokalen Norm ist auf dem Gebiete der Vollziehung sofern es sich um die notwendige Bestimmung der individuellen durch die von ihr zu vollziehende generelle Norm handelt, von vornherein gegeben. [...] Dies ist bei den Gerichten der Fall, deren Urteile hinsichtlich ihrer inhaltlichen Bestimmung auch gegenüber individuellen Normen zentraler Organe [den Dienstbefehlen vorgesetzter Behörden] unabhängig sind, während die Entscheidungen und Verfügungen der Verwaltungsorgane an die individuellen Normen der zentralen Organe gebunden sind. Die lokalen Verwaltungsakte sind sonach in der Regel weder endgültig noch unabhängig, die lokalen Gerichtsurteile nicht endgültig, aber unabhängig“ [Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) 179]).

⁷⁵ Bierlein, Gedanken zu den ersten fünf Jahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2019, 448 (449).

⁷⁶ Siehe hierzu Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 2012/51, Art 1 Z 85.

⁷⁷ Grois, Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, AnwBl 2013, 426 FN 1.

⁷⁸ Wiesinger, Vergaberechtsschutz durch die neuen Verwaltungsgerichte, ZVB 2012, 137 (138).

⁷⁹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2017/138.

der Verwaltungsgerichtsbarkeit im achten Hauptstück zu den Garantien der Verfassung und Verwaltung einleitet, lautet wie folgt:

*„Für jedes Land besteht ein Verwaltungsgericht des Landes. Für den Bund bestehen ein als Bundesverwaltungsgericht zu bezeichnendes Verwaltungsgericht des Bundes und ein als Bundesfinanzgericht zu bezeichnendes Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen.“*⁸⁰

Hauptakteur dieses Entwurfes bildete somit die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit („Jahrhundertreform“⁸¹) – für jedes Land sollte ein Verwaltungsgericht erster Instanz und für den Bund zwei Verwaltungsgerichte erster Instanz gebildet werden („9+2-Modell“) - und die bisherigen Unabhängigen Verwaltungssenate sollten in die Verwaltungsgerichte eingegliedert werden. Der Asylgerichtshof sollte in das Verwaltungsgericht des Bundes übergehen. Das Verwaltungsgericht des Bundes würde das Bundesvergabeamt ablösen, ebenso sollte das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen nunmehr an die Stelle des unabhängigen Finanzsenates treten.⁸²

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und den weiteren Ausführungsgesetzen⁸³ wurde somit erstmals eine Gerichtsstruktur geschaffen, welche zwischen dem Bund und den Ländern geteilt wird, sodass den Ländern nunmehr erstmalig Anteil an der Staatsgewalt Gerichtsbarkeit zukam und wurde auch das neue Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit vollends im bundesstaatlichen Aufbau Österreichs implementiert.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz trat nach knapp elfjährigem mühsamem Bestreben⁸⁴ letztlich aus den Kinderschuhen und am 1. 1. 2014 in Kraft. Mit dieser Novelle wurden der verwaltungsinterne Instanzenzug weitestgehend abgeschafft⁸⁵, unabhängige Verwaltungssenate sowie Tribunale aufgelöst und eine Verwaltungskontrolle geschaffen. Für

⁸⁰ Eberhard, Änderungen des Rechtsschutzsystems durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch (2013) 158 (162).

⁸¹ Gruber, Die erste Novelle zum VwGVG nach dessen Inkrafttreten – ein erster Blick, ZVG 2017, 82.

⁸² 1618 der Beilagen 24. GP – Regierungsvorlage und Erläuterungen, 3.

⁸³ Siehe BGBl I 2013/10; Bundesgesetz über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG).

⁸⁴ Der Österreich Konvent wurde im Mai 2003 gegründet und startete sein Reformprojekt am 30. 6. 2003. Das Gremium, stehend aus 70 (später 71) Mitgliedern sollte binnen eines Zeitraumes von 18 Monaten eine Staats- und Verfassungsreform erarbeiten (siehe hiezu Scherthanner, 10 Jahre danach: Was blieb vom Österreich Konvent? Eine (selbst)kritische Bilanz zum Verfassungskonvent aus richterlicher Sicht, RZ 2015, 150; davor bereits Scherthanner, Die „Tante Jolesch“ und der Österreich Konvent, 8 (selbst)kritische Thesen zum Verfassungskonvent aus richterlicher Sicht, RZ 2005, 150 [154]).

⁸⁵ Mit Ausnahme des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden. Hierbei erfolgte auf verfassungsgesetzlicher Ebenso in Wahrung der Autonomie der Selbstverwaltung die Festlegung eines grundsätzlich weiterhin bestehenden zweigliedrigen Instanzenzuges; siehe hiezu Eberhard, Verwaltungsgerichte und Gemeinden, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² (2019) Kap 15 Rz 3 ff.

jedes Bundesland wurde ein Verwaltungsgericht erster Instanz geschaffen sowie für den Bund zwei Verwaltungsgerichte erster Instanz – das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesfinanzgericht⁸⁶. Die mitunter bedeutsamste Reform der Verfassung war geboren, ein Paradigmenwechsel eingeläutet und der erste Schritt für den Wandel vom für die Republik Österreich charakteristischen Verwaltungsstaat in Richtung in Richtung Justizstaat⁸⁷ war gesetzt.⁸⁸ Dies wird auch im Verfahren betreffend die Säumnis von Behörden deutlich, in denen die Behörde vor dem Verwaltungsgericht nunmehr als Partei auftritt^{89, 90}.

a) Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte

Hält man sich die Bestimmungen der Art 129 ff B-VG vor Augen, werden die Verwaltungsgerichte insbesondere als spezialisierte, echte, zweistufige sowie auf Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgerichtsbarkeit mit umfassender Kontrollkompetenz charakterisiert.⁹¹ Durch die Schaffung der Verwaltungsgerichte „erster Instanz“ wurde der verwaltungsinterne Instanzenzug und damit der bisher vorgesehene Verwaltungsrechtsweg, der die Gleichwertigkeit von Gerichtsbarkeit und Verwaltung vorsah, abgeschafft⁹². Der Rechtszug

⁸⁶ Siehe Art 129 B-VG.

⁸⁷ Siehe hierzu *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht 65 ff: „Der Begriff des Justizstaates unterscheidet sich von dem Begriff des Richterstaates. Während Ersterer die Relation von Gerichtsbarkeit (Justiz) und Verwaltung betrifft, steht der Richterstaat für das Verhältnis der Gerichtsbarkeit zur Gesetzgebung. Ein Richterstaat ist ein Staat, in dem sich die Gerichte (in Besonderen ein Verfassungsgericht und/oder auch sonstige Höchstgerichte) zu rechtsschöpferischer Rechtsprechung legitimiert sehen“. Dazu auch *R. Scholz*, Der gesetzgebende Richter, ZG 2013, 105 ff.

⁸⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ (2022) Rz 61 ff.

⁸⁹ Vgl § 18 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I 2013/33.

⁹⁰ Siehe dazu mehr in Kapitel VI.B.2.

⁹¹ *Stolzlechner/Bezemek*, Einführung in das Öffentliche Recht⁸ (2023) Rz 713.

⁹² Eine Ausnahme bildet der eigene Wirkungsbereich der Gemeinden, vgl Art 118 Abs 4 B-VG. Die Absicht des Bundesverfassungsgesetzgebers wird ua in den Materialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 verdeutlicht und wird durch die Aufhebung aller Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes, die einen Instanzenzug vorsehen oder voraussetzten und durch die Bestimmung des Art 118 Abs 4 B-VG bestätigt; siehe hierzu *Muzak*, Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZfV 2012, 14 (15).

geht nunmehr an das zuständige Verwaltungsgericht.⁹³ Eine Ausnahme bildet das Rechtsinstitut der Beschwerdeentscheidung^{94, 95}

Den Verwaltungsgerichtsgerichten wird prinzipiell die funktionelle Aufgabe zugeschrieben, die darin besteht, die Verwaltung zu kontrollieren und Rechtsschutz zu gewährleisten. Organisatorisch stellen Verwaltungsgerichte unabhängige und unparteiliche Gerichte dar, die den Anforderungen der justiziellen Grundrechte im Sinne des Art 6 EMRK und Art 47 Grundrechtecharta entsprechen. Die Richter der Verwaltungsgerichte erfüllen die Voraussetzungen im Sinne des B-VG.⁹⁶

Nach dem verfassungsrechtlichen Konzept der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 obliegt den Verwaltungsgerichten die Rechtsschutzgewährung, wobei ihnen von Rechtsprechung⁹⁷ und Lehre⁹⁸ eine „*rechtsstaatliche Filterungsfunktion*“ zugeschrieben wird, der zufolge die Verwaltungsgerichte abschließend über eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden haben. Dadurch wurde auch sichergestellt, dass der Verwaltungsgerichtshof als Richtungsweiser der Verwaltungsgerichte nicht mehr als „*Berufungsgericht*“ gegen Entscheidungen vorgelagerter Instanzen agiert, sondern für einheitliche Standards in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu sorgen hat.⁹⁹

Gemäß Art 131 B-VG¹⁰⁰ besteht eine Aufteilung der sachlichen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte in Form von Generalklauseln, mit einer taxativen Aufzählung der Angelegenheiten der Verwaltungsgerichte des Bundes, zugunsten der Landesverwaltungsgerichte.¹⁰¹ Art 131 Abs 2 erster Satz B-VG eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes vor, die

⁹³ Eberhard, Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kapitel 2 Rz 5.

⁹⁴ Siehe EBRV 2009 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2013/33): „*Der belangten Behörde soll – vergleichbar der Berufungsvorentscheidung gemäß § 64a AVG – die Möglichkeit eröffnet werden, eine Beschwerdeentscheidung zu treffen. Anders als in Berufungsvorentscheidungen soll es der Behörde auch möglich sein, die Beschwerde abzuweisen und damit in der Begründung auch Aussagen zu treffen, die über die Begründung des Bescheides hinausgehen (vgl § 276 Abs 1 der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl Nr 194/1961). Will die Behörde von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung absehen, hat sie dem Verwaltungsgericht die Akten des Verfahrens vorzulegen. Beschwerdegegenstand im Bescheidbeschwerdeverfahren der Verwaltungsgerichte soll – sofern die Behörde von der Ermächtigung des vorgeschlagenen § 14 Gebrauch macht – die Beschwerdeentscheidung sein.*“.

⁹⁵ Holoubek, Die Rolle der Verwaltungsgerichte im Lichte der Zuständigkeit des VwGH, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 360 ff.

⁹⁶ Eberhard in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch (2013) 157 (163 f).

⁹⁷ Siehe VfGH 25. 6. 2015, G 7/2015; 9. 10. 2015, E 1536/2014; 10. 12. 2015, E 744/2014.

⁹⁸ Eberhard in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch (2013) 157 (174).

⁹⁹ Fischer, Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte – Theorie und Praxis, ZVG 2017, 50.

¹⁰⁰ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2024/5.

¹⁰¹ Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 747.

unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden.¹⁰² Gemäß Art 130 Abs 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit (folgend: Bescheidbeschwerde) [Z 1]¹⁰³, gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit (im Folgenden: Maßnahmenbeschwerde) [Z 2], wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde (folgend: Säumnisbeschwerde) [Z 3]¹⁰⁴. Zudem erkennt das Bundesverwaltungsgericht über die Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber Auskunftspersonen eines Untersuchungsausschusses des Nationalrates.¹⁰⁵

Mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG wird dem Bundes- bzw Landesgesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt, „sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze“¹⁰⁶, sohin Beschwerden gegen ein typenfreies Verwaltungshandeln zu begründen¹⁰⁷ und fand somit die Verhaltensbeschwerde Einzug in die Bundesverfassung.

b) Aufgaben der Verwaltungsgerichte

Bis zum Ende des Jahres 2013 landeten Rechtsschutzsuchende mit ihrem Rechtsmittel gegen die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde in aller Regel zunächst wieder vor einer Verwaltungsbehörde. Meist sogar vor jener, die der Behörde erster Instanz übergeordnet ist und folglich auch weisungsbefugt ist. Der Verwaltungsgerichtshof kam somit die Kontrollinstanz für Verwaltungshandeln zu, welches in der Regel kassatorisch entschieden wurde und konnte er lediglich die Rechtmäßigkeit behördlicher Entscheidungen überprüfen, selbst wurde ihm aber die Entscheidung als Tatsacheninstanz verwehrt.¹⁰⁸ Der Gesetzgeber wollte nach den Erläuternden Bemerkungen zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 durch die Schaffung einer meritorischen Entscheidungsmöglichkeit gerade keine weitere Tatsacheninstanz einrichten, sondern eine Verfahrensbeschleunigung und Entlastung des VwGH bewirken. Der VwGH kann dadurch, dass er in der Sache entscheiden kann, anstatt der

¹⁰² VwGH 07 Ro 0007/2016, Rechtsprechung – Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in vormaligen Berufungsverfahren, wbl 2017/21.

¹⁰³ Durch Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG wird die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Bescheiden auf Grundlage einer Beschwerde, sog Rechtsweggarantie, begründet, siehe hiezu *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit: Kommentar (2013) Art 130 Rz 10.

¹⁰⁴ Anm: die Ziffer 4 „gegen Weisungen gemäß Art 81a Abs 4 B-VG“ wurde durch Art 1 Z 13, BGBl I 2017/138, aufgehoben.

¹⁰⁵ Siehe Art 130 Abs 1a B-VG.

¹⁰⁶ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

¹⁰⁷ *Pabel*, Die Neuordnung des Rechtsschutzes im Verwaltungsverfahren in Österreich, SozSi 2015, 237.

¹⁰⁸ *Lehofer*, „Verwaltungsgerichtsbarkeit neu“ – die wichtigsten Änderungen im Überblick, ÖJZ 2013, 757.

Aufhebung der Entscheidung ein fortgesetztes Verfahren führen und auch eine somit eine weitere Revision ausschließen.¹⁰⁹

Das gesetzgeberische Ziel des verstärkten Bürgerservice¹¹⁰ wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Zugangsmöglichkeiten zur Anrufung der Verwaltungsgerichte nicht erschwert werden und keine Einschränkungen für die Bevölkerung in der Durchsetzung von Rechten bestehen. Der Zugang zu den Verwaltungsgerichten ist vom Gesetzgeber bewusst niedrigschwellig. Dementsprechend sind auch die inhaltlichen Anforderungen an eine Beschwerde gering.¹¹¹ Der erleichterte Zugang zu den neuen Verwaltungsgerichten wird auch dadurch veranschaulicht, dass eine Beschwerde zwar jene Gründe anführen muss, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, die Ausführung zu konkret verletzten Rechten im Sinne des § 28 Abs 1 Z 4 VwGVG aber nicht vorausgesetzt wird. Auch lässt § 27 VwGVG, der den Prüfungsumfang bestimmt, keine wesentlichen Einschränkungen des Beschwerdegegenstands erkennen, hat das Verwaltungsgericht, sofern es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid oder AuvBZ auf Grund der Beschwerde oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung zu überprüfen¹¹².¹¹³ Auch ein Anwaltszwang ist für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten nicht vorgesehen und es gibt kein generelles Neuerungsverbot. Damit wird jedenfalls verdeutlicht, dass eine juristisch korrekte ausformulierte Beschwerdeausführung von einer anwaltlich nicht vertretenen Partei nicht erwartet wird.¹¹⁴ Die Funktionen der Verwaltungsgerichte als gerichtliche Rechtsschutzinstanz sind – in Abgrenzung zu jener der belangten Behörde – maßgeblich durch die Regelungen der Kognitionsbefugnis gekennzeichnet und finden sich hiezu auf verfassungsrechtlicher Ebene¹¹⁵ schon recht detailliert, neben den noch weiter ausführenden Bestimmungen des VwGVG¹¹⁶, wieder.¹¹⁷

¹⁰⁹ Twardosz, Revision, in Twardosz (Hrsg), Handbuch VwGH-Verfahren : Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof⁵ (2022) Rz 160.

¹¹⁰ 1771 BlgNR 24. GP 1.

¹¹¹ Lehofer, „Verwaltungsgerichtsbarkeit neu“, ÖJZ 2013, 760; siehe hiezu später in Kapitel V.C.

¹¹² Siehe § 9 Abs 1 Z 3 und Z 4 sowie Abs 3 VwGVG.

¹¹³ Anstatt vieler: Wiederin, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeschwerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149 ff; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 832 ff; Leeb in Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, § 28 VwGVG Rz 35 ff (Stand 15. 2. 2017, rdb.at).

¹¹⁴ Eberhard, Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 2 Rz 26.

¹¹⁵ Vgl Art 130 Abs 4 B-VG.

¹¹⁶ Siehe § 28 VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138.

¹¹⁷ Pabel, Neuordnung des Rechtsschutzes, SozSi 2015, 237.

Dass die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit, die eine Reform sowohl der Verwaltung als auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit umsetzte, zu keinen direkten Einsparungen geführt hat, wurde gerade nicht als Ziel dieser Reform verankert und war aufgrund der an den durchgehend an gerichtliche Standards angepassten Verfahren – wie beispielsweise die Durchführung von mündlichen Verhandlungen – vorauszusehen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass erhöhte Rechtsschutzstandards und eine Verfahrensbeschleunigung als Steigerung der Lebensqualität und Zufriedenheit der rechtsschutzsuchenden Bürger einen wertvollen Beitrag des Rechtsstaats und Rechtsschutzempfindens darzustellen vermögen.¹¹⁸

Das Ziel der Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes und der Verfahrensbeschleunigung wurde jedenfalls rasch umgesetzt.¹¹⁹ Dies konnte bereits rund zwanzig Monate nach Aufnahme der Tätigkeit der Verwaltungsgerichte am 1. Januar 2014 unter Beweis gestellt werden, wurden zu Beginn mehr als 210.000 Rechtsmittel eingebracht, wovon bereits Ende September 2016 über 180.000 entschieden wurden. In diesem Zeitraum wurde gegen weniger als 10% der Entscheidungen das Rechtsmittel der Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.¹²⁰ Seither waren seit der Errichtung des BVwG vor rund zehn Jahren bis zum Ende des Geschäftsjahres 2022 insgesamt 226.650 Verfahren anhängig, wovon 214.800 – sohin mehr als 95% - abgeschlossen wurden¹²¹. Im Geschäftsjahr 2023 ergingen rund 25.990 Entscheidungen und es wurde gegen 7% aller Entscheidungen Revision an den VwGH erhoben. Bei diesen 1.770 Revisionen handelte es sich bei 210 um ordentliche und 1.560 um außerordentliche Revisionen.¹²² Am Bundesverwaltungsgericht wurden im Geschäftsjahr 2024 rund 24.500 Verfahren neu anhängig¹²³ und ergingen in diesem Geschäftsjahr in Summe rund 25.070 Entscheidungen. Gegen diese Entscheidungen wurden im Geschäftsjahr 2024 rund 150 ordentliche und 1.220 außerordentliche Revisionen an den VwGH erhoben.¹²⁴

¹¹⁸ Obereder/Steiner in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 4 Rz 3.

¹¹⁹ Vgl. Fasching, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Erfahrungen und Praxisberichte aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes, Födok 37/2016, 33 ff.

¹²⁰ Fischer, Der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte, ZVG 2017, 50.

¹²¹ Siehe Tätigkeitsbericht 2022 des BVwG (www.bvwg.gv.at; Stand 13. 5. 2024).

¹²² So der Tätigkeitsbericht 2023 des BVwG (www.bvwg.gv.at; Stand 18. 3. 2025).

¹²³ Die Verfahrensbelastung, die sich aus dem im jeweiligen Geschäftsjahr neu anhängig gewordenen Verfahren sowie aus den anhängigen Verfahren vorangegangener Geschäftsjahre ergibt, belief sich im Geschäftsjahr 2024 auf rund 38.050 Verfahren (Tätigkeitsbericht 2024 des BVwG [www.bvwg.gv.at; Stand 10. 9. 2025]).

¹²⁴ Auch Tätigkeitsbericht 2024 des BVwG (www.bvwg.gv.at; Stand 10. 9. 2025).

B. Die Entstehungsgründe der Verhaltensbeschwerde

Weshalb die Verhaltensbeschwerde im Zuge der „Jahrhundertreform“ als eine sonstige Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte iSv Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG in der Bundesverfassung begründet wurde, ist sowohl unionsrechtlichen Verpflichtungen als auch den Schutzpflichten eines Staates zuzuschreiben.

Wie bereits ausgeführt, sieht Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG vor, dass eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Verhaltensbeschwerden nicht ex constitutione besteht, sondern bedarf sie einer Begründung durch Landes- oder Bundesgesetz. Zu einer Regelung wird der Gesetzgeber ermächtigt, aber nicht verpflichtet. Jedoch kann aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz und den Grundrechten ein verfassungsrechtliches, ferner aus Art 47 GrC ein unionsrechtliches Gebot abgeleitet werden, den Rechtsschutz auch für eben schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln vorzusehen.¹²⁵

B.1. Rechtsschutz durch unionsrechtliches Gebot

Vorweg festzuhalten ist, dass neben aller möglichen Rechtsmittel, welche der Gesetzgeber zur Abwehr rechtswidrigen Verwaltungshandelns vorsieht, die Verwaltung selbst, gemeint ist jene Verwaltungsstelle, der das Verhalten zuzurechnen ist, ganz allgemein die Verantwortung für die von ihr bzw ihr zuzurechnenden Akte trifft. Sollte sich folglich ein Verwaltungshandeln als rechtswidrig erweisen oder wird es gar erst nach einer Änderung der Umstände für rechtswidrig erklärt, kann sich die Verwaltung nicht auf die Begründung stützen, dass den Betroffenen ohnehin Rechtsmittel zur Verfügung stehen würde, sondern es besteht eine Pflicht zur Reparatur rechtswidrigen Staatshandelns.¹²⁶

Das Bestreben, den Verwaltungsrechtsschutz in Österreich derart zu gestalten, dass er die Anforderungen der Art 6 und Art 13 EMRK sowie des Unionsrechts erfüllt, gab Anlass die Verwaltungsgerichtsbarkeit neu zu gestalten¹²⁷. Art 6 EMRK legt dem Gesetzgeber bei der Festlegung von Zuständigkeiten bundesverfassungsgesetzliche Schranken insofern auf, demnach über „*zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen* („*civil rights*““) ein

¹²⁵ B. Raschauer, Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, in FS Stolzlechner 547 (558 ff).

¹²⁶ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021) Rz 663.

¹²⁷ Siehe Kapitel II.A.3.

„unabhängiges Gericht („tribunal“)“ zu entscheiden hat und wird demnach als verfassungsrechtliche Maxime des effektiven Rechtsschutzes¹²⁸ angesehen.¹²⁹

So erkannte auch der Verfassungsgerichtshof, dass über Angelegenheiten aus dem Kernbereich¹³⁰ des Zivilrechts ein Gericht bzw eine unabhängige Verwaltungsbehörde zur Entscheidung (jedenfalls in letzter Instanz) berufen ist.¹³¹ Die Formulierung des im Verfassungsrang stehenden Art 6 EMRK „*zivilrechtliche Ansprüche und Verbindlichkeiten*“ ist jedoch weiter zu fassen als der Privatrechtsbegriff des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (siehe § 1 ABGB¹³²). So werden darunter nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes alle Rechtsangelegenheiten aus dem Kernbereich des Zivilrechts im traditionellen, kontinentaleuropäischen Sinn subsumiert und hat die Entscheidungskompetenz über eine solche Angelegenheit in Tatsachen und Rechtsfragen von einem Gericht – mit Tribunalqualität ausgestattet - ausgeübt zu werden. Eine erst nachprüfende Kontrolle durch den Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof wird hierbei jedenfalls nicht als ausreichend erachtet.¹³³

Bis zum Jahr 2011 wurde durch den Verfassungsgerichtshof judiziert, dass jedenfalls im Kernbereich des Zivil- als auch Strafrechts eine nachprüfende Kontrolle durch den Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof als nicht ausreichend erachtet werde, wenn nicht im Vorfeld die Entscheidung von einem Tribunal im Sinne des Art 6 EMRK getroffen wurde.¹³⁴ Dieser Rechtsprechung wurde mit der Absicht begründet, die damals vorherrschende Verwaltungsorganisation zu retten. Zwei im Jahr 2011 ergangene Erkenntnisse¹³⁵ sollten die Abkehr von der bisherigen Judikatur bedeuten und neue Überprüfungsmöglichkeiten eröffnen. Nunmehr wurde der Verwaltungsgerichtshof mit hinreichender Kontrollbefugnis in Tatsachenfragen im Sinn von Art 6 EMRK und Art 47 Abs 2 Grundrechtecharta

¹²⁸ VfSlg 10.291/1984.

¹²⁹ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht: B-VG, F-VG, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit : Kommentar⁶ (2020) Art 129 Rz 1; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahren¹² Rz 30 ff, 31/4; Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ (2023) Rz 130 ff; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 710, 924 ff; Lehofer, „Verwaltungsgerichtsbarkeit neu“, ÖJZ 2013, 757.

¹³⁰ Siehe zum Kernbereich des Zivilrechts ua: Ersatzansprüche für Jagd- und Waldschäden (VfSlg 11.591/1987; 11.646/1988), Enteignungsentschädigungen (VfSlg 11.760/1988), Festsetzung des Pachtzinses für Kleingärten (VfSlg 12.003/1989).

¹³¹ Stolzlechner, Einführung in das öffentliche Recht⁵ (2011) 106.

¹³² § 1 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS 1811/946, lautet unter der Überschrift „Begriff des bürgerlichen Rechtes.“ wie folgt: „Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privat-Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Recht in demselben aus.“

¹³³ Stolzlechner, Einführung⁵ 316.

¹³⁴ Siehe hiezu VfSlg 11.760/1988, 11.762/1988, 17.732/2005.

¹³⁵ VfGH 28. 6. 2011, B 254/11 und VfGH 5. 10. 2011.

ausgestattet.¹³⁶ Weiters fordert Art 6 EMRK, neben dem Anspruch auf „*billiges Gehör*“, Anhörungs¹³⁷- und Einsichtnahmerechte¹³⁸ sowie dem Recht auf Waffengleichheit, eine angemessene Verfahrensdauer, die jedoch nicht absolut, sondern nach der Lage des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen ist, wobei Bedacht zu nehmen ist, inwiefern Verzögerungen und ein Säumnis den staatlichen Organen zuzurechnen ist.¹³⁹ Jedermann, der eine Verletzung der in der EMRK festgelegten Rechte behauptet, hat nach Art 13 EMRK das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einer nationalen Instanz. Eine Grundrechtsverletzung wird nicht als Anforderungsvoraussetzung gesehen, sondern dass die Behauptung einer Rechtsverletzung zumindest vertretbar¹⁴⁰ ist. Da diese Gewährleistung eine wirksame Beschwerde als Voraussetzung hat, muss mit der Beschwerde angemessene Abhilfe gewährleistet werden („*appropriate relief*“). Dabei wird als entscheidend erachtet, dass die Beschwerde eine normative wie auch faktische Wirkung¹⁴¹ aufweist. Hierzu kommt der jeweils zuständigen Instanz die Befugnis zu, eine Abwägung der in Frage stehenden Interessen vorzunehmen und diese Befugnisse auch zu nutzen¹⁴². Art 47 Abs 1 folgt im Regime der GRC dem Vorbild des Art 13 EMRK und erfolgt die Gewährleistung der gleichen Struktur.¹⁴³

Dass Art 47 GRC für den Rechtsschutz bei schlicht hoheitlichem Handeln von elementarer Bedeutung ist, ergibt sich aus der Bestimmung hat doch eine jede Person, in Angelegenheiten, die in Durchführung des Unionsrechtes ergehen, deren durch das Recht der Union garantierten Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzubringen. Die Mitgliedstaaten werden in Anbetracht einer derartigen Beschwerdemöglichkeit stets im Anwendungsbereich des Unionsrechtes handeln¹⁴⁴, sichern sie sich doch unter der Voraussetzung von Angelegenheiten, die in „*Durchführung des Unionsrechtes*“ ergehen, immer einen Rechtsschutz, weil Art 47 GRC gerade nicht danach unterscheidet, ob die inkriminierte Rechtsverletzung infolge typengebundenem oder schlichtem Verwaltungshandeln zugefügt wurde.

¹³⁶ Kerschner, Artikel 6 EMRK noch nicht erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten, in FS Stolzlechner 347 (351).

¹³⁷ EGMR 19. 9. 2017, 3589/11 RN 146 mwN.

¹³⁸ EGMR 16. 2. 2000, 29777/96 Rn 44.

¹³⁹ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 130 ff; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 924; Eberhard, Verfahrensökonomie und Effektivität des Rechtsschutzsystems, JRP 2014, 90 (92).

¹⁴⁰ EGMR 11. 7. 2000, 40035/98 Rn 48.

¹⁴¹ EGMR 26. 10. 2000, 30210/96 Rn 157 (Kudla gg Polen).

¹⁴² EGMR 26. 7. 2011, 41416/08 Rn 124 (M. and others v. Bulgaria).

¹⁴³ Lienbacher, Der Verwaltungsrechtsschutz in Österreich und die europäischen Dimensionen, in Bußjäger/Gamper/Ranacher/Sonntag (Hrsg), Die neuen Landesverwaltungsgerichte. Grundlagen – Organisation – Verfahren (2013) 29 (42 ff); Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 926.

¹⁴⁴ Siehe EuGH 26. 2. 2013, C-617/10 – Fransson.

Bei dem Vorabentscheidungsurteil „Zakaria“¹⁴⁵ brachte der Rechtsmittelwerber des lettischen Ausgangsverfahrens vor, dass seine Einreisekontrolle *„auf grobe, provozierende und die Menschenwürde missachtende Art und Weise“* erfolgt sei. Aufgrund dieser durch die Kontrolle entstandenen Verzögerung habe er seinen Anschlussflug verpasst. Mit seinem Rechtsmittel richtete sich nicht gegen die Einreisekontrolle, welche letztlich gestattet wurde, sondern gegen das schlichte Verwaltungshandeln der Grenzbeamten. Im Anschluss wurde das Verfahren vom lettischen Rechtsmittelsenat ausgesetzt und dem EuGH ua mit der Frage vorgelegt, ob ein Mitgliedstaat im Hinblick auf Art 47 GRC verpflichtet sei, einen gerichtlichen Rechtsbehelf zu garantieren. Der EuGH verwies auf Art 51 GRC, wonach die Charta für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht gelte. Nach Art 6 der VO 562/2006/EG seien Grenzbeamte verpflichtet, die ihnen übertragenen Aufgaben unter uneingeschränkter Wahrung der Menschenrechte durchzuführen. Folglich habe das lettische Gericht zu ermitteln, ob die nationale Rechtsordnung einen geeigneten Rechtsbehelf enthält, um unter Bezug auf Art 47 GRC für die Gewährleistung des Schutzes jener Personen zu garantieren, die ihre Rechte auf Art 6 dieser Verordnung stützen. Insofern das lettische Gericht zu der Ansicht gelangt, dass die Ausgangssituation des Rechtsmittelwerbers nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle, habe es die Ausgangssituation anhand des innerstaatlichen Rechts unter Berücksichtigung der EMRK zu prüfen. Diesen Ausgangsfall auf das österreichische Recht umgemünzt, würde zu einem unbefriedigenden Ende führen, weil es sich weder um Sicherheitspolizei noch um Militärbefugnisse handelt sowie weder die Volksanwaltschaft noch das Amtshaftungsrecht Art 47 GRC gerecht werden. Somit wird auch nicht dem Unionsrecht genüge getan und die Bedeutung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG noch einmal verdeutlicht.¹⁴⁶

Warum sollte also der Rechtsschutz vor einem rechtswidrigen Verhalten im Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung enden? Tut es nicht, sollten doch die neuen Verwaltungsgerichte dem Ausbau eines Rechtsschutzsystems für die einzelnen Bürger und gerade der Erfüllung der Ziele des Art 6 EMRK, der das Recht auf ein faires Verfahren vorsieht, dienlich sein¹⁴⁷ und der Forderung nach einem effektiven Rechtsschutz für die Bereiche in der Verwaltung entsprechen. Ist dies doch letztlich Ausgeburt des zentralen demokratischen Prinzips, dass alle Gesetze, die von dem Parlament beschlossen werden, von den Verwaltungsorganen auch so vollzogen und umgesetzt werden, wie sie beschlossen wurden. Hierbei geht es um die effektive Kontrolle der

¹⁴⁵ EuGH, 17. 1. 2013, C23/12 – *Zakaria*.

¹⁴⁶ B. Raschauer, Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, in FS Stolzlechner 558 ff.

¹⁴⁷ Siehe insb Kap II und 1771 BlgNR 24. GP 1: *„Erfüllung der Anforderung der Art 5, Art 6 und in jüngster Zeit auch Art 13 EMRK“*; *„Ausbau des Rechtsschutzsystems“*; *„verstärkten Bürgerservice“* etc.

Verwaltung, welches als wesentlichstes Element eines geordneten Rechtsstaates anzusehen ist, und daraus ableitend um einen effektiven Rechtsschutz zur Durchsetzbarkeit der subjektiven Rechte eines Einzelnen.¹⁴⁸

Wurde die Bedeutung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, nämlich die Ermächtigung des einfachen Bundes- und Landesgesetzgebers, eine Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichtes einzuräumen, hinreichend ausgeschöpft bzw kann daraus vielleicht sogar die Verpflichtung des einfachen Gesetzgebers zur Vorsehung einer solchen Zuständigkeit abgeleitet werden? Aus der Verfassung kann eine solche Pflicht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werden, sohin aus der Notwendigkeit, bei eingreifenden oder belastenden staatlichen Akten effektiven Rechtsschutz einzuräumen. Dies kann auch aus dem Gleichheitssatz abgeleitet werden. Hat der Gesetzgeber in vergleichbaren Fallkonstellationen – zu denken hier an die Entwicklung des Vergaberechtsschutzes in Österreich – umfassende Rechtsschutzmöglichkeiten geschaffen, so ist er gehalten, Gleiches auch in anderen Bereichen zu gewährleisten. Dabei darf nicht übersehen werden, dass es sich um eine „relative“ Pflicht des Gesetzgebers handelt, die diesen jedoch anhält, einen adäquaten Rechtsschutz einzuräumen. Dabei wird es dem Gesetzgeber überlassen, ob er dieser Pflicht auch durch andere Rechtsschutzmöglichkeiten nachkommt oder eine Zuständigkeit nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG begründet. Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG stellt somit Anlass und Grundlage dar, die Theorie der Geschlossenheit der Rechtsquellen jedenfalls in die Richtung zu überdenken, dass der Gesetzgeber jedenfalls für in Rechte oder Rechtspositionen eingreifende oder sonstige nachteilige Akte verpflichtet wird, einen adäquaten Rechtsschutz, wie etwa mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, vorzusehen^{149, 150}.

B.2. Schutzpflichten des Staates

Bereits aus der EMRK lassen sich Garantien ableiten, die den Staat verpflichten, Angriffe von Privaten (Störern) auf die Rechtsposition von betroffenen Grundrechtsberechtigten (Opfern) abzuwehren. Diese Schutzpflichten ergeben sich aus den Formulierungen ua von Art 1 EMRK¹⁵¹ „sichern ... zu“¹⁵² oder in Art 2 EMRK¹⁵³ „wird gesetzlich geschützt“.

¹⁴⁸ Kerschner in FS Stolzlechner 347 (355 ff).

¹⁴⁹ Siehe dazu mehr in Kapitel II.A.3.

¹⁵⁰ B. Raschauer, Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, in FS Stolzlechner 547 (557 ff).

¹⁵¹ BGBl 1958/210 idF BGBl III 1998/30.

¹⁵² Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2023) Art 1 Rn 8.

¹⁵³ BGBl 1958/210 idF BGBl III 1998/30 lautet: „(1) Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt. Abgesehen von der Vollstreckung eines Todesurteils, das von einem Gericht im Falle eines durch Gesetz mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechens ausgesprochen worden ist, darf eine absichtliche Tötung nicht

Art 1 EMRK verpflichtet beispielsweise die Staaten durch geeignete Maßnahmen zu gewährleisten, dass Personen unter ihrer Hoheitsgewalt nicht in ihren Rechten verletzt werden¹⁵⁴.¹⁵⁵ Hinsichtlich dieser sich aus der EMRK ergebenden Schutzpflichten des Gesetzgebers, ist der Mitgliedstaat bei der Wahl der Mittel weitestgehend frei, etwa ob er mittels Gesetz, Vollziehungsmaßnahmen oder Gerichtsverfahren aktiv vor Angriffen von Störern schützt.¹⁵⁶

Mit Artikel 2 Abs 1 erster Satz EMRK wird das Recht jedes Menschen auf das Leben gesetzlich geschützt. Nach Ansicht des EGMR bildet Art 2 EMRK die Grundlage der staatlichen Schutzpflichten in erheblichem Ausmaß.¹⁵⁷ Unter gewissen Umständen kann sogar eine von einer keineswegs dem Staat zurechenbaren Person ausgehende Lebensgefahr – etwa wenn hinreichend konkrete Morddrohungen ausgesprochen sind – eine Schutzpflicht auslösen.¹⁵⁸

Nehmen wir den medial aufsehenerregenden Fall aus dem Jahre 2009 eines von Anhängern Kadyrows in Wien auf offener Straße erschossenen Angehörigen der Teilrepublik Tschetschenien, namens I., dem internationaler Schutz bereits gewährt wurde, als Beispiel. Bereits im Rahmen seiner Antragstellung auf Gewährung internationalen Schutzes hat sein Betreuer das Landesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung Wien und die Sicherheitsdirektion Niederösterreich auf die Gefährdung des Asylwerbers hingewiesen. Aufgrund des glaubhaften Fluchtvorbringens, dass er von Anhängern Kadyrows gefoltert und zur Zusammenarbeit gezwungen worden sei, gab das damalige Bundesasylamt dem Antrag statt. Immer wieder suchte der Berater von I. um Schutz für den Flüchtling an, jedoch empfahl das Landesamt für Verfassungsschutz lediglich, bei strafrechtlich relevantem Verhalten den Notruf zu wählen oder Anzeige zu erstatten. Sechs Tage später wurde I. ermordet.

Die von den Angehörigen wegen Verletzung von Art 2 und Art 8 EMRK erhobene Beschwerde nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG aF wurde vom UVS Wien am 23. 3. 2011 mit folgender Begründung als unbegründet abgewiesen: „Die Organe hatten, was die Bedrohungslage

vorgenommen werden. (2) Die Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt: [...]“.

¹⁵⁴ EGMR 12. 7. 2005 - 41138/98, Slg 05-VII Rn 98 – *Moldovan ua/Rumänien*.

¹⁵⁵ Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁵ Art 1 Rn 8.

¹⁵⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) 165 ff.

¹⁵⁷ Pavlidis in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2019) § 2 Abs 1 GRC Rz 19.

¹⁵⁸ Ebenso Pavlidis in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC Kommentar² § 2 Abs 1 GRC FN 65 unter Verweis auf EGMR 14. 3. 2002 Paul and Audrey Edwards, 46477/99 RZ 55 EGMR 2002-II; 15. 12. 2009 Maiorano, 28634/06 ML 2009, 365; ferner EGMR 28. 3. 2000, Kilic, 22492/93 Rz 62.

betrifft, in der Regel nur über eine dritte Person Kontakt zum getöteten I[...] und war aufgrund der zugegangenen Informationen vertretbarer Weise von einer aktuellen [...] bzw immanenten und akuten Gefährdungssituation nicht auszugehen, zumal auch, wie das Verfahren ergeben hat, insbesondere die Aussage von Mag. F[...][, der [G]etötete selbst immer wieder Kontakte gesucht hat und ein Verhalten gesetzt hat, das offensichtlich schlussendlich auch zu dem tragischen Vorfall geführt hat. Der Vorwurf an die belangten Behörden, sie seien untätig geblieben[,] ist, so das Verfahren, nicht gegeben gewesen, der Vorwurf, die Behörde hätte es unterlassen, einen ausreichenden Schutz zu gewähren[,] ist aufgrund des vorhin Dargestellten unhaltbar. [...] Rechtlich waren die vorliegenden Beschwerden nach den gesetzlichen Vorschriften des § 88 Abs 2 SPG zu sehen, da für eine Beschwerde im Sinne des Art 129a Abs 1 Zif 2 B-VG es an verwaltungsbehördliche[m] Befehl und Zwang fehlt und darüber hinaus ein Rechtsanspruch auf Maßnahmen des Personenschutzes nicht besteht. Es bestehen lediglich Anspr[ü]che nach der MRK, die jedoch eine Behörde nicht unmittelbar zwingt[,] tätig zu werden. Die ureigentliche Aufgabe der Sicherheitsverwaltung im Sinne der Vorschriften des SPG, nämlich tätig werden bei Gefährdungssituationen[,] haben die Organe der belangten Behörde besorgt. Es ist halt nicht oder noch nicht bis zu dem tragischen Vorfall am 09.01.2009 zu einem abschließenden Ergebnis gekommen gewesen.¹⁵⁹ Gegen dieses Erkenntnis wurde Beschwerde von den Angehörigen des Ermordeten an den VfGH erhoben. Der VfGH¹⁶⁰ hob den angefochtenen Bescheid auf, dies mit der Begründung, dass die Beschwerdeführer durch den Bescheid in dem durch das B-VG verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt wurden. Die verfassungsrechtliche Prüfung der dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden Rechtsfrage konzentrierte sich maßgeblich darauf, ob und in welchem Umfang der Staat verpflichtet ist, eine Person durch präventive Maßnahmen zu schützen, wenn eine gegen sie gerichtete Bedrohung geltend gemacht wird¹⁶¹. Wie der EGMR im Fall „Osman“¹⁶² klargestellt hat, umfasst Art 2 EMRK eine positive Verpflichtung der Behörden, präventive Maßnahmen zum Schutz von Personen zu ergreifen, deren Leben durch kriminelle Handlungen Dritter gefährdet sein könnte. Diese Verpflichtung darf den Behörden jedoch weder eine unmögliche noch eine unverhältnismäßige Belastung auferlegen. Zudem sind die Sicherheitsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet, die Rechte und Freiheiten des Einzelnen zu

¹⁵⁹ Siehe Auszug VfSlg 19.708/2012 - Zitat ohne die im Original enthaltene Hervorhebung.

¹⁶⁰ VfSlg 19.708/2012.

¹⁶¹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ 165 ff.

¹⁶² EGMR 28. 10. 1998 [GK], Fall Osman, Appl 23452/94, insb Z 115; vgl aus jüngerer Zeit insb auch EGMR 14. 9. 2010, Fall Dink, Appl 2668/07 ua, Z64.

wahren¹⁶³. Eine Verletzung des Art 2 EMRK ist gegeben, wenn die Behörden – trotz tatsächlicher Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis einer konkreten Lebensbedrohung für eine bestimmte Person – es unterlassen haben, alle vernünftigerweise zu erwartenden Maßnahmen zu ergreifen¹⁶⁴. Dass die von einer Lebensbedrohung betroffene Person I. die Behörden nicht selbst – oder wie im vorliegenden Fall offenbar lediglich über einen Betreuer oder eine Vertretung – um Schutz ersucht hat, entbindet die Behörden nicht von ihrer Verpflichtung, geeignete Schutzmaßnahmen zum Erhalt des Lebens zu ergreifen¹⁶⁵. Nach Ansicht des VfGH enthält der Bescheid keine nachvollziehbare Begründung dafür, weshalb die belangte Behörde zu dem Ergebnis gelangt ist, dass keine „*aktuellen [...] bzw immanenten oder aktuellen Bedrohungssituation*“ vorliege. Dieser unbegründete Schluss lässt keine verfassungsrechtlich tragfähige Beurteilung zu, ob die daraus abgeleitete, die Abweisung der Beschwerde tragende rechtliche Konsequenz vertretbar ist.¹⁶⁶

Nach dieser Rechtsprechung kommt es nach Ansicht des VfGH für die hier vorliegende Frage nach einer möglichen positiven Schutzpflicht des Staates auch darauf an, ob die Behörden von einer (unmittelbaren) Lebensbedrohung des I. wussten bzw hätten wissen müssen. Vor diesem Hintergrund ist zu beurteilen, ob - unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - der Staat seinen Verpflichtungen entsprochen hat. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der dem angefochtenen Bescheid zu Grunde liegenden Rechtsfrage geht es wesentlich darum, ob und (gegebenenfalls) inwieweit der Staat verpflichtet ist, eine Person durch präventive Maßnahmen zu schützen, wenn eine gegen sie gerichtete Bedrohungssituation behauptet wird.¹⁶⁷

Das Erkenntnis des VfGH zeigt deutlich auf, dass der Einzelne einen Anspruch auf staatlichen Schutz hat und eine Verpflichtung des Staates zur Setzung von Präventionsmaßnahmen – in diesem Fall im Hinblick auf eine Verletzung von Art 2 EMRK - besteht. Insofern kann auch ein Anspruch auf ein staatliches Einschreiten abgeleitet werden und stellt das Unterlassen der geeigneten Schutzmaßnahmen jedenfalls eine Rechtswidrigkeit dar.

Im zweiten Rechtsgang gab das Verwaltungsgericht Wien¹⁶⁸ der Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG statt und erklärte die angefochtene Nichtgewährung ausreichender und

¹⁶³ EGMR 28. 10. 1998 [GK], Fall Osman, Appl 23452/94, insb Z 116.

¹⁶⁴ Ebenfalls EGMR 28. 10. 1998 [GK], Fall Osman, Appl 23452/94, insb Z 116.

¹⁶⁵ EGMR, Fall Dink, Z 74; vgl ferner auch EGMR 9. 6. 2009, Fall Opuz, Appl 33.401/02, insb Z 143.

¹⁶⁶ VfSlg 19.708/2012.

¹⁶⁷ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ 165 ff.

¹⁶⁸ VwG Wien 18. 6. 2015, VGW-102/V/013/25915/2014.

verfügbarer Schutzmaßnahmen für rechtswidrig. Damit wurde auch ausgesprochen, dass ein Unterlassen von geeigneten Schutzmaßnahmen durch die Sicherheitsverwaltung trotz hinreichenden Verdachtes auf einen Tötungsversuch unter § 88 Abs 2 SPG zu subsumieren ist.

Wird ein Verwaltungshandeln rechtswidrig – ursprünglich oder nachträglich –, darf die Verwaltung sich nicht darauf berufen, dem Betroffenen habe ohnehin ein Rechtsmittel offen gestanden. Es besteht in diesem Zusammenhang die Verpflichtung zur Reparatur rechtswidrigen Staatshandelns. Diese Verantwortung des Staates lässt – soweit es die Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht betrifft – sich auch aus dem Grundsatz der Unionstreue iSv Art 4 Abs 3 EUV ableiten oder wenn es einen Grundrechtseingriff betrifft, ist er stets rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff nicht vorliegen.¹⁶⁹ In Art 1 EMRK wird allgemein die Verpflichtung der Vertragsstaaten angesprochen, die im folgenden Abschnitt niedergelegten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten.¹⁷⁰ Dies ist als allgemeine Anordnung einer Schutzpflicht in Bezug auf die in der EMRK garantierten Grundrechte zu verstehen. Diese Schutzpflichten treffen sowohl den Gesetzgeber als auch die Vollziehung.

Schwierigkeiten der legislativen und administrativen Schutzpflichten beruhen häufig auf der Justiziabilität: Da die Konkretisierung primär Aufgabe des Gesetzgebers ist, gestaltet sich die Durchsetzbarkeit oft schwierig. So kann der VfGH nur bestehende Gesetze aufheben, aber nicht fehlende Gesetze erzwingen. Problematisch dabei ist, dass ein Unterlassen administrativer Schutzpflichten nur dann in die Verfassungssphäre fällt, wenn sie unverhältnismäßig oder in anderer Weise den Gehalt einer Grundrechtsgarantie verletzt. Auch in diesem Fall besteht das Problem der Durchsetzbarkeit, da dem VfGH nur die Kompetenz zur Aufhebung der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zukommt (Art 144 B-VG), er aber weder wegen Säumnis noch schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln angerufen werden kann. Jedoch haben in diesen Fällen die Verwaltungsgerichte und der VwGH die Grundrechte anzuwenden.¹⁷¹

In dem genannten Beispiel des erschossenen Angehörigen der Teilrepublik Tschetscheniens wurde die Unterlassung der staatlichen Verpflichtung zur Setzung von Präventionsmaßnahmen und daraus abgeleitet sein Anspruch auf staatlichen Schutz im Zusammenhang mit dem

¹⁶⁹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 663.

¹⁷⁰ Klaushofer in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (2021) Art 1 EMRK Rz 1.

¹⁷¹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ Rz 694 ff.

Unterlassen der Vornahme geeigneter Schutzmaßnahmen (iSv schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln) durch die Sicherheitsverwaltung bejaht. Somit kann die Prämisse der staatlichen (Schutz-)Pflicht zur Eröffnung von Rechtsschutzmöglichkeiten gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln, welches auch in Verbindung mit den durch die Verfassung garantierten Rechten, wie beispielsweise die in der EMRK garantierten Grundrechte, bejaht werden und sind auch diese Gründe für die Entstehung der Verhaltensbeschwerde mitverantwortlich.

C. Die Einordnung in die (relative) Geschlossenheit des Rechtsquellensystems

„Recht ist im demokratischen Verfassungsstaat nichts Vorgegebenes, sondern es verdankt seine Entstehung der Entscheidung durch staatliche Rechtserzeugungsorgane. Folgerichtig regelt das B-VG Organe und Verfahren der Rechtserzeugung ebenso wie die Rechtssatzformen (,Rechtsentstehungsquellen‘), in denen Recht in Form allgemeiner Anordnungen geschaffen wird. Anzahl und Arten der Rechtsquellen (,Rechtsquellensystem‘) sind somit bundesverfassungs- rechtlich grundgelegt [...] Sind aber die Rechtsquellen bundesverfassungsrechtlich festgelegt, ist es dem einfachen Gesetzgeber verwehrt, davon abweichend neue Rechtsquellentypen festzulegen. [...] Man bezeichnet diesen Grundsatz als (relative) Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“, so in Stolzlechner/Bezemek wiedergegeben.¹⁷²

Der Rechtstypenzwang des B-VG ist allseits bekannt, jedoch wird ihm heute nur noch untergeordnete Bedeutung beigemessen, weil die verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtssatzformen nunmehr die wesentlichen Bereiche des Verwaltungshandelns, jedenfalls für das hoheitliche¹⁷³ Verwaltungshandeln, abdecken. Bescheide, Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und verwaltungsbehördliche Säumnis können mittels Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 bis 3 iVm Art 132 Abs 1 bis 3 B-VG vor den VwG und sodann vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts mittels Beschwerde und/oder Revision angefochten werden.¹⁷⁴ Nun gilt es sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob mit der Schaffung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG der Rechtstypenzwang relativiert worden

¹⁷² Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 69 ff.

¹⁷³ Zur Privatwirtschaftsverwaltung siehe Kapitel II.A.3. und Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 781 ff.

¹⁷⁴ Traußnigg, Strukturfragen eines umfassenden effektiven Rechtsschutzes – Grundzüge der Rechtsstaatsjudikatur des VfGH, JAP 2020/2021/9.

ist. Dies vor dem Hintergrund, dass durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG der einfache Gesetzgeber ermächtigt wird, den Rechtsschutz zu gestalten.

Der VfGH¹⁷⁵ schließt aus dem demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzip eine (relative) Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtsquellensystems (iSe „Rechtstypenzwangs“).¹⁷⁶ Dadurch soll sowohl ein Legitimationszusammenhang als auch die gerichtliche Kontrolle der Rechtsetzung gewahrt werden. Im Weiteren ist der Gesetzgeber verpflichtet, die verbindliche Gestaltung individueller Rechtsverhältnisse an jene Rechtsformen zu knüpfen, die einen verfassungsrechtlich gesetzlichen Rechtsschutz¹⁷⁷ vorsehen.¹⁷⁸ Verfassungswidrig war daher die Regelung, dass ein Verfahren automatisch als abgeschlossen gilt, wenn ein Fremder, der im Bundesgebiet einen Aufenthalt beantragt hat, dieses aus welchen Gründen auch immer verlässt.¹⁷⁹ Allerdings widerspricht es dem Rechtstypenzwang nicht, wenn für individuell adressierte Entscheidungen die Form der Verordnung vorgesehen wird, wenn diese Entscheidung auch eine generelle Wirkung hat (wie etwa bei Flächen- und Bebauungspläne). Dem Gesetzgeber wird dabei ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zugestanden.¹⁸⁰

Gemäß der These der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ werden die im B-VG angeführten Rechtsquellen abschließend aufgezählt. Daraus folgt, dass die Rechtssetzungsorgane grundsätzlich keine anderen Rechtsquellen schaffen dürfen als jene, die im B-VG vorgesehen sind. Die Fülle, mit der die Bundesverfassung die Formen der Rechtserzeugung vorsieht, lässt den Schluss zu, dass nur die in der Verfassung vorgesehenen Rechtsquellen zulässig sein sollen. Auch das Faktum, dass die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts den Rechtsschutz nicht allgemein gegen alle öffentlich – rechtlichen Streitigkeiten absprechen können und der Rechtsschutz nur gegen bestimmte Rechtsakte vorgesehen wird,

¹⁷⁵ VfSlg 17.137/2004, 17.967/2006.

¹⁷⁶ ZB VfSlg 9886/1983; 13.223/1992; 13.699/1994; 17.101/2004; 17.394/2004; 17.967/2006; 18.905/2009 im Anschluss an *Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, Verhandlungen des 5. Österreichischen Juristentages (Gutachten) I/1 B (1973) 34 ff: Das B-VG weise eine abschließende Typologie von Rechtssatzformen auf, von der durch die Gesetzgebung und die Verwaltung nicht abgewichen werden dürfe, weil sonst der an die Rechtstypen, insbesondere an jene des Bescheides, geknüpfte Rechtsschutz ins Leere liefe. Von einer bloß "relativen" Geschlossenheit sei dabei die Rede, weil davon ausgegangen worden sei, dass bestimmte Rechtstypen gerade durch die Verfassung geduldet werden würden und individuelle Rechtsakte durchaus erweitert werden könnten, solange den Rechtsschutzerfordernissen Genüge getan werde. So sei vielmehr von einer "Geschlossenheit des Rechtsschutzsystems" zu sprechen.

¹⁷⁷ Insbesondere die Art 129 ff B-VG.

¹⁷⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 81.

¹⁷⁹ VfSlg 19.324/2011.

¹⁸⁰ VfSlg 18.905/2009. Wird aber eine solche Verordnung nicht erlassen, ist ein Bescheid zu erlassen. Die Nichterlassung eines Bescheides verletzt das Recht auf den gesetzlichen Richter (VfSlg 18.941/2009).

sprechen grundsätzlich gegen eine Einbeziehung der einfachgesetzlichen Entwicklung neuer Rechtsschutzsuchenden.

Allerdings können gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG gerade aber neue Zuständigkeiten vorgesehen werden, sodass es vor diesem Hintergrund möglich ist, neben dem Bescheid und AuvBZ auch weitere Formen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich vorzusehen, sofern gleichzeitig eine entsprechende Beschwerdemöglichkeit damit verbunden wird¹⁸¹.¹⁸²

Einen Lösungsversuch wagte der VfGH¹⁸³ bereits vor Jahren, indem der den Gesetzgeber dazu anhält, für jene Fälle, in denen erhebliche Rechtsfolgen zu erwarten sind, im Sinne des Rechtsstaatsprinzips eine bekämpfbare Rechtsform zu wählen. Ein Verbot der schlichten Hoheitsverwaltung ist daraus nicht abzuleiten, allerdings an das Gesetzgeber gerichtete Verbot, Formen der schlichten Hoheitsverwaltung vorzusehen, wenn sich an diese wesentliche Rechtsfolgen knüpfen.¹⁸⁴ Bei dieser Anschauung darf der einfache Gesetzgeber somit nicht neue individuelle Normen schaffen, durch die er den Betroffenen den rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutz entziehen würde.¹⁸⁵ Letztlich schaffte auch dieser Lösungsansatz des VfGH nicht die erhoffte Wirkung, finden doch Rechtseingriffe des Verwaltungshandelns oft und gerade ohne das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage statt, sodass dieser Auftrag vom Gesetzgeber nur schwer zu erfüllen sein wird.¹⁸⁶ Er bleibt aber ungeachtet sondergesetzlicher Regelungen weiterhin aufrecht.¹⁸⁷

Der Typenzwang des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystems wird durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nicht aufgehoben, sondern lediglich flexibilisiert, sodass für den Fall, dass der Gesetzgeber, der in Rechte und Rechtspositionen eingreifende oder sonst belastende Akte bestimmt, verpflichtet ist, einen adäquaten Rechtsschutz, wie etwa durch die Verhaltensbeschwerde, zu bestimmen.¹⁸⁸

Die Regelung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG selbst wird nicht als Anbringen an ein Verwaltungsgericht verstanden, sondern wird der Gesetzgeber ermächtigt, dies vorzusehen.

¹⁸¹ Siehe später mehr im Kapitel Rechtsschutz und Bescheidumweg VI.H.

¹⁸² B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 464, 464a.

¹⁸³ VfSlg 11.590/1987, 13.223/1992, 13.699/1994.

¹⁸⁴ Stolzlechner, Glosse zu VfGH 3. 3. 1994, DRdA 1995/16 (233 ff); Csármán, Gesprochenes Recht? Juridikum 4/2021, 447.

¹⁸⁵ B. Raschauer, Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, in FS Stolzlechner 547 (557).

¹⁸⁶ Wiederin, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren, in ÖJT (Hrsg), 90 Jahre Bundesverfassung „Wettlauf mit dem Igel“ (2010) 15 (18).

¹⁸⁷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ Rz 81a; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 546.

¹⁸⁸ B. Raschauer, Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, in FS Stolzlechner 547 (558).

Wenn der Gesetzgeber also von dieser Ermächtigung Gebrauch macht, muss er ein Rechtsmittel im Rechtsschutzsystem bestimmen. Verhaltensbeschwerden führen zu einem Verwaltungsgericht, welches mit Erkenntnis oder Beschluss entscheidet und wird damit wieder ein Kreis im Rechtsschutzsystem des Achten Hauptstücks des B-VG gezogen^{189, 190}.

Dies verdeutlicht, dass das Verwaltungshandeln einem stetigen Wandel unterliegt und auch neue Handlungsformen entstehen können. Der Rechtsschutz darf sich daher nicht dauerhaft nur auf die klassischen Verwaltungstypen beschränken. Dies allerdings unter der Prämisse, dass die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte dann vom einfachen Gesetzgeber vorzusehen ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ungeachtet aller Erweiterungen der Rechtsschutzmöglichkeiten im Zusammenspiel des Verfassungsgesetzgebers und VfGH die Typenbindung als strukturelle Vorgabe im Rechtsschutzsystem grundsätzlich Bestand hat. Die Gesetzgebung und Verwaltung sind im Rahmen der ihnen zukommenden Gestaltungsspielräume im Hinblick auf die Wahl ihrer Handlungsformen dazu angehalten, für Eingriffe in die subjektive Rechtssphäre von Rechtsunterworfenen nur jene Rechtssatzformen vorzusehen, die im verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem anfechtbar sind.¹⁹¹

Im Hinblick auf die schlichte Hoheitsverwaltung darf also in diesem Zusammenhang die Frage in den Raum geworfen werden, wie effektiver Rechtsschutz im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung prinzipiell ausgestaltet werden sollte. Wohl nur durch einen Rechtsschutzstaat, der effektiven Rechtsschutz durch subjektive Rechte und Rechtsmittelmöglichkeiten (auch im Sinne des rechtlichen Gehörs und dem Recht auf ein faires Verfahren) dem Rechtsschutzsuchenden gewährleisten kann und Verwaltungsbehörden die verfassungsgesetzliche Pflicht zu gesetzeskonformen Verhalten im Sinne von Art 18 B-VG¹⁹² auferlegt.¹⁹³

¹⁸⁹ Zu denken an Revision nach Art 133 B-VG oder die Erkenntnisbeschwerde an den VfGH nach Art 144 B-VG.

¹⁹⁰ *Kneihs*, Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten – Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG, JBI 2021, 2.

¹⁹¹ *Traußnigg*, Strukturfragen eines umfassenden effektiven Rechtsschutzes, JAP 2020/2021/9 83 (84).

¹⁹² BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/51.

¹⁹³ *Kerschner* in Festschrift Stolzlechner 347 (348).

III. Das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln als Gegenstand der Verhaltensbeschwerde

Das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln bewegt sich häufig im Grenzbereich klassischer Verwaltungsformen und lässt sich in Einzelfällen nur schwer eindeutig abgrenzen. Für die präzise Zuordnung ist zunächst die Abgrenzung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung erforderlich.

Voraussetzung für eine präzise Zuordnung ist, dass die jeweilige Handlung dem Bereich der Hoheitsverwaltung zuzurechnen ist. Hierzu ist zunächst zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung zu differenzieren (Kapitel A.). Erst im Anschluss daran kann beurteilt werden, ob es sich um schlichte oder formelle Hoheitsverwaltung handelt und wie sich diese von den klassischen Handlungsformen abgrenzt (Kapitel B.). Sodann erfolgt eine vertiefte Analyse des Begriffs der schlichten Hoheitsverwaltung (Kapitel C.).

A. Die Handlungsformen der Verwaltung

Wie bereits *Adolf Julius Merkl* vor knapp hundert Jahren zu den Tätigkeitsformen der Verwaltung formulierte: „*Die Verwaltung ist ein Tun, ein Handeln. Zweckvolle Tätigkeit mündet aber in Taten, alles „Fieri“ will „Factum“ werden. Das unterscheidet die Arbeit vom Spiele.*“¹⁹⁴ In Staaten wie Österreich, in welchem das Prinzip der Gewaltentrennung gilt, bildet die Verwaltung jenen Teil der Staatsfähigkeit, der durch seine Verwaltungsorgane besorgt wird.¹⁹⁵

Eine einheitliche Definition des verfassungsrechtlichen Verwaltungsbegriffs¹⁹⁶ existiert nicht. Materielle Kriterien reichen zur Abgrenzung nicht aus, weil die Verwaltungsaufgaben zu vielfältig und heterogen sind. Eine Möglichkeit könnten organisatorische Kriterien zur Abgrenzung des Begriffs bieten, allerdings wird in der Literatur die verwendete Formel von der „*Verwaltung als Staatstätigkeit außerhalb der gesetzgebenden und rechtsprechenden Gewalt*“ oder kurz gehalten von der „*Verwaltung als staatliche Vollziehung außerhalb der Gerichtsbarkeit*“ bevorzugt.¹⁹⁷ Was aber macht die Verwaltung aus? Die Bundesverfassung

¹⁹⁴ *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht 174.

¹⁹⁵ Siehe *Antonioli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 5, der drei Versuche zur Abgrenzung des Begriffs der Verwaltung aufzeigt. Das Ergebnis des Verwaltungsbegriffs wurde von der Verfasserin dieser Arbeit angeführt.

¹⁹⁶ Gemeint als die Tätigkeit, folglich im materiellen Sinn.

¹⁹⁷ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 23.

verwendet den Begriff der Verwaltung als Rechtsbegriff (siehe hierzu Art 18 B-VG). Die Bestimmung sieht vor, dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf, wobei hier auf die staatliche Verwaltung im funktionellen Sinn abgestellt wird. Demgegenüber ist die Verwaltung von der Justiz in allen Instanzen getrennt (vgl. Art 94 B-VG¹⁹⁸). Damit sind alle Organe der Verwaltung im organisatorischen Sinn in Gegenüberstellung von Justizorganen miteinbezogen, sodass primär die Klärung der Zurechnungsfragen erforderlich erscheint. Sind Akte in bestimmten Fällen als Verwaltungsakte zuzurechnen, sodass Verwaltung im organisatorischen oder funktionellen Sinn überhaupt vorliegt? Folglich stellt sich auch die Frage, *wer* hat *wie* gehandelt?¹⁹⁹

Der Verwaltung stehen zur Erreichung ihrer Ziele zwei Möglichkeiten offen. Der Weg der Hoheitsverwaltung und der Weg der Privatwirtschaftsverwaltung.²⁰⁰ Zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben werden die Verwaltungsorgane zu einer Vielzahl von Verwaltungsakten ermächtigt. Zu denken ist hierbei etwa bei der Geburt eines Menschen an die Eintragung in das Geburtenbuch (schlichte Hoheitsverwaltung), die Genehmigung einer Betriebsanlage (Bescheid), die Verleihung einer Staatsbürgerschaft (Bescheid), Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 (Verordnung), die Gewährung einer Wohnbauförderung (Akt der Privatwirtschaftsverwaltung), Hinderung einer unter Drogeneinfluss stehenden Personen an der Inbetriebnahme eines Autos durch Organe der Exekutive (Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt), Bewachung einer Botschaft (schlichte Hoheitsverwaltung) oder die Anweisung an einen Rekruten, seinen Helm abzusetzen (Weisung). Was mit diesen Aufzählungen jedenfalls verdeutlicht wird ist, dass den unzähligen Fällen von Verwaltungshandeln nur ein kleiner Spielraum an Handlungsformen verbleibt, mit denen Verwaltungsorgane, die ihnen übertragenen Aufgaben erledigen können.²⁰¹ Wie bereits diesen Aufzählungsbeispielen zu entnehmen ist, gestaltet sich das Verwaltungshandeln vielfältig, weshalb oftmals eine vernünftige Umschreibung und somit auch eine präzise Systematisierung gar nicht möglich ist²⁰². Jedoch haben die genannten Beispiele eines gemeinsam. Es liegt rechtlich gebundenes Verwaltungshandeln vor, für das rechtliche Ermächtigungen und rechtliche Determinanten, wie

¹⁹⁸ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2013/114.

¹⁹⁹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 35 ff.

²⁰⁰ Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht: Lehr und Handbuch für Studium und Praxis³ (1996) 21 ff.

²⁰¹ Stolzlechner/Bezdek, Öffentliches Recht⁸ Rz 545.

²⁰² Vrba, Hoheitliche Vollziehung (Stand 14. 1. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

etwa lediglich in Form von allgemeinen Aufgabenbestimmungen und haushaltsrechtlichen Regelungen über die Verwendung von öffentlichen Mitteln, notwendig sind.²⁰³

Trotz der Vielfalt des Verwaltungshandelns gilt eine strikte Trennung: Jeder Verwaltungsakt muss entweder der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung zugeordnet werden. Das selbe Prinzip gilt auch für das schlichte Verwaltungshandeln. Diese Unterscheidung ist jedenfalls auch aus Haftungsgesichtspunkten²⁰⁴ sowie Prozessgesichtspunkten²⁰⁵ unerlässlich²⁰⁶, wie später in dieser Arbeit noch aufgezeigt wird²⁰⁷.

Zunächst gilt es die Begrifflichkeiten Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung primär voneinander abzugrenzen²⁰⁸, um in Anschluss daran noch einmal zwischen formellem und schlichtem hoheitlichen Verwaltungshandeln zu unterscheiden, zumal den Gegenstand der Verhaltensbeschwerde nur die schlichte Hoheitsverwaltung bilden kann.²⁰⁹

A.1. Die Hoheitsverwaltung

Nach *Walter Antonioli* ist von der „*Hoheitsverwaltung oder obrigkeitlicher Verwaltung*“ auszugehen, wenn „*der Staat oder ein anderer Träger staatlicher Gewalt in der Verwaltung als Träger dieser ihm eigentümlichen Gewalt*²¹⁰ *auftritt, von Privatwirtschaftsverwaltung oder fiskalischer Verwaltung, wenn der Staat wie ein Privater handelt*“. Ein klassisches Einstellungsmerkmal der Hoheitsverwaltung ist das System der Über- und Unterordnung. In der Hoheitsverwaltung tritt der Staat kraft öffentlicher Gewalt dem Bürger in einem Über-Untersetzungsverhältnis gegenüber.²¹¹ Sohin wird unter hoheitlicher Verwaltung das Auftreten

²⁰³ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 673.

²⁰⁴ Siehe Art 23 Abs 1 B-VG und § 1 AHG.

²⁰⁵ Die Verfassung bestimmt mit Art 129, Art 133 und Art 137 ff B-VG eine Streitzuständigkeit der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, während für nicht hoheitliche Tätigkeiten die Zivilgerichte zuständig sind (siehe § 1 JN).

²⁰⁶ Neben den genannten Beispielen ist die Unterscheidung auch aus Strafrechtsgesichtspunkten wie zB § 302 Abs 1 StGB, demnach das Handeln eines Beamten strafbar ist, „*der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen in seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, des Landes ... in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht*“ oder aus Steuergesichtspunkten, wie bspw § 2 Abs 5 Körperschaftsteuergesetz 1988 (KStG 1988), BGBl 1988/401 idF BGBl I 2019/103, iVm § 5 Z 12 KStG 1988, BGBl 1988/401 idF BGBl I 2019/103, maßgeblich. So ordnet § 2 Abs 5 KStG 1988 an, dass Betriebe von Körperschaften des öffentlichen Rechts, nicht der Körperschaftssteuer unterliegen, wenn die Tätigkeit überwiegend der öffentlichen Gewalt dient. Selbiges gilt für die Umsatzsteuer, weil § 2 Abs 3 Umsatzsteuergesetz (UStG), BGBl 1994/663 idF 1996/201, betreffend die Befreiung auf die eben zitierte Stelle im KStG verweist.

²⁰⁷ Siehe dazu Kapitel III.B.

²⁰⁸ *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980) 26 ff.

²⁰⁹ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 144.

²¹⁰ *Jellinek*, Verwaltungsrecht³ (1931) 21.

²¹¹ *Antonioli*, Allgemeines Verwaltungsrecht 10.

von Verwaltungsorganen mit „*imperium*“²¹², also unter dem Einsatz spezifischer staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt, verstanden. Dabei bedienen sich die Verwaltungsorgane jener Rechtssatzformen, die das öffentliche Recht für die Ausübung behördlicher Befugnisse vorsieht.²¹³ Der Begriff der Hoheitsverwaltung bedient dabei all jene Genres, die der Einzelne mit dem Begriff der (staatlichen) Verwaltung assoziieren würde, wie zum Beispiel Behörden, Polizei, Verbote und viele mehr. Die Hoheitsverwaltung umfasst somit jene Bereiche der Verwaltung, die das Obrigkeitliche, das einseitig Anordnende und das Gebietende, sohin das klassisch staatliche Handeln, beinhaltet.²¹⁴

A.2. Die Formen des formell rechtsformgebundenen Verwaltungshandelns

Was wird unter einem Verwaltungshandeln verstanden? Wohl nach dem allgemeinen Verständnis ein Verwaltungsakt²¹⁵, der sich als Willensäußerung einer Verwaltungsbehörde individuell und konkret an einen oder mehrere Empfänger wendet²¹⁶. Es handelt sich folglich um behördliche Entscheidungen oder behördliches Handeln bzw Unterlassen. Allem Verwaltungshandeln ist eines gemein: Es beruht auf Gesetz („*Grundsatz der Gesetzmäßigkeit*“). Das Gesetz bildet die Voraussetzung für Verwaltungshandeln, indem es Zuständigkeiten begründet und zum Handeln ermächtigt. Das Gesetz ist Befehl und wird der Verwaltung mittels Gesetz der Auftrag erteilt, das Gesetz zu vollziehen (Vollziehungsbefehl). Zuletzt wirkt das Gesetz auch als Maßstab zur Beurteilung der Gesetzmäßigkeit von Verwaltungshandeln in formeller und materieller Hinsicht.²¹⁷

Die Wahl der Handlungsform ist entscheidend für die Einordnung des Verwaltungshandelns. Wird in der durch die Verfassung vorgeschriebenen Typen des Bescheids iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, des Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (kurz: AuvBZ) in Z 2 B-VG leg cit, der Verordnung iSd Art 139 B-VG oder Weisung iSd Art 20 B-VG gehandelt, wird jedenfalls ein formell-hoheitliches Verwaltungshandeln vorliegen.²¹⁸ Alle Handlungen, die keiner dieser typisierten Formen

²¹² Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts² (2017) 139 ff.

²¹³ Funk, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem. Eine ideengeschichtliche, funktionstheoretische und rechtssystematische Untersuchung mit Ausblick auf die bundesdeutsche Rechtsordnung (1978) 29.

²¹⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 684.

²¹⁵ Zu den unterschiedlichen Einordnungen des „Verwaltungsaktes“: Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht 174 ff.

²¹⁶ Winkler, Der Bescheid : ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt (1956) 13 ff.

²¹⁷ Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 533; B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 559.

²¹⁸ Lenzbauer, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung – Die typenfreie Beschwerde und ihre Verwandten, JAP 2014/2015/2 (20 ff).

zuzuordnen sind, fallen entweder in den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung („typenfreie Hoheitsverwaltung“²¹⁹) oder der Privatwirtschaftsverwaltung.²²⁰

Die Einordnung eines Verwaltungsaktes als Bescheid oder als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erfordert eine inhaltliche Analyse des jeweiligen Verwaltungsaktes. Dabei ist in erster Linie eine materielle Betrachtungsweise maßgeblich, wenngleich auch formale Gesichtspunkte entscheidend sein können. Bei der formalen Betrachtungsweise wird der Verwaltungsakt aufgrund äußerer (formeller) Merkmale, zu denken ist hierbei an eine Bezeichnung oder Kundmachung, abgegrenzt. Diese Methode setzt eine strikte Beachtung der rechtlichen Formvorschriften voraus, wobei sie in jenen Fällen an ihre Grenzen stößt, in denen ein gesetzlicher Maßstab zur Prüfung heranzuziehen ist, ob die betreffende Verwaltungsbehörde die gewählte Form ihres Handelns zulässigerweise gewählt hat. Dies insbesondere dann, wenn das Gesetz selbst keine ausdrückliche Formvorschrift vorsieht.²²¹

Die wichtigsten Handlungs- bzw. Rechtssatzformen im Bereich der Hoheitsverwaltung sind der Bescheid, die Verordnung, die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sowie die Weisung. Zum Verständnis und zur Abgrenzung von schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln werden diese Handlungsformen in ihren Grundzügen dargestellt.

a) Bescheid

Obwohl dem Bescheid als Rechtsform²²² jedenfalls fundamentale Bedeutung zuzuschreiben ist, mit dem ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde klassischerweise erledigt wird, wird dennoch der Begriff des Bescheides weder im AVG noch im VwGVG²²³ begrifflich definiert, sondern er wird einfach vorausgesetzt²²⁴.²²⁵ Die Materialien halten zu § 56 AVG²²⁶ fest, dass es sich bei einem Bescheid um einen Ausspruch der Behörde handelt, der Rechte und Pflichten

²¹⁹ Siehe Kap. III.B.

²²⁰ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 348 ff; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 494.

²²¹ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 386 ff.

²²² Siehe VwSlg 9458 A/1977 verstärkter Senat.

²²³ Und auch nicht im VStG, VVG, BAO oder Materiengesetzen, in denen er Verwendung findet.

²²⁴ VwGH 24. 3. 1992, 88/07/0072.

²²⁵ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 377.

²²⁶ BGBl 1991/51 idF BGBl I 1998/158 lautet: „Der Erlassung eines Bescheides hat, wenn es sich nicht um eine Ladung (§ 19) oder einen Bescheid nach § 57 handelt, die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes, soweit er nicht von vornherein klar gegeben ist, nach den §§ 37 und 39 voranzugehen.“

feststellt oder begründen soll²²⁷. Nach der herrschenden Lehre ergeben sich die Merkmale des Bescheids aus der Systematik der für Bescheide maßgeblichen Bestimmungen des AVG.²²⁸

Grundsätzlich bestimmt § 58 Abs 1 AVG²²⁹ dass ein Bescheid ausdrücklich als solcher zu bezeichnen ist und den Spruch und die Rechtsmittelbelehrung zu enthalten hat. Allerdings sieht die hA für die Qualifikation einer Erledigung als Bescheid nicht formelle, sondern inhaltliche Kriterien als ausschlaggebend²³⁰, sodass auch formlos ergangenen Erledigungen der Bescheidcharakter zukommen kann, wenn in ihr zumindest eine Bescheidqualität zu erblicken ist.²³¹ Daraus ergibt sich, dass die gesetzlichen Bestimmungen des AVG über den Bescheid nicht streng auszulegen sind, sondern die Erledigung in Zusammenschau mit dem gesetzlichen Rechtsschutz innerhalb der Verwaltung und dem Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu messen sind. Folglich ist jener strenge Auslegungsmaßstab hierbei gerade nicht geboten, der eine Erledigung eine Behörde nur dann als Bescheid qualifizieren würde, wenn die gesetzlichen Bestimmungen über Form und Inhalt von Bescheiden sowie die Bescheiderlassung eingehalten würden.

So vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung²³², dass auf die ausdrückliche Bezeichnung als Bescheid nur dann verzichtet werden kann, *„wenn sich aus dem Spruch eindeutig ergibt, dass die Behörde nicht nur einen individuellen Akt der Hoheitsverwaltung gesetzt hat, sondern auch normativ rechtsgestaltend oder rechtsfeststellend entschieden hat. Der normative Inhalt muss sich aus der Formulierung der Erledigung, also in dem Sinn auch aus deren Form ergeben. Die Wiedergabe einer Rechtsansicht, von Tatsachen, der Hinweis auf Vorgänge im Verfahren, Rechtsbelehrungen und dergleichen können nicht als verbindliche Erledigung und damit als Spruch im Sinn des § 58 Abs 1 AVG gewertet werden“*.²³³

Als Beispiel ist hierbei auf ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes²³⁴ zu verweisen. Verfahrensgegenständlich wurde auf einer Kontrollbescheinigung für die Einfuhr ökologischer/biologischer Erzeugnisse aus einem Drittland nach der erfolgten Warenkontrolle

²²⁷ VwSlg 1629 A/1950; 1739 A/1950; 6955 A/1966.

²²⁸ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 815.

²²⁹ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl 1991/51.

²³⁰ Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz 2. Teilband (2005) § 56 Rz 7; so auch VwGH 14. 6. 1973, 2203/71.

²³¹ Winkler, Bescheid 101 ff; VwGH 22. 10. 2020, Ro 2019/10/0038.

²³² Vgl VwGH 15. 12. 1977, 0934/73, VwSlg 9458 A/1977 (verstärkter Senat); so etwa 24. 4. 1996, 95/12/0248; 29. 3. 1996, 96/02/0113.

²³³ VwGH 22. 7. 2020, Ra 2020/03/0049.

²³⁴ Vgl VwGH 22. 10. 2020, Ro 2019/10/0038.

durch den zuständigen Grenztierarzt ein Sichtvermerk *„Sendung kann als konventionell freigegeben werden“*²³⁵ notiert. Das freie Feld wurde mit einem Rundstempel bestehend aus dem Bundeswappen, dem Text *„Republik Österreich Grenztierarzt“* und der Zahl *„27“* sowie einem weiteren Stempel mit *„Veterinär-grenzkontrollstelle“* inklusive Telefon- und Faxnummer sowie der leserlichen Unterschrift des zuständigen Grenztierarztes versehen. Nunmehr galt sich sowohl für das Bundesverwaltungsgericht²³⁶ als auch im Folgenden nach erhobener ordentlicher Revision für den Verwaltungsgerichtshof mit der Frage auseinanderzusetzen, ob dieser Sichtvermerk ein mit Bescheid- oder Maßnahmenbeschwerde bekämpfbares Verwaltungshandeln darstellt. Hiezu hielt der Verwaltungsgerichtshof, nachdem das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen eines Bescheides anhand der Betrachtung des Inhalts subsumierte, fest, dass – neben den objektiven Kriterien der Zuordnung eines Verwaltungshandelns – im Zweifelsfall nach ständiger Rechtsprechung außerdem anhand der Gesetzeslage zu klären ist, in welcher Rechtsform die getroffene Erledigung zu erfolgen hatte. Da im Zweifel vom gesetzeskonformen Vorgehen der Behörde auszugehen ist, bestimmt in diesem Fall der Rückgriff auf das Gesetz die Beurteilung, wie die Behörde im Einzelfall (tatsächlich) vorgegangen ist.²³⁷ Letztlich wird der Inhalt des jeweiligen Verwaltungsaktes für eine Beurteilung ausschlaggebend sein.²³⁸ Dass die anzuwendenden Rechtsgrundlagen keine näheren Bestimmungen im Fall der Nichtentsprechung (wenn auch nur teilweise) vorsehen, entbindet die belangte Behörde jedenfalls nicht über ihre Entscheidung über Maßnahmen und die Gründe hierfür, über ein Widerspruchsrecht sowie über geltende Verfahren und Fristen zu informieren. Die Behörde hat folglich, soweit sie bei der Durchsetzung zur Setzung von Hoheitsakten ermächtigt ist, auf Grundlage der gesetzlichen Vorschriften die ihr obliegenden Hoheitsakte in Form von Bescheiden und AuvBZ zu setzen.²³⁹

²³⁵ Anm: in diesem Fall erlangte die erprobte Ware keinen Biostatus, was finanzielle Auswirkungen auf den Einführer der Ware hat.

²³⁶ Vgl. Auszüge aus dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 26. 8. 2019, Zln W270 2213399-1/13E und W270 2213624-1/21E: - „*aufs Wesentliche zusammengefasst, handelt es sich bei dem gegenständlichen Sichtvermerk weder um bloß „schlicht“ hoheitliches Handeln, noch um einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, sondern um einen Bescheid. Vor dem Hintergrund, dass Verwaltungsakte, die erhebliche Rechtswirkungen hätten, rechtlich nicht als unbekämpfbare Akte konstruiert werden dürfen, weil sonst das verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechtsschutzsystem leerliefe, ist der Akt der Ablehnung des Versehens der Kontrollbescheinigung mit einem Sichtvermerk bzw. der Erteilung eines nur eingeschränkten Sichtvermerks (hier: „kann konventionell freigegeben werden“) als Akt selbständiger administrativer Rechtssetzung - und damit nicht als „schlicht“ hoheitliches Handeln – anzusehen*“.

²³⁷ Vgl. VwGH 22. 10. 2020, Ro 2019/10/0038 Rz 27; so auch VwGH 12. 12. 2008, 2007/12/0059; 28. 1. 2009, 2008/05/0191.

²³⁸ Siehe als Beispiel VfSlg 12.477/1991.

²³⁹ Vgl. VwGH 22. 10. 2020, Ro 2019/10/0038 Rz 29.

Neben dem einfachgesetzlichen Bescheidbegriff gibt es auch den verfassungsgesetzlichen Bescheidbegriff und hält sich auch hier die Bundesverfassung, was unter dem Terminus Bescheid zu verstehen ist, bedeckt²⁴⁰. Sein Inhalt hat der österreichischen Rechtsordnung entnommen zu werden, wie sie im Jahr 1925 gegeben war²⁴¹. Der Terminus Bescheid ist in unmittelbarem Zusammenhang mit Erlassung der Verwaltungsverfahrensgesetze mit der am 30. 7. 1925 kundgemachten B-VG-Novelle²⁴² in Art 129 ff aF und Art 144 B-VG aF aufgenommen worden²⁴³. Die hL vertritt die Ansicht, dass der Verfassungsgesetzgeber dabei den Bescheidbegriff des AVG vor Augen hatte (iSd § 56 AVG) und wird der Bescheid dabei als individueller, hoheitlicher, im Außenverhältnis ergehende, normativer²⁴⁴ Verwaltungsakt qualifiziert.²⁴⁵ Teilweise wird in der Rechtsprechung²⁴⁶ und Lehre²⁴⁷ eine Identität des verfassungsrechtlichen Bescheidbegriffs mit dem Bescheidbegriff im AVG angenommen. Im Gegensatz dazu vertrat der VfGH²⁴⁸ die Meinung, dass sich der Bescheidbegriff des Art 144 B-VG in der bis zur Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁴⁹ geltenden Fassung und jener von § 56 AVG decken würden. Diese wurde durch VfSlg 4986/1965 abgelehnt, weil das AVG bereits im Jahr 1925 nicht auf die gesamte Verwaltung anwendbar war.²⁵⁰ Der in Art 144 B-VG aF vorgesehene Bescheidbegriff sei der weitere der beiden gewesen²⁵¹, weil er bereits im Jahr 1925 Fälle erfasste, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Verwaltungsverfahrensgesetze lagen. Insoferne wird dem Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Bescheidbegriffs ein gewisser Spielraum zugestanden.

Jedenfalls kann festgehalten werden, dass der verfassungsrechtliche Begriff des Bescheides einen zentralen Bestandteil der Gesamtrechtsordnung darstellt, dessen Ausgestaltung aber letztlich durch den einfachen Gesetzgeber zu erfolgen hat.²⁵²

²⁴⁰ Siehe auch VwSlg 9458 A/1977.

²⁴¹ VfSlg 4986/1965; zur Bedeutung der systematischen Interpretation *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 815.

²⁴² BGBl 1925/268.

²⁴³ Siehe VwSlg 19.629 A/1950; VfSlg 4986/1965.

²⁴⁴ Rechtsgestaltend oder rechtsfeststellend.

²⁴⁵ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 377 ff; *Kahl/Schmid*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 373 ff.

²⁴⁶ VfSlg 4986/1965; VwSlg 1629 A/1950; 6955 A/1966.

²⁴⁷ *Klecatsky*, Die Rechtskraft abgabenrechtlicher Bescheide im österreichischen Recht, DÖV 1967, 593 (599).

²⁴⁸ Diese wurde durch VfSlg 4986/1965 abgelehnt, weil das AVG bereits 1935 nicht auf die gesamte Verwaltung anwendbar war.

²⁴⁹ BGBl I 2012/51.

²⁵⁰ *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 56 Rz 3 (Stand 1. 3. 2023, rdb.at).

²⁵¹ VfSlg 11.590/1987; 14.803/1997.

²⁵² *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 378 ff.

b) AuvBZ

Mit „*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*“ iSd Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG²⁵³ (kurz: AuvBZ) werden von dem Verfassungsgesetzgeber faktische Amtshandlungen umschrieben, sohin hoheitliche Verwaltungsakte, mit einem individuell normativen Inhalt, die ohne weiteres Verfahren, relativ verfahrensfrei, gesetzt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass Zwang unmittelbar und direkt durch ein Verwaltungsorgan ausgeübt wird, oder aber, sofern es sich um einen Befehl handelt, der Umstand, dass dem Adressaten des Befehls bei Nichtbefolgung des Befehls unverzüglich eine einsetzende physische Sanktion angedroht wird^{254, 255}.

Nach der Judikatur²⁵⁶ der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts wird es sich bei einem faktischen Organhandeln dann um die „*Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt*“ handeln, wenn ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und dieser Akt gegen individuell bestimmte Adressaten gerichtet ist sowie in ihre subjektiven Rechte eingreift.²⁵⁷ In einer Vielzahl von Fällen werden die Behörden direkt zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt²⁵⁸ ermächtigt.²⁵⁹

Als prominente Beispiele eines AuvBZ sind die Festnahme²⁶⁰, eine Aufforderung unter Androhung der Festnahme auf eine Polizeistation mitzukommen²⁶¹, die Vorführung zum Strafantritt²⁶² oder die zwangsweise Blutabnahme²⁶³ zu nennen.²⁶⁴

Aufgrund des Nahebezuges von Befehl und Zwang mit schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln im Rahmen der Sicherheitsverwaltung ergeben sich immer wieder Problemstellungen der Einordnung eines Verwaltungshandelns als AuvBZ oder doch schlichter

²⁵³ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

²⁵⁴ Im Sinne eines Befehls mit unmittelbarem Befolgungsanspruch; siehe VfSlg 10.848/1986; 12.071/1989; 12.116/1989; 13.670/1994.

²⁵⁵ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 130 B-VG Rz 4; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 561.

²⁵⁶ VfSlg 18.366/2008; 18.836/2009; VwGH 26. 11. 1993, 92/17/0163; 22. 2. 2007, 2006/11/0154.

²⁵⁷ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 955 ff.

²⁵⁸ Siehe §§ 33, 45 ff, 49, 78 SPG; § 102 Abs 12 KFG.

²⁵⁹ Hengstschläger/Leeb, AVG § 56 Rz 25 (Stand 1. 3. 2023, rdb.at); B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 957.

²⁶⁰ VwGH 22. 2. 2007, 2006/11/0154.

²⁶¹ VwGH 24. 4. 2018, 2018/03/0008.

²⁶² VwGH 23. 9 2003, 2003/02/0167.

²⁶³ VwGH 10. 4. 2008, 2004/01/0502.

²⁶⁴ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 953 ff.

Hoheitsverwaltung²⁶⁵. Was es in diesem Zusammenhang jedenfalls zu bedenken gibt, ist die Frage, ob durch die Einführung der Verhaltensbeschwerde der Begriff des AuvBZ geschmälert wurde, sind doch nunmehr die Graubereiche der Abgrenzung aufgrund des nunmehr in der Verfassung manifestierten Begriffs des Verhaltens abgrenzbar.

Hierzu kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Begriffe Befehl und Zwang in der Rechtsprechung teilweise sehr weit ausgelegt wurden und wurde die Befehls- und Zwangsgewalt als sehr dehnbarer Begriff eingestuft²⁶⁶. Oftmals auch vor dem Hintergrund, um doch noch Rechtsschutz zu ermöglichen²⁶⁷. Was auch in dieser Stelle bereits vorweggenommen werden kann, ist, dass jedenfalls im Bereich der Sicherheitsverwaltung und der militärischen Landesverteidigung eine Abgrenzung des AuvBZ vom schlichten Verwaltungshandeln bereits vor 20 Jahren stattgefunden hat. Dieser Umstand ist der Einführung von § 88 Abs 2 SPG und § 54 Abs 2 MBG²⁶⁸ geschuldet, die im Rechtsschutz der schlichten Hoheitsverwaltung jedenfalls die Vorreiterrolle einnahmen.

c) Verordnung

Die Grundlage der Rechtssetzung in Form einer Verordnung ist Art 18 Abs 2 B-VG²⁶⁹, der lautet: *„Jede Verwaltungsbehörde kann auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Gesetze erlassen.“* Sohin dürfen alle Verwaltungsbehörden, jedoch nicht die Verwaltungsgerichte, Verordnungen erlassen. Bei Verordnungen handelt es sich um generell-abstrakte Rechtsnormen, die von Verwaltungsorganen erlassen werden und deren Anordnungen am Rechtsunterworfenen, an die Allgemeinheit oder nach Gattungsmerkmalen bestimmte Personen, gerichtet sind.²⁷⁰

Der hoheitlich-normativen und außenwirksamen Erledigung einer Verwaltungsbehörde kommt daher definitionsgemäß keine Bescheid-, sondern Verordnungsqualität zu, wenn sie sich nicht an individuell bestimmte Personen²⁷¹, sondern an die Allgemeinheit oder einen nach

²⁶⁵ Siehe dazu mehr in Kapitel VI.A.

²⁶⁶ Dazu siehe gleich Beispiele in Abgrenzungen VI.B.

²⁶⁷ Siehe dazu bereits zuvor in Kapitel III.C.2. mit prominenten Beispielen.

²⁶⁸ BGBl I 2000/86 idF BGBl I 2019/102.

²⁶⁹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/51.

²⁷⁰ Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 548 ff.

²⁷¹ Vgl VwGH 16. 9. 2003, 2003/05/0142; VfSlg 3110/1956.

Gattungsmerkmalen²⁷² beschriebenen Personenkreis richtet^{273, 274} Für die Einordnung als Verordnung ist jedenfalls nur der Inhalt der Verordnung maßgeblich.²⁷⁵

Gemäß Art 18 Abs 2 B-VG dürfen Verwaltungsorgane mittels Verordnung Gesetze ausführen, allerdings nicht abändern oder ergänzen und stellt die sog Durchführungs-Verordnung den wichtigsten Typus als klassischen Normalfall beim Erlassen von Verordnungen dar. Davon abweichend können Verwaltungsbehörden nur aufgrund spezieller verfassungsrechtlicher Ermächtigung befugt werden, selbständige (verfassungsunmittelbare) Verordnungen zu erlassen. Es wird daher zwischen gesetzesvertretenden, gesetzesändernden²⁷⁶ und gesetzesergänzenden²⁷⁷ Verordnungen unterschieden.

Gesetzliche Grundlage für den Rechtsschutz gegen rechtswidrige Verordnungen bildet Art 139 B-VG mit der VO-Prüfungscompetenz des VfGH und hat der VfGH die Ermächtigung Verordnungen aufzuheben, die formellen Gesetzen widersprechen.²⁷⁸

d) Weisung

Art 20 Abs 1 B-VG²⁷⁹ sieht vor: *„Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung. Sie sind den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden.“* Diese Verfassungsbestimmung legt das Weisungsprinzip für die gesamte Verwaltungsorganisation des Bundes verbindlich fest. Es bedarf keiner weiteren einfachgesetzlichen Regelung. Ein jedes übergeordnete Verwaltungsorgan ist nachgeordneten Verwaltungsorganen weisungsberechtigt. Mit Art 20 Abs 1 B-VG werden daher vorgesetzte Organe zur Erteilung individueller und

²⁷² VfSlg 1398/1931.

²⁷³ VfSlg 9072/1981; 9873/1938.

²⁷⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 852 ff; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 549 ff.

²⁷⁵ VfSlg 11.472/1987.

²⁷⁶ Etwa das in Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG verankerte Notverordnungsrecht des BPräs (im Falle eines Staatsnotstands) Bundesgesetze zu ändern. Diese Befugnis kommt analog der LReg im Hinblick auf LG zu.

²⁷⁷ Zu denken an ortspolizeiliche Verordnungen der Gemeinden nach Art 118 Abs 6 B-VG. Diese Bestimmung sieht vor, dass Gemeinden zur Abwehr oder Beseitigung eines örtlichen Missstands auf Grund freien Beschlussrechts ortspolizeiliche Verordnungen erlassen dürfen. Diese ortspolizeilichen Verordnungen dürfen nicht gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes und der Länder verstoßen. Sie ergehen im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde wie bspw die Anordnung der Hundeleinenpflicht (siehe dazu Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 549 ff).

²⁷⁸ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 139 B-VG Rz 1-3; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 550, 551.

²⁷⁹ BGBl 1930/1 idF BGBl 2022/141.

genereller Weisungen an nachgeordnete Verwaltungsorgane ermächtigt und qualifiziert ein Zuwiderhandeln gegen diese ein unrechtmäßiges Verhalten im internen Organverhältnis^{280, 281}. Ein jedes nachgeordnete Verwaltungsorgan ist einem übergeordneten Verwaltungsorgan überweisungsgebunden, sohin zur Befolgung der Weisung verpflichtet²⁸². Voraussetzung für die Weisungsbefugnis bzw – gebundenheit ist ein Bestehen eines organisatorischen Über- und Nachordnungsverhältnisses. Dies ist aus den Organisationsbestimmungen²⁸³ zu entnehmen.²⁸⁴

Weisungen stellen verbindliche Befehle dar, also Rechtsnormen, mit denen die „amtliche Tätigkeit“ angewiesener Organe geregelt wird. Die Weisung unterscheidet sich von den sonstigen Handlungsformen dadurch, dass sie an andere Verwaltungsorgane, nicht an Rechtsunterworfenen gerichtet ist (sog „interne Norm“²⁸⁵). Sie kann abstrakt oder konkret, generell oder individuell formuliert²⁸⁶ sein.²⁸⁷

Mit einer Weisung gemäß Art 20 Abs 1 B-VG wird bloß verwaltungsinternes Recht geschaffen, weil sie ein Organwalter in dieser Funktion zum Adressaten setzt.²⁸⁸ Weisungen sind zu erteilen, wenn dies für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erforderlich ist und müssen Weisungen gesetzmäßig sein²⁸⁹. Andernfalls können nachgeordnete Organe die Befolgung der Weisung ablehnen^{290, 291}.

Gegen Weisungen bestand der verfassungsunmittelbare Rechtsweg, der eine Beschwerdemöglichkeit des Landesschulrats gegen Weisungen vorsah, nur bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl I 2017/138²⁹². Ein ähnliches Beschwerderecht der an die Stelle des Landesschulrates getretenen Bildungsdirektion gegen Weisungen²⁹³ wurde nicht mehr vorgesehen^{294, 295}.

²⁸⁰ VfSlg 3134/1956.

²⁸¹ Grabenwarter/Frank, B-VG² Art 20 Rz 1 ff (Stand 1. 1. 2025, rdb.at).

²⁸² VfSlg 7265/1974.

²⁸³ Siehe Art 78a Abs 1 B-VG, BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/49, der lautet: „Oberste Sicherheitsbehörde ist der Bundesminister für Inneres. Ihm sind die Landespolizeidirektionen, ihnen wiederum die Bezirksverwaltungsbehörden als Sicherheitsbehörden nachgeordnet“.

²⁸⁴ Stolzlechner/Bezdek, Öffentliches Recht⁸ Rz 522 ff.

²⁸⁵ VfSlg 6899/1972; VwGH 14. 10. 2013, 2013/12/0042; 12. 11. 2013, 2012/09/0057.

²⁸⁶ VwGH 17. 11. 2004, 2001/09/0035.

²⁸⁷ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 20 B-VG Rz 3 ff.

²⁸⁸ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 815, 835 ff.

²⁸⁹ VwSlgNF 6191 A; 13.369 A; VwGH 30. 3. 1989, 86/09/0110.

²⁹⁰ Siehe Art 20 Abs 1 zweiter Satz B-VG.

²⁹¹ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 20 B-VG Rz 3 ff.

²⁹² Art 130 Abs 1 Z 4 iVm Art 81a Abs 4 B-VG, aufgehoben durch BGBl I 2017/138.

²⁹³ Siehe Art 113 Abs 7 B-VG, BGBl 1930/1 idF BGBl I 2017/138.

²⁹⁴ Siehe ErläRV 1618 BlgNR 24. GP 13.

²⁹⁵ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 20 B-VG Rz 7.

A.3. Die Privatwirtschaftsverwaltung

Im Gegensatz zur Hoheitsverwaltung wird das Tätigwerden der staatlichen Verwaltung in jenen Rechtssatzformen, die auch „Privaten“, insbesondere der von *Adolf Julius Merkl* geprägten allgemein verwaltungsrechtlichen Theorie dem „*außerstaatlichen Rechtsorgan*“²⁹⁶ zur Verfügung stehen, als nicht hoheitliche Verwaltung bezeichnet.²⁹⁷

Die österreichische Lehre des allgemeinen Verwaltungsrechts bezeichnet diesen Teil der nicht hoheitlichen staatlichen Verwaltung als „*Privatwirtschaftsverwaltung*“.²⁹⁸ Damit wird auch verdeutlicht, dass das wesentliche Unterscheidungskriterium zwischen der Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung auf rein formelle Umstände abstellt und hierbei insbesondere auf die verwendete Rechtstechnik. Hat der Gesetzgeber den Verwaltungsträger mit keinen Zwangsbefugnissen ausgestattet, liegt keine Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor.^{299, 300} Der Mangel einer gesetzlichen Determinierung wird sohin als wichtiges Indiz des Vorliegens der privatrechtlichen Natur des Verwaltungshandelns angesehen.³⁰¹

Primäre Rechtsgrundlage der Privatwirtschaftsverwaltung bildet Art 17 B-VG³⁰², demzufolge durch die Bestimmungen der Art 10 bis 15 B-VG über die Zuständigkeit der Gesetzgebung und Vollziehung die Stellung des Bundes und der Länder als Träger von Privatrechten in keiner Weise berührt wird, der eine Sonderkompetenz darstellt und eine ausdrückliche Ermächtigung des Bundes und der Länder zur Privatwirtschaftsverwaltung bzw Funktion von Träger mit Privatrechten enthält.³⁰³ Das B-VG gesteht Gebietskörperschaften und anderen Verwaltungsträgern grundsätzlich Privatrechtsfähigkeit zu bzw wird diese in den Art 17, 116 Abs 2³⁰⁴ und in Art 120c Abs 3 B-VG³⁰⁵ vorausgesetzt.³⁰⁶ Ob eine

²⁹⁶ *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht 294.

²⁹⁷ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 21; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 560 ff.

²⁹⁸ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung – Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hoheitlicher Verwaltung (1993) 10; so auch VwGH 6. 3. 2014, 2013/11/0205, mwN; siehe auch VfSlg 18.154/2007.

²⁹⁹ VfSlg 2362/1957 und die seither ständige Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Die herrschende Lehre folgt der formellen Abgrenzung; siehe auch *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 28 ff.

³⁰⁰ Siehe *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 10.

³⁰¹ *Vrba*, Hoheitliche Vollziehung (Stand 14. 1. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

³⁰² BGBl 1930/1 idF BGBl I 2003/100.

³⁰³ *Novak*, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, eine Abgrenzung im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Verfassungsreform ÖJZ 1979, 1.

³⁰⁴ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

³⁰⁵ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2008/2.

³⁰⁶ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht² 126 ff.

Aufgabenbesorgung hoheitlicher oder privatrechtlicher Natur vollzogen wird, ist grundsätzlich freigestellt. Wenn der Gesetzgeber öffentlich-rechtliche Handlungsformen zwingend vorsieht, ist privatrechtsförmiges Handeln jedenfalls unzulässig³⁰⁷. Selbiges gilt, wenn es verfassungsgesetzlich geboten ist.³⁰⁸ Daraus folgt, dass auch behördliche Befugnisse vorgenommen werden, wenn ein Privater aufgrund besonderer Übertragung Akte hoheitlicher Zwangsgewalt setzt. Dieser Teil bildet dann eine Tätigkeit der Hoheitsverwaltung.³⁰⁹

B. Abgrenzung Hoheitsverwaltung – Privatwirtschaftsverwaltung

Die Unterscheidung zwischen hoheitlich und nichthoheitlich Verwaltungshandeln ist nur für die Staatsform der Verwaltung von Bedeutung, zumal sowohl Gerichtsbarkeit und Gesetzgebung Staatsfunktionen sind, die ausschließlich hoheitlich agieren, und wird im Hinblick auf rechtserhebliches Verhalten von Verwaltungsorganen auf eine Entweder-oder-Zurechnung abgestellt (im Sinne eines „*Funktionellen Zusammenhangs*“³¹⁰). Das der Verwaltung zuzurechnende Verhalten eines Organs ist entweder dem einen oder dem anderen Bereich zuzuschreiben iSv „*tertium non datur*“^{311, 312, 313}.

B.1. Zur Kernfrage: Warum unterscheiden?

Da in dieser Arbeit das Vorliegen der schlichten Hoheitsverwaltung in Bezug auf die Verhaltensbeschwerde eine Grundvoraussetzung darstellt, ist die grundsätzliche Unterscheidung und Einordnung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung im ersten Schritt jedenfalls notwendig, sind doch an die einzelnen Handlungen unterschiedliche Rechtsfolgen und Rechtsverfolgungsmöglichkeiten geknüpft. Das Thema dieser Arbeit behandelt eine Rechtsschutzmöglichkeit – die Verhaltensbeschwerde – gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln³¹⁴, sodass erst nach der erfolgten Zuordnung einer Handlung bzw Unterlassung in den Bereich der Hoheitsverwaltung sich weiters mit der Frage beschäftigt werden kann, ob es sich in weiterer Folge um schlichte Hoheitsverwaltung handelt. Sollte die Vorfrage des Vorliegens einer schlichten Hoheitsverwaltung bejaht werden, kann sich erst mit

³⁰⁷ OGH 6. 6. 2013, 6 Ob 163/12g = EvBl 2013/148.

³⁰⁸ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 17 B-VG Rz 1.

³⁰⁹ Rill, Zum Verwaltungsbegriff, in Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, Festgabe für Walter Antonioli (1979) [FG Antonioli] 35 ff.

³¹⁰ Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 495.

³¹¹ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 9.

³¹² Wörtlich: „ein Drittes ist nicht gegeben“ oder „ein Drittes gibt es nicht“.

³¹³ Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht² 126 ff.

³¹⁴ Siehe mehr in Kapitel III.

dem Thema auseinandergesetzt werden, ob es gegen dieses schlichte Verwaltungshandeln eine Beschwerdemöglichkeit gibt.

Vorab gilt es also zu klären, wem die Handlung zuzurechnen ist. Doch warum ist diese Unterscheidung³¹⁵ wichtig? Zum einen bietet die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und privaten Recht keine Lösung für die Problematik der Trennung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung³¹⁶, weil das öffentliche Recht sich auch der Mittel der Privatwirtschaftsverwaltung bedienen kann bzw umgesetzt werden kann. Zum anderen sind sich Judikatur und Literatur dahingehend einig, dass das Kriterium für die Unterscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung gerade nicht in der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht liegt.³¹⁷ Zu denken ist hierbei an jene Fallkonstellationen, in denen öffentliches Recht durch den Gesetzgeber geschaffen wurde, jedoch ohne eine Anordnung der Hoheitsverwaltung. Als Beispiel sind hier Selbstbindungsgesetze („Statutargesetze“³¹⁸ oder Privatwirtschaftsverwaltungsgesetze³¹⁹) zu nennen, die einerseits Regelungen für das Handeln des Staates als Träger von Privatrechten aufstellen und andererseits Regelungen für seine Beteiligung als Partei an Verwaltungsverfahren betreffen. Die Kernfrage der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht beschäftigt sich mit der Einordnung, zu welchem Rechtsbereich der jeweilige Rechtssatz gehört.³²⁰ Die Trennung der Hoheitsverwaltung von der Privatwirtschaftsverwaltung gehört mitsamt dem Überschneidungsbereich klassisch zu den Fragen, die sowohl Lehre als auch Praxis oftmals vor große Herausforderungen stellt.³²¹ Die staatliche Verwaltung kann mit Hoheitsgewalt handeln oder ohne deren Einsatz agieren³²² und wird eine Unterscheidung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung in all jenen Punkten erforderlich sein, wo das Verwaltungshandeln nicht eindeutig oder nur schwer zuzuordnen ist.³²³

Die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und privaten Recht ist jedenfalls für die Gerichtszuständigkeiten notwendig, gehören doch „Bürgerliche Rechtssachen“ vor die

³¹⁵ Grundlegend VfSlg 3262/1957.

³¹⁶ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht 41.

³¹⁷ *Vrba/Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983) 60.

³¹⁸ *Kahl/Schmid*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 347.

³¹⁹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) 34 ff.

³²⁰ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 4.

³²¹ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 9 ff; *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547.

³²² *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht 9; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² 20 ff.

³²³ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 699 ff.

ordentlichen Gerichte (siehe § 1 JN³²⁴), während über öffentlich-rechtliche Beschwerden die Verwaltungsgerichte entscheiden (Art 130 B-VG). Auch Gesetzgebung und Vollziehung werden für die Bereiche des öffentlichen Rechts und des Zivilrechts unterschiedlich behandelt. So wird das Zivilrechtswesen vom Bund geregelt und vollzogen (siehe Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG³²⁵)³²⁶, hingegen werden die Länder im öffentlichen Recht miteinbezogen³²⁷. Eine Ausnahme für diese Zuständigkeitsverteilung gibt Art 17 B-VG³²⁸ vor, wenn Bund und Länder als „Träger von Privatrechten“ auftreten. Im Privatrecht gilt grundsätzlich Privatautonomie während das öffentliche Recht durch strenge Gesetzes- und Grundrechtsbindungen dominiert wird.³²⁹

Dass eine Zuordnung des schlichten Verwaltungshandelns in hoheitliches (AHG) oder privatwirtschaftliches Handeln (ABGB) jedenfalls von Bedeutung ist, wird aufgrund des anwendbaren Haftungsrechtes noch einmal verdeutlicht. Etwaige Schäden, die der Hoheitsverwaltung zuzurechnen sind, werden im Rahmen der Amtshaftung entschädigt, während das Schadenersatzrecht nach dem ABGB für gerade jenes private Handeln Schäden ausgleichen soll.³³⁰ So werden Schäden aus einem Verkehrsunfall mit einem Heeresfahrzeug im Zuge eines Manövers nach dem AHG abgegolten. Ein Schaden aus einem Verkehrsunfall des städtischen Gartenamtes beim Ausliefern von Pflanzen hingegen nach dem Zivilrecht. Im Weiteren scheiden im Bereich der Hoheitsverwaltung zivilrechtliche Instrumente, wie etwa Besitzstörungsklagen und Unterlassungsklagen, gegen rufschädigende Äußerungen aus.³³¹ Auch das Strafrecht richtet sich grundsätzlich gegen Privatpersonen; Verwaltungsstrafen für rechtswidrige Handlungen, die Amtsträger im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit begehen, sind gesetzlich nicht vorgesehen.³³²

Mit Ausnahmen wie etwa die unterschiedlich ausgestalteten Disziplinarrechte – wie beispielsweise das Disziplinarrecht der Bundesbeamten (Beamten-Dienstrechtsgesetz³³³), das

³²⁴ Siehe § 1 Jurisdiktionsnorm (JN), RGBl 1895/111 in der Fassung BGBl 1993/91.

³²⁵ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

³²⁶ Eine Ausnahme sieht Art 15 Abs 9 B-VG für die zivilrechtlichen Bestimmungen der Länder vor, wenn es zur „Regelung des Gegenstandes“ erforderlich ist.

³²⁷ Siehe Art 10 bis 15 B-VG (Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache: Art 10 B-VG; Gesetzgebung Bundessache und Vollziehung Landessache: Art 11 B-VG; Grundsatzgesetzgebung Bundessache, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Landessache: Art 12 B-VG; Gesetzgebung und Vollziehung Landessache: Art 15 Abs 1 B-VG).

³²⁸ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2003/100.

³²⁹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 238 ff, 612 ff; *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 496 ff.

³³⁰ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 567, 1337.

³³¹ *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ (2017) Rz 872.

³³² *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 567, 1337.

³³³ Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979), BGBl 1979/333 idF BGBl 2025/50.

Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz³³⁴, das Heeresdisziplingesetz der Soldaten³³⁵, oder für Feuerwehren das in den jeweiligen Landesfeuerwehrgesetz enthaltene Disziplinarrecht³³⁶.³³⁷ Juristische Personen, die in Vollziehung der Gesetze handeln, sind auch von einer Verbandsverantwortlichkeit ausgenommen, während aber jener Organwahrer, der sich im Rahmen seines hoheitlichen Handelns eines Amtsmissbrauchs schuldig macht, nach § 302 StGB³³⁸ (Amtsmissbrauch) angeklagt werden kann.³³⁹ Die angeführten Beispiele verdeutlichen, wie entscheidend die Unterscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung angesichts ihrer jeweils unterschiedlichen Rechtsfolgen ist. Verwaltungsverfahrensgesetze dürfen nur in der Hoheitsverwaltung Anwendung finden. Die Privatwirtschaftsverwaltung hingegen unterliegt allen Rechtsregeln, die im Rechtsverkehr von Privaten herangezogen werden (zB ZPO, EO, etc). Nur Behörden können im Rahmen der Hoheitsverwaltung Personen bei Nichtbefolgung einer Ladung vorführen lassen oder Ordnungs- und Mutwillensstrafen verhängen. Will der Staat als Träger von Privatrechten seine Ansprüche gegenüber Einzelnen geltend machen, muss er zur Verfolgung seiner Ansprüche die Hilfe der ordentlichen Gerichtsbarkeit mittels Klage in Anspruch nehmen. In Rahmen der Hoheitsverwaltung wird er für diesen Fall einen Verwaltungsakt erlassen und bleibt es dem Empfänger überlassen, gegen den Verwaltungsakt vorzugehen.³⁴⁰ Nach Art 53 Abs 3 B-VG³⁴¹ sind ausgegliederte Rechtsträger den Untersuchungsausschüssen nur für den Fall zur Information verpflichtet, wenn sie hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.³⁴² Auch bei all diesen Fällen ist festzuhalten, dass die Zuweisung einer Angelegenheit zur Entscheidung an ordentliche Gerichte oder Verwaltungsbehörden letztlich Sache des Gesetzgebers ist.³⁴³

³³⁴ RStDG, BGBl 1961/305 idF BGBl I 2025/50.

³³⁵ Heeresdisziplingesetz 2014 (HDG 2014), BGBl I 2014/2 idF BGBl I 2024/77.

³³⁶ § 82 Bgld Feuerwehrgesetz 2019, LGBl 2019/100; § 72 Kärntner Feuerwehrgesetz 2021 (K-FWG 2021), LGBl 2021/32; § 85 NÖ Feuerwehrgesetz 2015, LGBl 2015/85 idF LGBl 2017/69; § 47 Oö Feuerwehrgesetz 2015, LGBl 2014/104; § 43 Salzburger Feuerwehrgesetz 2018, LGBl 2018/27; § 48 Steiermärkisches Feuerwehrgesetz, LGBl 2012/13 idF LGBl 2013/87; § 16 Wiener Feuerwehrgesetz, LGBl 1957/16 idF LGBl 2018/17.

³³⁷ Siehe hierzu *Thienel*, Rezente Rechtsprechung des VwGH zum richterlichen Dienst- und Disziplinarrecht, RZ 2022, 187; *Schmieder/Wess*, Richter, Beamte, Disziplinarrecht, disziplinarer Überhang ZWF 2019, 191.

³³⁸ BGBl 1974/60 idF BGBl I 2012/61.

³³⁹ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 567, 1337.

³⁴⁰ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht 11 ff.

³⁴¹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2014/101.

³⁴² Siehe VfGH 1. 5. 2015, UA6/2015 ua: „Art 53 Abs 3 B-VG bezieht sich auf „alle Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper“. Die Informationspflicht gegenüber dem Untersuchungsausschuss erfasst jedenfalls auch Organe von Rechtsträgern, die aus der staatlichen Verwaltungsorganisation ausgegliedert sind, wenn diese hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.“

³⁴³ *Stolzlechner/Bezemek*, Öffentliches Recht⁸ Rz 121.

Ebenso machen die privatrechtlichen Vergaben von Förderungen und beispielsweise die Einstellung von Vertragsbediensteten oder der Erwerb von Verwaltungssachen, sohin die „Verwaltung der Verwaltung“, den Großteil der Ausgaben der öffentlichen Hand aus. Dabei bedient sich die Verwaltung privatwirtschaftlicher Mittel. Zu denken ist hierbei etwa an Kaufverträge, Mietverträge oder Dienstverträge. Diese Beispiele haben schon früh dazu geführt, dass die Unterscheidung von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung jedenfalls auf die Formen des Verwaltungshandelns, also welcher Möglichkeiten man sich bedient, abstellt. Somit ist primär für die Unterscheidung ausschlaggebend, welche rechtstechnischen Mittel der Gesetzgeber vorgesehen hat. Dabei werden die Fragen zu stellen sein, ob eine gesetzliche Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln vorliegt und ob von dieser gegenständlich auch Gebrauch gemacht wurde. Nach dem klassisch verwaltungsrechtlichen Konzept der Hoheitsverwaltung wird Hoheitsverwaltung durch Gesetz konstituiert. Ist hingegen eine konstitutive Begründung von Hoheitsverwaltung zu verneinen, liegt folglich kein hoheitliches Verwaltungshandeln vor. Als Beispiel ist § 3 Abs 1 IEF-Service-GmbH-Gesetz (IEFG)³⁴⁴ zu nennen, der bestimmt: *„Die Aufgabenbesorgung hat in den vom Gesetz bestimmten Fällen hoheitlich, sonst in den Formen des Privatrechts zu erfolgen“*. Dass im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen ist, resultiert aus dem Erkenntnis des OGH³⁴⁵, demzufolge die Vermittlung Arbeitssuchender durch das AMS nicht im hoheitlichen Bereich angesiedelt ist.³⁴⁶

B.2. Die Theorien

Als Abgrenzungsmethoden haben sich in den vielen Jahren drei vorherrschende Theorien aufgrund des Diskurses³⁴⁷ zur Abgrenzungsproblematik entwickelt. Die Interessentheorie, die Subordinationstheorie und die Subjektionstheorie. Laut der Interessentheorie ist die Frage, ob ein öffentliches oder ein privates Interesse verfolgt wird, ausschlaggebend. Nach der Subordinationstheorie³⁴⁸ ist darauf abzustellen, ob in einem Rechtsverhältnis Gleichordnung bzw/oder Über- und Unterordnung vorherrscht. Hingegen stellt die Subjektstheorie³⁴⁹ darauf ab, ob die Beteiligten als staatliche oder bürgerliche Rechtssubjekte agieren.³⁵⁰ Jede dieser

³⁴⁴ BGBl I 2001/88 idF BGBl I 2021/218.

³⁴⁵ OGH 30. 1. 2001, 1 Ob 257/00a.

³⁴⁶ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 694 ff.

³⁴⁷ Domcke, Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht (1945) 28 ff.

³⁴⁸ Anm: Die Subordinationstheorie wird auch unter den Namen Subjektions-, Unterwerfungs-, Mehrwerttheorie angeführt.

³⁴⁹ Auch Zuordnungstheorie genannt.

³⁵⁰ Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 112 ff; Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 6; Stolzlechner/Bezdek, Öffentliches Recht⁸ Rz 123 ff.

Theorien weist allerdings Defizite auf³⁵¹. Die Interessentheorie übersieht, dass öffentliche und private Interessen jedenfalls gleich gewichtig sein können und wird hierbei die Frage oftmals nicht eindeutig zu bestimmen sein, ob das ausgewiesene Interesse öffentlich oder doch privat ist. Die Subordinationstheorie stellt auf Über-/Unterordnung und Gleichordnung ab. Sie erkennt dabei, dass diese Ordnungen sowohl auf das öffentliche als auch das private Recht zutreffen und dabei nicht eindeutig zuzuordnen sind. Zu denken hierbei etwa, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht auf der gleichen Ebene zuzuordnen sind und können demgegenüber Gebietskörperschaften, wenn sie Gliedstaatsverträge abschließen, auf der Ebene der Gleichordnung handeln. Auch die Subjektstheorie übersieht, dass staatliche und bürgerliche Subjekte in beiden Bereichen auftreten, wenn zB Beliehene als natürliche und private Personen des Privatrechts ihren Anteil am Vollzug von öffentlichem Recht haben.³⁵² Aufgrund der aufgezeigten Schwächen konnten sich Lehre und Theorie nicht auf die „eine“ Theorie einigen, sodass in Zusammenschau der Theorien sich folgendes Leitbild durchgesetzt hat:

*„Öffentliches Recht liegt vor, sobald ein Rechtssubjekt auftritt, das insofern höherwertig und übergeordnet ist, als es Hoheitsakte setzen kann; sobald also mindestens ein Subjekt beteiligt ist, das „als Hoheitsträger“ tätig wird. Privatrecht liegt vor, wenn das nicht der Fall ist“.*³⁵³

Jedenfalls kann aufgrund dieses Leitbildes zusammengefasst werden, dass es bei der schlichten Hoheitsverwaltung, deren Vorliegen eine Voraussetzung zur Erhebung der Verhaltensbeschwerde darstellt, zumindest ein Subjekt hoheitlich handelt und ist die schlichte Hoheitsverwaltung dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Kurzum hat sich zur Abgrenzung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung in Lehre und Rechtsprechung ein gemeinsamer Kern entwickelt, der auf die jeweilige Handlungsform der Verwaltung abstellt. Wird anhand der Handlungsform keine eindeutige Lösung gefunden, wird auf inhaltliche Kriterien, wie etwa die verfolgte Aufgabe, den Zweck und die Interessen, abgestellt. In Zusammenschau ist in Österreich noch immer der klassische Typenzwang für den Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren vorherrschend.³⁵⁴ Für die Zuordnung von schlicht staatlichen Verwaltungshandlungen als Hoheitsverwaltung oder doch die privatwirtschaftliche Zuordnung haben sich Kriterien herauskristallisiert, die sich weitestgehend an einem

³⁵¹ Siehe ausführlicher zu den Theorien Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 40 ff.

³⁵² Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁵ (2018) Rz 14 ff; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht 80 ff; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 121 ff.

³⁵³ Ballon in Fasching (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen Band I² (2000) § 1 JN Rz 64.

³⁵⁴ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 561 ff.

Naheverhältnis des Aktes zur staatlichen Zwangsordnung, der Frage im Rahmen welcher Organisation gehandelt wurde, oder ob das Handeln durch äußere Merkmale (zu denken hierbei an das Vorzeigen einer Dienstmarke etc) gesetzt wurde. Sollte eine Zuordnung nach den äußeren Merkmalen scheitern, wird nach inhaltlichen Kriterien beurteilt und zuletzt nach Zweckkriterien.³⁵⁵

a) Die (umstrittene) Zweifelsregel

Wie dargestellt, ist die Zuordnung von Verwaltungshandeln nicht immer eindeutig und sollte eine Abgrenzung nach den aufgezeigten Theorien bzw Merkmalen nicht möglich sein, ist jene umstrittene Regel anzuwenden, nach der im Zweifel von Privatwirtschaftsverwaltung auszugehen ist (sog „Zweifelsregel“).³⁵⁶

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seiner älteren Rechtsprechung zur Genüge mit dem Thema der Abgrenzungsfrage der Hoheitsverwaltung mit der Privatwirtschaftsverwaltung beschäftigt und kam zu dem – einfachen, aber nicht immer bestechenden - Entschluss, dass es für die Abgrenzung des Gebiets der Privatwirtschaftsverwaltung von der Hoheitsverwaltung nicht auf die Motive oder den Zweck der Verwaltungstätigkeit ankommt, sondern welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Wahrnehmung der Aufgaben bereithält.³⁵⁷ Der Verfassungsgerichtshof hat hierzu das Argument der Rechtsformgebundenheit als ausschlaggebendes Argument dieser Unterscheidung angesehen. Aus Rechtsschutzgründen hat der Gesetzgeber hoheitliches Handeln in Form von eines „*vertypten Verwaltungsaktes*“ vorzusehen. Nicht die Motive, Zwecke oder Wirkung, sondern die äußere Rechtsform staatlichen Handelns selbst ist das entscheidende Merkmal. Und sollten diese nicht eindeutig bestimmbar sein, ist im Zweifelsfall von dem Vorliegen der Privatwirtschaftsverwaltung auszugehen.³⁵⁸ Das Handeln der Verwaltung ist privatrechtlich einzuordnen, wenn es gesetzlich nicht hinreichend klar in der Form von Bescheiden oder als verfahrensfreier Verwaltungsakt einzuordnen ist, gilt so die „Zweifelsregel“³⁵⁹ des Verfassungsgerichtshofes.³⁶⁰

³⁵⁵ Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten 31 ff.

³⁵⁶ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 696; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 113f; Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 195 ff; Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 17 B-VG II.3; Stolzlechner, Einführung in das öffentliche Recht⁵ 346; Mader in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Band 11⁵ (2022) § 1 AHG Rz 26; vgl OGH 30. 1. 2001, 1 Ob 257/00a; VfGH VfSlg 5355; VfSlg 7078; OGH SZ 66/84; SZ 66/169; zu Recht kritisiert von der Literatur, vgl Öhlinger in Aicher (Hrsg), die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 122, 127 mwN.

³⁵⁷ Holoubek/Kristoferitsch, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, ecolex 2017, 595.

³⁵⁸ VfGH Slg 3262/1957; siehe hierzu auch VfSlg 5355/1966: „Im Zweifel gilt, daß die Behörde nicht Trägerin des Imperiums ist, sondern im Bereiche der Privatwirtschaftsverwaltung bleibt“.

³⁵⁹ Siehe gleich dazu mehr in Kapitel III.B.1.

³⁶⁰ VfSlg 19.823/2013.

Demzufolge wird sich die Kernfrage, ob eine Aufgabe der zuständigen Verwaltungsbehörde zur Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen ist, danach richten, welcher Rechtsformen sich die Behörde bedient. Für den Fall, dass wenn der Behörde der Vollzug in einer allein dem Staat zustehenden hoheitlichen Handlungsform aufgetragen ist, liegt Hoheitsverwaltung vor. Insoweit übt die Verwaltungsbehörde „*imperium*“ aus. Für den anderen Fall liegt Privatwirtschaftsverwaltung vor, die sowohl im Bereich des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts vorkommt und ist die fällt die Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung nicht mit jener des öffentlichen und des privaten Rechts zusammen.³⁶¹

Diese Zweifelsregel resultiert sohin aus der Deutung des Legalitätsprinzips (Art 18 B-VG), demnach die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf. Durch das Gesetz wird Hoheitsverwaltung konstituiert. Fehlt es an dieser konstitutiven Begründung liegt Hoheitsverwaltung nicht vor und wird das Verwaltungshandeln auch kein Hoheitliches sein.³⁶²

Im Gegensatz zu dieser Anschauung bezieht sich der Oberste Gerichtshof dazu mehr auf die Fragen des Kontextes der Handlung als auf die gewählte Rechtsform. Sollte das vorliegende Verwaltungshandeln in einem ausreichend engen Zusammenhang mit einer Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der Hoheitsverwaltung stattfinden, zählt der Oberste Gerichtshof das nicht formgebundene und damit auch ein schlichtes Verwaltungshandeln zum Zweck allfälliger Amtshaftungsansprüche als „in Vollziehung der Gesetze“.³⁶³ Aufgrund dieser beiden Rechtsprechungen des VfGH und des OGH konnten sich bei der Einordnung des Verwaltungshandelns in „*Vollziehung der Gesetze*“ im Sinne des Amtshaftungsrechtes und der Vollziehung durch „schlicht“ hoheitliche Verwaltungsakte Probleme ergeben. Dieses Verwaltungshandeln konnte nur mittels Amtshaftungsklage als sekundäres Rechtsmittel gerichtlich geltend gemacht werden, wohingegen die Überprüfung der Rechtmäßigkeit den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts verwehrt blieb.³⁶⁴ Dies sollte sich durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ändern, wurde doch mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG

³⁶¹ Vgl VwGH 26. 6. 2012, 2011/11/0005.

³⁶² B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 696; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 490.

³⁶³ So zB die Betreuung von Behinderten nach dem Oö BhG, siehe OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 19/13w; nunmehr Landesgesetz betreffend die Chancengleichheit von Menschen mit Beeinträchtigungen (Oö Chancengleichheitsgesetz – Oö ChG, LGBl 2008/41 idF LGBl 2020/82).

³⁶⁴ Siehe die bekannten Beispiele der schlichten Hoheitsverwaltung in der Rsp des OGH zur Amtshaftung ua eine gesetzlich gebotene Schulimpfung (OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v), das Halten eines Diensthundes (SZ 41/2; OGH, EvBl 1990/27), Presseaussendungen von Landesräten (OGH 19. 5. 1998, 1 Ob 140/98) oder etwa das Anbieten von Lehrveranstaltungen an Universitäten (OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 251/12m).

die Möglichkeit eröffnet, einen Rechtsschutz gegen das schlichte Verwaltungshandeln vorzusehen.³⁶⁵

Teilweise wird in der Literatur auch der Rechtsschutzgedanke als Argument erwähnt, demnach der Zivilrechtsweg einfacher zu beschreiten sei und dürfe er den Betroffenen nicht vorenthalten werden.³⁶⁶ Dies entspricht jedoch nicht der Realität im Verwaltungsgerichtsverfahren, bedenkt man, dass der Weg zum Verwaltungsgericht nicht aufgrund einer Pauschalgebühr, eines Anwaltszwanges oder übertriebenem Formalismus den Parteien verwehrt wird, ist doch gerade der Grundgedanke der Verwaltungsgerichte als Gerichte für die Belange eines Jedermanns manifestiert.

b) Abkehr von der Zweifelsregel

Nunmehr ist unter Berufung auf die herrschende Judikatur ein Abwenden von dieser Zweifelsregel zu beobachten. So hat etwa der OGH den Hoheitsbegriff sehr weit gezogen, sodass für den Bereich des AHG jedes Verhalten der öffentlichen Verwaltung „im Zweifel“ als hoheitlich gelten würde, wenn nicht belegt werden kann, dass es im „*Erwerbs- und Gewinnstreben*“ der staatlichen Verwaltung gründet. Als prominente Beispiele eines hoheitlichen Kernbereichs und daher der Hoheitsverwaltung zugeschrieben bzw mangels Gewinnorientierung sind hierbei das Halten eines Polizeihundes³⁶⁷ oder die Herausgabe einer Bauernscheune³⁶⁸ als Quartier für Soldaten zu nennen.

Aufgrund des in vielfach unter Kritik geratenen „Polizeihund-Falls“³⁶⁹, nach dessen Tenor Hunde im Einzelfall als Waffen im Sinne des Waffengebrauchsgesetzes anzusehen sind, stelle das Halten dieser Hunde nach der Rechtsanschauung des OGH kein „*Erwerbs- oder Gewinnstreben*“ der öffentlichen Hand dar, weil es zu hoheitlichen Zwecken erfolge. Zur Lösung der Frage, ob eine Verwaltungstätigkeit dem einem oder dem anderen Bereich zugerechnet werden kann, wird der sichtbar in Erscheinung tretenden Zielsetzung der jeweiligen Verwaltungsmaßnahme die maßgebliche Bedeutung zukommen.³⁷⁰

³⁶⁵ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 15.

³⁶⁶ So die nicht populäre Ansicht von Ballon in *Fasching* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen Band 1² § 1 JN Rz 64; und auch nach B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 707 ff, ist das Rechtsschutzargument jedenfalls nicht zu verachten, geht es hierbei ja um die Geltendmachung materieller Ansprüche und nicht um die Frage, welche Form von Verwaltungshandeln angewandt wurde.

³⁶⁷ Vgl OGH 10. 1. 1968, 1 Ob 292/67.

³⁶⁸ OGH 25. 6. 2002, 1 Ob 129/02f.

³⁶⁹ OGH 10. 1. 1968, 1 Ob 292/67; SZ 41/2 = EvBl 1968/322 S 519.

³⁷⁰ ÖBl 1967, 151; OGH 10. 6. 1975, 4 Ob 319/75.

Die neuere Rechtsprechung versucht mit einer differenzierten Betrachtungsweise eine spezifische Zuordnung zu treffen. So sind die Repräsentationspflichten eines Botschafters³⁷¹ als Hoheitsverwaltung zu werten. Eine Empfehlung des Obersten Sanitätsrates macht die (freiwillige) Schulimpfung³⁷² nicht zur Hoheitsverwaltung und wird das Interview eines Landeshauptmannes zur Privatwirtschaftsverwaltung gezählt³⁷³. Die neuere Rechtsprechung vertritt die Ansicht, dass das Fehlen einer (ausdrücklichen) gesetzlichen Grundlage für das Vorliegen von Privatwirtschaftsverwaltung sprechen und würden jene Fälle, in denen dem Betroffenen Abwehransprüche verwehrt würden³⁷⁴, dem Anwendungsbereich der Amtshaftung zuwiderlaufen^{375 376}.

Bei der gesetzlich gebotenen Schulimpfung³⁷⁷, beim Halten des Diensthundes³⁷⁸, dem Anbieten von Lehrveranstaltungen auf der Universität³⁷⁹ oder bei den Presseaussendungen von Landesräten³⁸⁰ handelt es sich um bekannte Beispiele schlichter Hoheitsverwaltung, bei denen sich die Ausgangsvoraussetzungen mit Einführung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nunmehr geändert haben. Dadurch erfuhr das Handeln in Vollziehung der Gesetze vor den Verwaltungsgerichten und den ordentlichen Gerichten wieder eine einheitliche Bedeutung und wurde eine Grundlage geschaffen, auch sogenanntes „niederschwelliges“ Verwaltungshandeln sowohl im Hinblick auf das Amtshaftungsrecht als auch das öffentlich-rechtliche Rechtsschutzsystem einzugliedern.³⁸¹

Jedenfalls bleibt – trotz der Vielzahl der Unterscheidungskriterien, Rechtsprechungen und der Zweifelsregel - in der Theorie festzuhalten: Die Unterscheidung zwischen Privatwirtschaftsverwaltung und Hoheitsverwaltung bezieht sich auf eine formale Unterscheidung, welche an die angewandte Rechtssatzform anknüpft, sohin an das außenwirksame, rechtserhebliche Verwaltungshandeln und somit rein auf die nach „außen“ gerichtete Verwaltungstätigkeit. Es bleibt folglich das rechtserhebliche außenwirksame Verwaltungshandeln maßgeblich. Auf interne Verwaltungsvorgänge, wie beispielsweise die interne Willensbildung innerhalb der Verwaltung, kommt es bei dieser Unterscheidung gerade

³⁷¹ OGH 17. 2. 1982, 1 Ob 49/81.

³⁷² OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v.

³⁷³ OGH 23. 2. 2011, 1 Ob 208/10k; jedoch anders für die Volksanwaltschaft OGH 16. 4. 2004, 1 Ob 38/04a.

³⁷⁴ Zu denken hierbei an Unterlassungsansprüche, die es gegen Hoheitsakte nicht gibt.

³⁷⁵ OGH 27. 10. 1999, 1 Ob 117/99h.

³⁷⁶ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 707 ff; Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 23 ff.

³⁷⁷ OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v.

³⁷⁸ OGH 10. 1. 1968, 1 Ob 292/67; aA Schragel, AHG³ (2003) § 1 Rz 115.

³⁷⁹ OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 251/12m.

³⁸⁰ OGH 19. 5. 1998, 1 Ob 140/98.

³⁸¹ Holoubek/Kristoferitsch, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, ecolex 2017, 595.

nicht an.³⁸² Erst der Kontext, in dem diese Handlungen gesetzt werden, ist für die Zuordnung ausschlaggebend, nicht das Handeln als solches. Mit dem Abstellen auf diese Betrachtungsweise wird es auch möglich sein, ein „Nicht-Handeln“ als hoheitliches Unterlassen einzustufen^{383, 384}.

Folglich wird künftig auch die Überlegung gerechtfertigt sein, ob der Gesetzgeber mit dem Einzug der Verhaltensbeschwerde in die Bundesverfassung eine Abkehr von der Zweifelsregel und eine Stärkung des Rechtsschutzes mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG eröffnen wollte. Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG kann also auch als eine Erweiterung der dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Instrumente gesehen werden und hat der Gesetzgeber grundsätzlich die Wahlfreiheit zwischen hoheitlicher, schlicht hoheitlicher und privatwirtschaftlicher³⁸⁵ Vollziehung.³⁸⁶

B.3. „Die Qual der Wahl“ – Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung

Grundsätzlich steht es dem Staat frei, welcher Mittel – also privatwirtschaftlich oder hoheitlich – er sich zur Erreichung seiner Ziele bedient, jedoch hat er dabei verfassungsrechtliche Bindungen zu beachten und ist hierbei die Gesetzgebung getrennt von der Verwaltung zu betrachten.

Im Hinblick auf die Gesetzgebung darf an dieser Stelle die Frage in den Raum gestellt werden, inwieweit der Gesetzgeber eine Agenda der hoheitlichen oder nichthoheitlichen Vollziehung zuordnen muss bzw kann. Dabei geht die Lehre überwiegend von einer Wahlfreiheit des Gesetzgebers³⁸⁷ aus und werden Grenzen für jene Angelegenheiten gezogen, wo es sich um eine eingreifende Verwaltung (wie bspw bei direkter Wirtschaftslenkung) handelt. Für Angelegenheiten der Eingriffsverwaltung hat der Gesetzgeber hoheitliche Maßnahmen vorzusehen. Soin dürfen auf staatliche Zwangsmaßnahmen beruhende einseitige Rechtsgestaltungen nicht in den Formen des Privatrechts gesetzt werden, würde doch andernfalls von einem Rechtsformmissbrauch und der Flucht des Staates auf dem öffentlichen Recht in das Privatrecht auszugehen sein³⁸⁸. Dabei steht der Gedanke im Vordergrund, dass

³⁸² *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 15.

³⁸³ Siehe später im Kapitel „Das Unterlassen“ IV.B.2.

³⁸⁴ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 701.

³⁸⁵ Siehe gleich das folgende Kapitel.

³⁸⁶ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 135.

³⁸⁷ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 239 ff.

³⁸⁸ Nach der Judikatur ist ein Handeln ohne gesetzliche Grundlage im Zweifel als privatrechtlich anzusehen; VfSlg 3262/1957; so auch OGH 6. 6. 2013, 6 Ob 163/12g.

Normunterworfenen bei Maßnahmen, die die Intensität einer Eingriffsverwaltung erreichen, das verfassungsrechtlich vorgesehene Rechtsschutzsystem jedenfalls zugute kommen soll. Dabei wird unter dem Begriff der Eingriffsverwaltung jener Teil der Verwaltung zu verstanden, bei dem die staatlichen Verwaltungsbehörden durch Ge- und Verbote die Freiheiten Einzelner beschränken können und ist die Eingriffsverwaltung stets als hoheitliche Verwaltung eingeordnet. Gegebenenfalls kann die Eingriffsverwaltung auch mit Zwang (*imperium*) durchgesetzt werden und ist sie vorwiegend auf die Gefahrenabwehr ausgerichtet.³⁸⁹

a) Hoheitsverwaltung

Die Frage nach der hoheitlichen Ermächtigung ist für jene Fälle leicht zu beantworten, in denen der Gesetzgeber ausdrücklich anordnet, dass beispielsweise mit Bescheid vorzugehen ist. Zu denken etwa über Anträge auf Stipendien³⁹⁰, über die mit Bescheid entschieden wird. Per definitionem ist der Bescheid ein klassischer Hoheitsakt und wird in dieser Bescheidermächtigung sogleich eine Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln zu erkennen sein. Der Begriff des „Bescheides“ muss nicht im Gesetz ausdrücklich angeordnet sein, es wird als ausreichend angesehen, wenn eine einseitige Anordnungs- und Entscheidungsbefugnis zum Ausdruck kommt. Dies kann durch Formulierungen wie bspw. „*entscheidet*“, „*verfügt*“, „*ordnet an*“, „*bestimmt*“ oder „*setzt fest*“ zum Ausdruck kommen. Sohin sind als förmliche Ermächtigungen zu hoheitlichem Handeln, also Ermächtigungen zur Setzung bzw. Erlassung von Bescheiden, Verordnungen, AuvBZ zu nennen. Auch Weisungen gelten als klassische Hoheitsakte, die zum Innenbereich der Verwaltung zählen und sind diese als Anordnungen, die von einem Vorgesetzten an unterstellte Organwalter ergehen, zu verstehen. Dabei richtet sich die Weisungsbefugnis als Teil der Leistungsgewalt gerade nicht nach außen. Auch Vollstreckungsakte werden zu den hoheitlichen Verwaltungsakten gezählt, jedoch hat ihnen ein bestehender oder zumindest bevorstehender Vollstreckungstitel voranzugehen.³⁹¹

b) Privatwirtschaftsverwaltung

Tritt der Staat als Träger von Privatrechten in Erscheinung wird er als „Fiskus“ bezeichnet. Unter dem Begriff „Fiskus“ wird sohin der nicht hoheitlich handelnde Staat bezeichnet. Ein selbstständiges Rechtssubjekt neben dem hoheitlich handelnden Staat ist der Fiskus freilich nicht, sondern wird der Staat selbst als Träger privatrechtlicher Berechtigungen und

³⁸⁹ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz, 12, 349 ff.

³⁹⁰ Siehe etwa § 7 Abs 2 Z 5 der Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft über die Vergabe von Studienabschluss-Stipendien, BGBl II 2017/99.

³⁹¹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 697 ff.

Verpflichtungen verstanden.³⁹² Bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates wird klassischerweise zwischen der leistenden Verwaltung, der lenkenden Verwaltung und der Bedarfsverwaltung (Fiskalverwaltung im engeren Sinn) unterschieden. Unter den Begriff der Fiskalverwaltung³⁹³ fallen die Bedarfsdeckungsverwaltung, die Vermögensverwaltung³⁹⁴ und die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates³⁹⁵. Bei der Bedarfsdeckungsverwaltung handelt es sich um die Aufbringung der für die Verwaltungstätigkeit notwendigen Sachmittel sowie um die Zurverfügungstellung personeller Ressourcen (zu denken etwa an Dienst- oder Werkverträge). Folglich geht es hierbei um den Bereich der administrativen Hilfsgeschäfte. Unter dem Begriff der Vermögensverwaltung werde alle Agenden des Verwaltungshandelns verstanden, bei denen der Staat danach strebt, eigenes Vermögen zu erwerben oder vorhandenes Vermögen zu erhalten. Unter die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit werden jene staatlichen Tätigkeiten gezählt, die durch Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr auf Einnahmen abzielen.³⁹⁶

Wie bereits dargelegt, manifestiert sich die Verwaltung in unterschiedlichsten Erscheinungsformen, sodass allgemeine Beschreibungen keine verlässliche Trennlinie zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln ziehen können. Sie bieten jedoch einen hilfreichen Überblick über die Vielzahl der Verwaltungsakte und die unterschiedlichen Verwaltungsstrukturen.³⁹⁷ Was die Hoheitsverwaltung und die Privatwirtschaftsverwaltung trotz ihrer Unterschiede jedoch unmissverständlich verbindet, ist ihre Zugehörigkeit zur staatlichen Verwaltung.³⁹⁸

C. Die schlichte Hoheitsverwaltung

Nach erfolgreicher Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung ist im Bereich der Hoheitsverwaltung weiters zu differenzieren, ob das vorliegende Verwaltungshandeln als typengebundene oder typenfreie („schlichte“) Hoheitsverwaltung zu qualifizieren ist. Dabei ist zu klären, ob es sich um formelle oder informelle Hoheitsverwaltung, faktische oder normative Hoheitsverwaltung sowie schlichte oder obrigkeitliche Hoheitsverwaltung handelt.

³⁹² *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht 11.

³⁹³ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung Rz 34.

³⁹⁴ Siehe auch OGH 27. 2. 2017, 1 Ob 201/16i, JusGuide 2017/17/15729 (OGH).

³⁹⁵ *Fürst/Takacs*, Privatwirtschaftsverwaltung allgemein (Stand 14. 8. 2025, Lexis Briefings in lexis360.at).

³⁹⁶ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 40 ff.

³⁹⁷ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht 2.

³⁹⁸ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 14.

Die schlichte Hoheitsverwaltung – die nicht obrigkeitliche öffentliche Verwaltung³⁹⁹. Sie stellt als typenfreie Hoheitsverwaltung das Pendant zur typengebundenen Hoheitsverwaltung, die in den verfassungsgesetzlich vorgesehenen Formen besteht, dar. Zu denken ist bei der typengebundenen Verwaltung an den Bescheid (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG⁴⁰⁰), Befehl und Zwang (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG⁴⁰¹), Verordnungen (Art 139 B-VG⁴⁰²) und Weisungen (Art 20 B-VG⁴⁰³)⁴⁰⁴. Dem Terminus der schlichten Hoheitsverwaltung wird das restliche Verwaltungshandeln zugeschrieben, das außerhalb dieser bekannten Schemata ergeht.⁴⁰⁵ Darunter fallen somit alle Staatshandlungen, die von einem staatlichen Organwalter⁴⁰⁶ gesetzt werden und dem Staat zugerechnet werden müssen, die jedoch gerade nicht im Erlass von Rechtsnormen bestehen.⁴⁰⁷

Folglich stellt das schlichte Verwaltungshandeln eine Unterkategorie⁴⁰⁸ zum bereits aufgezeigten hoheitlichen Verwaltungshandeln einer Verwaltungsbehörde im klassischen Sinn dar, das – obwohl zum Bereich der Hoheitsverwaltung zählend – dadurch charakterisiert wird, dass im konkreten Fall gerade kein Hoheitsakt in den klassischen Handlungsformen der Verwaltung gesetzt wird.⁴⁰⁹ Das Imperium wird in zurückhaltender Weise ausgeübt, es kommt also nicht sofort zur Anwendung der an sich zu Verfügung stehenden Befehls- und Zwangsgewalt.⁴¹⁰

Insofern spricht man von informeller, typenfreier oder schlichter Hoheitsverwaltung. Da diese Kategorie des Verwaltungshandelns in den Gesetzen nicht erwähnt wurde, blieb deren Existenz in der Literatur zunächst teilweise strittig⁴¹¹.⁴¹² *Adolf Julius Merkl* hielt hinsichtlich der

³⁹⁹ *Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 20 ff.

⁴⁰⁰ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

⁴⁰¹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

⁴⁰² BGBl 1930/1 idF BGBl I 2013/114.

⁴⁰³ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2022/141.

⁴⁰⁴ Siehe bereits zuvor im Kapitel III.A.2. Rechtsformgebundene Verwaltungshandeln; *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 62.

⁴⁰⁵ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 33.

⁴⁰⁶ Zu den Organen der Verwaltung siehe *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ Rz 765; zu den Organen der Gesetzgebung eben diese Rz 187 ff, 224 ff.

⁴⁰⁷ *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten 26 ff.

⁴⁰⁸ Man kann von einer potentiell hoheitlichen Verwaltung sprechen, die durch den Einsatz von Imperium zur aktuell hoheitlichen Verwaltung werden kann. Eine sog „verschiedene Intensität“ einer Verwaltungstätigkeit; siehe *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² 24.

⁴⁰⁹ *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (20 ff).

⁴¹⁰ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² 23.

⁴¹¹ Kritisch dazu *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 20 ff: „Der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung mag also zur inhaltlichen Beschreibung eines bestimmten Bereiches der Verwaltungstätigkeit zweckmäßig sein, im Bereich der formellen Abgrenzung der Bereiche hoheitlicher und nicht hoheitlicher Verwaltung ist er aber für die österreichische Rechtsordnung nicht geeignet, als eigenständiger Zuordnungsbereich zu fungieren.“.

⁴¹² *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (20 ff).

schlichten Hoheitsverwaltung im Jahr 1927 fest, dass es sich um „*rein tatsächliche Verwaltungsakte*“, handelt, „... *die einerseits Recht vollziehen, andererseits nicht aber wiederum Recht schaffen. Dieser Mangel der rechtschöpferischen Natur hat sie in den Schein von rechtlich irrelevanten Akten gebracht.*“⁴¹³ Entgegen dieser Auffassung ist der schlichten Hoheitsverwaltung durchaus praktische Relevanz beizumessen, weil ihr Verwaltungshandeln nicht selten erhebliche Auswirkungen entfaltet und in subjektive Rechte eingreifen kann. Zu denken ist hierbei an die wirtschaftlich katastrophalen Folgen einer behördlichen Warnung einer Verwaltungsbehörde vor einem Produkt. Die Bezeichnung „*schlicht*“ nimmt somit nur auf die Form- und Verfahrensfreiheit Bezug, jedoch nicht auf deren Rechtswirkungen. Trotz der möglichen Folgen des schlichten Verwaltungshandelns ist dieses nach wie vor weitestgehend potenziell rechtsschutzfrei, ist doch das in der Verfassung vorgesehene Rechtsschutzsystem nach wie vor nicht eingriffs- sondern formbezogen ausgestaltet. Selbst nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wird verfassungsunmittelbarer Rechtsschutz grundsätzlich nur für formelle Hoheitsakte vorgesehen. Demgegenüber wird Rechtsschutz gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung⁴¹⁴ ermöglicht. Einerseits, weil es durch einen „Bescheidumweg“ in einem bekämpfbaren Bescheid mündet oder weil eine Verhaltensbeschwerde den Weg an das Verwaltungsgericht eröffnet.⁴¹⁵

Mitunter wird auch von „hoheitlichen Realakten“ gesprochen, womit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass diese Akte im Gegensatz zu Rechtsakten gerade keinen selbständigen normativen Inhalt zum Gegenstand haben⁴¹⁶.⁴¹⁷ Somit stellen die Ermahnung eines Polizisten, eine Belehrung, eine Ermittlungstätigkeit oder auch eine Observierung die typischen Beispiele für die schlichte Hoheitsverwaltung dar⁴¹⁸.⁴¹⁹ Auch wenn die Bezeichnung „schlichte Hoheitsverwaltung“ der Tatsache nicht gerecht wird, dass die mit ihr verbundenen Rechtswirkungen keineswegs stets schlicht sind, verdient dieser Begriff dennoch den Vorzug. Er hat sich in der Rechtswissenschaft über die Jahre etabliert, während eine neu geschaffene Terminologie eher Verwirrung stiften als zur Klarheit beitragen würde.

⁴¹³ *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht 175.

⁴¹⁴ Siehe gleich in Kapitel IV.A.

⁴¹⁵ *Müller*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte, JRP 2018, 76.

⁴¹⁶ Siehe dazu im folgenden Kapitel.

⁴¹⁷ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 700.

⁴¹⁸ Siehe im Kapitel Klassische Beispiele III.C.1.

⁴¹⁹ *Stolzlechner/Bezemek*, Öffentliches Recht⁸ Rz 494.

C.1. Klassische Beispiele der schlichten Hoheitsverwaltung

Um aufzuzeigen, dass klassisches hoheitliches Verwaltungshandeln zumeist schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln implementiert und daher auf einen funktionellen-normativen Zusammenhang⁴²⁰ abzustellen ist, ist das im Schrifttum oft genannte Fallbeispiel der Arbeitsinspektion heranzuziehen, das zur Wahrung des gesetzlichen Schutzes der Arbeitnehmer berufen ist. Die Rechtsstellung der Arbeitsinspektoren ist vielfältig. Wird eine Übertretung einer dem Schutz der Arbeitnehmer dienenden Vorschrift festgestellt, hat der Arbeitsinspektor an die zuständige Verwaltungsstraßbehörde eine Anzeige zu erstatten. Sollte eine unmittelbar drohende Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Arbeitnehmer festgestellt werden, wird das Arbeitsinspektorat mit Bescheid „*die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagen oder die gänzliche oder teilweise Schließung der Betriebsstätte oder der Arbeitsstelle*“⁴²¹ anordnen. Weiters hat das Arbeitsinspektionsorgan vor der Erlassung eines Bescheides Sofortmaßnahmen an Ort und Stelle anzuordnen und deren Durchführung sicherzustellen. Für den Fall eines Widerstandes wird das Arbeitsinspektionsorgan die Unterstützung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Anspruch nehmen. Wie aufgezeigt, besteht – noch bevor das Arbeitsinspektionsorgan formell hoheitlich tätig wird – dessen Tätigkeit in der Aufforderung zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes an den Arbeitgeber. Unstrittig ist, dass diese Aufforderung des Arbeitsinspektionsorganes der Hoheitsverwaltung zugerechnet wird, aber das Imperium zurückhaltend ausgeübt wird und damit schlichte Hoheitsverwaltung darstellt.⁴²² Oftmals in der Form der anordnenden oder gebietenden Art. Jedenfalls aber immer im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung.⁴²³

Eine ähnlich gelagerte Regelung enthielt das Berggesetz⁴²⁴. Hier hatten die Bergbehörden ebenfalls in Ausübung ihres Aufsichtsrechts ua Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Notwendigkeit und den Gebrauch von Schutzvorkehrungen sowie über die Maßnahmen der Unfallverhütung und Gesundheitspflege aufzuklären. Die Bergbehörden hatten sie bei der Erfüllung der Pflichten zu unterstützen und zu beraten. In dieser vor allem auf Information gerichteten Tätigkeit der damaligen Bergbehörden wurde auch als eine typische Ausgestaltung der schlichten Hoheitsverwaltung angesehen.⁴²⁵

⁴²⁰ Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 495.

⁴²¹ Siehe § 10 Abs 3 Arbeitsinspektionsgesetz, BGBl 1993/27 idF BGBl I 2013/71.

⁴²² Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² 23.

⁴²³ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 699.

⁴²⁴ Siehe hiezu § 198 Abs 2 Berggesetz 1975, BGBl 1975/259 idF BGBl 1982/250; aufgehoben durch BGBl I 1999/38.

⁴²⁵ Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² 24.

Der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung wurde aus der deutschen Rechtswissenschaft von *Walter Antonioli* nach Österreich importiert und umfasst dieser Begriff all jenes Verwaltungshandeln, das selbst nicht normativer Art ist und sohin nicht als Rechtsakt einzustufen ist, aber mit der Hoheitsverwaltung jedenfalls Hand in Hand geht. Wie auch soeben in dem Beispiel des Arbeitsinspektors aufgezeigt. Das im Rahmen seiner Betriebsbesichtigung durchgeführte „Gehen und Schauen“ ist jedenfalls weder als Bescheid noch als AuvBZ zu qualifizieren. Nach der bereits angeführten Zweifelsregel⁴²⁶ müsste dieses Verwaltungshandeln des Arbeitsinspektors als Privatwirtschaftsverwaltung zu werten sein, was jedoch nicht logisch wäre, bedenkt man, dass dem Arbeitsinspektor jedenfalls hoheitliche Befugnisse zukommen.⁴²⁷

Die Erscheinungsformen des nicht typengebundenen Verwaltungshandelns⁴²⁸ werden ua als ein Verwaltungshandeln außerhalb der typischen Rechtssatzformen bezeichnet.⁴²⁹ Auch wenn man es nicht verneinen möchte, handelt es sich bei dem Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung gerade um keinen Gesetzestermineus, sondern wird dieser als rechtswissenschaftlicher Begriff verstanden, dessen Bedeutungen unterschiedlich verwendet werden. Demnach wird unter dem Begriff „schlicht hoheitlich“ jenes hoheitliche Organverhalten eingeordnet, das gegenüber dem Betroffenen *nicht zwangsbewehrt* ist (als Beispiele sind hierbei nach § 34 Sicherheitspolizeigesetz ein sicherheitspolizeiliches Auskunftsverhalten, die Erteilung oder Vorhaltung einer Auskunft einer Behörde oder nach §§ 42 und 48 Sicherheitspolizeigesetz, die Vorsorge zur Gefahrenminderung nach einem gefährlichen Angriff zu nennen), oder das gegenüber dem Betroffenen *zwangsbewehrt* ist, jedoch ohne der Androhung oder Anwendung von Zwang gesetzt wird (als Beispiel ist hierbei die Durchführung einer straßenpolizeilichen Verkehrskontrolle zu denken) oder das nicht in Rechte weiterer Personen eingreift (ein Beispiel bildet hierbei das behördliche Ermitteln in allgemein zugänglichen Daten, wie etwa aus Telefonbüchern).⁴³⁰

Bei den genannten Aufgaben werden die Polizeiorgane nicht hoheitlich anordnend, sondern ermittelnd, unterrichtend, belehrend oder informierend tätig. Diese mit formlosen Realakten umgesetzten Tätigkeiten von Verwaltungsorganen werden als schlichtes bzw formfreies Verwaltungshandeln bezeichnet und weil die Tätigkeiten dem Bereich der Hoheitsverwaltung

⁴²⁶ Siehe hiezu Kapitel III.B.2.

⁴²⁷ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 699.

⁴²⁸ Siehe zum Begriff der typenfreien Verwaltungsakte auch *Mörth*, Das Legalitätsprinzip : Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020) 137 ff.

⁴²⁹ *Stolzlechner/Bezemek*, Öffentliches Recht⁸ Rz 494; so auch *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁵ Rz 619.

⁴³⁰ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht² 168 ff.

zugerechnet werden, als „schlichte Hoheitsverwaltung“. Als weitere klassische Beispiele sind die Ausstellung diverser Urkunden, zu denken hierbei an einen Führerschein, Reisepass, Staatsbürgerschaftsnachweis, eine Auskunftserteilung oder die Führung des Gewerbeinformationssystems Austria (GISA) sowie die Auskunftserteilung daraus (§§ 365ff GewO) zu nennen.⁴³¹ Aufgrund der Rechtsprechung des OGH⁴³² zur Amtshaftung haben sich die gesetzlich gebotene Schulimpfung⁴³³, Presseaussendungen von Landesräten⁴³⁴, das Halten eines Diensthundes⁴³⁵ und das Anbieten von Lehrveranstaltungen an Universitäten⁴³⁶ als weitere klassische Beispiele der schlichten Hoheitsverwaltung hervorgerufen, welche auf dem Weg des Sekundärrechtsschutzes vor dem Amtshaftungsgericht in Klage gezogen wurden, denen aber der Primärrechtsweg zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns vor den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts verwehrt geblieben ist.⁴³⁷

Somit knüpften sich keine spezifischen Rechtsfolgen des öffentlichen Rechts an ein rechtswidriges Verhalten eines Verwaltungsorgans in Vollziehung der Gesetze. Lange Zeit wurde der schlichten Hoheitsverwaltung in der österreichischen Rechtsordnung bisher wenig juristische Bedeutung zugeschrieben, waren für Verstöße im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung keine spezifischen Rechtsfolgen⁴³⁸ vorgesehen.⁴³⁹

C.2. Abgrenzung: Formelle Hoheitsverwaltung⁴⁴⁰ – Schlichte Hoheitsverwaltung

Wie der Oberste Gerichtshof⁴⁴¹ bereits im Jahr 1997 zur Frage der Abgrenzung von formell-hoheitlichen Handeln zu informeller Hoheitsverwaltung (in diesem Zusammenhang gemeint: schlichter Hoheitsverwaltung) im Rahmen der Amtshaftung ausgesprochen hat, wird darauf abgestellt, ob in einem „engen inneren und äußeren Zusammenhang zur hoheitlichen Aufgabe

⁴³¹ Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 494.

⁴³² Es ist darauf hinzuweisen, dass der OGH den Begriff der „Vollziehung“ weit auslegt und somit auch solche Verhaltensweisen der Amtshaftung unterstellt, die formal der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen sind, tatsächlich aber der Umsetzung hoheitlicher Aufgaben dienen; siehe Beispiele in Muzak, B-VG⁶ Art 23 Rz 5 ff und Forster in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht Art 23 B-VG Rz 10.

⁴³³ OGH 27. 3. 2007, 1 Ob 271/06v.

⁴³⁴ OGH 19. 5. 1998, 1 Ob 140/98i.

⁴³⁵ SZ 41/2; OGH, EvBl 1990/27.

⁴³⁶ OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 251/12m.

⁴³⁷ Holoubek/Kristoferitsch, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, ecolex 2017, 596.

⁴³⁸ Eine Ausnahme bestand im Sicherheitspolizeigesetz; siehe dazu später mehr in Kapitel VI.A.1.

⁴³⁹ Melichar, Zum Problem der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1956, 430; siehe auch ÖBl 1993, 207 = OGH 13. 7. 1993, 4 Ob 82/93.

⁴⁴⁰ Um Missverständnissen vorzubeugen, ist festzuhalten, dass unter der Begrifflichkeit „Formell“ bloß die verfassungsmäßig vorgezeichneten Formen umfasst sind.

⁴⁴¹ Vgl OGH 14. 10. 1997, 1 Ob 303/97: „Ist eine Aufgabe ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur, so sind es nach ständiger Rechtsprechung auch alle mit ihrer Erfüllung verbundenen Verhaltensweisen, seien sie auch bloß vorbereitender oder sonst hoheitlicher Zielsetzungen dienender Art, wenn sie nur einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe aufweisen.“.

eines Organs“ mit einem Bereich der Hoheitsverwaltung gehandelt wurde. Jedenfalls kann festgehalten werden, dass die klassischen Formen des Verwaltungshandelns vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar sind, während die Möglichkeiten von Rechtsmitteln gegen schlichte Hoheitsverwaltung vom einfachen Gesetzgeber zu bestimmen sind.⁴⁴²

Es wurde bereits ausgeführt, dass die klassische Unterscheidung zwischen formeller und schlichter Hoheitsverwaltung nach der Wahl der eingesetzten rechtstechnischen Mittel zu keinem zufriedenstellenden Ergebnis führt, wäre doch schlicht hoheitliches Handeln sodann dem nicht hoheitlichen Bereich zuzurechnen, was letztlich schlichtweg falsch ist. Die Frage, ob schlicht hoheitliche oder nicht-hoheitliche Verwaltung vorliegt, hat im Einzelfall unter Bewertung des Umfeldes beurteilt zu werden, wenn auch demokratische und rechtsstaatlichen Gründe dafür sprechen, dass der Gesetzgeber dann, wenn er schlicht hoheitliche Handlungsformen vorsieht, gleichsam den Zugang zu öffentlich-rechtlichem Rechtsschutz auch zugestehen muss.⁴⁴³

Die Abgrenzung des schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns vom formellen Verwaltungshandeln ist dennoch aus Rechtsschutzgründen notwendig, sind daran doch Rechtsschutzmöglichkeiten für den Adressaten geknüpft. Dafür ist das Kriterium der Normativität für die Zuordnung des formellen Verwaltungshandelns essentiell, wird doch ein klares Einstellungsmerkmal der schlichten Hoheitsverwaltung jedenfalls vorweggenommen: Sie kann als individueller oder genereller Akt im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung niemals eine Norm (in Form eines normativen Inhalts) sein, sodass es letztlich auf ein Abstellen auf materielle Kriterien ankommt.⁴⁴⁴

a) Das Unterscheidungsmerkmal: Die Normativität

Vorweg: Unter einer Norm ist eine Sollensanordnung, ein Willensakt, dass jemand etwas tut oder unterlassen soll oder zu einem Verhalten ermächtigt wird, zu verstehen. Eine Norm gebietet, verbietet, ermächtigt und versagt.⁴⁴⁵

Ein normativer Inhalt ist durch eine Gestaltung der verbindlichen Feststellung der Rechtslage gekennzeichnet. Eine Betrachtung auf den objektiven Gehalt ist hierbei maßgeblich.⁴⁴⁶

⁴⁴² Lenzbauer, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (20 ff).

⁴⁴³ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 348 ff.

⁴⁴⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 699; Jellinek, Verwaltungsrecht³ 22; Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 494 ff.

⁴⁴⁵ Zeleny in Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht (2003) 385 ff.

⁴⁴⁶ VfSlg 8350/1978, 17.244/2004 ua; B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 762 ff.

Typische Beispiele für generelle Normen sind Gesetze, Staatsverträge oder auch Verordnungen. Diese generellen Normen werden aufgrund von Ermächtigungsnormen erlassen.⁴⁴⁷ Auch für die Verwaltung ist die Schaffung von Normen vorgesehen, wenn sie in Vollziehung des Gesetzes agiert.⁴⁴⁸ So kann auch eine Behörde verordnen, strafen, erlauben oder verbieten.⁴⁴⁹

Für den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung geht es folglich nur um ein nicht normatives Handeln, also Handeln, dem nicht der rechtliche Gehalt oder das rechtliche Potenzial zur Gestaltung oder verbindlichen Feststellung der Rechtslage zugeschrieben wird. Damit sind sowohl Bescheide als auch Verordnungen⁴⁵⁰ vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.⁴⁵¹ Selbiges gilt für die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Dies wird daraus geschlossen, dass nach der Judikatur, und hier insbesondere des VwGH⁴⁵², die Rechtslage in der Folge eines Befehls- oder Zwangsaktes eine andere ist, als sie vorher war. Ein solcher Akt wirkt also normativ.^{453, 454}

Sohin wird ein konstitutives Merkmal des AuvBZ in seiner rechtsgestaltenden Wirkung gesehen. Diese definierte *Bernd-Christian Funk* im Jahre 1978 folgendermaßen: „*Der VA*⁴⁵⁵ (gemeint nun: AuvBZ) *verändert die Rechtssphäre des Betroffenen. Er bewirkt eine Begründung oder Aufhebung von Rechten [...] bzw eine Feststellung in Rechten oder rechtserheblichen Tatsachen [...].*“⁴⁵⁶

Bernhard Raschauer regte an, dass alle Rechtsakte, die nachteilig in subjektive Rechte und Rechtspositionen eingreifen, die normative Wirkung zuzuerkennen sei und seien solche Akte der schlichten Hoheitsverwaltung, wie etwa staatliche Warnungen, als Rechtsnormen im weiteren Sinn zu verstehen.⁴⁵⁷ Diese Anregung muss jedoch unter der Annahme gelesen werden, dass diese vor Kenntnis des tatsächlichen Inhaltes der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 erfolgt ist. Immer wieder wurde der schlichten Hoheitsverwaltung bereits

⁴⁴⁷ *Stolzlechner/Bezemek*, Öffentliches Recht⁸ Rz 29.

⁴⁴⁸ Siehe zu den bekannten Typen des Verwaltungshandelns anstatt vieler: *Kahl/Schmid*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 340 ff; *Funk*, der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem 38 ff.

⁴⁴⁹ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 40.

⁴⁵⁰ Siehe hierzu aber Programm der Landeshauptleute Kapitel IV.E.2.b).

⁴⁵¹ *B. Raschauer* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit 268.

⁴⁵² VwSlg 18.657 A/2013.

⁴⁵³ Siehe dazu mehr im Kapitel III.C.2.b).

⁴⁵⁴ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 979, 989.

⁴⁵⁵ Anm.: VA = Verwaltungsakt.

⁴⁵⁶ *Funk*, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem 46.

⁴⁵⁷ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS *Stolzlechner* 547 (557).

nachgesagt, dass sie vereinzelt mit abgeschwächter Normativität⁴⁵⁸ ausgestattet sei, was jedoch auf Kritik stieß, bedenkt man, dass eine Norm etwas Konkretes, Anordnendes bzw Verbietendes ist, wird man sich nicht auf ein bisschen konkret, ein bisschen anordnend oder ein bisschen verbietend einstellen können.⁴⁵⁹ Treffender erscheint in diesem Zusammenhang der Begriff „*subnormativ*“.⁴⁶⁰

i. Verschriftlichungen

Die klassischen Ansprüche an einen Bescheid finden sich in § 58 AVG⁴⁶¹. Bei der Ausgestaltung von Verhaltensbeschwerden kann der Gesetzgeber jedenfalls Abgrenzungen des erfassten Verwaltungshandelns gegenüber rechtsförmlichen Bescheiden treffen. So gibt Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG einen verfassungsrechtlichen Bescheidsbegriff vor, der vom Gesetzgeber zu konkretisieren ist, zugleich jedoch nicht ausgehöhlt oder dessen Charakter unterlaufen werden darf. Die mit dem Bescheid verbundenen Wirkungen, wie etwa die Rechtskraft oder die Vollstreckbarkeit⁴⁶², haben auch Bedeutung für die verwaltungsgerichtliche Entscheidungswirkung.⁴⁶³ Ein Bescheid kann ungeachtet der allfälligen Bezeichnung auch dann vorliegen, wenn der Inhalt des hoheitlichen, individuellen Aktes konkret normativ gestaltet ist. Wie etwa durch die verwendeten Formulierungen „[...] *ergeht hiermit die Entscheidung*“, „*wird stattgegeben*“ oder „*Hiermit wird angeordnet*“. Folglich kann die Bescheidqualität eines Aktes auch aus formalen und inhaltlichen Kriterien abgeleitet werden.⁴⁶⁴

Was allerdings der Gesetzgeber als Bescheid bestimmt, ist als Bescheid hinzunehmen, mag ihm auch durch seinen Inhalt eine Norm nach dem klassischen Verständnis fehlen. Zu denken ist hierbei an den Akt der Verleihung der Staatsbürgerschaft, das als Faktum verstanden werden kann. Jemand ist Staatsbürger⁴⁶⁵. Die Verleihung der Staatsbürgerschaft wird aber erst dadurch

⁴⁵⁸ Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 115, 118.

⁴⁵⁹ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 40.

⁴⁶⁰ B. Raschauer, Subnormative Verhaltenssteuerungen, in Akyürek/Baumgartner/Janel/Lienbacher/Stolzlechner (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, Festschrift Heinz Schäffer (2006) 685 ff.

⁴⁶¹ BGBl I 1991/51.

⁴⁶² Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 472; Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 387 ff.

⁴⁶³ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht FN 10.

⁴⁶⁴ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 882.

⁴⁶⁵ Siehe VwGH 20. 11. 2020, Ra 2020/01/0239: Im Verfahren zur Verleihung der Staatsbürgerschaft gemäß § 19 Abs 1 iVm § 39 StbG sind Anträge auf Verleihung persönlich bei der (örtlich zuständigen) Landesregierung zu stellen. Das Gelöbnis nach § 21 Abs 2 StbG wird nach § 22 Abs 1 erster Satz StbG vor der nach § 39 leg cit zuständigen Behörde, also der (örtlich zuständigen) Landesregierung abgelegt (soweit der Fremde seinen

zum Recht, dass sie gemäß § 23⁴⁶⁶ und 42 StbG⁴⁶⁷ mit Bescheid verliehen und festgestellt wird.⁴⁶⁸

Hingegen verneint die Rechtsprechung das Vorliegen der Normativität bei folgenden Verschriftlichungen⁴⁶⁹: den Vorschlag der Gleichbehandlungskommission zur Verwirklichung der Gleichbehandlung mit der Aufforderung der Beendigung der Diskriminierung⁴⁷⁰; das Schreiben des Arbeitsinspektors nach § 9 Abs 1 Arbeitsinspektionsgesetz mit der Feststellung, dass Bestimmungen nicht eingehalten wurden und der gleichzeitigen Aufforderung zum unverzüglich Beginn der Mängelbehebung⁴⁷¹; die Mitteilung eines Bundesministers über die Weiterleitung eines Anbringens⁴⁷²; die Information der Grundverkehrsbehörde, dass ein Verfahren ausgesetzt wurde⁴⁷³. Ebenso ist die Normativität beispielsweise jedenfalls leicht in den Fällen von Informationsrealakten zu verneinen, wie etwa in Fällen der Observation, der Auskunft oder der Veröffentlichung.⁴⁷⁴

ii. Entscheidungen nach dem SchUG und Hochschulrecht

Nehmen wir weiters als Beispiel die Begrifflichkeit der „Entscheidungen“ im Schulunterrichtsgesetz (SchUG⁴⁷⁵), die größtenteils auf den ersten Blick alle typischen Bescheidkriterien erfüllen: Sie erfolgen im Rahmen der Hoheitsverwaltung, sind einer Verwaltungsbehörde zuzurechnen, sind individuell, ergehen im Außenverhältnis und werden schriftlich abgefasst. Schlussendlich entscheidet das Kriterium der Normativität, ob es sich um einen Bescheid oder einen Akt der schlichten Hoheitsverwaltung handelt. Die Frage nach dem normativen Charakter einer Entscheidung wird bei dem Wechsel von Schulstufen, einer Umstufung, die Versetzung in eine Parallelklasse usw jedenfalls ohne weitere Schwierigkeiten

Hauptwohnsitz im Gebiet der Republik hat und nicht die Bezirksverwaltungsbehörde gemäß § 22 Abs 1 zweiter Satz zur Entgegennahme des Gelöbnisses ermächtigt wurde). Der Bescheid über die Verleihung der Staatsbürgerschaft wird gemäß § 23 Abs 1 iVm § 39 StbG durch die jeweilige Landesregierung schriftlich erlassen. Nach § 23 Abs 2 StbG wird die Staatsbürgerschaft mit dem im Bescheid (der jeweiligen Landesregierung) angegebenen Zeitpunkt erworben.

⁴⁶⁶ BGBl 1985/311.

⁴⁶⁷ BGBl 1985/311 idF BGBl I 2009/122.

⁴⁶⁸ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 47.

⁴⁶⁹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 860.

⁴⁷⁰ VfSlg 13.699/1994.

⁴⁷¹ VwSlg 13.368 A/1991, 15.391 A/2000.

⁴⁷² VfSlg 14.152/1995.

⁴⁷³ VfSlg 13.750/1994.

⁴⁷⁴ Mit weiteren Beispielen B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 860.

⁴⁷⁵ BGBl 1986/472 idF BGBl I 2025/44.

zu bejahen sein (siehe §§ 70 Abs 1⁴⁷⁶, 71 Abs 2 SchUG⁴⁷⁷).⁴⁷⁸ Von der Lehre und der Judikatur wurden Prüfungsentscheidungen nach dem SchUG sowohl als Gutachten⁴⁷⁹ als auch Bescheide⁴⁸⁰ qualifiziert. Art I Abs 3 Z 6 EGVG wird wegweisend für die Einordnung als Gutachten, welches nicht mit Rechtsmitteln bekämpft werden kann, angesehen. Der gesetzlichen Bestimmung zufolge sind die Verwaltungsverfahrensgesetze in Ermangelung anderslautender gesetzlicher Bestimmungen nur auf das Verfahren der Prüfungszulassung, nicht aber auf die Durchführung von Prüfungen, die der Beurteilung von Kenntnissen von Personen auf bestimmten Sachgebieten dienen, anzuwenden.⁴⁸¹

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber vermehrt Rechtsschutzmöglichkeiten gegen wichtige Prüfungsentscheidungen, wie zB den Widerspruch, vorgesehen hat, der zu einer Aufhebung oder gar Nichtigerklärung der Prüfung führen kann⁴⁸², macht diese Prüfungsbeurteilung allerdings nicht automatisch zum Bescheid.⁴⁸³ Diese Beurteilungen fallen somit aus dem klassischen Raster und ist in ihnen keine normative Anordnung zu finden, sondern stellt die Beurteilung ebenfalls ein Faktum dar. Auch findet sich in einer Beurteilung keine Feststellung oder ein Gestalten von Rechten und sodass diese der schlichten Hoheitsverwaltung zuzurechnen sind.⁴⁸⁴

Im Gegensatz zu den Entscheidungen nach dem SchUG wird im Hochschulrecht nach den § 79 Abs 1 Universitätsgesetz (UG)⁴⁸⁵ und § 44 Abs 1 Hochschulgesetz 2005 (HG)⁴⁸⁶ gegen Prüfungsentscheidungen ein besonderer Rechtsschutz vorbestimmt. Gegen negative

⁴⁷⁶ BGBl 1986/472 idF BGBl I 2024/121.

⁴⁷⁷ BGBl 1986/472 idF BGBl I 2023/140.

⁴⁷⁸ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 48.

⁴⁷⁹ Siehe hierzu Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 422; B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 874; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensgesetz¹² Rz 384; VwGH 14. 6. 1995, 93/12/0135.

⁴⁸⁰ Siehe etwa Stelzer, Rechtsprobleme von Prüfungen nach dem UniStG, in Strasser (Hrsg), Untersuchungen zum Organisations- und Studienrecht (1999) 67 FN 1.

⁴⁸¹ Vgl VwSlg 7284 A/1968, 8842 A/1975 sowie VwGH 20. 08. 2021, Ro 2020/10/0025: „Die (mündliche oder schriftliche) Verkündung eines Prüfungsergebnisses bzw. die Ausfertigung eines Prüfungszeugnisses ist nicht als Erlassung eines Bescheides, sondern als Bekanntgabe eines Gutachtens, an das in der Regel bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind, zu werten. Eine inhaltliche Überprüfung des Prüfungsergebnisses ist den Behörden bzw. VwG verwehrt; überprüft kann vielmehr nur werden, ob das Prüfungsergebnis in einer vom Gesetz - oder gemäß einer auf dem Gesetz beruhenden Vorschrift - vorgesehenen Art zustande gekommen ist (vgl VwGH 21.2.2001, 98/12/0073; VwGH 19.4.1995, 93/12/0264; VfGH 12.3.1997, B 3474/95 = VfSlg 14.789). Dieses „Gutachtensmodell“ von Prüfungen liegt auch dem Universitätsg 2002 zugrunde.“.

⁴⁸² Siehe § 71 SchUG, § 79 UG.

⁴⁸³ Perthold-Stoitzner in Perthold-Stoitzner (Hrsg), Kommentar zum Universitätsgesetz 2002 (UG)^{4.00} § 79 Rz 4 (Stand 1. 10. 2024, rdb.at); Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 422.

⁴⁸⁴ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 48; B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 874; Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 422.

⁴⁸⁵ BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2024/50.

⁴⁸⁶ BGBl I 2006/30 idF BGBl I 2021/93.

Beurteilungen wird den Studenten die Möglichkeit eingeräumt, über die Prüfungsentscheidung einen Bescheid zu erwirken⁴⁸⁷, wenn die Prüfungsentscheidung einen „schweren Mangel“ aufweist. Das Gesetz erlaubt dabei nur die Prüfungsaufhebung. Eine positive Note kann dadurch nicht erlangt werden. Dieser Zwischenschritt ist notwendig, weil Prüfungsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung gerade keinen Bescheid darstellen, sondern als Gutachten angesehen werden⁴⁸⁸.⁴⁸⁹ Weil Privatwirtschaftsverwaltung und auch ein anderer hoheitlicher Verwaltungsakt auszuschließen sind, kommt nur eine Einordnung als schlichte Hoheitsverwaltung in Frage.

iii. Gebühren

Weiters stellte sich auch bei dem Gebührenanspruch eines Zeugen vor dem UVS gemäß § 51b AVG aF⁴⁹⁰ die Frage, ob über den Gebührenanspruch mittels Bescheid entschieden wird, oder nicht, weil grundsätzlich alle Bescheidmerkmale, bis auf die Schriftlichkeit, die jedoch nicht zwingend vorgeschrieben ist, vorliegen. Die gesetzliche Bestimmung dazu lautete: *„Die Gebühr ist vom zuständigen Bediensteten der Geschäftsstelle des unabhängigen Verwaltungssenates vorläufig zu berechnen (...) Die vorläufig berechnete Gebühr ist dem Zeugen schriftlich oder mündlich bekanntzugeben“*. Bereits aus der vom Gesetzgeber vorgesehenen Formulierung „vorläufig zu berechnen“ und „bekanntzugeben“ wird die fehlende Normativität verdeutlicht und ist daraus abzuleiten, dass der Zahlungsanspruch nicht erst durch diesen Akt entsteht, sondern unmittelbar auf Gesetz beruht. Somit wird auch die Erledigung des Gebührenanspruchs als (Informations-)Akt der schlichten Hoheitsverwaltung eingeordnet.⁴⁹¹ Selbiges wird auch für die nunmehr anzuwendende Bestimmung des § 26 VwGVG⁴⁹² anzunehmen sein, weil es sich um eine Angelegenheit der Justizverwaltung handelt (im Sinne von § 20 Gebührenanspruchsgesetz⁴⁹³)⁴⁹⁴.

⁴⁸⁷ Die Verantwortung kommt dabei dem „in studienrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Organ“ (siehe § 79 Abs 1 UG, § 44 Abs 1 HG), sohin nach der Satzung der Vize-Rektor, der Studiendirektor, oder Studienpräses.

⁴⁸⁸ VwGH 14. 6. 1995, 93/12/0135; 21. 2. 2001, 98/12/0073.

⁴⁸⁹ Stelzer in Strasser (Hrsg), Untersuchungen zum Organisations- und Studienrecht 67 FN 1; Hofmann/Hauer, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kapitel 9 Rz 5ff.

⁴⁹⁰ BGBl 1991/51 aufgehoben durch BGBl I 2013/33.

⁴⁹¹ Hengstschläger/Leeb, AVG § 51b Rz 6 (Stand 1. 7. 2005, rdb.at).

⁴⁹² BGBl I 2013/33.

⁴⁹³ Siehe § 20 Gebührenanspruchsg.

⁴⁹⁴ Siehe Kohl, Grundsätzliche Fragen gebührenrechtlicher Entscheidungen der Verwaltungsgerichte (zwischen Rechtsprechung und Justizverwaltung), ZVG 2014, 319 (320 ff).

Herausfordernder gestaltet sich hingegen die Konstellation der Gebührenbestimmung durch das Verwaltungsgericht, die der Zeuge binnen zwei Wochen nach der formlosen Berechnung beantragen kann (siehe § 26 Z 2 VwGVG). Nach der Literatur ist strittig, ob die Gebührenbestimmung in diesem Fall mit Beschluss oder doch mit Bescheid vorzugehen ist.⁴⁹⁵ Lediglich die endgültige Gebührenbestimmung erfolgt jedenfalls mittels Rechtsakt, einem Akt der Justizverwaltung.⁴⁹⁶ Letztlich wird aber darauf der Fokus zur Abgrenzung darauf zu richten sein, ob mit einem Schriftstück der Wille oder das Wissen einer Behörde zum Ausdruck kommt, ob ein Tun oder Unterlassen angeordnet wird, oder es sich um eine Empfehlung handelt, ob es sich um eine Belehrung handelt oder doch angeschafft wird. Gleichzeitig wird aber die Normativität von der Rechtsprechung bei einem Schreiben des Arbeitsinspektorates nach § 9 Abs 1 Arbeitsinspektionsgesetz⁴⁹⁷ mit der Feststellung, dass einige Bestimmungen nicht eingehalten wurden mit der gleichzeitigen Aufforderung unverzüglich mit der Mängelbehebung zu beginnen⁴⁹⁸, ein Vorschlag durch die Gleichbehandlungskommission zur Umsetzung der Gleichbehandlung und der Aufforderung die Diskriminierung zu beenden⁴⁹⁹, eine Mitteilung eines Bundesministers über die Weiterleitung eines Anbringens⁵⁰⁰ oder die Information der Grundverkehrsbehörde, dass ein Verfahren ausgesetzt ist⁵⁰¹, verneint.⁵⁰²

iv. Rückstandsausweis

Ein Rückstandsausweis wird nach der herrschenden Ansicht nicht als Bescheid qualifiziert und auch sonst nicht als vertypter Hoheitsakt eingeordnet, obwohl dieser einen vollstreckbaren Titel beinhaltet, mit dem Geldforderungen zwangsweise eingetrieben werden können.⁵⁰³ Das äußere Erscheinungsbild des Rückstandsausweises weist aber gerade keine konkrete Zahlungsaufforderung auf, sondern wird diese erst im nachfolgenden Bescheid der Vollstreckungsbehörde angeführt. Der Rückstandsnachweis hält lediglich fest, dass eine Zahlungsschuld besteht. Zur Begleichung der Schuld wird gerade nicht aufgefordert.⁵⁰⁴

⁴⁹⁵ So zB auch *Kohl*, ZVG 2014, 319 (321 ff).

⁴⁹⁶ LVwG vom 11. 09. 2019, LVwG-AV-133/001-2019; *Eder/Martin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² (2019) § 26 VwGVG K5; *Reisner* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² VwGVG § 26 VwGVG Rz 15 ff.

⁴⁹⁷ BGBl 1993/27 idF BGBl I 2017/126.

⁴⁹⁸ VwSlg 13.368 A/1991, 15.391 A/2000.

⁴⁹⁹ VfSlg 13.699/1994.

⁵⁰⁰ VfSlg 14.152/1995

⁵⁰¹ VfSlg 13.750/1994.

⁵⁰² Siehe weitere Beispiele in *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 860 ff.

⁵⁰³ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 40.

⁵⁰⁴ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 871.

v. Verfahrensordnung

Unter Verfahrensordnungen sind Verfügungen der Behörde zu verstehen, die den Gang des Verwaltungsverfahrens regeln, ohne jedoch die Sache endgültig zu entscheiden („prozessleitende Verfügungen“)⁵⁰⁵. Sie ergehen zumeist als das Verfahren vorbereitender Natur⁵⁰⁶. Verfahrensordnungen werden nicht als Bescheid qualifiziert, obwohl diesen ein normativer Charakter nicht abzusprechen ist, enthalten sie doch zumeist eine Aufforderung Folge zu leisten (zB Ladungen, Verbesserungsauftrag) oder eine Einschränkung (zB die Verweigerung der Aktenansicht). Die Begründung findet sich im Verfahrensrecht und wird eine strenge Trennung von Verfahrensordnung und Bescheid gezogen, wird doch ein Rechtsmittel gegen eine Verfahrensordnung ausdrücklich ausgeschlossen^{507, 508}. Die den Gang des Verfahrens regelnde Verfahrensordnungen werden von der Rechtskraft die Sache erledigenden Bescheides mitumfasst, mit der Folge, dass falls der Bescheid außer Kraft tritt, kann auch die Verfahrensordnung keine Rechtswirkungen mehr entfalten^{509, 510}. Davon zu unterscheiden sind verfahrensrechtliche Bescheide (der Ladungsbescheid gemäß § 19 Abs 3 AVG⁵¹¹, die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 70 Abs 1 AVG⁵¹², die Wiedereinsetzung § 72 AVG⁵¹³), die einem Rechtsmittel zugänglich sind.⁵¹⁴

Diese Verfahrensordnungen im Kontext eines Bescheidverfahrens reihen sich in die möglichen Verhaltensformen von Verwaltungsbehörden mit ein⁵¹⁵, die taugliche Anwendungsfälle von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG darstellen können. Eine Verfahrensordnung, wie etwa die An- oder Abberaumung einer mündlichen Verhandlung, kann prinzipiell nur die Parteien des Verfahrens in ihren Rechten berühren, weil beispielsweise die Verhandlung so kurzfristig anberaumt wurde, dass es den Parteien nicht möglich war an der Verhandlung teilzunehmen. In diesem Zusammenhang erscheint es sachlich gerechtfertigt, dass eine

⁵⁰⁵ VwGH 18. 12. 2003, 2002/06/0110.

⁵⁰⁶ Im Unterschied dazu regeln verfahrensrechtliche Bescheide Verhältnisse abschließend.

⁵⁰⁷ Siehe § 63 Abs 2 AVG, § 7 Abs 1 VwGVG.

⁵⁰⁸ *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 63 Rz 48 ff (Stand 1. 7. 2007, rdb.at); *Kahl/Schmid*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 411; VwSlg 16.680 A/2005.

⁵⁰⁹ VwSlg 16.935 A/2006.

⁵¹⁰ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 389 ff.

⁵¹¹ BGBl 1991/51 idF BGB I 2013/33.

⁵¹² BGBl 1991/51 idF BGB I 2013/33.

⁵¹³ BGBl 1991/51 idF BGB I 2013/33.

⁵¹⁴ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 873.

⁵¹⁵ Diese sind grundsätzlich mittelbar anfechtbar; siehe dazu *Leeb in Hengstschläger/Leeb*, AVG § 31 VwGVG Rz 9 (Stand 15.2.2017, rdb.at).

selbständige Anfechtung dieser Verfahrensordnung ausgeschlossen ist und ein die betroffene Partei ihr diesbezügliches Vorbringen in der Beschwerde gegen den Bescheid erstatten kann.

Auch wird die Aufforderung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes gemäß § 360 GewO⁵¹⁶ vom Gesetzgeber als Verfahrensordnung bezeichnet, obwohl grundsätzlich gerade im Zeitpunkt der Erlassung einer Anordnung ein Verfahren, auf das die Anordnung als Verfahrensordnung zur Anwendung gelangen würde, noch nicht anhängig ist. Durch diese Formulierung hatte der Gesetzgeber die Intention, dass es sich bei der Aufforderung nicht um einen selbständigen Bescheid oder einen anfechtbaren Befehls- oder Zwangsakt handelt⁵¹⁷. Rechtsschutz soll letztlich nur gegen den zu erlassenden Bescheid möglich sein. Bedenkt man, dass die „Einstellung des gesamten Betriebes“ einen zulässigen Inhalt dieser Verfahrensordnung darstellen kann, wird verdeutlicht, dass eine Einordnung dieser Verfahrensordnungen zu Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nicht dadurch ausgeschlossen wird, weil in der selben Causa ein Bescheid erlassen werden kann, der dem System nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG unterliegt.⁵¹⁸

vi. Weisungen

Auch für den Fall von Weisungen ist im Verwaltungssinneren nicht alles als Norm zu verstehen und wird es wie beim AuvBZ⁵¹⁹ auf die Umgangsformen der zwischenmenschlichen Beziehungen ankommen. Förmlichkeiten sind überwiegend kein Bestandteil von Weisungen, zumal sie nicht als solche betitelt werden müssen, und ergeben sich dabei Fragen der Zuordnung. So kann auch ein „höfliches Ersuchen“ und „Gebetenwerden“ losgelöst von der verwendeten Formulierung als Festlegung einer Pflicht verstanden werden. Daher kann auch in einer informell gehaltenen Einladung zu einer Besprechung eine Weisung gesehen werden⁵²⁰. Auch ein Ersuchen um Übermittlung einer Stundenabrechnung und die Übergabe eines Kuverts, denn mit der Übergabe sei die Verpflichtung ausgesprochen worden, das Schriftstück anzunehmen und einen Vermerk über den Inhalt zu verfassen, wurde als Weisungen gesehen⁵²¹. Hingegen wurde in der schriftlichen Mitteilung an den Schuldirektor, dass mit diesem aufgrund einer gestörten Vertrauensbasis doch kein Sondervertrag als Direktor einer pädagogischen

⁵¹⁶ BGBl 1994/194 idF BGBl I 2013/85.

⁵¹⁷ *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung (32. Lfg 2023) Kommentierung zu § 360 Rz 7; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO³ : Gewerbeordnung 1994 in der Fassung zuletzt der GewO-Nov BGBl 2010/111 (2011) § 360 Rz 12, 13.

⁵¹⁸ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (549 ff).

⁵¹⁹ Siehe sogleich im nächsten Unterkapitel.

⁵²⁰ VwGH 18. 5. 1994, 93/09/0009.

⁵²¹ VwGH 20. 11. 2003, 2002/09/0088.

Hochschule zustanden kommen werde und er daher in seiner bisherigen Funktion bleiben werde, eine bloße Wissenserklärung und damit schlichte Hoheitsverwaltung gesehen^{522, 523}

b) Das Kriterium der Normativität des Befehls- und Zwangsaktes

Auch wenn die schlichte Hoheitsverwaltung zumeist im Vorfeld des klassischen typengebundenen Verwaltungshandelns zu finden ist, sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben, was unter einem Bescheid, Befehl und Zwang etc zu verstehen ist, eindeutig vorgezeichnet und ist – wie bereits mehrfach gelesen – im Zweifel⁵²⁴ Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen. Allerdings ergeben sich trotz dieser Vorgaben immer wieder Fälle, in denen die typischen Einordnungskriterien eines Bescheides, einer Maßnahme, einer Weisung oder einer Verordnung⁵²⁵ versagen. Zu denken ist hierbei an den für die Behörde tätigen Beamten, der im Rahmen seiner Tätigkeit den mündlichen Befehl erteilt, dass ein Passant seine weggeworfene Getränkedose ordnungsgemäß entsorgen soll. Wie in diesem Beispiel ersichtlich, stellt das Kriterium der Normativität einen tauglichen Behelf zur Abgrenzung von formellem und schlichtem Verwaltungshandeln dar.⁵²⁶

i. Die Normativität von Handlungen

Nach der Struktur des verfahrensfreien Verwaltungsaktes ist dieser inhomogen und wird bereits aufgrund der verfassungsrechtlichen Terminologie zwischen Akten der Befehlsgewalt und Akten der Zwangsgewalt unterschieden.⁵²⁷ Jedoch haben sie beides gemeinsamen: AuvBZ haben jedenfalls einen normativen Charakter⁵²⁸, dh ein Verwaltungsorgan muss einen Befehl erteilen oder Zwang ausüben, wobei die Ausübung von Befehlsgewalt von der Ausübung der Zwangsgewalt unterschieden wird.

Zur Befehlsgewalt: Einstellungsmerkmal eines Verwaltungsaktes als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt ist ein unmittelbarer Befolgungsausspruch, dass dem Befehlsempfänger deutlich eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einzusetzende physische Sanktion angedroht wird, wie zB die Festnahme oder die zwangsweise Entkleidung.⁵²⁹ Die

⁵²² Im Widerspruch zur zuvor ergangenen Judikatur: VwGH 14. 10. 2013, 2013/12/0042.

⁵²³ *Lengheimer*, Die Weisung, in FG Antonioli (1979) 213 (223 ff); *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 50.

⁵²⁴ Siehe dazu Kapitel III.B.2.b) Abkehr von der Zweifelsregel.

⁵²⁵ Siehe hierzu Kapitel III.A.2.c).

⁵²⁶ *Antonioli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² 500 ff.

⁵²⁷ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band 4² 162 ff.

⁵²⁸ *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² (2016) 15 ff.

⁵²⁹ *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 428; *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 17; *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ 978 ff.

bloße Androhung einer Strafanzeige⁵³⁰, die bloße Androhung einer Anzeige wegen Urkundenunterdrückung, sollte die Kfz-Kennzeichentafeln sowie der Kfz-Zulassungsschein nicht ausgehändigt werden⁵³¹, die bloße Aufforderung zur Durchführung eines Alkomattests⁵³² sowie die Aufforderung, eine bestimmte Straßenstelle zu verlassen, unter der Androhung einer Strafanzeige⁵³³, sind solange kein physischer Zwang angedroht oder angewendet wird, keine tauglichen Gegenstände einer Maßnahmenbeschwerde.⁵³⁴

Zur Zwangsgewalt: Die Frage der Einordnung eines Zwangsaktes wird in der Regel einfacher zu beantworten sein, weil nach der Rechtsprechung die Normativität solche Maßnahmen voraussetzt, dass Gewalt gegen Personen angewandt wird⁵³⁵. So im Falle der Abschleppung eines Pkw, die Teilnehmer eines Sitzstreiks werden in den Polizei-LKW gehoben, der gezielte Schuss aus der Dienstwaffe⁵³⁶ oder der Abnahme von Tieren^{537, 538}.

Eine Möglichkeit zur Abgrenzung besteht auch darin, den Verfassungstext von Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG strenger zu bewerten und der sprachlichen Formulierung von „Befehl und Zwang“ Bedeutung zuzuerkennen. Daher wäre ein Zwangsakt nur anzunehmen, wenn das Kriterium des Befehls und des darauffolgenden Zwangs zu bejahen sind. Die Rechtsprechung⁵³⁹ geht bereits in diese Richtung, wenn sie bei der Zulässigkeitsprüfung einer Beschwerde gegen einen Befehl darauf abstellt, ob dessen zwangsweise Umsetzung unmittelbar zu erwarten war oder nicht. Das bloße Ersuchen oder eine Abmahnung stellen folglich keine Akte unmittelbarer Befehlsgewalt dar.⁵⁴⁰

Hält man sich jedoch vor Augen, dass der Befehl oder Zwang gerade nicht unter den Begriff einer Norm fallen⁵⁴¹, ist sich die Frage zu stellen, ob faktisches Handeln dadurch zur Norm wird, wenn in subjektive Rechte eingegriffen wird. Hier ist der Literatur eindeutig zu entnehmen, dass bei Zwangsakten nicht nur einzelne Abschnitte der jeweiligen Amtshandlung, sondern der Akt als Ganzes zu bewerten ist.⁵⁴² Als Beispiel ist an dieser Stelle die

⁵³⁰ VwGH 28. 2. 1997, 96/02/0299.

⁵³¹ VfSlg 10.664/1985; Als Maßnahme iSd AuvBZ ist nur die tatsächliche Abnahme der Kennzeichentafeln oder des Zulassungsscheins bekämpfbar, siehe dazu VfSlg 8569/1979.

⁵³² VwGH 25. 3. 1992, 91/03/0253.

⁵³³ VwGH 28. 2. 1997, 96/02/0299.

⁵³⁴ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 17.

⁵³⁵ Siehe VfSlg 7346/1974.

⁵³⁶ VwGH 21. 12. 2000, 96/01/0351; 18. 11. 2010, 2006/01/0083.

⁵³⁷ VwGH 23. 2. 2001, 96/02/0497.

⁵³⁸ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 989.

⁵³⁹ VwGH 20. 12. 2016, Ra 2015/03/0048.

⁵⁴⁰ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 392.

⁵⁴¹ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 21 ff.

⁵⁴² Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² 500 ff.

erkennungsdienstliche Behandlung von festgenommenen Personen zu nennen, die nicht losgelöst von der erfolgten Festnahme zu bekämpfen ist. In der Literatur wird bei einer Amtshandlung, die sich auf die Anwendung physischen Zwangs beschränkt, automatisch Rechtswidrigkeit⁵⁴³ angenommen, weshalb eine Gewaltanwendung von Verwaltungsorganen immer nur in Zusammenschau mit der gesamten Amtshandlung, der sie hätte dienen sollen, gesehen werden kann, welche auch den Maßstab der rechtlichen Kontrolle bildet. Dies gilt sowohl für die unabsichtliche Abgabe von Schüssen als auch für eine exzessiv ausgeartete Gewaltanwendung.⁵⁴⁴

Auch eine immer wieder auftretende Frage stellt sich beim Betreten von Wohnungen oder Grundstücken von Staatsorganen. Ein schlichtes Betreten oder Befahren eines Grundstückes, etwa wenn die Polizisten bei der Suche nach Personen an der Türe zur Nachfrage anklopfen, wird nicht die Eingriffsintensität für das Vorliegen von Zwang zugesprochen⁵⁴⁵. Selbst für den Fall nicht, wenn ein „Betreten verboten“-Schild am Anfang einer Einfahrt steht⁵⁴⁶, übergangen werden, ein unversperrtes Gartentor geöffnet⁵⁴⁷ oder im Weg liegende Gegenstände beseitigt werden⁵⁴⁸. Das bloße Betreten einer Wohnung für kurze Zeit, ohne dort nach etwas zu suchen, wird nicht als Hausdurchsuchung beurteilt⁵⁴⁹. Hingegen wird sehr wohl eine Verletzung im Eigentumsrecht und damit ein Eingriff im Sinne von Zwang angenommen, wenn das Bundesheer eine Bundesheerübung auf einem Grundstück abhält, das quasi dadurch in Beschlagnahme genommen wird.⁵⁵⁰

Diverse Versuche, den Zwangsakt als Norm zu deuten, bzw diesen als Vollzug einer nicht sichtbaren Norm zu sehen, wurden abgelehnt.⁵⁵¹ Daraus folgend sind die Hausdurchsuchung, die Abnahme von unerlaubten Gegenständen oder der Schuss aus der Dienstwaffe keine Norm, sondern als Vorstufe von etwas Faktischem zu sehen.⁵⁵² *Franz Merli* Theorie der Eingriffswirkung, derzufolge *„jeder nicht bescheidförmige unmittelbare Hoheitsakt der*

⁵⁴³ Diese zweckfreie Gewaltanwendung stellt für sich genommen kein sinnvolles Behördenhandeln dar, ist aber im Zweifel der Behörde zuzurechnen und wird dadurch auch Rechtsschutz durch eine Maßnahmenbeschwerde gewährleistet; siehe hiezu in *Helm in Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 80.

⁵⁴⁴ *Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 21 ff.

⁵⁴⁵ VfSlg 12.628/1991, 8668/1979.

⁵⁴⁶ VwGH 20. 11. 2006, 2006/09/0188.

⁵⁴⁷ VfSlg 8931/1980.

⁵⁴⁸ VfSlg 8800/1980.

⁵⁴⁹ VfSlg 13.049/1992.

⁵⁵⁰ VfSlg 10.409/1985.

⁵⁵¹ *Merli*, „Normativität“ und der Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, ZfV 1993, 251 (252 ff); *Kneihls*, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004/324 (150).

⁵⁵² *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 38.

Verwaltung, der individuell und vorsätzlich in subjektive Rechte einer Person eingreift“ mittels Maßnahmenbeschwerde bekämpfbar sein sollte, stieß nicht auf Anklang, sondern offenbarte neue Probleme. So würde nach *Merli* Theorie beim Betreten eines privaten Grundstücks durch ein Verwaltungsorgan ein „vorsätzlicher Eingriff in subjektive Rechte“ vorliegen, der als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt bekämpfbar wäre.⁵⁵³ Diese Theorie widerspricht jedoch den Absichten des Verfassungsgesetzgebers, der jedenfalls nicht alle Rechtseingriffe mittels Maßnahmenbeschwerde bekämpfbar machen wollte. Diese These kann auch nach meinem Verständnis dadurch unterstrichen werden, dass durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und Einführung der Verhaltensbeschwerde gerade für jene Fälle Rechtsschutz vorgesehen werden kann, die unter der Schwelle einer Maßnahme bzw als deren Vorstufe ergehen. Daher kann die Verhaltensbeschwerde auch als Erweiterung des bestehenden Rechtsschutzbereiches gesehen werden, sie selbst schränkt den Begriff der Maßnahme aber nicht ein.⁵⁵⁴

Kritisch in diesem Zusammenhang ist jene Judikatur zu sehen, die darauf hindeutet, dass jeder Akt, auch wenn er für den Betroffenen nicht unmittelbar wahrnehmbar ist, eine Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt darstellen kann. Maßgeblich ist, dass ein Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen erfolgt ist und die Verwaltungsbehörde auch darauf abgezielt hat, in diese einzugreifen⁵⁵⁵. So wurden auch das unbemerkte Filmen bei einer Lokalkontrolle⁵⁵⁶ und das laute nächtliche polizeiliche Klopfen⁵⁵⁷ zu mittels Maßnahmenbeschwerde bekämpfbaren Zwangsakten eingestuft.⁵⁵⁸

Auch wenn die Unterscheidung zwischen Maßnahme und schlicht hoheitlichem Verwaltungshandeln für den Rechtsschutz im SPG in den Hintergrund rückt⁵⁵⁹, kann nicht geschlossen werden, dass der Verfassungsgesetzgeber alle Rechtseingriffe, die durch ein Verwaltungshandeln entstanden oder zugefügt wurden, bei den Verwaltungsgerichten bekämpfbar machen wollte. Andernfalls wären auch Verhaltensbeschwerden nach

⁵⁵³ *Merli*, Normativität, ZfV 1993, 251.

⁵⁵⁴ *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 24; *Karkulik*, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, JRP Heft 3, Band 22, August 2014, 169 – 187 (172).

⁵⁵⁵ VwGH 16. 12. 2016, Ra 2014/07/0069-5.

⁵⁵⁶ VfSlg 17.774/2006, 18.404/2008; kritisch dazu *Helm*, Maßnahmen ohne Befehl oder Zwang – eine Neuschöpfung des VfGH? UVS aktuell 2008, 148 ff.

⁵⁵⁷ VfSlg 18.302/2007.

⁵⁵⁸ *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm* (Hrsg), Die Maßnahmenbeschwerde² 25 ff.

⁵⁵⁹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 656.

Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG obsolet. Die eben angeführte Literatur⁵⁶⁰, der zufolge ein jedes Verwaltungshandeln mit Maßnahmenbeschwerde bekämpfbar sein soll, erging bereits vor der Einführung der UVS und folglich auch vor der Einführung von § 88 Abs 2 SPG, der Vorreiterin im Rechtsschutz der schlichten Hoheitsverwaltung, mit dem Tenor, dass ein in erster und letzter Instanz judizierendes Organ wie der VwGH und der VfGH die Grenzen der Wortbedeutung, und hier insbesondere des Zwangsbegriffs, wenn es notwendig ist, ignorieren können. Diese Rechtsansicht ist mittlerweile überholt, kann doch der einfache Gesetzgeber nunmehr für die Fälle, in denen die EMRK Rechtsschutz vorsieht, eine Beschwerdemöglichkeit nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG vorsehen und werden damit auch überdehnte Auslegungen des Maßnahmenbegriffs vermieden.⁵⁶¹

Wesentliches Kriterium für die Unterscheidung zwischen der schlichten Hoheitsverwaltung und einem vertypten Zwangsakt wird also ein Faktum, der Zwang, sein.⁵⁶² Wie bereits in Kapitel III.A.2.b) ausführlich dargestellt, wird unter dem Begriff der Zwangsgewalt eine starke Einwirkung von außen verstanden, die Ausübung von Kraft bzw die Androhung⁵⁶³, ein ausgeprägter körperlicher oder seelischer Druck⁵⁶⁴. Es wird eine intensive Manifestation der Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols⁵⁶⁵ zum Ausdruck gebracht. Die Verhaftung, das Zerren, der Schuss, der Schlag. Eine klare Trennlinie wird manchmal nicht leicht zu ziehen sein, weil doch auf den Einzelfall abzustellen bleibt. Allerdings hat sich ein klares Merkmal hervor getan: Das Kriterium der Unmittelbarkeit. Wenn dem Rechtsunterworfenen noch die Wahl der Entscheidung ermöglicht wird, ob er beispielsweise ein Produkt, für das eine behördliche Warnmeldung veröffentlicht wurde, dennoch erwirbt, wird jedenfalls kein Zwangsakt vorliegen, wäre ein Zwangsakt doch die Vernichtung jener Produkte, über die die Warnmeldung ergangen ist.⁵⁶⁶

ii. Die Normativität bei Unterlassung und Untätigkeit

Wie verhält es sich bei behördlichen Unterlassungen und Untätigkeiten? Diese galten lange Zeit nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht als AuvBZ⁵⁶⁷. Hingegen werden Fälle, in denen

⁵⁶⁰ Anstatt vieler; *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“ ZfV 1987,620 (625).

⁵⁶¹ *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 27.

⁵⁶² *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungs- und Verwaltungsrecht⁶ (1989) 141.

⁵⁶³ Siehe VfSlg 11.935/1988 mwN: „Die Anwendung oder Androhung von Gewalt“.

⁵⁶⁴ *Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in FS Walter 467.

⁵⁶⁵ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 989.

⁵⁶⁶ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 44.

⁵⁶⁷ Siehe zB VfSlg 9813/1983, 10.046/1984 ua.

die Untätigkeit als Unterlassung pflichtgemäßen Handelns zu qualifizieren ist, indirekt als Zwangsakt angesehen, wie beispielsweise die Verweigerung ärztlicher Hilfeleistung von angehaltenen Personen⁵⁶⁸ oder die rechtswidrige Aufrechterhaltung⁵⁶⁹ eines Freiheitsentzugs.⁵⁷⁰ Gibt es klare Unterscheidungskriterium bei Untätigkeiten bzw Unterlassungen von schlichter Hoheitsverwaltung und AuvBZ im Rahmen der Hoheitsverwaltung?

Auch hierbei wird auf das Kriterium des Zwangs abgestellt werden bzw auf die Frage, ob zu Unrecht der Zwang unterlassen wurde oder ob eine schlicht hoheitliche Tätigkeit ebenso ausreichend gewesen wäre. Hierbei gilt zu bedenken, dass es im Vorfeld schwer abzuschätzen sein wird, ob es Zwang oder doch eine schlicht hoheitliche Tätigkeit zur Abwehr bedarf, oder auch vielleicht beides.⁵⁷¹ Auch hierbei könnte ein Blick auf die verfassungsrechtliche Formulierung des Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG eine mögliche Abhilfe schaffen, wird doch in der Bestimmung gerade die „Ausübung“ und nicht die „Nichtausübung“ normiert.⁵⁷² Allerdings wird man, sollte der Eingriff mit der Normativität als Kriterium formeller Verwaltungsakte gleichgesetzt werden, auch in jeder Unterlassung, auf die den Rechtsanspruch besteht – zu denken etwa an Urkundenausstellungen – einen Rechtseingriff und folglich einen Akt unmittelbar verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt verstehen.

Allerdings darf dem Verfassungsgesetzgeber ein redaktionelles Versehen durch Unterlassen der Verwendung des Wortes des „*Ausbleibens*“ nicht unterstellt werden, wird doch gerade durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG das Unterlassen mitumfasst und beschwerdefähig gemacht.⁵⁷³ Dadurch wird auch verdeutlicht, dass der Verfassungsgesetzgeber ebenso das Unterbleiben einer Handlung für rechtsschutzfähig erklären wollte, allerdings nicht wörtlich festgehalten in der Verfassung, sondern erst durch den einfachen Gesetzgeber präzisiert. Nun wird in der Praxis durch die Rechtsprechung nicht so streng unterschieden und in bestimmten Fällen auch die Maßnahmenbeschwerde im Bereich der Unterlassung zugelassen. So wurde die Verweigerung der Rückgabe eines Kfz-Zulassungsscheins⁵⁷⁴, einer Waffe⁵⁷⁵, einer Kennzeichentafel⁵⁷⁶ oder

⁵⁶⁸ VfSlg 16.638/2002.

⁵⁶⁹ VfSlg 8146/1977.

⁵⁷⁰ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band 4² 169 ff.

⁵⁷¹ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 45.

⁵⁷² *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 67a Rz 48 (Stand 1. 7. 2007, rdb.at).

⁵⁷³ *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 24; *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolex* 2014, 763; *Raschauer* „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (552); *Wiederin* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtbarkeit erster Instanz 33.

⁵⁷⁴ VfSlg 6101/1969.

⁵⁷⁵ VfSlg 8131/1977.

⁵⁷⁶ VfSlg 8414/1978.

einer Privaturkunde⁵⁷⁷ als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt eingestuft. In diesen angeführten Beispielen werden gegen den Willen des Betroffenen – sohin mit Zwang – Gegenstände von der Behörde zurückbehalten, an denen der Betroffene ein Recht besitzt. Hierbei handelt es sich um Fälle der sogenannten qualifizierten Untätigkeit. Eine schlichte oder bloße Untätigkeit kann dabei nicht den Beschwerdegegenstand einer Maßnahmenbeschwerde darstellen^{578, 579}.

Weiters wurde beispielsweise die Nichtausfolgung eines nach dem nicht mehr geltenden § 76 Abs 1 KFG⁵⁸⁰ abgenommenen Führerscheins durch den VfGH⁵⁸¹ als bloße (schlichte) Untätigkeit eines Verwaltungsorgans und daher nicht mittels Maßnahmenbeschwerde bekämpfbar eingestuft. Auch wurde das Unterbleiben der Herausgabe von finanzamtlich gepfändeten Gegenständen als bloße (schlichte) Untätigkeit verstanden und ist dieses daher einer Maßnahmenbeschwerde nicht zugänglich⁵⁸². So bleibt auch nach der Judikatur⁵⁸³ beim Entsiegeln von behördlich versperrten Räumen die Anrufung des Verwaltungsgerichtes mittels einer Maßnahmenbeschwerde verwehrt und wird ein nicht bekämpfbares behördliches Untätigsein für die Fälle angenommen, in denen eine Behörde von ihrer Befehls- und Zwangsgewalt keinen Gebrauch macht oder eine Amtshandlung unterlassen wird⁵⁸⁴ (hier unverzüglich straßenpolizeiliches Einschreiten bei Verdacht der Übertretung von Verkehrsvorschriften).⁵⁸⁵

Eine klare Trennlinie wird von der Rechtsprechung allerdings nicht vorgegeben und scheint, dass die Frage nach dem Zusammenhang mit einer aktiv gesetzten Maßnahme bzw eine solche aus der unterlassenen Maßnahme abzuleiten oder zumindest die unterbliebene Maßnahme mit dem aktiven Tun gleichzuhalten ist.⁵⁸⁶

⁵⁷⁷ VfSlg 8879/1978.

⁵⁷⁸ Siehe VfSlg 9025/1981; 9348/1982; 9503/1982; 9813/1983.

⁵⁷⁹ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 22 ff.

⁵⁸⁰ BGBl 1967/267 aufgehoben durch BGBl I 1997/120 lautete: „(1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben einem Kraftfahrzeuglenker, aus dessen Verhalten deutlich zu erkennen ist, daß er insbesondere infolge eines übermäßigen Alkoholenusses oder eines außergewöhnlichen Erregungs- oder Ermüdungszustandes nicht mehr die volle Herrschaft über seinen Geist oder seinen Körper besitzt, den Führerschein vorläufig abzunehmen, wenn er ein Kraftfahrzeug lenkt, in Betrieb nimmt oder versucht, es in Betrieb zu nehmen. Bei der vorläufigen Abnahme ist eine Bescheinigung auszustellen, in der die Gründe für die Abnahme über eine Belehrung über die zur Wiedererlangung des Führerscheins erforderlichen Schritte enthalten sind.“

⁵⁸¹ VfSlg 9931/1983.

⁵⁸² VfSlg 10.319/1985.

⁵⁸³ VfSlg 9813/1983.

⁵⁸⁴ VwGH 15. 11. 2000, 99/01/0427.

⁵⁸⁵ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 22 ff.

⁵⁸⁶ Hengstschläger/Leeb, AVG § 67a AVG Rz 49.

Hingegen werden schlichte Einladungen, Hinweise oder Belehrungen nicht als verfahrensfreie Maßnahmen der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt angesehen, wenn sie weder wirkungsseitig noch intentional als Sanktionen oder Verpflichtungen eingestuft werden. So wurden die Information über die Erstattung einer Strafanzeige, ein Hinweis auf ein Fahrverbot⁵⁸⁷, die Aufforderung (Einladung) auf den Gendameriposten mitzukommen⁵⁸⁸, die Ablehnung der Akteneinsicht⁵⁸⁹, das Fotografieren im Zuge einer Amtshandlung⁵⁹⁰, Presseaussendungen über die Verhaftung eines Beschwerdeführers⁵⁹¹ oder auch das Befahren einer Privatstraße⁵⁹² nicht als Maßnahme der Befehls- und Zwangsgewalt eingeordnet.⁵⁹³ Die genannten Beispiele stellen klassische Beispiele der schlichten Hoheitsverwaltung dar und könnten daher den Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde darstellen.

Die Abgrenzung von Befehl und Zwang von schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln stellt sich auch in der Praxis teilweise schwierig dar und hat auch der VfGH beispielsweise auch auf ein Zwangsmoment als Kriterium, um dem Betroffenen Rechtsschutz zu ermöglichen, gänzlich verzichtet. In diesem Erkenntnis hat der VfGH⁵⁹⁴ die Streichung einer Person aus einem Wählerverzeichnis als Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt eingestuft, was eigentlich den Kriterien der von Befehl und Zwang widerspricht. Im Gegensatz dazu verneinte der VfGH die mit dem Herabstoßen eines Polizeihubschraubers auf Demonstranten in der Hainburger Au jedenfalls verbundene Ausübung physischen Zwangs nicht als Befehls- oder Zwangsgewalt⁵⁹⁵.⁵⁹⁶ Ein jedenfalls nicht zufriedenstellendes Ergebnis.

Grundsätzlich darf dabei nicht übersehen werden, dass eine Unterscheidung zwischen bloßer (schlichter) und qualifizierter Untätigkeit jedenfalls zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Unterscheidung im Rechtsschutz führt. Für den Bereich der Sicherheitsverwaltung und der Militärverwaltung wurden die Rechtsschutzlücken teilweise durch § 88 Abs 2 SPG und § 54 Abs 2 MBG⁵⁹⁷ geschlossen, zumal von der Literatur⁵⁹⁸ und Judikatur⁵⁹⁹ angenommen

⁵⁸⁷ VfSlg 9264/1981.

⁵⁸⁸ VfSlg 9457/1982.

⁵⁸⁹ VfSlg 8966/1980.

⁵⁹⁰ VfSlg 9789/1983.

⁵⁹¹ VfSlg 8965/1980.

⁵⁹² VfSlg 8800/1980.

⁵⁹³ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Band 4² 169 ff.

⁵⁹⁴ VfSlg 8867/1980.

⁵⁹⁵ VfSlg 10.762/1986.

⁵⁹⁶ *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ Rz 746 ff.

⁵⁹⁷ Siehe hierzu ausführlich im Kapitel VI.D.

⁵⁹⁸ Siehe *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 734; *Wessely* in *Thanner/Vogl* (Hrsg), Sicherheitspolizeigesetz² (2013) § 88 B.5.

⁵⁹⁹ VfSlg 19.708/2012.

wird, dass diese Beschwerden auch auf Unterlassungen anzuwenden sind. Für die sonstige Verwaltung bleibt diese Rechtsschutzlücke bestehen, muss doch der einfache Gesetzgeber nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG erst Rechtsschutz für nicht typengebundenes Verwaltungshandeln explizit bestimmen und bleibt für den Fall, dass der einfache Gesetzgeber keine Rechtsschutzmöglichkeiten einräumt, diese Ungleichbehandlung auch weiterhin bestehen.⁶⁰⁰

c) Warum andere Unterscheidungskriterien versagen

Man könnte annehmen, dass die Unterscheidung zwischen schlichtem und vertypem Verwaltungshandeln grundsätzlich nicht schwer fällt. Diese Annahme täuscht und versagen die klassischen Kriterien in den Grauzonen. Dem schlichten Verwaltungshandeln gelingt es, alle Kriterien des vertypen Verwaltungshandelns zu immitieren. So kann nicht nur ein Bescheid individuell adressiert, verschriftlicht abgefasst und nach außen gerichtet sein. Verfahrens- und formfrei, unmittelbar einen Einzelnen betreffend nicht nur der Befehl und Zwang. Einen generellen Adressatenkreis betreffend, mehr oder weniger verfahrensgebunden und verwaltungsextern kundgemacht nicht nur die Verordnung. An einen oder mehrere Adressaten weitestgehend formfrei verwaltungsintern gerichtet, ist nicht nur eine Weisung. Dem schlichten Hoheitsakt gelingt es, sich diese Eigenschaften anzueignen. Nur ein Kriterium kann ihm für die Zuordnung als schlichte Hoheitsverwaltung nicht zugeschrieben werden. Er kann niemals eine Norm sein und das Unterscheidungskriterium ist daher ein materielles, kein formelles.⁶⁰¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vertypete Hoheitsakte der Verwaltung einseitig erlassene Normen darstellen. Diese Regel gilt allerdings nicht für den Zwangsakt. Dieser ist ein Faktum und keine Norm.⁶⁰²

C.3. Exkurs: Schlichtes Verwaltungshandeln in der Privatwirtschaftsverwaltung

Aufgrund der Vielzahl der Ausgestaltungen des Verwaltungshandelns findet sich schlichtes Verwaltungshandeln sowohl im Bereich der Hoheitsverwaltung als auch in der Privatwirtschaftsverwaltung wieder.⁶⁰³ So kann etwa die Auszahlung von Geldern, das Erteilen einer Auskunft oder auch die Ausstellung von Urkunden sowohl den Bereichen der Hoheitsverwaltung als auch der Privatwirtschaftsverwaltung zugeschrieben werden und gelten diese genannten Handlungen zunächst als „neutral“. Denn der Kontext, in dem diese

⁶⁰⁰ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 23.

⁶⁰¹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 699 ff.

⁶⁰² Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 42.

⁶⁰³ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 22.

Handlungen gesetzt werden, ist für die Zuordnung ausschlaggebend, nicht das Handeln als solches.⁶⁰⁴

Ein Beispiel, dass schlichtes Verwaltungshandeln kein reines Phänomen der Hoheitsverwaltung darstellt, stellen beispielsweise Förderrichtlinien von Verwaltungsbehörden dar, sofern sie nicht in der Form von Verordnungen⁶⁰⁵ ergehen. Diese Förderrichtlinien weisen keine strikte Bindungswirkung in der Form auf, dass von ihnen nicht abgewichen werden darf. Jedoch ist unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes⁶⁰⁶ ein Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Vergabe von Förderungen und eine Abweichung von Förderrichtlinien nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.⁶⁰⁷ Sie wurden in Form einer gewissen Selbstbindung der Verwaltung⁶⁰⁸ mit einer Berücksichtigungsverpflichtung ausgestattet, allerdings ohne eine Pflicht zur Befolgung (iS fehlender Normativität) und stellen diese Förderrichtlinien von Verwaltungsbehörden somit schlichtes Verwaltungshandeln in der Privatwirtschaftsverwaltung dar.⁶⁰⁹ Wie bereits ausgeführt, ermächtigt Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG den Gesetzgeber, Beschwerden gegen schlichte Hoheitsakte sowie deren Nichtbefolgung vorzusehen.⁶¹⁰ Durch die Formulierung „*in Vollziehung der Gesetze*“, die an Art 23 B-VG⁶¹¹ angelehnt ist, wird eine Beschränkung der Verhaltensbeschwerde auf den Bereich der Hoheitsverwaltung verstanden⁶¹². Aus diesem Grund können die zuvor genannten Förderrichtlinien der Verwaltungsbehörden ebenso wie deren Nichterlassung nicht den Beschwerdegegenstand einer Verhaltensbeschwerde darstellen und bleibt die Anrufung des Verwaltungsgerichtes verwehrt^{613, 614}.

⁶⁰⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 701.

⁶⁰⁵ Bspw die Verordnung des Bundesministers für Finanzen und Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014), BGBI II 2014/208 idF BGBI II 2018/190.

⁶⁰⁶ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 756 ff.

⁶⁰⁷ Fuchs/Thalmann, Förderungs- und Beihilfenrecht, in B. Raschauer/Ennöckl/N. Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts⁴ (2021) Rz 1101.

⁶⁰⁸ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz 757 ff.

⁶⁰⁹ Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln im verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem, JRP 2022, 367 (370).

⁶¹⁰ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“ in FS Stolzlechner 547 (548).

⁶¹¹ BGBI 1930/1 idF BGBI I 2003/100.

⁶¹² Kneihls in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (16. Lfg 2021) Art 130 Abs 1 B-VG Rz 2.

⁶¹³ Siehe dazu später mehr im Kapitel IV.D.

⁶¹⁴ Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln, JRP 2022, 367 (372).

IV. Der Rechtsschutz von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG

Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG lautet: „Durch Bundes- oder Landesgesetz können sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze vorgesehen werden. [...]“.

Es wird somit dem einfachen Gesetzgeber eine Ermächtigung zur Bestimmung dieser Zuständigkeiten eingeräumt (Kapitel A.). Was unter einem Verhalten zu verstehen ist, wird darauf folgend aufgezeigt (in Kapitel B.) und auch einige Problemfelder im Zusammenhang mit niederschwelligem Verhalten und verwaltungsrechtlichen Verträgen thematisiert. Im Anschluss werden die Kriterien für die Einordnung des Begriffs einer Verwaltungsbehörde (Kapitel C.) erläutert um sich sodann mit der Frage der Formulierung „in Vollziehung der Gesetze“ auseinanderzusetzen (Kapitel D.). Am Ende dieses Kapitels werden auch Problembereiche zu den Grundfragen der Verhaltensbeschwerde erörtert und mögliche Lösungswege aufgezeigt (Kapitel E.).

A. Die gesetzliche Ermächtigung

Auch nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ist schlichtes Verwaltungshandeln grundsätzlich rechtsschutzfrei gestellt und ist deren Beschwerdefähigkeit an eine gesetzliche Ermächtigung⁶¹⁵ geknüpft. Entweder weil ein anfechtbarer Bescheid erlassen wird oder der Weg zum Verwaltungsgericht aufgrund einer Verhaltensbeschwerde eröffnet wird.⁶¹⁶

Nach dem in der Bundesverfassung vorgesehenen System von Art 130 ff B-VG sind die Verwaltungsgerichte für die Kontrolle der Verwaltung zuständig, in bestimmten Fällen auch des Parlaments, jedenfalls aber des hoheitlich und ausnahmsweise – im Vergaberecht und im Vertragsbedienstetenrecht des Bundes – auch des privatrechtlich agierenden Staates.⁶¹⁷

Hingegen bedarf die Beschwerdefähigkeit schlichten Verwaltungshandelns einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung.⁶¹⁸ Wird Art 130 Abs 2 B-VG als bloße

⁶¹⁵ Eberhard in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch (2013) 166.

⁶¹⁶ Müller, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte, JRP 2018, 76.

⁶¹⁷ Kneihls, Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten – Art 130 Abs 2 Z 4, JBl 2021, 2 ff.

⁶¹⁸ Müller, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte, JRP 2018, 76.

Ermächtigungsnorm⁶¹⁹ verstanden, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung einräumt, entsprechende Rechtsschutzwege zu eröffnen, sprechen durchaus gewichtige Argumente dafür, auch derartige „Umwege“ für die schlichte Hoheitsverwaltung zuzulassen. Immerhin ist ein administrativer Rechtsschutz unter der Kontrolle der Verwaltungsgerichte allemal vorzuziehen gegenüber einem vollständigen Rechtsschutzdefizit.

Für die in Art 130 Abs 2 B-VG vorgesehenen Fällen wird der jeweilige Materiengesetzgeber zur Einrichtung einer entsprechenden Beschwerde ermächtigt. Zugleich obliegt ihm damit auch die Festlegung der Legitimation zur Erhebung der Beschwerde. Dies wird auch aus dem Verweis auf den Landesgesetzgeber geschlossen, der andernfalls sinnlos wäre, weil das Verfahren der Verwaltungsgerichte nach Art 10 Abs 1 Z 1 iVm Art 136 Abs 2 B-VG vom Bund zu regeln ist.⁶²⁰

Gemäß Art 130 Abs 2 B-VG können durch Bundes- oder Landesgesetz Erweiterungen der Beschwerdegegenstände über die gemäß Art 130 Abs 1 B-VG vorgesehenen Zuständigkeit hinaus vorgesehen werden (sogenannte fakultative Zuständigkeit⁶²¹).⁶²² Zur Frage der Zuständigkeitsbestimmung, ob diese Ermächtigung zur Begründung von Zuständigkeiten durch den Materiengesetzgeber oder doch den Organisationsgesetzgeber zu erfolgen hat, ist auszuführen, dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1925 von einem historisch geprägten Begriff des Verfahrensrechts ausgegangen ist, der Normen über eine sachliche und örtliche Zuständigkeit gerade nicht beinhaltete⁶²³. Bei den Regelungen über die sachliche Zuständigkeit handelt es sich um Angelegenheiten des Materiengesetzgebers. Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit werden sowohl durch den Materiengesetzgeber (territoriale Anknüpfung) als auch durch den zur Organisationsgesetzgebung berechtigten Gesetzgeber festgelegt (iS einer „Festlegung“ eines Amtssprengels). Seit der B-VG-Novelle 1974⁶²⁴ wird betreffend die Frage, ob eine Regelung der (behördlichen) Zuständigkeit in die Angelegenheit des

⁶¹⁹ Muzak, Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 130 B-VG Rz 15.

⁶²⁰ Kneihls, Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten – Art 130 Abs 2 Z 4, JBl 2021, 2 ff.

⁶²¹ Pabel, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – Grundlagen und Stand der Reform, RFG 2012, 160 (162): „Notwendig ist auch hierfür ein Tätigwerden des Gesetzgebers“; Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren² VwGVG § 53 Anm 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 141; Hauer, Die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte, in Janko/Leeb (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 27 (36); Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte – Praxiskommentar zum VwGVG, VwGG und VwGbk-ÜG (2013) § 53 VwGVG K1.

⁶²² Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 739.

⁶²³ Eine Ausnahme bildete dabei das Verwaltungsstrafrecht.

⁶²⁴ BGBl 1974/444.

Materiengesetzgebers oder in die des Organisationsgesetzgebers fällt, der Grundsatz (allerdings mit Einschränkungen) angenommen, dass die Organisationskompetenz der Sachkompetenz folgt und dies wie eine Art Adhäsion⁶²⁵ anzusehen ist. Wirft man einen Blick in die Historie wird aufgezeigt, dass die Regelung der sachlichen Zuständigkeit von Behörden primär als Angelegenheiten der Zuständigkeit des Materiengesetzgebers betrachtet wurde und jene Regelungen über die örtliche Zuständigkeit als Sache der Organisationsgesetzgebung betrachtet wurde.⁶²⁶

Im Gegensatz zum vorangegangenen Entwurf 129/ME⁶²⁷ der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde nicht mehr auf ein die einzelnen Rechtsgebiete regelndes Bundes- oder Landesgesetz abgestellt. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass eine solche Erweiterung nicht nur durch den jeweiligen Materiengesetzgeber, sondern ebenso generell durch das das Verfahren regelnde Bundesgesetz nach Art 136 Abs 2 B-VG⁶²⁸ vorgesehen werden kann.⁶²⁹

Art 130 Abs 2 B-VG sieht sohin Zuständigkeiten vor, die der einfache Gesetzgeber den Verwaltungsgerichten übertragen kann. Z 1⁶³⁰ nennt „*Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze*.“⁶³¹ Damit wird eine Beschwerdemöglichkeit wegen Rechtswidrigkeit gegen (prinzipiell) jedes hoheitliche („*in Vollziehung der Gesetze*“) Verhalten einer Verwaltungsbehörde, das in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann, abseits des klassischen Typus des Verwaltungshandelns iSd Art 130 Abs 1 B-VG, ermöglicht.⁶³² Im Gegensatz zu Art 130 Abs 1 und 1a B-VG, welche die ihnen verfassungsrechtlich eingeräumten Zuständigkeiten begründen, steht Abs 2 leg cit für jene Konstellationen, in denen der einfache Gesetzgeber eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründen „*kann*“. Insofern wird es an der Ausgestaltung durch den Materiengesetzgeber gelegen sein, für jene Bundesgesetze, die in mittelbarer

⁶²⁵ Die Kompetenz zur Regelung eines bestimmten Sachgebiets umfasst nämlich regelmäßig die Ermächtigung zur Regelung weiterer, nicht explizit angeführter Sachgebiete. Dies wird als Adhäsionsprinzip bezeichnet; siehe hierzu *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 33, 34.

⁶²⁶ *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 37 ff.

⁶²⁷ Ministerialentwurf 129/ME 24.GP; auch dieser enthielt bereits eine Erweiterungsklausel; siehe *C. Fuchs*, *Der Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz*, JRP 2007, 276 (277).

⁶²⁸ BGBl 1930/1 idF BGBl 2019/14.

⁶²⁹ *Muzak*, *Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit*, ZfV 2012, 14 (16).

⁶³⁰ Die Fälle der Z 2 (Vergaberecht) und Z 3 (Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten sind davon ausgenommen; für beide Ziffern wurden im VwGVG keine Sondernormen vorgesehen und sind ihre Verfahren nach jeweiligen Materiengesetzen zu regeln.

⁶³¹ *Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte* § 53 VwGVG Rz 1.

⁶³² *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 680.

Bundesverwaltung oder durch die Länder zu vollziehen sind, Beschwerdemöglichkeiten nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG (mit Zustimmung der Länder⁶³³) zu normieren.⁶³⁴ Zusammengefasst wird also dem Materiengesetzgeber die Zuständigkeit für das Zustandekommen einer Beschwerdemöglichkeit nach Art 130 Abs 2 B-VG und ein beträchtlicher Spielraum zur Begründung weiterer neuer Zuständigkeiten zugestanden.⁶³⁵

B. Das Verhalten

Der Begriff des „Verhaltens“ ist – anders als die klassischen Verwaltungshandlungen Bescheid, Verordnung und AuvBZ – gesetzlich nicht näher normiert. Daraus resultiert eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich der Reichweite und Abgrenzung des Beschwerdegegenstandes. Während der Begriff einerseits weit gefasst erscheint, bestehen andererseits Unklarheiten darüber, welche Verwaltungshandlungen noch dem Begriff des Verhaltens unterfallen sollen und wo die Grenze zu nicht mehr rechtsrelevantem Verwaltungshandeln zu ziehen ist.

Als taugliche Anfechtungsgegenstände scheiden die in Art 130 Abs 1 Z 1 bis Z 4 B-VG (sog „*obligatorische Zuständigkeiten*“) normierten Beschwerdegegenstände jedenfalls aus und ist die Verhaltensbeschwerde weiters an den Bereich der Hoheitsverwaltung gebunden⁶³⁶, sodass Akte der Gerichtsbarkeit⁶³⁷, der Privatwirtschaftsverwaltung und verwaltungsrechtliche Verträge⁶³⁸ keinen tauglichen Beschwerdegegenstand der Verhaltensbeschwerde darstellen⁶³⁹.

Damit verbleiben mit dieser Einschränkung vornehmlich individuelle Maßnahmen der schlichthoheitlichen Verwaltung sowie gegebenenfalls die Säumnis bei der Setzung nicht bescheidförmiger Hoheitsakte (folglich das Unterlassen einer Handlung) der Verwaltung als zulässige Beschwerdegegenstände.⁶⁴⁰

Eine mögliche Abhilfe zur Beantwortung der Frage, welches Verwaltungshandeln unter den Begriff „*Verhalten*“ fällt, könnte hierbei eine systemische Interpretation schaffen. Es muss ein Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze vorliegen, wobei es sich bei

⁶³³ Siehe hiezu zum Verfahren Art 42a B-VG.

⁶³⁴ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 130 B-VG Rz 9.

⁶³⁵ C. Fuchs, Der Beschwerdegegenstand, JRP 2007, 276 (283).

⁶³⁶ Siehe Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG arg: „*in Vollziehung der Gesetze*“.

⁶³⁷ Sie auch VwGH 21. 1. 2019, Ro 2019/03/0001, wonach Verhaltensbeschwerden gegen Entscheidungen des VwGH, hier insb zwei namentlich genannte Richter wegen Abweisung von Verfahrenshilfesanträgen, nicht zulässig sind.

⁶³⁸ Siehe allerdings eine Gegenüberstellung in Kapitel IV.B.4.c).

⁶³⁹ Vgl ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 13.

⁶⁴⁰ Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolex* 2014, 763 (764); B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“ in FS Stolzlechner 547 (552).

der Formulierung „*in Vollziehung der Gesetze*“ um einen terminus technicus handelt, dem eine spezifische Bedeutung zugeschrieben wird. So wird er von Art 23 B-VG⁶⁴¹ zur Bestimmung des Anwendungsbereiches des Amtshaftungsrechtes, zur Bestimmung des Kreises der Auftraggeber des öffentlichen Bereiches im Sinne von § 5 Abs 2 Z 2 Datenschutzgesetz (DSG)⁶⁴² oder als negatives Tatbestandelement bei der Umschreibung des Kreises der Pflichtmitglieder von der Verfassungsbestimmung des § 10 Abs 2 Z 1 lit a des Arbeiterkammergesetzes (AKG)⁶⁴³ genannt. ⁶⁴⁴ Was jedenfalls festgehalten werden kann ist, dass die Formulierung „*Verhalten in Vollziehung der Gesetze*“ zweierlei Bedeutung zugeschrieben wird. Zum einen beinhaltet sie den Ausschluss einer Haftung für legislatives Unrecht und wird eine Haftung nur „*in Vollziehung der Gesetze*“ übernommen; dies gilt für die Justiz und Verwaltung. Zum anderen ist der Begriff bereits aus dem seit 1949 bestehenden Kontext zu verstehen, dass „*Vollziehung der Gesetze*“ mit hoheitlichem Verhalten gleichgesetzt wurde, weil im Privatrecht zum damaligen Zeitpunkt Gesetze nicht vollzogen, sondern angewandt wurden.⁶⁴⁵

Eine Beschränkung des Beschwerdegegenstandes auf bestimmte Rechtsgebiete gibt es grundsätzlich nicht⁶⁴⁶, jedoch hüllt sich Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG selbst bedeckt, was unter dem Verfassungsbegriff des „*Verhaltens*“ selbst zu verstehen ist. Es wird dem Gesetzgeber dabei lediglich ein Rahmen zur Verfügung gestellt, in dem er selbst den Beschwerdegegenstand definieren und ausgestalten kann. Daher gibt es kein „vertypertes“ Verhalten und kann von der Ermittlung, was der Verfassungsgesetzgeber unter einem Verhalten verstanden wissen will, Abstand genommen werden. Es ist also nur darauf abzustellen, wie der einfache Gesetzgeber das Verhalten, gegen das eine Verhaltensbeschwerde vorgesehen wird, konkretisiert.⁶⁴⁷

Sowohl ein „*Tun*“ als auch ein „*Unterlassen*“ stellen taugliche Beschwerdegegenstände dar.⁶⁴⁸ Hält man sich vor Augen, dass der Verfassungsgesetzgeber § 88 Abs 2 SPG als klassisches

⁶⁴¹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2003/100.

⁶⁴² BGBl I 1999/65 idF BGBl I 2018/24.

⁶⁴³ BGBl 1991/626 idF BGBl I 2007/97.

⁶⁴⁴ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548).

⁶⁴⁵ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 705.

⁶⁴⁶ Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 130 B-VG Rz 29.

⁶⁴⁷ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 116.

⁶⁴⁸ Winkler, Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze, in Götzl/Gruber/Reiser/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, Kommentierung des VwGVG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH² (2017) § 53 Rz 1; Hofmann/Hauer, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 10 Rz 5 ff.

Vorbild einer Verhaltensbeschwerde⁶⁴⁹ darstellt, ist klar ersichtlich, dass grundsätzlich jedes (schlichte) Verwaltungshandeln den Gegenstand der Verhaltensbeschwerde bilden kann, dem eine potentielle Eingriffsqualität in subjektive öffentliche Rechte einschließlich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte zugeschrieben wird. In diesem Zusammenhang hatte der Verfassungsgesetzgeber es als Ziel gesehen, Lösungsmöglichkeiten für problematische fehlende Rechtsschutzmöglichkeiten gegen bestimmte Realakte, wie etwa die Ausstellung von Urkunden und Fallkonstellationen des informationellen Verwaltungshandelns, wie zB § 4 Abs 7 BWG⁶⁵⁰ Lösungsansätze zu finden.⁶⁵¹ Solche staatlichen Informationsakte liegen unterhalb der Schwelle von „Normativität“⁶⁵². Sollten diese behördlichen Warnmeldungen erlassen werden (als Beispiele sind hier § 4 Abs 7 BWG, § 22c FMABG⁶⁵³, § 24 Abs 4 Satz 2 TSG⁶⁵⁴ zu nennen) oder die Allgemeinheit über Gefahren informiert werden, sind diese nicht unter den Begriff des AuvBZ⁶⁵⁵ zu subsumieren⁶⁵⁶.⁶⁵⁷

Wo Art 130 B-VG eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vorsieht, wird für die Bestimmung des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, die eine Ermächtigungsnorm darstellt, eine Grenze gezogen. Folglich ist es dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Verwaltungshandeln auch weiterhin freigestellt, ob er für bestimmte Akte der schlichten Hoheitsverwaltung, die im Zusammenhang mit einer bescheidförmigen Erledigung ergehen, nur den Rechtsschutz gegen die bescheidförmige Erledigung und nicht gegen das schlicht hoheitliche Verhalten selbst vorsieht⁶⁵⁸.⁶⁵⁹ Da nach der Intention Art 130 B-VG grundsätzlich auf den Individualrechtsschutz ausgerichtet ist, wird geschlossen, dass auch die Ermächtigung dadurch begrenzt sein wird, ein konkretes Verwaltungshandeln zum Gegenstand der Kontrolle der Verwaltungsgerichte zugänglich zu machen. Darüber hinaus kann ein solches Verhalten in subjektive öffentliche Rechte des Einzelnen eingreifen, weshalb die Rechtmäßigkeit des hierdurch gestaltenden oder einschränkenden Verwaltungshandelns im Wege einer Beschwerde

⁶⁴⁹ Warum der Verfassungsgesetzgeber § 88 Abs 2 SPG als Vorbild einer Verhaltensbeschwerde gewählt hat, siehe Kapitel VI.A.2.

⁶⁵⁰ Bankwesengesetz (BWG), BGBl 1993/532 idF BGBl I 2022/237.

⁶⁵¹ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 115 FN 9.

⁶⁵² Siehe Kapitel „Normativität“ III.C.2.b).

⁶⁵³ Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG), BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2024/111.

⁶⁵⁴ Tierseuchengesetz (TSG), RGBl 1909 idF BGBl I 2004/151; aufgehoben durch BGBl I 2024/53.

⁶⁵⁵ Zur rechtlichen Einordnung: siehe Kapitel IV.B.3 Informales Verwaltungshandeln.

⁶⁵⁶ Siehe VwSlg 16.400 A/2004.

⁶⁵⁷ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 988.

⁶⁵⁸ Zu denken hierbei an die bereits erwähnte Konstruktion von § 4 Abs 7 BWG – Warnmeldungen der FMA oder auch Verfahrensordnungen des § 7 Abs 1 VwGVG.

⁶⁵⁹ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 115, 116.

vor dem Verwaltungsgericht überprüft werden kann. Auch ist in diesem Zusammenhang an die Möglichkeit von Organ- oder Amtsbeschwerden⁶⁶⁰ zu denken und sind auch Popularbeschwerden in bestimmten Konstellationen vorstellbar. Letztlich gilt jedoch, dass wenn der Gesetzgeber entscheidet, dass gegen ein bestimmtes Verhalten der Verwaltung der Beschwerdeweg an ein Verwaltungsgericht eröffnet wird, er auch gleichzeitig darüber die Entscheidung trifft, damit eine Rechtsposition der beschwerdeberechtigten Partei zu begründen.⁶⁶¹

§ 88 Abs 2 SPG und § 54 Abs 2 MBG stellen klassische Beispiele für die Verhaltensbeschwerde dar, die der Verfassungsgesetzgeber geschaffen hat, um das bestehende Rechtsschutzdefizit im Bereich des schlicht hoheitlichen Polizei- und Militärhandelns auszugleichen. Damit wurde betroffenen Personen eine Beschwerdemöglichkeit eröffnet, die geltend machen, durch die Aufgabenbesorgung der Sicherheits- oder Militärverwaltung auf andere Weise als durch Bescheid oder Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt worden zu sein.

§ 88 Abs 2 SPG und § 54 Abs 2 MBG stellen die vom Verfassungsgesetzgeber klassischen Beispiele für eine Verhaltensbeschwerde dar⁶⁶², die der Verfassungsgesetzgeber geschaffen hat, um das bestehende Rechtsschutzdefizit im Bereich des schlicht hoheitlichen Polizei- und Militärhandelns auszugleichen. Damit wurde betroffenen Personen eine Beschwerdemöglichkeit eröffnet, die behaupten, durch die Aufgabenbesorgung der Sicherheits- oder Militärverwaltung auf andere Weise als durch Bescheid oder Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt worden zu sein.⁶⁶³ Angesichts der Tatsache, dass im System des SPG und MBG⁶⁶⁴ schon seit längerem die direkte Anrufung sowohl der UVS und nunmehr der Landesverwaltungsgerichte vorgesehen ist, gelten sie als wahre Vorreiter im Rechtsschutz der schlichten Hoheitsverwaltung.

⁶⁶⁰ Art 132 Abs 5 B-VG.

⁶⁶¹ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 116 ff.

⁶⁶² Siehe *Eberhard*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269 (272) zur Weiterentwicklung des Rechtsschutzsystems: „Der „Urknall erfolgte ... im SPG“.

⁶⁶³ *Holoubek* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 123; so auch *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolx* 2014, 763.

⁶⁶⁴ Siehe hierzu Kapitel VI.D.

B.1. Das Tun

Wie Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG zu entnehmen ist, ist dieser grundsätzlich auf den Individualrechtsschutz⁶⁶⁵ ausgerichtet, weil das in Beschwerde gezogene Verhalten seine Wirkungen in der Rechtssphäre eines Einzelnen (sowohl natürlicher als auch juristischer Person) entfaltet. Daraus und der Tatsache, dass die in Art 130 Abs 1 B-VG vorgesehenen Beschwerdemöglichkeiten nicht Gegenstand der Verhaltensbeschwerde sein können, wird abgeleitet, dass abstrakte Enuntiationen der Verwaltung unterhalb der Grenzlinie einer Verordnung nicht den tauglichen Beschwerdegegenstand von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG darstellen können. Diese Ansicht wird auch dadurch begründet, dass Art 130 B-VG Rechtsschutz gegen individuelle Rechtsakte gewährleistet und der Tatsache, dass dem VfGH das Monopol der Verordnungskontrolle gemäß Art 139 B-VG zukommt und in Zusammenschau mit dem Umstand, dass Art 130 Abs 5 B-VG Rechtssachen, die in die Zuständigkeit des VfGH fallen, von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte kategorisch ausschließt.⁶⁶⁶

Nach *Michael Holoubek* bestehen Zweifel, ob diese strikte Trennung verfassungsrechtlich geboten ist oder dem Gesetzgeber doch ein gewisses Maß an Gestaltungsspielraum bei der Verhaltensbeschwerde durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG zukommt. Mit dem Hinweis auf das Verordnungsprüfungsmonopol des VfGH nach Art 139 B-VG wird vorausgesetzt, dass die Verfassung folgende Unterscheidungen kennt: Die Verordnung nach iSd Art 139 B-VG oder eine generelle Enuntiation, jedoch ohne normative Wirkung. Diese Unterteilung entspricht aber gerade nicht dem Konzept von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, welcher Rechtsschutz neben den bestehenden rechtsformgebundenen Handlungsformen der Verwaltung eben für jedes Verwaltungshandeln vorsieht, dem eine abgeschwächte Normativität bzw Formgebundenheit zukommt und trotzdem vom Gesetzgeber zum Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde erklärt werden kann. In dieser Form werden weder der Bescheidbegriff noch das schlicht hoheitliche Handeln abgeschwächt. Dieser Gedankengang ist nach *Holoubek* auch auf Verordnungen und davon zu unterscheidenden Akten der Verhaltenssteuerung durch die Verwaltung übertragbar. Nach seiner Ansicht besteht gegenüber den vielfältigen Standardformen und Leitlinien von Aufsichts- und Regulierungsbehörden oftmals ein Rechtsschutzinteresse, ohne dass alle Merkmale der Verordnung erfüllt sind. Ein Merkmal derartiger Verlautbarungen besticht

⁶⁶⁵ Siehe allerdings auch Kapitel IV.B.3.

⁶⁶⁶ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (550 f); *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 30 ff.

dadurch, dass sie sich in einer juristischen Grauzone im Hinblick auf einen individuellen oder generellen Adressatenkreis⁶⁶⁷ befinden. Nun soll Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG gerade doch auch verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz für genau solche Zwischenformen von Verwaltungshandeln garantieren, ohne dieses Verwaltungshandeln in die vertypten Rechtsatzformen zu pressen. Durch die Rechtmäßigkeitskontrolle von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG sind auch jene Konstellationen als Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde denkbar, in denen eine eindeutige Trennlinie zwischen individuell und generell nicht gezogen werden kann⁶⁶⁸. Daraus folgt, dass es durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG dem Gesetzgeber offen steht, Leitlinien, Warnhinweise oder Wettbewerbsunterlagen, die zwar generell abstrakt formuliert wurden, jedoch aktuell und unmittelbar in die Rechtssphäre eines Einzelnen eingreifen können, mittels Verhaltensbeschwerde beschwerdefähig zu erklären^{669, 670}.

Zur Veranschaulichung dienen als Beispiel Empfehlungen des Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft gemäß § 5 Abs 2 StEntG⁶⁷¹ an. Nach dieser gesetzlichen Bestimmung hat der Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft nach Beurteilung durch den Standortentwicklungsbeirat die Unterlagen des standortrelevanten Vorhabens entscheidungsreif aufzuarbeiten und für die Entscheidung gemäß § 7 Abs 1 StEntG⁶⁷² eine entsprechend begründete Empfehlung zu erstellen. Gemäß § 7 Abs 1 StEntG entscheiden die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort und der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie im Einvernehmen regelmäßig, jedenfalls einmal im Kalenderjahr bei Vorliegen von begründeten Empfehlungen zu standortrelevanten Vorhaben gemäß § 5 Abs 2 *leg cit* über die Erteilung oder die Nichterteilung einer Bestätigung des besonderen öffentlichen Interesses der Republik Österreich. Dabei wird diese Empfehlung

⁶⁶⁷ Als Beispiel sind technische Marktregeln zu nennen, die standardsetzend an alle zugelassenen Unternehmen eines bestimmten Marktes adressiert sind, die jedoch der bekannten Zahl zugelassener Unternehmen individualisierbar sind (siehe *Holoubek in Holoubek/Lang* [Hrsg], Die Verhaltensbeschwerde 119 FN 24).

⁶⁶⁸ Zum Beispiel Filmaufnahmen im Rahmen polizeilicher Kontrolle in einem Lokal. Der VfGH hat die Mitnahme eines Kamerateams im Rahmen einer Amtshandlung gegenüber dem Lokalbesitzer als verfahrensfreien Verwaltungsakt eingestuft (Auszug aus VfSlg 18.404/2008: „...*Verfassungsgerichtshof die Beiziehung des privaten Kamerateams zur Amtshandlung und dessen Vorgehen bereits in seiner Entscheidung VfSlg. 17.774/2006 ausdrücklich als Teil eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt qualifiziert hat*.“); siehe *Holoubek in Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 119 FN 25. Das Filmen per se wird mit dem Stand von heute jedenfalls nicht mehr als AuvBZ angesehen (siehe Kapitel II.A.2.).

⁶⁶⁹ Siehe gleich mehr im Kapitel IV.E.2. „Beschränkungen auf individuelles Verhalten“.

⁶⁷⁰ *Holoubek in Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 118 ff.

⁶⁷¹ § 5 Abs 2 des Bundesgesetzes über die Entwicklung und Weiterentwicklung des Wirtschaftsstandortes Österreich (Standort Entwicklungsgesetz – StEntG), BGBl I 2018/110, ermächtigt die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zur Abgabe der Empfehlung. Gemäß § 17 des Bundesgesetzes über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986 – BMG), BGBl 1986/76 idF BGBl I 2022/98, iVm § 2 Abs 1 Z 2 BMG iVm Teil 2 der Anlage zu § 2 BMG besteht jedoch nunmehr eine Zuständigkeit des Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft.

⁶⁷² BGBl I 2018/110.

direkt an den Bundesminister und die Bundesministerin gerichtet und wird dies einem individuellen bzw einem individualisierbaren Adressatenkreis zugeschrieben. Nach den Gesetzesmaterialien⁶⁷³ stellt die Empfehlung die Entscheidungsgrundlage für die gemeinsame Entscheidung des Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft und der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie nach § 7 Abs 1 StEnG dar. Diese Empfehlung ist somit bei der Entscheidung zu berücksichtigen – jedoch ohne sie befolgen zu müssen - und stellt somit jedenfalls individuelles schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln dar, das mittels Verhaltensbeschwerde angefochten werden könnte, wenn die Beschwerdemöglichkeit gesetzlich vorgesehen werden würde.⁶⁷⁴

Selbiges gilt für die Veröffentlichung von Suspendierungen oder des Widerrufs der Berechtigung von Wirtschaftstreuändern, die per se nicht angefochten werden können⁶⁷⁵. Nur gegen die Suspendierung selbst oder den Widerruf, die mit Bescheid zu ergehen haben, steht den betroffenen Personen ein Rechtsmittel zur Verfügung.⁶⁷⁶

B.2. Das Unterlassen

Das verwaltungsbehördliche Verhalten kann sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Das Unterlassen kann allerdings nur einen Beschwerdegegenstand darstellen, wenn es nicht Gegenstand einer Säumnisbeschwerde ist. Dass durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG auch die Säumnis bei der Vornahme von Realakten abgedeckt wird, ergibt sich ua auch daraus, dass Art 130 Abs 2 B-VG als Reaktion auf bestehende Rechtsschutzdefizite erschaffen wurde und auch ein solches Verhalten, wenn es hoheitlich gesetzt wurde, Amtshaftungsansprüche auslösen kann. Münzt man das Unterlassen der Verhaltensbeschwerde auf die Säumnisbeschwerde um, die eine Ergänzung einer Bescheidbeschwerde darstellt und zur Erlangung einer rechtmäßigen Entscheidung verhilft, darf geschlossen werden, dass eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Säumniskontrolle in dem Umfang begründet werden kann, in dem die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von nicht vertypten Hoheitsakten der Verwaltung den Verwaltungsgerichten zukommt.⁶⁷⁷

⁶⁷³ ErläutRV 372 BlgNR 24. GP 3.

⁶⁷⁴ Scholz, *Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln*, JRP 2022, 367 (369 ff).

⁶⁷⁵ Siehe § 101 Abs 6 Wirtschaftstreuhandberufsgesetz 2017 (WTBG), BGBl I 2017/137 idF BGBl I 2020/67; § 108 WTBG, BGBl I 2017/137 idF BGBl I 2020/67.

⁶⁷⁶ So § 106 Abs 3 WTBG, BGBl I 2917/137; § 111 Abs 2 WTBG, BGBl I 2017/137.

⁶⁷⁷ Faber, *Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 30*.

Folglich kommen als taugliche Beschwerdegegenstände individuelle Maßnahmen der schlicht hoheitlichen Verwaltung ebenso wie eine Säumnis bei der Setzung von nicht in Bescheidform ergehenden Hoheitsakten in Frage, sodass der Gesetzgeber auch Beschwerden gegen die Passivität⁶⁷⁸ einer Verwaltungsbehörde (Verweigerung der behördlichen Beurkundung oder der Gewährung von Polizeischutz) als taugliche Anfechtungsgegenstände vorsehen kann.⁶⁷⁹ Jedenfalls bleibt die Ermächtigung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG gegenüber Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG, sohin der Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht einer Verwaltungsbehörde, abzugrenzen.⁶⁸⁰

Hierbei gilt es jedoch zu unterscheiden: Eine qualifizierte Untätigkeit kann niemals Gegenstand der Verhaltensbeschwerde sein, weil qualifizierte Untätigkeiten Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt darstellen und nur mittels Maßnahmenbeschwerde angefochten werden können. Beispiele qualifizierter Untätigkeiten wurden von der Judikatur in der Verweigerung der Rückgabe eines Kfz-Zulassungsscheins⁶⁸¹, einer Privaturkunde⁶⁸², einer Waffe⁶⁸³ oder einer Kennzeichentafel⁶⁸⁴ gesehen⁶⁸⁵. Hier hält die Verwaltungsbehörde entgegen dem Willen des Betroffenen zwangsweise Gegenstände zurück, obwohl er an diesen ein Recht hat.

Hingegen wurde eine schlichte Untätigkeit von der Judikatur bei der Nichtausfolgung eines nach dem § 76 Abs 1 KFG⁶⁸⁶ nicht mehr geltenden abgenommenen Führerscheins oder durch Unterbleiben der Herausgabe von finanzamtlich gepfändeten Gegenständen⁶⁸⁷ oder durch Unterbleiben der Entsiegelung behördlicher versperrter Räume⁶⁸⁸ angenommen.⁶⁸⁹ Als weitere

⁶⁷⁸ So auch VwGH 28. 3. 2017, Ra 2017/01/0059.

⁶⁷⁹ Hofmann/Hauer, der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 10 Rz 32.

⁶⁸⁰ Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 121.

⁶⁸¹ VfSlg 6101/1969.

⁶⁸² VfSlg 8879/1980.

⁶⁸³ VfSlg 8131/1977.

⁶⁸⁴ VfSlg 8414/1978.

⁶⁸⁵ Die genannten Beispiele stellen allerdings nach heutiger Sicht auch in der Judikatur klassische Fälle der schlichten Hoheitsverwaltung dar, fehlt es ihnen doch am Kriterium der Normativität; siehe als Beispiel VwGH 15. 11. 2000, 99/01/0427 und Kap III.C.b).

⁶⁸⁶ § 76 KFG, BGBl 1967/267 aufgehoben durch BGBl I 1997/120, lautete: „(1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben einem Kraftfahrzeuglenker, aus dessen Verhalten deutlich zu erkennen ist, daß er insbesondere infolge eines übermäßigen Alkoholgenusses oder eines außergewöhnlichen Erregungs- oder Ermüdungszustandes nicht mehr die volle Herrschaft über seinen Geist und seinen Körper besitzt, den Führerschein vorläufig abzunehmen, wenn er ein Kraftfahrzeug lenkt, in Betrieb nimmt oder versucht, es in Betrieb zu nehmen. Bei der vorläufigen Abnahme ist eine Bescheinigung auszustellen, in der die Gründe für die Abnahme und eine Belehrung über die zur Wiedererlangung des Führerscheines erforderlichen Schritte enthalten sind.“

⁶⁸⁷ VfSlg 10.319/1985.

⁶⁸⁸ VfSlg 9813/1983.

⁶⁸⁹ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 22.

Beispiele sind das Unterlassen der gebotenen Beaufsichtigung und Kontrolle⁶⁹⁰ durch eine Behörde aufzuzählen^{691, 692}. Kurz gesagt: Auch schlichte Untätigkeit könnten mittels Verhaltensbeschwerde bekämpft werden, jedoch nur, wenn der einfache Gesetzgeber es vorsieht.

B.3. Informales Verwaltungshandeln

Im Rahmen von Verwaltungshandeln taucht im neueren Schrifttum vermehrt der Begriff des informalen Verwaltungshandelns auf. Auch wenn dieser Begriff weder neu ist, noch eine eigene Unterkategorie innerhalb des Handelns der Verwaltung bildet, gilt es ihn kurz darzustellen, finden sich doch in der Arbeit immer wieder Ausführungen zu „informationellem“ oder auch „informalem“ Verwaltungshandeln. Als Beispiele sind hier Absprachen zwischen Parteien an einem Großverfahren, oder die „flexible“ Duldung, also wenn Behörden im Falle einer aufgezeigten Rechtswidrigkeit nicht augenblicklich einschreiten, aber auch Branchenvereinbarungen mit wirtschaftlichen Interessensvertretungen, sogenannte „gentlemen’s agreements“,⁶⁹³ zu nennen.⁶⁹⁴ Das informale Verwaltungshandeln ist grundsätzlich den schlicht-hoheitlichen Verwaltungsakten zuzurechnen,⁶⁹⁵ sofern es sich nicht um Privatwirtschaftsverwaltung handelt.⁶⁹⁶ Im Gegensatz zum klassischen Verfahrensrecht, welches auf die Erledigung zumeist in Form der Bescheiderlassung gerichtet ist, endet ein Informationserteilungsverfahren zumeist in der Erteilung oder Verweigerung von Informationen und sind diese beiden Varianten in Ermangelung von Normativität nicht als Bescheid zu qualifizieren⁶⁹⁷. Die Information einer staatlichen Informationsstelle wird dabei als Informationsrealakt eingeordnet.⁶⁹⁸ Hingegen wirft die Informationsverweigerung die Frage auf, die bereits mit der Auskunftserteilung einhergeht. Gelangt in Verfahren, bei denen Informationen zu erteilen sind oder nicht, das AVG zur Anwendung?

Grundsätzlich wird für die Erteilung von Auskünften, die der schlichten Hoheitsverwaltung zugeordnet werden, die Anwendbarkeit des AVG nach Auskunftspflichtgesetzen, das wie etwa das Informationsfreiheitsgesetz⁶⁹⁹ eine zweistufige Verfahrensstruktur besitzt, in der Literatur

⁶⁹⁰ OGH SZ 66/130.

⁶⁹¹ Siehe mehr im Kapitel IV.B.2

⁶⁹² B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 706.

⁶⁹³ Kind, Umweltabsprachen – eine Handlungsform des Staates?, ÖJZ 1998, 893.

⁶⁹⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 682.

⁶⁹⁵ Kallinger, Das Informationsverfahren nach dem IFG*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2022, 181 (185).

⁶⁹⁶ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 682 ff.

⁶⁹⁷ Zur Auskunft: Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 606.

⁶⁹⁸ Dworschak, Informationsfreiheit im Umbruch : Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen (2020) 7 ff.

⁶⁹⁹ Siehe 2238 der Beilagen 27. GP 11 ff.

teilweise verneint. Dies vorrangig mit der Begründung, dass eine Information eben gerade keinen Bescheid darstellt⁷⁰⁰. Gemäß Art I Abs 2 Z 1 EGVG⁷⁰¹ gelangt das AVG auf behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden zur Anwendung, das individuelle Verwaltungsakte der Hoheitsverwaltung zum Gegenstand hat. Umgekehrt bedeutet dies, dass wenn ein Verfahren in einem Rechtsakt mündet, den auch nicht hoheitlich tätige Personen setzen können, das AVG nicht zur Anwendung gelangt. Folglich wird die Rechtsnatur der Information davon abhängig gemacht, welche Person sie erteilt. Folglich wird die Information, wenn sie durch ein Verwaltungsorgan erteilt wird, eine schlichte Hoheitsverwaltung darstellen und im Falle der Erteilung durch nicht staatliche informationspflichtige Stellen wird sie nicht der Verwaltung zuzurechnen sein.⁷⁰²

Insbesondere stehen seit geraumer Zeit staatliche Informationstätigkeiten im rechtsdogmatischen Interesse. Neben den Beratungen und Auskünften, Informationskampagnen oder staatlichen Hervorhebungen⁷⁰³ schließen sich nunmehr auch staatliche Warnungen an, die sowohl von allgemeiner Natur sein können, als sie auch auf konkrete Produkte⁷⁰⁴ oder Unternehmen⁷⁰⁵ gerichtet sein können, an. Die Bezeichnung „Informationsrealakt“⁷⁰⁶ oder „Informationseingriff“ wird dabei für alle Akte verwendet, bei denen personenbezogene Daten verwendet werden. Bei diesen Akten steht die Abwägung zwischen staatlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten gegenüber den Freiheitsrechten der Betroffenen als primär zu klärende verfassungsrechtliche Frage im Vordergrund. Bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten gemäß § 1 Datenschutzgesetz (DSG)⁷⁰⁷ ist im Gegensatz zu allgemeinen Informationen, bei denen eine allgemeine Sachkompetenz als gesetzliche Grundlage als ausreichend angesehen wird, eine konkrete gesetzliche Ermächtigung notwendig. Wenn Informationen als Eingriffe in Rechte der EMRK qualifiziert werden, ordnen Art 13 EMRK, sofern es sich hierbei um Rechte aus dem Unionsrecht handelt, und Art 47 GRC die Möglichkeit zur Erhebung einer „wirksamen Beschwerde“ an. Hierbei werden jedoch rechtsstaatliche Defizite verdeutlicht, sind doch Informationsrealakte gerade nicht als AuvBZ

⁷⁰⁰ Hengstschläger/Leeb, Verfahrensrechtliche Auskunftspflicht gemäß Art 20 Abs 4 B-VG, JBl 2003, 269; Perthold-Stoitzner, Das Auskunftsverfahren, ecolex 1991, 650 (651).

⁷⁰¹ BGBl I 2008/87 idF BGBl I 2013/33.

⁷⁰² Kallinger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2022, 181 (185 ff).

⁷⁰³ § 68 GewO 1994, BGBl 1994/194 idF BGBl I 1997/10: Verleihung des Staatswappens; AMA-Gütesiegel.

⁷⁰⁴ §§ 16, 19 Produktsicherheitsgesetz 2004 (PSG 2004), BGBl I 2005/16 idF BGBl I 2018/32; § 43 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl I 2006/13 idF BGBl I 2010/95.

⁷⁰⁵ § 92 Abs 11 Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (WAG 2018) BGBl I 2017/107 idF BGBl I 2025/48; § 22c FMABG, BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2024/111; § 4 Abs 7 BWG.

⁷⁰⁶ OGH 23. 2. 2011, 1 Ob 208/10k, SZ 72/5, 2006/101; OGH 17. 2. 2006, 10 Ob 147/05y.

⁷⁰⁷ BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2012/51.

zu qualifizieren.⁷⁰⁸ Dies weil staatliche Informationsakte unterhalb der Schwelle der Normativität angesiedelt sind und werden behördliche Warnmeldungen, wie etwa im Wirtschaftsaufsichtsrecht⁷⁰⁹ gemäß § 4 Abs 7 BWG⁷¹⁰, § 22c FMABG⁷¹¹, § 24 Abs 4 TSG⁷¹², nicht unter den Begriff des AuvBZ⁷¹³ subsumiert. Gleiches gilt für Informationen über eine Gefahr an die Allgemeinheit.⁷¹⁴ Dies ist Folge eines grundlegenden Erkenntnisses des VfGH⁷¹⁵. Eine Qualifikation dieser einschlägigen Warnungen (hier: der Finanzmarktaufsicht [kurz: FMA]) als rechtsförmliche Hoheitsakte lehnte der VfGH ab. Er billigte diesen aber sehr wohl das Potential zum Eingriff in Grundrechte zu. Hierbei hat der VfGH explizit auf die Erwerbs- und Eigentumsfreiheit sowie das Grundrecht auf Datenschutz Bezug genommen. Aufgrund der Eigenschaft der FMA als ausgegliederter Rechtsträger⁷¹⁶ hat dies zu bedeuten, dass der VfGH die von der FMA ausgesprochenen Warnungen als schlichte Hoheitsverwaltung ansieht.⁷¹⁷

In Reaktion auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, in dem dieser das Fehlen eines adäquaten Rechtsschutzes gegen Warnmeldungen der FMA als mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar beurteilte, schuf der Gesetzgeber in zahlreichen Rechtsmaterien bescheidmäßig zu erledigende Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit solcher Warnungen. Damit gab der Gesetzgeber den Betroffenen ein Antragsrecht auf ein Bescheidverfahren, mit dem eine Veröffentlichung überprüft werden kann. Wird in weiterer Folge die Warnung bescheidmäßig als rechtswidrig erkannt, ist sie richtigzustellen, zu entfernen oder öffentlich zu widerrufen (iSe Folgenbeseitigungsanspruches). Erachtet der Betroffene den Bescheid als rechtswidrig (etwa weil der die Warnung als rechtmäßig ansieht oder die Behörde mit diesem säumig wurde), hat er die Möglichkeit zur Anrufung des Verwaltungsgerichtes gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 und Z 3 B-VG.⁷¹⁸

⁷⁰⁸ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 682 ff.

⁷⁰⁹ Als weitere Beispiele sind § 11 Kapitalmarktgesetz 2019 (KMG 2019), BGBl I 2019/62; § 33 Abs 8a Pensionskassengesetz (PKG), BGBl 1990/281 idF BGBl I 2022/36; § 4 Abs 1 Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 (VAG 2016), BGBl I 2015/34; § 92 Abs 6, BGBl I 2017/107 idF BGBl I 2022/36, und § 94 Abs 4 Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (WAG 2018), BGBl I 2017/107, sowie § 64 Abs 10 Zahlungsdienstgesetz (ZaDiG 2018), BGBl I 2018/17, zu nennen.

⁷¹⁰ BGBl 1993/532 idF BGBl I 2022/237.

⁷¹¹ BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2023/111.

⁷¹² RGrBl 1979/177 idF BGBl I 2012/50 aufgehoben durch BGBl I 2024/53.

⁷¹³ VwSlg 16.400 A/2004.

⁷¹⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 988.

⁷¹⁵ VfSlg 18.747/2009.

⁷¹⁶ Ausgegliederte Rechtsträger handeln nach hA nur dann als Staatsorgane im funktionellen Sinn und kann ihr Handeln daher nur für den Fall in Grundrechte eingreifen, wenn es als hoheitliches Handeln qualifiziert wird; siehe hierzu Pöschl, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in Jabloner/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode: Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag [FS Mayer] (2011) 522 ff (526).

⁷¹⁷ Scholz, Produktwarnungen im Gesundheitsrecht (Teil I), RdM 2017/3.

⁷¹⁸ Lenzbauer, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (20 ff).

Grundsätzlich sind diese Informationsrealakte somit dem schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandeln zuzuordnen und sind diese Verhaltensweisen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Vorrangig ist zu prüfen, ob der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verletzt wurde oder doch die Anwendung des Opportunitätsprinzips⁷¹⁹ gerechtfertigt ist. Diese staatlichen Informationstätigkeiten berühren regelmäßig verfassungsrechtliche Fragestellungen, da staatliche Schutzpflichten den Freiheitsrechten der Betroffenen gegenüberstehen. Art 13 EMRK gewährleistet insoweit das Recht auf wirksame Beschwerde, bei unionsrechtlichen Sachverhalten ergänzt durch Art 47 GRC. Hierbei sind sich jedoch rechtsstaatliche Defizite⁷²⁰ einzugestehen, wie folgt:

Ergehen Informationsrealakte im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung ist das AHG anzuwenden, das jedoch etwaige Unterlassungs- und Widerrufsansprüche nach § 1330 ABGB⁷²¹ verdrängt und wird nur Geldersatz vorgesehen, aber nicht der Widerruf und gar die Beseitigung dieser Informationsmeldung. Für die Fälle der Verarbeitung personenbezogener Daten steht eine Beschwerdemöglichkeit an die Datenschutzbehörde offen (§ 24 DSG⁷²²). Auch im Hinblick auf das informale Verwaltungshandeln ist es an dem Gesetzgeber gelegen, die Möglichkeit einer Beschwerde gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG ohne Umwege an das Verwaltungsgericht vorzusehen und damit Rechtsschutz für Betroffene zu gewährleisten^{723, 724}.

B.4. Verhalten in Bezug auf verwaltungsrechtliche Verträge

Eine in der Literatur kontrovers diskutierte Frage wird im Rahmen der Verhaltensbeschwerde mit Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen aufgeworfen⁷²⁵. Kurz vorab: Verwaltungsrechtliche Verträge sind Verträge auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere im Bereich des Verwaltungsrechts. Aus den Art 17, 116 Abs 2 B-VG und der Privatrechtsfähigkeit der Gebietskörperschaften ergibt sich, dass man mit der Verwaltung (und hier mit Gebietskörperschaften) Verträge schließen kann. Diese Verträge unterliegen auf Seiten der Gebietskörperschaften oftmals innenrechtlichen (zu denken hierbei an

⁷¹⁹ VwGH 13. 11. 2008, 2003/01/0382; „*Verhältnismäßigkeit zum Anlass*“.

⁷²⁰ Siehe VfSlg 18.119/2007; 19.112/2010.

⁷²¹ JGS 1811/946 idF RGBI 1916/69.

⁷²² BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2024/70.

⁷²³ Siehe hierzu mehr in Kapitel VI.C.

⁷²⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 682 ff.

⁷²⁵ Wessely in Raschauer/Wessely (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz VwGVG § 53 Rz 1 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at).

Gemeindeordnungen, Haushaltsrecht bzw Selbstbindungsgesetze) und außenrechtlichen (Bundesvergabegesetz, Wohnbauförderungsgesetz) Bindungen.⁷²⁶

a) Der verwaltungsrechtliche Vertrag

Beginnen wir mit einem Beispiel. Ein Bürgermeister wird in den Verhandlungen mit dem Betreiber eines Lebensmittelgeschäftes überzeugt, dass eine Pauschalierung der Getränkesteuer gerechtfertigt ist, und trifft in dieser Folge die Gemeinde mit dem Betriebsinhaber des Lebensmittelgeschäftes eine Vereinbarung, dann handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag.⁷²⁷

Unter einem verwaltungsrechtlichen (bzw öffentlich-rechtlichen) Vertrag wird in der Judikatur⁷²⁸ und Lehre⁷²⁹ eine rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen einer Behörde in hoheitlicher Funktion⁷³⁰ und einem privaten Rechtssubjekt über einen Vertrag verstanden. Gedenk der ungleichen Relation dieser beiden Vertragspartner hat sich der Begriff des „subordinationsrechtlichen Vertrages“⁷³¹ hervor getan.

Folgende Merkmale sprechen für das Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages: Das Vertragsverhältnis ergeht im Rahmen der Hoheitsverwaltung; eine Entscheidung über Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis wird durch Verwaltungsbehörden getroffen und fällt nicht in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit; die Vertragsparteien sind auf der einen Seite Verwaltungsträger in hoheitlicher Funktion und auf der anderen Seite stehen Private. Weiters untersteht der verwaltungsrechtliche Vertrag den Prinzipien des öffentlichen Rechts, vor allem in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁷³² Verwaltungsrechtliche Verträge wurden bisher insbesondere im Abgabenrecht als Instrument der Pauschalierung und damit der Verwaltungsvereinfachung herangezogen. Als Beispiel

⁷²⁶ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 1216.

⁷²⁷ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 706.

⁷²⁸ VfSlg 9226/1981.

⁷²⁹ Siehe Nowotny, Zur Möglichkeit der Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages in der österreichischen Rechtsordnung, ÖJZ 1973, 57 (59).

⁷³⁰ VwGH 30. 5. 2001, 96/08/0261.

⁷³¹ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der österreichischen Dogmatik (2002) 11 ff.

⁷³² Eberhard, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag – Kritische Überlegungen zu einem rechtlichen Phänomen, JAP 2002/2003, 205.

konnte etwa auf Basis des Wiener Vergnügungssteuergesetzes 2005⁷³³ „der Magistrat mit einzelnen Steuerpflichten Vereinbarungen über die zu entrichtende Steuer treffen“. ⁷³⁴

Vom Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages gilt es die öffentlich-rechtlichen Verträge des Verfassungsrechtes zu unterscheiden, die zweifellos de constitutione lata zulässig sind. Die Verfassung sieht hierfür Staatsverträge, Vereinbarungen im Verhältnis zwischen Bund und den Ländern (siehe Art 15a B-VG)⁷³⁵ sowie Vereinbarungen zwischen Gebietskörperschaften (Art 116a, 116b B-VG)⁷³⁶ vor. Diese sog koordinationsrechtlichen Verträge⁷³⁷ werden dadurch charakterisiert, dass sie von gleichberechtigten Partnern geschlossen werden. Im Gegensatz werden verwaltungsrechtliche Verträge im rechtlich ungleichen Verhältnis zwischen dem Staat und Bürgern geschlossen und bilden damit eine Ausnahme zur sonst einseitigen Unterworfenheit des Staatsbürgers unter die heteronome Rechtssetzungskompetenz des Staates. Verträge, die im Rahmen der Hoheitsverwaltung geschlossen werden und als verwaltungsrechtliche Verträge bezeichnet werden, stellen streng genommen öffentlich-rechtliche Verträge im engeren Sinn dar.⁷³⁸

Noch bevor wir uns auf die Zuordnung der verwaltungsrechtlichen Verträge konzentrieren, darf gleich vorweg auf die Problematik verwaltungsrechtlicher Verträge in Bezug auf die Einordnung unter eine Verhaltensbeschwerde, die als Rechtsschutzzinstrument gegen schlichtes Verwaltungshandeln dient, hingewiesen werden. Wie bereits ausgeführt, dient der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung bzw des schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns für all jene Hoheitsakte, die in keinem der verfassungsrechtlich vorgesehenen Typen zuzuordnen sind⁷³⁹.

b) Abgrenzung zur Privatwirtschaftsverwaltung

Aufgrund des bestehenden Dualismus von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, wobei die Abgrenzung⁷⁴⁰ nach österreichischem Verständnis rein

⁷³³ Siehe § 18 des Gesetzes über die Besteuerung von Vergnügen im Gebiet der Stadt Wien (Vergnügungssteuergesetz 2005 – VGSG), LGBl 2005/56 idF LGBl 2013/45; nunmehr Gesetz, mit dem das Gesetz über die Besteuerung von Vergnügen im Gebiet der Stadt Wien (Vergnügungssteuergesetz 2005 – VGSG) geändert wird, LGBl 2016/63.

⁷³⁴ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 405 ff.

⁷³⁵ Grabenwarter/Frank, B-VG² Art 15a Rz 5 (Stand 1. 1. 2025, rdb.at).

⁷³⁶ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 116a B-VG Rz 2 (Stand 1. 10. 2020, rdb.at).

⁷³⁷ Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 405 ff; Giese in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht Art 116b B-VG Rz 1.

⁷³⁸ Eberhard, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, JAP 2002/2003, 205 ff.

⁷³⁹ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 ff; Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 61 ff; Kern, Der Bescheid als Vehikel der dynamischen Entwicklung im Dienste des Rechtsschutzes, ZÖR 2021, 549 (564 ff).

⁷⁴⁰ VfSlg 3262/1957.

formal betrachtet wird, scheiden jene Verträge als verwaltungsrechtliche Verträge aus, die zwischen dem Staat und Privaten geschlossen werden, die einen privatrechtlichen Charakter haben und durch das Zivilrecht des ABGB und der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte⁷⁴¹ geprägt sind. Diese Verträge sind daher keine verwaltungsrechtlichen Verträge. Wie beispielsweise ein großer Teil der staatlichen Subventionen, demnach klassische Leistungen der öffentlichen Hand, die privatrechtlich vergeben werden. Diese stellen keine verwaltungsrechtlichen Verträge dar^{742 743}.

c) Subsumption der verwaltungsrechtlichen Verträge unter Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG

Entgegen den Ausführungen in den Materialien⁷⁴⁴ und auch der Literatur⁷⁴⁵ wird mit kräftigen Argumenten die Meinung vertreten, dass Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens jedenfalls auch rechtswidriges Verhalten aus einem oder im Vorfeld eines verwaltungsrechtlichen Vertrages mitumfasst werden.⁷⁴⁶

Stellt man den Gesetzestext auf die Methodik und dem semantischen sowie pragmatischen Zusammenhang des objektiven Normtextes⁷⁴⁷ ab, gibt es Argumente dafür, dass Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen auch unter eine Verhaltensbeschwerde subsumiert werden können. Bedenkt man, dass die Materialien nicht stets schlüssig sind, scheiden aufgrund des Umstands, dass im Bereich des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG auf die Hoheitsverwaltung abgestellt wird, Akte der Gerichtsbarkeit und privatrechtliches Handeln im Vorhinein aus. Ebenso fallen privatrechtliche Streitigkeiten, mögen sie auch von der staatlichen Verwaltung geführt werden, in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Im Gegensatz sind nach der herrschenden Ansicht⁷⁴⁸ verwaltungsrechtliche Verträge als „subordinationsrechtliche“

⁷⁴¹ Siehe § 1 JN, BGBl 1985/111 idF BGBl 1993/91.

⁷⁴² Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 46 ff, 239 ff.

⁷⁴³ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, JAP 2002/2003, 205 ff.

⁷⁴⁴ Siehe RV 1618 Blg Nr 24. GP, 13: *Verhaltensbeschwerden sind „nach der vorgeschlagenen Z 1 auf den Bereich der Hoheitsverwaltung („Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze“; vgl Art 23 Abs 1 B-VG) beschränkt. Akte der Gerichtsbarkeit kommen daher ebenso wenig als Beschwerdegegenstand in Betracht wie Akte sog Privatwirtschaftsverwaltung oder sog verwaltungsrechtliche Verträge.“* Anderer Ansicht B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“ in FS Stolzlechner 547 (553 ff) und Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 122 ff.

⁷⁴⁵ Siehe anstatt vieler Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 740 oder Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ Rz 658; siehe auch kritisch Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln, JRP 2022, 367, nach dessen Ansicht scheint im Hinblick auf den Charakter der verwaltungsrechtlicher Verträge die Einbeziehung unter den Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung schon deshalb nicht zweckmäßig, weil dem verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht nur ein schlichter, sondern ein normativer Charakter zugeschrieben wird.

⁷⁴⁶ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 122.

⁷⁴⁷ Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 9 ff.

⁷⁴⁸ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 1216 ff.

Rechtsakte dem Bereich der Hoheitsverwaltung zuzurechnen, die eine gesetzliche Grundlage voraussetzen und verfassungsrechtlich nur für den Fall zulässig sind, wenn im Streitfall eine Entscheidung durch eine beteiligte Verwaltungsbehörde mit Bescheid erfolgt, zumal so Rechtsschutz im nach dem bisherigen Rechtsschutzsystem gewährleistet werden kann.⁷⁴⁹

Aufgrund des Rechtsschutzgedankens im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen, insbesondere durch den Umstand, dass das B-VG Rechtsschutzwege für individuelle Akte der Hoheitsverwaltung an ein Handeln der Verwaltung in Bescheidform oder in Form eines verfahrensfreien Verwaltungsaktes (AuvBZ) vorsieht, ergibt sich, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag in einem Bescheid enden müsste, der dann einem weiteren Rechtsmittel⁷⁵⁰ zugänglich ist.⁷⁵¹

Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag sich ins Schema des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG einfügen kann, will der Verfassungsgesetzgeber doch dem einfachen Gesetzgeber die Möglichkeiten einräumen, ohne die Konstruktion von bescheidförmigen Erledigungen, Zugang zu den Verwaltungsgerichten und damit weiteren Rechtsschutz zu ermöglichen. Auch aufgrund Zweckmäßigkeitsüberlegungen und dem Argument der Effektivität können Warnhinweise in Dokumenten als „sonstiges Verhalten“ eingeordnet und damit der Weg der Verhaltensbeschwerde eröffnet werden. Dies spricht weiters dafür, dass auch die Rechtmäßigkeit von finanzbehördlichen Pauschalierungen oder Anforderungen durch einen universitären Leistungsvertrag oder die Rechtmäßigkeit eines Anspruchs auf Vertragserfüllung ohne das Konstruieren eines Verfahrens zur Bescheiderlassung zum tauglichen Beschwerdegegenstand der Verhaltensbeschwerde erklärt werden kann. Spinnt man diesen Gedankengang weiter, wird sich die Frage zu stellen sein, dass wenn man das Agieren der Aufsichtsbehörde aus ihrem Aufsichtsrechtverhältnis unter das Verhalten des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG subsumieren kann, dann müsste auch das Verhalten einer Verwaltungsbehörde aus einem verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis unter den Begriff des „Verhaltens“ fallen.⁷⁵²

⁷⁴⁹ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 123.

⁷⁵⁰ Siehe VfSlg 9226/1981, 17.101/2004; VwSlg 5678 F/1982; VwGH 16. 11. 1998, 94/17/0009.

⁷⁵¹ *Kahl/Schmid*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ Rz 410.

⁷⁵² *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 130 B-VG Rz 10; *Hauer*, Zuständigkeit, in *Janko/Leeb* (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit 36; vgl auch *Wiederin* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 33 f; *Köhler*, Die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte in Steuersachen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 105.

Hier darf die Überlegung angestellt werden, dass die Materialien gegebenenfalls auf jene Konstellation abzielen, in denen Private Vertragsverhältnisse auf öffentlich-rechtlicher Basis abschließen (die auch einer verwaltungsrechtlichen Genehmigung bedürfen), die allerdings nur als privatrechtliche Streitigkeiten einzuordnen sind – wie beispielsweise mit der Verwaltung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung - und somit der Weg zu den ordentlichen Gerichten führt⁷⁵³. Konsequenterweise ist nicht auf eine generelle Ausrichtung des Art 130 B-VG auf Rechtsstreitigkeiten zwischen privaten Parteien und der Hoheitsverwaltung und gerade nicht auf *inter privatos*, selbst wenn ihr Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, abzustellen. Jedenfalls wird Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nicht dem einfachen Gesetzgeber die Möglichkeit einräumen, Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten im Sinne eines „Verwaltungsprivatrechts“ durch die Anrufung der Verwaltungsgerichte mittels Verhaltensbeschwerde vorzusehen. Nicht nur die Rechtmäßigkeit des verwaltungsbehördlichen Handelns, sondern auch die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch einen privaten Vertragspartner könnte einen tauglichen Beschwerdegegenstand der Verhaltensbeschwerde darstellen.⁷⁵⁴

Nach *Bernhard Raschauer* wird auf das Kriterium, dass es sich um das „Verhalten“ einer Verwaltungsbehörde und eben nicht um das Verhalten eines privaten Vertragspartners im Zusammenhang mit der Entstehen und der Erfüllung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages handeln muss, abgestellt.⁷⁵⁵ Allerdings wird das Verhalten des privaten Vertragspartners im verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedenfalls dann zu beurteilen sein, wenn die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Verwaltungsbehörde überprüft wird und das Ausmaß des vertragsgemäßen Verhaltens vom Vertragspartner abhängt. Daraus kann auch geschlossen werden, dass die Frage, ob die Verwaltungsbehörde bestimmte Vertragsverpflichtungen aus dem Grund nicht erbracht hat, weil der private Vertragspartner auch seine Leistungen nicht erfüllt hat, Gegenstand eines Verhaltensbeschwerdeverfahrens sein kann. Für sich genommen steht es der Verwaltungsbehörde nach dem Konzept von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG jedoch nicht offen, das Verwaltungsgericht mittels Verhaltensbeschwerde zur Frage der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Vertragspartners anzurufen.⁷⁵⁶

⁷⁵³ Siehe Beispiele in *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 122.

⁷⁵⁴ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 124.

⁷⁵⁵ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (555).

⁷⁵⁶ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 125.

Ein Argument, dass gegen die Einbeziehung verwaltungsrechtlicher Verträge unter die Verhaltensbeschwerde spricht, ist, dass Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG von einer „Beschwerde“ gegen die Rechtswidrigkeit handelt, was jedenfalls dem Vertragsrecht zuwiderläuft. Allerdings wird dieser Interpretation entgegenzuhalten sein, dass diese Thematik des der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogenen Rechtsschutzbedürfnisses in der Bundesverfassung ein bekanntes Problem darstellt. Hierbei kann der VfGH gemäß Art 138a B-VG⁷⁵⁷ die Feststellung treffen, ob eine Vereinbarung im Sinne von Art 15a B-VG vorliegt und wenn die Frage zu bejahen ist, ob von einer dieser Vertragsparteien die aus diesem Vertrag resultierenden Verpflichtungen, sofern es sich nicht um rein vermögensrechtliche Ansprüche handelt, auch eingehalten wurden.⁷⁵⁸ Daraus folgend bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, wenn von dem zuständigen Gesetzgeber eine Beschwerde zur Feststellung der Rechtswidrigkeit wegen Nichterfüllung eines gesetzlich vorgesehenen und gesetzmäßig zustande gekommenen verwaltungsrechtlichen Vertrages ermöglicht wird. Daraus folgend könnten Beschwerden gegen die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens auch ein rechtswidriges Verhalten aus oder im Vorfeld eines verwaltungsrechtlichen Vertrages durch eine Verwaltungsbehörde umfassen.⁷⁵⁹

Das Verwaltungsgericht würde für den Fall, dass eine Verhaltensbeschwerde in Bezug auf verwaltungsrechtliche Verträge durch den Gesetzgeber vorgesehen werden würde, bereits als Vorfrage zu klären haben, ob eine verbindliche Vereinbarung vorliegt und wird in diesem Zusammenhang auch eine Beschwerdemöglichkeit für dritte Personen eröffnet werden. Dies mit der Behauptung, dass sie durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag wegen eines diskriminierenden Inhaltes in ihren Rechten verletzt wurden und mit dem Ziel der Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages.⁷⁶⁰

Dies theoretischen Überlegungen bedingen allerdings ein Tätigwerden des Gesetzgebers, jedoch nehmen diese Gedanken schon eines vorweg: Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ist nicht in Stein gemeißelt und könnten künftig den Verwaltungsgerichten auch die Überprüfung von rechtswidrigen Verhalten im Vorfeld oder aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag aufgrund einfachgesetzlich begründeter Zuständigkeit zukommen.

⁷⁵⁷ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2003/100.

⁷⁵⁸ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (554 ff).

⁷⁵⁹ Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 127 (142); Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 41 ff; Hauer in Janko/Leeb (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 27 (36).

⁷⁶⁰ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548).

d) Das Verhältnis verwaltungsrechtlicher Verträge zu Art 137 B-VG

Zuletzt bleibt die Frage zu stellen, inwiefern der einfache Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Verhaltensbeschwerde in Bezug auf verwaltungsrechtliche Verträge die Grenzen von Art 137 B-VG⁷⁶¹ beachten muss.

Gemäß Art 137 B-VG erkennt der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche gegen Gebietskörperschaften soweit diese „*weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind.*“ Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde Art 137 B-VG inhaltlich nicht verändert, sodass sich zu fragen bleibt, ob der Verfassungsgesetzgeber dadurch für den Fall vermögensrechtlicher Ansprüche – sofern sie nicht privatrechtlicher Natur oder als Amtshaftungsansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können, zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit entweder die Erlassung eines Bescheides oder doch die Anrufung des VfGH vorsehen wollte. Für den Fall, dass die geltend gemachte Vertragserfüllung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages vermögensrechtliche Ansprüche gegen die in Art 137 B-VG aufgezählten Rechtsträger zum Gegenstand hat, wird nach *B. Raschauer*⁷⁶² zwingend eine Zuständigkeit des VfGH für vermögensrechtliche Ansprüche auch aus verwaltungsrechtlichen Verträgen anzunehmen sein.

Zu bedenken gilt hierbei, dass Art 137 B-VG eine subsidiäre Funktion zukommt und die Anrufung des VfGH zwecks Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche nur offensteht, wenn – im alten System – weder die ordentlichen Gerichte noch der klassische Verwaltungsweg zur Liquidierung offen steht. Jedenfalls könnte der Gesetzgeber grundsätzlich die Zulässigkeit der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche mittels Verhaltensbeschwerde, wenn er denn nicht eine bescheidförmige Erledigung bestimmt hat, vorsehen und würde damit die subsidiäre Zuständigkeit des VfGH für diese Fälle wegfallen.⁷⁶³

C. Einer Verwaltungsbehörde

Das von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG erfasste und mittels Beschwerde an ein Verwaltungsgericht geltend zu machende rechtswidrige Verhalten muss einer „*Verwaltungsbehörde*“ zuzurechnen

⁷⁶¹ BGBl 1930/1 idF BGBl 2012/51 lautet: „*Art 137: Der Verfassungsgerichtshof erkennt über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind.*“

⁷⁶² *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (554 ff).

⁷⁶³ *Holoubek in Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 125.

sein. Dabei ist der Begriff der Verwaltungsbehörde im funktionellen Sinn⁷⁶⁴ zu verstehen, sodass auch ein Verhalten beliehener Rechtsträger, von richterlichen Organen im Rahmen der hoheitlichen Justizverwaltung⁷⁶⁵ sowie die hoheitliche Parlamentsverwaltung grundsätzlich, wenn der einfache Gesetzgeber dies vorsieht, in Beschwerde gezogen werden kann.⁷⁶⁶ Diese Ansicht kann auch daraus geschlossen werden, weil der Zweck von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG in der Beseitigung von Rechtsschutzlücken besteht und kann keine Intention des Verfassungsgesetzgebers erkannt werden, dass er ausgegliederte Rechtsträger von der Verhaltensbeschwerde ausschließen wollte. Ebenso wird in der Rechtsprechung des VfGH ein weiter Behördenbegriff judiziert.⁷⁶⁷ Ausschlaggebend ist dabei eine Zurechnung des Verhaltens eines Verwaltungsorgans zu einer Verwaltungsbehörde, wobei das Verhalten nicht notwendigerweise von einem Organ des jeweiligen Rechtsträgers im engeren Sinn gesetzt werden muss.

C.1. Beliehene

Im Rahmen einer funktionellen Betrachtungsweise des Begriffs der Verwaltungsbehörde stellt sich die Frage, in welchem Umfang hoheitliche Befugnisse – insbesondere bei Beliehenen – vorhanden sein müssen. Anders formuliert: Muss der betreffende Rechtsträger über die Befugnis zur Setzung klassischer hoheitlicher Rechtsakte in Form der vertypen Rechtsakte verfügen, damit auch sein sonstiges Verwaltungshandeln im Sinne des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG beschwerdefähig ist, zumal sich die Verhaltensbeschwerde – deren Anknüpfungspunkt gerade das Fehlen der Normativität ist – als echte Alternative zur klassischen Bescheidbeschwerde darstellt? Oder genügt bereits eine einfache Beleihe⁷⁶⁸, um die Einordnung des Rechtsträgers als Verwaltungsbehörde und damit den Zugang zum Verwaltungsgericht zu eröffnen?

⁷⁶⁴ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548); Müller, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte, JRP 2018, 76 (81).

⁷⁶⁵ Cohen, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung, JBl 2014, 228 (229).

⁷⁶⁶ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548 ff).

⁷⁶⁷ Müller, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte, JRP 2018, 76; siehe VfSlg 13.560/1993 zur Auslegung von § 2 RAO in Bezug zu Tätigkeiten des Landesvolksanwalts.

⁷⁶⁸ Wie etwa die Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit (AGES), deren Handeln in engen Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit des Bundesamtes für Sicherheit im Gesundheitswesen (BASG), dessen Hilfskörper sie ist, siehe dazu mehr in Lenz, Schlichte Hoheitsverwaltung 65 und FN 824.

Reduziert man Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG auf seine Zweckbestimmung, sprechen gewichtige Argumente dafür, dass für die Qualifikation eines Rechtsträgers als Verwaltungsbehörde entscheidend auf ein Verwaltungshandeln in Vollziehung der Gesetze abzustellen ist.⁷⁶⁹

Dies wird auch dadurch verdeutlicht, dass Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG eine Schwelle unterhalb der klassischen Rechtsschutzformen ermöglicht, ohne den zivilrechtlichen Rechtsweg beschreiten zu müssen. Folglich wird der Fokus auf das schlicht hoheitliche Verhalten zu legen sein und nicht auf die behördliche Qualität jenes Rechtsträgers⁷⁷⁰, dem das Verhalten zuzurechnen sein wird. Somit ergibt sich aus der Formulierung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, der auf ein Verhalten einer Verwaltungsbehörde abstellt, dass es sich um ein Verhalten in Zusammenhang mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben handeln muss und wird daher auch bei der Frage, was genau hierbei zur Hoheitsverwaltung gezählt wird, letztlich auf ein Verhalten „in Vollziehung der Gesetze“ abzustellen sein, sodass auch grundsätzlich ein Verhalten beliehener Organe⁷⁷¹ den Gegenstand der Verhaltensbeschwerde darstellen kann.⁷⁷²

C.2. Justizverwaltung und Parlamentsverwaltung

Das Abstellen auf den funktionellen Sinn hat auch weiters zur Folge, dass auch das Verhalten von richterlichen Organen im Bereich der hoheitlichen Justizverwaltung oder ein Verhalten der hoheitlichen Parlamentsverwaltung grundsätzlich als tauglicher Beschwerdegegenstand in Betracht zu ziehen ist.⁷⁷³ Die Besorgung von Justizverwaltungsangelegenheiten ist durch Richter vorgesehen und wird auch die Besorgung gewisser Verwaltungsagenden, nämlich die der Justizverwaltung, durch Gerichte vorgesehen⁷⁷⁴. Dabei handelt es sich um Geschäfte der Justizverwaltung durch Einzelrichter und deren Hilfsorgane.⁷⁷⁵ Organisatorisch ist die Grenzziehung wichtig, besticht doch die Justiz mit einer durchgängigen Gleichordnung der Organe, während in der Verwaltung auch Über- und Unterordnungen zu finden sind. Dies bedeutet, dass ein Organ dem anderen Organ gegenüber befehlsberechtigt ist, während dieses

⁷⁶⁹ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 126.

⁷⁷⁰ Siehe auch *Muzak*, ZfV 2012, 17, demnach das Abstellen auf die funktionelle Stellung als Behörde ausschlaggebend ist und daher nicht nur das Handeln von Organen der Gebietskörperschaften für andeutbar erklärt werden kann, sondern auch von sonstigen Rechtsträgern, wie Beliehenen, die mit der Besorgung der Aufgaben der Hoheitsverwaltung betraut sind; so auch *Thienel*, Neuordnung 41.

⁷⁷¹ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548).

⁷⁷² *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 126 ff.

⁷⁷³ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 126.

⁷⁷⁴ Während grundsätzlich die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt zu sein hat (siehe Art 94 B-VG), wird für die Justizverwaltung in Art 87 Abs 2 B-VG aber besonderes bestimmt.

⁷⁷⁵ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ Rz 765.

andere Organ jenem ersten gegenüber gehorsamspflichtig ist.⁷⁷⁶ Folglich kommen die richterlichen Garantien in der Justizverwaltung nicht zum Tragen und ist der Richter bei der Besorgung dieser Justizverwaltungsgeschäfte an die Weisungen vorgesetzter Verwaltungsorgane, und letztlich jene des zuständigen Bundesministers, gebunden.⁷⁷⁷ Zur Justizverwaltung zählen jene Aufgaben, die zur Gerichtsbarkeit einen inhaltlichen Bezug haben⁷⁷⁸. Hierzu fallen Angelegenheiten der Personalverwaltung, der Sachmittelverwaltung, bestimmte Angelegenheiten des Strafvollzugs und die Vorschreibung von Gerichtsgebühren⁷⁷⁹.⁷⁸⁰

Unter der Parlamentsverwaltung wird die Besorgung von Verwaltungsaufgaben von Teil- und Hilfsorganen gesetzgebender Körperschaften verstanden. Zu diesen gehören primär die Verwaltungsangelegenheiten im Bereich der Organe der Gesetzgebung⁷⁸¹. Die Aufgaben der Parlamentsverwaltung umfassen Geschäfte der Personalverwaltung bezogen auf die Bediensteten der Parlamentsdirektion und die Verwaltung von Sachmitteln, die für den Betrieb notwendig sind. Dabei wird der Nationalratspräsident in seiner Funktion als haushaltsleitendes und anweisendes Organ an der Führung des Bundeshaushalts tätig⁷⁸². Die Zuständigkeit für die Besorgung der Verwaltungsgeschäfte kommt dabei der Parlamentsdirektion unter der Leitung des Nationalratspräsidenten zu. Hier wird dem Nationalratspräsidenten die Rechtsstellung eines obersten Verwaltungsorgans mit ungeteilter Entscheidungsgewalt zugeschrieben.⁷⁸³

Als Beispiel für die Geschäfte der Personalverwaltung bezogen auf die Bediensteten der Parlamentsdirektion wäre die Verweigerung von Auskünften von Fachinformationen durch den Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienst (RLW⁷⁸⁴) zu nennen.⁷⁸⁵ Grundsätzlich wäre auch das Verhalten von Mitarbeitern von Dienststellen und von Hilfs- und Exekutivorganen, sofern dieses Verhalten einer Verwaltungsbehörde zuzurechnen ist, für eine Einordnung als Verwaltungsbehörde rechtlich relevant.⁷⁸⁶ Durch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals, dass das inkriminierte Verhalten „in *Vollziehung der Gesetze*“ gesetzt werden muss, wird dem

⁷⁷⁶ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht 37.

⁷⁷⁷ Funk, Einführung in das österreichische Verfassungs- und Verwaltungsrecht⁶ 162.

⁷⁷⁸ VfSlg 7376/1974.

⁷⁷⁹ VfSlg 6484/1971.

⁷⁸⁰ Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 28 ff.

⁷⁸¹ Siehe für den Bund Art 30 Abs 3, 4 und 6 B-VG, BGBl 1930/1 idF BGBl I 2007/27.

⁷⁸² Siehe § 5 BHG 2013, BGBl I 2009/139 idF BGBl I 2024/159.

⁷⁸³ Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 23 ff.

⁷⁸⁴ Der RLW bietet mit seinen Fachinformationen Unterstützung an Parlamentarierinnen und Klubs. Im Weiteren stellt der RLW ein Informationsservice für Medienvertreter, die interessierte Öffentlichkeit und Wissenschaftler dar

⁷⁸⁵ Siehe <https://www.parlament.gv.at/fachinfos/rlqw> (Stand 5. 12. 2024).

⁷⁸⁶ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548).

Gesetzgeber auch die Wahlfreiheit für bestimmte Konstellationen überlassen, ob er öffentliche Aufgaben privatwirtschaftlich oder hoheitlich vollzogen wahrgenommen wissen will⁷⁸⁷. Als Beispiel ist in diesem Zusammenhang die Zertifizierung im Produktrecht zu nennen. Die hA vertritt dabei die Ansicht, dass das „Zertifizierungsverhältnis“ der privatrechtlichen Natur zuzuordnen ist. Hier könnte der Gesetzgeber eine schlicht hoheitliche Ausgestaltung bestimmen und Zertifizierungen⁷⁸⁸ in bestimmten Fällen als „Verhalten in Vollziehung der Gesetze“ einordnen.⁷⁸⁹

D. In Vollziehung der Gesetze

Nach der herrschenden Lehre fällt unter den Terminus „*in Vollziehung der Gesetze*“ sowohl typengebundenen als auch schlicht hoheitliches Handeln.⁷⁹⁰ Dies wird aufgrund der Rechtsprechung des OGH in Bezug auf amtschaftungsrechtliche Themenkomplexe geschlossen. *Michael Holoubek*⁷⁹¹ betont, dass dieser Terminus „*in Vollziehung der Gesetze*“ aus dem AHG stammend nicht mit Hoheitsverwaltung als Beschwerdegegenstand für den typengebundenen Rechtsschutz gleichgesetzt werden.⁷⁹² Dezentert Dass es sich um ein Verhalten in Vollziehung der Gesetze handeln muss, dient zur Begründung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und auch diese Befugnis des einfachen Gesetzgebers auf öffentlich-rechtliche Handlungsformen der Verwaltung zu begrenzen. Damit wird eine klare Trennung zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit für bürgerliche Rechtssachen unter Beteiligung der Verwaltung garantiert.⁷⁹³ Folglich wird unter der Phrase „*in Vollziehung der Gesetze*“ nur auf hoheitliches Verwaltungshandeln abgestellt und kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob es für das inkriminierte Verhalten eine gesetzliche Grundlage gibt oder ob das Verhalten als „Vollziehung“ qualifiziert wird.⁷⁹⁴

⁷⁸⁷ Vgl VfGH 5. 12. 2013, B 572/2013 = VfSlg 19.823: Hier hielt der VfGH im Zusammenhang mit Streitigkeiten aus einem Ausbildungsverhältnis bei Fachhochschulen fest, dass das Prüfungsrechtsverhältnis bei Fachhochschulen „*funktional äquivalent privatrechtlich wie öffentlich rechtlich/hoheitlich geregelt werden*“ kann – wobei der VfGH de lege lata von einer privatrechtlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber im FHG ausgeht.

⁷⁸⁸ Zu der rechtlichen Einordnung der Zertifizierungen siehe *Holoubek*, Das „Zertifizierungsverhältnis“ – Überlegungen zu „Staat“ und „Privat“ im Wirtschaftsrecht, in FS Stolzlechner 259 ff.

⁷⁸⁹ *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 126.

⁷⁹⁰ *Eberhard* in *Baumgartner* (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch (2013) 157 (167); *Holoubek* in *Holoubek/Lang*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 142.

⁷⁹¹ *Holoubek*, Der Beschwerdegegenstand vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz, in *Holoubek/Lang*, Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 213 (218).

⁷⁹² *Karkulik*, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, JRP 2014, 169 (179).

⁷⁹³ *Holoubek*, Handlungsformen, Legalitätsprinzip und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Ennöckl/N. Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely* (Hrsg), FS Raschauer (2013) 192.

⁷⁹⁴ *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548); *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 Rz 32.

Der Oberste Gerichtshof geht in einer Vielzahl von Fällen nach der so genannten „Dunstkreismethode“⁷⁹⁵ vor: Wird ein inhaltlicher Zusammenhang eines Verhaltens eines Verwaltungsorgans zu Hoheitsakten im engeren Sinne zu bejahen sein, dann werden diese Handlungen bzw auch Unterlassungen als Handeln in Vollziehung der Gesetze angesehen. Sollte daher ein Straßenschild auf der falschen Straßenseite montiert werden, erfolgt dieses Aufstellen in Vollziehung der Gesetze, weil es im Zuge der Kundmachung einer Verordnung⁷⁹⁶ erfolgte. Dabei wird die rechtsschutzfreundliche Auslegung den OGH dazu verleiten, den inhaltlichen Zusammenhang weit zu dehnen. So ist etwa jede Fahrt zur Wartung einer Anlage, die einem hoheitlichen Zweck dient, wie etwa eine Funkfeuerungsanlage der Luftfahrtbehörde, eine hoheitliche Fahrt⁷⁹⁷.⁷⁹⁸

Allerdings geriet diese Rechtsprechung schnell in Kritik, bedenkt man, dass alle Handlungen, die irgendwie dem Dunstkreis zugeschrieben werden, zum Zwecke der Amtshaftung⁷⁹⁹ zu Hoheitsverwaltung gezählt wurden. Die „Diensthundeentscheidung“⁸⁰⁰ war letztlich entscheidend, den von der Judikatur sehr weit ausgelegten inhaltlichen Zusammenhang eines Verhaltens eines Verwaltungsorgans zu Hoheitsakten im engeren Sinn zu begrenzen und wurde sich um eine konkretere bereichsspezifische Einordnung bemüht. Der OGH orientierte sich im Anschluss wieder vermehrt an der rechtstechnischen Abgrenzung⁸⁰¹, folglich auf eine Zuordnung zu einem Hoheitsakt im engeren Sinn und verringerte den Fokus auf den materiellen Gehalt einer Aufgabe⁸⁰². Auch die funktionelle Zurechnung zur Hoheitsverwaltung hat ihre Schwächen, wäre doch im Fall des Wasserabsperrens, wenn auf die Zahlung der Wasserrechnung vergessen wurde und von der städtischen Verwaltung die Wasserzufuhr gesperrt wurde, woraufhin alle Zuchtfische verendet waren, dann der Amtshaftungsweg zulässig, wenn das Wasserlieferungsverhältnis aufgrund des gesetzlich normierten Anschlusszwangs öffentlich rechtlich und damit auch hoheitlich begründet ist. Eine Befreiung des Anschlusszwanges wäre mit Bescheid zu bewilligen. Würde für diesen Fall die selbe

⁷⁹⁵ Puck, Haftung des Staates für informelle Zusagen und Auskünfte, in Aicher (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 171 (177).

⁷⁹⁶ OGH SZ 59/4; ZVR 1981/64; SZ 54/12; gilt auch, wenn der Straßenhalter selbst das Verkehrszeichen aufstellt (OGH, EvBl 1986/119).

⁷⁹⁷ OGH SZ 37/14.

⁷⁹⁸ Holoubek, Haftung für schlichtes Verwaltungshandeln, in Holoubek/Lang (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 247 (250).

⁷⁹⁹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 705 ff.

⁸⁰⁰ OGH SZ 41/2: Hier wurde das Halten eines Diensthundes in einem Hundezwinger, sohin nicht während eines Einsatzes, als eine Tätigkeit „in Vollziehung der Gesetze“ im Sinne des AHG eingeordnet. Sohin müsste bei dieser weiten Auslegung müsste auch jede Handhabe von Sachmitteln, die im Zusammenhang mit einer hoheitlichen Tätigkeit steht, dem Regime des Amtshaftungsgesetzes unterliegen.

⁸⁰¹ Bsp OGH SZ 61/261; SZ 62/40.

⁸⁰² OGH SZ 61/261.

Wasserleitung aber brüchig und würde zu Schäden in der Sphäre von Personen führen, die vom Anschlusszwang ausgenommen sind, gelangt das AHG nicht zur Anwendung.⁸⁰³

Gemäß § 1 Abs 1 AHG⁸⁰⁴ haften der Bund, die Länder, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den ihre als Organe handelnde Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem auch immer schuldhaft zugefügt haben. Dabei kommt der verwendeten Formulierung „in Vollziehung der Gesetze“ zweierlei Bedeutung zu. Diese Wendung impliziert den Ausschluss der Haftung für legislatives Unrecht. Gehaftet wird sohin nur für die Vollziehung der Gesetze, damit für Justiz und Verwaltung. Weiters ist diese Formulierung aus dem im Jahre 1949 vorhandenen Verständnis zu lesen. Die „Vollziehung der Gesetze“ ist gleichzusetzen mit hoheitlichem Verhalten, weil es kein „Vollziehen“ im Privatrecht gibt; hier wird angewendet. Wenn der Staat folglich wie ein Privater agiert, vollzieht er nicht die Gesetze.⁸⁰⁵ Die Judikatur und Lehre gehen daher zu Recht davon aus, dass § 1 Abs 1 AHG und Art 23 Abs 1 B-VG⁸⁰⁶ den Amtshaftungsweg nicht nur für jene Fälle vorsehen will, wenn hoheitliche Rechtsakte im engeren Sinn den Schaden verursachen. Denn auch für den Fall, dass ein kausaler Schaden durch das Unterlassen eines Bescheides auftritt, zeigt auf, dass das Vorliegen eines Hoheitsaktes im engeren Sinn gerade keine Voraussetzung darstellt⁸⁰⁷. Wirft man einen Blick auf den Schutzzweck der Norm ist es jedenfalls notwendig, alle unmittelbar im Kontext mit Hoheitsverwaltung stehenden Handlungen, sohin auch das schlicht hoheitliche Verwaltungshandeln, dem Regime des AHG zu unterwerfen.⁸⁰⁸

Nach dem AHG kann ein haftungsbegründendes Ereignis somit alle Hoheitsakte im klassischen Sinn darstellen, wie etwa ein rechtswidriger Bescheid⁸⁰⁹, Akt unmittelbar verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt⁸¹⁰ oder Verordnung⁸¹¹. Wie bereits ausgeführt, umfasst der Begriff des Verhaltens sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen. Daher wird auch das Nicht-Erlassen gebotener Bescheide, im Sinne einer Säumnis, oder aber auch das Nicht-Erlassen einer gebotenen Verordnung als haftungsbegründendes Moment gesehen werden. Überhaupt kann unter den Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung jedes

⁸⁰³ *Holoubek in Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen 251 ff.

⁸⁰⁴ BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/33.

⁸⁰⁵ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 705.

⁸⁰⁶ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2003/100.

⁸⁰⁷ Siehe Beispiele in *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 706.

⁸⁰⁸ *Holoubek in Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen 251 ff.

⁸⁰⁹ Zu denken etwa an das Versagen einer angesuchten Bewilligung.

⁸¹⁰ Anstatt vieler siehe Waffengebrauch – OGH SZ 68/155.

⁸¹¹ Beispielsweise eine Preisfestsetzung.

Verwaltungshandeln, das im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung gesetzt wurde, als ein Verhalten in Vollziehung der Gesetze subsumiert werden. Als Beispiele sind hier die im Rahmen eines Lokalaugenscheins im Verwaltungsverfahren erlittene Schadenszufügung⁸¹² oder die fernmündliche Bekanntgabe einer Sicherheitsbeurteilung⁸¹³ zu nennen. Selbiges gilt auch für ein Unterlassen gebotener schlicht hoheitlicher Handlungen, wie etwa Beaufsichtigung und Kontrolle^{814 815}.

E. Einzelfragen - Problemstellungen:

Die Einordnung eines Verhaltens wirft naturgemäß verschiedene Problemfelder auf, die einer kritischen Betrachtung bedürfen. So stellt sich etwa die Frage, ob überhaupt ein Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten einer Verwaltungsbehörde besteht. Weiters ist zu klären, ob nur individuelles Verhalten erfasst wird, oder ob – wie in Teilen der Literatur vertreten – auch generelles Verhalten einbezogen werden sollte. Ebenso bleibt offen, ob das Verhalten stets einen Eingriff in subjektive Rechte voraussetzen muss. Das folgende Kapitel widmet sich diesen Fragestellungen und zeigt, dass der Begriff des Verhaltens keineswegs so eindeutig ist, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag.

E.1. Gibt es einen Anspruch auf ein Verhalten?

Nehmen wir folgende Fallkonstellation an: Der Name der Person XY wird in einer Warnmeldung der FMA veröffentlicht. Ein Reisepassfoto von Person XZ im Fernsehen im Rahmen einer polizeilichen Fahndungsmeldung ausgestrahlt. Welche Möglichkeiten sich zur Wehr zu setzen, stehen XY und YZ zur Verfügung? Das ABGB wird mit § 1330 per se keine Abhilfe⁸¹⁶ schaffen, weil es hierbei um Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung handelt.⁸¹⁷ Daher stellt sich die Frage: Gibt es einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten?

Die materiellrechtliche Grundlage könnte dabei in zwei Fällen gegeben sein. Zum einen, wenn es einen Anspruch auf Vornahme eines Verhaltens gibt oder zum anderen, wenn ein rechtswidriger Zustand vorliegt, der auch als Eingriff in die individuelle Rechtssphäre zu

⁸¹² Vgl OGH 23. 11. 1999, 1 Ob 103/99z – Stellungskommission.

⁸¹³ Vgl OGH 30. 9. 2008, 1 Ob 225/07f.

⁸¹⁴ OGH SZ 66/130.

⁸¹⁵ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 706.

⁸¹⁶ Das AHG verdrängt Unterlassungs- und Widerrufsansprüche nach dem Zivilrecht und ermöglicht nur Geldersatz, jedoch nicht den Widerruf und die Beseitigung (siehe OGH 10. 4. 2008, 6 Ob 23/08p); dazu später mehr in Kapitel VII.A.

⁸¹⁷ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 683 ff; Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2004) § 1330 Rz 34.

werten ist. Für diese Konstellationen kann die Frage aufgeworfen werden, ob ein nicht normativer Hoheitsakt vorhanden ist, der geeignet ist, den rechtswidrigen Eingriff zu beenden. Vorweg kann festgehalten werden: Ansprüche auf nicht normative Hoheitsakte gibt es vielfach. Zu denken an den Anspruch auf Ausstellung einer Urkunde, wie etwa die Geburtsurkunde (§ 11 PStG 2013⁸¹⁸), der Meldebestätigung (§ 19 MeldeG 1991⁸¹⁹), des Staatsbürgerschaftsnachweises (§ 44 StbG⁸²⁰), oder des Reisepasses (§ 7 PassG 1992⁸²¹). Als weitere Beispiele sind die Herausgabe von Gegenständen, die Zahlung einer Geldsumme die Erteilung einer Auskunft nach dem Auskunftsrecht⁸²², auf Akteneinsicht oder auf Zugang zu Unterlagen im Rahmen eines Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahrens zu nennen. In diesem Zusammenhang sei die Frage erlaubt, inwiefern wir von dem Begriff der Ansprüche im Zusammenhang mit subjektiven Rechten bzw von subjektiven öffentlichen Rechten reden können, zumal wir uns im Bereich der Hoheitsverwaltung befinden. Wer beispielsweise einen Blick in das Personenstandgesetz wirft, wird in § 53 PStG 2013⁸²³ folgende Formulierung lesen: „(1) Personenstandsurkunden sind Auszüge aus dem ZPR. Soweit kein schutzwürdiges Interesse entgegensteht und in den nachfolgenden Bestimmungen nichts anderes bestimmt ist, geben diese den wesentlichen aktuellen Inhalt der Eintragung wieder. [...] (3) Die Personenstandsbehörden haben auszustellen: 1. Geburtsurkunden; 2. Heiratsurkunden; 3. Partnerschaftsurkunden, 4. Urkunden über Todesfälle [...]“. Aus der verwendeten Formulierung „Die Personenstandsbehörden haben ...“ ergibt sich eine Amtspflicht der Behörde. Nirgendwo wird ein Anspruch oder ein subjektives Recht erwähnt. Und trotzdem wird hierbei niemand in Frage stellen, dass der Antragsteller ein Recht auf Ausstellung dieser Urkunde hat. Ähnliche Bestimmungen von Parteirechten finden sich im AVG⁸²⁴, die mit den Worten „Die Behörde hat ...“ eine Amtspflicht zum Ausdruck bringen. Daraus kann geschlossen werden, dass gesetzliche Bestimmungen, die eine Amtspflicht enthalten, Ausdruck von subjektiven Rechten sein können.⁸²⁵ Somit wird man die Frage nach einem Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten jedenfalls bejahen können und werden im Falle der Verletzung dieses

⁸¹⁸ BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2018/56.

⁸¹⁹ BGBl 1992/9 idF BGBl I 2023/160.

⁸²⁰ BGBl 1985/311 idF BGBl I 2021/162.

⁸²¹ BGBl 1992/839 idF BGBl I 2006/44.

⁸²² Vgl für den Bund das AuskunftspflichtG, BGBl 1987/287 idF BGBl I 2024/5, und für die Länder das Auskunftspflicht-Grundsatzgesetz, BGBl I 1998, 158, sowie die jeweiligen Landesgesetze (siehe etwa NÖ AuskunftsG, LGBl 0020-2).

⁸²³ BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2018/32.

⁸²⁴ Zu denken hierbei an § 17 AVG, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2013/33, § 41 AVG, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2023/88, und § 62 AVG, BGBl 1991/51.

⁸²⁵ B. Raschauer in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit 268 ff.

Anspruchs durch ein Handeln bzw ein Unterlassen subjektive Rechte des Einzelnen betroffen sein können.

E.2. Beschränkung auf individuelles Verhalten?

Es stellt sich weiters die Frage, welches konkrete Verhalten in Form von individuellem oder auch generellem schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandeln umfasst werden sollen. Man könnte annehmen, dass es sich bei dem inkriminierten Verhalten nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG stets um ein individuelles schlichtes Verwaltungshandeln handeln müsste. Dass es aber Argumente gibt, die auch für ein generelles Verwaltungshandeln die Beschwerdemöglichkeit nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG sprechen, wird dieses Unterkapitel aufzeigen.

Grundsätzlich spricht der Wortsinn von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG gegen die Zulässigkeit von Verhaltensbeschwerden gegen generelle typenfreie Hoheitsakte bzw deren Nichterlassung. Jedoch umfasst Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG ein „*Verhalten [...] einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze*“, ohne auf einen bestimmten Adressatenkreis Bezug zu nehmen. Damit schließt die Verfassungsbestimmung an Art 23 Abs 1 B-VG an, der den gesamten Bereich der Hoheitsverwaltung und sohin auch schlichtes Verwaltungshandeln bzw dessen Unterlassen erfasst.⁸²⁶ Ebenso sprechen systemische Überlegungen jedenfalls dafür, dass ein von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG umfasstes Verhalten in Vollziehung der Gesetze jedenfalls wie auch wie Art 23 Abs 1 B-VG das gesamte Feld der Hoheitsverwaltung miteinbeziehen soll. Jedoch wird von der Literatur⁸²⁷ systemisch gegenargumentiert, dass generelle typenfreie Hoheitsakte und auch deren Nichterlassung nicht unter Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG fallen würden.

Dies vor dem Hintergrund, dass die übrigen Fälle von Art 130 Abs 1 und Abs 2 B-VG sich auf individuelle Verwaltungsakte sowie deren Unterlassen beschränken würden, weshalb auch die Verhaltensbeschwerde auf individuelle schlichte Hoheitsakte beschränkt sei. Weiters wird auch das Argument aufgeworfen, dass dem Verfassungsgerichtshof mit Art 139 B-VG das Normprüfmonopol für generelle Hoheitsakte zukommt und sei bereits deswegen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gemäß Art 130 Abs 5 B-VG ausgeschlossen.⁸²⁸

⁸²⁶ T. Müller, Ansprüche auf Erlass genereller Verwaltungsakte und ihre Durchsetzung, ZÖR 2020, 295 (313).

⁸²⁷ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“ in FS Stolzlechner 547 (553); Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 31.

⁸²⁸ Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 31; diese Begründung in Zweifel ziehend Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 118 ff.

a) Behördliche Warnungen

Als Paradebeispiel eignen sich behördliche Warnungen⁸²⁹. Bedenkt man, dass behördlichen Warnungen, auch wenn sie sich nur auf ein einziges Unternehmen oder dessen Produkt Bezug nehmen und damit in dessen subjektive Rechte eingreifen, ein genereller Charakter nicht abgesprochen werden kann, wird doch das Verhalten aller Gewarnten auf das Produkt bzw das Unternehmen beeinflusst.⁸³⁰

b) Programm der Landeshauptleute gemäß § 9a IG-L

Ein weiteres generelles schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln kann im Programm der Landeshauptleute gemäß § 9a IG-L⁸³¹ gesehen werden. Hier werden Maßnahmen zur Reduktion von Grenzwertüberschreitungen hinsichtlich unionsweit⁸³² festgesetzter Immissionswerte für verschiedene Luftschadstoffe verschriftlicht festgehalten.⁸³³ Diese Programme⁸³⁴ nach § 9a IG-L sind ihrem Charakter nach jedoch nicht den Verordnungen zuzurechnen, sondern handelt es sich um generelles schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln, die bei der verordnungsmäßigen Anordnung bestimmter Maßnahmen zu berücksichtigen sind. Hier bestimmt § 10 Abs 1 IG-L, dass Maßnahmen nach den §§ 13 – 16 IG-L auf Grundlage des Programms nach § 9a vom zuständigen Landeshauptmann in Ausnahmefällen durch die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie mit Verordnung anzuordnen sind.⁸³⁵

Nicht abzustreiten ist, dass sich aus einer Zusammenschau der Indizien aus Art 130 Abs 1 und Abs 2 B-VG eine Beschränkung auf individuelle schlichte Verwaltungsakte sowie deren

⁸²⁹ Als Beispiel für Produktwarnungen im Gesundheitsrecht: § 75q Abs 7 Satz AMG, BGBl 1983/185 idF BGBl I 2023/186; § 77 Abs 1 Medizinproduktegesetz 2021 (MPG 2021), BGBl I 2021/122; § 43 LMSVG.

⁸³⁰ Scholz, Produktwarnungen im Gesundheitsrecht (Teil I), RdM 2017/3.

⁸³¹ Bundesgesetz zum Schutz vor Immissionen durch Luftschadstoffe (Immissionsschutzgesetz – Luft, IG-L), BGBl 1997/115 idF BGBl I 2018/73.

⁸³² RL 2008/50 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa, ABl 2008/L 152/1.

⁸³³ Schulev/Steindl, Zugang zum Recht auf saubere Luft, in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2016, 291 (293 ff).

⁸³⁴ In § 9a Abs 1 a IG-L, BGBl I 1997/115 idF BGBl I 2018/73, wird ein Antragsrecht betroffener Personen und von anerkannten Umweltorganisationen iSv § 19 Abs 7 UVP-G 2000, BGBl Nr 1993/697 idF BGBl I 2023/26, auf Überprüfung von Programmen nach § 9a Abs 8 IG-L normiert, wodurch eine Verpflichtung des Landeshauptmannes zur Erlassung eines Bescheids ausgelöst wird. Damit wird aber gerade noch kein Rechtsschutz für den Fall gewährt, dass beispielsweise der Landeshauptmann mit der Erlassung der Programme nach § 9a Abs 8 IG-L säumig bleiben sollte. Nunmehr hätte der Gesetzgeber aber rechtspolitisch mit der durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG geschaffenen Verhaltensbeschwerde eine weitere Möglichkeit Rechtsschutz bestimmen (siehe hierzu mehr Köhler in Brandtner/Köhler/Schmelz (Hrsg), VwGVG Kommentar (2020) Artikel 130 B-VG Rz 106.

⁸³⁵ Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln, JRP 2022, 367 (370).

Unterlassung ableiten lässt. Zwar besticht das Argument nicht, dass Art 130 Abs 1 und Abs 2 B-VG nur individuelle Hoheitsakte umfassen würde, denkt man beispielsweise an die Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers gemäß Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG „*Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens*“ einzuräumen. Darunter werden auch Ausschreibungen⁸³⁶ und damit an einen generellen Adressatenkreis gerichtete Hoheitsakte verstanden, sodass das Argument einer Beschränkung auf individuelle Hoheitsakte nicht überzeugt. Jedoch nehmen die verfassungsunmittelbaren Zuständigkeiten von Art 130 Abs 1 B-VG ausschließlich auf individuelle Hoheitsakte (Z 1 Bescheid, Z 2 AuvBZ) Bezug, sodass der Schluss gezogen werden kann, dass der daran folgende Abs 2 leg cit mit seinen Beschwerden gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln bzw dessen Unterlassen sich auch auf individuelle Hoheitsakte beschränkt.

c) Verordnungsprüfungsmonopol des VfGH

Hingegen stellt das in Art 139 B-VG⁸³⁷ verankerte Verordnungsprüfmonopol des VfGH kein taugliches Argument für die Zulässigkeit von Verhaltensbeschwerden gegen generelles schlichtes Verwaltungshandeln dar⁸³⁸. Nach Art 130 Abs 5 B-VG sind jene Rechtssachen von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen, die zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder des Verfassungsgerichtshofes gehören; sofern nicht in diesem Gesetz anderes bestimmt ist⁸³⁹. Gemäß Art 139 B-VG fallen Verordnungen in die Zuständigkeit des VfGH. Unter einer Verordnung wird nach dem VfGH eine jede „*von einem Verwaltungsorgan erlassene, an die Allgemeinheit überhaupt oder an einen nach Gattungsmerkmalen bezeichneten Personenkreis adressierte Rechtsnorm, welche die Rechtslage der Betroffenen gestaltet*“, wobei weder ihre „*Bezeichnung noch der formelle Adressatenkreis, noch die Art seiner Veröffentlichung*“ für das Vorliegen einer Verordnung bestimmend sind.⁸⁴⁰ Für den Fall, dass ein Verwaltungsakt diese Kriterien erfüllt, kommt dem VfGH die Zuständigkeit zur Prüfung zu und wird eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gemäß Art 130 Abs 5 B-VG ausgeschlossen.

⁸³⁶ Siehe bspw § 2 Z 15 lit a Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I 2018/65.

⁸³⁷ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2013/114.

⁸³⁸ Lenzbauer, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504 (512); Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 152.

⁸³⁹ Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 54 ff.

⁸⁴⁰ Siehe VfSlg 20.053/2016; VfGH 28. 2. 2023, V222/2021; VfGH 8. 10. 2020, V505/2020.

Werden allerdings diese Kriterien von einem generellen Verwaltungsakt nicht erfüllt, finden sich weder in Art 139 B-VG noch in Art 130 Abs 5 B-VG Argumente dafür, dass nicht durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG eine Beschwerdemöglichkeit für ein generelles schlichtes Verwaltungshandeln eingerichtet werden kann⁸⁴¹. Auch eine historische Interpretation liefert Argumente dafür, dass generelles schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln den Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde darstellen kann. So wird in den Gesetzesmaterialien⁸⁴² zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 angeführt, dass unter Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG andere als die durch Art 130 Abs 1 B-VG geregelten Beschwerdegegenstände fallen und wird ausdrücklich von dem „*nicht typengebundene[m] Verwaltungshandeln*“ gesprochen. Da generelles schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln abseits von Verordnungen „nicht typengebundenes Verwaltungshandeln“ darstellen und ebenso wenig eine Zuordnung zu den in Art 130 Abs 1 B-VG genannten Beschwerdegegenständen gelingen wird, sowie dem Umstand, dass die Gesetzesmaterialien⁸⁴³ selbst nicht auf ein individuelles Verwaltungshandeln abstellen, darf der Schluss gezogen werden, dass keine Gründe gegen die Miteinbeziehung von generellem schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandeln vorliegen. Im Weiteren stellen die Gesetzesmaterialien darauf ab, dass die Beschwerden auf den Bereich der Hoheitsverwaltung beschränkt sind und weder Akte der Gerichtsbarkeit noch der Privatwirtschaftsverwaltung darunter fallen⁸⁴⁴.

Sowohl *Rudolf Thienels* Rechtssansicht als auch historisch-teleologische Erwägungen⁸⁴⁵ zu Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG sprechen dafür, dass der Verfassungsgesetzgeber mit Schaffung der Verhaltensbeschwerde den einfachen Gesetzgeber ermächtigen wollte, das bisher durch Typengebundenheit charakterisierte System des Rechtsschutzes im Verwaltungsweg aufzubrechen⁸⁴⁶. Folglich kann auch nicht ohne eindeutiger, sich aus dem Verfassungstextes ergebender Anhaltspunkte von einer Einschränkung des Beschwerdegegenstandes von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG auf individuelles schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln bzw dessen Unterlassen ausgegangen werden. Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass das am Anfang genannte Beispiel, die Warnmeldungen, dem Verfassungsgesetzgeber gerade als Anwendungsbeispiel einer Verhaltensbeschwerde vorschwebte. Diesen Warnmeldung kommt

⁸⁴¹ T. Müller, ZÖR 2020, 295 (313); Lenzbauer, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504 (511); Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 151 ff.

⁸⁴² ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 13.

⁸⁴³ ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 13.

⁸⁴⁴ ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 13.

⁸⁴⁵ Potacs, Rechtsatheorie² (2019) 48 ff.

⁸⁴⁶ Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit 25.

jedenfalls, auch wenn es nur ein einzelnes Unternehmen oder Produkt betrifft, ein genereller Charakter zu.

d) Conclusio

In Zusammenschau der aufgezeigten Argumente sowie der Zielsetzung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG kann davon ausgegangen werden, dass auch Beschwerden gegen generelle schlicht hoheitliche Verwaltungsakte sowie auch deren Unterlassung mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG an die Verwaltungsgerichte vorgesehen werden können. Eine Beschränkung auf individuelles schlicht hoheitliches Handeln erscheint sachlich nicht gerechtfertigt und wird auch dem Willen des Gesetzgebers nicht zuwiderlaufen.⁸⁴⁷

E.3. Der Eingriff in subjektive Rechte – Eine Voraussetzung?

Unstrittig ist, dass individuelle schlichte Hoheitsakte und deren Nichterlassung den Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde darstellen können. Allerdings wurde die Frage aufgeworfen, ob dies auch gilt, wenn das betreffende Verwaltungshandeln oder die damit verbundene Säumnis geeignet sind subjektive Rechte zu verletzen. Während dies von der Literatur⁸⁴⁸ jahrelang nicht in Zweifel gezogen wurde, spricht sich *Benjamin Kneihs*⁸⁴⁹ dagegen aus und vertritt die Meinung, dass „eine Handlung oder Unterlassung, die als unmittelbarer Rechtseingriff zu werten ist und nicht bloß Unbehagen, Kränkung oder Belästigung auslöst, stets dem Rechtsschutz nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG unterliegt“. Hingegen würden nach dieser Ansicht nur solche Verhaltensweisen unter Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG subsumierbar sein, die gerade nicht die Schwelle der Verletzung subjektiver Rechte überschreiten würden⁸⁵⁰. Diese Rechtsmeinung beruht auf *Kneihs* seit geraumer Zeit vertretenem Standpunkt, dass jeder relativ verfahrensfreie Rechtseingriff durch individuelle Verwaltungsakte sowie deren Unterlassung als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt einzuordnen ist. Würde gegen einen solchen Rechtseingriff das Rechtsmittel der Verhaltensbeschwerde vorgesehen werden, widerspräche das dem bundesverfassungsgesetzlichen Begriff des

⁸⁴⁷ Scholz, *Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln*, JRP 2022, 367 (375 ff).

⁸⁴⁸ Zur Verhaltensbeschwerde gegen individuelles hoheitliches Verhalten, das geeignet ist, subjektive Rechte zu verletzen zB *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“ in FS Stolzlechner 547 (551, 557 ff); *Lenzbauer*, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504 (505); *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 Rz 35; *Scholz*, Produktwarnungen im Gesundheitsrecht (I), RdM 2017, 13 (16).

⁸⁴⁹ *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 130 B-VG Rz 10; *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 130 Abs 1 Rz 15.

⁸⁵⁰ *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 130 Abs 1 Rz 7.

verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangs und würde einen Verstoß gegen Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG darstellen.⁸⁵¹

Gegen diese Rechtsmeinung spricht hingegen die Tatsache, dass die Maßnahmenbeschwerde gerade nicht so konzipiert wurde, dass ein jeder verfahrensfreie Rechtseingriff durch individuelle Hoheitsakte, Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde sein soll, sondern solche, die auf den Grundsteinen von Befehl und Zwang beruhen.

Wäre es dem Verfassungsgesetzgeber darum gegangen sämtliche Eingriffe in subjektive Rechte dem Rechtsschutz Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG zu unterstellen, hätte er dem einfachen Gesetzgeber nicht durch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG die Möglichkeit eingeräumt, Rechtsschutz auch gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln vorzusehen.⁸⁵²

V. Verfahrensrechtlicher Teil – Das Verfahrensrecht der Verhaltensbeschwerde

Ehe eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Bestimmungen und verschiedenen Ausgestaltungsformen der Verhaltensbeschwerde gemäß den Materiengesetzen erfolgt, ist es zunächst erforderlich, das Verfahrensrecht der Verhaltensbeschwerde darzustellen. Dabei wird insbesondere der enge Bezug der Verhaltensbeschwerde zur Maßnahmenbeschwerde im Kontext von § 53 VwGVG herausgearbeitet (Kapitel A. – K.). Im Anschluss daran erfolgt eine Abgrenzung zur Säumnisbeschwerde (Kapitel L.).

A. Die Grundpfeiler

Die unterschiedlichen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte werden im VwGVG aufgezeigt. Dieses normiert zunächst allgemeine, grundsätzlich alle Verfahren betreffende Regelungen, denen im 3. Hauptstück des VwGVG besondere, nur für einzelne bestimmte Verfahrenstypen relevante Bestimmungen beigelegt werden.⁸⁵³ Insbesondere ist hierbei für die Verhaltensbeschwerde die Bestimmung von § 53 VwGVG relevant – der auf die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen über die Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt verweist -, sodass sich das Verfahrensrecht für dieses

⁸⁵¹ Kneihs in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 130 Abs 1 Rz 15, 16.

⁸⁵² Siehe Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 24; Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln, JRP 2022, 367 (375 ff).

⁸⁵³ N. Raschauer/Wessely, Das Verfahren vor den neuen Verwaltungsgerichten, JAP 2013/2014/3.

Rechtsmittel aus den ersten beiden Hauptstücken des VwGVG (iSd §§ 1 – 35 VwGVG) ergibt. Innerhalb dieser Bestimmungen gilt es jedoch auch nach den verschiedenen Verfahrensarten zu differenzieren. Folglich sind bestimmte Regelungen der ersten beiden Hauptstücke des VwGVG auf das Verfahren der Verhaltensbeschwerde gar nicht anwendbar⁸⁵⁴. Andere beziehen sich exakt auf diese⁸⁵⁵. Jedenfalls ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass nach § 12 zweiter Satz VwGVG⁸⁵⁶ iVm § 20 erster Satz VwGVG⁸⁵⁷ in Verfahren wegen Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt der 2. Abschnitt des 2. Hauptstücks des VwGVG nicht anwendbar ist und daher auch kein Vorverfahren durchgeführt wird.⁸⁵⁸

A.1. Das Entscheidungs-Monopol der Verwaltungsgerichte

Wirft man einen Blick in die Bundes-Verfassung zeigt sich, dass mit Art 130 B-VG Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte auf zwei Arten begründet werden. Abs 1 leg cit bestimmt, dass Beschwerdegegenstände aufgrund deren verfassungsmäßigen Zuweisung den Verwaltungsgerichten vorbehalten sind (obligatorische Zuständigkeit), während Abs 2 leg cit es dem einfachen Gesetzgeber überlässt, derartige Beschwerden vorzusehen (fakultative Zuständigkeit).⁸⁵⁹ Aus Art 130 Abs 2 B-VG kann somit eine Zulässigkeit, aber keine Verpflichtung entnommen werden, sich nicht doch eine der beiden die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes vorsehenden Rechtstypen von Art 130 Abs 1 Z 1 oder Z 2 B-VG zu bestimmen. Daraus kann aber auch gefolgert werden, dass der Gesetzgeber zwar andere individuelle Rechtssatzformen als den Bescheid oder AuvBZ für den Bereich der Verwaltung bestimmen kann, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass ausreichender Rechtsschutz vorgesehen wurde. Würde ein ausreichender Rechtsschutz zu verneinen sein, käme dem Gesetzgeber aufgrund eines sonstigen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Bauprinzip die Verpflichtung zu, dieses entsprechende Handeln der Verwaltung in die bereits bekannten Typen des Art 130 Abs 1 Z 1 oder Z 2 B-VG einzuordnen.⁸⁶⁰

⁸⁵⁴ Wie beispielweise § 7 Abs 2 und 3 VwGVG, BGBl I 2013/22 idF BGBl I 2021/109, und § 8 VwGVG, BGBl I 2013/33.

⁸⁵⁵ § 7 Abs 4 Z 3, § 9 Abs 4, § 22 Abs 1 VwGVG, BGBl I 2013/33, § 28 Abs 6 VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138, sowie der 5. Abschnitt des 2. Hauptstücks (Kosten im Maßnahmenbeschwerdeverfahren).

⁸⁵⁶ BGBl I 2013/33.

⁸⁵⁷ BGBl I 2013/33.

⁸⁵⁸ *Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 29 ff.

⁸⁵⁹ *Hofmann/Hauer*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in *Fischer/Pabel/Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 9 Rz 30 ff; *B. Raschauer*, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (551 ff).

⁸⁶⁰ *Balthasar*, Wer ist künftig „zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung“ berufen? JRP 2014, 38 (52).

Nach dieser Überlegung werden sowohl gerichtsunmittelbare Beschwerden als auch Verfahren, die in einem Bescheid enden, als zulässig gesehen. Überzeugend ist diese Ansicht natürlich nicht, sagt sie doch nur aus, dass der Gesetzgeber in seiner Entscheidung, ob er Rechtsmittel gegen schlicht hoheitliches Handeln vorsieht, grundsätzlich frei ist- Jedoch hat er sich bei der Gestaltung an die in der Verfassung aufgestellten Regeln zu halten. Das B-VG selbst begründet somit eine exklusive Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Bescheiden und der anderen Beschwerdegegenstände.⁸⁶¹

Der Blick in die Vergangenheit verdeutlicht, dass es aufgrund unklarer Formulierungen öfters Zuständigkeitsunsicherheiten gab. So bestimmte Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG aF⁸⁶² grundsätzlich eine Zuständigkeit für die Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden der UVS. Jedoch wurde durch die Formulierung „nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt“ betreffend die Exklusivität der Zuständigkeit der UVS in Frage gestellt. Auf den Wortlaut der Bestimmung abgestellt, hätte man auch als Vorstufe des UVS ein Verfahren zur Bekämpfung von AuvBZ einrichten können. Dies führte dazu, dass ein Teil der Lehre und auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts von der Subsidiarität der Maßnahmenbeschwerde ausgingen und sollte der Rechtsschutz durch sonstige Mittel⁸⁶³ ihr vorgezogen werden⁸⁶⁴. Allerdings gab es auch Gegenstimmen, die den Verwaltungssenaten das Kontrollmonopol auf Befehl- und Zwangsmaßnahmen zusprachen und waren nach deren Auffassung gesetzliche Bestimmungen, die dem entgegenstünden oder den Rechtsschutzweg verlängern würden als verfassungswidrig anzusehen.⁸⁶⁵ Dabei gingen diese Gegenstimmen von einer Exklusivität der Maßnahmenbeschwerde aus. Vereinzelt wurde diese absolute Exklusivität aber auch als relative Exklusivität ausgelegt. Denn nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung des Art 129a B-VG aF⁸⁶⁶ konnte auch ein Instanzenzug vorgesehen werden – wie durch die Umwandlung in einen Bescheid, der einer Anfechtung an eine Behörde zugänglich ist – wenn am Ende immer der UVS als Kontrollinstanz angerufen werden konnte.⁸⁶⁷

⁸⁶¹ Siehe *Faber*, Administrative Rechtsmittel und Rechtsbehelfe unterhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 304, der von einer Rechtswegegarantie spricht.

⁸⁶² BGBl 1930/1 aufgehoben durch BGBl I 2012/51.

⁸⁶³ Zu denken an Bescheidkonstruktionen oder Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

⁸⁶⁴ VfSlg 16.815/2003; VwGH 7. 9. 2000, 99/01/0452. *Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992) 151.

⁸⁶⁵ *Grof*, Eingriffsrecht nach dem SPG aus der Sicht der Unabhängigen Verwaltungssenate, in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz (1994) 105 FN 6; *Eisenberger* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 2.

⁸⁶⁶ BGBl 1930/1 idF BGBl 1988/685; aufgehoben durch BGBl I 2012/51.

⁸⁶⁷ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 147.

Für das Entscheidungsmonopol der Verwaltungsgerichte spricht auch der klare Wortlaut, dass Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG keinen Rechtsweg vor einer Behörde als Voraussetzung vorsieht. Diese Annahme wird auch durch die Materialien⁸⁶⁸ gedeckt, die von einer grundsätzlichen Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte und einer grundsätzlichen Abschaffung des Instanzenzuges ausgehen. Ausnahmen bleiben der eigene Wirkungsbereich der Gemeinde und die ordentliche Gerichtsbarkeit.⁸⁶⁹ Daraus folgt, dass die Zuständigkeit der Kontrolle schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns den Verwaltungsgerichten vorbehalten ist und darf diese nicht von Behörden vorgenommen werden.⁸⁷⁰

A.2. § 53 VwGVG – Subsidiarität zu Sonderbestimmungen

Die Bestimmung von § 53 VwGVG⁸⁷¹ bildet die einzige auf Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG zugeschnittene Regelung für den dritten Abschnitt im dritten Hauptstück des VwGVG über das „*Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze*“. In ihr finden sich spezielle Regelungen im Hinblick auf den Inhalt und Verfahren der Verhaltensbeschwerde, die durch den jeweiligen Bundes- oder Landesgesetzgeber als Materiengesetzgeber zu bestimmen sind, und die subsidiäre sinngemäße Anwendung der Bestimmungen des VwGVG über das Verfahren der Maßnahmenbeschwerde.⁸⁷² Allerdings finden sich im VwGVG eine Reihe von Sonderregelungen für das Verhaltensbeschwerdeverfahren, die die subsidiäre Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Maßnahmenbeschwerde verdrängen.⁸⁷³ Zu denken etwa §§ 3 Abs 2 Z 4⁸⁷⁴, 7 Abs 4, 9 Abs 2 Z 5, 13 Abs 3⁸⁷⁵ und Abs 5 sowie 34 Abs 1 VwGVG⁸⁷⁶. Sie verdrängen in ihren jeweiligen Anwendungsgebieten die Anwendung der Bestimmung über Maßnahmenbeschwerden.⁸⁷⁷

Gemäß Art 136 Abs 2 letzter Satz B-VG können durch Bundes- oder Landesgesetze abweichende Regelungen getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes

⁸⁶⁸ ErlRV 1618 BlgNR 24. GP 11 (Z 43).

⁸⁶⁹ ErlRV 1618 BlgNR 24. GP 4, 11.

⁸⁷⁰ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 150.

⁸⁷¹ BGBl I 2013/33.

⁸⁷² Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 131; Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 2.

⁸⁷³ Siehe Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren Anmerkung 4 zu § 53 VwGVG (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

⁸⁷⁴ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138.

⁸⁷⁵ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2021/109.

⁸⁷⁶ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2023/88.

⁸⁷⁷ Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde, ecolex 2014, 763 (765).

erforderlich sind oder soweit das VwGVG, wie auch in § 53 VwGVG festgehalten, dazu „ermächtigt“. Da das Verhalten eine breitgefächerte Auslegung eines Beschwerdegegenstandes darstellen kann, sind solche Sonderregeln zur Konkretisierung zumeist auch notwendig.⁸⁷⁸ Nur soweit diese Sonderregelungen nicht getroffen werden, erfolgt die sinnngemäße Anwendung der Regelungen über Maßnahmenbeschwerden im VwGVG. Insofern das VwGVG ausdrückliche Anordnungen für das Verhaltensbeschwerdeverfahren außerhalb von § 53 VwGVG enthält, wird eine Abweichung von diesen bei Vorliegen des Kriteriums der Erforderlichkeit iSv Art 136 Abs 2 B-VG möglich sein⁸⁷⁹.⁸⁸⁰

A.3. Die örtliche Zuständigkeit

Mit § 3 Abs 2 Z 3 VwGVG⁸⁸¹ wird die örtliche Zuständigkeit bestimmt: „in den Fällen des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nach dem Ort, an dem das Verhalten gesetzt wurde“. Maßgeblich ist daher der Ort, an dem das fragliche Verhalten der Behörde begonnen hat bzw bei einem Verhalten im Ausland, wo das Organ die Bundesgrenze überschritten hat.⁸⁸² Jedoch kann eine abweichende Regelung durch den Materiengesetzgeber vorgesehen werden. Dies kann insbesondere dann erforderlich sein, wenn bei dem inkriminierten schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln manchmal nicht eindeutig ersichtlich ist, wo das der Beschwerde zugängliche Verhalten gesetzt wurde und ist es daher am Gesetzgeber gelegen, Bestimmungen zur Vermeidung von Unsicherheiten zu treffen. Zu denken hierbei beispielsweise an Warnmeldungen, die von der Behörde auf sozialen Netzwerken im Internet veröffentlicht wurden oder Warnhinweise, die zwar auf der Homepage der Behörde bekanntgemacht wurden, aber von dem Organ im Rahmen einer Durchsuchung noch vor Ort von seinem Laptop veröffentlicht wurden.⁸⁸³

A.4. Die sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Verhaltensbeschwerde richtet sich gemäß Art 131 Abs 6 B-VG⁸⁸⁴ nach der bekannten Zuständigkeitsverteilung zwischen den Bundes- und

⁸⁷⁸ Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren § 34 VwGVG Anmerkung 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler (Hrsg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 5.

⁸⁷⁹ VfSlg 20.022.

⁸⁸⁰ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 962.

⁸⁸¹ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138.

⁸⁸² Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 3.

⁸⁸³ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 131.

⁸⁸⁴ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2024/5.

Landesverwaltungsgerichten, die sich in Art 131 Abs 1 bis 5 B-VG findet. Demzufolge ist jenes Verwaltungsgericht zuständig, das für die typengebundenen Verfahren nach Art 130 Abs 1 B-VG in der jeweiligen Angelegenheit verfassungsgesetzlich zuständig wäre oder nach Art 131 Abs 4 und Abs 5 B-VG⁸⁸⁵ einfachgesetzlich zuständig erklärt worden ist.⁸⁸⁶ Die Zuständigkeit verläuft somit parallel zu jener für typengebundenes Handeln in den betroffenen Agenden.⁸⁸⁷

Die Regelung von Art 131 Abs 6 B-VG ist insbesondere notwendig, weil die Zuständigkeitsverteilung des Art 131 Abs 1 bis Abs 3 B-VG auf Beschwerden bzw Streitigkeiten gemäß Art 130 Abs 1 und Abs 2 Z 2 und Z 3 B-VG abstellt. Beschwerden nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG werden davon nicht umfasst.⁸⁸⁸

Durch den Verweis von Art 136 Abs 6 B-VG auf Abs 1 leg cit kommt zunächst die Generalklausel zugunsten der Verwaltungsgerichte der Länder zur Anwendung. Mit Abs 2 und Abs 3 leg cit kann sich eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes bzw des Bundesfinanzgerichtes ergeben. Mit dem Verweis auf Abs 4 leg cit wird gewährleistet, dass bei einer Zuständigkeitsänderung durch den Bundesgesetzgeber die Zuständigkeit für schlicht hoheitliches Handeln jenen für typengebundenes folgt.⁸⁸⁹

Mit Art 131 Abs 6 B-VG wird eine akzessorische sachliche Zuständigkeit⁸⁹⁰ begründet, die ausweislich den Erläuterungen zur Regierungsvorlage⁸⁹¹ auf dem Grundpfeiler der Zuständigkeitsverteilung fußt, in ein und derselben Angelegenheit geteilte Zuständigkeiten zwischen den Verwaltungsgerichten der Länder und des Bundes zu vermeiden.⁸⁹² Kann nach dieser Regelung ein zuständiges Verwaltungsgericht dennoch nicht bestimmt werden, etwa weil in der Angelegenheit kein typengebundener Kontrollgegenstand vorgesehen ist, entscheiden gemäß Art 131 Abs 6 zweiter Satz B-VG die Verwaltungsgerichte der Länder (sog

⁸⁸⁵ Nach *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 131 B-VG Rz 56 beruht der Umstand, dass Art 131 Abs 6 B-VG nicht auch auf Abs 5 verweist, lediglich auf einem redaktionellen Versehen. Dieser Ansicht auch *Kneihls*, Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten – Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG, JBl 2021, 2 (11).

⁸⁸⁶ *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 131 B-VG Rz 11.

⁸⁸⁷ VfSlg 19.986/2015; VwGH 25. 6. 2019, Ra 2017/19/0261.

⁸⁸⁸ *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 131 B-VG Rz 55 ff.

⁸⁸⁹ VfGH V 337/2023, G 533/2023 Rz 1.1.

⁸⁹⁰ *Ziniel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bunde-verfassungsrecht (17. Lfg 2021) Art 131/4-6 B-VG Rz 31.

⁸⁹¹ Erläut RV 1618 BlgNR 24. GP 16.

⁸⁹² *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 131 B-VG Rz 55 ff.

Subsidiaritätsklausel⁸⁹³). Damit entspricht diese Zuständigkeit der subsidiären Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder im Sinne von Art 131 Abs 1 B-VG.⁸⁹⁴

Besteht hingegen eine geteilte Zuständigkeit in einer Angelegenheit zwischen den Verwaltungsgerichten, etwa weil eine Angelegenheit nur teilweise in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen wird oder eine Zuständigkeitsveränderung gemäß den Abs 4 und Abs 5 leg cit für einzelnen Angelegenheiten eingetreten ist, wird eine Zuständigkeit gemäß Abs 6 leg cit als fraglich angesehen. Nach *Ronald Faber*⁸⁹⁵ ist entscheidend, mit welchen Rechtssachen ein überwiegender Zusammenhang besteht. *Martin Köhler*⁸⁹⁶ stellt darauf ab, welchem Teilbereich der Vollziehung der Angelegenheit das Verhalten zugeordnet wird und nach *Benjamin Kneihs*⁸⁹⁷ gelangt für die Fälle, dass gemäß Abs 6 Satz 1 leg cit keine einheitliche Zuständigkeit für die Angelegenheit zu finden ist, die Generalklausel gemäß Abs 6 Satz 2 leg cit zur Anwendung und sind die Verwaltungsgerichte der Länder zuständig.⁸⁹⁸

A.5. Die Besetzung der Verwaltungsgerichte

Die funktionelle Zuständigkeit wird in Art 135 Abs 1 B-VG⁸⁹⁹ geregelt, der eine grundsätzliche Einzelrichterzuständigkeit vorsieht. Im Gesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte oder in bundes- und landesgesetzlichen Materiengesetzen kann aber eine Senatszuständigkeit bestimmt werden, von welcher der Gesetzgeber noch nicht Gebrauch gemacht hat. § 2 VwGVG⁹⁰⁰ gibt lediglich die Bestimmung von Art 135 Abs 1 B-VG wieder und ordnet an, dass wenn Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat anordnen, das Verwaltungsgericht seine Entscheidung durch einen Einzelrichter zu treffen hat⁹⁰¹. Bislang hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit der Normierung einer Senatszuständigkeit schon vielfach in Materiengesetzen Gebrauch gemacht, allerdings nur im Hinblick auf Bescheidbeschwerden⁹⁰². Auch finden sich in den Organisationsvorschriften keine Zuständigkeiten zur Entscheidung über Verhaltensbeschwerden von Rechtspflegern

⁸⁹³ VfSlg 19.986.

⁸⁹⁴ *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 131 B-VG Rz 55 ff.

⁸⁹⁵ *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 131 B-VG Rz 57.

⁸⁹⁶ *Köhler* in *Brandtner/Köhler/Schmelz* (Hrsg), VwGVG Kommentar Art 131 B-VG Rz 73.

⁸⁹⁷ *Kneihs* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 131 B-VG Rz 22.

⁸⁹⁸ *Ziniel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Art 131 B-VG Rz 30 ff.

⁸⁹⁹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/51.

⁹⁰⁰ BGBl I 2013/33.

⁹⁰¹ Im Organisationsgesetz zum Bundesverwaltungsgericht findet sich ebenfalls der Verweis, siehe § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBl I 2013/10.

⁹⁰² *Ennöckl*, Einzelrichter-, Senats-, Laienrichter- und Rechtspflegerzuständigkeiten, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 175 (178).

(Art 135a Abs 1 B-VG).⁹⁰³ Daher besteht nach der derzeitigen Rechtslage die Zuständigkeit der Einzelrichtiger zur Entscheidung über die Verhaltensbeschwerde.

A.6. Die Beschwerdelegitimation

Gemäß Art 132 Abs 4 B-VG⁹⁰⁴ bestimmen die Bundes- oder Landesgesetze, wer in anderen als den in Abs 1 und Abs 2 genannten Fällen, und in den Fällen, in denen ein Gesetz gemäß Art 130 Abs 2 eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vorsieht, wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben kann.⁹⁰⁵ Den Prozessgegenstand wird im Hinblick auf Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG die Rechtswidrigkeit darstellen.⁹⁰⁶

Mit Art 132 B-VG wird für diese fakultativen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte die Beschwerdelegitimation nicht abschließend geregelt, sondern wird nach dem Abs 4 leg cit der Materiengesetzer zur Regelung ermächtigt.⁹⁰⁷ Es wird folglich dem Gesetzgeber ein Spielraum bei der Ausgestaltung der Beschwerdelegitimation überlassen. Einerseits wird der Gesetzgeber aufgrund des Rechtsstaatsprinzips angehalten, die Durchsetzung subjektiver Rechte zu gewährleisten, andererseits ist weder die Geltendmachung der Verletzung von subjektiven Rechten noch das Vorliegen der Parteistellung im Verwaltungsverfahren in der Verfassung als Voraussetzung zur Beschwerdelegitimation vorgesehen. Folglich kann der jeweilige Materiengesetzgeber die genaue Bezeichnung von Beschwerdepunkten oder die Behauptung der Verletzung von subjektiven Rechten verlangen oder auch eine Beschwerdelegitimation gänzlich losgelöst von der Behauptung der Verletzung subjektiver Rechte zur Wahrung der objektiven Rechtsrichtigkeit oder zur Wahrung bestimmter öffentlicher Interessen vorsehen^{908, 909}. Aus diesen Gründen wird die jeweilige Beschwerdelegitimation im die Verhaltensbeschwerde vorsehenden Bundes- und Landesgesetz zu regeln sein.

⁹⁰³ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 38 ff.

⁹⁰⁴ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2017/138.

⁹⁰⁵ Rosenkranz in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte § 132 B-VG Rz 27 (Stand 1. 1. 2021, rdb.at).

⁹⁰⁶ Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 132 B-VG Rz 8.

⁹⁰⁷ Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 2; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/29, 927/31 und 927/32.

⁹⁰⁸ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/29.

⁹⁰⁹ Leitl-Staudinger, Die Beschwerdelegitimation vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² Kap 9 Rz 35 ff.

B. Formelle Voraussetzungen

Das Verhaltensbeschwerdeverfahren als recht „junges“ Rechtsmittel verfügt über ein paar Besonderheiten im Verfahrensrecht, die bereits in der Judikatur zu einigen Problemen geführt hatten. Als Beispiel ist die Fristen-Divergenz zwischen § 7 Abs 4 VwGVG und § 88 Abs 4 SPG zu nennen, deren Vereinbarkeit auch bereits durch den VfGH – durch Anregung des Verwaltungsgerichts Wien - entschieden wurde⁹¹⁰.

B.1. Beschwerdefrist

Die nicht verlängerbare und nicht restituierbare Frist zur Erhebung der Verhaltensbeschwerde bestimmt sich nach § 7 Abs 4 VwGVG⁹¹¹ und beträgt vier Wochen⁹¹² und wird damit grundsätzlich die allgemeine Beschwerdefrist von vier Wochen und nicht die besondere sechswöchige Frist wie bei Maßnahmenbeschwerden vorgesehen. Allerdings sind abweichende Regelungen nach der Maßgabe von Art 136 Abs 2 B-VG vorgesehen.⁹¹³

So wird gemäß Art 136 Abs 2 B-VG⁹¹⁴ das Verfahren der Verwaltungsgerichte – mit Ausnahme der Verfahren der Verwaltungsgerichte des Bundes für Finanzen – durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt. Der Bund hat den Ländern die Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung solcher Gesetzesvorhaben mitzuwirken und können durch Bundes- oder Landesgesetz Regelungen über das Verfahren der Verwaltungsgerichte getroffen werden, wenn sie zur Regelung über das Verfahren der Verwaltungsgerichte getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind oder soweit das im ersten Satz genannte besondere Bundesgesetz dazu ermächtigt.⁹¹⁵

Eine von dem Grundsatz der vier Wochen Frist abweichende Frist von sechs Wochen findet sich in § 88 Abs 4 SPG und hat der VfGH⁹¹⁶ kürzlich darüber abgesprochen. Mit diesem Erkenntnis wies der VfGH den Antrag des Verwaltungsgerichtes Wien auf Aufhebung des § 88 Abs 4 erster Satz SPG ab. Der VfGH begründete seine Entscheidung im Wesentlichen wie

⁹¹⁰ Siehe dazu gleich mehr.

⁹¹¹ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2021/109.

⁹¹² Anderer Ansicht *Eder/Martin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte – Praxiskommentar zum VwGVG, VwGG und VwGbk-ÜG (2013) § 53 VwGVG: 6 Wochen.

⁹¹³ *Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 3; *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolex* 2014, 763 (765).

⁹¹⁴ BGBl 1930/1 idF BGBl 2019/14.

⁹¹⁵ *Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler* (Hrsg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 5.

⁹¹⁶ VfGH 1. 12. 2022, G 10/2022-8.

folgt: Grundsätzlich ist die von § 7 Abs 4 VwGVG abweichende Frist in § 88 Abs 4 SPG gemäß Art 136 Abs 2 B-VG nur zulässig, wenn sie im Sinne des Art 136 Abs 2 leg cit zur Regelung des Gegenstandes erforderlich ist⁹¹⁷. Es wurde wiederholt ausgesprochen, dass das Kriterium für die Erforderlichkeit abweichende Regelungen nach Art 136 Abs 2 B-VG dritter Satz B-VG nur dann getroffen werden dürfen, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes unerlässlich sind⁹¹⁸. Diese Unerlässlichkeit kann sich aus besonderen Umständen oder aus den dem Regelungszusammenhang mit den materiellen Vorschriften ergeben⁹¹⁹. Weiters geht der VfGH in seiner Rechtsprechung zu Art 11 Abs 2 und Art 136 Abs 2 B-VG davon aus, dass von den allgemeinen Bestimmungen der Verfahrensgesetze abweichende Regelungen nur für den Fall zulässig sind, wenn sie nicht den anderen Verfassungsbestimmungen, wie dem Rechtsstaatprinzip und dem daraus abzuleitenden Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes widersprechen.⁹²⁰ Durch § 88 Abs 4 SPG hat der Gesetzgeber für die Erhebung von sonstigen Verhalten in Besorgung der Sicherheitsverwaltung mit der Frist von sechs Wochen für die Beschwerdeerhebung im Sinne eines kohärenten Rechtsschutz dem Betroffenen eine gegenüber § 7 Abs 4 VwGVG längere Frist ermöglicht, um sich gegen eine Verhaltensweise in Besorgung der Agenden der Sicherheitsverwaltung zur Wehr zu setzen. Diese Frist ist ident mit der sechswöchigen Frist zur Erhebung der Maßnahmenbeschwerden.

Die Angleichung der Beschwerdefristen in § 88 Abs 4 SPG trägt der Überschneidung von Verhaltensbeschwerden, die der Maßnahmenbeschwerde ihrem Wesen nach näher liegt als der Bescheidbeschwerde, Rechnung. So wurden mit der Neugestaltung der Verhaltensbeschwerde nach § 88 Abs 2 SPG in der Stammfassung⁹²¹ komplexe Abgrenzungsfragen umgangen und zwischen AuvBZ und dem sonstigen Verhalten in der Sicherheitsverwaltung weitestgehend ausgespart.⁹²² Damit wurde dem Betroffenen die Möglichkeit geboten, das behördliche Verhalten in seiner Gesamtheit im Sinne der Rechtmäßigkeit zu überprüfen, insbesondere auf die Frage, ob in seine Rechte, dem ein Verhalten einer Polizeibehörde ein AuvBZ zugrunde lag, eingegriffen wurde oder lediglich ein anderes Verhalten im Sinne eines schlicht

⁹¹⁷ Siehe *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 962; *Leeb* in *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 7 VwGVG Rz 3 (Stand 15. 2. 2017, rdb.at).

⁹¹⁸ VfGH 14. 12. 2021, G 225/2021; VfSlg 19.921/2014, 19.922/2014, 19.969/2015, 19.987/2015; 20.041/2016, 20.193/2017, 20.216/2017.

⁹¹⁹ VfSlg 19.969/2015, 20.008/2015, 20.216/2017.

⁹²⁰ VfSlg 15.218/1998, 17.346/2004, 19.921/2014, 19.922/2014, 19.969/2015, 20.008/2015, 20.193/2017, 20.216/2017, 20.239/2017.

⁹²¹ BGBl 1991/556.

⁹²² *Wiederin*, *Einführung in das Sicherheitspolizeirecht* Rz 729.

hoheitlichen Verwaltungshandelns vorlag. Dadurch wird der Rechtsschutzsuchende im Sinne der Rechtsschutzfreundlichkeit nicht mit allfälligen Fragen der Abgrenzung belastet. Durch Schaffung der selben Beschwerdefristen im Bereich der Sicherheitsverwaltung können allfällige Probleme der Abgrenzung vermieden werden, weil dem Betroffenen die gleichzeitige Beschwerdeerhebung möglich ist. Durch die Angleichung der Beschwerdefrist im Bereich der Sicherheitsverwaltung für Verhaltensbeschwerden an die sechswöchige Frist der Maßnahmenbeschwerden wird die Effektivität des Rechtsschutzes gewahrt und sind die Besonderheiten des Verfahrens zur Regelung des Gegenstandes im Sinne des Art 136 Abs 2 B-VG erforderlich.⁹²³

B.2. Einbringungsstelle

Bei der Einführung der Verhaltensbeschwerde bestanden vorerst Uneinigkeiten über die Einbringungsstelle. Dieser Umstand war darauf zurückzuführen, dass gemäß § 13 Abs 3 VwGVG aF⁹²⁴ die belangte Behörde zur Entscheidung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung berufen war, weswegen es als konsequent angesehen wurde, die Beschwerde auch bei der belangten Behörde einzubringen⁹²⁵. So wurde dem Parteienvertreter aus advokatorischer Vorsicht nach Einführung der Verhaltensbeschwerde auch vorerst angeraten, die Beschwerde doppelt – also sowohl bei der belangten Behörde als auch dem Verwaltungsgericht - einzubringen^{926, 927}.

Wie bereits ausgeführt, sind gemäß § 53 VwGVG auf das Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG die Bestimmungen über Maßnahmenbeschwerden sinngemäß anzuwenden, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz (oder durch das VwGVG selbst; siehe § 3 Abs 2 Z 3 zur örtlichen Zuständigkeit, § 7 Abs 4 zur Beschwerdefrist und § 9 Abs 2 Z 4 zur belangten Behörde) nicht anderes bestimmt wird. § 53 VwGVG lässt somit den Schluss zu, dass die Beschwerde in sinngemäßer Anwendung von § 12 Satz 2 und § 20 Satz 1 VwGVG direkt

⁹²³ Siehe Tenor VfGH 1. 12. 2022, G 10/2022-8.

⁹²⁴ Siehe BGBl I 2013/22 idF BGBl I 2013/133: „Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 4 und Abs. 2 Z 1 B-VG haben keine aufschiebende Wirkung. Die Behörde hat jedoch auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Bescheid zuzuerkennen, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit der sofortigen Verbindlichkeit der Weisung oder mit dem Andauern des Verhaltens der Behörde für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.“

⁹²⁵ So etwa Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren (2013) § 53 Anm 4.

⁹²⁶ Hingegen wird in § 88 Abs 4 letzter Satz SPG klar geregelt: „Einbringung beim Landesverwaltungsgericht“.

⁹²⁷ Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde, ecolex 2014, 763 (766).

beim Verwaltungsgericht einzubringen ist⁹²⁸. Dies würde in Hinblick auf § 53 VwGVG die Konsequenz nach sich ziehen, dass ein Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für eine Verhaltensbeschwerde unmittelbar beim Verwaltungsgericht einzubringen wäre, obwohl die Verhaltensbeschwerde selbst bei der Behörde einzubringen wäre.

Die Frage der Einbringungsstelle wurde – auch wegen den Unsicherheiten - neu geregelt. Der Widerspruch der Einbringungsstelle wurde mit den Änderungen von §§ 13 Abs 3⁹²⁹ (aufschiebende Wirkung) und 34 Abs 1⁹³⁰ (Entscheidungsfrist) VwGVG ausgeglichen und wurde damit das Verfahren über Verhaltensbeschwerden dem Verfahren über Maßnahmenbeschwerden angeglichen.

Auch der eingeführte § 8a Abs 3 VwGVG⁹³¹ bestimmt, dass Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG (Maßnahmenbeschwerden⁹³²) – wie auch die Maßnahmenbeschwerde selbst – unmittelbar beim Verwaltungsgericht (und nicht bei der belangten Behörde) einzubringen sind. Damit wurde festgestellt, dass Verhaltensbeschwerden (sowie die Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für solche) gemäß § 53 VwGVG iVm § 20 VwGVG (bzw § 8a Abs 3 VwGVG) unmittelbar beim Verwaltungsgericht einzubringen sind.⁹³³ Abweichende Regelungen durch den Materiengesetzgeber sind jedenfalls zulässig und für jene Konstellationen erforderlich, die nicht strukturell einer Maßnahmenbeschwerde entsprechen.⁹³⁴

B.3. Beginn des Fristlaufs

Für den Fristlauf kann § 7 Abs 4 Z 3 VwGVG sinngemäß herangezogen werden. Demzufolge beginnt die Frist mit Kenntnis des Betroffenen vom Verhalten der Behörde – oder, wenn der Beschwerdeführer durch dieses an der Beschwerdeeinbringung verhindert war – ab dem Wegfall der Behinderung.⁹³⁵

⁹²⁸ *Lehofer*, Wo sind Schriftsätze im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einzubringen? *ÖJZ* 2014, 485; *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 133; aA *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts⁴ (2019) Rz 273.

⁹²⁹ BGBl I 2017/24.

⁹³⁰ BGBl I 2017/24.

⁹³¹ BGBl I 2017/33.

⁹³² Siehe hierzu § 12 VwGVG, BGBl I 2013/33.

⁹³³ ErlRV 1255 BlgNR 25. GP 4; überholt demnach VwGH vom 23. 10. 2015, Fr 2015/21/0012; *Wessely* in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), VwGVG § 53 Rz 6 [Stand 31. 3. 2018, rdb.at]); siehe auch *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahren¹² Rz 963; *Gruber*, ZVG 2017, 82 (90).

⁹³⁴ *Fuchs* in *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren² § 34 VwGVG Anmerkung 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Holoubek* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 133.

⁹³⁵ *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolex* 2014, 763 (765).

Ein Spannungsverhältnis besteht jedoch für die Anwendung von § 12 Satz 2 VwGVG⁹³⁶ für Maßnahmen- wie auch Verhaltensbeschwerden mit der Bestimmung von § 34 Abs 1 Satz 2 VwGVG⁹³⁷, demnach sowohl für Maßnahmen- als auch Verhaltensbeschwerden die Entscheidungsfrist für das Verwaltungsgericht „mit der Vorlage der Beschwerde“ beginnt. Da eine Vorlage aber gerade für diese Fälle nicht in Betracht kommt, ist anzunehmen, dass das Einlangen der Beschwerde das die Entscheidungsfrist auslösende Ereignis bildet.⁹³⁸ Wobei in diesen Fall die in der Literatur zu Recht geäußerte Kritik angemerkt werden kann, dass nicht ersichtlich ist, mit welchem schlicht hoheitlichen Verhalten eine betroffene Person an der Einbringung der Beschwerde gehindert werden kann, darf diese doch in Abgrenzung zur Maßnahmenbeschwerde gerade nicht in einem Befehl oder Zwang bestehen.⁹³⁹

B.4. Formerfordernis

Verhaltensbeschwerden sind stets schriftlich beim Verwaltungsgericht einzubringen (siehe § 20 VwGVG⁹⁴⁰ arg: „sonstige Schriftsätze“). Aus diesem Grund entfällt auch die Beschwerdeverentscheidung durch die belangte Behörde und ist auch ein allfälliger Antrag auf Verfahrenshilfe ist gemäß § 8a Abs 3⁹⁴¹ iVm § 53 VwGVG direkt beim Verwaltungsgericht schriftlich einzubringen.⁹⁴² Eine mündlich vorgebrachte Beschwerde entfaltet demnach keine Rechtswirkungen. Aufgrund dem nicht Vorliegen gegenteiliger Anordnungen wird die Einbringung in einfacher Ausführung als ausreichend angesehen.⁹⁴³

Ein Anwaltszwang besteht nicht, es steht aber dem Rechtsschutzsuchenden frei, sich vertreten zu lassen (siehe § 10 AVG iVm § 17 VwGVG). Für Rechtsanwälte ist die Einbringung mittels ERV verpflichtend⁹⁴⁴.⁹⁴⁵

⁹³⁶ BGBl I 2013/33.

⁹³⁷ BGBl I 2013/33 idF BGBl 2023/88.

⁹³⁸ Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren² § 34 VwGVG Anmerkung 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 133.

⁹³⁹ Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 53 VwGVG Rz 3.

⁹⁴⁰ BGBl I 2013/33.

⁹⁴¹ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2021/109.

⁹⁴² Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 958.

⁹⁴³ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 44; Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷ (2023) 245.

⁹⁴⁴ Siehe § 21 BVwGG, BGBl I 2013/10 idF BGBl I 2019/44.

⁹⁴⁵ Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde, ecolex 2014, 763 (765).

B.5. Gebühren

Die Verhaltensbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht oder ein Landesverwaltungsgericht unterliegt der Gebührenpflicht (siehe § 1 Abs 1 VwG-Eingabengebührenverordnung – VwG-EGebV⁹⁴⁶). Im Zeitpunkt der Einbringung der Verhaltensbeschwerde wird die Gebührenschuld begründet. Wird die Beschwerde im ERV eingebracht, entsteht die Gebührenschuld, wenn die Daten der Beschwerde zur Gänze bei der Bundesrechenzentrum GmbH eingelangt sind. Die Gebühr wird mit dem Entstehen der Gebührenschuld fällig und beträgt die Pauschalgebühr für eine Verhaltensbeschwerde EUR 30,00. Wird ein gesonderter Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eingebracht, beträgt die Gebühr EUR 15,00 (siehe § 2 Abs 1 und 2 VwG-EGebV).⁹⁴⁷

C. Inhaltliche Voraussetzungen der Beschwerde

Der notwendige Beschwerdeinhalt der Verhaltensbeschwerde richtet sich gemäß § 9 VwGVG nach den allgemeinen Bestimmungen zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht.

Die Verhaltensbeschwerde hat bei sonstigem Mängelbehebungsauftrag im Sinne von § 13 AVG folgende Mindestinhalte⁹⁴⁸ aufzuweisen:

- a) Die Bezeichnung des angefochtenen Verhaltens, wobei der Gegenstand des Verhaltens als auch Ort und Zeit der Setzung des Verhaltens anzuführen sind (Z 1),
- b) Die genaue Bezeichnung der belangten Behörde. Diese ist gemäß § 9 Abs 2 Z 5 VwGVG jene Behörde, die das inkriminierte Verhalten gesetzt hat. Ob auch das Organ, wie bei einer Maßnahmenbeschwerde nach § 9 Abs 4 VwGVG⁹⁴⁹ genau bezeichnet werden muss, ist fraglich. Nach *Holoubek*⁹⁵⁰ ist das Organ zu bezeichnen und wird auch aus Gründen der Vorsicht sowie der Effektivität und Raschheit des Beschwerdeverfahrens die Bezeichnung des Organs notwendig erscheinen (Z 2),

⁹⁴⁶ BGBl II 2014/387 idF BGBl II 2025/120.

⁹⁴⁷ *Ennöckl* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 44.

⁹⁴⁸ § 9 Abs 1 VwGVG iVm § 53 VwGVG.

⁹⁴⁹ Soweit zumutbar; vgl § 9 Abs 4 VwGVG.

⁹⁵⁰ *Holoubek* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 132; anderer Ansicht *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts³ (2014) Rz 272.

c) Die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt und ist die Verletzung von einfachgesetzlichen, verfassungsgesetzlichen und unionsrechtlich gewährleisteten Rechten geltend zu machen (Z 3),

d) Das Begehren gemäß § 53 VwGVG iVm § 28 Abs 6 VwGVG, das Verwaltungsgericht möge das angefochtene Verhalten für rechtswidrig erklären und gegebenenfalls aufheben (Z 4). Materiengesetze können hier abweichende Begehren fordern,

e) Die Angaben zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde durch Anführen des Datums, an dem das inkriminierte Verhalten gesetzt wurde (Z 5), sowie

f) Eventualanträge: Das Kostenersatzbegehren, ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung oder auch ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 24 VwGVG).⁹⁵¹

Auch wenn der maßgebliche Sachverhalt nicht unter den Beschwerdevoraussetzungen aufgezählt wird⁹⁵², ergibt sich aus Zusammenschau von § 9 Abs 1 Z 1 und Z 3 VwGVG dennoch, dass eine Beschwerde ein Mindestmaß an Sachverhaltsangaben aufzuweisen hat.⁹⁵³

Die in § 9 VwGVG vorgesehenen Inhaltserfordernisse weisen einen Nahebezug zu den Vorschriften des VwGG 1985 auf und wurden in weiten Teilen die für die Revision an den VwGH geltenden Regelungen übernommen. Aufgrund des Umstands, dass aber gerade im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten im Gegensatz zum Verfahren vor dem VwGH kein Anwaltszwang herrscht, hat der Gesetzgeber von der Übernahme aller Erfordernisse einer Revision an den VwGH Abstand genommen und stellen daher auch die Beschwerdepunkte⁹⁵⁴, somit die Angaben jener Rechte, in denen die beschwerdeführende Partei verletzt zu sein behauptet, keine notwendigen Beschwerdevoraussetzungen dar.⁹⁵⁵ Grundsätzlich tritt – wie auch im Maßnahmenbeschwerdeverfahren – an die Stelle der Bezeichnung der belangten Behörde, die Angaben darüber, welches Organ die Maßnahme gesetzt hat, soweit dies möglich ist^{956 957}.

⁹⁵¹ *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolex* 2014, 763 (766).

⁹⁵² Im Vergleich zu § 67c Abs 2 Z 3 AVG aF, BGBl 1991/51 aufgehoben durch BGBl I 2013/33.

⁹⁵³ *Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 45 ff.

⁹⁵⁴ *Fister in Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren² § 9 VwGVG Rz 5 (Stand 1. 10. 2018, *rdb.at*).

⁹⁵⁵ *Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 45 ff.

⁹⁵⁶ Siehe § 9 Abs 4 VwGVG.

⁹⁵⁷ *Leeb in Hengstschläger/Leeb*, AVG § 9 VwGVG Rz 54 (Stand 15. 2. 2017, *rdb.at*); VwGH 19. 1. 2016, Ra 2015/01/0133.

Die Unzumutbarkeit der konkreten Bezeichnung des handelnden Organs wird dann gegeben sein, wenn dieses beispielsweise seine Dienstnummer nicht mitgeteilt hat. Unklarheit herrschte, ob in einem solchen Fall stattdessen die Behörde zu bezeichnen ist.⁹⁵⁸ Aus dem Wortlaut der Bestimmung von § 9 Abs 4 VwGVG wurde daher der Schluss gezogen, dass auch beide Angaben entfallen können.⁹⁵⁹ Diese Ansicht wird dadurch untermauert, dass die Materialien keine Anhaltspunkte für eine Änderung im Vergleich zur Rechtslage der UVS ausweisen⁹⁶⁰ und oftmals die zur Ermittlung der Behörde notwendige Einordnung der Exekutivorgane sich im Einzelfall schwierig gestalten kann.⁹⁶¹

D. Bindung des Prüfungsumfanges durch den Beschwerdeinhalt

Während das Verfahren vor dem UVS von den Grundsätzen der materiellen Wahrheit und der Amtswegigkeit geleitet war und der UVS bei seiner Beschwerdeprüfung nicht an die Beschwerdegründe gebunden war, sondern die Verletzung subjektiver Rechte⁹⁶² von selbst aufzugreifen hatte, wird im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der Prüfungsumfang durch § 27 VwGVG beschränkt.⁹⁶³

Aus dem Beschwerdeinhalt wird nach § 27 VwGVG der Prüfungsumfang (Kognitionsbefugnis) der Verwaltungsgerichte abgeleitet, die durch die „Sache“ des Verfahrens und durch den Inhalt der Beschwerde (§ 9 Abs 1 Z 3 und Z 4 VwGVG) begrenzt wird. Dies vor dem Hintergrund, dass eine Bindung an die Beschwerdepunkte den Individualrechtsschutz gegenüber der vollständigen objektiven Rechtskontrolle in den Vordergrund stellt.⁹⁶⁴ Unabhängig von den in der Beschwerde vorgebrachten Gründen wird die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte grundsätzlich nicht durch die geltend gemachten Beschwerdevorbringen abgesteckt, sodass dem Verwaltungsgericht eine umfassende Prüfungsbefugnis zukommt.⁹⁶⁵ Das Verwaltungsgericht darf und muss seiner Entscheidung

⁹⁵⁸ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 958.

⁹⁵⁹ Larcher in Raschauer/Wessely (Hrsg), VwGVG § 9 Rz 8 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at).

⁹⁶⁰ VwGH 19. 1. 2016, Ra 2015/01/0133.

⁹⁶¹ Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG § 9 VwGVG Rz 54 (Stand 15. 2. 2017, rdb.at); Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 958.

⁹⁶² Thienel, *Das Verfahren der Verwaltungssenate*² 154.

⁹⁶³ Kristoferitsch, Die Maßnahmenbeschwerde an die Verwaltungsgerichte, in Holoubek/Lang (Hrsg), *Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht* (2014) 48 (56).

⁹⁶⁴ Fuchs, Die Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz ÖJZ 2013, 951.

⁹⁶⁵ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 958; Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 46; generell zur Problematik *Wiederin*, Der Umfang der Bescheidprüfung, ÖJZ 2014, 149 mwN; *Wiederin*, Der Umfang der Prüfung durch das Verwaltungsgericht, in Holoubek/Lang (Hrsg), *Verwaltung und Verwaltungs-/Finanzgerichtsbarkeit* (2020) 221 ff; B. Raschauer, Die Bindung der Gerichte an Bescheide, ZfV 2019, 284; Flendrovsky/Kofler Schlögl/Warum, *Ausgewählte Aspekte der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte – Stand und Reformbedarf nach 10 Jahren VwGVG, ZVG 2024*, 413 ff.

sämtliche aktenkundige bzw im Beschwerdeverfahren hervorgekommenen Sachverhaltselemente zugrunde legen.⁹⁶⁶

Aus dieser umfassenden Prüfbefugnis der Verwaltungsgerichte kann jedoch nicht geschlossen werden, dass diese ohne jegliche Anhaltspunkte durch die beschwerdeführende Partei „eine gleichsam inquisitorische Erfassung aller mit einem behördlichen Vergehen nur denkmöglich einhergehenden Beeinträchtigung“⁹⁶⁷ vorzunehmen haben. Durch die Angaben in der Beschwerde werden die Grenzen des Verfahrensgegenstandes definiert und richtet sich die allseitige rechtliche Prüfbefugnis der Verwaltungsgerichte nach diesen Vorgaben.⁹⁶⁸ Wie bereits ausgeführt, dürfen die inhaltlichen Erfordernisse an die Beschwerde in Ermangelung eines Anwaltszwangs nicht streng formalistisch ausgestaltet sein. Es genügt, wenn die Beschwerdeschrift erkennen lässt, was die beschwerdeführende Partei anstreben will.⁹⁶⁹ So wird das rechtswidrige Verwaltungshandeln räumlich und zeitlich genau zu beschreiben sein. Der Mangel der exakten Bezeichnung des angefochtenen Verwaltungshandelns wird nur dann ausschlaggebend sein, wenn aufgrund der Beschwerde nicht zu erkennen ist, gegen welches schlicht hoheitliche Verwaltungshandeln sich das Rechtsmittel wendet. Das Fehlen einer ausdrücklichen Bezeichnung wird dann nicht schaden, wenn sich aufgrund der Darstellung des Sachverhalts unzweifelhaft ergibt, welcher Verwaltungsakt bekämpft wird^{970 971}.

D.1. Bindung an die Beschwerdegründe

Die Gründe der Rechtswidrigkeit sind jene Angaben, aus denen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungshandelns abgeleitet wird.⁹⁷² Bei diesem Beschwerdetypus wird ein schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln im Mittelpunkt der Geltendmachung inhaltlicher Rechtswidrigkeit stehen. Somit die Behauptung, dass das schlicht hoheitliche Verwaltungshandeln als rechtswidrig erachtet wird, weil einfachgesetzliche oder verfassungsgesetzliche Rechte verletzt wurden. Die Materialien⁹⁷³ zum VwGVG halten

⁹⁶⁶ VwGH 17. 12. 2014, Ro 2014/03/0066; 25. 10. 2016, Ra 2016/07/0081; 25. 1. 2017, Ra 2016/10/0143; 22. 3. 2018, Ra 2017/22/0204.

⁹⁶⁷ VwGH 23. 9. 1998, 97/01/0407.

⁹⁶⁸ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 45 ff.

⁹⁶⁹ VfSlg 13.339/1993.

⁹⁷⁰ VwGH 25. 11. 1994, 94/02/0103.

⁹⁷¹ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 47.

⁹⁷² Hengstschläger/Leeb, AVG § 67c Rz 20 (Stand 1. 7. 2007, rdb.at).

⁹⁷³ AB 2112 BlgNR 24. GP 7; Fister in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren² § 27 VwGVG Rz 6 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

diesbezüglich fest, dass die inhaltlichen Voraussetzungen des § 9 VwGVG zu auszulegen sind, dass sie ein durchschnittlicher Bürger ohne anwaltliche Hilfestellung erfüllen kann.⁹⁷⁴

Es wird daher als ausreichend angesehen, die behauptete Rechtsverletzung laienhaft zu beschreiben, ohne die genaue Bezeichnung des verletzten Rechts und dessen gesetzliche Grundlage.⁹⁷⁵ Allerdings darf der Anfechtungsgegenstand nicht uferlos ausgestaltet werden, sondern ist mit der Beschwerde festzulegen. Dies wird als Recht des Einschreiters und auch zugleich als dessen Obliegenheit angesehen⁹⁷⁶

D.2. Bindung an das Beschwerdebegehren

Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit und gegebenenfalls die Aufhebung des Verhaltens, wenn es noch andauert, begehren. Doch stellt sich die Frage, inwiefern ist das Verwaltungsgericht an das Begehren gebunden ist?

Aufgrund des Absehens von einem streng formalistischen Maßstab an die Beschwerde wird es als ausreichend angesehen, wenn erkennbar ist, was die Partei anstrebt und womit sie ihren Standpunkt vertreten zu können glaubt⁹⁷⁷.⁹⁷⁸ Betreffend die Bindung des Prüfungsumfangs des Verwaltungsgerichtes stellt sich auch die Frage, ob ein beispielsweise seitens der beschwerdeführenden Partei freiwillig als verletzt bezeichnetes Recht die weitere Prüfung verletzter Rechte durch das Verwaltungsgericht ausschließt. Hier kann auf die bisherige Judikatur des VwGH zu den UVS gemäß § 67c Abs 4 und Abs 2 AVG aF⁹⁷⁹ verwiesen werden, demgemäß eine „*Prüfungsverpflichtung der UVS über die Rechtmäßigkeit des bekämpften Verwaltungsaktes abzusprechen*“⁹⁸⁰ besteht. Auch wenn sich der VwGH hierbei nicht auf Verwaltungsgerichte explizit Bezug genommen hat, fußt seine Begründung doch nicht explizit auf dem Grundsatz der materiellen Wahrheit, sondern darauf, dass von der beschwerdeführenden Partei keine als verletzt betrachteten Rechte vorgebracht werden müssten, weil die Bezeichnung der als verletzt betrachteten Rechte für die Parteien des Verfahrens oftmals schwierig zu beurteilen sind.⁹⁸¹

⁹⁷⁴ Kristoferitsch, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 55.

⁹⁷⁵ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 958.

⁹⁷⁶ Helm, Die Maßnahmenbeschwerde von 1991 bis 2014, in Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte. Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013) 282.

⁹⁷⁷ VwGH 25. 11. 1994, 94/02/0103.

⁹⁷⁸ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 47.

⁹⁷⁹ BGBl 1995/149.

⁹⁸⁰ VwGH 2. 6. 1998, 96/01/0265.

⁹⁸¹ Kristoferitsch in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 57.

E. Aufschiebende Wirkung

Gemäß § 53⁹⁸² iVm § 22 Abs 1 VwGVG⁹⁸³ haben Beschwerden gegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze ebenso wie Maßnahmenbeschwerden ex lege keine aufschiebende Wirkung.⁹⁸⁴ Auf Antrag der beschwerdeführenden Partei kann der Verhaltensbeschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden. Dies ergibt sich gemäß § 22 Abs 1 iVm § 53 VwGVG⁹⁸⁵ in sinngemäßer Anwendung der für eine Maßnahmenbeschwerde geltenden Bedingungen. § 22 VwGVG bezieht sich in seiner Grundlage auf § 13 VwGVG und trifft auch für die Maßnahmenbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG spezielle Anordnungen betreffend den ex-lege Ausschluss der aufschiebenden Wirkung, der auch gemäß § 53 VwGVG auf Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze zur Anwendung gelangt.⁹⁸⁶ Ein amtswegiger Ausspruch durch das Verwaltungsgericht kommt dabei nicht in Betracht.⁹⁸⁷ Sowohl die beschwerdeführende Partei als auch die sonstigen Parteien, deren Rechte durch das angefochtene Verhalten beeinträchtigt sein können, sind zur Antragstellung legitimiert. Der Antrag kann im bereits im Rahmen der Beschwerdeeinbringung erfolgen oder aber auch bis zur Entscheidung über das Beschwerdeverfahren gestellt werden und ist unmittelbar beim Verwaltungsgericht einzubringen.⁹⁸⁸

Somit hat das Verwaltungsgericht, sofern das Verhalten noch andauert, die aufschiebende Wirkung auf Antrag der beschwerdeführenden Partei mit Beschluss zuzuerkennen, *„wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen“* mit einem Andauern des Verhaltens der Behörde *„für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre“*.⁹⁸⁹ Dem Verwaltungsgericht, bei dem die Verhaltensbeschwerde einzubringen ist, kommt auch die Zuständigkeit über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu.⁹⁹⁰ In Ermangelung zu

⁹⁸² BGBl I 2013/33.

⁹⁸³ BGBl I 2013/33.

⁹⁸⁴ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 963; Grabenwarter/Fister, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁷ 256.

⁹⁸⁵ Für das Verhaltensbeschwerdeverfahren bestimmt § 53 VwGVG – soweit bundes- oder landesgesetzlich nichts anderes bestimmt ist – die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen von Maßnahmenbeschwerden vor.

⁹⁸⁶ Hengstschläger/Leeb, *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991*, § 13 VwGVG Rz 10 (Stand 1. 3. 2022, rdb.at).

⁹⁸⁷ Dünser, *Beschwerde und Vorverfahren bei der Behörde*, ZUV 2013, 12 (15) FN 28.

⁹⁸⁸ W. Wessely in Raschauer/Wessely (Hrsg), VwGVG § 22 Rz 4.

⁹⁸⁹ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 963.

⁹⁹⁰ Schulev-Steindl, *Einstweiliger Rechtsschutz*, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*² Kap 14 Rz 46 ff.

diesem Thema ergangener Rechtsprechung⁹⁹¹ muss sich dieses Kapitel mit einer theoretischen Auseinandersetzung begnügen.

Dabei kann sich die aufschiebende Wirkung im Zusammenhang mit der Verhaltensbeschwerde auf die provisorische Aussetzung eines faktischen Verhaltens der belangten Behörde oder für den Fall deren Untätigkeit auf ein vorübergehendes Setzen eines bestimmten Verhaltens der Behörde beziehen.⁹⁹² Folglich hat die belangte Behörde ein bestimmtes Verhalten zu setzen, wie beispielsweise das Einstellen von Überwachungsmaßnahmen, das Aussetzen von Warnungen bis auf Weiteres oder auch die Gewährung von vorläufigem polizeilichem Schutz bzw auch ein bestimmtes Verhalten vorläufig zu unterlassen. Insoferne die aufschiebende Wirkung einer Verhaltensbeschwerde durch das Verwaltungsgericht zuerkannt wird, wird diese, wie auch in einem Verfahren einer Maßnahmenbeschwerde, als eine an die belangte Behörde gerichtete einstweiligen Anordnung verstanden.

Weil sich das Verfahren der aufschiebenden Wirkung der Verhaltensbeschwerde an das Verfahren der Maßnahmenbeschwerde angelehnt ist, ist das Verwaltungsgericht nach § 22 Abs 3 VwGVG auch befugt, die Beschlüsse über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben oder abzuändern, wenn sich eine Änderung der maßgeblichen Voraussetzungen ergeben hat. Sowohl die Beschwerde an den VfGH als auch die Revision an den VwGH stehen der beschwerdeführenden Partei gegen eine Entscheidung auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zur Verfügung.

Auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof kommt der Revision ex lege keine aufschiebende Wirkung zu, jedoch kann der VwGH diese unter den Voraussetzungen des § 30 Abs 2 VwGG zuerkennen und damit die Herstellung eines entsprechenden Zustandes anordnen.⁹⁹³

F. Gegenschrift

Im Unterschied zu den Verfahren vor dem VwGH⁹⁹⁴ schreibt das VwGVG die Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde nicht ausdrücklich vor. Es ist jedoch gängige Praxis,

⁹⁹¹ Siehe BVwG vom 22. 5. 2023, W177 2267343-1: hier wurde die aufschiebende Wirkung beantragt, jedoch erfolgte eine Zurückweisung in der Sache.

⁹⁹² *Adler/Fister*, Die Verhaltensbeschwerde, *ecolex* 2014, 763 (767).

⁹⁹³ *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁷ 341; *Schulev-Steindl* in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*² Kap 14 Rz 46 ff.

⁹⁹⁴ Siehe § 36 Abs 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl 1985/10 idF BGBl I 2013/33.

dass das Verwaltungsgericht die Beschwerde der belangten Behörde zur Kenntnis bringt und ihr eine Frist zur Erstattung einer schriftlichen Äußerung sowie die Vorlage der entsprechenden Unterlagen gewährt. Dies wird auch im Hinblick auf § 35 Abs 3 und 4 VwGVG notwendig erscheinen, steht doch der belangten Behörde im Falle des Obsiegens der Kostenersatz für Vorlage-, Schriftsatz- und Verhandlungsaufwand zu. Erstattet die belangte Behörde in der Folge eine Gegenschrift hat das Verwaltungsgericht die Verpflichtung diese der beschwerdeführenden Partei zur Kenntnis zu bringen und die Gelegenheit zu geben, ein Gegenvorbringen zu erstatten⁹⁹⁵. Die Nichtbefolgung bleibt jedoch sanktionslos und berührt auch nicht die Verpflichtung zum Aufwandsatz.

Die Verpflichtung des Verwaltungsgerichtes, der beschwerdeführenden Partei die Gegenschrift zur Kenntnis zu bringen, entfällt für den Fall, dass diese aus einer Wiedergabe des von der beschwerdeführenden Partei nicht bestrittenen Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens besteht und diese weder rechtliche Erwägungen noch Sachverhaltselemente enthält^{996, 997}.

G. Mündliche Verhandlung

Den Verwaltungsgerichten kommt aufgrund der grundrechtlichen Vorgaben von Art 6 EMRK und Art 47 GRC die Verpflichtung zu, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß § 24 VwGVG⁹⁹⁸ haben sie jedoch nicht stets eine Verhandlung durchzuführen, sondern nur für den Fall, wenn eine Partei dies beantragt oder das Verwaltungsgericht es für erforderlich hält.⁹⁹⁹ Wenn keine der Parteien eine Durchführung der mündlichen Verhandlung beantragt, obliegt es im Ermessen des Verwaltungsgerichtes, ob es eine Verhandlung ausschreibt¹⁰⁰⁰. § 24 Abs 2 VwGVG zählt jene Fälle auf, in denen eine Verhandlung entfallen kann. Diese sind: wenn der das Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht dass der mit der Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist oder wenn die angefochtene Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt im Rahmen einer Maßnahmenbeschwerde rechtswidrig zu erklären ist (Z 1) und hier insbesondere, weil auf das Verfahren der Verhaltensbeschwerde das Verfahren über die Maßnahmenbeschwerde zur Anwendung gelangt, das angefochtene Verhalten im Rahmen einer

⁹⁹⁵ VwGH 18. 5. 1993, 93/11/0013.

⁹⁹⁶ VwGH 22. 10. 1999, 96/02/0140.

⁹⁹⁷ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 49.

⁹⁹⁸ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138.

⁹⁹⁹ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 49 ff.

¹⁰⁰⁰ VwGH 12. 6. 2003, 2002/20/0336.

Verhaltensbeschwerde für rechtswidrig zu erklären ist.¹⁰⁰¹ Erfolgt für diesen Fall die Abweisung der Beschwerde kommt der Entfall der mündlichen Beschwerdeverhandlung nach § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG nicht in Betracht. Für den Entfall wird vorausgesetzt, dass der Sachverhalt feststeht und es keiner weiteren Erhebungen bedarf.¹⁰⁰²

§ 24 Abs 3 VwGVG bestimmt, dass der Beschwerdeführer einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der Beschwerde zu stellen hat und der belangten Behörde sowie allfälligen weiteren Parteien die Gelegenheit zu geben ist, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Wird entgegen § 24 Abs 3 VwGVG eine solche Möglichkeit nicht gewährt, können die Parteien des Verfahrens diesen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ohne Befristung stellen¹⁰⁰³. Für den Fall, dass ein entsprechender Antrag gestellt wurde, kann dieser gemäß § 24 Abs 3 VwGVG nur noch mit Zustimmung der anderen Verfahrenspartei zurückgezogen werden. Ungeachtet eines Parteienantrages kann die mündliche Verhandlung entfallen, wenn die Beschwerde zurückzuweisen ist oder schon aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Verwaltungsakt für rechtswidrig zu erklären ist¹⁰⁰⁴. Darüber hinaus kann das Verwaltungsgericht, soweit Bundes- oder Landesgesetze nichts anderes bestimmen, gemäß § 24 Abs 4 VwGVG von einer mündlichen Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und (kumulativ) einem Entfall der Verhandlung weder Art 6 EMRK noch Art 47 GRC entgegenstehen.¹⁰⁰⁵ Somit kann von der Durchführung der mündlichen Verhandlung nach § 24 Abs 4 VwGVG im Gegensatz zu Abs 2 leg cit auch dann abgesehen werden, wenn die Beschwerde als inhaltlich begründet abgewiesen werden kann. § 24 Abs 5 VwGVG regelt den Verzicht durch die Parteien des Verfahrens.

Das rechtswidrige Unterlassen einer beantragten Verhandlung durch das Verwaltungsgericht begründet einen Verfahrensmangel und kann dieser mittels Revision an den VwGH geltend gemacht werden. Dabei hat die revisionswerbende Partei gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit c VwGG¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰¹ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 800; Moser in *Raschauer/Wessely* (Hrsg.), *VwGVG* § 24 Rz 14 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at).

¹⁰⁰² Reisner in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte*² § 24 VwGVG Rz 19.

¹⁰⁰³ Ennöckl in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 50.

¹⁰⁰⁴ Siehe § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138.

¹⁰⁰⁵ Ennöckl in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 51.

¹⁰⁰⁶ BGBl 985/10 idF BGBl I 2013/33.

darzulegen, dass das Verwaltungsgericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, hätte es eine mündliche Verhandlung durchgeführt.¹⁰⁰⁷

Da im Verhaltensbeschwerdeverfahren im Gegensatz zu einem vor der Verwaltungsbehörde zu führenden Verfahren bis zur Bescheiderlassung (wie etwa im Bescheidbeschwerdeverfahren) das Verfahren nur von dem Verwaltungsgericht geleitet wird, gilt es den Grundsatz der Unmittelbarkeit¹⁰⁰⁸ zu wahren und sind gemäß § 25 Abs 6 VwGVG die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise zwingend in der Verhandlung aufzunehmen.¹⁰⁰⁹ Weiters hat die Beweisaufnahme unmittelbar durch das Verwaltungsgericht zu erfolgen und sind Zeugen, Beteiligte sowie Sachverständige in der Verhandlung einzuvernehmen (Grundsatz der unmittelbaren Beweisaufnahme).¹⁰¹⁰ Die Verwaltungsgerichte sind dem Grundsatz der materiellen Wahrheit¹⁰¹¹ verpflichtet. Allerdings sind Beweisansprüchen nur nachzukommen, wenn und soweit sie erheblich sind.¹⁰¹²

Das Erkenntnis kann gemäß § 25 Abs 7 VwGVG nur von den Mitgliedern gefällt werden, die auch unmittelbar an der Verhandlung teilgenommen haben¹⁰¹³. Wurde die Rechtsache wegen Verhinderung oder Ausscheidens einem anderen Richter im Rahmen des Verfahrens zugewiesen oder hat sich die Senatszusammensetzung geändert¹⁰¹⁴, hat die Verhandlung wiederholt zu werden. Der Richter darf bei seiner Entscheidungsfällung nur auf das Rücksicht nehmen, was in der Verhandlung vorgekommen ist. Allerdings kann aus § 46 VwGVG¹⁰¹⁵ (Beweisaufnahme im Verwaltungsstrafverfahren) abgeleitet werden, dass auch das Verwaltungsgericht Ausgenseinsaufnahmen von gegebenenfalls einer anderen Behörde außerhalb einer mündlichen Verhandlung heranziehen kann, wenn sie in der mündlichen Verhandlung erörtert werden. Insofern wird dann auch die mittelbare Beweisaufnahme zugelassen; etwa weil ein Zeuge verstorben ist und nicht geladen werden kann.¹⁰¹⁶

¹⁰⁰⁷ Hengstschläger/Leeb, *Verwaltungsverfahrensrecht : Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten* (2014)⁵ Rz 1048; VwGH 14. 4. 2016, Ra 2015/06/0089; 23. 1. 2013, 2010/15/0196 mwN.

¹⁰⁰⁸ VwGH 21. 3. 2006, 2003/11/0028; VfSlg 17.265 A/2007.

¹⁰⁰⁹ Reisner in in Götzl/Gruber/Reiser/Winkler, *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte*² § 25 VwGVG Rz 25; Fister in Fister/Fuchs/Sachs, *Verwaltungsgerichtsverfahren*² § 25 VwGVG Anm 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

¹⁰¹⁰ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 50.

¹⁰¹¹ Moser in Raschauer/Wessely (Hrsg), *VwGVG* § 35 Anm 15 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at).

¹⁰¹² Fister in Fister/Fuchs/Sachs, *Verwaltungsgerichtsverfahren*² § 25 VwGVG Anm 10 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

¹⁰¹³ VfSlg 22. 9. 2014, B 1244/2013.

¹⁰¹⁴ VwGH 20. 11. 2015, Ra 2015/02/0140: Dies gilt auch wenn sich bei einer neuerlichen Durchführung des Verfahrens nach dem aufhebenden Erkenntnis des VwGH die Zusammensetzung des Senates ändert. Siehe auch VwGH 2. 8. 2018, Ra 2018/05/0048.

¹⁰¹⁵ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2023/88.

¹⁰¹⁶ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 54.

H. Entscheidung

Gemäß § 34 VwGVG¹⁰¹⁷ hat das Verwaltungsgericht nach Einlangen der Beschwerde binnen sechs Monaten über die eingelangte Verhaltensbeschwerde zu entscheiden.¹⁰¹⁸ Bei der Verhaltensbeschwerde kommt analog zur der Maßnahmenbeschwerde dem Verwaltungsgericht nur eine nachprüfende Kontrolle der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungshandelns zu.¹⁰¹⁹ Da es die Rechtmäßigkeit des schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns zu prüfen hat, ist auch die Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt der Setzung des schlicht hoheitlichen Verwaltungsaktes maßgeblich.¹⁰²⁰ Dabei wird wesentlich sein, wie das Verwaltungsorgan im Zeitpunkt der Setzung des Verwaltungshandelns hätte agieren müssen, auch wenn das Verhalten im Entscheidungszeitpunkt vielleicht anders zu beurteilen wäre. Dabei hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, welche Tatsachen dem agierenden Organ im Zeitpunkt des inkriminierten Handelns unter Anwendung der zumutbaren Sorgfalt hätte bekannt sein müssen und ob das Organ vom Vorliegen der Voraussetzungen ausgehen konnte^{1021, 1022}.

Das Verwaltungsgericht wird eine feststellende, gegebenenfalls auch kassatorische Entscheidung treffen.¹⁰²³ Bei Nichtvorliegen materiengesetzlicher Regelungen und der sinngemäßen Anwendung der für Maßnahmenbeschwerdeverfahren geltenden Vorschriften ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht lediglich zur Überprüfung aufgrund der Rechtswidrigkeitsbehauptung des behördlichen Verhaltens in der Beschwerde befugt ist. Sollte sich das Verhalten als rechtswidrig erweisen, wird es für rechtswidrig zu erklären sein und ist gegebenenfalls, sollte das Verhalten und die Verletzung noch andauern, aufzuheben. Eine meritorische Entscheidungsbefugnis durch Entscheidung in der Sache selbst, wie insbesondere im Bescheidbeschwerdeverfahren, kommt für das Verwaltungsgericht dabei nicht in Betracht. Allerdings gibt es eine Sonderkonstellation, siehe gleich.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁷ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2023/88.

¹⁰¹⁸ VwGH 4. 10. 2016, Fr 2016/11/0014; 13. 9. 2016, Fr 2016/01/0014; 25. 5. 2016, Fr 2016/12/0016; 29. 4. 2016, Fr 2016/01/0004.

¹⁰¹⁹ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahren*¹² Rz 959.

¹⁰²⁰ VwGH 9. 11. 2011, 2009/06/0171.

¹⁰²¹ VwGH 8. 3. 1990, 90/16/0008.

¹⁰²² Kristoferitsch in Holoubek/Lang (Hrsg), *Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht* 59.

¹⁰²³ Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, *Verwaltungsgerichtsverfahren*² § 53 VwGVG Anm 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

¹⁰²⁴ Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, *Verwaltungsgerichtsverfahren*² § 53 VwGVG Anm 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

I. Entscheidungsmöglichkeiten

Mit § 28 Abs 6 VwGVG¹⁰²⁵ werden drei Möglichkeiten zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtes vorgegeben.

I.1. Zurückweisung

Das Verwaltungsgericht kann die Beschwerde mittels Beschlusses zurückweisen, wenn das angefochtene Verwaltungshandeln keinen tauglichen Beschwerdegegenstand einer Verhaltensbeschwerde darstellt¹⁰²⁶, die Beschwerde verspätet beim Verwaltungsgericht eingebracht wurde, der beschwerdeführenden Partei keine Beschwerdelegitimation zukommt¹⁰²⁷ oder einem Auftrag zur Behebung formeller Mängel im Sinne von § 13 Abs 3 AVG nicht innerhalb der Frist entsprochen wurde¹⁰²⁸.

In gleicher Weise ist die Beschwerde mit Beschluss zurückzuweisen, sollte sich nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens zu dem inkriminierten Vorfall ergeben, dass sich der Vorfall in den wesentlichen Punkten nicht so zugetragen hat wie in der Beschwerde geschildert wurde, das angefochtene Verhalten sohin nicht stattgefunden hat. Hierbei kommt es zu einer Sonderkonstellation der Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte. Eine an sich meritorische Entscheidung, die auf Zurückweisung der Verhaltensbeschwerde lautet, weil eine Beschwerde gegen ein nicht vorgefallenes Verhalten ja bereits von vornherein grundsätzlich unzulässig ist^{1029, 1030}.

¹⁰²⁵ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/138.

¹⁰²⁶ VwGH 10. 11. 2011, 2011/21/0125; 8. 9. 2015, Ra 2015/01/0173; 3. 4. 2018, Ro 2016/01/0013; VfSlg 20.099/2016.

¹⁰²⁷ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 960.

¹⁰²⁸ Grabenwarter/Fister, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁷ 284.

¹⁰²⁹ Übertragen in sinngemäßer Anwendung für das Maßnahmenbeschwerdeverfahren siehe VfSlg 7377/1974, 8146/1977, 8654/1979, 10.321/1985, 10.546/1985, 13.154/1992, 12.979/1992, 13.255/1992; VwGH 28. 6. 1995, 94/01/0741; 13. 1. 1999, 98/01/0169; aA VwGH 26. 5. 2000, 99/02/0376. Siehe auch Helm in Larcher (Hrsg), *Handbuch Verwaltungsgerichte* 286 ff, demnach sich diese vom VfGH vor der Einführung der UVS entwickelte Praxis für eine Übertragung auf die Verwaltungsgerichte nicht eignen soll. Es macht keinen deutlichen Unterschied, ob in einem Beweisverfahren die Beschwerdebehauptung widerlegt werde, dass sich der AuvBZ tatsächlich ereignet habe, oder die (ebenfalls vorausgesetzte) Behauptung, es hätte keinerlei tatsächliche Umstände gegeben, die den AuvBZ rechtfertigen würden. Daher wäre es sinnwidrig, im ersteren Fall mit Zurückweisung zu entscheiden, welche trotz durchgeführter mündlicher Verhandlung als Verletzung des Rechts gemäß Art 83 Abs 2 B-VG auf Entscheidung durch den gesetzlichen Richter aufgefasst werden könnte (vgl VfSlg 18.404/2008; vgl auch 17.774/2006).

¹⁰³⁰ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 59.

I.2. Abweisung

Gelangt das Verwaltungsgericht zu der Entscheidung, dass der angefochtene Verwaltungsakt nicht rechtswidrig war, hat es die Verhaltensbeschwerde mit Erkenntnis als unbegründet abzuweisen.¹⁰³¹ Die explizite Feststellung, dass das mittels Beschwerde angefochtene Verwaltungshandeln der belangten Behörde doch rechtmäßig ist, ist nicht vorgesehen. Durch die erfolgte Abweisung der Verhaltensbeschwerde wird dies impliziert.¹⁰³² Von der Judikatur wird auch ein summarischer Abspruch über mehrere Akte als zulässig angesehen.¹⁰³³

I.3. Stattgebung

Ist weder die Zurückweisung noch die Abweisung der Beschwerde möglich, wird das Verwaltungsgericht der Beschwerde stattgeben, das angefochtene Verwaltungshandeln für rechtswidrig erklären und sollte das Verhalten noch andauern, wird das Verwaltungsgericht der belangten Behörde auftragen, unverzüglich den der Entscheidung zugrundeliegenden Zustand herzustellen. Dabei kommt dem Erkenntnis ein feststellender Charakter zu¹⁰³⁴. Das Erkenntnis hat den Ausspruch über die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verhaltens zu benennen¹⁰³⁵.¹⁰³⁶ Das konkret verletzt Recht hat dabei nicht angeführt zu werden. Dies wird der Entscheidungsbegründung vorbehalten.¹⁰³⁷ Weiters hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses auszusprechen, ob die Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist und hat diesen Ausspruch kurz zu begründen¹⁰³⁸.¹⁰³⁹

J. Folgenbeseitigungsanspruch

Erkennt ein Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit von hoheitlichem Verwaltungshandeln, ergibt sich aus mehreren Bestimmungen¹⁰⁴⁰ der Grundsatz zur Herstellung des der Rechtsanschauung der Rechtsmittelbehörde entsprechenden Zustandes. Die Judikatur¹⁰⁴¹ sieht darin nicht nur eine Amtspflicht der Behörde, sondern ein subjektives Recht. Dieses kann

¹⁰³¹ Siehe VGW 18. 12. 2017, VWG-102/076/10682/2017, VWG102-076/10685/2017.

¹⁰³² *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ Rz 1145; *Ennöckl* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 59; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹² Rz 960.

¹⁰³³ VwGH 24. 1. 2013, 2011/21/0125.

¹⁰³⁴ VwGH 20. 5. 1992, 92/01/0054.

¹⁰³⁵ VwGH 15. 5. 2008, 2008/09/0063.

¹⁰³⁶ Siehe KLVwG 24. 6. 2021, KLVwG-1436/8/2020; VGW 10. 4. 2018, VWG-102/076/13871/2017.

¹⁰³⁷ *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁷ 284; *Ennöckl* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, *Die Maßnahmenbeschwerde*² 59.

¹⁰³⁸ Vgl § 25a Abs 1 VwGG, BGBl 1985/10 idF BGBl I 2023/88.

¹⁰³⁹ *Muzak*, *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht*⁶ Art 133 B-VG Rz 12.

¹⁰⁴⁰ Siehe allgemein § 53 VwGVG iVm § 28 Abs 6 VwGVG.

¹⁰⁴¹ VfSlg 8812/1980.

subsidiär gemäß Art 137 B-VG, soweit er als vermögensrechtlicher Anspruch zu qualifizieren ist, durchgesetzt werden. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch besteht unabhängig von einem Verschulden und trifft nicht nur die Behörde, die den rechtswidrigen Akt gesetzt hat, sondern auch jede Verwaltungsstelle, die zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes in der Lage ist¹⁰⁴². Dies kann nur eine Verwaltungsstelle sein¹⁰⁴³. Der Anspruch auf Folgenbeseitigung ist gegenüber der Behörde geltend zu machen, der das rechtswidrige Behördenhandeln zuzurechnen ist.

Im Gegensatz zum Amtshaftungsrecht, das den Geldersatz vorsieht, richtet sich der Folgenbeseitigungsanspruch auf die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes, sohin Naturalrestitution, aus. Darunter werden spezifische Handlungen, wie etwa die Ausstellung einer Urkunde oder die Veröffentlichung einer gegenteiligen Verlautbarung verstanden.¹⁰⁴⁴ Aufgrund des Anspruches auf Folgenbeseitigung wird der beschwerdeführenden Partei jedenfalls Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit der Vornahme schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns ermöglicht. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Folgenbeseitigungspflicht mittlerweile Allgemeingültigkeit besitzt und nicht nur dort zur Anwendung gelangt, wo sie ausdrücklich vorgesehen ist.¹⁰⁴⁵

K. Zu den Kosten des Verhaltensbeschwerdeverfahrens

Im Kontext der Kostenersatzregelung des § 35 VwGVG¹⁰⁴⁶ gilt zu beachten, dass diese gemäß § 53 VwGVG auf Verfahren betreffend Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze sinngemäß anzuwenden ist.¹⁰⁴⁷ Sofern es daher keine Sonderregelungen in den Bundes- oder Landesgesetzen gibt, sind die Bestimmungen des Verfahrens der Maßnahmenbeschwerde heranzuziehen.¹⁰⁴⁸ Diese sieht im Maßnahmenbeschwerdeverfahren – in Ermangelung einer expliziten Sonderregelung folglich auch für das Verhaltensbeschwerdeverfahren – einen Kostenersatz der obsiegenden Partei, im Sinne eines Gewinnerprinzips, vor.¹⁰⁴⁹ Die obsiegende Partei ist die beschwerdeführende

¹⁰⁴² VfSlg 13.375/1993, 16.651/2002.

¹⁰⁴³ VwGH 27. 4. 2000, 98/10/0030.

¹⁰⁴⁴ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 1311, 1339.

¹⁰⁴⁵ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 81.

¹⁰⁴⁶ BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2021/109.

¹⁰⁴⁷ Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷ 295.

¹⁰⁴⁸ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 964; Fuchs in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsverfahren² § 53 VwGVG Anm 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde, ecoloex 2014, 763 (766); Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 62.

¹⁰⁴⁹ Fister in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsverfahren² § 35 VwGVG Anm 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

Partei, wenn das angefochtene Verhalten für rechtswidrig erklärt wird¹⁰⁵⁰, und somit die belangte Behörde unterlegene Partei. Wenn die Verhaltensbeschwerde ab- oder zurückgewiesen wird oder auch die Beschwerde zurückgezogen wird, ist die belangte Behörde die obsiegende Partei¹⁰⁵¹ und die beschwerdeführende Partei die unterlegene Partei (siehe § 35 Abs 3 VwGVG).¹⁰⁵² Eine Einstellung des Verfahrens aus anderen Gründen, wie etwa der Klaglosstellung ist nicht vorgesehen¹⁰⁵³. In einem solchen Fall findet kein Kostenersatz statt.¹⁰⁵⁴

Der Verwaltungsgerichtshof hält zum Anspruch auf Kostenersatz im Maßnahmenbeschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung fest, dass ein Kostenersatzanspruch gemäß § 35 VwGVG dann besteht, wenn sich eine Maßnahmenbeschwerde gegen mehrere Verwaltungsakte richtet und mit der Bekämpfung zumindest eine davon erfolgreich ist. Für den Ersatzanspruch kommt es darauf an, wie viele Verwaltungsakte der Revisionswerber mit einer Maßnahmenbeschwerde erfolgreich angefochten hat. Folglich wird auf die Summe der Verwaltungsakte abgestellt.¹⁰⁵⁵

Zur Ermittlung der Anzahl der Verwaltungsakte kann allerdings nicht nur darauf abgestellt werden, wie die zu Grunde liegende Beschwerde strukturiert ist und wie viele Einzelakte sie im Rahmen des bekämpften Amtshandelns zu erkennen vermeint. Wesentlich sind vielmehr die behördlichen Feststellungen über das angefochtene Verwaltungsgeschehen, anhand derer zu beurteilen ist, wie viele sachlich und zeitlich trenn- und unterscheidbare Akte, die einer isolierten Betrachtung zugänglich sind, vorliegen, wobei für diese Beurteilung auch der jeweils verfolgte Zweck der Amtshandlung(en) und die in Frage kommenden Rechtsverletzungen eine Rolle spielen.¹⁰⁵⁶

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seiner - zu § 89 Abs 5 SPG¹⁰⁵⁷ iVm § 79a AVG¹⁰⁵⁸ jeweils in der Fassung vor Einführung der mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ergangenen - Judikatur klargestellt, dass die zitierte Rechtsprechung zum Kostenersatz im Maßnahmenbeschwerdeverfahren auf den Ersatzanspruch in Verfahren wegen der Verletzung von Richtlinien zu übertragen ist, sodass es nach dem oben angeführten Maßstab darauf

¹⁰⁵⁰ VwGH 26. 1. 2017, Ra 2016/21/0186.

¹⁰⁵¹ VwGH 16. 3. 2016, Ra 2015/05/0090.

¹⁰⁵² *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 961.

¹⁰⁵³ VwGH 14. 3. 2018, Ra 2017/17/0160; 21. 1. 2019, Ra 2018/17/0009.

¹⁰⁵⁴ *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁷ 296; *Reisner* in *Götzl/Gruber/Reiser/Winkler*, *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte*² § 35 VwGVG Rz 5.

¹⁰⁵⁵ Siehe zuletzt VwGH 27. 4. 2023, Ro 2020/21/0005.

¹⁰⁵⁶ VwGH 25. 6. 2020, Ra 2020/14/0178, mwN.

¹⁰⁵⁷ BGBl 1991/566 idF BGBl I 1999/146.

¹⁰⁵⁸ BGBl 1991/51 idF BGBl I 2013/33.

ankommt, wie viele Richtlinienverletzungen erfolgreich angefochten wurden.¹⁰⁵⁹ Zum Kostenersatz wird der Rechtsträger verpflichtet werden, für den die Behörde oder das Organ eingeschritten ist¹⁰⁶⁰.¹⁰⁶¹ Die Höhe der zu ersetzenden Kosten sich an den Rechtsanwaltskosten orientiert, steht auch der unvertretenen obsiegenden Partei dieser Ersatz zu.¹⁰⁶²

Gemäß § 1 VwG-Aufwandersatzverordnung (VwG-AufwErsV)¹⁰⁶³ wird die Höhe der im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG, als Aufwandersatz zu leistenden Pauschalbeträge wird wie folgt festgesetzt:

1. Ersatz des Schriftsatzaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei 737,60 Euro
2. Ersatz des Verhandlungsaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei 922,00 Euro
3. Ersatz des Vorlageaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 57,40 Euro
4. Ersatz des Schriftsatzaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 368,80 Euro
5. Ersatz des Verhandlungsaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 461,00 Euro
6. Ersatz des Aufwands, der für den Beschwerdeführer mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand) 553,20 Euro
7. Ersatz des Aufwands, der für die belangte Behörde mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand) 276,60 Euro.

Werden in einer Beschwerde mehrere faktische Amtshandlungen (§ 52 VwGG¹⁰⁶⁴) oder in mehreren Beschwerden eine faktische Amtshandlung angefochten (§ 53 VwGG) wird die Sonderfallregelung des Kostenersatzes der Häufung von Beschwerden zur Anwendung. Diese

¹⁰⁵⁹ Siehe VwGH 20. 9. 2006, 2004/01/0308, mwN; zur Übertragbarkeit der zu § 79a [alt] AVG ergangenen Rechtsprechung auf § 35 VwGVG sowie zur Übertragbarkeit der hg. Judikatur zur Anforderung an die Geltendmachung von Schriftsatzaufwand nach der vormaligen UVS -Aufwandersatzverordnung auf die VwG-Aufwandersatzverordnung vgl im Übrigen VwGH 25. 5. 2016, Ra 2016/11/0042, mwN.

¹⁰⁶⁰ VwGH 19. 1. 2016; Ra 2015/01/013.

¹⁰⁶¹ *Reisner* in *Götzl/Gruber/Reiser/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 35 VwGVG Rz 6.

¹⁰⁶² *Ennöckl* in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), VwGVG § 35 Anm 4 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at).

¹⁰⁶³ BGBl II 2013/517.

¹⁰⁶⁴ BGBl 1985/10 idF BGBl I 2013/33.

Sonderregelung ist auch auf Beschwerden an das Verwaltungsgericht übertragbar, die sich gegen mehrere Maßnahmen (bzw Verhalten) richten^{1065, 1066}

§ 52 VwGG¹⁰⁶⁷ regelt Fälle, in denen sich eine (in einem einzigen Schriftsatz erhobene) Revision gegen mehrere Erkenntnisse oder Beschlüsse richtet. In solchen Fällen besteht Anspruch auf mehrfachen Schriftsatzaufwand. Dies gilt nach § 35 Abs 6 VwGVG sinngemäß, wenn sich eine Maßnahmenbeschwerde gegen mehrere Verwaltungsakte richtet.¹⁰⁶⁸ Nach der Judikatur¹⁰⁶⁹ kommt es hierbei für den Ersatzanspruch der beschwerdeführenden Partei darauf an, wie viele Verwaltungsakte sie mit einer Maßnahmenbeschwerde (hier: Verhaltensbeschwerde) erfolgreich angefochten hat. Wird über mehrere Beschwerden gemeinsam verhandelt, dann gebührt nach der Judikatur¹⁰⁷⁰ der belangten Behörde der Ersatz für den Verhandlungsaufwand nur einmal. Aufgrund der gleichen Ausgangslage kann diese Judikatur auf die Frage des Ersatzes für den Verhandlungsaufwand gemäß § 35 VwGVG übertragen werden. Gemäß § 52 Abs 2 VwGG (iVm § 35 Abs 6 VwGVG) ist der Verhandlungsaufwand einer Partei für jede mündliche Verhandlung zu ersetzen.¹⁰⁷¹

§ 53 VwGG regelt den Fall, dass mehrere beschwerdeführende Parteien die selbe faktische Amtshandlung anfechten. Sie werden dann wie eine Partei behandelt und steht ihnen der Kostenersatz auch nur einmal zu.¹⁰⁷² Gemäß § 53 Abs 1 VwGG¹⁰⁷³ ist bei Anfechtung eines Erkenntnisses oder Beschlusses durch mehrere Revisionswerber in einer Revision die Frage des Anspruches auf Aufwandersatz so zu beurteilen, als ob die Revision nur vom erstangeführten Revisionswerber eingebracht worden wäre. Diese Bestimmung gilt jedoch nur für den Fall, dass die Revisionen aller Revisionswerber dasselbe Schicksal teilen. Trifft dies – wie im vorliegenden Beschwerdefall – nicht zu, so sind die Revisionen der einzelnen Revisionswerber, auch wenn sie in einem Schriftsatz enthalten sind, hinsichtlich der Aufwandersatzpflicht gesondert zu behandeln.¹⁰⁷⁴ Wenn über mehrere Beschwerden (Maßnahmen-, Verhaltens – und Richtlinienbeschwerde) gemeinsam und nur einmal verhandelt wurde, gebührt selbst, wenn es

¹⁰⁶⁵ VwGH 16. 3. 2016, Ra 2015/05/0090.

¹⁰⁶⁶ *Reisner in Götzl/Gruber/Reiser/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 35 VwGVG Rz 33; *Ennöckl in Raschauer/Wessely* (Hrsg), VwGVG § 35 Anm 18 (Stand 31. 3. 2018, rdb.at).

¹⁰⁶⁷ BGBl 1985/10 idF BGBl I 2013/33.

¹⁰⁶⁸ VwGH 7. 10. 2010, 2010/17/0143.

¹⁰⁶⁹ VwGH 20. 9. 2006, 2004/01/0308, mwN.

¹⁰⁷⁰ VwGH 26. 6. 2013, 2012/01/0126, mwN.

¹⁰⁷¹ *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷ 297; *Reisner in Götzl/Gruber/Reiser/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 35 VwGVG Rz 34.

¹⁰⁷² *Reisner in Götzl/Gruber/Reiser/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 35 VwGVG Rz 35.

¹⁰⁷³ BGBl 1985/10 idF BGBl I 2013/33.

¹⁰⁷⁴ VwGH 13. 10. 2015, Ra 2015/ 03/0057, 27. 5. 2004, 2003/07/0119, und 6. 10. 2009, 2009/ 04/0017.

sich um mehrere beschwerdeführende Parteien handelt, der Ersatz für den Verhandlungsaufwand pro Person nur einmal.¹⁰⁷⁵

Kommt es zu einem teilweisen Obsiegen der beschwerdeführenden Partei findet eine Teilung der Kosten statt. Der Vorlageaufwand wird in dem Ausmaß vermindert, als dem Obsiegen der belangten Behörde ein Unterliegen in Bezug auf das rechtswidrig erklärte Verwaltungshandeln gegenübersteht.¹⁰⁷⁶

L. Exkurs: Abgrenzung zur Säumnisbeschwerde

Auch wenn die Verhaltensbeschwerde in bestimmten Konstellationen im Fall des Unterlassens einer Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde erhoben werden kann, ist sie nicht mit der Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht iSd Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG zu verwechseln. Festzuhalten ist, dass die Säumnisbeschwerde im Regime des Art 130 B-VG eine Ergänzung der Bescheidbeschwerde darstellt und somit auf den Rechtsschutz im Falle der Säumnis bei der Erlassung antragsbedürftiger Bescheide ausgerichtet ist.¹⁰⁷⁷ Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG behandelt die Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde. Daher ist es ausgeschlossen, dass ein sonstiges Verhalten in Vollziehung der Gesetze unter den Begriff der Entscheidungspflicht subsumiert wird.¹⁰⁷⁸ Eine Verletzung der Entscheidungspflicht kann iSv Art 132 Abs 3 B-VG nur geltend machen, wer als Partei in einemungsverfahren Anspruch auf die Erlassung eines Bescheides hat. Damit schützt die Säumnisbeschwerde nicht jede behördliche Untätigkeit. Insbesondere können eine Auskunft oder die Ausstellung einer Urkunde mittels Säumnisbeschwerde nicht erzwungen werden.¹⁰⁷⁹

Im Weiteren bleibt zu bedenken, dass Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum einräumt, festzusetzen, welche Normativität einem bestimmten Verhalten der Hoheitsverwaltung zugeschrieben wird, das mit Beschwerde an ein Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Damit grenzt der Gesetzgeber zwangsläufig (negativ) derartige Verwaltungsakte dabei von Bescheiden und AuvBZ ab, wenn er von seiner Ermächtigung Gebrauch macht und bindet er mit seiner Definitionsmacht auch zugleich das

¹⁰⁷⁵ VwGH 9. 9. 2003, 2002/01/0360.

¹⁰⁷⁶ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 71 ff; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 961.

¹⁰⁷⁷ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 121.

¹⁰⁷⁸ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (552).

¹⁰⁷⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ Rz 656.

Verwaltungsgericht. Durch die Festlegung eines bestimmten verwaltungsbehördlichen Verhaltens als tauglichen Gegenstand einer Verhaltensbeschwerde vor dem Verwaltungsgericht, wird insbesondere dieses Verhalten als Gegenstand einer Bescheidbeschwerde im Sinne von Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG ausgeschlossen. Im gleichen Maße liegt es an der Definitionsbefugnis des Gesetzgebers, jenes Unterlassen, das nicht gerade eine Zuständigkeit mittels Säumnisbeschwerde begründet, zu bestimmen.¹⁰⁸⁰ Jedenfalls könnten somit auch wohl jene seltenen Konstellationen unter Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG subsumiert werden, in denen Säumnisschutz gegen fehlende schlicht hoheitliche Akte eingeräumt werden soll.¹⁰⁸¹

VI. Materieller Teil - Die Verhaltensbeschwerden in den Verwaltungsmaterien

Nach gelungener Darstellung des Begriff „Verhaltens“ und des Verfahrensrechts werden im folgenden Kapitel die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen der Verhaltensbeschwerde aufgezeigt und erörtert. Diese finden sich in der Sicherheitsverwaltung (Kapitel A. bis C.), der militärischen Landesverteidigung, im Zollrecht, im Polizeikooperationsgesetz (Kapitel D. bis F.) und in weiteren gesetzlichen Bestimmungen (Kapitel G.). Im Anschluss daran werden prominente Bescheidumwegskonstruktionen aufgezeigt (Kapitel H) und sich mit der Frage nach einem Auffangtatbestand beschäftigt (Kapitel I.). Danach wird auch ein Blick über die Grenzen zu den Nachbarländern gewagt (Kapitel J.).

Trotz der Vielzahl denkbarer Konstellationen schlichten Verwaltungshandelns und des damit verbundenen Bedarfs an Rechtsschutz wird die Möglichkeit zur Anrufung der Verwaltungsgerichte gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG bislang nur selten in Anspruch genommen. Der einfache Gesetzgeber zeigt sich im Bereich des Rechtsschutzes zurückhaltend, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass Regelungen zur Verhaltensbeschwerde bislang die Ausnahme bilden und vielen Betroffenen die Existenz eines Rechtsschutzes gegen schlichtes Verwaltungshandeln nicht bekannt ist. Wäre dies anders, könnte der Appell an den einfachen Gesetzgeber womöglich lauter ausfallen.

¹⁰⁸⁰ *Holoubek in Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 121.

¹⁰⁸¹ *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 30.

A. Die Verhaltensbeschwerde in der Sicherheitsverwaltung

Den Anfang der klassischen Fälle einer Verhaltensbeschwerde stellen drei Rechtsmittel dar, die bereits seit Jahren die Vorreiterrolle übernehmen. Es handelt sich hierbei um § 88 Abs 2 SPG, § 54 Abs 2 MBG und § 17 Abs 1 und Abs 2 PolKG¹⁰⁸². Diese Bestimmungen sehen Rechtsschutzmöglichkeiten für jene Personen vor, die nicht durch einen Bescheid oder AuvBZ, aber „*auf andere Weise [...] in ihren Rechten verletzt*“ worden zu sein behaupten. Dass unter dieser Formulierung das schlicht hoheitliche Polizei- bzw Militärhandeln fällt, kann aus den gesetzlichen Bestimmungen gelesen werden. Sowohl § 88 Abs 1 SPG als auch § 54 Abs 1 MBG sehen Rechtsmittel gegen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor und Bescheide werden explizit ausgeschlossen (arg: § 88 Abs 2 SPG: „[...] *sofern dies nicht in Form eines Bescheides erfolgt ist*; und auch § 54 Abs 2 MBG schließt die „*Bescheidform*“ aus).¹⁰⁸³ Die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Eingriffe sind in diesen Bestimmungen vielseitig ausgeprägt, sichern doch § 87 SPG¹⁰⁸⁴ und § 53 MBG ein Recht auf die Gesetzmäßigkeit polizeilichen sowie militärischen Handelns und finden sowohl objektive¹⁰⁸⁵ als auch subjektive Rechte¹⁰⁸⁶ Deckung.¹⁰⁸⁷

A.1. Die Einführung des § 88 Abs 2 SPG

Die am 1. 5. 1993 in Kraft getretene Regelung des § 88 Abs 2 SPG¹⁰⁸⁸ beschrift innovative Wege. Es wurde dabei angenommen, dass durch das SPG dabei eine fast schon revolutionär zu nennende Konzeption individuellen Rechtsschutzes verwirklicht wurde, die mit dem aktionenrechtlichen Zuschnitt des österreichischen Rechtsschutzes gerbrochen hat und damit eine tragende Rolle in den Bestrebungen um einen Ausbau der Kontrolle in der Verwaltung zukommt.¹⁰⁸⁹

Das Sicherheitspolizeigesetz übernahm durch den Ausbau der Kontrolle des Verwaltungshandelns im österreichischen Rechtsschutzsystem weitestgehend die

¹⁰⁸² BGBl I 1997/104 idF BGBl I 2013/161.

¹⁰⁸³ Szymanski, Der besondere Rechtsschutz nach dem Sicherheitspolizeigesetz, in Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz (1994) 127 (129).

¹⁰⁸⁴ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2005/158.

¹⁰⁸⁵ Siehe § 89 SPG, der zur Wahrung objektiver Rechte vorgesehen wurde; dazu mehr in Kapitel VI.B.

¹⁰⁸⁶ Vgl § 88 Abs 2 SPG.

¹⁰⁸⁷ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 723; Hauer/Keplinger, Handbuch zum Sicherheitspolizeigesetz (1993) 407.

¹⁰⁸⁸ BG über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (SPG), BGBl 1991/566 idF BGBl I 2006/56; in Kraft getreten nach § 94 Abs 1 SPG am 1. 5. 1993.

¹⁰⁸⁹ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 722 ff.

Vorreiterrolle und wurde durch das Konzept des SPG zugleich der Individualrechtsschutz¹⁰⁹⁰ verstärkt. Dadurch wird das einklagbare Recht auf Gesetzmäßigkeit sicherheitspolizeilichen Handelns unter gleichzeitigem Verzicht auf formelle Beschwerdekriterien sichergestellt.¹⁰⁹¹ Diese Konzeption fußt auf zwei Säulen: Dem nach § 87 SPG¹⁰⁹² einklagbaren Recht auf Gesetzmäßigkeit sicherheitspolizeilichen Einschreitens und auf der Formenunabhängigkeit im Rechtsschutz nach § 88 Abs 2 SPG, wobei letzterer die Zuständigkeit an den damals zuständigen UVS zur Entscheidung über Beschwerden übertragen wurde, die sich durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung auf andere Weise verletzt erachteten, sofern dies nicht in Bescheidform erfolgte.¹⁰⁹³

§ 88 Abs 2 SPG wurde geschaffen – wie den Erläuterungen¹⁰⁹⁴ zu entnehmen ist – um „auch das schlichte Polizeihandeln, sofern es in Rechte eingreift, beim Unabhängigen Verwaltungssenat“ einklagbar zu machen.¹⁰⁹⁵ Dadurch soll im Bereich der Sicherheitsverwaltung eine Rechtsschutzlücke geschlossen werden und der oftmals schwierigen Abgrenzung zwischen Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und dem schlicht hoheitlichen Handeln weniger Bedeutung zukommen zu lassen. Dies vor dem Hintergrund, dass der Rechtsschutz sowohl in den Fällen des § 88 Abs 1 und Abs 2 SPG an den damaligen UVS ging und für beide Verfahren das weitgehend gleiche Verfahrensrecht anzuwenden war.¹⁰⁹⁶ So wurden in der Rechtsprechung die Verhaltensweisen aufgrund des fehlenden Moments von Befehl und Zwang das schlichte Fotografieren im Zuge der Teilnahme an einer Kundgebung, die schlichte Identitätsfeststellung, verbale Entgleisungen und Beschimpfungen im Rahmen einer Amtshandlung oder aufgrund des Charakters der Freiwilligkeit beispielsweise die Einladung zur Dienststelle mitzukommen, wenn für den Fall der Weigerung kein Zwang zu erwarten ist, der freiwillige gestattete Eintritt in eine Wohnung und die damit verbundene Nachschau darin oder auch die behördliche Unterlassung von bzw. Untätigkeit einer Amtshandlung nicht als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt eingestuft. Nunmehr wurden viele dieser aufgezählten schlichten

¹⁰⁹⁰ Hauer/Keplinger, Handbuch zum Sicherheitspolizeigesetz⁴ (2011) 812.

¹⁰⁹¹ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 722 ff.

¹⁰⁹² BGBl 1991/566 idF BGBl I 2005/158.

¹⁰⁹³ Kolonovits, Rechtsschutz gegen „schlichtes Polizeihandeln“ nach § 88 Abs 2 SPG, in Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008) [FS Machacek-Matscher] 244.

¹⁰⁹⁴ ErläutRV 148 BlgNR 18. GP 53.

¹⁰⁹⁵ Grof in Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz 116.

¹⁰⁹⁶ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 729.

Verhaltensweisen– auch im Lichte der zu den Verhaltensweisen entwickelten Rechtsprechung des VwGH¹⁰⁹⁷ des schlichten Polizeihandelns – durch § 88 Abs 2 SPG beschwerdefähig.¹⁰⁹⁸

Verhaltensbeschwerden nach § 88 Abs 2 SPG erfassen im Weiteren auch jene Fälle, in denen ein Eingriff in Rechte von Betroffenen durch außenwirksame Informationsakte der Verwaltung, insbesondere der Sicherheitsbehörden im Anwendungsbereich der Sicherheitsverwaltung¹⁰⁹⁹, erfolgten und diese Akte weder in einem Bescheid Deckung finden, noch durch einen AuvBZ gesetzt wurden. Dabei ist es gleichgültig, ob durch den Informationsakt einfach- oder verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte berührt wurden. § 88 Abs 2 SPG umfasst daher auch „schlicht-hoheitliche“ Informationsakte. Dabei gilt § 88 Abs 2 SPG nur für solche Informationsakte (wie etwa Presseaussendungen), die ein Mindestmaß an unmittelbarer Außenwirksamkeit aufweisen (was zB durch den Inhalt der Aussendung und die Weitergabe durch die jeweilige Sicherheitsbehörde festgelegt sein könnte). Eine Außenwirksamkeit wäre auch bei einer Onlineschaltung eines Dokuments zu bejahen, wenn Rechte eines Betroffenen, wie sie etwa durch die DSGVO oder durch Art 8 EMRK gewährleistet sind, beeinträchtigt wurden. Eine Überprüfung solcher Informationsakte in einem Verhaltensbeschwerdeverfahren nach § 88 Abs 2 SPG ist jedoch nur möglich, wenn die Rechtmäßigkeit des Informationsaktes gerade nicht in einem anderen AVG-Verfahren, wie etwa einem Bescheidverfahren, oder in einem Datenschutzbeschwerdeverfahren nach § 90 SPG an die Datenschutzbehörde im Rahmen der Sicherheitsverwaltung überprüft werden kann. Dabei wird vorherrschend¹¹⁰⁰ die Meinung vertreten, dass einer Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG zu der Beschwerde nach § 90 SPG subsidiärer Charakter zukommt.¹¹⁰¹

A.2. Das Paradebeispiel des § 88 Abs 2 SPG

Gemäß § 88 Abs 2 Sicherheitspolizeigesetz¹¹⁰² erkennen die Landesverwaltungsgerichte *„über Beschwerden von Menschen, die behaupten, auf andere Weise durch die Besorgung der*

¹⁰⁹⁷ Vgl VwGH 25. 6. 1997, 95/01/0600 = VwSlg 14.701 A/1997.

¹⁰⁹⁸ Kolonovits in Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda (Hrsg), FS Machacek-Matscher 245; Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 729; Demmelbauer/Hauer, Grundriss des österreichischen Sicherheitspolizeirechts (2002) Rz 89 ff.

¹⁰⁹⁹ Siehe § 2 Abs 2 SPG.

¹¹⁰⁰ So auch VwGH 9. 7. 2002, 2000/01/0423; bestätigend VwSlg 16.924A/2006.

¹¹⁰¹ Hauer/Keplinger, SPG⁴ § 88 Abs 2 Anm 16 (821); Raschauer/Vogl, Die Öffentlichkeitsarbeit der Sicherheitsbehörden des Bundes, JRP 2023, 207 ff.

¹¹⁰² Sicherheitspolizeigesetz (SPG), BGBl 1991/556 in der Fassung BGBl I 2013/161, der die Anrufung der Landesverwaltungsgerichte wegen behaupteter Rechtsverletzungen »auf andere Weise« als durch Bescheid oder Befehls- und Zwangsgewalt »bei Besorgung der Sicherheitsverwaltung« bestimmt.

*Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein, sofern dies nicht in Form eines Bescheides erfolgt ist".*¹¹⁰³

Nach § 87 SPG¹¹⁰⁴ hat jedermann Anspruch, dass ihm gegenüber sicherheitspolizeilichen Maßnahmen nur in den Fällen und in der Art ergriffen werden, die das SPG vorsieht.¹¹⁰⁵ Dadurch wird ein Recht auf Gesetzmäßigkeit polizeilichen Handelns eingeräumt und wird damit die Gleichheit von objektivem und subjektivem Recht sichergestellt. Damit wird es den Betroffenen ermöglicht, alle Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Polizeihandelns prüfen zu lassen, welches ihnen gegenüber gesetzt wurde.¹¹⁰⁶ Im Weiteren dient § 88 Abs 2 SPG zur Schließung von Rechtsschutzlücken¹¹⁰⁷, bei dem die Vielzahl der Möglichkeiten schlichthoheitlichen Verhaltens, dem schlichten Polizeihandeln¹¹⁰⁸, taugliche Gegenstände einer Verhaltensbeschwerde darstellen können.¹¹⁰⁹

Hierbei darf nicht übersehen werden, dass in kaum einem Bereich des Rechtslebens die zwischenmenschlichen Beziehungen so im Vordergrund stehen, wie im Bereich des polizeilichen Handelns – das Zusammen- oder Gegenwirken zwischen der Exekutive und dem einzelnen Bürger. Dass nicht ein jedes schlichte Polizeihandeln die Ergreifung des Rechtsmittels nach § 88 Abs 2 SPG rechtfertigt, sondern dieses an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, verwundert nicht. Daher sind die Kriterien des Vorliegens der Sicherheitsverwaltung, eines Eingriffs in Rechte und auch die Außenwirksamkeit des Eingriffs¹¹¹⁰ im Rahmen dieser Verhaltensbeschwerde zu prüfen.

A.3. Behördliche Untätigkeiten

Neben den aktiven „Handlungen“ sind auch behördliche Untätigkeiten, wie das Unterbleiben des polizeilichen Einschreitens, die Verweigerung polizeilichen Schutzes sowie das Unterlassen einer Überprüfung nach § 36a Abs 4¹¹¹¹ oder § 38a Abs 6 SPG¹¹¹² als Beispiele¹¹¹³

¹¹⁰³ VwGH 21. 3. 2006, 2003/01/0596.

¹¹⁰⁴ Sicherheitspolizeigesetz (SPG), BGBl 1991/556 in der Fassung BGBl I 2005/158.

¹¹⁰⁵ *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 722 ff.

¹¹⁰⁶ *Lenzbauer*, Schlichte Hoheitsverwaltung 69.

¹¹⁰⁷ *Matscher*, Sicherheitspolizei und Grundrechtsschutz / Einführungsreferat, in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz - (1994) 45.

¹¹⁰⁸ Siehe RV zu BGBl 1991/566.

¹¹⁰⁹ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ 820.

¹¹¹⁰ Siehe gleich im Kapitel VI.A.4.

¹¹¹¹ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2022/50.

¹¹¹² BGBl 1991/566 idF BGBl I 2021/124.

¹¹¹³ VwGH 24. 2. 2004, 2002/01/0280; 8. 9. 2009, 2008/17/0061.

tauglicher Beschwerdegegenstände aufzuzählen.¹¹¹⁴ Dies unter der Voraussetzung, dass sicherheitsbehördliche Unterlassungen keinen Fall der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt darstellen oder andere Rechtsbehelfe gegen die behördliche Untätigkeit zur Verfügung stehen („Subsidiarität der typenfreien Beschwerde“).¹¹¹⁵ Auch wenn der Wortlaut von § 88 Abs 2 SPG durch die Formulierung „durch Besorgung“ mehrdeutig zu verstehen ist, wird eine im Sinne des Rechtsschutzsystems der Verfassung vorgenommene Auslegung zu verstehen geben, dass für die Fälle, in denen subjektive Rechte gewährt werden, diese auch prozessual durchgesetzt werden können. Zwar bietet das SPG keinen selbst keinen Anspruch auf ein behördliches Einschreiten sowie polizeilichen Schutz, doch ergibt sich in diesem Zusammenhang die Begründetheit einer Beschwerde gegen sicherheitspolizeiliche Untätigkeit. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde ist hingegen gesondert zu prüfen.¹¹¹⁶

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das SPG selbst lediglich objektiv-rechtliche Verpflichtungen von Sicherheitsbehörden zur Vorbeugung und Gefahrenabwehr im Sinne von § 19 SPG (hier werden Pflichten erwähnt) und § 21 Abs 2 SPG (Obliegenheiten der Sicherheitsbehörden) bestimmt. Allerdings sind aus den Aufgabennormen der §§ 19 bis 27a SPG gerade keine subjektiven Rechtsansprüche des Einzelnen auf Einschreiten der Sicherheitsbehörden zur Gefahrenvorbeugung oder Gefahrenabwehr abzuleiten.¹¹¹⁷ Die Judikatur bestimmt subjektive öffentliche Rechte der Rechtsunterworfenen wie folgt: „*Subjektives öffentliches Recht ist die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung seiner Interessen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen*“.¹¹¹⁸ Sicherheitspolizeiliche Schutzansprüche in der Gestalt von positiven Leistungsrechten¹¹¹⁹ werden vom SPG nicht umfasst, dennoch stellt das SPG Verpflichtungen für Behörden und ihre Organe auf, die aufgrund der Amtshaftung als Schutznormen zur Geltung kommen, wobei auch pflichtwidrige Unterlassungen von dieser Schutzwirkung der Normen mitumfasst werden. Dadurch wird den grundrechtlichen Werten genüge getan und werden

¹¹¹⁴ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 121; aA Szymanski in Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz 136.

¹¹¹⁵ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 73; Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 740 ff.

¹¹¹⁶ Hauer/Keplinger, SPG⁴ 820.

¹¹¹⁷ Eberhard/Weichselbaum, Verfassungsrechtliche Probleme der Schutzzonenregelung gemäß § 36a Sicherheitspolizeigesetz ZfV 2005, 674 ff.

¹¹¹⁸ VwSlg 14.750 A/1997; ähnlicher Tenor VwGH 30. 1. 2020, Ro 2019/10/0026.

¹¹¹⁹ Funk, Das neue Sicherheitspolizeirecht JBl 1994, 137.

damit die in den Grundrechten eingeschlossen Schutz- und Garantiepflichten des Staates umgesetzt.¹¹²⁰

Folgendes Beispiel dient zur Veranschaulichung: Aufgrund einer ehelichen Auseinandersetzung erlassen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ein Betretungsverbot gegen den Ehegatten gemäß § 38a SPG¹¹²¹. Am folgenden Tag kontrollieren die Polizisten die Einhaltung des Betretungsverbotes. Die Überprüfung der Notwendigkeit des Betretungsverbotes durch die handelnde Behörde fand jedoch nicht mehr statt. Gemäß § 38a Abs 6 SPG ist jedoch von der Sicherheitsbehörde binnen 48 Stunden zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Erlassung des Betretungsverbotes vorgelegen haben bzw weiterhin vorliegen. Da diese Überprüfung unterlassen wurde, kann gegen dieses Vorgehen Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG erhoben werden.¹¹²²

Obwohl aus dem SPG keine subjektiven Rechtsansprüche des Einzelnen auf sicherheitsbehördliches Einschreiten hervorgehen, können aus den einzelnen Grundrechten der ERMK subjektive Rechte auf behördliches Einschreiten und polizeilichen Schutz abgeleitet werden.¹¹²³ So besteht beispielsweise eine Verpflichtung des Staates das Leben (Art 2 EMRK), die Menschenwürde (Art 3 EMRK), die Privatsphäre und Wohnung (Art 8 EMRK) sowie das Eigentum (Art 1 des 1 ZPEMRK) vor kriminellen Übergriffen zu schätzen und Sicherheit zu garantieren (Art 5 EMRK). Wird der staatliche Schutz bei der Besorgung der Sicherheitsverwaltung grundrechtswidrig vorenthalten, wird sich der Betroffene durch § 88 Abs 2 SPG zur Wehr setzen können.¹¹²⁴

Der Beschwerdeführer, der auch in Gestalt einer juristischen Person die Verhaltensbeschwerde erheben kann (siehe § 18 SPG¹¹²⁵), muss in seiner Beschwerde die Behauptung der Verletzung von Rechten aufstellen und muss diese behauptete Rechtsverletzung zumindest möglich erscheinen.¹¹²⁶ Auf die konkrete Bezeichnung des verletzten Rechts kommt es dabei nicht an und hat auch das zuständige LVwG sich bei der Beschwerdeprüfung nicht auf die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe oder die von ihm als verletzt benannten Rechte zu

¹¹²⁰ Funk, Polizeigesetzgebung und Verwirklichung grundrechtlicher Werte, in Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz - (1994) 47 (61).

¹¹²¹ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2021/124.

¹¹²² Erlacher/Forster, Sicherheitspolizeigesetz² (2017) 134.

¹¹²³ Hauer/Keplinger, SPG⁴ 820.

¹¹²⁴ Hauer/Keplinger, SPG⁴ 210, 211.

¹¹²⁵ BGBl 1991/566 lautet: „18. Soweit in diesem Bundesgesetz von Rechten und Pflichten von Menschen die Rede ist, sind darunter auch Rechte und Pflichten juristischer Personen zu verstehen.“

¹¹²⁶ VwGH 6. 7. 2016, Ra 2015/01/0037.

beschränken. Das Verwaltungsgericht hat das in der Beschwerde vorgebrachte Verwaltungshandeln umfassend auf das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit¹¹²⁷ zu prüfen.¹¹²⁸

A.4. Die Kriterien des § 88 Abs 2 SPG

a) Beschränkung auf Sicherheitsverwaltung

Auch bei der Vielzahl der Aufzählungsmöglichkeiten darf hierbei nicht außerachtgelassen werden, dass § 88 Abs 2 SPG sich nicht nur auf den durch das SPG geregelten Bereich der Sicherheitspolizei beschränkt, sondern allgemein für die Sicherheitsverwaltung gilt (im Sinne von § 2 Abs 2 SPG).¹¹²⁹ § 2 Abs 2 SPG definiert die Sicherheitsverwaltung als eine Summe von Rechtsangelegenheiten und wird damit auch der Umfang der Rechtsmittelzuständigkeit des § 88 Abs 2 SPG begrenzt.¹¹³⁰ Der Begriff der Sicherheitsverwaltung im Sinne von § 2 Abs 2 SPG stellt selbst keinen Verfassungsbegriff dar. Für seine Auslegung ist das Verständnis des einfachen Gesetzgebers ausschlaggebend.¹¹³¹

Die Sicherheitsverwaltung besteht aus einer Vielzahl von Verwaltungsangelegenheiten, wovon jede selbständig eine Kompetenzmaterie bildet. Die Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung werden in § 2 Abs 2 SPG taxativ aufgezählt.¹¹³² Zur Sicherheitsverwaltung zählen die Sicherheitspolizei iSv § 3 SPG sowie die dort angeführten Nachweise sicherheitspolizeilicher Rechtsvorschriften; Maßnahmen nach § 46 SPG iVm § 9 UbG¹¹³³; das Passwesen (Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG); das Meldewesen (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG); die Fremdenpolizei (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG); die Überwachung des Eintrittes in das Bundesgebiet und des Austrittes aus ihm (Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG); das Waffen-, Munitions-, Schieß- und Sprengmittelwesen (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG), das Pressewesen (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) sowie das Vereins- und Versammlungsrecht (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG).¹¹³⁴

¹¹²⁷ Siehe dazu Kapitel V.

¹¹²⁸ VwGH 25. 2. 2014, 2012/01/0149.

¹¹²⁹ *Keplinger/Pühringer*, Sicherheitspolizeigesetz Polizeiausgabe¹⁵ (2014) § 88 Rz 6.

¹¹³⁰ Siehe VwGH 5. 1. 2022, Ro 2021/01/0023; 10. 11. 2021, Ra 2021/01/0211 ua.

¹¹³¹ VwGH 5. 1. 2022, Ro 2021/01/0023; VwGH 27. 11. 2016, Ro 2016/21/0016.

¹¹³² VwGH 28. 3. 2017, Ra 2017/01/0059.

¹¹³³ VwSlg 16.688A/2005.

¹¹³⁴ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ 74 ff mit weiteren Ausführungen.

Die polizeiliche Aufklärungstätigkeit im Dienst der Strafjustiz (Kriminalpolizei) sowie die Verwaltungspolizei zählen nicht zur Sicherheitspolizei und fallen folglich nicht unter den Begriff der Sicherheitsverwaltung nach § 2 Abs 2 SPG.¹¹³⁵

Dass eine Beschränkung auf den Bereich der Sicherheitsverwaltung zu neuen Problemen führt, zeigt folgendes Beispiel: Ein Obdachloser ist Polizeibeamten bereits seit einiger Zeit ein Dorn im Auge. Als sie den Obdachlosen abermals beim Betteln antreffen, konfrontieren sie ihn damit, dass er gegen das Bettelverbot des einschlägigen Landes-Polizeigesetzes verstoße. Nach Abschluss der ruppig durchgeführten Amtshandlung beschließt der Obdachlose sich gegen dieses Vorgehen der Polizeibeamten mittels § 88 Abs 2 SPG zur Wehr zu setzen. Da allerdings in dieser Konstellation kein Zusammenhang mit den Aufgaben der Sicherheitsverwaltung besteht, weil es sich bei der Vollziehung des Landes-Polizeirechts um keine Angelegenheit der Sicherheitsverwaltung handelt, bleibt ihm der Rechtsschutz durch § 88 Abs 2 SPG verwehrt.¹¹³⁶

Diese doch einschneidende Beschränkung der Beschwerdemöglichkeiten auf den Bereich der Sicherheitsverwaltung iSd § 2 Abs 2 SPG geriet bereits in Kritik, sei sie weder sachlich gerechtfertigt noch im Sinne der Verfassung rechtmäßig und sei doch keine Grundlage ersichtlich, weshalb das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen in Bezug auf die Sicherheitsverwaltung größer erscheinen sollte als beispielsweise in Bezug auf das Verwaltungshandeln der Kriminalpolizei oder auch in Bezug auf nicht polizeiliche Angelegenheiten wie in den Bereichen des öffentlichen Dienstrechts oder etwa der Aufnahme in einen Dienststand. Eine sachliche Rechtfertigung der Differenzierung dieser Verwaltungsmaterien sei laut dieser Kritik in Bezug auf den Rechtsschutz nicht erkennbar.¹¹³⁷ Allerdings hat der VwGH¹¹³⁸ bereits in seiner Rechtsprechung verfassungsrechtliche Bedenken ("Entstehen einer Rechtsschutzlücke") im Hinblick darauf, dass bei einem Behördenhandeln im Dienste der Strafjustiz ("Kriminalpolizei") die Einspruchsmöglichkeit an das Gericht nach § 106 Abs 1 StPO 1975¹¹³⁹ nicht (mehr) und eine Beschwerdemöglichkeit nach § 88 Abs 2 SPG 1991 nicht bestehen soll, nicht geteilt. Diese verfassungsrechtliche Bedenken (nämlich das "Entstehen einer Rechtsschutzlücke") teilte der VwGH mit Blick auf die Bestimmung des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, wonach es der Verfassungsgesetzgeber dem

¹¹³⁵ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 272 ff.

¹¹³⁶ Erlacher/Forster, Sicherheitspolizeigesetz² 134.

¹¹³⁷ Hauer/Keplinger, SPG⁴ 822 ff.

¹¹³⁸ Siehe VwGH 10. 9. 2020, Ra 2020/01/0274, mit Verweis auf VwGH 28. 3. 2017, Ra 2017/01/0059.

¹¹³⁹ BGBl 1975/631 idF BGBl I 2015/85.

Ermessen des einfachen Gesetzgebers überlassen hat, Zuständigkeiten der VwG zur Entscheidung über Verhaltensbeschwerden (über den in § 88 Abs 2 SPG 1991 geregelten Fall hinaus) vorzusehen, nicht, weil eine derartige gesetzliche Regelung auch die Beschwerdemöglichkeit gegen das rechtswidrige Unterlassen eines (nicht bescheidmäßigen) Hoheitsaktes umfassen könnte.¹¹⁴⁰ Der VwGH verneinte diesbezüglich auch die Frage, ob ein Beschuldigter in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren die Möglichkeit habe, die Entscheidung des Behördenleiters in der Frage der Befangenheit (iSd § 47 Abs 3 StPO¹¹⁴¹) einer gerichtlichen Kontrolle (gemeint: nach § 88 Abs 2 SPG) zu unterziehen, dahingehend, dass in einem solchen Konstellation die Beschwerdemöglichkeit nach § 88 Abs 2 SPG nicht vorliegt.¹¹⁴²

Im Weiteren hält der VwGH fest, dass eine Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG derart ausgestaltet sein muss, dass sie sich auf Verwaltungsakte im Bereich der Sicherheitsverwaltung bezieht und kommt damit nur innerhalb der Sicherheitsverwaltung in Frage.¹¹⁴³

b) Eingriff in Rechte

Diese Beschwerdemöglichkeit nach § 88 Abs 2 SPG umfasst jene Fälle, in denen ein Eingriff in Rechte Dritter durch Maßnahmen der Sicherheitsverwaltung weder durch eine Verordnung, einen Bescheid noch durch die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt erfolgt. Anfechtungsgegenstände bilden sohin schlichthoheitliche Handlungen im Rahmen der Sicherheitsverwaltung¹¹⁴⁴.¹¹⁴⁵

Als Beispiele des § 88 Abs 2 SPG sind jedenfalls Fälle wie die Drohung von Anzeigen, die Verwendung des Du-Wortes¹¹⁴⁶, das schlichte Betreten von Grundstücken bzw Wohnungen, nachdem den Organen die Wohnung ohne vorherigen Befehl oder Zwang geöffnet wurde¹¹⁴⁷, polizeiliche Beobachtungen oder Fotoaufnahmen¹¹⁴⁸, behördliche Warnungen, die Verwendung personenbezogener Daten und viele mehr zu nennen. Dies vor dem Hintergrund, dass es sich bei den genannten Fallbeispielen laut Rechtsprechung gerade um keine Akte der

¹¹⁴⁰ VwGH 28. 3. 2017, Ra 2017/01/0059.

¹¹⁴¹ BGBl 1975/632 idF BGBl I 2009/40.

¹¹⁴² VwGH 2. 9. 2020, Ra 2020/01/0229.

¹¹⁴³ VwGH 19. 4. 2014, Ra 2015/01/0232, mwN.

¹¹⁴⁴ Thanner/Vogl (Hrsg), SPG² 809.

¹¹⁴⁵ VwGH 25. 6. 2019, Ra 2017/19/0261.

¹¹⁴⁶ VfSlg 8654/1979.

¹¹⁴⁷ VfSlg 12.628/1991, 13.049/1992.

¹¹⁴⁸ VfSlg 11.935/1988.

verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt handelt.¹¹⁴⁹ Als weitere Beispiele sind die Ersichtlichmachung eines Aufenthaltsverbots¹¹⁵⁰ oder der Nachweis der Einreise durch Anbringen eines Stempels im Reisepass¹¹⁵¹, Beschimpfungen¹¹⁵², die Unterlassung des Schutzes einer durch religiöse Motive abgehaltenen Kranzniederlegung (iSd Art 9 EMRK) oder gar einer Versammlung (iSd Art 11 EMRK) vor ungerechtfertigten Störungen, die Weigerung der Bekanntgabe der Dienstnummern, jedoch nur, wenn die Verletzung von Rechten iSd § 30 SPG¹¹⁵³ und nicht nur Richtlinien iSv § 31 iVm § 89 SPG vorgebracht wird sowie Maßnahmen minderen Anordnungscharakters wie beispielsweise im Imperativ gehaltenen Identitätsfeststellungsbegehren unterhalb der Grenze von Befehls- und Zwangsgewalt auszuzählen¹¹⁵⁴.¹¹⁵⁵ Auch das Aufheben des Betretungsverbotes nach § 38a SPG¹¹⁵⁶ oder das Löschen von Daten auf einer zuvor abgenommenen Kamera¹¹⁵⁷ sind als Fallbeispiele einer Verhaltensbeschwerde aufzuzählen.¹¹⁵⁸

Folgendes Szenario soll als klassisches Beispiel eines tauglichen Beschwerdegegenstandes einer Verhaltensbeschwerde nach § 88 Abs 2 SPG dienen: Ein Polizeibeamter trifft einen Burschen in der Nähe eines bekannten Suchtgiftumschlageplatzes. Als sich der Bursche auffällig verhält, fragt der Polizeibeamte, ob der Bursche sich ausweisen kann. Die Frage des Polizeibeamten an sich stellt keinen Befehlsakt dar. Sollte die Frage jedoch mit einem gewissen Anordnungscharakter verbunden sein, müssten die Grenzen zum AuvBZ iSv § 35 SPG¹¹⁵⁹ beachtet werden. Der Bursche kann in unserem Beispiel mit der Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG gegen das Verhalten des Polizeibeamten vorgehen.

Zur Veranschaulichung dient noch ein weiteres Beispiel: Ein deutscher Student wird in der Nähe der U-Bahn-Station Karlsplatz von einem Polizisten angetroffen. Der Student verhält sich auffällig und aufgrund einschlägiger körperlicher Merkmale vermutet der Polizist einen Suchtgiftmissbrauch. Als der Polizist den Studenten anspricht und seinen deutschen Dialekt hört, wird er ausfallend und schimpft: „Du Piefke denkst wohl, du kannst hier in Österreich

¹¹⁴⁹ Hofmann/Hauer in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 10 Rz 33.

¹¹⁵⁰ UVS Vorarlberg 24. 3. 1997, 2-14/96.

¹¹⁵¹ VwGH 16. 6. 1999, 98/01/0172.

¹¹⁵² VwGH 29. 3. 2004, 98/01/0213.

¹¹⁵³ BGBl 1991/566.

¹¹⁵⁴ VwSlg 16.772A/2005; VwGH 29. 7. 1998, 97/01/0448.

¹¹⁵⁵ Hauer/Keplinger, SPG⁴ 823.

¹¹⁵⁶ UVS Steiermark 8. 10 2013, 20.3-23/2013.

¹¹⁵⁷ LVwG Steiermark 18. 7. 2014, LVwG 20.3-2931/2014.

¹¹⁵⁸ Keplinger/Pühringer, Sicherheitspolizeigesetz Praxiskommentar²⁰ (2021) § 88 Rz 5 ff.

¹¹⁵⁹ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2021/206.

einen auf Drogen-Baron spielen!“. Der Student kann sich gegen dieses Verhalten des Polizisten wehren, weil Beschimpfungen im Zuge einer Amtshandlung einen tauglichen Beschwerdegegenstand von § 88 Abs 2 SPG darstellen.¹¹⁶⁰

c) Außenwirksamkeit

Als weitere Voraussetzung fordert der VwGH, dass das inkriminierte Verhalten der Organe der Sicherheitsverwaltung ein Mindestmaß an unmittelbarer Außenwirksamkeit aufweisen muss, das sich, wenn auch nicht in Gestalt von körperlichem Zwang oder Gewalt, doch individuell gegen den Rechtsunterworfenen richtet. Aus diesem Grund stellen rein verwaltungsinterne Vorgänge ohne Außenwirksamkeit, wie beispielsweise die Weitergabe behördeninterner Aufzeichnungen, die auch normalerweise weder durch Gesetz noch durch Verordnungen geregelt sind – mit Ausnahme von dienstrechtlichen und strafgesetzlichen Vorschriften – keinen tauglichen Beschwerdegegenstand dar.¹¹⁶¹ Die Außenwirksamkeit wird beispielsweise bei einer Onlineschaltung eines Dokuments leicht zu bejahen sein, wenn dadurch Rechte eines Betroffenen beeinträchtigt wurden. Zu denken an Rechte die in der DSGVO¹¹⁶² oder durch Art 8 EMRK gewährleistet sind.¹¹⁶³

Dem Gesetzeswortlaut selbst ist diese Einschränkung der Außenwirksamkeit nicht zu entnehmen und ist sie weder rechtsdogmatisch begründet noch rechtspolitisch erforderlich. Mit der Ansicht des VwGH wird die inhaltliche Begründetheit der Beschwerde bereits auf der Zulässigkeitsebene vorgezogen. Der gegenständliche Sachverhalt betraf außerdem eine Frage des Datenschutzrechtes, der ohnehin nicht unter § 88 Abs 2 SPG fällt.¹¹⁶⁴ *Ewald Wiederin* hält zur Auffassung des VwGH gegenteilig fest, dass das SPG bewusst auf formelle Beschwerde Voraussetzungen, wie ein Mindestmaß an Außenrichtung, das gegen einen individuellen Rechtsunterworfenen ziele, verzichtet hat. Sollte allerdings das angefochtene interne Verhalten durch außenwirksame Rechtsvorschriften gar nicht gesetzlich determiniert werden, fehlt es an der Möglichkeit der Verletzung in Rechten und wird dann der Ansicht des VwGH zuzustimmen sein.¹¹⁶⁵

¹¹⁶⁰ *Erlacher/Forster*, Sicherheitspolizeigesetz² 134.

¹¹⁶¹ VwGH 26. 6. 1997, 95/01/0600.

¹¹⁶² Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl Nr L 119 vom 4. 5. 2016.

¹¹⁶³ *Raschauer/Vogl*, Die Öffentlichkeitsarbeit der Sicherheitsbehörden des Bundes, JRP 2023, 207 ff.

¹¹⁶⁴ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ 820.

¹¹⁶⁵ *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 739.

Die Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG ist von der Richtlinienbeschwerde nach § 89 SPG sowohl in der Beschwerdebehauptung als auch in der Prüfung des in Beschwerde gezogene Verhalten zu unterscheiden wie folgt: Wie der Name der Beschwerde nach § 89 Abs 2 SPG schon besagt – die sogenannte Richtlinienbeschwerde – dient diese der Überprüfung der Einhaltung von Richtlinien¹¹⁶⁶, die gerade keine subjektiven Recht enthalten, während § 88 SPG die Verletzung subjektiver Rechte zum Gegenstand hat. Allerdings kann das selbe Verhalten dabei nach § 88 SPG und nach § 89 SPG in Beschwerde gezogen werden und sind beide Beschwerden beim zuständigen Verwaltungsgericht einzubringen. Davon zu unterscheiden ist die Datenschutzbeschwerde nach § 90 SPG, welche allerdings der Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG vorgeht und ist die Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG jedenfalls unzulässig, wenn die Einbringung einer Datenschutzbeschwerde möglich ist (sog Subsidiarität der Verhaltensbeschwerde bzw lex specialis¹¹⁶⁷ der Datenschutzbeschwerde¹¹⁶⁸).¹¹⁶⁹

Zweifellos wurde durch die Einführung von § 88 Abs 2 SPG der Rechtsschutz im Vergleich zum vorherrschenden System ausgeweitet, jedoch gilt es die Frage zu stellen, ob durch Einführung von § 88 Abs 2 SPG als umfassendes Rechtsschutzzinstrument die Schaffung eines lückenlosen Auffangtatbestandes für den Bereich der Sicherheitsbehörden auch wirklich gelungen ist. Die Antwort ist auf diese Frage wird in ihrer Gesamtheit zu verneinen sein. Zum einen aus Gründen der in § 88 Abs 2 SPG verwendeten Formulierung, dass nur Akte der Sicherheitsbehörden in Besorgung der Sicherheitsverwaltung Gegenstand der typenfreien Beschwerde darstellen sollen, wird damit doch eine Schranke des Materiengesetzes aufgestellt. Das weitere Kriterium liegt in der Behauptung der beschwerdeführenden Partei, durch einen bestimmten Akt der Sicherheitsbehörde in ihren Rechten verletzt zu sein. Weiters hat die Verletzung auch denkmöglich zu sein. Dies ist in Analogie aus dem für diesen Beschwerdetypus herangezogenen bisherigen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts gemäß Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG aF¹¹⁷⁰ und Art 144 Abs 1 B-VG aF¹¹⁷¹ abzuleiten¹¹⁷². Demnach hat die beschwerdeführende Partei im Rahmen der Beschwerde die Behauptung der

¹¹⁶⁶ Kolonovits in Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda (Hrsg), FS Machacek-Matscher 254.

¹¹⁶⁷ *Keplinger/Pühringer*, Sicherheitspolizeigesetz Praxiskommentar²⁰ § 88 Rz 1; VwGH 22. 12. 2010, 2006/01/0488; VwGH 19. 9. 2017, Ra 2017/01/0160.

¹¹⁶⁸ Siehe Kapitel VI.C. Exkurs: § 90 SPG – Die Datenschutzbeschwerde.

¹¹⁶⁹ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ 811.

¹¹⁷⁰ BGBl 1930/1 idF BGBl 1975/316.

¹¹⁷¹ BGBl 1930/1 idF BGBl 1984/296.

¹¹⁷² *Oberndorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit : ein Grundriß für Studium und Praxis (1983) 92 ff.

Verletzung eines durch die Rechtsordnung konkret gewährleisteten subjektiven Rechtes vorzubringen. Dabei kann es sich um ein durch die Verfassung oder durch ein einfaches Gesetz eingeräumte Rechte, wie etwa aus § 87 SPG abgeleitete Rechte, der dem Einzelnen generell ein subjektiv öffentliches Recht auf Gesetzmäßigkeit des sicherheitspolizeilichen Verwaltungshandelns zusichert. Dies kann man zweifellos als generell umfassenden Rechtsschutz für die Sicherheitsverwaltung auslegen. Allerdings werden sich mit der in § 88 Abs 2 SPG verwendeten Formulierung „auf andere Weise“ Fragestellungen ergeben können. Kann mit der Verhaltensbeschwerde nach § 88 Abs 2 SPG der gesamte nicht durch eine Maßnahmenbeschwerde oder Bescheidbeschwerde anfechtbare Rechtsbereich als Restbereich abgedeckt werden? Dazu ist grundsätzlich eine Abgrenzung zu diesen beiden Rechtsmitteln notwendig und im Hinblick auf die Bescheidbeschwerde kommt die Verhaltensbeschwerde auch nicht gegen Akte der Sicherheitsbehörden zur Anwendung, die im Vorfeld der Bescheiderlassung gesetzt wurden. Daher ist die Verhaltensbeschwerde sowohl im Hinblick auf die Rechtssatzform „Maßnahme“ als auch „Bescheid“ von den bestehenden Rechtsschutzeinrichtungen streng abzugrenzen.

Eine weitere Abgrenzung wird auch in Bezug auf das Verhalten angemessen sein. Nicht ein jedes, aufgrund der Abgrenzung zu Befehl und Zwang einer Maßnahmenbeschwerde nicht zugängliches Verhalten der Sicherheitsbehörden bildet einen tauglichen Beschwerdegegenstand. Um dies aufzuzeigen, eignet sich folgendes Beispiel: Eine Person fühlt sich in ihren Rechten beeinträchtigt, weil der für die Ermittlungen zuständige Beamte im Rahmen der Vernehmung – jedoch ohne Schädigungsvorsatz oder mit der Absicht, die vernommene Person zu quälen – ständig Tabak-Zigaretten raucht. Soll für einen solchen Fall auch die Verhaltensbeschwerde zulässig sein? Abhilfe, welches Verhalten beschwerdefähig sein soll, kann ein Blick in die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage¹¹⁷³ schaffen, die ausführen, dass *„damit auch das „schlichte Polizeihandeln“, sofern es in Rechte eingreift, beim Unabhängigen Verwaltungssenat einklagbar“* wird. Durch die Formulierung *„schlichtes Polizeihandeln, sofern es in Rechte eingreift“* kann der Schluss gezogen werden, dass nicht ein jedes, sondern nur das schlichte Polizeihandeln¹¹⁷⁴ beschwerdefähig ist. Damit wird jenes Verwaltungshandeln umfasst sein, das auch dem Kriterium der Obrigkeit¹¹⁷⁵ entspricht, der Rechtseingriff eine Außenwirkung¹¹⁷⁶ entfaltet, jedoch eine Einzelfallbezogenheit aufweist und

¹¹⁷³ ErläutRV 148 BlgNR 18. GP 53.

¹¹⁷⁴ Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten 26 ff; Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 145 ff.

¹¹⁷⁵ Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² 23 ff.

¹¹⁷⁶ VwGH 25. 6. 1997, ZI 95/01/9600.

dem ein Regelungscharakter¹¹⁷⁷ zugeschrieben wird¹¹⁷⁸. Unter weitere Bedachtnahme, dass für die Verhaltensbeschwerde das Verfahren der Maßnahmenbeschwerde sinngemäß anzuwenden ist, könnte auch der Zusammenhang bestehen, dass die Möglichkeit zur Erhebung der Verhaltensbeschwerde nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine gewisse Eingriffsintensität des inkriminierten Verhaltens voraussetzt, die jedenfalls im Dunstkreis der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt anzufinden ist. Weiters kann durch die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen über das Maßnahmenbeschwerdeverfahren ein Hinweis des Gesetzgebers gesehen werden, dass mit der Verhaltensbeschwerde gerade nicht ein den verbleibenden Restbereich vollständig umfassendes Rechtsmittel geschaffen wurde, sondern vielmehr ein Rechtsschutz vorgesehen wurde, der sowohl von der Maßnahmenbeschwerde und der Bescheidbeschwerde als auch vom Nicht-Verwaltungsakt zu trennen ist. Daher wäre auch das als störend empfundene Zigarettenrauchen des Beamten im Zuge der Vernehmung wegen der fehlenden Intensität der Art und Weise, in Ermangelung der obrigkeitlichen Gestion, sowie auch wegen des Fehlens eines Regelungscharakters und der mangelnden Verbindlichkeit infolge fehlender Verwaltungsaktsqualität nicht mittels Verhaltensbeschwerde beim Verwaltungsgericht geltend zu machen. Eine derart auf § 88 Abs 2 SPG fußende eingebrachte Beschwerde wäre daher vom Landesverwaltungsgericht ohne inhaltlich in die Sache einzutreten wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen.

Somit kann in Summe zur Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG zusammengefasst werden, dass diese den Rechtsschutz im SPG tatsächlich wesentlich erweitert hat. Dabei wurde aber vom Gesetzgeber, vermutlich um den Rechtsschutz nicht ausufern zu lassen und die Effektivität der Sicherheitsverwaltung nicht zu unterbinden, durch die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Maßnahmenbeschwerde gleichzeitig dieses Rechtsschutzinstrument aber auch wieder begrenzt.

Eine Möglichkeit zur Beschwerde würde für den Fall des Zigaretten rauchenden Vernehmungsbeamten die Richtlinienbeschwerde bieten, wenn das ständige Zigarettenrauchen

¹¹⁷⁷ Siehe hierzu *Fürst/Takacs*, Überblick Verwaltungsakte (Stand 8. 8. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at): Typische Merkmale der Verwaltungsakte im engeren Sinne sind der hoheitliche Charakter, die Einseitigkeit, die Außenwirkung, der individuelle Charakter und die rechtsgestaltende Funktion.

¹¹⁷⁸ Siehe hierzu *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 146; *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten 26.

während einer Einvernahme als Verletzung von § 6 Abs 3 Z 2 der Richtlinien-Verordnung¹¹⁷⁹ eingeordnet würde.¹¹⁸⁰

B. § 89 SPG - Die Richtlinienbeschwerde

Neben dem Paradebeispiel der Verhaltensbeschwerde nach § 88 Abs 2 SPG darf auch die Richtlinienbeschwerde nicht unerwähnt bleiben, obwohl sie auf den ersten Blick nicht unter das Raster einer Verhaltensbeschwerde einzuordnen ist. Allerdings reicht ihr Rechtsschutz sogar noch weiter. Mit der Richtlinienbeschwerde nach § 89 SPG¹¹⁸¹ wird Betroffenen neben der Geltendmachung der Verletzung ihrer subjektiven Rechte¹¹⁸² die Möglichkeit eröffnet ein Vorbringen zu erstatten, dass das einschreitende Organ auch die nach § 31 SPG erlassene Richtlinien-Verordnung (kurz: RLV¹¹⁸³) verletzt habe. Diese Richtlinienbeschwerde nimmt vom materiellen Kriterium, das in der Verletzung von subjektiven Rechten liegt, bewusst Abstand¹¹⁸⁴, zumal diese Richtlinien lediglich objektivrechtliche Verhaltensanforderungen zum Gegenstand haben.¹¹⁸⁵ Das subjektiv-öffentliche Recht einer beschwerdeführenden Partei besteht hierbei in der Feststellung darin, dass eine Richtlinie verletzt wurde.¹¹⁸⁶

Bereits seit dem 1. 5. 1993 haben betroffene Personen die Möglichkeit, sich gegen rechtswidriges Verhalten der Sicherheitsexekutive mittels Richtlinienbeschwerde nach § 89 Abs 4 SPG an die Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder zur Wehr zu setzen. Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 sind nunmehr die Landesverwaltungsgerichte der Länder zur Entscheidung zuständig. Eine Zustimmung der Länder bedurfte es dazu nicht, weil keine neue Zuständigkeit der Länder begründet wurde.¹¹⁸⁷ Dies wird auch oftmals damit begründet, dass das vergleichbare schlicht hoheitliche Polizeihandeln im Sinne von

¹¹⁷⁹ BGBl 1993/266.

¹¹⁸⁰ Grof in Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz 121 ff.

¹¹⁸¹ BGBl 1991/677 idF BGBl I 2013/161.

¹¹⁸² In diesem Fall wäre nach § 88 Abs 2 SPG vorzugehen.

¹¹⁸³ Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (BGBl 1993/266 idF II 2012/155).

¹¹⁸⁴ Siehe hiezu VwGH 29. 6. 2006, 2005/01/0032; 31. 8. 2020, Ra 2019/01/0135, mwN.

¹¹⁸⁵ Hauer, Die Zukunft der Maßnahmenbeschwerde, in 20 Jahre UVS, Festschrift des Fachbereichs Öffentliches Recht der Johannes Kepler Universität Linz. Zum 20jährigen Bestand des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich (2011) [FS 20 Jahre UVS] 45 (56).

¹¹⁸⁶ VwGH 29. 6. 2023, Ra 2021/01/0116.

¹¹⁸⁷ Siehe VfGH 24. 6. 2015, G193/2014 ua: Eine Klarstellung des Gesetzgebers in dem Sinn, dass die bisherige Kompetenz der unabhängigen Verwaltungssenate, über Beschwerden gegen eine Richtlinienverletzung zu entscheiden, nunmehr von den Verwaltungsgerichten wahrzunehmen ist, begründet jedoch keine neue Zuständigkeit, die eine Zustimmung der Länder nach Art 130 Abs 2 letzter Satz B-VG erforderlich gemacht hätte.

§ 88 Abs 2 SPG der klassische Anwendungsfall sei, der Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nachempfunden wurde.¹¹⁸⁸

Bei den Richtlinien handelt es sich um Berufspflichten¹¹⁸⁹, sohin einen Verhaltenskodex der Exekutivorgane. Obwohl die Richtlinienbeschwerde zunächst an die Dienstaufsichtsbehörde geht, tut das der Qualifikation als Verhaltensbeschwerde keinen Abbruch.¹¹⁹⁰

B.1. Die Kriterien der Richtlinienbeschwerde

a) Verletzung in Rechten

Zurückzuweisen wird eine Beschwerde dann sein, wenn die beschwerdeführende Partei nicht in ihren Rechten verletzt sein konnte. Zwar wird bereits die Behauptung einer Verletzung eines subjektiven Rechts als ausreichend angesehen, doch hat diese gegenüber der beschwerdeführenden Partei wenigstens möglich zu sein. Andernfalls ist die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation zurückzuweisen. Demnach stellt die Behauptung, von einem Einschreiten eines Organs des öffentlichen Sicherheitsdienstes unmittelbar betroffen zu sein, eine Voraussetzung zur Erhebung einer Richtlinienbeschwerde dar.¹¹⁹¹ Daraus folgt, dass zur Einleitung des Verfahrens einer Richtlinienbeschwerde die Verletzung einer Richtlinie behauptet werden muss.¹¹⁹²

Mit der Richtlinienbeschwerde wird betroffenen Personen somit eine besondere Rechtsschutzmöglichkeit geboten, die in der Verletzung von gemäß § 31 SPG 1991¹¹⁹³ erlassenen Richtlinien aufgeht, für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes in einem zweistufigen Verfahren geltend zu machen.¹¹⁹⁴ Dabei richtet sich die Betroffenheit nach dem Kreis der Menschen, deren Interessen durch die jeweilige Richtlinie gewahrt werden sollen.¹¹⁹⁵ Bereits das allgemeine Verständnis der im SPG angeführten Richtlinienverordnung als „Berufspflichtenkodex“ und die gesetzliche Ausgestaltung als Katalog zur Sicherstellung eines wirkungsvollen einheitlichen Vorgehens lassen schließen, dass nicht jede Rechtsverletzung davon mitumfasst werden soll. Die Frage der in Beschwerde

¹¹⁸⁸ *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 35.

¹¹⁸⁹ Siehe RV zu BGBl 1991/566 zu § 31; siehe auch ErläutRV 148 BlgNR 18. GP 53.

¹¹⁹⁰ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ 853 ff.

¹¹⁹¹ So auch VwGH 29. 6. 2023, Ra 2021/01/0116 mit Verweis auf VwGH 24. 11. 1999, 96/01/0582.

¹¹⁹² VwGH 29. 3. 2023, Ra 2022/01/0002; 24. 11. 1999, 96/01/0582.

¹¹⁹³ BGBl 1991/566.

¹¹⁹⁴ VfGH 24. 6. 2015, G 193/2014-11 ua = VfSlg. 19.986; VfGH 24. 6. 2021, G 363/2020-12; zur "Richtlinienbeschwerde" als "Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG vgl auch VwGH 18. 10. 2022, Ra 2022/01/0226, Rn 33.

¹¹⁹⁵ VwGH 29. 3. 2023, Ra 2022/01/0002; 24. 11. 1999, 96/01/0582.

gezogenen Verletzung soll anhand der der jeweiligen konkreten Einzel-Anordnung der im SPG angeführten Richtlinien gemessen werden.¹¹⁹⁶ Dabei besteht das subjektiv öffentliche Recht eines Richtlinienbeschwerdeführers darin, dass die Feststellung erfolgt, dass eine Richtlinie verletzt wurde.¹¹⁹⁷

b) Betroffenheit

Eine jede Person kann nach § 5 Abs 1 RLV¹¹⁹⁸ "betroffen" sein, der zum Adressaten einer beliebigen Amtshandlung wird. Anderen Personen wird die Möglichkeit der Geltendmachung der behaupteten Richtlinienverletzung verwehrt. Auch eine allenfalls durch das Handeln der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes lediglich mittelbar bewirkte Auswirkung auf Dritte wird daran nichts ändern¹¹⁹⁹. Daher kann auch die betroffene Person einer Amtshandlung mittels Richtlinienbeschwerde ein "unvoreingenommen wirkendes Verhalten" gemäß § 5 Abs 1 RLV nur gegenüber sich selbst, nicht aber gegenüber Dritten einfordern.¹²⁰⁰ Bei der Frage, ob beim Einschreiten eines Exekutivorganes Richtlinien verletzt worden sind, kommt es nicht auf den subjektiven Eindruck des von der Amtshandlung Betroffenen, sondern nur auf das objektive Erscheinungsbild an.¹²⁰¹

Von der Judikatur wurde bereits die unmittelbare Betroffenheit bei einem als aggressiv, unfreundlich, rüpelhaft, herrisch, streitsüchtig oder provokant empfundenen Tonfall ausgesprochenen Befehl eines Organs der öffentlichen Aufsicht verneint, übersteigt dieses - abgesehen von der Schwierigkeit, ein solches Empfinden mit objektiven Maßstäben zu werten - zwar den iZm der Erteilung einer zu befolgenden Anordnung üblichen zwischenmenschlichen Umgangston. Ein solches Verhalten wurde aber noch nicht so gravierend eingestuft, dass hieraus eine Verletzung der Richtlinie gemäß § 5 Richtlinien-Verordnung geltend gemacht werden kann. Des Weiteren sind auch eine als abfällig empfundene Handbewegung bzw ein als sarkastisch gewertetes Lächeln nicht geeignet, den Eindruck von Voreingenommenheit in objektiv nachvollziehbarer Form zu erwecken.¹²⁰² Auch werden die Eintragung des Ergebnisses einer erkennungsdienstlichen Behandlung, die folgende Speicherung der gewonnen Daten und

¹¹⁹⁶ VwGH 29. 3. 2023, Ra 2022/01/0002; 7. 9. 2000, 99/01/0429.

¹¹⁹⁷ VwGH 29. 6. 2023, Ra 2021/01/0116.

¹¹⁹⁸ BGBI 1993/266.

¹¹⁹⁹ Hier: eine behauptete Rufschädigung des Lokales durch den Lokalinhaber VwGH 24. 11. 1999, 96/01/0582, mwN.

¹²⁰⁰ VwGH 27. 2. 2018, Ra 2017/01/0401.

¹²⁰¹ VwGH 24. 8. 2004, ZI 2004/01/0147.

¹²⁰² VwGH 6. 10. 2021, Ra 2021/01/0319.

deren Weiterverwendung gemäß § 64 SPG¹²⁰³ nicht als Einschreiten im Sinne von § 31 Abs 1 SPG eingeordnet, wenn das Vorgehen dabei nicht unmittelbar gegenüber der betroffenen Person erfolgt oder es sich um ein sonst außenwirksames Vorgehen handelt. Dies wird aus dem Zweck von § 31 Abs 1 SPG abgeleitet, der darauf ausgelegt ist, Konflikte zwischen den Organen öffentlichen Sicherheitsdienstes und betroffenen Personen zu kalmieren.¹²⁰⁴ Auch im Hinblick auf die gewählte Form der Dokumentationsmittel von Sicherheitsorganen ist nach der Judikatur die Bestimmung des § 10 RLV¹²⁰⁵ im Hinblick auf § 31 Abs 1 SPG gesetzeskonform einschränkend dahin zu interpretieren, dass Regelungsgegenstand nur jene Dokumentationsmittel bzw Dokumentationsmaßnahmen darstellen, die entweder für sich alleine genommen als "Einschreiten" gegenüber einer betroffenen Person oder zumindest als außenwirksame Modalität eines "Einschreitens" (bei der Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder bei Inanspruchnahme von Freiwilligkeit) einzustufen sind. Nur diese Dokumentationsmaßnahmen sind nach den Richtlinienbestimmungen auch "zur Minderung der Gefahr eines Konfliktes mit Betroffenen" erforderlich und durch die Maßgabe der gesetzlichen Grundlage des § 31 Abs 1 SPG umfasst¹²⁰⁶.

Insbesondere § 13a Abs 3 SPG¹²⁰⁷ erfüllt diesen als Voraussetzung zur Beschwerdeerhebung manifestierten offene Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten- so etwa der Einsatz von „body worn cameras“¹²⁰⁸ - bei dem die Dokumentation von Akten der Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt unmittelbar während der betreffenden Amtshandlung erfolgt, zumal ein derartiger Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten zu Dokumentationszwecken auch als Auslöser von Konflikten mit den von der Amtshandlung betroffenen Personen und den Einsatzkräften in Betracht kommen könnte. Sollten von den Sicherheitsorganen im Zuge ihres Einschreitens im Rahmen einer Amtshandlung diese und vergleichbare "außenwirksame" Dokumentationsmittel bzw Dokumentationsmaßnahmen zur Erfüllung ihrer Verpflichtung nach § 10 Abs 1 RLV zur Anwendung gelangen, hat die betroffene Person das Recht zur Erhebung einer Richtlinienbeschwerde gemäß § 89 SPG. Dies bedeutet auch, dass nur für den Fall, dass die Dokumentation von Maßnahmen durch diese Mittel aufgezeichnet wurde, die durch § 10 Abs 1 erster Satz RLV normierte Verpflichtung der Sicherheitsorgane im Wege

¹²⁰³ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2018/29.

¹²⁰⁴ VwGH 29. 3. 2023, Ra 2022/01/0002.

¹²⁰⁵ BGBl 1993/266.

¹²⁰⁶ Siehe zur Beurteilung durch den VwGH, ob eine in der SPG RichtlinienV 1993 getroffene Normierung durch die Verordnungsermächtigung in § 31 Abs 1 SPG 1991 Deckung findet, VwGH 30. 5. 2001, 95/12/0338.

¹²⁰⁷ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2024/122.

¹²⁰⁸ Materialien zu BGBl I 2016/5, ErläutRV 763 BlgNR 25. GP 12.

einer Richtlinienbeschwerde einer Überprüfung zugänglich ist. Hingegen stellen gerade solche Aufzeichnungen, die zum Zweck der Nachvollziehbarkeit – in den meisten Fällen nachträglich gesetzte Dokumentationshandlungen mit rein "internem" Charakter (zu denken an "Aufzeichnungen", "Protokolle", "Meldungen", "Tagesberichte" und viele mehr) - nach der Judikatur gerade kein "Einschreiten" im Sinne des § 31 Abs 1 SPG dar, sodass eine Betroffenheit vorliegen könnte, weil sich dieses Einschreiten gerade als kein unmittelbar gegenüber den betroffenen Personen gerichtetes oder sonst außenwirksames Amtshandeln gestaltet.¹²⁰⁹

Obwohl die Richtlinien-VO den Maßstab des Vorgehens der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes darstellt, geht die Anordnung des § 5 Abs 1 Richtlinien-Verordnung ebenso wie § 31 Abs 2 Z 3 SPG mE zu Recht davon aus, dass Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes die Unvoreingenommenheit respektive ein Diskriminierungsverbot nicht eigens angeordnet werden muss. Das Sachlichkeitsgebot ergibt sich bereits aus ihrer Stellung als öffentlich Bedienstete. Insoferne sind Polizeibeamte zu einem freundlichen Verhalten verpflichtet. Sie haben als Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach § 5 Abs 1 RLV bei der Erfüllung ihrer Aufgaben alles zu unterlassen, was dazu geeignet ist, den Eindruck von Voreingenommenheit zu erwecken, sowie auf dem Boden des § 5 Abs 2 RLV grundsätzlich alle Menschen mit „Sie“ anzusprechen.¹²¹⁰ Es wird also vorausgesetzt, dass der Beamte nicht bloß unvoreingenommen ist, sondern auch den Schein der Voreingenommenheit vermeidet. Ob er dabei mit seinen Bemühungen beim Betroffenen Erfolg hat, liegt nur insoweit in seiner Verantwortung, als er eine Handlung gesetzt hat, die objektiv auf Voreingenommenheit hindeutet. Dass der Beamte tatsächlich voreingenommen war, ist hingegen nicht maßgeblich.¹²¹¹

Im Unterschied zu § 88 Abs 2 SPG wird in § 89 SPG gerade keine bestimmte Materie als Anwendungsbereich einer Richtlinienbeschwerde vorausgesetzt, was somit einen gewichtigen Vorteil für Betroffene gegenüber § 88 Abs 2 SPG verschafft. Dass es gerade keine Beschränkung auf eine Verwaltungsmaterie gibt, wird damit begründet, dass der Gesetzgeber die Richtlinie nicht zur Regelung für bestimmte Verwaltungsmaterien angedacht hat, sondern als Materie des „Inneren Dienstes“ sieht. Folglich wird die Richtlinienbeschwerde immer dann

¹²⁰⁹ VwGH 29. 3. 2023, Ra 2022/01/0002.

¹²¹⁰ Siehe VwGH 20. 10. 2016, Ra 2015/03/0048.

¹²¹¹ VwGH 17. 9. 2002, Zl 2000/01/013; 29. 6. 2000, Zl 96/01/1233 = VwSlg 15.445 A/2000.

schlagend werden, wenn es um die Richtlinien von § 31 SPG geht, also auch um Angelegenheiten der Kriminalpolizei.¹²¹²

c) Entscheidungsverlangen

Mangelt es bei Einbringung einer Richtlinienbeschwerde an einem Entscheidungsverlangen¹²¹³ wird dem Verwaltungsgericht gar keine Entscheidungskompetenz zukommen. Unter diese Entscheidungskompetenz fallen alle im Zusammenhang mit der Richtlinienbeschwerde ergehenden Entscheidungen und auch die damit verbundene Kostenentscheidung. Hat das zuständige Verwaltungsgericht dennoch eine Entscheidung getroffen, belastet es seine Entscheidung mit Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtes iSv § 42 Abs 2 Z 2 VwGG¹²¹⁴.¹²¹⁵

d) Aufhebung von § 89 Abs 4 SPG

Nach einem Antrag des Landesverwaltungsgerichtes Wien entschied der VfGH mit Erkenntnis vom 28. 2. 2024¹²¹⁶, dass die in § 89 Abs 4 SPG generelle sachliche Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte zur Entscheidung über Richtlinienbeschwerden betreffend das Verhalten von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gegen kompetenzrechtliche Grundlagen verstößt. Eine Zuständigkeit für Richtlinienbeschwerden liegt, wenn Rechtssachen in Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes unmittelbar durch Bundesbehörden besorgt werden, demnach beim Bundesverwaltungsgericht und nicht wie in § 89 Abs 4 SPG normiert bei den Verwaltungsgerichten der Länder.

In den Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung werden die Haupttypen des Verwaltungshandelns grundsätzlich unter die Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG fallen und damit der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder unterstehen, weil die Sicherheitsverwaltung weder in unmittelbarer noch in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt wird. Dieser Zuständigkeit folgt die Zuständigkeit zur Entscheidung über eine Beschwerde wegen behaupteten Fehlverhaltens eines Organs nach § 5 SPG in Ausübung der Sicherheitspolizei im Bereich der Sicherheitsverwaltung.

¹²¹² Ennöckl, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen, JBl 2008, 409 (419).

¹²¹³ Erlacher/Forster, Sicherheitspolizeigesetz² 135 ff.

¹²¹⁴ BGBl 1985/10 idF BGBl I 2013/33.

¹²¹⁵ Vgl VfGH 26. 6. 2013, 2012/01/0085; 18. 10. 2022, Ra 2022/01/0226.

¹²¹⁶ V 337/2023, G 533/2023.

In einzelnen Rechtsmaterien sieht das Vollzugsmodell der Sicherheitsverwaltung jedoch für deren Besorgung (iSd § 2 SPG) auch Bundesbehörden vor, die jedoch nicht zu den Sicherheitsbehörden im Sinne des B-VG zählen. So wurde die Vollziehung von Angelegenheiten des BFA-VG sowie des 7., 8. und 11. Hauptstückes des FPG etwa dem BFA und somit einer Bundesbehörde übertragen (siehe § 3 Abs 1 Z 1 und 3 BFA-G). Diese Agenden werden in unmittelbarer Bundesverwaltung gemäß Art 131 Abs 2 erster Satz B-VG besorgt und wäre, wie bereits vom VfGH¹²¹⁷ dargelegt, in einer Richtlinienbeschwerde bei einem „Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Ausübung der Fremdenpolizei [...] in Anwendung dieses Systems, da dieses von Bundesbehörden vollzogen wird, gemäß Art 131 Abs 2 B-VG das Verwaltungsgericht des Bundes zuständig.“

Die alleinige generelle sachliche Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte zur Entscheidung über Richtlinienbeschwerden – wie beispielsweise bei der Überprüfung eines etwaigen Fehlverhaltens in Ausübung der Fremdenpolizei – widerspricht der allgemeinen Zuständigkeitsregelung des Art 131 B-VG. Sie wird den bestehenden Sondermodellen im Bereich der Sicherheitsverwaltung nicht gerecht. § 89 Abs 4 SPG verstößt daher gegen Art 131 Abs 6 erster Satz iVm Art 131 Abs 2 B-VG und war er aus diesem Grund als verfassungswidrig aufzuheben.

Durch das Erkenntnis des VfGH wurde die generelle Zuständigkeit der Richtlinienbeschwerde an die Landesverwaltungsgerichte nunmehr beseitigt, widerspricht diese doch dem System des Art 131 B-VG und wird nun korrekterweise eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes für Richtlinienbeschwerden des SPG begründet, wenn Rechtssachen in Angelegenheiten des Bundes unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden.

B.2. Das Verfahren der Richtlinienbeschwerde

In der Richtlinienbeschwerde hat die Verletzung der Richtlinie explizit behauptet zu werden.¹²¹⁸ Ist in der Beschwerde ein solches nicht enthalten, so muss die Beschwerde nicht beantwortet und im Fall der Einbringung direkt beim Landesverwaltungsgericht nicht an die Dienstaufsichtsbehörde weitergeleitet werden.¹²¹⁹ Folgendes Beispiel: Im Rahmen einer Demonstration des Vereins gegen Tierfabriken wird ein Demonstrant wegen seines aggressiven

¹²¹⁷ VfSlg 19.985/2015.

¹²¹⁸ VwGH 13. 1. 1999, 98/01/0169.

¹²¹⁹ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 77.

Verhaltens festgenommen. Bei der Festnahme gehen zwei Polizisten sehr grob mit ihm um. Da sich der Demonstrant dieses Verhalten nicht gefallen lassen will, bringt er Beschwerde gegen den Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt beim Landesverwaltungsgericht ein. Ebenfalls führt er in seiner Beschwerde an, dass ihn die Polizisten respektlos behandelt haben. In einem solchen Fall hat der Demonstrant es unterlassen, eine Richtlinienverletzung explizit anzuführen und hätte er zumindest behaupten müssen, dass das Verhalten der Polizisten ihm gegenüber eine Richtlinienverletzung dargestellt habe. Ohne die konkrete Behauptung ist das Landesverwaltungsgericht auch nicht zur Weiterleitung¹²²⁰ verpflichtet.¹²²¹ Die Dienstaufsicht wird dabei grundsätzlich von den Landespolizeikommanden ausgeübt (siehe § 10 Abs 2 SPG¹²²²).

Sollte die Aufsichtsbehörde aufgrund der Beschwerde eine Richtlinienverletzung feststellen, ist das Verfahren grundsätzlich beendet. Die Äußerung bzw Mitteilung der Aufsichtsbehörde stellt eine nicht normative Willensäußerung¹²²³ dar und ist daher nicht als Bescheid zu werten, weshalb auch eine Rechtsmittelbelehrung entfällt¹²²⁴.¹²²⁵ Wird von der Aufsichtsbehörde hingegen festgestellt, dass keine Verletzung der Richtlinien-Verordnung erfolgt ist, kann die betroffene Person binnen 14 Tagen die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes begehren. Selbiges gilt, wenn die Aufsichtsbehörde nicht binnen drei Monaten nach Einbringung der Richtlinienbeschwerde reagiert. Den betroffenen Personen kommt das Recht zu, dass die Dienstaufsichtsbehörde binnen drei Monaten schriftlich den von ihr als erwiesen angenommenen Sachverhalt mitteilt und sich zur Frage äußert, ob eine Richtlinienverletzung stattgefunden hat. Von dieser Mitteilung kann die Dienstaufsichtsbehörde absehen, wenn die beschwerdeführende Partei schriftlich erklärt, klaglos gestellt worden zu sein¹²²⁶.¹²²⁷ Hier liegt eine Besonderheit im Verfahren, wurde doch eine Möglichkeit geschaffen, eine Aussprache zwischen der beschwerdeführenden Partei und dem betroffenen Organ herbeizuführen.¹²²⁸

Für den Fall, dass die betroffene Person die Richtlinienbeschwerde direkt beim Landesverwaltungsgericht einbringt und die Aufsichtsbehörde übergangen wurde, hat das Verwaltungsgericht die Beschwerde an die Dienstaufsichtsbehörde weiterzuleiten. Diese

¹²²⁰ VwGH 5. 9. 1997, 97/02/0288.

¹²²¹ *Erlacher/Forster*, Sicherheitspolizeigesetz² 135 ff.

¹²²² BGBl 1991/566 idF BGBl I 2012/50.

¹²²³ *Grof* in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz 123.

¹²²⁴ UVS Tirol 7. 11. 1996, 16/132-8/1996.

¹²²⁵ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ 857.

¹²²⁶ Siehe § 89 Abs 3 SPG.

¹²²⁷ *Ennöckl* in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² 77.

¹²²⁸ *Szymanski* in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz 137.

Weiterleitung setzt voraus, dass in der Beschwerde eine Richtlinienverletzung behauptet wird. Sollte die beschwerdeführende Partei beim Landesverwaltungsgericht eine Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG einbringen, aus deren Sachverhaltsdarstellung eine Verletzung der Richtlinienverordnung hervorgeht, besteht keine Verpflichtung des Landesverwaltungsgerichtes zur Weiterleitung. Wird jedoch mit der Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG gleichzeitig eine Verletzung der Richtlinienverordnung behauptet, hat das Landesverwaltungsgericht diese weiterzuleiten.¹²²⁹

Nach der Rechtsanschauung des VwGH bildet der Gegenstand einer Richtlinienbeschwerde das Verhalten von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes (iSd § 5 SPG), das am Maßstab der nach § 31 SPG erlassenen RLV zu messen ist. Damit fällt die Richtlinienbeschwerde unter das Schema der Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG und kann damit schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln ihren Beschwerdegegenstand darstellen.¹²³⁰

C. Exkurs: § 90 SPG - Die Datenschutzbeschwerde

Der Schutz personenbezogener Daten ist in Österreich als Grundrecht verankert und bildet den Grundstein des nationalen Datenschutzrechtes.

„Jedermann hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht.“ So lautet auszugsweise § 1 Abs 1 DSG¹²³¹ mit seiner Überschrift – „Grundrecht auf Datenschutz“.

Österreich nahm im Datenschutz schon früh die Vorreiterrolle ein, war es doch einer der ersten europäischen Staaten mit einer eigenen Behörde für Datenschutz. Die Datenschutzkommission wurde mit dem Datenschutzgesetz erschaffen und schuf die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG der EU eine neue Grundlage für das Datenschutzrecht in Europa. Diese Richtlinie wurde in Österreich mit dem Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) umgesetzt. Seit dem 25. 5. 2018 bilden die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO¹²³²) und das überarbeitete

¹²²⁹ Erlacher/Forster, Sicherheitspolizeigesetz² 134 ff.

¹²³⁰ VwGH 29. 6. 2023, Ra 2021/01/0116.

¹²³¹ BGBl 1999/165 idF BGBl I 2012/51.

¹²³² Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) ABl L 119 vom 04. 05. 2016, im Folgenden: DSGVO, und des Bundesgesetzes zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz - DSG), BGBl I 1999/165.

Datenschutzgesetz (DSG) die Grundlagen des Datenschutzrechtes. Für die Einhaltung sorgt die Datenschutzbehörde (kurz: DSB).¹²³³

Was kann man gegen verschleierte oder explizite behördliche Warnmeldungen vorgehen, die an die Öffentlichkeit gerichtet wurden, wie etwa die Warnung eines ehemaligen Gesundheitsministers vor Schweinefleisch, was den Export von Schweinefleisch nach Italien einbrechen ließ oder auch Warnungen der Finanzmarktaufsicht vor namentlich genannten unseriösen Finanzdienstleistern an die Öffentlichkeit¹²³⁴? Solche Informationen sind weder als Bescheid noch als Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren, und scheiden die diesbezüglichen Rechtsmittel aus. Auch zivilrechtliche Instrumente zum Schutz des guten Rufes gelangen, wenn die Warnungen der Hoheitsverwaltung zuzurechnen sind, nicht zur Anwendung.¹²³⁵

Ein weiterer typenfreier Rechtsschutz wird gemäß § 90 SPG¹²³⁶ iVm § 31 Datenschutzgesetz (DSG)¹²³⁷ bzw § 54 Abs 4 MBG iVm § 31 DSG mit der Möglichkeit zur Erhebung einer Datenschutzbeschwerde an die Datenschutzbehörde gewährt, wobei die Datenschutzbeschwerde gegenüber § 88 Abs 2 SPG eine *lex specialis* darstellt.¹²³⁸

Nach § 90 SPG entscheidet die Datenschutzbehörde gemäß § 32 Abs 1 Z 4 DSG¹²³⁹ über Beschwerden wegen Verletzung von Rechten durch Verarbeiten personenbezogener Daten in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung entgegen den Bestimmungen des DSG. Davon ausgenommen ist die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ermittlung von Daten durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.¹²⁴⁰ Mit der Datenschutzbeschwerde sind schlicht hoheitliche Informationseingriffe vor der Datenschutzbehörde bekämpfbar.¹²⁴¹ Als praktisches Beispiel ist folgende Konstellation zu nennen: Wirkt eine Partei an der erkennungsdienstlichen Behandlung von DNA-Untersuchungen iSv § 67 SPG¹²⁴² aus eigenen Stücken mit und wurde von der zuständigen

¹²³³ Thiele/Wagner, Praxiskommentar Datenschutzgesetz (DSG)² § 1 Rz 1 ff (Stand 1. 2. 2022, rdb.at).

¹²³⁴ VfSlg 18.747/2009.

¹²³⁵ Hauer, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ Rz 879 ff.

¹²³⁶ BGBl 1991/566 idF BGBl I 2018/29.

¹²³⁷ BGBl 1999/165 IdF BGBl I 2017/120.

¹²³⁸ HauerKeplinger, SPG⁴ § 90 Anm 1; Erlacher/Forster, Sicherheitspolizeigesetz² 136.

¹²³⁹ BGBl 1999/165 idF BGBl I 2018/24.

¹²⁴⁰ Zur maßgeblichen Rechtslage bei Beurteilung der Zuständigkeit der belangten Behörde VwGH 26. 6. 2017, Ra 2014/03/0004.

¹²⁴¹ Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung (2014) 533.

¹²⁴² BGBl 1991/566 idF BGBl I 2018/29.

Person kein Zwang ausgeübt oder angedroht, ist die Datenschutzbehörde für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Ablehnung des Löschungsbegehrens der Betroffenen zuständig.¹²⁴³

C.1. Der Beschwerdegegenstand

Mit dieser Beschwerdemöglichkeit gemäß § 90 SPG können schlicht hoheitliche Informationseingriffe vor der Datenschutzbehörde in Beschwerde gezogen werden und kann eine beschwerdeführende Partei Auskunft über ihn betreffende Daten verlangen bzw deren Löschung und Richtigstellung beantragen. Gegenstand der Datenschutzbeschwerde ist das Verwenden von personenbezogenen Daten in den Bereichen der Sicherheitsverwaltung (§ 2 Abs 2 SPG). Soin wird sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen den möglichen Beschwerdegegenstand darstellen können. Im Berichtsjahr 2024¹²⁴⁴ wurden vornehmlich die Beschwerdeverfahren betreffend Rechte auf Auskunft, Geheimhaltung, Berichtigung bzw Löschung sowie Widerspruch vor der Datenschutzbehörde geführt.¹²⁴⁵

Die Datenschutzbeschwerde muss auf eine Verletzung des Grundrechts (§ 1 DSG) oder die Verletzung eines sonstigen aus dem DSG oder DSGVO abgeleiteten subjektiven Rechts des Betroffenen (Art 15 ff DSGVO) zum Gegenstand haben¹²⁴⁶. Zu den wichtigsten Rechten eines Betroffenen einer Datenverarbeitung zählen das Recht auf Geheimhaltung (§ 1 DSG iVm DSGVO), das Recht auf Information (Art 13, 14 DSGVO), das Recht auf Auskunft (Art 15 DSGVO), das Recht auf Berichtigung (Art 16 DSGVO), das Recht auf Löschung (Art 17 DSGVO), das Widerspruchsrecht (Art 21 DSGVO), das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung (Art 18 DSGVO), das Recht auf Datenübertragbarkeit (Art 20 DSGVO) sowie das Recht gegen automatisierte Einzelentscheidungen (Art 22 DSGVO). Die betroffene Person kann sich im Beschwerdeverfahren vor der Datenschutzbehörde grundsätzlich auf jede Bestimmung der DSGVO stützen, sofern deren Verletzung im Ergebnis zu einer denkmöglichen Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSG geführt hat¹²⁴⁷.

Ein Zuspruch von Schadenersatz ist gemäß § 29 Abs 1 DSG¹²⁴⁸ ausdrücklich ausgeschlossen.¹²⁴⁹

¹²⁴³ BVwG 3. 7. 2018, W258 21992861-1; *Thiele/Wagner*, Praxiskommentar zum Datenschutzgesetz (DSG)² § 24 Rz 22 (Stand 1. 2. 2022, rdb.at).

¹²⁴⁴ Datenschutzbericht 2024: www.parlament.gv.at/dokument/XXVIII/III/159/imfname_1680823.pdf 27 ff

¹²⁴⁵ *Lenzbauer*, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504 (507).

¹²⁴⁶ DSB 13. 9. 2018, DSB-D123.070/0005-DSB/2018.

¹²⁴⁷ DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003.DSB/2018 Informationspflichtenverletzung beim Cold Calling.

¹²⁴⁸ BGBl 1999/165 idF BGBl I 2017/120.

¹²⁴⁹ *Thiele/Wagner*, DSG² § 24 Rz 15 ff (Stand 1. 2. 2022, rdb.at).

Als Beispiel dient folgender Sachverhalt: Im Zuge der Überwachung einer Versammlung filmt ein Polizist die anwesenden Personen. Ein Demonstrant findet dieses Verhalten als Störung und möchte sich dagegen zur Wehr setzen. In diesem Fall hat diese Person eine Datenschutzbeschwerde an die Datenschutzbehörde zu erheben.¹²⁵⁰ Auch die Weigerung der Löschung von zu Unrecht abgenommenen Fingerabdrücken als erkennungsdienstliche Maßnahmen von Polizeibeamten kann man mit Datenschutzbeschwerde und der Behauptung der Verletzung des Rechts auf Löschung geltend gemacht werden.¹²⁵¹ Diese Beispiele stellen klassische Beispiele der schlichten Hoheitsverwaltung dar, liegt ihnen doch weder ein Bescheid noch eine AuvBZ zugrunde.

C.2. Die Entscheidung der Datenschutzbehörde

Die Datenschutzbeschwerde fällt aber nicht unter das klassische Muster einer Verhaltensbeschwerde, wird über sie doch nicht nach dem System von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG ein Verwaltungsgericht absprechen, sondern zunächst die Datenschutzbehörde, die eine nationale Aufsichtsbehörde darstellt^{1252, 1253}.

Die Datenschutzbeschwerde ist bei der Datenschutzbehörde einzubringen (siehe § 24 Abs 1 DSG¹²⁵⁴). Im nächsten Schritt hat die Datenschutzbehörde festzustellen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde. Die Beschwerde ist dann rechtzeitig, wenn der Einschreiter sie binnen eines Jahres, nachdem er Kenntnis von dem beschwerenden Ereignis erlangt hat, längstens binnen drei Jahren, nachdem das Ereignis behaupteter Maßen stattgefunden hat, einbringt (§ 24 Abs 4 DSG).¹²⁵⁵ Ist die Frist des § 24 Abs 4 DSG verstrichen, hat die DSB die Beschwerde wegen Erlöschens des Beschwerderechts zurückzuweisen.¹²⁵⁶

Erweist sich der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Löschung ihrer personenbezogenen Daten als berechtigt¹²⁵⁷, weil keine erforderliche Datenverarbeitung vorliegt, so ist der Beschwerde stattzugeben.¹²⁵⁸

¹²⁵⁰ *Erlacher/Forster*, Sicherheitspolizeigesetz² 136.

¹²⁵¹ DSB 10. 3. 2015, DSB-D122.211/0002-DSB/2015.

¹²⁵² Siehe § 18 Abs 1 DSG.

¹²⁵³ *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (23).

¹²⁵⁴ BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2024/70.

¹²⁵⁵ DSB 4. 6. 2018, DSB-D122.831/0003-DSB/2018 (Zugriff auf elektronischen Gesundheitsakt).

¹²⁵⁶ DSB 10. 11. 2019, DSB-D124.1492/0001-DSB/2019 (Präklusivfrist).

¹²⁵⁷ Beispielsweise nach Art 17 Abs 3 DSGVO.

¹²⁵⁸ DSB 28. 5. 2018, DSB-D216.580/0002-DSB/2018 (Gläubigerschutzverband).

Die DSB hat eine Beschwerde abzuweisen, wenn sich die behauptete Verletzung der betroffenen Person als unberechtigt erweist. Hat beispielsweise die Beschwerdegegnerin im Personalakt die entsprechenden Schriftstücke dokumentiert und somit formell richtig wiedergegeben und sind keine Daten enthalten, die sich als falsch, unwahr, unzutreffend oder verfälschend qualifizieren lassen, kommt der beschwerdeführenden Partei kein Recht auf Berichtigung nach Art 16 DSGVO dahingehend zu, dass Angaben, die für sie subjektiv von Bedeutung sind, in die Dokumentation aufgenommen werden oder bestimmte Formulierungen von ihr vorgegeben werden.¹²⁵⁹

Gemäß § 27 DSG entscheidet sodann ein Senat mit einem Vorsitzenden und je einem fachkundigen Laienrichter aus dem Kreis der Arbeitgeber und dem Kreis der Arbeitnehmer über die eingebrachte Bescheidbeschwerde, Säumnisbeschwerde oder die Beschwerde wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht¹²⁶⁰.¹²⁶¹ Erst gegen den Bescheid der Datenschutzbehörde steht der Weg an das Bundesverwaltungsgericht offen.¹²⁶²

Somit fällt die Datenschutzbeschwerde auch nicht unter das klassische Raster von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, weil im ersten Schritt kein Verwaltungsgericht über den (schlicht-) hoheitlichen Eingriff abspricht, sondern erst der Bescheid der Datenschutzbehörde den Weg zum Verwaltungsgericht eröffnet.¹²⁶³ Darin ist aber auch ein verfassungswidriger Instanzenzug zu sehen, weil die den Hoheitsakt setzende Behörde und die kontrollierende Behörde zumeist auseinanderfallen. Nur, wenn die DSB selbst ein rechtswidriges Verhalten setzt, bleibt der remonstrative Charakter erhalten. Dies widerspricht der Intention der VwG-Novelle, die gerade die Entscheidungen von Sonderbehörden auf die Verwaltungsgerichte übertragen hat¹²⁶⁴. Wie ausgeführt, wurde die Datenschutzkommission als Sonderbehörde aufgelöst, um sodann als DSB neu erschaffen zu werden, um weiterhin administrative Aufgaben, wie etwa Genehmigungen, die Führung des Datenschutzregisters und die verwaltungspolizeiliche Aufsicht¹²⁶⁵, zu übernehmen. Ein Lösungsversuch könnte in der Übertragung aller problembehafteter Kompetenzen an die Verwaltungsgerichte und die Beibehaltung einfacher

¹²⁵⁹ Vgl DSK 24. 9. 2010, K121.608/00014-DSK/2010; *Thiele/Wagner*, DSG² § 27 Rz 242 (Stand 1. 2. 2022, rdb.at).

¹²⁶⁰ Die Nicht-Unterrichtung der betroffenen Partei entgegen § 24 Abs 7 DSG über den Stand des Verfahrens innerhalb von drei Monaten; diese Frist beginnt mit Einbringung der Beschwerdeschrift bei der Datenschutzbehörde.

¹²⁶¹ *Thiele/Wagner*, DSG² § 27 Rz 7 ff (Stand 1. 2. 2022, rdb.at).

¹²⁶² *Lenzbauer*, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504 (507).

¹²⁶³ Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diesen „Instanzenzug“ siehe Kapitel VI.H.

¹²⁶⁴ Siehe *Ennöckl*, Was kommt nach der Datenschutzkommission, in FS Raschauer 95, der die Beibehaltung dieses Instanzenzuges im Lichte des Unionsrechts für notwendig erachtet.

¹²⁶⁵ *N. Raschauer* in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² 669.

Aufgaben bei der DSB sein¹²⁶⁶, wobei auch für die Datenschutzbeschwerde den Weg mit Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG veranlassen könnte.

D. § 54 Abs 2 MBG – Die Verhaltensbeschwerde in der militärischen Landesverteidigung

An § 88 Abs 2 SPG angelehnt, findet sich auch in § 54 Abs 2 MBG¹²⁶⁷ eine Rechtsschutzmöglichkeit durch Erhebung einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht für jene Fälle, bei denen ein Eingriff in die Rechte dritter Personen durch Maßnahmen zur Wahrnehmung militärischer Angelegenheiten erfolgte, der gerade nicht auf einer Verordnung, einem Bescheid oder AuvBZ beruht. Der Prüfungsgegenstand nach dieser gesetzlichen Bestimmung kann alles darstellen, was zur Besorgung von Aufgaben der militärischen Landesverteidigung zählt, sofern es sich nicht um eine VO, Bescheid oder AuvBZ handelt und nicht ein Sonderrechtsweg gegen ein bestimmtes Verhalten vorgesehen ist (siehe § 54 Abs 4 MBG, wie dies bei der Verwendung personenbezogener Daten durch die Anrufung der Datenschutzbehörde vorgesehen ist)¹²⁶⁸ oder die Beschwerdekommision in militärischen Angelegenheiten (§ 4 Wehrgesetz 2001¹²⁶⁹) zuständig ist (auch hier besteht die Subsidiarität der Beschwerdemöglichkeit).¹²⁷⁰

Gemäß § 4 Abs 4 Wehrgesetz 2001¹²⁷¹ hat die Parlamentarische Bundesheerkommission unmittelbar oder mittelbar eingebrachten Beschwerden von Personen, die sich freiwillig einer Stellung unterziehen oder sich freiwillig zum Ausbildungsdienst gemeldet haben, von Stellungspflichtigen, von Soldaten sowie von Wehrpflichtigen des Milizstandes und Wehrpflichtigen des Reservestandes, die Präsenzdienst geleistet haben, sowie von Personen, die Ausbildungsdienst geleistet haben, entgegenzunehmen, und zu prüfen sowie über ihre Erledigung Empfehlungen zu beschließen. Dies jedoch nur für den Fall, dass die Parlamentarische Bundesheerkommission nicht die Geringfügigkeit des vorgebrachten Beschwerdeggrundes erkennt.

¹²⁶⁶ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 138 ff.

¹²⁶⁷ BGBl I 2000/86 idF BGBl I 2019/102.

¹²⁶⁸ VwGH 9. 7. 2002, 2000/01/0423 – angeglichen an das Verhältnis von § 88 Abs 2 SPG zu § 90 SPG.

¹²⁶⁹ BGBl I 2001/146 idF BFBl I 2019/102.

¹²⁷⁰ Keplinger/Troll/Zeinhofer, Militärbefugnisgesetz Praxiskommentar⁴ (2020) § 54 Rz 7 ff.

¹²⁷¹ BGBl I 2001/146 idF BGBl I 2019/102.

D.1. Eingriff in Rechte

Wie den Erläuternden Bemerkungen¹²⁷² zur Regierungsvorlage zu entnehmen ist, soll die Beschwerdemöglichkeit nach § 54 Abs 2 MBG den grundsätzlichen rechtsstaatlichen Erwägungen für jene (seltenen) Fällen bedienen, in denen ein Eingriff in Rechte Dritter durch Maßnahmen zur Wahrnehmung militärischer Angelegenheiten weder durch einen Bescheid noch durch unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur erfolgt ist. Dadurch soll mit der Beschwerdemöglichkeit nach § 54 Abs 2 MBG ein ganzheitlicher Rechtsschutz für den umfassenden Bereich der militärischen Landesverteidigung gewährt werden und soll damit auch dem (verfassungs- und völkerrechtlichen) Gebot nach Einräumung einer “wirksamen Beschwerde bei einer nationalen Instanz” im Sinne von Art 13 EMRK entsprochen werden. Damit parallele Beschwerdeverfahren aus gleichem Anlass vermieden werden, soll im Interesse der Verwaltungsökonomie diese Beschwerdemöglichkeit jedoch hinsichtlich solcher Fälle wegfallen, in denen die betroffene Person Beschwerde an die Beschwerdekommision in militärischen Angelegenheiten erheben kann. Diesem parlamentarisch vorgesehenen Prüforgang für den militärischen Bereich obliegt nach § 6 Abs 4 WG¹²⁷³ die umfassende Prüfung von Beschwerden. Die Rechtsschutzinteressen der betroffenen Personen werden erfahren dadurch keine Beeinträchtigung.¹²⁷⁴

Als Beispiel für Maßnahmen zur Wahrnehmung militärischer Angelegenheiten ist die Durchführung einer Vertrauenswürdigkeitsprüfung iSd § 23 MBG¹²⁷⁵ zu nennen, die von den militärischen Dienststellen, die mit den Aufgaben der nachrichtendienstlichen Abwehr betraut sind, in Angelegenheiten der militärischen Landesverteidigung im Anlassfall durchgeführt werden kann. Diese Vertrauenswürdigkeitsprüfung soll der Abklärung der Verlässlichkeit einer Person anhand von Daten dienlich sein, die Aufschluss geben können, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass von dieser Person eine Gefahr für die militärische Sicherheit ausgehen kann. Nach den Gesetzesmaterialien stellt die Verlässlichkeitsprüfung eine rein verwaltungspolizeiliche Maßnahme dar und ist sie in ihrem Grundgerüst vergleichbaren Überprüfungen in den Bereichen des Verwaltungsrechts nachgebildet. Zu denken hierbei an die

¹²⁷² Siehe ErläutRV 76 BlgNR 21. GP 89.

¹²⁷³ BGBl I 2001/146 idF BGBl I 2019/102.

¹²⁷⁴ *Satzinger*, Militärbefugnisgesetz (2000) 218 ff.

¹²⁷⁵ BGBl I 2000/86 idF BGBl I 2013/181.

Prüfung der Verlässlichkeit nach § 8 Waffengesetz 1996¹²⁷⁶ der die Prüfung der Verkehrszuverlässigkeit nach § 7 Führerscheingesetz (FSG)^{1277, 1278}

Neben einfachgesetzlich oder verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der öffentlich rechtlichen Rechtsordnung können auch subjektive Rechte des Privatrechts, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB, das etwa bei Beschimpfungen¹²⁷⁹ verletzt werden kann, als taugliche verletzte Rechte nach § 54 Abs 2 MBG in Beschwerde gezogen werden. Der Beschwerdeführer hat auch hierbei die Verletzung in seinen Rechten zu behaupten, anderenfalls das zuständige Bundesverwaltungsgericht mittels Verbesserungsauftrag dem Beschwerdeführer auftragen wird, diese Behauptung nachzuholen. Das Bundesverwaltungsgericht hat das gesamte in der Beschwerde vorgebrachte Verwaltungshandeln auf seine Rechtswidrigkeit zu prüfen und ist nicht an die in der Beschwerde angeführten Rechtsverletzungen gebunden^{1280, 1281}.

Auch kann eine Verletzung der in § 5 MBG garantierten Rechte mittels der Beschwerde nach § 54 Abs 2 MBG vorgebracht werden. Dies wären Fälle wie zum Beispiel, dass einer betroffenen Person gegenüber verweigert wird eine Vertrauensperson hinzuzuziehen, für die Amtshandlung wichtige Vorbringen zu erstatten, oder wenn keine Auskunft über Zweck und Anlassfall einer getroffenen Maßnahme oder auch die Personalnummer des handelnden Organs erstattet wird.¹²⁸² Des Weiteren kann auch ein gegen eine bestimmte Person gerichtetes Unterlassen einen tauglichen Beschwerdegegenstand darstellen, sofern die Unterlassung nicht nach ihren jeweiligen Umständen als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu werten ist.¹²⁸³

D.2. Außenwirksamkeit

Die Frage, ob auch diese Beschwerdemöglichkeit nach § 54 Abs 2 MBG auch für jene Fälle wie etwa behördeninterne Vorgänge, die nicht auf eine Außenwirksamkeit gerichtet sind, denen es sohin an einem Mindestmaß an unmittelbarer Außenwirksamkeit fehlt, wie etwa bei behördeninternen Mitschriften, vorgesehen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. So lehnte der

¹²⁷⁶ BGBl I 1997/12 idF BGBl I 2021/211.

¹²⁷⁷ BGBl I 1997/120 idF BGBl I 2021/154.

¹²⁷⁸ Siehe Erläut RV 76 BlgNR 21. GP 72.

¹²⁷⁹ VfSlg 15.372/1998.

¹²⁸⁰ VwGH 15. 9. 1997, 94/10/0027; VwGH 23. 9. 1998, 97/01/0407.

¹²⁸¹ Hauer/Keplinger/Kreutner, Militärbefugnisgesetz Kurzkomentar (2005) § 54 Rz A.13.

¹²⁸² Keplinger/Troll/Zeinhofner, Militärbefugnisgesetz⁴ § 54 Rz 7 ff.

¹²⁸³ Siehe Hauer/Keplinger, SPG⁴ 821; Keplinger/Pühringer, Sicherheitspolizeigesetz²⁰ (2021) § 88 Rz 5; Raschauer/Wessely, Militärbefugnisgesetz Kommentar² (2007) § 54 Rz 4a.

VwGH¹²⁸⁴ die Anwendbarkeit der Beschwerde nach § 54 Abs 2 MBG bei verwaltungsinternen Vorgängen ohne Außenwirksamkeit als tauglichen Beschwerdegegenstand ab. Nach *Ewald Wiederin*¹²⁸⁵ ist die Rechtsansicht auch auf Fälle des MBG übertragbar. Eine Außenwirksamkeit ist dort zu bejahen, wo das Gesetz einzelnen Personen an behördlichen internen Akten subjektive Rechte einräumt. Dabei darf nicht übersehen werden, dass eine Prüfung solcher Akte mittels dem Verfahren nach § 54 Abs 2 MBG nur für den Fall vorgesehen ist, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit nicht zuvor in einem anderen, mit Bescheid ergehenden Verfahren, mittels Beschwerde geltend gemacht wird.¹²⁸⁶ § 54 Abs 2 MBG richtet seinen Fokus auf die dienstrechtliche Stellung einer Person, sohin auf rein subjektive Merkmale, und wird dies bei Beschwerden im Rahmen der Verlässlichkeitsprüfungen nach §§ 23 und 24 MBG besonders deutlich. Zivilbedienstete Personen steht die Möglichkeit offen sich direkt an das Bundesverwaltungsgericht zu wenden, während die von § 4 Wehrgesetz 2001¹²⁸⁷ erfasste Personengruppe diese Möglichkeit verwehrt bleibt. Diese Personengruppe hat ihre Beschwerde an die Parlamentarische Bundesheerkommission zu richten und wird ihr der Weg zum Verwaltungsgericht nicht ermöglicht, was jedenfalls an der Rechtsqualität des Endergebnisses einen gewichtigen Unterschied macht. Insbesondere im Hinblick auf die weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten.¹²⁸⁸

E. Die Verhaltensbeschwerde im Polizeikooperationsgesetz

Abs 1 und Abs 2 des § 17 Polizeikooperationsgesetzes (PolKG)¹²⁸⁹ lauten wie folgt:

„Besonderer Rechtsschutz

§ 17. (1) Auf Beschwerden von Menschen, die behaupten, durch das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Ausland in ihren Rechten verletzt worden zu sein, finden die §§ 88, 90 und 91 SPG mit der Maßgabe Anwendung, daß örtlich zuständig das Verwaltungsgericht jenes Landes ist, von dem aus die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes die Grenze überschritten haben.

(2) Die Landesverwaltungsgerichte erkennen außerdem über Beschwerden von Menschen, die behaupten, durch die Tätigkeit von Organen ausländischer Sicherheitsbehörden im Bundesgebiet in ihren Rechten verletzt zu sein, sofern nicht nach völkerrechtlichen Vereinbarungen ein anderes Beschwerderecht besteht. Die §§ 88, 90 und 91 SPG gelten.“

¹²⁸⁴ VwGH 25. 6. 1997, 95/01/0600 – nähere Ausführungen im Kapitel VI.A.

¹²⁸⁵ *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 739.

¹²⁸⁶ *Raschauer/Wessely*, Militärbefugnisgesetz Kommentar² § 54 Rz 4a.

¹²⁸⁷ BGBl I 2001/146 idF BGBl I 2019/102.

¹²⁸⁸ *Keplinger/Troll/Zeinhofer*, Militärbefugnisgesetz⁴ § 54 Rz 7 ff.

¹²⁸⁹ BGBl I 1997/194 idF BGBl I 2013/161.

Die Bestimmung von § 17 Abs 1 und Abs 2 Polizeikooperationsgesetz verweist auf die §§ 88 und 89 SPG und wird das Anwendungsgebiet auch auf Eingriffe durch österreichische Sicherheitspolizeiorgane im Ausland erweitert (siehe § 17 Abs 1 Polizeikooperationsgesetz) bzw auf ausländische Sicherheitsorgane im Inland (siehe Abs 2 leg cit). Auch mit dieser Bestimmung wird Betroffenen die Erhebung eines Rechtsmittels für die Fälle ermöglicht, in denen weder ein Bescheid noch ein AuvBZ ergangen ist, die Betroffenen jedoch auf andere Weise in ihren Rechten verletzt wurden.¹²⁹⁰ Hierbei kann es sich nur um eine Beschwerde gegen schlicht hoheitliches Verhalten von Polizei- und Militärbediensteten handeln, wird doch aus dem System der Bestimmungen verdeutlicht, dass Befehls- und Zwangsmaßnahmen bereits durch § 88 Abs 1 SPG und § 54 Abs 1 MBG abgedeckt werden und Bescheide von den Bestimmungen nicht erfasst sind (siehe arg § 88 Abs 2 SPG: „*sofern dies nicht in Form eines Bescheides*“ [und § 54 Abs 2 MBG: „*Bescheidform*“]). Dies wird auch durch die Materialien¹²⁹¹ bestärkt, die explizit die Einklagbarkeit von Eingriffen in Rechte von schlichtem Polizeihandeln anführen.¹²⁹² Auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage¹²⁹³ bestätigt, dass § 17 Polizeikooperationsgesetz notwendige Anknüpfungen an innerstaatliche Rechtsschutzeinrichtungen schafft sowie Lücken schließen soll, die sich aufgrund des internationalen Moments im Rechtsschutz darstellen. Daher wurde eine Beschwerdemöglichkeit geschaffen, in denen jemand behauptet, von österreichischen Organen im Ausland in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Maßstab für die Rechtmäßigkeit bleibt jedoch immer österreichisches Recht.¹²⁹⁴

F. Die Verhaltensbeschwerde im ZollR-Durchführungsgesetz

Die wesentliche Bestimmung des Bundesgesetzes betreffend ergänzende Regelungen zur Durchführung des Zollrechts der Europäischen Gemeinschaften (Zollrechts-Durchführungsgesetz – ZollR-DG)¹²⁹⁵ lautet:

„§ 46. Das Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht bildet das Rechtsbehelfsverfahren der zweiten Stufe (Art. 44 Abs. 2 Buchstabe b des Zollkodex). Zur Vertretung im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht sind auch Spediteure, Frachtführer, sowie dem Eisenbahnverkehr oder Postverkehr dienende Einrichtungen befugt.“

¹²⁹⁰ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 68.

¹²⁹¹ Siehe ErläutRV 148 BlgNR 18. GP 53.

¹²⁹² Hauer/Keplinger, SPG⁴ 820.

¹²⁹³ Siehe RV zu BGBl I 1997/104.

¹²⁹⁴ Polizeikooperationsgesetz, EU-Polizeikooperationsgesetz, Schengener Durchführungsübereinkommen, Prümer Vertrag, Europol Verordnung, Texte, Materialien, Judikatur⁸ (2023) § 17.

¹²⁹⁵ BGBl 1994/659 idF BGBl I 2023/110.

Entscheidungen im Sinn der zollrechtlichen Vorschriften, die keine Bescheide im Sinn der BAO sind, unterliegen ebenfalls der Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichtes im Sinn des Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG.“

Einen weiteren Verhaltensbeschwerdetypus sieht das Zollrechts-Durchführungsgesetz (ZollR-DG) in seinen §§ 42 ff vor und werden „Entscheidungen“ der Zollbehörden dadurch anfechtbar gemacht. Unter den Begriff der Entscheidungen sind nicht nur Bescheide zu verstehen, sondern alle *„Handlungen der Zollbehörden auf dem Gebiet des Zollrechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Rechtswirkungen für die betreffende Person“* (siehe Art 5 Z 39 Zollkodex-VO¹²⁹⁶). Diese verwendete Formulierung *„Handlungen [...] mit Rechtswirkungen für die betreffende Person“* lässt jedenfalls Rückschlüsse auf Befehl- und Zwangsmaßnahmen sowie auf Handlungen mit normativem Charakter zu. Jedoch wird mit dem Verweis von § 46 ZollR-DG¹²⁹⁷ auf Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG festgehalten, dass auch oder gerade schlicht hoheitliche Handlungen der Zollbehörden von der Bestimmung mitumfasst sind. Wie bereits ausgeführt, löste § 46 ZollR-DG die Vorgängerbestimmung von § 85a ff ZollR-DG¹²⁹⁸ ab, die nur ein Rechtsmittel gegen finanzrechtliche Bescheide der Zollbehörde, Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch ein Zollorgan und wegen Verletzung der zollbehördlichen Entscheidungspflicht (Säumnis) ermöglichte¹²⁹⁹. Da die unionsrechtlichen Richtlinien ein zweistufiges Rechtsschutzsystem vorsehen, entscheidet über Beschwerden nicht im ersten Verfahrensgang das Bundesfinanzgericht, sondern die aktsetzende Zollbehörde. Dem Verständnis der Zollkodex-VO¹³⁰⁰ nach handelt es sich bei der Entscheidung der aktsetzenden Zollbehörde wiederum um eine „Entscheidung“, sodass in weiterer Folge das Bundesfinanzgericht durch Erhebung einer Verhaltensbeschwerde angerufen werden kann (siehe § 46 ZollR-DG). Dies stellt eine Besonderheit im Verhaltensbeschwerdeverfahren dar, wird doch in diesem Verfahren eine „schlichte“ Beschwerdevorentscheidung der Zollbehörde zur Anrufung des Bundesfinanzgerichtes vorausgesetzt.¹³⁰¹

¹²⁹⁶ Verordnung (EU) 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09. 10. 2013 zur Festlegung des Zollkodex in der Union, ABI L 269/1.

¹²⁹⁷ BGBl 1994/659 idF BGBl I 2018/62.

¹²⁹⁸ IdF vor BGBl 2013/14.

¹²⁹⁹ ErlRV 916 BlgNR 20. GP 18.

¹³⁰⁰ Siehe Art 44 Abs 2 Zollkodex-VO, Verordnung (EU) 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09. 10. 2013 zur Festlegung des Zollkodex in der Union, ABI L 269/1.

¹³⁰¹ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 79.

G. Weitere Verhaltensbeschwerden

Darüber hinaus bestehen weitere gesetzliche Bestimmungen von Verhaltensbeschwerden, die einer näheren Darstellung bedürfen.

G.1. § 10 Abs 5 Flurverfassungs-Grundsatzgesetz 1951

§ 10 Abs 5 des Flurverfassungs-Grundsatzgesetzes 1951¹³⁰² lautete wie folgt:

(5) War die einer Partei übergebene Abfindung gesetzwidrig, so kann diese Partei den Ersatz des dadurch entstandenen Schadens innerhalb von vier Wochen ab Eintritt der Rechtskraft des Zusammenlegungsplanes mit Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht begehren.

Durch ein Zusammenlegungsverfahren werden landwirtschaftliche Grundstücke diverser Eigentümer von der Behörde möglichst effizient zusammengefasst, um dann neu aufgeteilt zu werden, sodass eine optimale Bewirtschaftung gewährleistet wird. Wie man bereits ahnen kann, wurden dadurch jedoch komplizierte Eigentumsverhältnisse geschaffen. Jedem Betroffenen kam dabei ein Abfindungsanspruch im Wert seiner eingebrachten Liegenschaften zu (siehe § 4 Abs 2 Flurverfassungs-Grundsatzgesetzes 1951¹³⁰³). Diese Abfindung hat primär in Naturalien (gleichwertige Grundstücke), andernfalls in Geldleistungen zu erfolgen. Sollte ein Eigentümer die Abfindung für gesetzwidrig erachten, konnte er den daraus entstandenen Schaden binnen vier Wochen ab Eintritt der Rechtskraft des Zusammenlegungsplans mit Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht geltend machen (siehe § 10 Abs 5 Flurverfassungs-Grundsatzgesetz¹³⁰⁴). Dieser Schadenersatzanspruch wird nach den Erläuternden Bemerkungen zur Änderung des Flurverfassungs-Grundsatzgesetzes 1951¹³⁰⁵, über den das Landesverwaltungsgericht erkennen soll, auf Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG gestützt. Als ungewöhnlich ist dieses Vorgehen zu bezeichnen, wird dadurch nicht die Zusammenlegung an sich angefochten, sondern nur der aus dieser Zusammenlegung ergehende nachteilige Schaden.¹³⁰⁶ Die Umsetzungen des Flurverfassungs-Grundsatzgesetzes 1951 finden sich in § 27b Abs 1 des burgenländischen Flurverfassungs-Landesgesetzes¹³⁰⁷, § 26a Abs 1 NÖ-Flurverfassungs-Landesgesetz 1975¹³⁰⁸, § 28a Abs 1 Kärntner

¹³⁰² Zum Außerkrafttreten siehe Art 151 Abs 63 Z 4 B-VG, BGBl I 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

¹³⁰³ BGBl 1951/103 aufgehoben durch BGBl I 2019/14.

¹³⁰⁴ Zum Außerkrafttreten siehe Art 151 Abs 63 Z 4 B-VG, BGBl I 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

¹³⁰⁵ ErläutRV 2291 BlgNR 24. GP 5.

¹³⁰⁶ Lenzbauer, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/2015/2 (23).

¹³⁰⁷ LGBl 1970/40 idF LGBl 2013/79.

¹³⁰⁸ LGBl 6650-10.

Flurverfassungs-Landesgesetz 1979 (K-FLG)¹³⁰⁹, § 20a Abs 1 Oö Flurverfassungs-Landesgesetz 1979 (Oö FLG 1979)¹³¹⁰, § 27a Abs 1 Salzburger Flurverfassungs-Landesgesetz 1973 – SbG Flurverfassungsgesetz¹³¹¹, § 27 Abs 9 des Steiermärkischen Zusammenlegungsgesetzes 1982 – StZLG 1982¹³¹², § 22 Abs 8 des Tiroler Flurverfassungslandesgesetzes 1996 (TFLG 1996)¹³¹³.

Bemerkenswerterweise schaffte es für das Land Vorarlberg die Entschädigungsbestimmung des § 22a des Vorarlberger Flurverfassungs-Landesgesetzes¹³¹⁴ nur in das Inhaltsverzeichnis, jedoch nicht in den Gesetzestext. Es wurde übergangen.

G.2. § 17 Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz sowie § 30g NÖ Sportgesetz

§ 17 Abs 4 des Gesetzes, mit dem die Anerkennung beruflicher Qualifikationen im Rahmen der europäischen Integration, der Europäische Berufsausweis, die Verwaltungszusammenarbeit sowie die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor der Erlassung von Berufsreglementierungen geregelt werden - Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz¹³¹⁵, lautet wie folgt:

„(4) Wird innerhalb der im Abs. 3 genannten Frist weder der Europäische Berufsausweis ausgestellt noch der darauf gerichtete Antrag bescheidmäßig abgewiesen, so ist der Antragsteller berechtigt, wegen der Nichtausstellung des Europäischen Berufsausweises Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht nach Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG zu erheben.“

Wirft man einen Blick in die Materiengesetze der Bundesländer wird ersichtlich, dass sich die Landesgesetzgeber von ihren Möglichkeiten der Verwendung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG noch sehr zurückhaltend gezeigt haben. Die Vorreiterrolle übernahm dabei Tirol, das in seinem Gesetz, mit dem die Anerkennung beruflicher Qualifikationen im Rahmen der europäischen Integration, der Europäische Berufsausweis, die Verwaltungszusammenarbeit sowie die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor der Erlassung von Berufsreglementierungen geregelt werden (Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz)¹³¹⁶ in § 17 Abs 4 ausdrücklich Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG eine Beschwerdemöglichkeit entweder bei Nichtausstellung eines Europäischen Berufsausweises binnen einer Frist von drei Wochen oder bescheidmäßiger

¹³⁰⁹ LGBI 1979/64 idF LGBI 2013/85.

¹³¹⁰ LGBI 1979/73 idF LGBI 2013/90.

¹³¹¹ LGBI 1973/1 idF LGBI 2013/106.

¹³¹² LGBI 1982/82 idF LGBI 2013/139.

¹³¹³ LGBI 1996/74 idF LGBI 2013/130.

¹³¹⁴ LGBI 1979/2 idF LGBI 2025/37.

¹³¹⁵ LGBI 2015/86.

¹³¹⁶ LGBI 2015/86 idF LGBI 2025/35.

Abweisung binnen gleicher Frist an das Landesverwaltungsgericht vorsieht. Das Landesverwaltungsgericht hat über die Verhaltensbeschwerde binnen sechs Wochen zu entscheiden und hat für den Fall, dass alle Voraussetzungen zur Ausstellung des Europäischen Berufsausweises vorliegen, dies festzustellen. Andernfalls ist der Antrag abzuweisen (§ 17 Abs 5 Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz). Hat das LVwG festgestellt, dass die Voraussetzungen zur Ausstellung des Europäischen Berufsausweises vorliegen, hat die Behörde diesen unverzüglich auszustellen (§ 17 Abs 6 Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz).

Eine inhaltsgleiche Gesetzesbestimmung findet sich in § 30g Abs 4 NÖ Sportgesetz¹³¹⁷. Das NÖ Sportgesetz enthält Bestimmungen zur Förderung des Sports im Land Niederösterreich.

Auf das Faktum, dass es sich bei der Nichtausstellung des Europäischen Berufsausweises gerade um keinen Bescheid handelt – dies ist nur für den Fall der Abweisung des Antrages auf Ausstellung eines Europäischen Berufsausweises vorgesehen¹³¹⁸ - verweisen auch die Materialien. Für den Fall der Untätigkeit der Behörde, die in der Nichtausstellung des beantragten Europäischen Berufsausweises liegt, und der Beschwerdeführer alle Voraussetzungen für die Ausstellung des Europäischen Berufsausweises erbracht hat, sodass die bescheidmäßige Abweisung des Antrages von vornherein nicht in Betracht kommt, steht diesem die Einbringung einer Säumnisbeschwerde aber gerade nicht zu. Dem Europäischen Berufsausweis wird rechtlicher Beurteilung die Qualifikation einer Bescheinigung zugeschrieben, sohin nicht in bescheidförmiger Erledigung ergeht, und daher eine Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht wegen Verletzung der Entscheidungspflicht nach Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG ausscheidet.¹³¹⁹

Der Beschwerdegegenstand einer Säumnisbeschwerde ist nämlich die Nichterlassung eines Bescheides durch die Verwaltungsbehörde.¹³²⁰ Die Erbringung von Realakten, wie etwa der Ausstellung des Europäischen Berufsausweises, kann mit der Säumnisbeschwerde somit nicht

¹³¹⁷ LGBI 5710-9 idF LBG 2016/38; § 30g Abs 4 lautet: „Wird innerhalb der im Abs. 3 genannten Frist weder der Europäische Berufsausweis ausgestellt noch der darauf gerichtete Antrag bescheidmäßig abgewiesen, so ist die antragstellende Person berechtigt, wegen der Nichtausstellung des Europäischen Berufsausweises Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht nach Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG zu erheben“.

¹³¹⁸ Siehe § 17 Abs 3 Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz.

¹³¹⁹ ErlRV 252/15 BlgLT 16. GP 6 ff zum Vorgänger des Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz: Das Gesetz vom 1. Juli 2015 über die Anerkennung beruflicher Qualifikationen im Rahmen der europäischen Integration und den Europäischen Berufsausweis (Tiroler EU-Berufsqualifikationen-Anerkennungsgesetz).

¹³²⁰ Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹² Rz 911; Faber, *Verwaltungsgerichtsbarkeit* Art 130 B-VG Rz 18 ff; Hofmann/Hauer in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*³ Kap10 Rz 27.

erzungen werden.¹³²¹ Um diese Rechtsschutzlücke zu schließen, erscheint es nach den Materialien notwendig eine klare und effektive Regelung des vom Unionsrecht geforderten Rechtsschutz zu treffen. Und zwar im Falle der Nichtausstellung einer Urkunde durch Rechtswidrigkeit in Vollziehung der Gesetze eine Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte iSv Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG vorzusehen. Dabei ist das Verwaltungsgericht nur auf die Kontrolle des in Beschwerde gezogenen Verhaltens bzw hier auf die Nichtausstellung des Europäischen Berufsausweises beschränkt ist. Eine entsprechende Feststellungsbefugnis erscheint nach den Materialien als ausreichend, sachgerecht sowie angemessen zu sein. Auch nach Anrufung des Landesverwaltungsgerichtes soll die Zuständigkeit des Ausstellungsaktes weiterhin bei der belangten Behörde liegen.¹³²² Für den Beschwerdeführer ist daher kein Unterschied in den beiden Beschwerdetypen gelegen, darf das Landesverwaltungsgericht im Falle der Erhebung einer Säumnisbeschwerde doch auch in der Sache selbst entscheiden. Den beantragten Europäischen Ausweis kann es hingegen nicht ausstellen.¹³²³ Der grundsätzliche Unterschied zwischen der Verhaltensbeschwerde gemäß § 17 Abs 3 Tiroler EU-Berufsangelegenheiten-Gesetz¹³²⁴ und der Säumnisbeschwerde ist das Fehlen einer ausdrücklichen Folgenbeseitigungspflicht. Wird hoheitliches Handeln von dem Verwaltungsgericht als rechtswidrig anerkannt, ergibt sich aus mehreren Bestimmungen der Grundsatz, dass der der Rechtsanschauung der Rechtsmittelbehörde (hier: Landesverwaltungsgericht) entsprechende Rechtszustand herzustellen ist. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch ist von einem Verschulden unabhängig zu betrachten und handelt es sich nach der Judikatur¹³²⁵ nicht nur um eine Amtspflicht, sondern um ein subjektives Recht, das subsidiär gemäß Art 137 B-VG¹³²⁶ durchgesetzt werden kann.¹³²⁷ Dass die belangte Behörde sodann an die Rechtsansicht des Landesverwaltungsgerichtes gebunden ist, ergibt sich aus der Bindungswirkung der Entscheidung. Sie haben sich an den Ausspruch der Entscheidung zu halten.¹³²⁸

¹³²¹ Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ Rz 525.

¹³²² ErlRV 252/15 BlgLT 16. GP 6 ff.

¹³²³ Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 80 ff.

¹³²⁴ Allgemein § 53 VwGVG iVm § 28 Abs 6 VwGVG.

¹³²⁵ VfSlg 8812/1980.

¹³²⁶ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/51.

¹³²⁷ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 1311, 1339.

¹³²⁸ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹² Rz 866.

H. Umwege durch Bescheidkonstruktionen

Der überwiegende Rechtsschutz gegen Akte der schlichten Hoheitsverwaltung führt – wie in diesem Unterkapitel dargelegt wird - nicht direkt zu einem Verwaltungsgericht, sondern ist der Gang zu einer Verwaltungsbehörde der erste rechtliche Schritt.

Diese Bescheidumwege sind zulässig. Deren Zuständigkeit bestimmt Art 130 B-VG auf zwei Arten. Gegenstände des Abs 1 ermöglichen jedenfalls schon durch deren verfassungsmäßige Zuweisung den Gang zum Verwaltungsgericht (obligatorische Zuständigkeiten). Der Abs 2 bedarf dagegen ein Mitwirken des einfachen Gesetzgebers, der solche Beschwerden vorsehen kann (iSe fakultativen Zuständigkeit). Dies lässt den Schluss zu, dass dem Gesetzgeber in der schlichten Hoheitsverwaltung die Wahlfreiheit zukommt, wie er den Rechtsschutz ausgestalten will, weil Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG keine Präjudizwirkung zukommt.¹³²⁹ Daher sind gerichtsmittelbare Beschwerden ebenso zulässig wie solche Verfahren, die mit einem Bescheid enden. Dies bedeutet aber lediglich, dass der Gesetzgeber in seiner Entscheidung, ob er schlicht-hoheitliche Rechtsmittel bestimmt, grundsätzlich frei ist. Die Frage, wie der Rechtsschutz ausgestaltet wird, wird aber durch die Verfassung geregelt.¹³³⁰

In bestimmten Fallkonstellationen, die sich für eine Verhaltensbeschwerde anbieten würden, entschied sich der Gesetzgeber für eine Bescheidkonstruktion. Aufgrund der Vielzahl der Beispiele wie beispielsweise im Informationsrecht, Wirtschaftsaufsichtsrecht, im Notariatsrecht oder im Wehrrecht¹³³¹ sollen vier gesetzlichen Bestimmungen zur Veranschaulichung dienen.

H.1. Informationsrecht

Gemäß § 8 Abs 5 Umweltinformationsgesetz (UIG)¹³³² wird normiert, dass wenn ein Betroffener behauptet, durch eine entsprechende Mitteilung in seinen Rechten verletzt worden

¹³²⁹ Hofmann/Hauer in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 10 Rz 32 in FN 177, die hiezu B. Raschauer (siehe „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 551 f) folgen; so auch Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, 141; Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht, 115 ff, und Köhler in Brandtner/Köhler/Schmelz (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (2020) Artikel 130 B-VG 44 ff. Zu Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG vgl Aichleiter, Art 129a B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Rz 48.

¹³³⁰ Siehe Pabel, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ Kap 11 Rz 9 ff Stand 1. 8. 2024, rdb.at), die alle Beschwerdetypen nach Art 130 B-VG bei den Verwaltungsgerichten angesiedelt sieht; so auch Faber in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 299 (304).

¹³³¹ Siehe so gleich die folgenden Unterkapitel.

¹³³² BGBl 1993/495 idF BGBl I 2015/95.

zu sein, hat die informationspflichtige Stelle, soweit sie behördliche Aufgaben besorgt, hierüber einen Bescheid zu erlassen. Die Gesetzesmaterialien¹³³³ halten hierzu fest, dass die Bescheidkonstruktion erforderlich gewesen sei, weil § 3 Abs 1 UIG¹³³⁴ als informationspflichtige Stellen nicht nur Verwaltungsbehörden im organisatorischen Sinn, sondern auch unter anderem Personen des Privatrechts oder Organe von Gebietskörperschaften, soweit sie Aufgaben der Privatwirtschaftsverwaltung besorgen, erfasst. Für eine nicht behördliche Informationstätigkeit wird unter sinngemäßer Anwendung von § 8 Abs 3 UIG die informationspflichtige Stelle Rechtsschutzanträge an die für die Führung der sachlichen Aufsicht zuständige Stelle, subsidiär an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde, weiterleiten.¹³³⁵

In Anbetracht der Tatsache, dass diese Mitteilungen als schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln zu qualifizieren sind, hätte sich auch für diese Fälle die Einrichtung eines Verhaltensbeschwerdeverfahrens angeboten.

H.2. Wirtschaftsaufsichtsrecht

Auch im Wirtschaftsaufsichtsrecht finden sich Bestimmungen, wie etwa § 4 Abs 7¹³³⁶, § 70 Abs 7¹³³⁷ oder § 99c Abs 4 BWG¹³³⁸, die vor bestimmten Veröffentlichungen der Finanzmarktaufsicht schützen sollen.¹³³⁹ Dies auch vor dem Hintergrund, weil die Veröffentlichungen der FMA durchaus geeignet sein können, den guten Ruf eines Unternehmens zu ruinieren. Dies wird durch einen Blick auf § 4 Abs 7 BWG verdeutlicht, der lautet: *„Die FMA kann durch Kundmachung im Internet, Abdruck im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ oder in einer Zeitung mit Verbreitung im gesamten Bundesgebiet die Öffentlichkeit informieren, dass eine namentlich genannte natürliche oder juristische Person (Person) zur Vornahme bestimmter Bankgeschäfte nicht berechtigt ist, sofern diese Person dazu Anlass gegeben hat und eine Information der Öffentlichkeit erforderlich und im Hinblick auf mögliche Nachteile des Betroffenen verhältnismäßig ist. Diese Veröffentlichungsmaßnahmen können auch kumulativ getroffen werden. Die Person muss in der Veröffentlichung eindeutig identifizierbar sein; zu diesem Zweck können, soweit der FMA bekannt, auch*

¹³³³ RV 2291 BlgNr 24.GP 2.

¹³³⁴ BGBl 1993/495 idF BGBl I 2005/6.

¹³³⁵ Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht 128.

¹³³⁶ BGBl 1993/532 idF BGBl I 2022/237.

¹³³⁷ BGBl 1993/532 idF BGBl I 2024/112.

¹³³⁸ BGBl 1993/532 idF BGBl I 2021/98.

¹³³⁹ N. Raschauer, Investorenwarnungen im Finanzmarktaufsichtsrecht, ÖZW 2008, 95 (96 ff).

Geschäftsanschrift oder Wohnanschrift, Firmenbuchnummer, Internetadresse, Telefonnummer und Telefaxnummer angegeben werden. [...]“. Diese Veröffentlichungen der FMA sind jedoch nicht dem Raster des typischen Verwaltungshandelns zuzuordnen, sodass sich der VfGH¹³⁴⁰ zur Aufhebung von § 4 Abs 7 BWG veranlasst sah, weil dieser Rechtseingriffe ohne ein entsprechendes Rechtsmittel dagegen zuließ. In dieser Folge überarbeitete der Gesetzgeber die betroffenen Bestimmungen und räumt den Betroffenen ein Antragsrecht auf ein Bescheidverfahren vor der FMA zur Überprüfung der Veröffentlichung ein. Wird mit dem Bescheid der FMA die Warnung als rechtswidrig erkannt, ist diese richtigzustellen, zu entfernen oder öffentlich zu widerrufen¹³⁴¹. Wird die Warnung im Bescheidverfahren als rechtmäßig erkannt oder bleibt die Behörde mit der Erlassung des Bescheides säumig, hat der Betroffene die Möglichkeit zur Anrufung des Verwaltungsgerichtes gemäß Art 130 Abs 1 oder Abs 3 B-VG.¹³⁴² Hierbei darf auch die Frage zur fehlenden Effizienz des Rechtsschutzes aufgestellt werden, ist doch eine Ex-Post-Überprüfung, eventuell nach einem Image- und Geschäftsverlust einer Warnung der FMA, keine gelungene Lösung. Auch das Amtshaftungsrecht kann betroffenen Personen nur eingeschränkt¹³⁴³ Abhilfe schaffen¹³⁴⁴. Dieser Weg vermag zwar formal im Einklang mit der Rechtsprechung des VfGH stehen, einen faktisch effizienten Rechtsschutz bietet er hingegen nicht, zumal den betroffenen Personen kein präventiver Rechtsschutzmechanismus gegen die Veröffentlichung zur Verfügung steht.¹³⁴⁵

H.3. Notariatsrecht

Wird eine Amtstätigkeit¹³⁴⁶ durch einen Notar verweigert, hat der Betroffene das Recht eine Beschwerde an die Notariatskammer gemäß § 35 Abs 2 Notariatsordnung (NO)¹³⁴⁷ einzubringen.¹³⁴⁸ Der Notar wird als Träger eines öffentlichen Amtes nämlich zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, wenn kein Verweigerungsgrund¹³⁴⁹ vorliegt. Bei der Besorgung der gesetzlichen Aufgaben agiert der Notar nicht auf der Grundlage eines privatrechtlichen

¹³⁴⁰ VfSlg 18.747/2009.

¹³⁴¹ Insofern besteht ein Folgenbeseitigungsanspruch.

¹³⁴² Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung 102.

¹³⁴³ Siehe § 3 FMABG.

¹³⁴⁴ VfGH 16. 12. 2021, G 224/2021.

¹³⁴⁵ Piska/N. Raschauer, Kein effizienter Rechtsschutz gegen staatliche Rufschädigung, ecolex 2022, 407 ff.

¹³⁴⁶ Notariatsakt (§§ 52 ff NO), Aufnahme von letztwilligen Anordnungen (§§ 70 ff NO), Beurkundung von Tatsachen und Erklärungen (§§ 76 ff NO), Erteilung von Ausfertigungen, Abschriften, Auszügen und Zeugnissen (§§ 91 ff NO).

¹³⁴⁷ RGBI 1871/75 idF BGBl 1989/343.

¹³⁴⁸ Zach in Murko/Nunner-Krautgasser (Hrsg), Anwaltliches und notarielles Berufsrecht (2022) § 35 NO Rz 1.

¹³⁴⁹ Zu denken an ein verbotenes Geschäft, ein Verwandtschaftsverhältnis – siehe § 35 iVm §§ 33, 34 NO.

Vertrages, sondern hoheitlich¹³⁵⁰.¹³⁵¹ Der Beschwerdegegenstand wäre in diesem Fall das Unterlassen einer schlicht hoheitlichen Handlung durch den Notar.

§ 35 Abs 2 NO bestimmt in diesem Fall zunächst ein Rechtsmittel, welches auf die Durchsetzung der verweigerten Amtshandlung gerichtet ist¹³⁵². Die Notariatskammer entscheidet über diese Beschwerde mit Bescheid¹³⁵³. Dies ergibt sich aus § 137 Abs 2 NO¹³⁵⁴. Der weitere Rechtsweg führt an das Landesverwaltungsgericht (siehe § 138 NO¹³⁵⁵). Vergleichbare Regelungen finden sich auch in § 95 Abs 3¹³⁵⁶, § 97 Abs 2¹³⁵⁷ und § 103 Abs 2 NO¹³⁵⁸.¹³⁵⁹ Eine Ausnahme davon bildet die Beschwerde nach § 103 Abs 2 NO, die auf eine Ersatzvornahme abstellt. Werden vom zuständigen Notar notwendige Abschriften, Ausfertigungen nicht binnen einer angemessenen Frist erstellt, hat die Notariatskammer nach Umständen einen anderen Notar zur Besorgung anzuordnen.

H.4. Parlamentarische Bundesheerkommission

Ein weiterer Bescheidumweg wird in der Beschwerde an die Parlamentarische Bundesheerkommission gemäß § 4 Abs 4 Wehrgesetz 2001 (WG 2001)¹³⁶⁰ gesehen, der rein interne Vorgänge, wie beispielsweise eine erniedrigende Behandlung eines Soldaten durch einen Vorgesetzten, behandelt. Eingbracht wird diese Beschwerde bei der Bundesheerkommission, die eine Empfehlung zur Erledigung der Beschwerde abgibt. Bei einer außerordentlichen Beschwerde nach § 14 Abs 3 der Allgemeinen Dienstvorschriften für das Bundesheer (ADV)¹³⁶¹ wird die Verteidigungsministerin als entscheidende Behörde über die Beschwerde mit Bescheid absprechen, gegen den wiederum Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben werden kann.¹³⁶²

¹³⁵⁰ Spath in *Murko/Nunner-Krautgasser* (Hrsg), *Anwaltliches und notarielles Berufsrecht* § 1 NO Rz 1.

¹³⁵¹ Lenzbauer, *Schlichte Hoheitsverwaltung* 108 ff.

¹³⁵² Umstritten ist, ob diese Bestimmung auch als Aufsichtsbeschwerde verstanden werden kann (siehe dafür *Kostner*, *Handkommentar Notariatsordnung* (1971) 131; dagegen *Wagner/Knechtel* (Hrsg), *Kommentar zur Notariatsordnung*⁶ (2006) § 35 Rz 1 ff.

¹³⁵³ *Kostner*, *Handkommentar NO* 378.

¹³⁵⁴ RGBI 1871/75 idF BGBl I 2013/190.

¹³⁵⁵ RGBI 1871/75 idF BGBl I 2013/190.

¹³⁵⁶ RGBI 1871/75 idF BGBl 1989/343.

¹³⁵⁷ RGBI 1871/75 idF BGBl I 2005/164.

¹³⁵⁸ RGBI 1871/75 idF BGBl I 2013/159.

¹³⁵⁹ *Kostner*, *Handkommentar NO* 132, 300.

¹³⁶⁰ BGBl I 2001/146 idF BGBl I 2019/102.

¹³⁶¹ BGBl 1979/43 idF BGBl II 2019/422.

¹³⁶² Lenzbauer, *Schlichte Hoheitsverwaltung* 72.

I. Exkurs: Der Beschwerdetypus nach Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG als Auffangtatbestand

Gemäß Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG¹³⁶³ wird der zuständige Bundes- bzw Landesgesetzgeber¹³⁶⁴ dazu ermächtigt, Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über „*Beschwerden, Streitigkeiten, oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten*“ zu bestimmen. Wie den Gesetzesmaterialien¹³⁶⁵ entnommen werden kann, wurde durch Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG eine „generelle Ermächtigung an die (einfache) Gesetzgebung geschaffen, den Verwaltungsgerichten (neue) Aufgaben zuzuweisen.“ Dies soll künftig dafür sorgen, dass mögliche Erweiterungen des Kompetenzkataloges der Verwaltungsgerichte nicht mehr von einer speziellen verfassungsgesetzlichen Grundlage abhängig sind¹³⁶⁶. Nun darf die Frage aufgeworfen werden, ob durch die Schaffung von Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG eine Erweiterung im Rechtsschutz für schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln bzw ein Unterlassen erfolgt ist. Die Antwort auf die Frage wird sich nach der Ansicht richten, wie weit der Betrachter der Anwendungsbereich von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG zieht. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht¹³⁶⁷ bietet die Verhaltensbeschwerde sowohl für individuelles und generelles schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln eine Rechtsschutzmöglichkeit, und zwar auch für den Fall, dass dadurch in subjektive Rechte eingegriffen wird bzw diese verletzt werden. Wird diese Rechtsmeinung vertreten, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG¹³⁶⁸.

Wird hingegen eine gegenteilige Rechtsansicht vertreten, könnte generelles schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln bzw ein Unterlassen mit Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG beschwerdefähig gemacht werden. Durch den legistischen Aufbau dieser Generalklausel kann angenommen werden, dass grundsätzlich alle schlicht hoheitlichen Verwaltungsakte sowie deren Unterlassen den Gegenstand von Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG bilden können, die weder in die Zuständigkeit des VfGH noch der ordentlichen Gerichte fallen und auch nicht in das Raster von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG fallen. Mit Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG wird der Gesetzgeber auch explizit ermächtigt, Zuständigkeiten gegen „*Anträge in sonstigen Angelegenheiten*“ zu

¹³⁶³ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2019/14.

¹³⁶⁴ Zu den Zustimmungserfordernissen der Länder gemäß Art 130 Abs 2 letzter Satz B-VG.

¹³⁶⁵ ErläutRV 301 BlgNR 24. GP 5.

¹³⁶⁶ Kern, Der Bescheid, ZÖR 2021, 549 (547).

¹³⁶⁷ Siehe Kapitel IV.E.2. Beschränkung auf individuelles Verhalten.

¹³⁶⁸ Siehe ErläutRV 301 BlgNR 24. GP 5: „*Sofern eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte einer bereits bestehenden Kompetenz der Verwaltungsgerichte zugeordnet werden kann, geht diese Kompetenz der Verwaltungsgerichte der neuen Generalklausel vor*“.

normieren, wodurch auch Unterlassungen den Gegenstand dieses Beschwerdetypus darstellen können. Nicht zu verachten ist die Tatsache, dass neben generellem schlichten Verwaltungshandeln auch Rechtsschutz für das weite Feld der Privatwirtschaftsverwaltung dadurch vorgesehen werden kann.

Im Gegensatz zu Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG stellt Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG nicht auf das Kriterium „in Vollziehung der Gesetze“ – somit für die Hoheitsverwaltung – für die Zulässigkeit einer Beschwerdeerhebung ab, sodass auch gegen schlichte Handlungen der Privatwirtschaftsverwaltung bzw ein Unterlassen nunmehr der Weg zum Verwaltungsgericht offen stehen könnte, ist doch aus dem Wortsinn von Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG gerade keine Beschränkung auf die Hoheitsverwaltung zu verstehen¹³⁶⁹. Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Begründung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bedarf hierzu selbstverständlich noch einer expliziten Ausgestaltung¹³⁷⁰ und wäre dies auch ein Schritt, das Ungleichgewicht¹³⁷¹ der Machtverhältnisse zwischen der Verwaltung und Betroffenen natürlichen sowie juristischen Personen im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten im Bereich der Hoheitsverwaltung auszugleichen. Nach Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG kann der zuständige Gesetzgeber *„Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens“* vorsehen.¹³⁷² Insoferne der Verfassungsgesetzgeber eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG für *„Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten“* normiert, darf der Schluss gezogen werden, dass damit den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vergleichbare Agenden der Privatwirtschaft umfasst werden.¹³⁷³ Folglich bietet die Verfassung auch die Möglichkeit Beschwerden in sonstigen Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung einfachgesetzlich vorzusehen.

¹³⁶⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ Rz 658.

¹³⁷⁰ Zu den in der Lehre unterschiedlich vertretenen Ansichten: bspw nach Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 130 B-VG Rz 13 *„erscheinen weitgehende Kompetenzen im Bereich des Zivil- und Strafrechts aufgrund des Art 92 B-VG ausgeschlossen; inwieweit solche in einzelnen Angelegenheiten geschaffen werden dürfen, erscheint aufgrund des Art 94 B-VG fraglich“*; Kneihs vertritt den Standpunkt, dass die Verwaltungsgerichte aufgrund des Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG *„[...] - wie schon nach den anderen Absätzen und Ziffern dieser Bestimmung – im Prinzip für die Kontrolle der Hoheitsverwaltung“* zuständig gemacht werden, Kneihs in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 130 Abs 1 B-VG Rz 4; so auch Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ Rz 658 *„[...] damit wird eine breite Ermächtigung des Gesetzgebers geschaffen, die Zuständigkeit der VwG auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung [...] vorzusehen.“*

¹³⁷¹ Nach Kneihs stellen nur die Ausübung von privatem Befehl und Zwang durch Verwaltungsorgane sowie die Mitwirkung der Verwaltung an privatrechtlichen Normverträgen Anwendungsfälle von Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG dar, siehe Kneihs in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 130 Abs 1 B-VG Rz 9 ff.

¹³⁷² Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln, JRP 2022, 367 (377 ff).

¹³⁷³ Kneihs in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Art 130 Abs 1 B-VG Rz 9.

J. Wie machen es die Nachbarländer? Ein (Aus-)Blick über die Grenzen

Dass es Schwierigkeiten bei der Einordnung von hoheitlichen Verwaltungsakten und die Gewährung von Rechtsschutz gibt, ist kein Phänomen, das nur in Österreich anzutreffen ist. In einem Vergleich mit der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zeigt sich, dass Österreich im Rechtsschutz gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln im Mittelfeld angesiedelt ist.

J.1. Beispiel Bundesrepublik Deutschland

Weil sich in der Bundesrepublik Deutschland die Konzeption, Verwaltungsrechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte vorzusehen, als zu eng erwiesen hat, brach der deutsche Gesetzgeber mit dem Prinzip der Enumeration.¹³⁷⁴

Die Bundesrepublik verzichtet seit dem Jahr 1960¹³⁷⁵ auf einen Typenzwang auf einfachgesetzlicher Ebene. Mit § 40 Abs 1 Satz 1 dVwGO¹³⁷⁶ wird für „*öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art*“ eine Generalklausel im Verwaltungsrechtsschutz vorgesehen und damit der Zugang zu den Verwaltungsgerichten erster Instanz ermöglicht. Dies unter der Beschränkung, dass eine Zuständigkeit für solche Streitigkeiten nicht einem anderen Gericht zugewiesen wurde, wie beispielsweise der ordentlichen, Finanz- oder Sozialgerichtsbarkeit.¹³⁷⁷ Die den § 40 Abs 1 Satz 1 dVwGO¹³⁷⁸ folgenden gesetzlichen Bestimmungen unterscheiden gerade nicht nach den jeweiligen Typen von Rechtsakten, sondern richten sich rein nach dem Klagebegehren. Dadurch wird für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Weise der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Die Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers wird darin gesehen, dass die staatliche Justizgewährungspflicht mit einem Rechtsschutzweg gegen die informelle Verwaltung umgesetzt wird¹³⁷⁹.¹³⁸⁰ So wird beispielsweise in § 42 dVwGO¹³⁸¹ eine Klage zur Aufhebung des gegenständlichen Verwaltungsaktes vorgesehen. Eine weitere mit

¹³⁷⁴ *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht Rz 739.

¹³⁷⁵ DBGBI I 1960, 17.

¹³⁷⁶ Fassung aufgrund des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess (RmBereinVpG) vom 20. 12. 2001 (DBGBI I S 3987), in Kraft seit 1. 1. 2002.

¹³⁷⁷ *Ehlers/Schneider* in *Schoch/Schneider* (Hrsg), Verwaltungsrecht (44. EL 2023) § 40 VwGO Rn 4 ff.

¹³⁷⁸ Siehe § 40 Abs 1 S 1 dVwGO: „[...] soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“.

¹³⁷⁹ *Ehlers/Schneider* in *Schoch/Schneider* (Hrsg), Verwaltungsrecht § 40 VwGO Rn 13; *Reimer* in *Posser/Wolff/Decker* (Hrsg), BeckOK VwGO⁶⁸ (Stand 1. 1. 2023) § 40 Rz 4.

¹³⁸⁰ *Cohen*, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung, JBl 2014, 228 ff.

¹³⁸¹ DBGBI I S 686 idF DBGBI 2023 I 409.

§ 42 dVwGO bestimmte Klagsart stellt die sog „*Verpflichtungsklage*“¹³⁸² dar, womit die „*Saumseligkeit*“ der Verwaltung geltend gemacht werden kann. Damit kann diese als ein der Säumnisbeschwerde des Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG im österreichischen Rechtsschutzsystem vergleichbarer, aber weiter gehender Rechtsschutzbehelf verstanden werden, weil es sich auch auf schlichtes Verwaltungshandeln beziehen kann.¹³⁸³

Aus § 43 Abs 2 dVwGO¹³⁸⁴ kann die allgemeine Leistungsklage auch gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln abgeleitet werden. Die allgemeine Leistungsklage unterscheidet sich beispielsweise von der Anfechtungsklage oder der Verpflichtungsklage (vgl § 42 Absatz 1 VwGO) in dem Klagsgrund, dass sich das Klägerbegehren nach § 88 dVwGO¹³⁸⁵ nicht auf einen bestimmten Verwaltungsakt bezieht, sondern vielmehr auf einen Realakt oder eine Willenserklärung.¹³⁸⁶

Dass in der Bundesrepublik Deutschland der Rechtsschutz in Bezug auf die Hoheitsverwaltung anders gestaltet wurde, im Besonderen in Bezug auf das Fehlen eines Typenzwangs, ergibt sich aus Art 19 Abs 4 dGG¹³⁸⁷, demzufolge für „*jemand[en]*“ und dadurch jedermann¹³⁸⁸, der „*durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird*“ der „*Rechtsweg offen*“ steht. Unter dem Begriff der „*öffentlichen Gewalt*“ fällt jedes Handeln der Staatsfunktion Verwaltung¹³⁸⁹. Darunter fallen zumeist, aber nicht ausschließlich Hoheitsakte, sondern auch privatrechtsförmiges Handeln des Staates, wie etwa bei der öffentlichen Auftragsvergabe¹³⁹⁰.¹³⁹¹ Nach der herrschenden Ansicht ist die Rechtsprechung davon nicht erfasst.¹³⁹² Die Bestimmung von Art 19 dGG umfasst alle subjektiven Rechte und nicht nur qualifizierte bestandsgeschützte Rechte und stellt dieses auch kein grundrechtakzessorisches Beschwerderecht iSv Art 13 EMRK oder § 2 Abs 3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte¹³⁹³ dar.

¹³⁸² Siehe VGH Bayern 30. 5. 2018, 2 B 18.681.

¹³⁸³ Kern, Der Bescheid, ZÖR 2021, 549 (656 ff).

¹³⁸⁴ DBGBI I S 686 idF DBGBI 2023 I Nr 409.

¹³⁸⁵ DBGBI I S 17 idF DBGBI I Nr 328.

¹³⁸⁶ Marsch in Schoch/Schneider (Hrsg), Verwaltungsrecht § 43 VwGO Rn 42 ff.

¹³⁸⁷ Gesetz vom 23. 5. 1949, dBGBl S 1 idF BGBl I S 2478.

¹³⁸⁸ Siehe etwa BVerfG 25. 9. 2020, 2 BvR 854/20 Rz 38; hier wurde die Verletzung einer drittstaatsangehörigen Asylwerberin in Art 19 Abs 4 dGG und damit ihre Berechtigung sich darauf zu berufen bejaht.

¹³⁸⁹ Zur medizinischen Zwangsbehandlung im Rahmen der Unterbringung psychisch Erkrankter BVerfGE 146, 294.

¹³⁹⁰ Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetze für die Bundesrepublik Deutschland¹⁷ (2022) Art 19 Rn 49 -55.

¹³⁹¹ Kern, Der Bescheid, ZÖR 2021, 549 (575).

¹³⁹² Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetze für die Bundesrepublik Deutschland¹⁷ Art 19 Rn 49 -55.

¹³⁹³ BGBl. Nr. 591/1978.

Für die Kontrolle der Hoheitsverwaltung wird im dGG gerade kein bestimmter Akt vorgesehen, der dann zur Ergreifung eines Rechtsmittels rechtfertigt. Vielmehr sieht das dGG vor, dass es gerade keinen erdenklichen Akt der Verwaltung gibt, der nicht einer Kontrolle unterliegt. Weitere Ausgestaltungen können durch den deutschen Gesetzgeber vorgesehen werden, allerdings wird der ordentliche Rechtsweg als Zweifelsregel vorgesehen, sodass die Rechtsschutzmöglichkeiten für den Fall, dass die Legislative untätig bleibt, bereits verfassungsrechtlich festgehalten ist. In Summe stellt sich der deutsche Rechtsschutz knapper dar, aber auch zugleich effektiver, wird doch die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes gegen alle Erscheinungsformen von Handlungen in der Hoheitsverwaltung garantiert.¹³⁹⁴ Der wesentlicher Unterschied zu § 40 Abs 1 dVwGO besteht also darin, dass es bei Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG in der Hand des Gesetzgebers liegt, seine Kompetenzen für den Rechtsschutz umzusetzen.¹³⁹⁵

J.2. Beispiel Schweizer Eidgenossenschaft

Die Schweizer Eidgenossenschaft hält am Typenzwang fest. Handelt der Staat nicht in der Form der „Verfügung“, mangelt es an einem adäquaten unmittelbaren Verwaltungsrechtsschutz. Dies stößt seit geraumer Zeit auf Kritik in Lehre und Praxis¹³⁹⁶. Dies auch aus Gründen von Art 13 EMRK, der verlangt, dass gegen jedes staatliche Handeln, sofern es in Konventionsrechte eingreift, eine wirksame Beschwerde bei einem nationalen Gericht erhoben werden kann. Bis zu dem Jahr 2003 hielt man in der Schweiz an der Prämisse fest: Ohne Rechtsakt kein Rechtsschutz.¹³⁹⁷ Die Schweizer fassen unter dem Begriff Realakt alle Verrichtungen des Staates zusammen, die nicht in den Rechtsformen der Verfügung, Vertrag, Erlass oder Plan ergehen.¹³⁹⁸

Die direkte Anfechtung von Realakten blieb auch weiterhin ausgeschlossen, weil ohne das Vorliegen einer Verfügung der Verwaltungsrechtsschutz ausgeschlossen wurde. Daher musste sich ein Rechtsschutzsuchender mit verschiedensten Varianten einer Verfügungsfiktion als Rechtsschutz gegen Realakte zu helfen wissen. So wurde Realakte als Feststellungs-Verfügungen gekleidet und damit in Rechtsverhältnisse umgedeutet.¹³⁹⁹

¹³⁹⁴ Kern, Der Bescheid, ZÖR 2021, 549 (576 ff).

¹³⁹⁵ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (548); Holoubek in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verhaltensbeschwerde 141.

¹³⁹⁶ Richli, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln AJP 1992, 196 ff.

¹³⁹⁷ M. Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in Tschannen (Hrsg), Neue Bundesrechtspflege: Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz (2007) 337.

¹³⁹⁸ Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2014) § 38 Rz 1.

¹³⁹⁹ M. Müller in Tschannen (Hrsg) Neue Bundesrechtspflege 337.

Erst mit der Einführung von Art 25a VwVG¹⁴⁰⁰ im Jahr 2007 wurde die Grundlage für ein eigenständiges Verwaltungsverfahren gegen Realakte geschaffen. Dieses endet in einer Verfügung über Realakte und bildet dabei nicht der inkriminierte Realakt den Gegenstand dieser Verfügung, sondern der durch Art 25a VwVG vermittelte individuelle Rechtsanspruch, vom Staat im Hinblick auf den Realakt eine konkrete Positionierung zu erhalten. Dies kann durch eine Stellungnahme (wie etwa eine Feststellung der Unrechtmäßigkeit) oder einer Korrekturhandlung (iSe Folgenbeseitigung, Unterlassung) erfolgen und ergeht in der Form einer Verfügung. Diese Verfügung, welche den Endpunkt des sog nachlaufenden Verwaltungsverfahrens bildet, kann dann erst mittels Beschwerde angefochten werden.¹⁴⁰¹

In Art 25a VwVG wird das Rechtsschutzinteresse über ein akt- und ein subjektbezogenes Kriterium definiert. Weiters muss ein Realakt „*Rechte und Pflichten berühren*“ und muss der gesuchstellende Person ein „*schutzwürdiges*“ Interesse an einer Verfügung über den Realakt zu zukommen. Dabei belegen Grundrechte regelmäßig diese schützenswerten Positionen. Nach der Rechtsprechung¹⁴⁰² des Bundesgerichtes der Schweizer Eidgenossenschaft ist ein eigentlicher Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts nicht notwendig. Es wird als ausreichend angesehen, dass die antragstellende Person darlegen kann, dass ein von einem Realakt ausgehender Reflex grundrechtsrelevant ist.¹⁴⁰³

Folglich können betroffene Personen in der Schweiz nicht direkt gegen das rechtswidrige schlichte Verwaltungshandeln vorgehen, sondern haben den Umweg über eine Verfügung, die eine Rechtsposition des Staates zu einer Handlung vertritt, in der Form einer Stellungnahme oder Korrekturhandlung zu erlangen. Erst das Vorliegen einer Verfügung ermöglicht eine Beschwerdemöglichkeit.

VII. Weiterer Rechtsschutz in der schlichten Hoheitsverwaltung

Wie bereits ausgeführt, wird für eine betroffene Person oftmals der Ausspruch über die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht als ausreichend angesehen werden und wird sie eventuell auch Geldersatz fordern wollen. Dies kann jedoch nicht im Rahmen der

¹⁴⁰⁰ Eingefügt durch Anhang Ziffer 10 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. 6. 2005; in Kraft seit 1. 1 2007.

¹⁴⁰¹ M. Müller in Tschannen (Hrsg) Neue Bundesrechtspflege 340 ff.

¹⁴⁰² BGer 5. 5. 2020, 1 C 37/2019 Rn 4.4.

¹⁴⁰³ Prantl, Unsichere Zeiten für Klimaklagen? Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, NR 2023, 451 (456).

Verhaltensbeschwerde erfolgen, sondern durch das zuständige Amtshaftungsgericht, die das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes als Grundlage ihrer Entscheidung heranzuziehen hat (Kapitel A.).¹⁴⁰⁴ Daneben steht dem Betroffenen noch allenfalls eine Aufsichtsbeschwerde und eine Beschwerde an die Volksanwaltschaft zur Verfügung (Kapitel B. und C.).

A. Das Amtshaftungsverfahren

Nach der Konzeption des Gesetzgebers steht einem Geschädigten ein öffentlich rechtlicher Primärrechtsschutz zur Verfügung. Daher bildet die Amtshaftung eine „ultima ratio“.¹⁴⁰⁵ Dies wird aus § 2 Abs 2 AHG¹⁴⁰⁶ geschlossen, als ein Ersatzanspruch ausgeschlossen wird, wenn der Geschädigte den Schaden durch ein Rechtsmittel oder mittels Beschwerde an ein VwG und durch Revision beim VwGH abwenden hätte können.¹⁴⁰⁷ Damit wird durch den Gesetzgeber eine Rettungsobliegenheit durch den Geschädigten vorausgesetzt.¹⁴⁰⁸

Ist ein Schaden in Vollziehung der Gesetze entstanden oder wurde zugefügt, so gebührt nach der den Art 23 B-VG näher ausgestalteten Bestimmungen des AHG Schadenersatz im Rahmen der Amtshaftung. Dies gilt für das Verhalten der Gerichtsbarkeit, mitsamt der hoheitlichen Justizverwaltung, und der hoheitlichen Verwaltung. Der Amtshaftungsausspruch ist auf Geldersatz ausgerichtet und umfasst nicht die Beseitigung, den Widerruf sowie andere Formen einer Naturalrestitution^{1409 1410}.

Gemäß § 1 AHG¹⁴¹¹ haftet der Bund nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als seine Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben

Dabei haftet der Rechtsträger grundsätzlich nur für den Schaden, den die als seine Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze zugefügt haben. Zur Frage der Formulierung, wann ein Organ in Vollziehung der Gesetze handelt, verweist *Walter Schragel*¹⁴¹² hier auf die

¹⁴⁰⁴ Eisenberger in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 59.

¹⁴⁰⁵ Jabloner, Die Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im neuen System, in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 15 (19).

¹⁴⁰⁶ BGBl 1949/20 idF BGB I 2013/33.

¹⁴⁰⁷ Cohen, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung, JBl 2014, 228 ff.

¹⁴⁰⁸ Ziehensack, Amtshaftungsgesetz : AHG; Praxiskommentar (2011) § 2 Rz 5 ff.

¹⁴⁰⁹ OGH 10. 4. 2008, 6 Ob 23/08p.

¹⁴¹⁰ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 1321.

¹⁴¹¹ BGBl 1949/20 idF BGB I 2013/33.

¹⁴¹² Schragel, Amtshaftung³ (2003) Rz 72.

Ausführungen im Bericht und im Antrag des Ausschusses für Verwaltungsreform des Nationalrats, demnach: *"Ein Organ handelt in Vollziehung der Gesetze, wenn es hoheitliche Aufgaben des Rechtsträgers besorgt, nicht aber, wenn es den Rechtsträger als Träger von Privatrechten vertritt. Wenn zum Beispiel der Chefarzt einer staatlichen Krankenanstalt einen Patienten operiert, wird er in der Regel nicht in Vollziehung der Gesetze handeln. Wohl aber handelt ein Amtsarzt in Vollziehung der Gesetze, wenn er Schulkinder impft."* Damit das AHG zur Anwendung gelangt und es zu einer Haftung des Bundes für Schäden kommt, ist es notwendig, dass eine physische Person als Organ tätig wurde. Durch einen formellen Akt des Rechtsträgers erlangt eine Person Organstellung, wie etwa die Berufung, Entsendung oder Betrauung oder gar einem privatrechtlichen Vertrag.¹⁴¹³

A.1. Die Verhaltensbeschwerde als Grundlage für das Amtshaftungsverfahren

Wird das mit Verhaltensbeschwerde angefochtene Verwaltungsakt mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes für rechtswidrig erklärt und ist der beschwerdeführenden Partei durch diesen ein Schaden entstanden, stellt das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Grundlage für die klagsweise Einforderung für Schadenersatzansprüche nach dem AHG dar. Dies gilt auch für noch nicht abgeholte Verfahrenskosten¹⁴¹⁴. Das im Verfahren zuständige Zivilgericht ist an die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes getroffene Feststellung gebunden und ist nicht berechtigt, von sich aus dem Erkenntnis widersprechende Entscheidungen zu treffen. Erachtet das Zivilgericht die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes mit Rechtswidrigkeit belastet, hat es das Amtshaftungsverfahren zu unterbrechen und kann beim Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 2 B-VG¹⁴¹⁵ iVm § 11 Abs 1 AHG¹⁴¹⁶ die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes beantragen. Aufgrund der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes hat das Zivilgericht das Verfahren fortzusetzen und wird seine Entscheidung unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes treffen.¹⁴¹⁷

Das Amtshaftungsrecht kommt jedoch nicht für die Privatwirtschaftsverwaltung zum Tragen. Erleidet ein Dritter im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, dazu zählen auch die privatrechtliche Justizverwaltung und parlamentarische Hilfsgeschäfte, einen Schaden, haften

¹⁴¹³ Grosinger, Einbindung Privater in den Schubhaftvollzug, ÖJZ 2015, 678 (680).

¹⁴¹⁴ OGH 25.4.1995, 1 Ob 3/95; 17.10.1995, 1 Ob 33/95; 16.12.1996, 1 Ob 2355/96x; 26.6.2001, 1 Ob 105/01z.

¹⁴¹⁵ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2018/22.

¹⁴¹⁶ BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/33.

¹⁴¹⁷ Ennöckl in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² 59.

die handelnden Organe oder die Rechtsträger, nach Maßgabe einer Gehilfenhaftung, nach den Bestimmungen des ABGB (§ 1293 ff ABGB). Primär ist für diesen Fall die Naturalrestitution vorgesehen. Wenn dies nicht möglich ist, ist Geldersatz zu leisten^{1418, 1419}.

Grundsätzlich kann damit festgehalten werden, dass das Amtshaftungsrecht für jene Fälle, in denen ein adäquater Rechtsschutz gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln nicht vorgesehen wurde, Unterlassungs-, Widerrufs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 1 Abs 1 AHG dem Betroffenen zur Abwehr (drohender) Schäden durch teleologische Reduktion zustehen sollen.¹⁴²⁰

A.2. Konkurrenz durch Amtshaftungsverfahren?

Ein rechtswidriges Verhalten in Vollziehung der Gesetze kann Amtshaftungsansprüche auslösen. Dabei darf sich mit der Frage auseinandergesetzt werden, ob es zwischen Art 23 B-VG¹⁴²¹ und Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG zu einem Konkurrenzverhältnis kommt. Nach *Harald Stolzlechner*¹⁴²² wird Art 23 B-VG im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip verstanden und kommt dieser Bestimmung ein gewisser Garantiegehalt zu. Denn auch unter Zugrundelegung des Handlungsspielraums bei der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber muss ein Verfahren vorgesehen werden, in dem ein Ersatz für eine rechtswidrige schuldhafte Schadenszufügung in Vollziehung der Gesetze geltend gemacht werden kann. Im Weiteren wird der Standpunkt vertreten, dass der Ersatz für die rechtswidrige schuldhafte Schadenszufügung in Vollziehung der Gesetze den ordentlichen Gerichten und nicht den Verwaltungsgerichten vorbehalten bleibt. Dies führt jedoch dazu, dass Verfahren, in denen die Feststellung der Rechtswidrigkeit schlicht hoheitlichen Verwaltungshandelns oder die Beendigung der jeweiligen Wirkungen solcher Akte, zu denken etwa an eine Aufhebung, oder Verfahren, die nicht von einem Verschulden abhängen, aber auch Verfahren in denen eine andere Art von Folgenbeseitigung, der nicht im Geldersatz besteht, auf der Grundlage von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG den Verwaltungsgerichten zugewiesen werden darf. Richtlinienwidrige Vorgangsweisen oder rechtswidrige staatliche Warnungen könnten solche Konstellationen darstellen, in denen die Rechtswidrigkeit des Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze geprüft wird, ohne dass die Zuständigkeit des Amtshaftungsgerichtes berührt wird. Dreht man die Frage um: Wird ein Amtshaftungsgericht ein anhängiges Verfahren

¹⁴¹⁸ Siehe § 1323 ABGB, JGS 1811/946.

¹⁴¹⁹ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ Rz 1324.

¹⁴²⁰ Kletecka, eolex 1990, 607 (608): OGH 21. 2. 1990, 1 Ob 47/89.

¹⁴²¹ BGBl 1930/1 idF BGBl 2003/100.

¹⁴²² Stolzlechner/Bezemek, Öffentliches Recht⁸ Rz 530.

zu unterbrechen haben, um im Anschluss das Verfahren dem Verwaltungsgericht vorzulegen¹⁴²³? Dazu kann festgehalten werden, dass die Anwendbarkeit von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG an die Ermächtigung des Gesetzgebers gebunden ist und sich die Frage somit nur stellt, wenn der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht hat. Es liegen auch keine Anhaltspunkte vor, dass der Verfassungsgesetzgeber vom bisherigen Verfahren abgehen wollte. So ist die Vorlagepflicht bei Verordnungen¹⁴²⁴ und Bescheiden¹⁴²⁵ als schadensursächlichen Ereignissen der Fall, jedoch nicht im Hinblick auf Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und sonstigem schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass der einfache Gesetzgeber die Einführung einer Zuständigkeit im Sinne von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG durch Einführung einer Vorlagepflicht des Amtshaftungsgerichtes künftig verbinden kann.¹⁴²⁶ Es aber bislang noch nicht getan hat.

B. Die Aufsichtsbeschwerde

Eine weitere Möglichkeit gegen ein rechtswidriges Verhalten eines Organs vorzugehen, stellt die Aufsichtsbeschwerde an die Aufsichtsbehörde dar. Mit dieser Beschwerde wird angeregt, ihr Aufsichtsrecht in eine bestimmte Richtung auszuüben. Die Aufsichtsbeschwerde kann von jedermann eingebracht werden, der sich durch das Vorgehen eines Organs für beschwert erachtet. Hierbei kommt der Aufsichtsbehörde allerdings keine Verpflichtung zu, der betroffenen Person eine Erledigung über die Aufsichtsbeschwerde zukommen zu lassen und kommt der betroffenen Person als Einschreiter auch keine Parteistellung im Aufsichtsbeschwerdeverfahren zu. Insofern stehen dem Einschreiter auch keine Parteirechte¹⁴²⁷ zu.¹⁴²⁸

C. Die Beschwerde an die Volksanwaltschaft

Nach Art 148a Abs 1 B-VG¹⁴²⁹ kann sich jedermann wegen behaupteter Missstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel

¹⁴²³ Siehe § 11 AHG, BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/33.

¹⁴²⁴ Vgl Art 89 B-VG.

¹⁴²⁵ Siehe § 11 AHG, BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/33.

¹⁴²⁶ B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in FS Stolzlechner 547 (555 ff).

¹⁴²⁷ VwGH 14. 12. 1995, 94/19/1174; 14. 12.1995, 94/19/1203; 23. 10.2013, 2013/03/0109.

¹⁴²⁸ Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷ 33 ff.

¹⁴²⁹ BGBl 1930/1 idF BGBl I 2017/138.

nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht. Unter der Formulierung „betroffen“ wird eine jede nachteilige Berührung verstanden¹⁴³⁰. Der „Missstand“ umfasst eine unkorrekte Verwaltungsführung und wird keine Rechtsverletzung vorausgesetzt.¹⁴³¹ Die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft deckt dabei das gesamte Feld der Verwaltungstätigkeit des Bundes ab, gleichgültig, ob es sich um die unmittelbare oder mittelbare, die hoheitliche oder nichthoheitliche Besorgung von Agenden handelt¹⁴³². Jedoch kann die Volksanwaltschaft nur unverbindliche Empfehlungen erteilen¹⁴³³ und sind die Möglichkeiten zur Abhilfe somit beschränkt.¹⁴³⁴

VIII. Schluss

Wie in dieser Arbeit ausführlich dargestellt wurde, lässt die österreichische Rechtsentwicklung nach wie vor Realakte, die geeignet sind, in die Rechtsphäre des Einzelnen einzugreifen, bewusst ohne Rechtsschutz bestehen. Eine andere Schlussfolgerung liegt kaum nahe, denn zahlreiche rechtserhebliche Eingriffe entziehen sich nach wie vor einer rechtlichen Überprüfbarkeit. Auch das Amtshaftungsrecht vermag diese Lücke nicht zu schließen, weil es eine Haftung des Staates stets an ein Verschulden des handelnden Organs knüpft. Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat bereits auf diese Defizite hingewiesen und zugleich betont, dass nicht jede Rechtsverletzung zwangsläufig einen ersatzfähigen Schaden zur Folge hat.

Das Fehlen effektiver Rechtsschutzmechanismen wird besonders deutlich am Beispiel herabwürdigender verbaler Äußerungen durch Amtsträger, die nicht dem Regime der Sicherheitsverwaltung unterliegen. Solche Handlungen werden weiterhin als nicht beschwerdefähige Akte schlichter Hoheitsverwaltung eingeordnet und waren auch in der Vergangenheit regelmäßig rechtsschutzlos. Der Verfassungsgerichtshof hat klargestellt, dass rein verbale Entgleisungen für sich allein nicht als Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gelten. Auch wenn in solchen Fällen zivil- oder strafrechtliche Schritte offenstehen, bleibt dennoch ein sichtbares rechtsschutzrechtliches Defizit bestehen.

¹⁴³⁰ VfSlg 15.127/1998.

¹⁴³¹ *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ Art 148a B-VG Rz 1 ff.

¹⁴³² VfSlg 14.139/1995.

¹⁴³³ Siehe Art 148c B-VG; BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/1.

¹⁴³⁴ *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷ 33 ff.

Gerade vor diesem Hintergrund ist Kritik an der Beschränkung von § 88 Abs 2 SPG auf die Sicherheitsverwaltung berechtigt. Zwar stellt diese Norm eine wichtige Erweiterung des Rechtsschutzes über klassische Eingriffsakte hinaus dar, sie bleibt jedoch auf den Bereich der Polizeiverwaltung beschränkt. Die Erfahrung zeigt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass derartige Verstöße ausschließlich in der Sicherheitsverwaltung oder im militärischen Bereich auftreten. Selbst wenn dem polizeilichen Bereich aufgrund seiner Eingriffsintensität ein besonderes Schutzbedürfnis zukommen mag, kann dies nicht als Rechtfertigung dafür dienen, in anderen Bereichen der schlichten Verwaltung keinen Schutz vorzusehen. Denn eine Ausweitung der Rechtsschutzmöglichkeiten auf weitere Formen schlichter Hoheitsverwaltung könnte nicht nur zur Systematisierung, sondern auch zur Entlastung der Verwaltungsstrukturen beitragen, indem sie klare und überprüfbare Beschwerdewege eröffnet.

Neben dieser kritischen Würdigung dürfen auch positive Entwicklungen nicht unerwähnt bleiben. So qualifizierte der Verfassungsgerichtshof den Einsatz eines Polizeihubschraubers gegen Besetzer in der Hainburger Au – bei dem der Hubschrauber in Bodennähe Flug-Manöver durchführte, um die Besetzer zur Bewegung zu veranlassen – nicht als beschwerdefähigen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Heute hingegen könnte eine solche Maßnahme im Rahmen der Verhaltensbeschwerde angefochten werden – ein Fortschritt im Rechtsschutz, der zeigt, dass dynamische Anpassungen möglich sind. Die Verhaltensbeschwerde nimmt gerade deshalb eine Schlüsselrolle im Rechtsschutzsystem ein, weil sie auch dort eingreift, wo gerade keine Bescheid- oder Maßnahmenbeschwerde zulässig ist.

Diese Differenzierung ist wesentlich: Die Maßnahmenbeschwerde wurde geschaffen, um Lücken zu schließen, die durch die Bescheidbeschwerde nicht abgedeckt sind – sie setzt jedoch Befehl oder Zwang voraus. Die Verhaltensbeschwerde hingegen verlangt eine gesetzliche Ermächtigung, was ihre Reichweite jedenfalls begrenzt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage: Wozu eine Verhaltensbeschwerde, wenn ohnehin jeder Eingriff mit anderen Instrumenten bekämpft werden könnte? Genau hier zeigt sich ihre Bedeutung – als notwendiger Baustein in einem stufenartig aufgebauten Rechtsschutzsystem.

Nach dem hier vertretenen Verständnis ist die gesetzliche Implementierung der Verhaltensbeschwerde nicht bloß ein gesetzgeberisches Zugeständnis, sondern nach meiner Auffassung Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Rechtsschutzpflicht. Andernfalls wäre Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG obsolet – was dem verfassungsgesetzgeberischen Willen

widersprechen würde. Zudem bietet die Verhaltensbeschwerde den Vorteil, ohne behördliches Vorverfahren unmittelbar das Verwaltungsgericht anrufen zu können – eine praxisrelevante Entlastung für Betroffene.

Blickt man auf die Zukunft des Rechtsschutzes im Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung, so könnte eine weiterführende Reform darin bestehen, den Formzwang aufzugeben und in der Verfassung zu verankern, dass jedes hoheitliche Verwaltungshandeln – unabhängig von seiner äußeren Erscheinung – bei Rechtswidrigkeit der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Eine solche Lösung, wie sie etwa in der Bundesrepublik Deutschland praktiziert wird, würde die bestehenden Zuordnungsprobleme auflösen und Rechtsschutz in der schlichten Hoheitsverwaltung unabhängig von einer – wie in dieser Arbeit gezeigt – bislang restriktiv gehandhabten gesetzlichen Ermächtigung ermöglichen.

Literaturverzeichnis

A

Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht IV: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts² (2017)

Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987)

Adler/Fister, Die Verhaltensbeschwerde. Zum Beschwerdetypus des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, *ecolex* 2014, 763

Aicher (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988)

Aichreiter, Art 129a B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Bundesverfassungsrecht (16. Lfg 2021)

Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, in Festschrift Heinz Schäffer (2006) [FS Schäffer]

Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954)

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht : Lehr und Handbuch für Studium und Praxis² (1986)

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht : Lehr und Handbuch für Studium und Praxis³ (1996)

B

Ballon, § 1 JN, in *Fasching* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 1. Band – EGJN, JN samt EuGVÜ/LGVÜ² (2000)

Balthasar, Wer ist künftig „zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung“ berufen? JRP 2014, 38

Bammer/Holzinger/Vogl/ Wenda (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008) [FS Machacek-Matscher]

Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2013 (2013)

Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2016 (2016)

Bierlein, Gedanken zu den ersten fünf Jahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2019, 448

Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980)

Brandtner/Köhler/Schmelz (Hrsg), VwGVG : Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz : inklusive Kommentierung der relevanten Bestimmungen im B-VG und VwGG (2020)

Bußjäger/Gamper/Ranacher/Sonntag (Hrsg), Die neuen Landesverwaltungsgerichte. Grundlagen – Organisation – Verfahren (2013)

C

Cohen, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung, JBl 2014, 228

Csármán, Gesprochenes Recht? Juridikum 4/2021, 447

D

Demmelbauer/Hauer, Grundriss des österreichischen Sicherheitsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Sicherheitsverwaltung (2002)

Domcke, Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht (1945)

Dünser, Beschwerde und Vorverfahren bei der Behörde, ZUV 2013, 12

Dworschak, Informationsfreiheit im Umbruch : Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen (2020)

E

Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der österreichischen Dogmatik, Wiener rechtswissenschaftliche Dissertation (2002)

Eberhard, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag – Kritische Überlegungen zu einem rechtlichen Phänomen, JAP 2002/2003, 205

Eberhard/Weichselbaum, Verfassungsrechtliche Probleme der Schutzzonenregelung gemäß § 36a Sicherheitspolizeigesetz, ZfV 2005, 674

Eberhard, Altes und Neues zum Grundsatz der Gewaltentrennung, JRP 2012, 31

Eberhard, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269

Eberhard, Änderungen des Rechtsschutzsystems durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, in *Baumgartner* (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2013 (2013)

Eberhard, Verfahrensökonomie und Effektivität des Rechtsschutzsystems, JRP 2014, 90

Eberhard, Verwaltungsaktlehre und Unionsrecht, in *Griller/Kahl/ Kneih/Obwexer/Redwitz* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015)

Eberhard, Verwaltungsgerichte und Gemeinden, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² (2019)

Eberhard, Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024)

Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte – Praxiskommentar zum VwGVG, VwGG und VwGbk-ÜG (2013)

Ehlers/Schneider, in *Schoch/Schneider* (Hrsg), Verwaltungsrecht : VwGO (44. Lfg 2023)

Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² (2016)

Eisenberger in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² (2016)

Ennöckl, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen, JBl 2008, 409

Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely (Hrsg), Festschrift für Bernhard Raschauer (2013) [FS Raschauer]

Ennöckl, Was kommt nach der Datenschutzkommission, in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely* (Hrsg), Festschrift für Bernhard Raschauer (2013) [FS Raschauer]

Ennöckl, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung (2014)

Ennöckl in *Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerde² (2016)

Ennöck, Einzelrichter-, Senats-, Laienrichter- und Rechtspflegerzuständigkeiten, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014)

Ennöckl, § 35 VwGVG, in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (2018)

Erlacher/Forster, Sicherheitspolizeigesetz² (2017)

Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, Festgabe für Walter Antonioli (1979) [FG Antonioli]

F

Faber, Administrative Rechtsmittel und Rechtsbehelfe unterhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)

Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013)

Fachbereich Öffentliches Recht der Johannes Kepler Universität Linz (Hrsg), Festschrift 20 Jahre UVS (2011) [FS 20 Jahre UVS]

- Fasching* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 1. Band – EGJN, JN samt EuGVÜ/LGVÜ² (2000)
- Fasching*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Erfahrungen und Praxisberichte aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes, FödoK 37/2016
- Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² (2019)
- Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024)
- Fischer*, Der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte – Theorie und Praxis, ZVG 2017, 50
- Fister/Fuchs/Sachs* (Hrsg), Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, VwGVG, VwGbk-ÜG, BVwGG sowie die maßgeblichen Bestimmungen des B-VG, mit Gesetzesmaterialien und erläuternden Anmerkungen (2013)
- Flendrovsky/Kofler Schlögl/Warum*, Ausgewählte Aspekte der Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte – Stand und Reformbedarf nach 10 Jahren VwGVG, ZVG 2024, 413
- Fuchs*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz, JRP 2007, 276
- Fuchs*, Die Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz ÖJZ 2013, 951
- Fuchs/Thalmann*, Förderungs- und Beihilfenrecht, in *Raschauer/Ennöckl* (Hrsg), *Ennöckl/Müller/Puck/Rathmayer/Thalmann/Fuchs/Potacs/Raschauer/Storr/Trettnak-Hahnl* (Bearb), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts⁴ (2021)
- Fürst/Takacs*, Überblick Verwaltungsakte (Stand 8. 8. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at
- Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975)
- Funk*, Die Anfechtung verfahrensfreier Verwaltungsakte bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, in *Mayer/Rill/Funk/Walter* (Hrsg), Neuerungen im Verfassungsrecht (1976)
- Funk*, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem. Eine ideengeschichtliche, funktionstheoretische und rechtssystematische Untersuchung mit Ausblick auf die bundesdeutsche Rechtsordnung (1978)
- Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungs- und Verwaltungsrecht⁶ (1989)
- Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ZfV 1987, 620
- Funk*, Polizeigesetzgebung und Verwirklichung grundrechtlicher Werte, in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz – (1994)

Funk, Das neue Sicherheitspolizeirecht, JBl 1994, 137

G

Giese, Art 116b B-VG, in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht : B-VG und Grundrechte (2021)

Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, Kommentierung des VwGVG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH² (2017)

Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷ (2023)

Grabenwarter/Frank, Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte² (Stand 1. 1. 2025, rdb.at)

Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht - Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021)

Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO : Gewerbeordnung 1994 in der Fassung zuletzt der GewO-Nov BGBl 2010/111³ (2011)

Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer/Redwitz (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015)

Grof, Eingriffsrechte nach dem SPG aus der Sicht der Unabhängigen Verwaltungssenate, in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz (1994)

Grois, Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, AnwBl 2013, 426

Grosinger, Einbindung Privater in den Schubhaftvollzug, ÖJZ 2015, 678

Gruber, Die erste Novelle zum VwGVG nach dessen Inkrafttreten – ein erster Blick, ZVG 2017, 82

H

Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung (32. Lfg 2023)

Hauer/Keplinger, Handbuch zum Sicherheitspolizeigesetz (1993)

Hauer/Keplinger/Kreutner, Militärbefugnisgesetz (2005)

Hauer/Keplinger, Kommentar Sicherheitspolizeigesetz⁴ (2011) [SPG⁴]

Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts : Studienbuch³ (2014)

Hauer, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ (2017)

Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts : Studienbuch⁴ (2019)

Hauer, Die Zukunft der Maßnahmenbeschwerde, in Fachbereich Öffentliches Recht der Johannes Kepler Universität Linz (Hrsg), Festschrift 20 Jahre UVS (2011)[FS 20 Jahre UVS]

Hauer, Die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte, in Janko/Leeb (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz : Entstehung und verfassungsrechtliche Grundlagen (2013)

Helm, Maßnahmen ohne Befehl oder Zwang – eine Neuschöpfung des VfGH? UVS aktuell 2008, 148

Helm, Die Maßnahmenbeschwerde von 1991 bis 2014, in Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte. Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013)

Helm in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde² (2016)

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Teilband (2005)

Hengstschläger/Leeb, Verfahrensrechtliche Auskunftspflicht gemäß Art 20 Abs 4 B-VG, JBl 2003, 269

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (Stand 1. 1. 2014, rdb.at) [AVG]

Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensgesetz : Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten⁵ (2014)

Hofmann/Hauer, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VfGH, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024)

Holoubek/Lang (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002)

Holoubek/Lang (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008)

Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011)

Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)

Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014)

Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015)

Holoubek/Lang (Hrsg), Verwaltung und Verwaltungs-/Finanzgerichtsbarkeit (2020)

Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2019)

Holoubek, Haftung für schlichtes Verwaltungshandeln, insbesondere staatliche Warnungen und Empfehlungen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002)

Holoubek, Der Beschwerdegegenstand vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008)

Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)

Holoubek, Das „Zertifizierungsverhältnis“ – Überlegungen zu „Staat“ und „Privat“ im Wirtschaftsrecht, in *Giese/Holzinger/Jablonek* (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) [FS Stolzlechner]

Holoubek, Handlungsformen, Legalitätsprinzip und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Ennöckl/Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely* (Hrsg), Festschrift für Bernhard Raschauer (2013) [FS Raschauer]

Holoubek, Die Verhaltensbeschwerde – Das Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit sonstigen Verhaltens einer Verwaltungsbehörde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014)

Holoubek, Die Rolle der Verwaltungsgerichte im Lichte der Zuständigkeit des VwGH, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015)

Holoubek/Kristoferitsch, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung – Abgrenzung revisited, *ecolex* 2017, 595

J

Jablonek/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (2011) [FS Mayer]

Jablonek, Die Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im neuen System, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)

Janko/Leeb (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz : Entstehung und verfassungsrechtliche Grundlagen (2013)

Jarass, Art 19 GG, in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland¹⁷ (2022)

Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland¹⁷ (2022)

Jellinek, Verwaltungsrecht³ (1931) [Nachdruck 1966]

K

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019)

Kahl/Schmid, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ (2023)

Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht : B-VG und Grundrechte (2021)

Kallinger, Das Informationsverfahren nach dem IFG*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2022, 181

Karkulik, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, JRP 2014, 169

Kelsen/Fröhlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922)

Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) [Nachdruck 1993]

Kern, Der Bescheid als Vehikel der dynamischen Entwicklung im Dienste des Rechtsschutzes, ZÖR 2021, 549

Kerschner, Artikel 6 EMRK noch nicht erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten, in *Giese/Holzinger/Jabloner* (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) [FS Stolzlechner]

Keplinger/Troll/Zeinhofer, Militärbefugnisgesetz Praxiskommentar⁴ (2020)

Keplinger/Pühringer, Sicherheitspolizeigesetz : Praxiskommentar²⁰ (2021)

Keplinger/Pühringer, Sicherheitspolizeigesetz Polizeiausgabe¹⁵ (2014)

Kind, Umweltabsprachen – eine Handlungsform des Staates? ÖJZ 1998, 893

Klecatsky, Die Rechtskraft abgabenrechtlicher Bescheide im österreichischen Recht, DÖV 1967, 593

Kletecka, Anmerkungen zu OGH 21.2.1990, 1 Ob 47/89, ecolex 1990, 607

Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Bundesverfassungsrecht (16. Lfg 2021)

Kneihs, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 150

Kneihs, Art 130 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer Kommentar Bundesverfassungsrecht (16. Lfg 2021)

Kneihs, Beschwerden, Streitigkeiten oder Anträge in sonstigen Angelegenheiten Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG, JBl 2021, 2

Köhler, Die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte in Steuersachen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)

Köhler, Art 130 B-VG, in *Brandtner/Köhler/Schmelz* (Hrsg), VwGVG : Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz : inklusive Kommentierung der relevanten Bestimmungen im B-VG und VwGG (2020)

Kohl, Grundsätzliche Fragen gebührenrechtlicher Entscheidungen der Verwaltungsgerichte (zwischen Rechtsprechung und Justizverwaltung), ZVG 2014, 319

Kolonovits/Muzak/Stöger, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts¹² (2024)

Kolonovits, Rechtsschutz gegen „schlichtes Polizeihandeln“ nach § 88 Abs 2 SPG, in *Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda* (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008) [FS Machacek-Matscher]

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung. Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hoheitlicher Verwaltung (1993)

Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (17. Lfg 2021)

Kostner, Handkommentar Notariatsordnung (1971)

Kristoferitsch, Die Maßnahmenbeschwerde an die Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014)

L

Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte. Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013)

Larcher in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (Stand 31. 3. 2018, rdb.at)

Leeb, § 28 VwGVG, in *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (Stand 15. 2. 2017, rdb.at) [AVG]

Lehofer, „Verwaltungsgerichtsbarkeit neu“ – die wichtigsten Änderungen im Überblick, ÖJZ 2013, 757

Lehofer, Wo sind Schriftsätze im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einzubringen? ÖJZ 2014, 485

Leitl-Staudinger, Die Beschwerdelegitimation vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² (Wien 2019)

Lengheimer, Die Weisung, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, Festgabe für Walter Antonioli (1979) [FG Antonioli]

Lenzbauer, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung. Die typenfreie Beschwerde und ihre Verwandten, JAP 2014/2015, 20

Lenzbauer, Umwege im typenfreien Rechtsschutz, ZfV 2014, 504

Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung, Begriff und Rechtsschutz (2018)

Lienbacher, Der Verwaltungsrechtsschutz in Österreich und die europäischen Dimensionen, in *Bußjäger/Gamper/Ranacher/Sonntag* (Hrsg), Die neuen Landesverwaltungsgerichte. Grundlagen – Organisation – Verfahren (2013)

M

Mader, Amtshaftungsgesetz, in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵, Band 11; AHG, ASVG, DHG, EKHG, OrgHG (2022)

Marsch in *Schoch/Schneider* (Hrsg), Verwaltungsrecht : VwGO, 44. Einzellieferung (2023)

Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz - (1994)

Matscher, Sicherheitspolizei und Grundrechtsschutz / Einführungsreferat, in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz – (1994)

Mayer/Rill/Funk/Walter (Hrsg), Neuerungen im Verfassungsrecht (1976)

Mayer, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in *Mayer* (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter (1991) [FS Walter]

Mayer (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter (1991) [FS Walter]

Mayer (Hrsg), *Perthold-Stoitzner/Stöger/Szűsz/Zeleny* (Bearb), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015)

Melichar, Zur Problematik der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1956, 429

Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) [Nachdruck 1999]

Merli, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, ZfV 1993, 251

Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2023)

Meyer-Ladewig/Nettesheim in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2023)

Mörth, Das Legalitätsprinzip : Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020)

Moser in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (2018)

Müller, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsakte – zugleich eine Besprechung von VfGH 15. 10. 2016, E 560/2016, JRP 2018, 76

Müller, Ansprüche auf Erlass genereller Verwaltungsakte und ihre Durchsetzung, ZÖR 2020, 295

Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in *Tschannen* (Hrsg), Neue Bundesrechtspflege: Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz (2007)

Murko/Nunner-Krautgasser (Hrsg), Anwaltliches und notarielles Berufsrecht, Grazer Praxiskommentare (2022)

Muzak, Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZfV 2012, 14

Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht : B-VG, F-VG, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit : Kommentar⁶ (2020)

N

Novak, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, eine Abgrenzung im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Verfassungsreform, ÖJZ 1979, 1

Nowotny, Zur Möglichkeit der Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages in der österreichischen Rechtsordnung, ÖJZ 1973, 57

O

Obereder/Steiner, Genese und Umsetzung des Modells >9+2<, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024)

Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit : ein Grundriß für Studium und Praxis; mit den die Verwaltungsgerichtsbarkeit betreffenden Rechtsvorschriften und Musterschriftsätzen im Anhang (1983)

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³ (2022)

Öhlinger, Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes, in *Aicher* (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988)

Olechowski, § 28 Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in *Sommermann/Schaffarzik* (Hrsg), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa (2017)

Olechowski, Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024)

Österreichischer Juristentag, 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung (2010)

P

Pabel, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – Grundlagen und Stand der Reform, RFG 2012, 160

Pabel, Die Neuordnung des Rechtsschutzes im Verwaltungsverfahren in Österreich, SozSi 2015, 237

Pabel, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit³ (2024)

Pavlidis, § 2 Abs 1 GRC, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2019)

Perthold-Stoitzner, Das Auskunftsverfahren, ecolex 1991, 650

Perthold-Stoitzner (Hrsg), Universitätsgesetz 2002⁶ (2022)

Piska/Raschauer, Kein effizienter Rechtsschutz gegen staatliche Rufschädigung, ecolex 2022, 407

Polizeikooperationsgesetz, EU-Polizeikooperationsgesetz, Schengener Durchführungsübereinkommen, Prümer Vertrag, Europol Verordnung, Texte, Materialien, Judikatur⁸ (2023)

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008)

Pöschl, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in *Jablonek/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger* (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (2011) [FS Mayer]

Posser/Wolff/Decker (Hrsg), BeckOK VwGO⁶⁸ (2024)

Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht (1994)

Potacs, Rechtstheorie² (2019)

Prantl, Unsichere Zeiten für Klimaklagen? Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, NR 2023, 451

Puck, Haftung des Staates für informelle Zusagen und Auskünfte, in *Aicher* (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988)

R

B. Raschauer/Wessely (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (2018)

B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021)

B. Raschauer, Subnormative Verhaltenssteuerungen, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift Heinz Schäffer (2006) [FS Schäffer]

B. Raschauer, Realakte, schlicht hoheitliches Handeln und Säumnisschutz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011)

B. Raschauer, „Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in *Giese/Holzinger/Jablonek* (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag (2013) [FS Stolzlechner]

B. Raschauer, Die Bindung der Gerichte an Bescheide, ZfV 2019, 284

B. Raschauer/Ennöckl (Hrsg), *Ennöckl/Müller/Puck/Rathmayer/Thalmann/Fuchs/Potacs/Raschauer/Storr/Trettnak-Hahnl* (Bearb), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts⁴ (2021)

N. Raschauer/Wessely, Kommentar Militärbefugnisgesetz² (2007) [MBG²]

N. Raschauer, Investorenwarnungen im Finanzmarktaufsichtsrecht, Ausgewählte Überlegungen zu Zweck und Problematik behördlicher Warnungen, ÖZW 2008, 95

N. Raschauer/Wessely, Das Verfahren vor den neuen Verwaltungsgerichten, JAP 2013/2014/3

N. Raschauer/Vogl, Die Öffentlichkeitsarbeit der Sicherheitsbehörden des Bundes, JRP 2023, 207

Reimer in *Posser/Wolff/Decker* (Hrsg), BeckOK VwGO⁶⁸ (2024)

Reischauer, § 1330 ABGB, in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2004) [ABGB³]

Reisner in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, Kommentierung des VwGVG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH² (2017)

Richli, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln AJP 1992, 196

Rill, Zum Verwaltungsbegriff, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, Festgabe für Walter Antonioli (1979) [FG Antonioli]

Rill, Art 90a B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2010)

Robbers, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, Ansätze zu einer dogmatischen Strukturierung, DÖV 1987, 272

Rosenkranz, § 132 B-VG, in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht : B-VG und Grundrechte (2021)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2004) [ABGB³]

S

Satzinger, Militärbefugnisgesetz : MBG (2000)

Schäffer, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, Gutachten zum fünften Österreichischen Juristentag (Band I/1/B) (1973)

Schernthanner, Die „Tante Jolesch“ und der Österreich Konvent, 8 (selbst)kritische Thesen zum Verfassungskonvent aus richterlicher Sicht, RZ 2005, 150

Schernthanner, 10 Jahre danach: Was blieb vom Österreich Konvent? Eine (selbst)kritische Bilanz zum Verfassungskonvent aus richterlicher Sicht, RZ 2015, 150

Schmieder/Wess, Richter, Beamte, Disziplinarrecht, disziplitärer Überhang, ZWF 2019, 191

Schoch/Schneider (Hrsg), Verwaltungsrecht : VwGO (44. Einzellieferung 2023)

Scholz, Der gesetzgebende Richter, ZG 2013, 105

Scholz, Produktwarnungen im Gesundheitsrecht (Teil I), RdM 2017/3

Scholz, Administratives Soft Law und Öffnungsklauseln im verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem, JRP 2022, 367

Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)³ (2003)

Schulev-Steindl, Zugang zum Recht auf saubere Luft, in *Baumgartner* (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2016, Wien 2016, 291

Schulev-Steindl, Einstweiliger Rechtsschutz, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² (2019)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵, Band 11; AHG, ASVG, DHG, EKHG, OrgHG (2022)

Sommermann/Schaffarzik (Hrsg), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa (2017)

Spath, § 1 NO, in *Murko/Nunner-Krautgasser* (Hrsg), Anwaltliches und notarielles Berufsrecht, Grazer Praxiskommentare (2022)

Stelzer, Rechtsprobleme von Prüfungen nach dem UniStG, in *Strasser* (Hrsg), Untersuchungen zum Organisations- und Studienrecht (1999)

Stolzlechner/Bezemek, Einführung in das öffentliche Recht⁸ (2023)

Stolzlechner, Einführung in das öffentliche Recht⁵ (2011)

Stolzlechner, Glosse zu VfGH 3. 3. 1994, DRdA 1995, 233

Strasser (Hrsg), Untersuchungen zum Organisations- und Studienrecht (1999)

Szymanski, Der besondere Rechtsschutz nach dem Sicherheitspolizeigesetz, in *Matscher* (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz – Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz – (1994)

T

Thanner/Vogl (Hrsg), Sicherheitspolizeigesetz² (2013)

Thiele/Wagner, Praxiskommentar zum Datenschutzgesetz (DSG)² : Verordnung der Datenschutzbehörde über die Ausnahmen von der Datenschutz-Folgenabschätzung : Verordnung der Datenschutzbehörde über Verarbeitungsvorgänge, für die eine Datenschutz-Folgeabschätzung durchzuführen ist : Verordnung der Datenschutzbehörde über die Anforderungen an eine Stelle für die Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln (2020)

Thienel, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992)

Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits- Novelle 2012 (2013)

Thienel, Rezente Rechtsprechung des VwGH zum richterlichen Dienst- und Disziplinarrecht, RZ 2022, 187

Traußnigg, Strukturfragen eines umfassenden effektiven Rechtsschutzes– Grundzüge der Rechtsstaatsjudikatur des VfGH, JAP 2020/2021/9

Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2014)

Tschannen (Hrsg), Neue Bundesrechtspflege: Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz (2007)

Twardosz, Revision, in *Twardosz* (Hrsg), Handbuch VwGH-Verfahren : Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof⁵ (2022)

V

Vrba, Hoheitliche Vollziehung (Stand 14. 1. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Vrba/Zechner, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983)

W

Wagner/Knechtl (Hrsg), Kommentar zur Notariatsordnung⁶ (2006)

Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015)

Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I¹⁵ (2018)

Wessely in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (2018)

Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998)

Wiederin, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeit und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008)

Wiederin, Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung, in Österreichischer Juristentag, 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung (2010)

Wiederin, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)

Wiederin, Der Umfang der Prüfung durch das Verwaltungsgericht, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verwaltung und Verwaltungs-/Finanzgerichtsbarkeit (2020)

Wiederin, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeschwerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149

Wiesinger, Vergaberechtsschutz durch die neuen Verwaltungsgerichte, Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 – Bericht und Analyse, ZVB 2012, 137

Winkler, Der Bescheid: ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt (1956) [Nachdruck 1989]

Winkler in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte², Kommentierung des VwGVG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH (2017)

Z

Zach, § 35 NO, in *Murko/Nunner-Krautgasser* (Hrsg), Anwaltliches und notarielles Berufsrecht, Grazer Praxiskommentare (2022)

Zeleny in *Mayer* (Hrsg), *Perthold-Stoitzner/Stöger/Szűsz/Zeleny* (Bearb), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)

Ziehensack, Praxiskommentar Amtshaftungsgesetz (2011)

Ziniel, Art 131 B-VG, in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (17. Lfg 2021)

Anhang

I. Abstract – Deutsche Version

Die Verhaltensbeschwerde – Eine Analyse der Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit der Verhaltensbeschwerde gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, einem noch jungen, aber rechtssystematisch bedeutsamen Instrument des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Sie ermöglicht die Anrufung eines Verwaltungsgerichts gegen rechtswidriges Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze, sofern dieses nicht in klassischer Form – als Bescheid, Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt oder Verordnung – erfolgt.

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Entwicklung der Verhaltensbeschwerde im Kontext der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012. Diese Arbeit zeigt auf, dass die Einführung dieses Rechtsinstituts einerseits als Reaktion auf unions- und menschenrechtliche Verpflichtungen zu einem effektiven Rechtsschutz erfolgt ist, andererseits aber auch aus den Grundprinzipien der Verfassung, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz, geboten war.

Aufbauend auf einer dogmatischen Analyse wird die Verhaltensbeschwerde systematisch im Rahmen des österreichischen Rechtsschutzsystems eingeordnet. Es erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Begrifflichkeiten der schlichten Hoheitsverwaltung, der Typenbindung im Rechtsschutz sowie der relativen Geschlossenheit des Rechtsquellensystems. Die Dissertation geht zudem auf bestehende Rechtslücken ein und diskutiert die bislang noch zurückhaltende einfachgesetzliche Umsetzung sowie deren Auswirkungen auf den praktischen Rechtsschutz.

Ziel der Dissertation ist es, die strukturellen und normativen Voraussetzungen für einen umfassenden Zugang zum Recht zu erörtern und konkrete Impulse für eine rechtsdogmatische und legislative Weiterentwicklung der Verhaltensbeschwerde zu geben.

II. Abstract – English version

The complaint against administrative conduct – an legal analysis of complaints concerning the illegality of conduct by an administrative authority in the execution of laws

This dissertation examines the complaint against administrative conduct pursuant to Article 130 paragraph 2 number 1 of the Federal Constitutional Law (B-VG) —a relatively recent but legally significant instrument of judicial protection in administrative law. It allows individuals to bring a case before an administrative court against unlawful conduct by an administrative authority performed in execution of the law, even when such conduct does not take the traditional form of a decision (Bescheid), regulation, or direct act of command and coercion.

The analysis begins with the historical and constitutional development of the behavioral complaint, introduced as part of the 2012 administrative judiciary reform (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle). It is shown that this legal remedy was established not only in response to obligations under EU and human rights law, but also as a consequence of constitutional principles such as the rule of law and the principle of equality.

Through a doctrinal legal analysis, the study situates the behavioral complaint within the Austrian legal protection system. It addresses the conceptual framework of “informal administrative acts,” the principle of typified legal remedies, and the relative closure of the Austrian legal sources system. The dissertation also highlights persisting legal protection gaps and critically examines the limited statutory implementation of this constitutional complaint mechanism to date.

The objective of the dissertation is to explore the structural and normative prerequisites for comprehensive access to justice and to provide concrete impulses for both doctrinal and legislative development of the complaint against administrative conduct.