



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in
den Ländern“

Band 1 von 1

Verfasser

Mag. Oliver Kulhanek

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studien-
blatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Stu-
dienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Prof. Dr. Mag. Gerhard Muzak

INHALTSVERZEICHNIS:

1. Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich	8
1.1. Kurzdarstellung zum „Werdegang“ des Verwaltungsgerichtshofes	8
1.2. Errungenschaften der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit	13
2. Die Idee der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit	15
2.1. Finanzierbarkeit – Hürde oder doch nur unbegründeter Einwand?	18
2.2. Überlastung des Verwaltungsgerichtshofes	20
2.3. Fazit.....	20
3. Grundsätzliche Organisation einer möglichen <u>Landesverwaltungsgerichtsbarkeit</u>	22
3.1. Anzahl und Sitz möglicher Landesverwaltungsgerichte	22
3.2. Einheitliche Organisation – „Große“ und „kleine“ Bundesländer	23
3.2.1. Die „Außenstellenvariante“	23
3.2.2. Die Optionsvariante für zusätzliche Landesverwaltungsgerichte	25
3.2.3. Ist die Einrichtung eines Bundesverwaltungsgerichtes notwendig?	26
3.2.3.1. Allzuständige Landesverwaltungsgerichte?	27
3.2.3.2. Das „9+1“-Modell des Ministerialentwurfs 94/ME 23. GP	29
3.2.4. Ändert der Asylgerichtshof etwas am System <u>der Landesverwaltungsgerichte?</u>	31
3.2.5. Unabhängiger Finanzsenat (UFS) und eine mögliche <u>Landesverwaltungsgerichtsbarkeit</u>	35
3.3. Eingliederung in die ordentliche Gerichtsbarkeit?	36
3.4. Administrative „Kontrolle“ der Landesverwaltungsgerichte	38
3.5. Mein Vorschlag:	39
4. Beschwerdegegenstand vor möglichen Landesverwaltungsgerichten	39
4.1. Verwaltungshandeln.....	39
4.1.1. Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung	40
4.1.2. Schlichte Hoheitsverwaltung.....	43
4.1.3. Administrative Entscheidung und administrative Rechtsdurchsetzung	43
4.1.3.1. Der Bescheid	45
4.1.3.2. Der Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher	

<u> </u> Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ).....	46
4.1.3.3. Der Verwaltungsrechtliche Vertrag.....	47
4.1.3.3.1. Privatrechtliche Regeln für verwaltungsrechtliche Verträge.....	51
4.1.3.3.2. Die Leistungsvereinbarung nach dem Universitätsgesetz 2002.....	53
4.1.3.3.2.1. „Im Streitfall wird durch Bescheid entschieden“	54
4.1.3.3.3. Rechtsschutzprobleme im Zusammenhang mit <u> </u> dem verwaltungsrechtlichen Vertrag.....	55
4.1.3.3.4. Ausweg Kausalgerichtsbarkeit?	56
4.1.3.3.5. Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte?.....	58
4.1.3.3.6. Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Beschwerdegegenstand <u> </u> vor möglichen Landesverwaltungsgerichten	58
4.2. Keine „Allzuständigkeit“ möglicher Landesverwaltungsgerichte	61
4.2.1. Die rechtliche Durchsetzbarkeit im öffentlichen Recht	64
4.2.2. Rechtsschutzdefizite im Verwaltungsrecht	65
4.2.3. Liefert Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG iVm dem Sicherheitspolizeigesetz <u> </u> ein Argument für die „Öffnung der relativen Typengebundenheit“?.....	66
4.2.3.1. Das „Schlichte Polizeihandeln“ in § 88 Abs 2 SPG.....	68
4.2.3.2. Der Anspruch auf Einhaltung der Gesetzmäßigkeit.....	75
4.2.3.3. Geht der aktuellste Entwurf neue Wege?	75
4.3. Beschwerdelegitimation vor möglichen Landesverwaltungsgerichten	76
4.3.1 Der Beschwerdeinhalt.....	76
4.3.2. Wird eine Popularbeschwerde benötigt?	79
4.3.2.1. Die Möglichkeit einer Popularbeschwerde.....	80
4.3.2.2. „Naher Angehöriger“ und Art 2 EMRK.....	80
4.3.2.3. Die Konstruktion einer „Verbandsbeschwerde im engeren Sinn“	82
4.3.2.4. Die Abgrenzung zu Amts- und Organbeschwerden	85
4.4. Die Verletzung der Entscheidungspflicht.....	85
4.4.1. Säumnisbeschwerde gem Art 132 B-VG	86
4.4.2. Die Ausnahme in Verwaltungsstrafsachen.....	87
4.4.3. Säumnisbeschwerde vor möglichen Landesverwaltungsgerichten	89
4.4.3.1. Der einfachgesetzliche Ausschlusses der Säumnisbeschwerde.....	90
4.4.3.2. Das „herkömmliche“ System der Verwaltungsgerichtsbarkeit	91
4.4.3.3. Keine Säumnisregelung nach dem Muster von § 91 GOG	93
4.5. Mein Vorschlag:	95

4.6. Rechtswidrigkeit, Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe	96
4.6.1. Mein Vorschlag:	96
5. Kognitionsbefugnis und österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit	98
5.1. Die Meritorische (materiell-rechtliche) Entscheidung	98
5.2. Entscheidungsbefugnis des VwGH im <u> </u> Bescheidbeschwerdeverfahren (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG)	100
5.3. Die Entscheidungsbefugnis des VwGH im <u> </u> Säumnisbeschwerdeverfahren (Art 132 B-VG)	103
5.3.1. Die Sachverhaltsbindung.....	105
5.4. Art 6 EMRK und Ausgestaltung der Entscheidungsbefugnis	106
5.4.1. Verfahrenspositionsstärkung durch die EMRK	106
5.4.2. „Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ gem EMRK.....	107
5.4.2.1. „Kernbereich“ des Öffentlichen Rechts	109
5.4.2.2. Die „Strafrechtliche Anklage“ gem EMRK	111
5.4.2.3. Das „Tribunal“ gem EMRK.....	112
5.4.2.4. Die Entscheidungsbefugnis des Tribunals	113
5.4.2.5. Das Faire Verfahren gem EMRK.....	114
5.4.2.6. Die öffentlich-mündliche Verhandlung gem EMRK.....	115
5.4.2.7. Angemessene Verfahrensfrist gem Art 6 EMRK.....	118
5.5. Die Kognitionsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte	119
5.5.1. Die EMRK und die Kassationsbefugnis.....	119
5.5.1.1. Wirksamkeit der Kassation	119
5.5.1.2. Die Kassation unter Beachtung der <u> </u> „strafrechtlichen Anklage“ gem EMRK	120
5.5.2. Verfahrensverzögerung durch Kassation	121
5.5.2.1. Vorstellung in der kommunalen Selbstverwaltung	121
5.5.3. Die Ermessenskontrolle.....	124
5.5.4. Die Entscheidung „in der Sache“	125
5.5.4.1. Parameter für eine reformatorische Entscheidungsbefugnis	126
5.5.4.2. Ein mögliches Vorentscheidungsrecht der Administrativbehörde.....	128
5.5.4.3. Kein Widerspruchsrecht für die Verwaltungsbehörde	129
5.5.5. Mein Vorschlag:	131
6. Die Beschwerde gegen Entscheidungen möglicher <u> </u> Landesverwaltungsgerichte	132

6.1. Keine Einstufigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	133
6.2. Das Verhältnis Landesverwaltungsgerichte – Asylgerichtshof – VwGH in absehbarer Zukunft	133
6.3. Das Ablehnungsmodell	135
6.3.1. Die Ablehnung durch den VwGH nach Art 131 Abs 3 B-VG	135
6.3.2. Die „Geringfügigkeit“ bei Geldstrafen gem VStG.....	136
6.3.3. Die möglichen Modifikationen des Ablehnungsrechts	138
6.3.3.1. Bestätigung durch das Landesverwaltungsgericht	138
6.3.3.2. „Ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit“	139
6.3.3.3. „Keine hinreichende Aussicht auf Erfolg“	139
6.3.3.4. Kein materienspezifisches Ablehnungsrecht.....	140
6.4. Absolute Beschwerdegründe vor dem VwGH	140
6.5. Ausschluss des Rechtszuges in Verwaltungsstrafsachen	141
6.6. Sukkus	141
6.7. Das Zulassungsmodell.....	143
6.7.1. Die Revision an den VwGH	143
6.7.2. Die Zulassungsbeschwerde gegen die Ablehnung der Revision.....	144
6.7.3. Das Gleichzeitigkeitsmodell im Zulassungsmodell	144
6.7.4. Das „abgestufte“ Modell	145
6.8. Rechtszug an den VfGH?	146
6.9. Die Amtsbeschwerde an den VwGH.....	147
6.10. Exkurs: Kollegialbehörden richterlichen Einschlags	148
6.10.1. Die Zuständigkeit	148
6.10.2. Das Verhältnis zu möglichen Landesverwaltungsgerichten.....	149
6.10.2. „Beschwerdeinstanz in erster Administrativinstanz“	151
6.10.4. „Administrative Rechtsmittelinstanz“	152
6.11. Mein Vorschlag:	153
7. Die Mitglieder der Landesverwaltungsgerichte	154
7.1. Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern	154
7.1.1. Mitglieder der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern	155
7.1.1.1. Organe, Anzahl, Ausstattung und Befristung.....	156
7.1.1.2. Weisungsfreiheit, Enthebung, Rechtskundigkeit und Aufgabenzuweisung	157
7.1.1.2.1. Weisungsfreiheit.....	157

7.1.1.2.2. Enthebung.....	159
7.1.1.2.3. Rechtskundigkeit.....	159
7.1.1.2.4. Aufgabenzuweisung	160
7.1.1.2.5. Kompetenz zur Regelung des Dienstrechts.....	161
7.1.1.3. Sukkus	162
7.2. Die Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes	163
7.2.1. Ernennung	163
7.2.2. Qualifikation.....	164
7.2.3. Senatsbesetzung beim VwGH.....	167
7.2.4. Das Verhältnis der „Verwaltungsrichter“ zur Verwaltung	168
7.3. Die zukünftigen „Verwaltungsrichter“.....	168
7.3.1. Die Verwaltungsrichter an möglichen Landesverwaltungsgerichten.....	169
7.3.2. Vorschlagsrecht, Selbstergänzung	169
7.3.3. Der Personalsenat möglicher Landesverwaltungsgerichte.....	170
7.3.3.1. Die Zusammensetzung des Personalsenates	170
7.3.3.2. Die Kompetenzen des Personalsenates _____ möglicher Landesverwaltungsgerichte.....	172
7.3.4. Die Qualifikationsanforderungen an mögliche Verwaltungsrichter	172
7.3.4.1. Der „klassische“ Jurist	172
7.3.5. Die Übernahme der UVS-Mitglieder	174
7.3.6. Überlegungen zu einer möglichen Übernahme _____ von derzeitigen Asylgerichtshofmitgliedern	176
7.3.7. Die Stellung der Verwaltungsrichter und Inkompatibilitätsbestimmungen..	178
7.3.8. Laienrichter für die möglichen Landesverwaltungsgerichte?	179
7.3.8.1. Die Laienrichter im Ministerialentwurf 94/ME 23. GP	179
7.3.8.1.1. Unterschiedliche Anforderungen an unterschiedliche _____ Fachsenate (94/ME 23. GP)	180
7.3.8.2. Die Entscheidung gegen Laienrichter	181
7.3.8.3. Die Ausnahme bei Disziplinarverfahren der Standesvertretungen	183
7.4. Mein Vorschlag:.....	184
7.5. Einzelrichter oder Richtersenat?	186
7.5.1. Entscheidung für einen Dreiersenat	187
7.6. Die Zuständigkeit für die Regelung des Verfahrens- und des Dienstrechts	188
7.7. Föderale Organisation der möglichen Landesverwaltungsgerichte	190

7.8. Mein Vorschlag:	190
8. (Amts)Sachverständige vor möglichen Landesverwaltungsgerichten	191
8.1. Sachverständige vor den Verwaltungsbehörden.....	191
8.2. Der Sachverständige vor dem UVS.....	193
8.3. Die Regelung für mögliche Landesverwaltungsgerichte.....	194
9. Der Faktor Gemeinschaftsrecht	195
10.1. Der „Gesetzliche Richter“ nach Art 83 B-VG.....	196
9.1.1. Die Vorlage zur Vorabentscheidung durch den EuGH gem 234 EG.....	197
9.1.2. Die Relevanz für mögliche Landesverwaltungsgerichte	200
9.2. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts	
<u> </u> und der Beschwerdeinhalt	201
9.3. Der einstweilige Rechtsschutz.....	203
9.3.1. Gemeinschaftsrechtlicher vorläufiger Rechtsschutz	203
9.3.2. Vorläufiger Rechtsschutz im Anwendungsbereich	
<u> </u> von Gemeinschaftsrecht	204
9.3.3. Die Aufschiebende Wirkung im verwaltungsgerichtlichen	
<u> </u> Verfahren (§ 30 VwGG).....	205
9.3.4. Vorläufiger Rechtsschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht.....	206
9.3.5. Mein Vorschlag für mögliche Landesverwaltungsgerichte.....	208
9.4. Unterschiede im Interpretationsstil.....	210
10. Abschließende persönliche Kurzbetrachtung	212

Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern

1. Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich

1.1. Kurzdarstellung zum „Werdegang“ des Verwaltungsgerichtshofes

Im Jahre 1876 (RGI. Nr. 36/1876) wurde der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) errichtet, um einen verfassungsgesetzlichen Auftrag nachzukommen:

Gem der „höchst unbestimmten positivrechtlichen“¹ Normierung in Art 15 Abs 2 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt (RGI. Nr. 144/1867) hatte derjenige, der behauptete, durch Entscheidung oder Verfügung einer **Verwaltungsbehörde** in seinen Rechten verletzt zu sein, das Recht, seine Ansprüche in einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof gegen einen Vertreter der Verwaltungsbehörde geltend zu machen.

Art 15 Abs 3 dieses Staatsgrundgesetzes wiederum verwies hinsichtlich der Zuständigkeit, der Zusammensetzung und des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof auf ein noch zu erlassendes Gesetz. Diesem grundrechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz im hoheitlichen Bereich wurde dann durch die Verabschiedung des Gesetzes vom 22. 10. 1875 (RGI. Nr. 36/1876) entsprochen und der VwGH mit Sitz in Wien eingerichtet.

Als Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde im Sinne dieses Gesetzes galten Entscheidungen von Organen der Staats-, Landes-, Bezirks- und Gemeindeverwaltung.² Diese Bestimmung war als Generalklausel zu verstehen, wovon unter anderem Disziplinarsachen, Angelegenheiten der ordentlichen Gerichte und des Reichsgerichtes (Anm.: späterer VfGH mit jedoch erweiterten Kompetenzen), sowie die „pragmatischen Angelegenheiten“ des Ausgleichs 1867 und die Angelegenheiten in denen die Verwaltungsorgane nach freiem Ermessen entscheiden durften, ausgenommen waren.³ Insb am Ausschluss der Ermessensentscheidungen von der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung kann man mE erkennen, mit welcher Vorsicht der Gesetzgeber diesem verfassungsrechtlichen Auftrag nachgekom-

¹ So Walter, RZ 1999, 60.

² Hellbling, JBI 1950, 421.

³ Vgl Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte⁸ 175; Hellbling, JBI 1950, 421.

men ist. Die Ermessenskontrolle durch den VwGH, wie diese das heutige B-VG normiert, wurde hingegen erst mit dem Bundesverfassungsgesetz 1920 eingeführt.

Mit der Errichtung und Einrichtung des Verwaltungsgerichtshofes wurde sodann dessen Pflicht, Rechtsverletzungen im öffentlichen Bereich von Amts wegen aufzugreifen, normiert. Des Weiteren hatte der VwGH über die Frage der Unzuständigkeit grundsätzlich selbst zu entscheiden. Die wesentlichste Konsequenz der Installation des Verwaltungsgerichtshofes war aber eindeutig der Umstand, dass seither die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der österreichischen Verwaltung als verfassungsrechtliche Aufgabe des VwGH (vgl. Art 129 ff. B-VG idgF) bis heute Dreh- und Angelpunkt im österreichischen Rechtssystem ist.

Die bedeutende Errungenschaft der Verwaltungsgerichtsbarkeit aber ist die Erkenntnis, dass **das Gesetz die Verwaltung nicht beschränkt, sondern das Gesetz die Verwaltung erst ermöglicht**. Das war auch der wesentliche Umstand für ein neues Rechtsempfinden der Rechtsunterworfenen, welche sodann dasungsverfahren als ein auf Gesetz beruhendes Verfahren und nicht als willkürlich-hoheitliches Verfahren verstanden. Das Legalitätsprinzip wurde somit einer grundlegenden Konkretisierung unterworfen.⁴

Der österreichische Gesetzgeber hatte sich bei der Installation des Verwaltungsgerichtshofes im Jahre 1876 dazu entschlossen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit „von oben nach unten“ zu errichten, also von der obersten Instanz aus die unteren Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu schaffen. Es blieb jedoch bei der Schaffung eines einzigen Verwaltungsgerichts, des Verwaltungsgerichtshofes als verwaltungsgerichtliches Höchstgericht. Auf preußischem Boden geschah hingegen Konträres. Dort wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit „von unten nach oben“ errichtet, somit zuerst die Einrichtung der Verwaltungsgerichte auf Bezirksebene durchgeführt, um anschließend die oberste Instanz einzurichten (sogenanntes Preußisches Modell). Die Gründe, warum man nicht dem preußischen Modell folgte, liegen auf der Hand. Zum einen hatte man einen Verfassungsauftrag (Art 15 StGG) möglichst bald zu erfüllen und lag man doch bereits in qualifiziertem Verzug damit. Zum anderen wusste man um die Komplexität und die damit verbundenen staatsrechtlichen und finanziellen ungelösten Fragen der (erstmaligen) Errichtung und Einrichtung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit auf allen Verwaltungsebenen, wie dies in Preußen geschah.⁵ Im weiteren Zusammenhang darf bei dieser Rückbetrachtung aber nicht außer Acht gelassen werden, dass das Preußische System der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf einer

⁴ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte⁸ 160.

⁵ Siehe dazu Olechowski, ÖJZ 1999, 582.

reformatorischen, dh in der Sache entscheidenden, Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte beruhte. Die Befugnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes war damals aber lediglich kassatorischer, dh aufhebender Natur und eine reformatorische Entscheidungsbefugnis wäre bereits damals nur schwer mit der österreichischen Länder- und Gemeindeautonomie vereinbar gewesen.⁶ Dazu mangelte es auch an personellen und sachlichen Gegebenheiten, um eine vollständige mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit auf österreichischem Boden zu initiieren. Auch die politisch prekäre Lage in dieser Zeit zeigte sich zunehmend als Bremsklotz, denn als Reformbeschleuniger.⁷ Während also Preußen die mehrgliedrige Verwaltungsgerichtsbarkeit im Schlepptau einer umfassenden Verwaltungsreform einführte, reduzierte man in Österreich dieses Unterfangen auf ein bloß legislatives Einschreiten und richtete lediglich den VwGH als einziges und zugleich **höchstgerichtliches Verwaltungsgericht** ein.⁸

Die Entscheidung zugunsten der **kassatorischen Kognitionsbefugnis**, also die Ermächtigung des VwGH lediglich zur Aufhebung der administrativen Entscheidung, fiel mitunter deshalb, weil die mit dem Entwurf Beauftragten, *Josef Unger* und *Karl Freiherr von Leymayer*, aus Art 15 Abs 2 StGG über die richterliche Gewalt ableiteten, dass der Verwaltungsgerichtshof dessen Platz außerhalb der Verwaltung haben und lediglich gesetzwidrige Bescheide aufheben sollte. Aus dieser Argumentation lässt sich auch der höchstgerichtliche Charakter des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes ableiten.⁹ Die Verwaltungsgerichtshofbeschwerde wurde somit als „**außerordentliches**“ **Rechtsmittel** geschaffen, da das Administrativverfahren durch die Installation des VwGH lediglich „überhöht“ und nicht ersetzt wurde.¹⁰

Durch die Kassationsbefugnis war der Verwaltungsgerichtshof bei der Stattgabe einer Beschwerde ermächtigt, Entscheidungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung an die Verwaltungsbehörde zurückzuverweisen. Die Präferenz für das Kassationsmodell gründet ersichtlich in den damaligen politischen sowie sachlichen Gegebenheiten - die Länder- und Gemeindeautonomie war unter anderem eine Maßgebliche. Dem VwGH sollte demzufolge nur die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der staatlichen Verwaltungsführung zukommen und dieser sollte sich aber keinesfalls der Tatsachenfrage annehmen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass dem österreichi-

⁶ Siehe *Lehne*, RZ 1976, 190.

⁷ Vgl *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 4.

⁸ *Olechowski*, ÖJZ 1999, 582.

⁹ MaW *Lehne*, RZ 1976, 189. AA *Olechowski*, ÖJZ 1999, 581 ff.

¹⁰ *Olechowski*, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof 24.

schen Verwaltungsgerichtshof im Laufe seiner Entwicklung abschnittsweise auch eine reformatorische Entscheidungsbefugnis zukam, wobei sich aber die kassatorische Entscheidungsbefugnis des VwGH letztendlich durchsetzte.¹¹ Dass die Kassation gegenüber der Reformation bevorzugt wurde, ist aber bereits aufgrund damaliger banaler territorialer Gegebenheiten nachvollziehbar. Wäre der VwGH nämlich zur Entscheidung in der Sache selbst berufen worden, dann hätten sich wohl seine Ressourcen bald erschöpft, wenn dieser in der gesamten österreichischen Reichshälfte der Monarchie aufgrund der Tatsachenfrage Beweisverfahren, Lokalaugenscheine etc durchzuführen gehabt hätte. Dieser Umstand war auch dafür ausschlaggebend, dass für den Verwaltungsgerichtshof keine Kompetenz zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen festgesetzt wurde.¹²

Bei Errichtung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes war das „Polizeistrafrecht“ gem § 48 VwGG 1875 und später gem § 36 Abs 2 V-ÜG 1920 von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle noch ausgeschlossen, da es an einem eigenen „Polizeistrafgesetzbuch“ mangelte. Diese Ausnahme beruhte auf der damaligen (rein rechtstheoretischen) Erkenntnis, dass die Sicherheitsbehörden durch Gewohnheitsrecht ermächtigt wären, alles das zu tun, was notwendig sei, um die Bürger vor einer drohenden Beeinträchtigung zu schützen.¹³ Mit dem Verwaltungsstrafgesetz 1925 wurde dann aber die Möglichkeit geschaffen, Verwaltungsstrafsachen (zuvor noch „Polizeistrafsachen“) in den Anwendungsbereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzubeziehen. Somit erfolgte die „Eingliederung“ der rechtmäßigen Überprüfung von Verwaltungsstrafsachen sage und schreibe 50 Jahre nach der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich!¹⁴

Im Laufe des 20. Jahrhunderts gab es aber politisch bedingte Modifikationen im organisatorischen Bereich des VwGH. So wurde im österreichischen Ständestaat im Zeitraum 1934 – 1938 der Verwaltungsgerichtshof mit dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) zum „Bundesgerichtshof“ (BGH) vereinigt und war dessen programmatische Zielsetzung sodann die „Sicherung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“. Diese Konstruktion führte unter anderem dazu, dass die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit (vgl Art 144 B-VG idgF) des VfGH - der Prüfung, ob der Bescheid einer Verwaltungsbehörde den Beschwerdefüh-

¹¹ Siehe *Olechowski*, ÖJZ 1999, 583 f.

¹² MaW *Olechowski*, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof 121.

¹³ Siehe *Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 174 f.

¹⁴ MaW *Olechowski*, ÖJZ 1999, 584.

rer in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt oder die Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages) oder eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt - zusammenfiel.¹⁵ Die bedeutendste Zäsur in dieser Epoche war wohl die Normierung in Art 164 Abs 3 Satz 2 der Verfassung von 1934, dass die sechsmonatige Säumnis einer obersten Instanz einem abweisenden Bescheid gleichzuhalten sei und der BGH (als „VwGH“) so- dann meritorisch, dh in der Sache selbst, zu entscheiden habe. Diese „Säumnisbeschwerde“ erlangte jedoch erst nach 1945 deren eigentliche den Rechtsschutz enorm aufwertende Bedeutung, nämlich in Form der Wahrnehmung durch Rechtsunterworfenen (sowie auch durch Behörden).

In der unmittelbar darauffolgenden Nationalsozialismus-Zeit war aber die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Staatsfunktion im Sinne der öffentlich-rechtlichen Höchstgerichtsbarkeit massiv in seinen Grundfesten bedroht, war doch der Schutz subjektiver öffentlicher Rechte im „Führerstaat“ unvereinbar mit der apodiktisch hervorgehobenen Stellung des „Kollektivs“, der „Volksgemeinschaft“. – Der Einzelne und dessen angeborene Freiheit hatte in dieser Zeit das Nachsehen, was sich auch in der Funktionsbeschränkung, ja eigentlich Stilllegung der Verwaltungsgerichtsbarkeit widerspiegelte. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde zwar nicht gänzlich beseitigt, aber doch „verreichlicht“ und zwar dem Reichsinnenminister direkt unterstellt und wurden Entscheidungen der Obersten Reichsbehörden von der Entscheidungsbefugnis des nun als „Verwaltungsgerichtshof in Wien“ bezeichneten Gerichtshofes ausgeschlossen. Weiters wurden in dieser Zeit viele Sondermaterien an Sondergerichte ausgelagert, wie etwa der Großteil der finanzrechtlichen Materie, die so- dann vom „Reichsfinanzhof“ in München im Rahmen dessen Kontrolltätigkeit wahrgenommen wurde.¹⁶ Des Weiteren wurde das Recht auf Anrufung der (reichsdeutschen) Verwaltungsgerichte in der Form beschnitten, dass – mit wenigen Ausnahmen – die Zulassung durch die Beschwerdebehörde erteilt werden musste, bevor sich der Rechtsunterworfene an das Verwaltungsgericht wenden konnte. In Hinblick darauf kann festgehalten werden, dass diese „Voraussetzung“ de facto die beinahe vollständige Ausschaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Folge hatte.¹⁷ 1941 wurde der VwGH mit anderen Verwal-

¹⁵ Olechowski, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 247.

¹⁶ Olechowski aaO 249.

¹⁷ Olechowski aaO 250.

tungsgerichtshöfen des Deutschen Reiches organisatorisch zum Reichsverwaltungsgerichtshof in Berlin zusammengelegt. Trotz dieser „organisatorischen Diskontinuität“ tagten die Senate des VwGH in dieser Zeit weiter, dies aber unter dem Titel „Reichsverwaltungsgericht, Außensenate Wien“. Auch im Rahmen der Zuständigkeit traten vorübergehend Änderungen ein. So weitete sich 1940 die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes auch über das Sudetenland aus und nahm damit nach dem preußischen Oberverwaltungsgericht die Stelle des bedeutendsten Verwaltungsgerichtes im Reich ein¹⁸, sofern man mE noch von einer „Bedeutung“ im eigentlichen Sinne sprechen kann, da die Funktion des damaligen VwGH im Vergleich mit dessen ursprünglicher Aufgabe – der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der staatlichen Verwaltung und damit die Kontrolle der Rechte eines jeden Staatsbürgers - dermaßen beschränkt war, dass man wohl kaum ernsthaft von Bedeutung sprechen kann.

Chronologisch gereiht, können folgende Zeitabschnitte der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit charakterisiert werden:

- Übernahme der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Republik (1918)
- „Politisierung“ des Verwaltungsgerichtshofes (1920)
- „Entpolitisierung“ (1929)
- vorübergehende Verschmelzung mit der Verfassungsgerichtsbarkeit (1934)
- Verlust der Selbständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1938)
- Wiedererlangen der Selbständigkeit (1945)

1.2. Errungenschaften der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Zusammengefasst hat der österreichische Gesetzgeber mit dem RGBI. Nr. 36/1876 folgende Grundsätze in der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit verankert:

¹⁸ Siehe *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte⁸ 252; *Olechowski* aaO 249.

- a) Die **echte (einstufige)**¹⁹ **Verwaltungsgerichtsbarkeit** (auch: „Süddeutsches Modell“). Diese wird von persönlich und sachlich unabhängigen Richtern ausgeübt und ist daher mit jeder anderen Gerichtsbarkeit gleichwertig.
- b) Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes per **Generalklausel**.
- c) Das System der **aposteriorischen (nachprüfenden) Verwaltungsgerichtsbarkeit**.
- d) Die **subjektive Verwaltungsgerichtsbarkeit** und somit keine grundsätzlich objektive Rechtskontrolle.
- e) Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns (**Prinzip der Rechtskontrolle**). Damit steht auch die begrenzte Tatsachenkognition, die Beschränkung der Beschwerdeprüfung auf den Umfang des Beschwerdepunktes, das Neuerungsverbot und das Absehen von einer mündlichen Verhandlung im Zusammenhang.²⁰
- f) Die vollständige **organisatorische Trennung** der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der ordentlichen Gerichtsbarkeit.
- g) Die **kassatorische (aufhebende) Entscheidungsbefugnis** des Verwaltungsgerichtshofes.
- h) Die **Zentralisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit** (vgl. Art 129 B-VG: „Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten staatlichen öffentlichen Verwaltung [...] ist der Verwaltungsgerichtshof zuständig“.) Diese Verfassungsbestimmung gilt als programmatische Bestimmung und wird für konkrete Zuständigkeitsnormierungen als Interpretationsnorm herangezogen.²¹ In diesem Zusammenhang wird jedoch auch die Gefahr einer „Vereinheitlichung der Landesrechtsordnungen“ erwähnt. Denn insoweit der VwGH Bescheide aus dem selbständigen Wirkungsbereich der Länder zu kontrollieren hat, wird dieser funktionell als eine Art „mittelbares Landesverwaltungsgericht“ tätig. Dadurch besteht die Gefahr, dass der VwGH durch dessen Rsp die einzelnen, unterschiedlich geregelten Landesgesetze im Unbewusstsein zueinander in eine gewisse Angleichung bringt (vgl. etwa die von Bundesland zu Bundesland divergierenden Baurechtsordnungen, die Naturschutzgesetze etc).²²

Die (kaiserlich- und königliche) Verwaltungsgerichtsbarkeit war nicht nur ein Gewicht auf der Machtwaaage der konstitutionellen Monarchie, sondern gab bereits ein Fundament des

¹⁹ Siehe *Lienbacher*, ZfRV 1990, 79. Ebenso *Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 108.

²⁰ *Jabloner*, RZ 1997, 259.

²¹ Vgl. VfSlg 8202.

²² Vgl. *Jabloner*, in: *Schäffer (Hrsg), Staat – Verfassung – Verwaltung*, FS Kojan (1995) 253.

neuen Staates ab. Man kann deshalb ohne Bedenken sagen, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Anfang und nicht das Ende war. Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit lässt sich heutzutage insb als Verbindung der Staatsfunktion „Verwaltung“ mit deren Rechtskontrolle durch den „Richter“ definieren.

Im Ergebnis bringt die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit folgende Konsequenz mit sich:

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit veranlasst den Gesetzgeber zur Schaffung genereller – verwaltungsrechtlicher – Normen. Diese veranlasst den Gesetzgeber aber nicht nur zum Bereitstellen solcher Normen, sondern auch zur Ausstattung dieser Normen mit einer solch hinreichenden Qualität, nämlich einer hinreichend inhaltlichen Bestimmtheit, sodass mE der VwGH neben dem VfGH als „Urheber“ der Rechtssicherheit im öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystem und damit als eine tragende Säule im gesamten österreichischen Rechtsschutzsystem zu gelten hat. In Folge der erwähnten Pflicht des Gesetzgebers zur hinreichend bestimmten Rechtsnormsetzung kann die verfassungsrechtliche Aufgabe der Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung durch den Verwaltungsgerichtshof sodann auftragsgemäß und vollständig erfüllt werden.²³

2. Die Idee der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit

Was wird unter dem Begriff einer (echten) Landesverwaltungsgerichtsbarkeit eigentlich verstanden?

Bisweilen ist unserem österreichischen Verwaltungsrechtssystem immanent, dass grundsätzlich eine (politische) Administrativbehörde über eine verwaltungsrechtliche Materie entscheidet. Gem Art 94 B-VG ist die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt, wobei die Verwaltung nach Art 20 B-VG hierarchisch geordnet ist und dementsprechend dem Gebot der Weisungsgebundenheit unterliegt.

Art 20 (1) B-VG lautet wie folgt: „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 gem Abs 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder

²³ MaW Werner, JBl 1965, 582.

von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.“

Zu beachten ist die Neufassung des Art 20 B-VG durch das 1. BVRBG (BGBl. I Nr. 1/2008), wodurch die Notwendigkeit einer Weisungsfreistellung auf verfassungsgesetzlicher Basis entfällt und die Weisungsfreiheit nun auch einfachgesetzlich – aber trotzdem nicht schrankenlos - normiert werden kann.²⁴

Art 20 B-VG folgt somit einer Weisungskette von „oben nach unten“. In diesem Zusammenhang darf aber nicht übersehen werden, dass die Verwaltungsorgane aufgrund verfahrensrechtlicher Bestimmungen, die sogenannte „aufsteigende Rechtsmittel“ an die im Instanzenzug übergeordneten Verwaltungsbehörden vorsehen, auch durch diese Rechtsmittelzüge von „unten nach oben“ verbunden sind.²⁵

Gem Art 101 B-VG ist das oberste Organ in der Landesverwaltung die Landesregierung (LReg). Im Zweifel kann von einem Rechtszug an diese ausgegangen werden. In Angelegenheiten der Landesverwaltung entscheidet dem Grundsatz nach die Bezirksverwaltungsbehörde (BVB) in erster Instanz. Ausnahmen bestehen nur, soweit eine Zuständigkeit eines im Vollziehungsbereich des Landes eingerichteten Selbstverwaltungskörpers gegeben ist (vgl Art 115 ff. B-VG) oder Bundesorgane funktionell als Landesbehörden einschreiten, soweit die Zustimmung der Bundesregierung dafür vorliegt (vgl Art 97 Abs 2 B-VG). Im System einer (echten) Landesverwaltungsgerichtsbarkeit würde in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde und in grundsätzlich zweiter Instanz ein der Verwaltungsgerichtsbarkeit zurechenbares Landesverwaltungsgericht entscheiden. Das administrative Handeln würde demnach in zweiter Instanz bereits der (verwaltungs)gerichtlichen Kontrolle unterliegen – hier liegt, wie in weiterer Folge noch auszuführen sein wird wohl der „gordische Knoten“. Vorschläge im Rahmen einer geplanten Einrichtung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit gehen aber auch dahin, dass der normale (Anm.: lange, dh zweistufige) administrative Instanzenzug beibehalten werden sollte und mögliche Landesverwaltungsgerichte erst danach zu entscheiden hätten.²⁶ Diese Variante wäre mE dem Rechtsschutzsuchenden nicht zumutbar, da dadurch der gesamte Verfahrensweg faktisch um eine Instanz verlängert würde, wenn das mögliche Landesverwaltungsgericht lediglich zusätzlich die Entscheidungen der administrativen Erst- und Zweitinstanz kontrollieren würde. Geht man jedoch von der grundsätzlichen Annahme aus, dass mögliche Landesverwaltungsgerichte in zwei-

²⁴ Siehe dazu Erläuterungen, Besonderer Teil in der RV 314 der Beilagen 23. GP 7 f.

²⁵ Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 427.

²⁶ Für einen (langen) zweigliedrigen Aufbau der Verwaltung, *Kobzina*, JBl 1993, 214.

ter Instanz zu entscheiden hätten, würden demnach die möglichen Landesverwaltungsgerichte die zweite Administrativinstanz grundsätzlich ersetzen. Obwohl eine Streichung der zweiten verwaltungsbehördlichen (und somit politischen) Instanz auf heftige politische Kritik stieße, darf nicht übersehen werden, dass damit hauptsächlich (lediglich) Organisatorisches geändert würde, denn ein Weisungs- und Aufsichtsrecht der „obersten in Betracht kommenden Behörde“ würde ja weiterhin bestehen und der Landesregierung käme demnach in der Landesverwaltung genauso wie dem Landeshauptmann in der unmittelbaren Bundesverwaltung weiterhin Einfluss auf das Handeln der Unterinstanzen zu.²⁷ Einstufig wäre diese Verwaltungsgerichtsbarkeit dann, wenn danach kein Rechtszug mehr an den VwGH möglich wäre. Zweistufig wäre diese Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenn danach grundsätzlich der VwGH angerufen werden könnte.²⁸ Mancher Ansicht nach stellt sich die Frage der Ein- oder Zweistufigkeit gar nicht, denn die Zweistufigkeit einer Verwaltungsgerichtsbarkeit stelle im modernen Rechtsstaat ein absolutes „Muss“ dar.²⁹

Ein weiteres Motiv für Forderungen einer zu installierenden Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, ergibt sich aus dem Faktum, dass das Verwaltungsverfahren mit immer mehr zusätzlichen Funktionen angereichert wird. So gesellen sich etwa neben dem ursprünglichen Auftrag der Verwaltung, die Verwirklichung des öffentlichen Rechts durch die Verwaltungsbehörden, zB auch die Einrichtung von Bürgermitwirkungsansprüchen (mE wäre an dieser Stelle etwa die Einräumung der Parteistellung an Bürgerinitiativen im UVP-Verfahren gem der Verfassungsbestimmung in § 19 Abs 4 UVP-G 2000 zu nennen, wonach diesen das subjektive Recht auf Einhaltung der umweltschutzrechtlichen Vorschriften im Verfahren zukommt, welches diese auch zur Beschwerdeführung vor dem VwGH ermächtigt etc). Es bestehen weiters gesellschaftliche Einflüsse und es wird nach Koordination mit anderen Verwaltungsverfahren sowie nach Abstimmungen mit räumlichen und fachlichen Planungen verlangt (vgl die „überörtliche“ Planung auf Landesebene und die anschließende „örtliche“ Planung auf Gemeindeebene im Raumordnungsrecht). Diese „Funktionszunahme“ führt aber mitunter zu einer übermäßigen Belastung der Verwaltungsbehörden und bringt diese Überlastung der Administrativbehörden den Verwaltungs-

²⁷ Jabloner, ÖJZ 1994, 337; vgl Entwurf *Kostelka*, in dem der (zweigliedrige) administrative Instanzenzug „nur“ im Bescheidbeschwerdeverfahren wegfällt, in 53/GRUND-K 12, Erläuterungen zu Art 130 auf www.konvent.gv.at.

²⁸ Vgl die grundsätzliche Einstufigkeit in der ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, bei *Moritz*, ZUV 2003, 6 ff.

²⁹ Vgl *Kobzina*, JBl 1993, 210.

rechtsschutz möglicherweise in Gefahr.³⁰ ME ist bereits die potentielle Gefahr einer Rechtsschutzbeeinträchtigung aufgrund Überlastung ein ausreichendes Argument, um zum Handeln überzuschreiten.

Tatsache ist, dass die Vollziehung von Verwaltungsrecht eine politisch äußerst beeinflusste Materie darstellt und deshalb Reformbestrebungen in Richtung eines vermehrten, unabhängigen, somit richterlichen Rechtsschutzes rechtspolitisch an einer Mauer kategorischer Ablehnung abprallen. Dieser Widerstand wird mitunter auch als „psychologischer Aspekt des Machtverlustes“ angesehen.³¹ Diese grundsätzliche Skepsis gegenüber der Einführung einer echten Landesverwaltungsgerichtsbarkeit aus den Reihen der Politik kann aber als „traditioneller“ Pauschaleinwand aufgefasst werden, mit dem wegen der Zurückdrängung der politischen Instanzen eine massive Störung der Balance in der Aufteilung der Staatsfunktionen prophezeit wird.³² Die Kritik der Verwaltung zeigt demnach lediglich „Beharrungstendenzen“ im „Ausweichverhalten“ der Verwaltung, welches schlichten und ME nicht ausreichend begründeten „Widerstand“ darstellt.³³

2.1. Finanzierbarkeit – Hürde oder doch nur unbegründeter Einwand?

Neben diesem „traditionellen“ Pauschaleinwand von politischer Seite, erschallt auch kontinuierlich die Warnung vor der unmöglichen Finanzierbarkeit des Systems einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit.³⁴ Diese Einwände kamen auch bei der Staats- und Verwaltungsreform im Rahmen des Österreich-Konvents³⁵ klar zum Vorschein. So warnt das

³⁰ Vgl. *Pernthaler*, JBl 1988, 358.

³¹ *Grof*, ÖJZ 2001, 203.

³² *MaW Jabloner*, ÖJZ 1994, 333.

³³ *Grof*, *juridikum* 2008, 20 f.

³⁴ Vgl. *Olechowski*, ÖJZ 1999, 581.

³⁵ Der Österreich Konvent diente als Plattform, auf dieser Vorschläge für eine umfassende Staats- und Verwaltungsreform diskutiert und juristisch geprüft wurden. Dieser tagte vom 30. Juni 2003 bis zum 31. Jänner 2005. Der damalige Bundeskanzler Wolfgang Schüssel (ÖVP) hat am 31. März 2005 den „Endbericht des Österreich Konvents“ dem Nationalrat übermittelt, welcher einen „Besonderen Ausschuss zur Vorberatung des Berichts des Österreich Konvents“ wählte. Im Februar 2007 wurde von der damals neu angetretenen Bundesregierung (SPÖ/ÖVP) eine Expertengruppe beim BKA eingerichtet, welche auf Grundlage der im Österreich Konvent erarbeiteten Vorschläge den Staatsreformprozess vorantreiben und weitere Ausarbeitungen vornehmen sollte. In dieser Expertengruppe entstand mit dem **Ministerialentwurf 94/ME 23. GP** der

Amt der Niederösterreichischen Landesregierung davor, dass es bei der Einrichtung möglicher Landesverwaltungsgerichte keine wirkliche Kostenneutralität geben würde, sondern die Länder auf Mehrkosten „sitzen bleiben“ würden.³⁶ Dies sei deshalb der Fall, weil nach dem Ministerialentwurf 94/ME 23. GP die Länder unter anderem auch weitere Vollzugskompetenzen vom Bund übertragen bekämen. Weiters wird vorgebracht, dass die Mitglieder möglicher Landesverwaltungsgerichte dem Ministerialentwurf nach hauptberuflich tätig wären und somit voll entlohnt werden müssten. Bei den derzeitigen Sonderbehörden sei hingegen ein Großteil der Mitglieder nur nebenberuflich beschäftigt, was zu geringerer Kostenbelastung führt.³⁷ ME liegt aber der wahre Grund dieser Behauptungen schlicht im grundlegenden Verhältnis der drei Staatsfunktionen zueinander: „Dem Kontrollor (Anm.: Judikative) ist [...] bewusst, dass seine Tätigkeit einen veritablen Kostenfaktor darstellt. Er ist somit prinzipiell stets gehalten, für den Auftraggeber (Anm.: Legislative) verwertbare Ergebnisse zu produzieren – und zwar möglichst überzeugende mit möglichst geringem Mitteleinsatz. Aufgrund dieser Einstellung ist er beim Kontrollierten (Anm.: Exekutive) von vornherein und tendenziell unbeliebt, wenngleich sich letzterer in der Regel nach Kräften bemüht, sich dieses nicht anmerken zu lassen“³⁸. Diese grundlegende Sicht der Dinge muss somit bei einer möglichen Errichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern stets beachtet werden.

Grundsätzlich kann dem Vorbringen der Nichtfinanzierbarkeit jedoch entgegengehalten werden, dass allein durch die Eingliederung derzeitiger diverser Sonderbehörden im momentanen Ausmaß von rund 70³⁹ Sonderbehörden, weiters durch die Eingliederung aller Unabhängigen Verwaltungssenats in den Ländern (UVS) sowie des Unabhängigen Finanzsenats (UFS) in mögliche Landesverwaltungsgerichte ein Großteil dieses finanziellen Mehraufwandes für die Erstfinanzierung (sic!) solcher Landesverwaltungsgerichte kompensiert würde.⁴⁰

aktuellste Entwurf über die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern, der (pers. Anm.: leider) nur ein Entwurf blieb. *Bußjäger* sieht hierin die österreichische Mentalität: „Man setze sich selbst unrealistisch hohe Ziele und breche unter dem eigenen Erwartungsdruck und dem Hohngelächter des Publikums zusammen.“, Die Presse 2005/02/03, Rubrik: Rechtspanorama. Zum Ö-Konvent, siehe www.konvent.gv.at.

³⁶ Vgl 96/SN-94/ME 23. GP 18 f auf www.parlinkom.gv.at.

³⁷ Siehe *Olechowski*, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof 73.

³⁸ *Grof*, Juridikum 2008, 20.

³⁹ Erläuterungen zu 94/ME 23. GP 5 auf www.parlinkom.gv.at.

⁴⁰ *Grof*, ÖJZ 2001, 203; aA *Bußjäger*, Die Presse, 2005/02/03, Rubrik: Rechtspanorama.

Des Weiteren muss der höchstwahrscheinliche Wegfall der jeweiligen administrativen Berufungsinstanz mit einberechnet werden, welcher die Neutralisierung der kostenintensiven administrativen Behandlung von Rechtsmitteln bedingen könnte. Bereits dieser finanzielle Aspekt streitet mE für die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit. Einem apodiktischen Vorbringen der Nichtfinanzierbarkeit kann ich daher nicht folgen.

2.2. Überlastung des Verwaltungsgerichtshofes

Die Überlastungssymptome des Verwaltungsgerichtshofes spielen eine nicht unwesentliche Rolle bei der Diskussion um die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit.⁴¹ Im Tätigkeitsbericht des VwGH aus dem Jahre 2007 wird von einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 23 bis 27 Monaten beim Bescheidbeschwerdeverfahren berichtet.⁴² Auch die personelle Aufstockung versprach nicht den erhofften Erfolg, da mit dieser eine erhöhte Beschwerdefrequenz einherging. Vor allem die in Asylsenaten tätigen Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes haben uU je bis zu 500 Beschwerdefälle aufzuarbeiten.⁴³ Diese chronische Überlastung des Verwaltungsgerichtshofes wird bereits seit einem Jahrzehnt von sachverständigen Beobachtern konstatiert, eine nennenswerte Entlastung konnte jedoch nicht erreicht werden. Nun liegt die Beschwerdeanzahl bei rund 10.000 und die Anzahl der Anträge auf aufschiebende Wirkung bei mehr als 5.000 und das Höchstgericht bestätigt selbst, dass die enorme Mehrarbeit sowohl für richterliches als auch für nichtrichterliches Personal nicht mehr zu bewältigen sei.

Als Ergebnis kann festgestellt werden: Der VwGH sprach sich Ende 2007 dezidiert für eine „Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Stufe“ aus.⁴⁴

2.3. Fazit

⁴¹ Grabenwarter, in JRP 1998, 271.

⁴² Vgl den Tätigkeitsbericht des VwGH v Juni 2007, Präs. 2710/1-Präs/2007 3 und 9 auf www.vwgh.gv.at; vgl auch Barfuß, ÖJZ 1985, 393 f.

⁴³ Barfuß, ÖJZ 2007, 592.

⁴⁴ Vgl Tätigkeitsbericht aaO 1 f.

Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit wäre im Sinne des föderalistischen Prinzips, also im Sinne des „kooperativen Föderalismus“.⁴⁵ Dieser kooperative Föderalismus entspringt dem österreichischen Verfassungsbaustein Art 2 B-VG.⁴⁶ Eine ins Auge gefasste Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, insb iZm einer grundlegenden Verwaltungsreform könnte neue Impulse in der Zusammenarbeit der Länder als föderale Einheiten untereinander geben und könnte mE vor allem zu einer Entpolitisierung der verwaltungsrechtlichen Landesangelegenheiten führen. Diese neuen Impulse könnten das derzeit vorherrschende Übergewicht an Bundeskompetenzen und die Einbußen an Länderkompetenzen durch den Beitritt zur Europäischen Union in gewisser Weise zumindest zT kompensieren. Dies wäre mE nicht nur einer enormen Rechtsschutzerweiterung dienlich, sondern würde auch das Vertrauen in die Arbeit des Bundes stärken, welches in Tagen wie diesen äußerst spärlich gesät ist. Aber auch andere für eine Einrichtung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit streitende Gründe werden schlagend. So etwa streiten mE die normative rechtsstaatliche Bundesverfassung, der Standard der mitteleuropäischen Rechtskultur oder die Struktur des österreichischen Verwaltungsrechts für eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit.⁴⁷ Mit anderen Worten: „Die Schaffung von Landesverwaltungsgerichten darf nicht dem vordergründigen Zweck folgen, den VwGH und seine Richter zu entlasten. Denn die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist [...] nicht auf den Richter hin geordnet, sondern auf den das Recht suchenden Einzelnen“⁴⁸. Deshalb muss mE die Prämisse des „schnellsten und effektivsten Weg zum Recht“ gelten.

Der Föderalismus darf beim (politischen) Diskurs um die Installation einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit kein Hindernis darstellen, denn die Gliedstaaten stehen zueinander und zum Bund in einem Verhältnis, wie es zwischen Partnern herrscht. Deren Rechte und Pflichten sind gegeneinander abgegrenzt und an einer Herrschaftsstellung fehlt es – zu Recht – in dieser (österreichischen) Partnerschaft. Die geltende Gerichtsbarkeit ist zwar die Gerichtsbarkeit des Bundes. Diese Bundeskompetenz ist aber historisch gewachsen. Da die einzelnen österreichischen Kronländer eine oft grundsätzlich übereinstimmende Gerichtsbarkeit aufwiesen, ließ sich ein Konsens für eine Bundeskompetenz „Gerichtsbarkeit“ leichter finden. Dies ist mitunter auch ein Grund, warum sich die derzeitigen Höchst-

⁴⁵ AA *Kobzina*, JBl 1993, 210.

⁴⁶ MaW *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 160 – 164.

⁴⁷ So auch *Kobzina*, JBl 1993, 210.

⁴⁸ *Kobzina* aaO.

gerichte (VfGH, VwGH, OGH) auch als „Klammern“ zwischen Bund und Länder betrachten lassen.⁴⁹

3. Grundsätzliche Organisation einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit

3.1. Anzahl und Sitz möglicher Landesverwaltungsgerichte

Um sich nun mit einem konkreten Konzept einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit zu befassen, müssen vorrangig grundsätzliche, organisatorische Überlegungen angestellt werden. Ist es möglich ein homogenes System von Landesverwaltungsgerichten zu errichten, ohne, dass Souveränität und Bewusstsein einzelner kleiner Länder darunter Leid tragen müssen?

Kernpunkt ist demnach die bundesweite Installierung von Landesverwaltungsgerichten.

Art 94 B-VG lautet: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt“. Mit einer Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Länderebene möchte man verhindern, dass der Grundsatz in Art 94 B-VG nicht verwässert wird. Es muss eine echte gerichtliche Kontrolle der weisungsgebundenen Verwaltungsführung stattfinden können. Die Anzahl an einzurichtenden Landesverwaltungsgerichten scheint auf den ersten Blick auf der Hand zu liegen. Gem Art 101 B-VG üben die jeweiligen Landesregierungen (LReg) die Vollziehung des Landes aus. Gem Art 102 Abs 1 B-VG führen im Bereich der Länder - soweit nicht eigene Bundesbehörden bestehen - die jeweiligen Landeshauptmänner (LH) und deren unterstellte Behörden die Vollziehung des Bundes aus (mittelbare Bundesverwaltung). In diesen beiden Verfassungsbestimmungen kann die föderalistische Ordnung der Verwaltung erblickt werden. Art 3 Abs 1 B-VG normiert zwar neben dem Gebiet des Bundes auch die Gebiete der Länder, womit der räumliche Gebots- und Sanktionsbereich festgelegt wird. Jedoch kam es im Zuge von Forderungsprogrammen der Länder (1963/64, 1970) zur Anerkennung einer erweiterten Selbständigkeit der Länder. Der Föderalismus kann daher als grundlegende verfassungsrechtliche Maxime betrachtet werden.⁵⁰

⁴⁹ Klecatsky, JBl 1969, 13 und 15 f; ebenfalls Kobzina, JBl 1993, 210.

⁵⁰ Vgl Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 98 und 177; Klecatsky, JBl 1969, 13 und 14.

3.2. Einheitliche Organisation – „Große“ und „kleine“ Bundesländer

Für eine homogene Landesverwaltungspraxis zweckmäßig wäre mE die Einrichtung von je einem Landesverwaltungsgericht in jedem Bundesland („9er-Modell“). Dem folgt auch der **Ministerialentwurf 94/ME 23. GP** der Expertengruppe für Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt vom 21. Juli 2007 mit seinem siebenten Hauptstück: „Für jedes Land besteht ein Verwaltungsgericht des Landes“ (Art 129 Abs 2 E).⁵¹ Kritiker erheben an dieser Stelle sofort Einwände die Finanzierung bzw Nichtfinanzierbarkeit betreffend.⁵² In kleineren Bundesländern, wie dem Burgenland oder Vorarlberg würden den Kritikern zufolge die finanziellen als auch die organisatorischen Mittel fehlen, um eigene Landesverwaltungsgerichte einrichten zu können. Dagegen kann mE vorgebracht werden, dass die zwar finanziell und personell kostspielige Ersteinrichtung wiederum eine umfassende Rechtsschutzverbesserung im Bereich der staatlichen Verwaltung mit sich bringt und aufgrund der dann gerichtlichen anstatt verwaltungsbehördlichen Kontrolle letztlich wohl in einer maßstäblichen Kosteneffizienz münden könnte. Bei einem solchen „9er-Modell“ bleibt eben weiters die Frage offen, ob die einzelnen Bundesländer wirklich solch eine Parität beim Anfall von Verwaltungsrechtssachen mit sich bringen, damit das Modell „Ein Landesverwaltungsgericht für jedes Bundesland“ auch gerechtfertigt erschiene. Diese Frage kann beim Vergleich der westlichen Bundesländer mit den Bundesländern Ostösterreichs daher entschieden verneint werden.

3.2.1. Die „Außenstellenvariante“

Darum ginge mein Vorschlag dahin, im flächenmäßig größten Bundesland Niederösterreich und zusätzlich im bevölkerungsreichsten Bundesland Wien⁵³ jeweils ein organisatorisch größeres Landesverwaltungsgericht einzurichten. Diese beiden Landesverwaltungsgerichte müssten weiters mit erhöhten finanziellen, personellen sowie sachlichen Ressourcen ausgestattet werden. Für Niederösterreich wäre es meiner Meinung nach aufgrund der Flä-

⁵¹ Vgl 94/ME 23. GP auf www.konvent.gv.at. Zustimmend das Amt der niederösterreichischen Landesregierung, in 96/SN-94/ME 1 aaO.

⁵² Vgl FN 34.

⁵³ Siehe Statistik zu „Bevölkerungsstand und Vorausschätzung“, in „Publikationen und Services“ auf www.statistik.at.

chengröße (über 19.000 km²) sinnvoll, einfachgesetzlich die Möglichkeit dezentrale Außenstellen zu errichten vorzusehen.⁵⁴ Als organisatorisches Vorbild könnten die derzeitigen ständig besetzten Außenstellen des UVS NÖ⁵⁵ (St. Pölten) dienen. Damit wäre einer ökonomischen Verwaltung und einer verbesserten „Bürgernähe“ gedient.⁵⁶ Diese „Bürgernähe“ manifestiert sich vor allem darin, dass der Anforderung an eine mündliche öffentliche Verhandlung vor einem Tribunal (Art 6 EMRK) auch in Außenstellen nachgekommen werden könnte.⁵⁷

Die Möglichkeit zur Errichtung von Außenstellen möglicher Landesverwaltungsgerichte könnte aber nur vermeintlich ein Argument dafür liefern, dass der Sitz möglicher Landesverwaltungsgerichte nicht auf bundesverfassungsgesetzlicher Basis festgelegt werden sollte, wie dies etwa beim VwGH der Fall ist (vgl Art 129 B-VG und Art 5 B-VG). Dadurch, dass Außenstellen eingerichtet werden könnten, würde aber die Qualität des „Sitzes“ der jeweiligen Landesverwaltungsgerichte nicht beeinträchtigt, insb dann, wenn diese Außenstellen – und dies sei mE vorausgesetzt – (organisatorisch) unselbständig, dh lediglich „Außenposten“ des jeweiligen Landesverwaltungsgerichtes sein würden. *Kelsen*⁵⁸ übersieht mE aber die Bedenken der kleinen Länder, wenn er in seinem Entwurf zum B-VG 1920 festschreibt, dass der Sitz der Landesverwaltungsgerichte in den jeweiligen Landeshauptstädten sein soll. Allein am vorangehenden Beispiel Niederösterreichs wäre es wohl nicht sinnvoll ein zentrales Landesverwaltungsgericht in St. Pölten ohne jeglichen Kompromiss betreffend einer besseren räumlichen Gestaltung anzudenken. Freilich wäre auch bei *Kelsen* die Möglichkeit der Einrichtung von unselbständigen Außenstellen gegeben.

Um aber die kleineren, ressourcenmäßig weniger flexibel ausgestatteten Bundesländer (Burgenland, Vorarlberg) nicht zu überfordern, könnte (bundes)verfassungsgesetzlich eine Kooperationsmöglichkeit der Bundesländer festgesetzt werden. Mein Vorschlag wäre: „In jedem Land besteht ein Landesverwaltungsgericht. Durch übereinstimmende Landesverfassungsgesetze können auch gemeinsame Landesverwaltungsgerichte errichtet werden.“⁵⁹ So könnte mE Tirol mit seinem kleinern Nachbarbundesland Vorarlberg und die Steiermark mit dem kleinern angrenzenden Burgenland jeweils ein gemeinsames Landesverwaltungsgericht installieren. Konsequenz wäre eine Kostenteilung sowohl bei der Einrichtung

⁵⁴ So auch *Ennöckl*, JRP 2007, 260.

⁵⁵ Wiener Neustadt, Mistelbach und Zwettl.

⁵⁶ Vgl *Stöberl*, in: *Mayer/Stöberl*, ÖJZ 1991, 263.

⁵⁷ Vgl *Ennöckl*, JRP 2007, 260.

⁵⁸ Vgl *Schmitz*, ÖJZ 1978, 85.

⁵⁹ So lautet auch Art 129b Abs 1 im Entwurf von *Pernthaler/Rath-Kathrein*, in JBl 1989, 612.

als auch bei der Verwaltung der Landesverwaltungsgerichte. Zwei Bundesländer würden ein Landesverwaltungsgericht verhältnismäßig mit Personal und Finanzmitteln speisen. Eine Pflicht der Länder zur Kooperation bei der Installation könnte mE aus dem „kooperativen Föderalismus“ abgeleitet werden (vgl. Art 15a B-VG).⁶⁰ Was die Rsp betrifft, könnte ein „Richtertopf“ erstellt werden, der verhältnismäßig zur Landeseinwohnerzahl bestückt ist. Sich an der Fläche der jeweiligen Bundesländer zu orientieren hat wenig Sinn, da nicht die Fläche, sondern die einzelnen Bürger Rechtsstreitigkeiten verursachen. Aus diesem „Richtertopf“ oder „pool“ könnten dann die Mitglieder per Geschäftsverteilung mit Zuständigkeiten für ihren jeweiligen Länderbereich eingedeckt werden. Diesem Vorschlag liegt aber wie ersichtlich grundlegend voraus, dass die einzelnen **Länder zur Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte kompetent** sein sollen. Verdeutlicht werden soll aber, dass Lösungen auf Basis einer flexiblen Kooperation zwischen den einzelnen Bundesländern durchaus praktikabel erschienen.

3.2.2. Die Optionsvariante für zusätzliche Landesverwaltungsgerichte

Knüpft man an die Variante mit möglichen Außenstellen möglicher Landesverwaltungsgerichte an, könnte man sich die Frage stellen, ob es nicht zweckmäßig wäre, sogleich ein zweites oder gar drittes Landesverwaltungsgericht in großen Bundesländern (NÖ, OÖ) oder aber auch in Wien einzurichten. Damit könnte den größeren, von Verwaltungsrechtsangelegenheiten viel mehr erfassten, dafür aber auch finanziell potenteren Ländern entgegengekommen werden. Im Sinne einer größeren Flexibilität könnte auf verfassungsgesetzlicher Ebene eine Optionsmöglichkeit für die Einrichtung eines weiteren Landesverwaltungsgerichtes bzw. weiterer Landesverwaltungsgerichte vorgesehen werden. So könnte dem Landesgesetzgeber etwa die Möglichkeit für das Bau- und Abgabewesen, sowie für sonstige Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde besondere Landesverwaltungsgerichte einzurichten, eröffnet werden. Mit dieser Option könnte insb auf die „besondere Situation“ in Wien Bedacht genommen werden.⁶¹ Diese Optionsmöglichkeit bedürfte aber einer verfassungsrechtlichen Grundlage, da durch die oben angeführte

⁶⁰ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 847.

⁶¹ So Grabenwarter, in Art 129 Abs 2 2. Satz sowie Erläuterungen zu Z 12 und 13, in 55/GRUND-K auf www.konvent.gv.at. Ähnlich Kostelka/Khol, in 52/GRUND-K 1 auf www.konvent.gv.at. Vgl auch jeweils den Art 111 bei Kostelka, in 53/GRUND-K 2 und beim BKA-Entwurf in 54/GRUND-K 1 aaO.

Bestimmung „In **jedem** Land besteht **ein** Landesverwaltungsgericht“ die Einrichtung eines jeden weiteren Landesverwaltungsgerichtes im selben Bundesland verfassungswidrig wäre.⁶² Im gleichen Zuge sollten an dieser Stelle mE zwingende und vor allem überprüfbare Kriterien für eine solche verfassungsrechtlich verankerte Optionsmöglichkeit („opt-in“) festgelegt werden. Bei solchen (verfassungsrechtlich normierten) Kriterien könnte es sich meiner Meinung nach um „Erforderlichkeit“, „Zweckmäßigkeit/Geeignetheit“ und „Langfristigkeit“ handeln. Die Einrichtung eines zusätzlichen Landesverwaltungsgerichtes wäre idS kriteriengerecht und somit verfassungsgemäß, wenn es keine andere Möglichkeit gäbe einen momentanen Missstand in der Verwaltungskontrolle zu beseitigen (**erforderlich**). Zusätzlich müsste die Einrichtung den derzeitigen Missstand zu beseitigen **geeignet** sein. Weiters müsste mE gesichert sein, dass das zusätzliche Landesverwaltungsgericht aufgrund langfristiger Entwicklungsprognosen auch weiterhin seinen Zweck erfüllen und nicht in absehbarer Zeit überflüssig würde (**langfristig**). Zur Überprüfung dieser genannten verfassungsrechtlichen Kriterien könnten etwa regelmäßige Tätigkeitsberichte der Landesverwaltungsgerichte, Bevölkerungsstatistiken etc dienen. Auch andere Kriterien kämen in Betracht, so zB die „Sparsamkeit“ oder die „Wirtschaftlichkeit“⁶³. Solche Kriterien finanzieller Natur sind nicht unwesentlich, jedoch kann man mE ausschließen, dass die Länder zusätzliche Landesverwaltungseinrichtungen einrichten würden, wenn die finanziellen Gegebenheiten dafür nicht gegeben wären (vgl FN 34).

3.2.3. Ist die Einrichtung eines Bundesverwaltungsgerichtes notwendig?

Der Ministerialentwurf 94/ME 23. GP sieht neben der Einrichtung von Landesverwaltungsgerichten auch die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtes des Bundes (Bundesverwaltungsgericht) vor und lautet dessen Art 131 Abs 2 wie folgt:⁶⁴

„Das Verwaltungsgericht des Bundes erkennt über

1. Beschwerden nach Art 130 Abs 1 in Rechtssachen in einer Angelegenheit, die unmittelbar von Bundesbehörden versehen wird (Art 102 Abs 2);

⁶² Vgl die Organisation der UVS bei Stöberl, in: Mayer/Stöberl, ÖJZ 1991, 263.

⁶³ Siehe Fiedler, in 1/ENDB-K 107 auf www.konvent.gv.at; ebenso Grabenwarter/Jablonek, in 1/ENDB-K 364 aaO.

⁶⁴ Vgl Art 131 Abs 2 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at

2. Beschwerden, soweit ein nach Art 130 Abs 1 zweiter Satz ergangenes Bundesgesetz dies vorsieht.“

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes knüpft daran an, ob eine Angelegenheit in unmittelbarer Bundesverwaltung gem Art 102 Abs 2 B-VG versehen wird. Wird eine Angelegenheit des Art 102 Abs 2 B-VG durch Landesbehörden und somit in mittelbarer Bundesverwaltung vollzogen (Art 102 Abs 3 B-VG), besteht keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes. Ebenso unzuständig ist das Verwaltungsgericht des Bundes, wenn gem Art 102 Abs 1 zweiter Satz in einer Angelegenheit der mittelbaren Bundesverwaltung in Unterordnung unter den Landeshauptmann Bundesbehörden vollziehen, nachdem diese mit der Vollziehung betraut wurden. Diese Regelung ist sinnvoll, da dadurch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nach „organisatorischen Kriterien“ (Bezirkshauptmannschaften und Organe der Städte mit eigenem Statut einerseits und Bundespolizeidirektionen andererseits) gespalten wird. Dies gibt mE auch das wesentliche Argument dafür ab, warum ein Bundesverwaltungsgericht, wenn es denn gewünscht wird, lediglich in Angelegenheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung und nicht auch in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung zuständig sein sollte.

Auf Landesebene ist die Grundintention im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Bundesverwaltungsgerichtes die folgende, nämlich, dass ein solches Bundesverwaltungsgericht lediglich in solchen Angelegenheiten zuständig sein soll, „deren Vollzug dezentral auf Landesebene aus besonderen sachlichen Gründen nicht zweckmäßig wäre“⁶⁵ und wird dabei insb auf das Asylrecht verwiesen.

3.2.3.1. Allzuständige Landesverwaltungsgerichte?

ME aber kann die Frage, ob es notwendig ist, im gleichen Zuge auch ein Bundesverwaltungsgericht – für Angelegenheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung – einzurichten, entschieden verneint werden. Sollte sich die Idee eines Bundesverwaltungsgerichtes nicht

⁶⁵ Stellungnahme der Vorarlberger Landesregierung zum Entwurf des Berichtes des Ausschusses IX („Gerichtsbarkeit, Rechtsschutz“) vom 25. 2. 2004, in 3/STN-K auf www.konvent.gv.at. Dabei werden pauschal „ökonomische Überlegungen“ und „Bürgerfreundlichkeit“ für eine weit verstandene Zuständigkeit möglicher Landesverwaltungsgerichte ins Treffen geführt.

verwirklichen, obwohl man grundsätzlichen Konsens über die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit signalisiert bekäme, dann muss dieser Umstand kein Grund für das Scheitern dieser mE essentiellen Verwaltungsreform sein. Es könnten auch die einzelnen Landesverwaltungsgerichte die Aufgaben eines nicht errichteten Bundesverwaltungsgerichtes übernehmen. Dies würde aber die relativ „konsequente Trennung der Vollzugsbereiche“ in Bundes- und Landesverwaltung verwässern und insb im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erster Instanz ausnahmslos organisatorische Landesbehörden für zuständig erklären. ME kann dieser Kritik aber damit begegnet werden, dass diese organisatorischen Landesbehörden jedoch in Bundesverwaltungsangelegenheiten funktionell als Bundesbehörden tätig werden würden und daher bei genauerem Hinblick die Kompetenzverteilung auch im erstinstanzlichen Verfahren gewahrt bleibt, weshalb mE eine verfassungsrechtliche Gesamtänderung nicht indiziert wäre. Die Entscheidungsbefugnis wäre demnach in den einzelnen Landesverwaltungsgerichten konzentriert und diese als die einzige „Anlaufstelle“ für den Beschwerdeführer konzipiert. Die Landesverwaltungsgerichte würden - wie bereits erwähnt - funktionell als „Gesamtstaatsorgane“⁶⁶ einschreiten, wobei die Betonung aber lediglich auf „funktionell“ liegt. Diese Konstruktion könnte unter anderem mit dem Anliegen des „one-stop-shop“-Prinzip⁶⁷ begründet werden, also die Schaffung einer relativ allzuständigen Anlaufstelle für die Beschwerdeführer, also einer umfassenden „Instanz“, im vorliegenden Fall einer allzuständigen Gerichtsbehörde. Dies würde wahrscheinlich mit einer nicht unbeträchtlichen Bedarfserhöhung bei den Ressourcen einherschreiten, da unmittelbare Bundesverwaltungsmaterien (Fremdenrecht, Gewerberecht etc) durchaus viel finanzielle und personelle Kapazität „verschlingen“. In diesem Zusammenhang kann wieder an den Beschwerdenbearbeitungsrückstand in Asylsachen beim VwGH verwiesen werden.⁶⁸

Gem § 2 F-VG 1948 hätten jedoch, soweit nichts anderes vom zuständigen Gesetzgeber (Nationalrat) bestimmt ist, die Gebietskörperschaften (Länder) die Kosten zu tragen, die sich aus der Besorgung ihrer Angelegenheiten ergeben. Deshalb müssten mE dieser Mittelmehrbedarf durch Bundesgesetz zur Verfügung gestellt werden.⁶⁹ Diese Überlegung leite ich aus dem Umstand ab, dass der Bund den Nutzen daraus zieht, dass die Landesbehörden (Landesverwaltungsgerichte) Bundeskompetenzen bearbeiten. Freilich bestünde

⁶⁶ Vgl *Jabloner*, ÖJZ 1994, 338.

⁶⁷ Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 299.

⁶⁸ Vgl den Tätigkeitsbericht 2007/4 des VwGH auf www.vwgh.gv.at.

⁶⁹ So auch *Schreiner* mit Kritik am Entwurf *Kostelka/Khol* (52/GRUND-K auf www.konvent.gv.at.) in: *Schäffer (Hrsg)*, Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Koja (1995) 432.

gem § 4 F-VG 1948 weiters die Möglichkeit ein von der Grundregel des § 2 F-VG abweichende Regelung über die Tragung der Kosten zu treffen und dabei vorzusehen, dass die Aufteilung der Kosten im Rahmen einer Vereinbarung gem Art 15a B-VG erfolgt.⁷⁰ Daher könnte ebenso im Rahmen eines Gliedstaatsvertrages gem 15a B-VG unter Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit der jeweiligen Länder ein entsprechender Kostenbeitrag des Bundes vereinbart werden. Aufgrund des für den Bund erlangten Nutzens solcher allzuständigen Landesverwaltungsgerichte wäre mE ein substantieller Kostenbeitrag, also in Höhe von über 50 Prozent der Aufwendungen, welche allein durch die Kontrolle von unmittelbaren Bundesverwaltungsangelegenheiten entstehen, als angemessen zu erachten.

Als Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eines möglichen Landesverwaltungsgerichtes in einer unmittelbaren Bundesverwaltungsrechtssache, könnte der Sitz der entscheidenden Verwaltungsbehörde dienen.⁷¹ Diese Lösung wäre wohl auch praxistauglich einfach zu handhaben.⁷² Diese Konzeption ließe vor allem schwierige Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen einem möglichen Bundesverwaltungsgericht und den möglichen Landesverwaltungsgerichten bei Seite. Dabei sei besonders auf die Beschwerden wegen der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) hingewiesen. Die Zuordnung eines solchen Verhaltens zur unmittelbaren/mittelbaren Bundesverwaltung oder aber zur landeseigenen Verwaltung kann mitunter Probleme bereiten. Durch eine Installation allzuständiger Landesverwaltungsgerichte könnte einem eventuellen Zurückweisungsrisiko aufgrund der Unzuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichtes entgegengetreten werden.⁷³

3.2.3.2. Das „9+1“-Modell des Ministerialentwurfs 94/ME 23. GP

Der aktuellste Entwurf einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit (Ministerialentwurf 94/ME 23. GP) sieht jedoch – wie oben bereits erwähnt - die Einrichtung eines Verwaltungsge-

⁷⁰ Vgl VfGH 10. 10. 2008, G5/07.

⁷¹ Grof, ÖJZ 2001, 206. Ebenso in der ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl Moritz, ZUV 2003, 7.

⁷² Vgl auch das Präsidium des VwGH in seiner Stellungnahme in 11/SN-94/ME 23. GP 29 auf www.parlinkom.gv.at. Siehe Stöger, der auf die Zuständigkeitsvorschriften der §§ 98 ff WRG verweist, wo aber zwischen Zuständigkeiten der BVB, des LH und des BM unterschieden wird, JRP 2007, 237.

⁷³ So Schreiner, in: Schäffer (Hrsg), Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Kojan (1995) 434.

richts des Bundes vor.⁷⁴ Dieses Bundesverwaltungsgericht sollte dem Entwurf folgend die Funktionen des Unabhängigen Finanzsenates, des Unabhängigen Bundesasylsenates und des Bundesvergabesenates übernehmen.⁷⁵ Der Entwurf folgt einem „9 + 1“-Modell – neun Landesverwaltungsgerichte und ein Bundesverwaltungsgericht. Der VwGH wäre dem Entwurf folgend als übergeordnete Instanz weiterhin als Höchstgericht eingerichtet. In Art 131 E wird die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte per Generalklausel geregelt und die Ausnahmezuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nachgestellt. Demnach besteht die Zuständigkeit für das Verwaltungsgericht des Bundes lediglich, wenn ein Fall des Art 102 Abs 2 B-VG vorliegt, also die unmittelbare Bundesverwaltung⁷⁶ schlechthin⁷⁷ (vgl Art 131 Abs 2 **Z 1** E). Wenn eine Angelegenheit nicht in Art 102 Abs 2 B-VG normiert ist und deshalb in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen ist, ist ebenfalls das Landesverwaltungsgericht zuständig. Diese Zuständigkeit wäre ist dem Entwurf nach selbst dann gegeben, wenn eine erst- oder letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesministers gegeben wäre.⁷⁸ Das Verwaltungsgericht des Bundes wird nicht tätig, wenn ein Fall des Art 102 Abs 1 zweiter Satz vorliegt. Das ist der Fall, wenn zwar Bundesbehörden tätig werden, diese aber in ihrer Funktion dem Landeshauptmann unterstehen. Nach Art 131 Abs 2 **Z 2** E kann jedoch bei Bescheidbeschwerdeangelegenheiten (Art 130 Abs 1 E) das Materiengesetz (Bundesgesetz) die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes normieren.

Interessant ist jedoch, dass durch Bundesgesetz in beiden Zuständigkeitsfällen des Art 131 Abs 2 E (**Z 1** und **2**) die Kompetenz auf die Verwaltungsgerichte der Länder übertragen werden kann. Dafür ist aber die Zustimmung der Länder notwendig. Somit müssen alle neun Länder zustimmen und bereits bei einer Versagung wird die Zuständigkeitsübertragung verhindert.⁷⁹ Da dem Bundesverfassungsgesetzgeber aber die Kompetenz-

⁷⁴ Vgl Art 129 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

⁷⁵ Vgl Erläuterungen zu 94/ME 23. GP 3.

⁷⁶ Der Begriff „unmittelbare Bundesverwaltung“ stellt jedoch keinen restlos geklärten Begriff dar, wie anhand der Sicherheitsverwaltung zu erkennen ist. Die Sicherheitsverwaltung ist nicht Teil der unmittelbaren Bundesverwaltung, weil diese Angelegenheit durch die Verfassung (Art 78a Abs 1 B-VG) der Vollzugskompetenz des Bundes zugewiesen ist, vgl mwN *Wiederin* in *Holoubek/Lang* 36 f. AA *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 321; vgl auch *Stolzlechner* in *Holoubek/Lang* 60.

⁷⁷ Kritisch *Stolzlechner*, in *Holoubek/Lang* 58, welcher die Frage aufwirft, was mit den „Mischformen“ der Vollziehung von Bundesangelegenheiten, welche weder klar dem Typus der mittelbaren Bundesverwaltung noch dem klassischen Typus der unmittelbaren Bundesverwaltung zuzuordnen sind, passieren soll.

⁷⁸ Wieder kritisch *Stolzlechner* aaO 58 f, mit Verweis auf § 373c GewO und § 100 Abs 1 lit e WRG.

⁷⁹ Vgl Erläuterungen aaO 16 zu Z 36 (Art 131).

Kompetenz, also die Ermächtigung zur Verteilung der Kompetenzen, zukommt, müsste eine solche Übertragungsbestimmung bundesverfassungsrechtlich normiert werden.⁸⁰ Zweckmäßiger wäre jedoch, wenn nicht nur der Bund auf das Land sondern auch die Länder auf den Bund Kompetenzen übertragen könnten.⁸¹ Dh, es sollte vice versa möglich sein, dass durch Landesgesetze ausnahmsweise einzelne Zuständigkeiten der Landesverwaltungsgerichte auf das Bundesverwaltungsgericht übertragen werden könnten, wenn der Bund zustimmt.⁸² Hierbei ist jedoch zu beachten, dass zuerst einmal alle neun Länder einen Konsens finden müssten, andernfalls würde bereits die Zuständigkeitsübertragung am mangelnden Konsens der Länder scheitern. Allein aufgrund des Erfordernisses, dass eben alle neun Länder einer Kompetenzübertragung zustimmen müssten, bannt mE die Gefahr einer so weitgehenden Kompetenzverschiebung, dass bereits eine Totaländerung der Verfassung (Stichwort: Bundesstaatliches Prinzip) anzunehmen wäre. Anderenfalls wäre bei Beschluss über diese gesamtändernden Verfassungsnorm neben einem erhöhten Präsenz- und Konsensquorum im Nationalrat auch eine Volksabstimmung (vgl Art 44 Abs 3 B-VG) von Nöten.⁸³

3.2.4. Ändert der Asylgerichtshof etwas am System der Landesverwaltungsgerichte?

Mit dem BGBl I 4/2008 wurde jedoch ein (Bundes)Asylgerichtshof (AsylGH) eingerichtet. Gem Art 129d Abs 1 B-VG idFd 1.BVRBG hat der Asylgerichtshof seinen Sitz in Wien und ist die Errichtung von Außenstellen zulässig. Aufgrund dieser Ermächtigung wurde § 1 Abs 2 AsylGHG einfachgesetzlich erlassen und die Außenstelle in der Stadt Linz normiert. Für eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit wird sich dadurch nicht allzu viel ändern, jedoch könnte in kommenden Entwürfen von mehreren Bundesverwaltungsgerichten ausgegangen werden⁸⁴, sofern man sich von einem möglichen Konzept von „allzustän-

⁸⁰ Siehe *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 249 ff.

⁸¹ Für eine Übertragung von Kompetenzen möglicher Landesverwaltungsgerichte an ein mögliches Bundesverwaltungsgericht, *Wiederin* in *Holoubek/Lang* 41; weiterführend, *derselbe* in, Bundesstaat neu, in ÖJK (Hrsg), Der Österreich-Konvent: Zwischenbilanz und Perspektiven 2004) 49 (69 ff).

⁸² So *Stöger*, JRP 2007, 238.

⁸³ Vgl dazu auch *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 547 ff.

⁸⁴ *Stöger*, in JRP 2007, 233.

digen Landesverwaltungsgerichten“ – wie oben beschrieben – entfernt. ME droht der Asylgerichtshof aber zu einem Sonderverwaltungsgerichtshof zu verkommen, was auf Bundesebene unter Umständen zu einer Rechtsprechungskörperzersplitterung führen könnte. Denn gem Art 129c B-VG idF 1.BVRBG entscheidet der Asylgerichtshof nach Erschöpfung des Instanzenzuges über Bescheide der Verwaltungsbehörden in Asylsachen (Z 1) und in sonstigen Verwaltungssachen, die ihm durch Bundesgesetz zugewiesen werden (Z 2). Nach Z 3 entscheidet der AsylGH über Säumnisbeschwerden in den Fällen der Z 1 und Z 2. Der Asylgerichtshof tritt grundsätzlich an die Stelle des bisherigen Unabhängigen Bundesasylsenates (UBAS).⁸⁵

Wichtig zu betonen ist, dass die möglichen Landesverwaltungsgerichte keinen höchstgerichtlichen Charakter besitzen würden und dass diese deshalb auch nicht von der Amtshaftung ausgenommen werden sollten (vgl aber § 2 Abs 2 AHG). Anderes hingegen normiert das neue AsylGHG - hier schließt § 25 Ersatzansprüche sowohl nach dem AHG, als auch nach dem OrgHG aus. Sieht man im Asylgerichtshof ein Höchstgericht, dann ist der Ausschluss von der Amtshaftung rechtskonform.⁸⁶ *Muzak*⁸⁷ hingegen vertritt die begründete Ansicht, dass dieser Ausschluss der Amtshaftung in § 25 AsylGHG verfassungswidrig sei, da dem Asylgerichtshof lediglich „höchstgerichtsähnlicher“ und kein „höchstgerichtsgleicher“ Charakter zukomme und daher der sinngemäße Ausschluss der in der österreichischen Rechtsordnung statuierten Höchstgerichte (VfGH, OGH und VwGH, vgl § 2 Abs 3 AHG) von der Amtshaftung nicht anwendbar sei. *Muzak* erachtet die Einräumung von Amtshaftungsansprüchen insb dann geboten, wenn eine Entscheidung des AsylGH gem Art 144a B-VG vom VfGH wegen der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte oder der Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm aufgehoben wird. Durch § 25 AsylGHG sei aber selbst dann der Amtshaftungsanspruch verwehrt, wenn der VfGH die Entscheidung des AsylGH einer Überprüfung gem Art 144a B-VG unterzogen, eine Grundrechtsverletzung festgestellt und darüber in diesem Sinne darüber erkannt hat. Freilich könnte man mE gegen den Ausschluss von Entscheidungen des AsylGH von Ersatzansprüchen auch den Wortlaut des § 2 Abs 3 AHG heranziehen, der ausdrücklich lediglich Entscheidungen „des Verfassungsgerichtshofes, des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes“ von Ersatzansprüchen ausnimmt. Da man aber dieser Bestim-

⁸⁵ Vgl Erläuterungen zu 314 der Beilagen, 23. GP 3.

⁸⁶ So *Wiederin*, *migraLex* 2008, 8.

⁸⁷ *Muzak*, in: *Muzak/Rohrböck*, *Der Asylgerichtshof* (2008) 106.

mE lediglich die Wertung entnehmen kann, dass *ordentliche* Gerichte nicht über Rechtswidrigkeiten einer Entscheidung der Höchstgerichte erkennen sollen, könnte Art 137 B-VG als eine Art „subsidiärer Rechtsbehelf“ als Grundlage für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus Entscheidungen des AsylGH herangezogen werden.⁸⁸ Denn Art 137 B-VG normiert, dass der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände zu erkennen hat, sofern diese weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen, noch durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind. Logische Konsequenz ist mE daher, dass der Ausschluss von Ersatzansprüchen gem § 25 AsylGHG bestehen bleiben kann, da sich der Rechtsunterworfenen mit vermögensrechtlichen (sic!) Ersatzansprüchen in Folge rechtswidriger Entscheidungen des AsylGHG im Rahmen der Kausalgerichtsbarkeit direkt an den VfGH wenden und bei diesem ein Leistungsbegehren im Rahmen einer Verfassungsgerichtshofbeschwerde gem Art 137 B-VG (Ersatz des vermögensrechtlichen Schadens) einbringen könnte. Die Geltendmachung von Haftungsansprüchen im Rahmen der Kausalgerichtsbarkeit sehe ich dadurch als gerechtfertigt an, da unter einem „vermögensrechtlichen“ Anspruch iSv Art 137 B-VG jedenfalls ein auf Geld, aber auch ein auf eine geldwerte Leistung gerichteter Anspruch zu verstehen ist und auch § 1 Abs 1 AHG normiert, dass der Schaden nur in Geld zu ersetzen ist. Ist daher der Zugang zum AHG verwehrt, müsste mE der Schadenersatzanspruch subsidiär gem Art 137 B-VG durchgesetzt werden können. Der Anspruch in Folge der rechtswidrigen Entscheidung durch den AsylGH könnte demnach vor dem VfGH gegen den Bund geltend gemacht werden. Da Art 137 B-VG ein Verschulden nicht fordert, wäre mE lediglich auf die Rechtswidrigkeit und auf die Zurechenbarkeit des Verhaltens zum Bund abzustellen. Da anders als im Anwendungsbereich des AHG ein Verschulden des Bundes/der Bundesbehörde nicht zu prüfen sein würde, wäre die Art 137 B-VG-Klage für den geschädigten Kläger auch vorteilhafter.

Der Umstand aber, dass der AsylGH eventuell doch als Höchstgericht verstanden werden könnte (abgesehen von der Einrichtung der Grundsatzentscheidung!), bestärkt mich auch in der weiteren Annahme, dass der AsylGH im Rahmen einer möglichen Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit als spezielles Höchstgericht „stehengelassen“ werden könnte. In weiterer Folge könnten etwa die möglichen Landesverwaltungsgerichte als erstinstanzliche Verwaltungsgerichte zwingend dem Asylgerichtshof vorgeschaltet und aufgrund dieser zweigliedrigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Asylrechtssachen der Rechts-

⁸⁸ Ähnlich *Potacs*, für Staatshaftungsansprüche gegen Höchstgerichte, in: Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJZ Band I/1 69.

zug an den VwGH abgeschafft werden. Der Rechtsschutz wäre mE daher nicht beeinträchtigt, sondern vielmehr erweitert, da somit zwingend ein Instanzenzug vom möglichen Landesverwaltungsgericht an den AsylGH gegeben wäre. Abgesehen davon hätte der Asylgerichtshof sodann als letztinstanzliches Verwaltungsgericht aber nicht nur – wie de lege lata der VwGH – über Grundsatzentscheidungen zu entscheiden, sondern müsste der Rechtszug an den AsylGH ausnahmslos zwingend gewährt werden. Dies würde einer Entlastung des VwGH dienen und gleichzeitig den Rechtsschutz des Beschwerdeführers in Asylsachen auf ein solides Fundament – nämlich den cognitiven Instanzenzug innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit - stellen.

In diesem Zusammenhang muss aber auch darauf verwiesen werden, dass die Möglichkeit bestünde ein mögliches Bundesverwaltungsgericht, welches für die Kontrolle der unmittelbaren Bundesverwaltung eingerichtet würde, mit einem Asylsenat auszustatten. Dementsprechend wären die Mitglieder des derzeitigen Asylgerichtshofes zu übernehmen und müsste der Asylgerichtshof verfassungsgesetzlich organisatorisch aufgelassen werden. Sodann würde lediglich personelle Kontinuität zu den übernommenen Asylsenatsmitgliedern beim möglichen Bundesverwaltungsgericht bestehen. In diesem Fall würde aber der Asylsenat beim Bundesverwaltungsgericht (weiterhin) in erstgerichtlicher Instanz entscheiden und bliebe der – de lege lata eingeschränkte - Rechtszug an den VwGH bestehen. Die Versetzung der Mitglieder des Asylgerichtshofes an ein mögliches Bundesverwaltungsgericht wäre wohl verfassungsrechtlich unbedenklicher, als die Versetzung und Verteilung an neun Landesverwaltungsgerichte. In beiden Fällen dürfte mE aber die Versetzung der Mitglieder des AsylGH verfassungsrechtlich zulässig sein, da durch die organisatorische Auflösung des Asylgerichtshofes der Ausnahmetatbestand der „Veränderung in der Verfassung der Gerichte“ (Art 88 Abs 2 B-VG) wohl schlagend wird. Wenn demnach bereits eine „Veränderung“ rechtfertigt, dann dürfte mE gemäß dem Schluss vom Größeren auf das Kleinere erst recht die „Auflösung“ des Gerichtshofes rechtfertigen. Bei der „Veränderung“ ist der Eingriff in die Gerichtsorganisation mE größer, da das Gericht weiterhin – aber verändert - besteht, währenddessen bei einer Gerichts(total)auflösung kein Eingriff in die konkrete Gerichtsorganisation mehr möglich ist, das das Gericht eben nicht mehr besteht. Das Vorhaben einer *zweckmäßigen Gerichtsauflösung* darf mE nicht ad absurdum geführt werden. Insb der Zweckmäßigkeit ist mE dabei maßgebliches Gewicht zuzuordnen und ergibt sich das Erfordernis der „**Zweckmäßigkeit**“ mE ausdrücklich aus dem Art 88 Abs 2 B-VG, wenn dort normiert wird, dass „Die dargelegten Bestimmungen [...] jedoch auf Überset-

zungen und Versetzungen [...], die durch Veränderungen in der Verfassung der Gerichte **nötig** werden keine Anwendung [finden].“

Meiner Ansicht nach dürfte aber das Problem des Asylgerichtshofes, insb die Gefahr dessen möglicher zukünftigen „Unterbelastung“, nicht den Ausschlag dafür geben, dass man zwingend von der Vorstellung eines Bundesverwaltungsgerichtes auszugehen hätte. Eine solche Lösung mittels Bundesverwaltungsgerichtes erachte ich deshalb für nicht zweckmäßig, da mE die Verwaltungskontrolle – in organisatorischer Sichtweise - auf föderaler Basis, also auf Basis möglicher Landesverwaltungsgerichte, bürgernäher und rechtsschutzfreundlicher, weil dezentraler erscheint. Freilich ist damit nicht gesagt, dass ein Bundesverwaltungsgericht – organisatorisch – nicht ebenso bürgernahe eingerichtet werden könnte, so insb durch die Einrichtung von (unselbständigen) Außenstellen etwa in jedem Bundesland.

3.2.5. Unabhängiger Finanzsenat (UFS) und eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit

Im Konnex mit der möglichen Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit steht die Zukunft des UFS als **spezielle weisungsfreie Verwaltungsbehörde** für Angelegenheiten des Finanzrechts. Um aber nicht spezifisch auf die Zukunft des derzeitigen UFS einzugehen, möchte ich nur die Frage nach dem Verhältnis dieser Behörde zu möglichen erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten grob analysieren. Eine Variante stellt die Eingliederung des UFS in eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, oder aber auch in ein mögliches Bundesverwaltungsgericht, welches neben Landesverwaltungsgerichten bestehen würde, dar.⁸⁹

Bei einer geplanten umfassenden Eingliederung in mögliche Landesverwaltungsgerichte dürfen mE die besonderen Eigenschaften des UFS nicht außer Acht gelassen werden. Es ist mE im Hinblick auf die Unabhängigkeit vor einer Eingliederung des UFS in eine mögliche (Landes)Verwaltungsgerichtsbarkeit zu warnen, da der UFS zuvor einmal in das VI. Hauptstück des B-VG übernommen oder aber eine entsprechende Verfassungsbestimmung erlassen werden müsste. Der UFS kann derzeit durchaus als „weisungsfreie Kollegialbehörde **ohne** richterlichen Einschlag mit Ansätzen zur Selbstverwaltung“ angesehen werden,

⁸⁹ Vgl den Ministerialentwurf 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

wobei aber an der Tribunalsqualität im Sinne Art 6 EMRK nicht zu rütteln sein wird.⁹⁰ Auf der anderen Seite stellt sich insb beim UFS auch die Frage, ob es nicht zweckmäßiger wäre den UFS als eigenes Bundesverwaltungsgericht einzurichten⁹¹, wobei aber auch die Möglichkeit bliebe – ganz dem föderalen Gedanken folgend – mehrerer Finanzgerichte einzurichten. Diese dezentralen Finanzgerichte könnten auch durch die „Verselbständigung der Außenstellen“ herbeigeführt werden.⁹² Auf diese Art und Weise wäre mE die Variation von „Finanzgerichten des Bundes in den Ländern“ zu sprechen und könnte ein ähnliches Zuständigkeitssystem, wie oben bereits im Zusammenhang mit möglichen Landesverwaltungsgerichten erwähnt, aufgebaut werden, nämlich, dass in kleineren Ländern (zB Tirol und Vorarlberg) ein gemeinsames Finanzgericht des Bundes eingerichtet werden könnte. Dies würde auch nichts an der Qualität der Behörde als Bundesbehörde ändern und käme daher auch mit einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in Kollision. Diese „Bundesfinanzgerichte in den Ländern“ könnten mE ebenso über Art 15a-Gliedstaatsverträge finanziert werden, nämlich in der Form, dass den Ländern ein Kostenbeitrag etwa im Ausmaß von 25 % (bei zwei Ländern jeweils 12,5 %) zur Installation und Erhaltung auferlegt wird, da diese vom dezentralen Bundesbehördengefüge profitieren würden.

3.3. Eingliederung in die ordentliche Gerichtsbarkeit?

Nicht ausdrücklich normiert, aber der Jud⁹³ zu entnehmen ist, dass es gem Art 94 B-VG keinen Instanzenzug von einer Verwaltungsbehörde an ein ordentliches Gericht geben darf. Im Umkehrschluss darf es auch keinen Instanzenzug von einem ordentlichen Gericht an eine Verwaltungsbehörde geben. Weiters müssen die Aufgaben der Vollziehung vom einfachen Gesetzgeber entweder der Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit überantwortet sein.⁹⁴ Die für den Vollzug kompetenten Behörden sind entweder als Verwaltungs- oder als

⁹⁰ Grof, ZUV 2003, 62 f.

⁹¹ Auf die Gefahr einer Verfahrensrechtszersplitterung erster Instanz hinweisend, *Wiederin in Holoubek/Lang* 33 f.

⁹² Vgl *Fellner*, SWK 2007, T 20.

⁹³ Vgl VfSlg 7882, 9590.

⁹⁴ VfSlg 8349.

Gerichtsbehörde einzurichten und außerdem darf kein „Weisungsband“ zwischen Organen der Gerichtsbarkeit und Organen der Verwaltung vorhanden sein.⁹⁵

Um das Verhältnis der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit etwas zu verdeutlichen, sei ein Blick auf das System der ungarischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gestattet. In Ungarn ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die allgemeine Gerichtsbarkeit eingegliedert. Dem ungarischen Komitatgericht sind mehrere Bezirksgerichte (für Zivil- und Strafsachen) untergeordnet. Beim Komitatgericht wird in Verwaltungsrechtssachen an den Sitz der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde angeknüpft, um die örtliche Zuständigkeit zu ersehen. Der Rechtszug geht nach der Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges (grundsätzlich zweiinstanzlich) direkt an das Komitatgericht - nicht an das BG - und von diesem in bestimmten Fällen an das Oberste Gericht. Dieses oberste Gericht ist in drei Kollegien, nämlich Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen untergliedert.⁹⁶ Auch wenn diese junge (seit 1996) und moderne Art von Verwaltungsgerichtsbarkeit übersichtlich und straff organisiert zu sein scheint, kann die eindeutige Unvereinbarkeit dieser Ausgestaltung mit der österreichischen Bundesverfassung konstatiert werden. **Ein System der Eingliederung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die ordentliche Gerichtsbarkeit in Österreich ist aufgrund Art 94 B-VG verfassungsgesetzlich unzulässig.** Es ist von einer uneingeschränkten Kompetenztrennung von Justiz und Verwaltung auszugehen, diese durch einfaches Gesetz nicht ausgeschaltet werden kann. Demnach wäre dafür eine Gesamtänderung der Verfassung (vgl Art 44 Abs 3 B-VG) notwendig, da dadurch eines der der Verfassung zugrunde gelegten Leitprinzipien (Gewaltentrennendes Prinzip) aufgegeben würde.⁹⁷

Tatsache ist, dass eine Gerichtsbehörde und eine Verwaltungsbehörde demnach nicht „in einer und derselben Sache“ entscheiden können.⁹⁸ Die Überprüfung einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung durch ordentliche Gerichte ist verfassungsgesetzlich schlicht unzulässig.⁹⁹

Einem Vorschlag die Verwaltungsgerichtsbarkeit gleich dem System der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit von dem Begriff „Gerichtsbarkeit“ verfassungsrechtlich zu trennen und in die Staatsfunktion „Verwaltung“ zu überführen, muss mE mit größtem Widerstand entgegnet werden.¹⁰⁰ Hier besteht mE die akute Gefahr, dass sich eine solch

⁹⁵ VfSlg 7882.

⁹⁶ Siehe *Moritz*, ZUV 2003, 7.

⁹⁷ VfSlg 1708, 2455.

⁹⁸ MaW *Mayer*, ÖZW 1991, 99.

⁹⁹ Vgl VfSlg 10.452.

¹⁰⁰ Anders aber *Frowein*, JBl 2005, 615.

„gespaltene“ Gerichtsbarkeit unterschiedlich entwickelt und in der Folge die Verwaltungsgerichtsbarkeit grundlegende Charakteristiken wie Unabhängigkeit, Weisungsfreiheit und Unabsetzbarkeit verlieren könnte.

3.4. Administrative „Kontrolle“ der Landesverwaltungsgerichte

Gerade für die ersten Jahre einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit wäre die Einrichtung einer bundesweiten Kontrollstelle zweckmäßig. Diese Kontrollstelle sollte aus 10 Verwaltungsrichtern bestehen, wobei aus jedem Bundesland/von jedem Landesverwaltungsgericht ein Verwaltungsrichter entsandt werden sollte. Bei einem gemeinsamen Landesverwaltungsgericht zweier Länder müsste demnach je ein Richter von jedem Land entsandt werden. Das zehnte Mitglied sollte ein entsandtes Mitglied des Verwaltungsgerichtshofes sein. Diese Kontrollstelle hätte über die zweckmäßige, wirtschaftliche, sparsame und effiziente Besorgung der Aufgaben der Landesverwaltungsgerichte zu „wachen“ und aufgrund von Verbesserungsvorschlägen „seinem“ jeweiligen Verwaltungsgericht zu berichten.¹⁰¹ Dem zehnten Mitglied dieser Kontrollstelle sollte die primäre Aufgabe zukommen, über die Schwachstellen in der Verbindung zwischen den einzelnen Landesverwaltungsgerichten und dem VwGH zu berichten und mit den anderen Kontrollstellenmitgliedern Vorschläge zur Verbesserung auszuarbeiten. Diesen Sitzungen könnten regelmäßig Sachverständige wie Universitätsprofessoren aus dem Bereich des öffentlichen Rechts in rein beratender Funktion beigezogen werden. Für die arbeitstechnische Durchführung der Aufgaben müssten der Kontrollstelle ein entsprechendes Personal sowie eine Evidenzstelle mit sämtlicher gesammelter verwaltungsgerichtlicher Jud und der dazugehörigen Lit zur Verfügung stehen. Diese „Kontrollstelle“ dürfte jedoch nur als Erfahrungssammlungsstelle zur **Effizienzverbesserung** verstanden werden. Über eine solche Kontrollstelle darf es freilich zu keiner Einflussnahme von außen auf die Landesverwaltungsgerichte kommen. Deshalb müssten die ausgearbeiteten Vorschläge reine Berichts- und keine interne Bindungswirkung haben. Sie sollten lediglich zur Koordination der judikativen Tätigkeit dienen, was mE auch einfachgesetzlich festgehalten werden sollte.¹⁰²

¹⁰¹ Vgl die Einrichtung eines Controlling und Berichtswesens beim Asylgerichtshof in § 20 AsylGHG.

¹⁰² Der Wortlaut „Anschein an Einflussnahme an der Rsp“ in § 20 Abs 6 AsylGHG ist mE nicht ausreichend um eine wirkliche Einflussnahme zu verhindern, da der Begriff „Anschein“ nicht nur objektiv sondern auch

3.5. Mein Vorschlag:

„A. Landesverwaltungsgerichte, Asylgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof“

„**Artikel 129.** (1) Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung sind die Landesverwaltungsgerichte in den Ländern, der Asylgerichtshof und als Höchstgericht der Verwaltungsgerichtshof in Wien berufen.“

(2) In jedem Land besteht ein Landesverwaltungsgericht. Durch übereinstimmende Landesverfassungsgesetze können auch gemeinsame Landesverwaltungsgerichte errichtet werden. Wenn es aus langfristiger Sicht aufgrund einer besonderen Situation erforderlich und geeignet erscheint, können weitere Landesverwaltungsgerichte oder Außenstellen errichtet werden. Dabei sind Kriterien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht völlig außer Acht zu lassen.

(3) Art 89 gilt sinngemäß für Landesverwaltungsgerichte, den Asylgerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof.“

4. Beschwerdegegenstand vor möglichen Landesverwaltungsgerichten

Welches Verwaltungshandeln soll bei möglichen Landesverwaltungsgerichten bekämpft werden können? Was soll also der Beschwerdegegenstand vor möglichen Landesverwaltungsgerichten sein?

4.1. Verwaltungshandeln

Eine Umschreibung oder gar Systematisierung des Handelns der Verwaltung stellt aufgrund der relativ vielfältigen Ausgestaltung oft eine Schwierigkeit dar. In der Verwaltungs-

subjektiv verstanden werden kann. Außerdem kommt dem Beschwerdeführer kein subjektiv-öffentliches Recht zu, ein solches Einfluss nehmendes Controlling zu bekämpfen.

rechtslehre nehmen aber entgegen dieser Vielfalt bestimmte formalisierte Verwaltungsakttypen eine hervorgehobene Stellung ein.¹⁰³

4.1.1. Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung

Das Verwaltungshandeln lässt sich grundsätzlich in Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung unterteilen. Die Privatwirtschaftsverwaltung lässt sich auch als nicht-hoheitliche Verwaltung umschreiben.¹⁰⁴ Hoheitlich handeln Verwaltungsorgane, wenn sie einseitig anordnen und dadurch ihre Befehlsgewalt (das sogenannte *imperium*) ausüben. Sie erlassen in diesem Rahmen Bewilligungen, Verbote, Strafen etc.¹⁰⁵ Doch nicht jedes Verwaltungshandeln, welches hoheitlich erscheint ist tatsächlich auch Hoheitsverwaltung. Es lassen sich folgende Grundsätze für hoheitliches Verwaltungshandeln aufstellen:

- Auf die Definition „öffentliche Verwaltung“ oder „öffentliche Aufgabe“ kommt es nicht an, denn nicht alles „Öffentliche“ muss im hoheitlichen Bereich vollzogen werden
- Auf den Konnex mit einer öffentlichen Regelung kommt es ebenfalls nicht an, denn nur weil das Verwaltungshandeln mit einer öffentlichen Regelung zusammenhängt, ist dieses noch lange keine hoheitliche Handlung.
- Des Weiteren ist das Verwaltungshandeln im Zusammenhang mit „öffentlichen Mitteln“ für die Definition der Hoheitsverwaltung nicht erheblich.
- Zuletzt ist nicht jedes Handeln eines mit behördlichen Befugnissen ausgestatteten Organs ein hoheitliches Handeln.¹⁰⁶ Für die Definition als „Hoheitsverwaltung“ ist allein das „rechtstechnische Mittel“ bedeutend, das von der Gesetzgebung zur Disposition gestellt wurde. „Hoheitliche Verwaltung liegt vor, wenn die Verwaltungsorgane mit "imperium", also unter Einsatz spezifischer staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt auftreten. Sie handeln dabei in jenen Rechtssatzformen, die das öf-

¹⁰³ Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 710.

¹⁰⁴ Raschauer aaO Rz 753.

¹⁰⁵ Raschauer aaO Rz 720.

¹⁰⁶ Grundlegend VfSlg 3262; vgl auch Raschauer aaO Rz 725 ff.

fentliche Recht für die Ausübung von behördlichen Befugnissen zur Verfügung stellt.“¹⁰⁷

Hoheitsverwaltung definiert sich somit nicht über das Wesen der Aufgabe oder über die Bedeutung des Entscheidungsträgers. Die Hoheitsverwaltung wird schlicht durch Gesetz normiert. Ob Hoheitsverwaltung vorliegt, muss nach der Rsp am Inhalt des Verwaltungsaktes gemessen werden. Hat die Behörde zu Unrecht ihre Befugnis zum Handeln in hoheitlicher Verwaltung angenommen, so ist der Verwaltungsakt trotzdem hoheitlicher Prägung.¹⁰⁸ Dem folgend zeigt sich die Ermächtigung zum hoheitlichen Handeln in den Ermächtigungen zum Erlass von Bescheiden oder Verordnungen oder zur Setzung von Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ). Davon abgesehen, stellen auch die Weisung und der Vollstreckungsakt einen Hoheitsakt dar. Die Weisung ist jedoch als hoheitlicher Befehl im Innenbereich der Verwaltung anzusehen. Sie bedingt die hierarchische Organisation derselben und lässt die Außenrechtslage unberührt.¹⁰⁹ Auch Akte von „Beliehenen“ sind als hoheitliche Verwaltungsakte zu verstehen. Beliehene sind Private (juristische Personen des Privatrechts), diesen hoheitliche Aufgaben übertragen worden sind. Die Beleihung erfolgt durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt. Die hoheitlichen Akte der Organe des Beliehenen werden somit in der Folge der betreffenden Gebietskörperschaft zugeordnet.¹¹⁰

Die nicht-hoheitliche Verwaltung oder auch Privatwirtschaftsverwaltung findet sich besonders in der Verwaltung der Verwaltung. Diese tritt auch unter dem Begriff „fiskalische Hilfsgeschäfte“ zum Vorschein. Hier werden zivilrechtliche Verträge abgeschlossen, wobei ein Vertragspartner dem Staat zuzurechnen ist. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist nach außen hin Privatwirtschaftsverwaltung. Es wird eine öffentliche Ausschreibung getätigt, aufgrund derer eine zivilrechtliche Aufforderung zur Anbotstellung ergeht. Die interne Prüfung der von den Anbietern gelegten Angebote wird aber im Rahmen der hoheitlichen Verwaltung durchgeführt. Mit der Prüfung sind eigene Kontrollbehörden betraut, die nach den Regeln des öffentlichen Rechts verfahren. Trotzdem bleibt die Vergabe des öffentlichen Auftrags ein nicht-hoheitlicher Verwaltungsakt und ist daher zur Privatwirtschafts-

¹⁰⁷ VfSlg 16.104.

¹⁰⁸ VfSlg 3952, 4643, 5355, 7436; VfSlg 2465, 4415, 8350, 8807, 9416, 11.467; VfGH 8.10.1988, V53/87.

¹⁰⁹ Raschauer aaO Rz 728 und 974.

¹¹⁰ Vgl VfSlg 14.473, 15.385, 16.048; VwSlg 15.685 A.

verwaltung zu zählen. Ebenfalls grundsätzlich nicht-hoheitlich ist die Subventionsverwaltung.¹¹¹ Hier ergeht eine zivilrechtliche einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung, dass eine Förderung vergeben wird.¹¹²

Die Frage, ob ein Rechtsträger im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden kann, hängt einerseits vom Umfang seiner Rechtsfähigkeit und andererseits von den maßgeblichen Rechtsvorschriften ab. Verfassungsmäßig konstituierte Rechtsträger benötigen zumindest eine gewisse verfassungsrechtliche Bestimmung ihrer Rechtsfähigkeit.¹¹³ In allen anderen Fällen ist bei der Bestimmung der Rechtsfähigkeit auf die einfachen Gesetze zu achten.¹¹⁴ Ein wesentlicher Unterschied zur hoheitlichen Verwaltung ist, dass nach unstrittener, aber überwiegender Ansicht das Legalitätsprinzip (Art 18 Abs 1 B-VG) für die Privatwirtschaftsverwaltung nicht gilt.¹¹⁵

Die überwiegende Meinung¹¹⁶ geht weiters von einer Wahlfreiheit des Gesetzgebers zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung aus. Diese Wahlfreiheit ist in deren Grenzen aber nicht unumstritten, denn die verfassungsrechtlichen Anordnungen für die hoheitliche Verwaltung in Form des Legalitätsprinzips und der Kontrolle durch die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts gelten nicht für die Privatwirtschaftsverwaltung, da der gerichtliche Rechtsschutz Teil des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystems ist, welcher ausreichenden Rechtsschutz gegen privatrechtliche Handlungsformen gewährt. Daher wird von einem Teil der Lehre aber abgeleitet, dass der Gesetzgeber demnach nicht frei zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung wählen darf.¹¹⁷ *Thienel* ist daher der Auffassung, dass, da die Verfassung für bestimmte Rechtsquellentypen mit bestimmten typischen Wirkungen jeweils ein eigenes effektives Rechtsschutzsystem bereit stellt, der Gesetzgeber nicht frei zwischen hoheitlichem und privatrechtlichem Handeln wählen darf, eben weil dieser anderenfalls das durch die Verfassung aufgebaute Rechtsschutzsystem „unterlaufen“ würde. *Thienel* stellt bei seiner Auffassung die von der Verfassung für be-

¹¹¹ Vgl die Ausnahme im Studienförderungsgesetz 1992. Gem § 41 Abs 3 ist über einen Antrag auf Studienbeihilfe mit Bescheid zu entscheiden.

¹¹² Vgl *Raschauer* aaO Rz 747 – 753;

¹¹³ Vgl § 3 Abs 2 WKG.

¹¹⁴ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 561.

¹¹⁵ *Rill*, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Wenger 57; *Korinek/Holoubek*, ÖZW 1995, 3; vgl auch VfSlg 7716, 7717, 8320; OGH 24. 11. 1988, 6 Ob 694/88 = JBl 1990, 169. Siehe auch VfSlg 15.059.

¹¹⁶ Vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ Rz 239; kritisch *Raschauer*, ÖZW 1977, 1.

¹¹⁷ So *Thienel*, Der Mehrstufige Verwaltungsakt, Juristische Schriftenreihe Band 92 (1996) 63 mit Verweis auf VfSlg 11.492.

stimmte Rechtsquellentypen mit bestimmten typischen Wirkungen ausgestalteten Rechtsschutzsysteme (ordentliche Gerichtsbarkeit/öffentlich-rechtliche Gerichtsbarkeit) in den Mittelpunkt und meint, dass der Gesetzgeber dann in dessen Wahlfreiheit beschränkt ist, wenn dieser diese typischen Wirkungen mit einem bestimmten Verwaltungshandeln verbinden möchte.¹¹⁸

4.1.2. Schlichte Hoheitsverwaltung

Unter schlichter Hoheitsverwaltung versteht die Lehre und Rsp Verwaltungshandeln, das im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung gesetzt wird, selbst aber nicht normativer Natur ist.¹¹⁹ Beispielsweise sei eine Auskunft im Zusammenhang mit einem behördlichen Verfahren genannt. Dieses schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln findet seine Anerkennung durch den Gesetzgeber beispielsweise in § 88 Abs 2 Sicherheitspolizeigesetz (SPG), welcher wie folgt lautet:

„Außerdem erkennen die Unabhängigen Verwaltungssenate über Beschwerden von Menschen, die behaupten, **auf andere Weise** durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein, sofern sie nicht in Form eines Bescheides erfolgt“. Hier wurde ein spezieller Rechtsschutz für schlicht-hoheitliches Polizeihandeln entwickelt.¹²⁰

4.1.3. Administrative Entscheidung und administrative Rechtsdurchsetzung

Als grundlegendes Theorem der Verfassungsrechtslehre gilt die sogenannte „**Geschlossenheit des Rechtsquellensystems**“.¹²¹ Nach dieser These ist der einfache Gesetzgeber verfassungsgesetzlich nicht ermächtigt, neue Rechtsquellen zu schaffen.¹²² Diese Theorie von der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems ist aber kein verfassungsrechtlich normiertes Prinzip, sondern ein bei der Auslegung der Verfassung vorangehendes Konzept.

¹¹⁸ Thienel aaO 64.

¹¹⁹ Vgl für schlichtes Polizeihandeln VfSlg 9783, 11.935, 10.782 ua.

¹²⁰ Vgl VwSlg 13.368, 14.096 A; siehe Raschauer aaO Rz 729 f; Bachmann et al, Besonderes Verwaltungsrecht⁶ 28; idZ auch VwSlg 14.701 A.

¹²¹ Vgl VfSlg 7593, 17.137, 17.172, 17.394.

¹²² Vgl VfSlg 9226.

Diese These ist zwar im Kern unbestritten, dies aber nur in Bezug auf generelle Rechtsquellen. Demnach enthält die Bundesverfassung eine taxative (erschöpfende) Typologie aller in der nationalen Rechtsordnung gültigen generellen Rechtsquellen – diese Konsequenz folgt aus der Analyse der verfassungsrechtlichen Erzeugungstatbestände und Rechtsschutzregeln.¹²³

Da diese These aber nur hinsichtlich der generellen Rechtsquellen überwiegend unbestritten ist, wird zT die Ansicht vertreten, dass deshalb keine „Versteinerung“ des Rechtsquellensystems angenommen werden sollte, da eine solche Annahme unflexibel sei insb dann, wenn ein Rechtsakt den Grundannahmen dieser theoretischen Konstruktion widerstreite. Demnach werde lediglich die „zentrale Rolle des Gesetzes im Rahmen der parlamentarischen Demokratie“ durch die These betont.¹²⁴

Der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ zufolge führen die Rechtserzeugungsregelungsdichte und die vorausgesetzte verfassungsgesetzliche Ermächtigung zur Rechtserzeugung also zur Annahme, dass nur die in den verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsquellen zulässig sein können. Die determinierte Aufzählung der Beschwerdegegenstände im Rechtsschutz vor dem VwGH und VfGH sprechen ebenfalls für eine solche Sicht.¹²⁵ Diese Sicht der Dinge ist zwar – wie bereits im Hinblick auf die Unterscheidung von generellen und individuellen Rechtsquellen erwähnt - relativ, kann aber trotzdem zu den wichtigsten Erkenntnissen der Verfassungsrechtslehre Österreichs gezählt werden.¹²⁶

Aus dieser relativierten Sichtweise kann grundsätzlich angenommen werden, dass sich die Zulässigkeit einer Handlungsform nach der theoretischen Konzeption der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ auf **Rechtsquellen** bezieht. Ungeachtet dessen ist diese Rechtsquelleneigenschaft einer Handlungsform allerdings anhand ihrer **Normativität** im Einzelfall zu messen.¹²⁷

Daher ist mE mit der These der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ noch nicht endgültig über die Zulässigkeit der zu prüfenden Rechtsquelle abgesprochen, womit meiner Meinung nach eher von einem – plastisch gesprochen - „*offenen System* der Geschlossenheit der Rechtsquellen“ ausgegangen werden sollte. Demnach sollte der einfache Gesetzgeber nicht zur Schaffung neuer genereller Rechtsquellen ermächtigt sein, die Schaffung „neuer“ insb von der Rsp bereits herausgearbeiteter Rechtsquellenkonstrukte sollte

¹²³ Vgl Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² 497.

¹²⁴ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 259 f; kritisch derselbe, ÖJZ 2007, 679 ff.

¹²⁵ MaW Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 468 – 471; VfSlg 17.018, 17.358.

¹²⁶ So Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 538.

¹²⁷ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 274.

aber mE zulässig sein, wenn diese den Anforderungen, welche an individuelle Rechtsakte gestellt werden, entsprechen. Diese neuen individuellen Verwaltungsakte müssten mE daher zumindest als von einer staatlichen Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung förmlich oder relativ verfahrensfrei erlassene oder vereinbarte prinzipiell individuelle außenwirksame Normen oder unmittelbar gesetzte normative Befehle sein. Damit sollten mE in der Hauptsache nachfolgend gegliederte Kriterien für die Zulässigkeit als „neue“ Rechtsquelle maßgebend sein:

- der Akt (Bekanntgabe) der Erklärung
- im Bereich der Hoheitsverwaltung
- die Außenwirksamkeit des Verwaltungsaktes
- die prinzipielle Individualität der Erklärung/des Verwaltungsaktes
- die Normativität des Verwaltungsaktes

Demnach wäre also mE auch eine der Behörde bekanntgegebene vertragliche **Vereinbarung zwischen zwei Privaten**¹²⁸ über im Öffentlichen Recht entspringende Rechte und Pflichten (zB Forstwege, Wassernutzungsrechte etc) eine zulässige „neue“ individuelle Rechtsquelle, welche die oben genannten Kriterien zweifelsohne erfüllen würde. Gerade bei einer solchen interprivaten Vereinbarung bezweckt mE erst die Bekanntgabe an die Behörde in Verbindung mit einer In-Kenntnissetzung der beiden Vertragspartner über die Kenntnisnahme durch die Behörde die endgültige Normativität. Solange eine solche In-Kenntnissetzung nicht erfolgen würde, wäre mE sinngemäß einer Naturalobligation im Bürgerlichen Recht zu verfahren. Dementsprechend wäre die aufgrund dieser – der Behörde nicht zur Kenntnis gelangter – interprivaten Vereinbarung über Rechte und Pflichten des Öffentlichen Rechts erbrachte Vertragsleistung zwar nicht mangels Rechtsgrundes anfechtbar, also die Vereinbarung durch Antrag bei der Behörde aufhebbar, jedoch wäre die nicht erbrachte Vertragsleistung auch nicht – über Antrag bei der Behörde – einforderungsfähig.

4.1.3.1. Der Bescheid

Wie bereits erwähnt handelt die Behörde hoheitlich, wenn von der gesetzlichen Ermächtigung zum hoheitlichen Handeln Gebrauch gemacht wird. Die Behörde trifft aufgrund einer

¹²⁸ Zum verwaltungsrechtlichen Vertrag siehe weiter unten.

gesetzlichen Ermächtigung eine Entscheidung gegenüber dem Rechtsunterworfenen. Diese Entscheidung ergeht in Form eines Bescheides. Der Rsp zufolge ist ein Bescheid iSd Art 144 B-VG anzunehmen, wenn die Erledigung gegenüber individuell bestimmten Personen eine Verwaltungsangelegenheit in einer der Rechtskraft fähigen Weise normativ regelt. Dies ist dann der Fall, „wenn sie also für den Einzelfall bindend die Gestaltung oder Feststellung von Rechtsverhältnissen zum Inhalt hat, ob sie nun in Form eines Bescheides nach den §§ 56 ff. AVG ergeht oder nicht.“¹²⁹ Nicht die Form, sondern der objektiv erkennbare Wille zur normativen Regelung der Verwaltungssache gegenüber einer individuellen Person ist entscheidend.¹³⁰ „Ob dies der Fall ist, kann sich allenfalls daraus ergeben, ob die Behörde von rechtswegen verpflichtet ist, einen Bescheid zu erlassen“.¹³¹ Die weiteren Charakteristiken eines Bescheides bestehen in einem Ermittlungsverfahren und einer bestimmten äußeren Form (§ 56 AVG).

4.1.3.2. Der Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ)

Gem Art 129a Abs 2 Z 2 B-VG entscheiden die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt, über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt zu sein. Sihin ist der AuvBZ verfassungsrechtlich fundiert. „Die Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt dann vor, wenn ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und dieser Akt gegen individuell bestimmte Adressaten gerichtet ist“.¹³² Der AuvBZ unterscheidet sich vom Bescheid wesentlich durch seine relative¹³³ Form- und Verfahrensfreiheit. Die ausdrückliche Erklärung einen AuvBZ zu erlassen oder der erkennbar fehlende Bescheidwille streiten für die Annahme eines AuvBZ.¹³⁴ Gelegentlich wird vorgebracht, dass ein Mandatsbescheid gem § 57 AVG im Rahmen der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit

¹²⁹ VfSlg 13.642; vgl auch VfSlg. 4986, 6187, 8744, 9244, 9444, 11.077, 11.415, 12.321, 12.753.

¹³⁰ Vgl auch VfSlg 8560, 10.119.

¹³¹ VfSlg 9520.

¹³² VwGH 21. 12. 2000, 96/01/1032.

¹³³ Vgl § 39 Abs 2 VStG, § 39 FSG, § 100 Abs 3a StVO.

¹³⁴ VwSlg 14.193 A.

als AuvBZ im Sinne des Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG zu deuten sei. Dafür wird vor allem die nicht effektive, weil nicht aufschiebende Wirkung der Vorstellung gegen einen solchen Mandatsbescheid ins Treffen geführt.¹³⁵ Als Lösung dieser Ineffektivität soll demnach eine Maßnahmenbeschwerde gegen den Mandatsbescheid ermöglicht werden. Hier besteht aber mE die Gefahr, dass man aufgrund eines zu weit ausgelegten Rechtsschutzdenkens den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes (arg.: „Die Vorstellung hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen die Vorschreibung einer Geldleistung gerichtet ist.“, § 57 AVG) missachtet. Die Ansicht, dass der Mandatsbescheid in diesem Falle als AuvBZ zu deuten sei, ist mE daher nicht zulässig, da eine solche Sichtweise nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt bzw diesem sogar explizit widersprechend wäre.

4.1.3.3. Der Verwaltungsrechtliche Vertrag

Hoheitliche Anordnungen, Festsetzungen etc durch die Verwaltungsbehörde sind die Regel. Ausnahmsweise lässt sich aber hie und da auch eine rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen der Verwaltungsbehörde in hoheitlicher Funktion und einem Rechtsunterworfenen feststellen.¹³⁶ Konkret kommt es hier zu „Rechtsgeschäften“ mit Willenseinigung der Partner im Bereich der Hoheitsverwaltung. Zu denken sei nur an Pauschalierungsvereinbarungen mit der Abgabenbehörde, an einen Ablösevertrag mit der Baubehörde oder an eine fristgebundene Bauzusage an die Gemeinde. Ein Teil der Lehre¹³⁷ sowie die Jud¹³⁸ sprechen hierbei von einem sog „verwaltungsrechtlichen Vertrag“.

Die Zulässigkeit solcher „verwaltungsrechtlicher Verträge“ ist aber nicht unumstritten. Unbestritten ist lediglich der sogenannte „koordinationsrechtliche Vertrag“, also ein Übereinkommen zwischen gleichberechtigten Partnern. Hier sei zB der Art 15a B-VG erwähnt, wonach die Länder Vereinbarungen untereinander bzw Vereinbarungen mit dem Bund über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereiches treffen können. Ebenso sei der Art 116a B-VG erwähnt, wonach Gemeinden verfassungsrechtlich ermächtigt werden, Verträge über die Bildung eines Gemeindeverbandes zu schließen. All diese „koordinationsrechtlichen

¹³⁵ Vgl Balthasar, UVSaktuell 2007, 59 ff.

¹³⁶ Vgl VfSlg 9226.

¹³⁷ Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 1258.

¹³⁸ VfSlg 9226.

Verträge“ haben eine verfassungsrechtliche Grundlage und haben im Öffentlichen Recht – wie bereits erwähnt – unbestrittene Geltung.

Anders hingegen der „subordinationsrechtliche Vertrag“, also der eingangs erwähnte verwaltungsrechtliche Vertrag zwischen einer Behörde und einem Rechtsunterworfenen – diese Vereinbarung ist umstritten. Wichtig zu erwähnen ist, dass diese Form der Vereinbarung – ob nun anerkannt oder umstritten – lediglich im Rahmen der Hoheitsverwaltung getroffen werden kann, da in der Privatwirtschaftsverwaltung Verträge nach allgemeinem Bürgerlichen Recht geschlossen werden. Weiters ist zu beachten, dass hoheitliches Handeln nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung ergehen kann (Art 18 B-VG), da das Gesetz in der staatlichen Verwaltung 1.) als **Voraussetzung**, 2.) als **Befehl/Auftrag**, 3.) als **Maßstab für die Beurteilung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** gilt.¹³⁹

Für ein Privatgeschäft, also einer Vereinbarung nach Bürgerlichem Recht, bedarf es dagegen lediglich der Zulassung durch die Rechtsordnung. Dessen Inhalt darf demnach nicht von der Rechtsordnung ausgeschlossen sein.

Grundlage dieser Streitigkeit in Sachen „verwaltungsrechtlicher Vertrag“ ist dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit. Gem der These der „Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtsquellenkatalogs“, welche in der österreichischen Verfassungsrechtslehre – wie bereits erwähnt - allgemein anerkannt ist, statuiert die Bundesverfassung die erschöpfende Typologie aller in der österreichischen Rechtsordnung gültigen generellen Rechtsnormen.¹⁴⁰ Die Geschlossenheit des Katalogs genereller Rechtsquellen steht mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art 18 B-VG) in engem Zusammenhang, was sich bereits daraus ergibt, dass die Bundesverfassung nicht nur Rechtserzeugungsformen statuiert, sondern auch die in diesen Formen erzeugten Rechtsnormen dementsprechenden Kontrollen unterzieht.¹⁴¹ Insofern folgt daraus, dass das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem bei individuellen (Verwaltungs)Akten in der Hoheitsverwaltung nur auf die Typologie Bescheid/Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt abstellt. Im Rahmen der Hoheitsverwaltung dürfen demnach diese heteronomen, individuellen und nach außen gerichteten verwaltungsbehördlichen Willensakte gesetzt werden. Gegen dieses Verwaltungshandeln ist der Rechtsschutzweg zum VwGH bzw VfGH verfassungsrechtlich geebnet. Daraus

¹³⁹ Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 573.

¹⁴⁰ Vgl Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht² 497.

¹⁴¹ Vgl Mayer, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im österreichischen Abgabenrecht, JBl 1976, 636.

wird abgeleitet, dass der „verwaltungsrechtliche Vertrag“ – weil im Rechtsschutzsystem der österreichischen Bundesverfassung nicht enthalten – prinzipiell unzulässig sei.¹⁴²

Ergo dessen muss es aber doch Fälle geben, in welchen das Institut des „verwaltungsrechtlichen Vertrages“ – sofern ein solches immerhin mit der Rsp ausdrücklich anerkannt wird¹⁴³ – zulässig ist. Dafür muss Folgendes festgehalten werden:

Der verwaltungsrechtlicher Vertrag – unbeachtet dessen Umstrittenheit -, wird im Rahmen der Hoheitsverwaltung zwischen der Behörde und dem Rechtsunterworfenen, dem Bürger, geschlossen. Der Vertragspartner der Behörde muss seine Rechtsgeschäftserklärung als Privatperson abgeben. Der verwaltungsrechtliche Vertrag zwischen Staat und Bürger wird auch subordinationsrechtlicher Vertrag genannt. Die vertragsschließende Verwaltungsbehörde muss zusätzlich kompetent sein, über Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis zu entscheiden. Dissonanzen aus dem Vertrag führen aber zur Erlassung eines Bescheides. Deshalb wird der verwaltungsrechtliche Vertrag auch als **unselbständige Rechtsquelle** gesehen. Dieser ist nur solange zulässig, als nicht mittels Bescheid über die Verwaltungsangelegenheit abgesprochen wurde.¹⁴⁴ Einfachgesetzlich kann angeordnet werden, dass im Streitfall der verwaltungsrechtliche Vertrag unwirksam wird und behördlich neu entschieden werden muss oder aber es wird vorgesehen, dass die Behörde im Streitfall die Gültigkeit des Vertrages überprüft und – die Gültigkeit vorausgesetzt – im Sinne des Vertragsinhaltes (aber in Bescheidform) entscheidet.¹⁴⁵ Mit der Feststellung, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag als unselbständige Rechtsquelle anzusehen ist, hat es aber auch schon sein Bewenden. Seine weitere Qualifikation ist jedoch unklar. Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist als Handlungsform anhand seiner Bindungswirkung am Theorem der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ zu überprüfen. Aus den vorangegangenen Ausführungen kann deshalb das Resultat abgeleitet werden, dass dem verwaltungsrechtlichen Vertrag im Nicht-Streitfall regelmäßig Bindungswirkung zukommt, während dessen dem objektiv rechtswidrigen Vertrag keine Bindungswirkung zugesprochen wird. Im ersten Fall ist somit die Rechtsquelleneigenschaft unstrittig, im zweiten Fall fehlt aufgrund der mangelnden Normativität auch die Rechtsquelleneigenschaft.¹⁴⁶ Jedenfalls kann aus der Theorie der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ nicht geschlossen werden, dass der

¹⁴² Vgl. *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² 499.

¹⁴³ Vgl. VwSlg 13082 A/1989.

¹⁴⁴ *Raschauer* aaO Rz 1258 – 1265; vgl. *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 288.

¹⁴⁵ Vgl. VfSlg 9226.

¹⁴⁶ Vgl. *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 288.

verwaltungsrechtliche Vertrag unzulässig wäre.¹⁴⁷ Herrschend ist, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag nur aufgrund einer **ausdrücklichen Gesetzesgrundlage** geschlossen werden kann, anderenfalls dieser unwirksam wäre.¹⁴⁸ Weiters muss diese gesetzliche Grundlage den für die Setzung der notwendigen Verwaltungsakte verlangten Bestimmtheitsgrad (vgl Art 18 B-VG) erreichen. „Die Vereinbarung, die nur im Rahmen des Gesetzes geschlossen werden kann, entfaltet nämlich nur insoweit Bindungswirkung, als sie sich an diese Grenzen hält“.¹⁴⁹ Immerhin muss das hoheitliche Verwaltungshandeln am Gesetzgeberwillen Orientierung suchen und für den Rechtsunterworfenen auch dementsprechend vorhersehbar sein.¹⁵⁰

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist somit strikt von den Verträgen zwischen Staat und Bürger im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG) zu unterscheiden. Über Streitigkeiten aus diesen Verträgen sprechen nämlich die ordentlichen Gerichte ab.

*Eberhard*¹⁵¹ regt an, mit der analogen Wahlfreiheit des Gesetzgebers zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vertrag die überwiegend angenommene Wahlfreiheit zwischen Privatwirtschaftsverwaltung und Hoheitsverwaltung zu konterkarieren. Der Gesetzgeber könnte dadurch ein verfassungsgesetzlich determiniertes Pendant zur Flexibilität der Privatwirtschaftsverwaltung geben. Dafür müsse aber eine „tatsächlich feststellbare[n] Zweiseitigkeit“ beim öffentlich-rechtlichen Vertrag vorhanden sein. Diese „Zweiseitigkeit“ eines öffentlich-rechtlichen Vertrages könnte aus dem Antragsbedürfnis eines Bescheides abgeleitet werden.¹⁵² Ein antragsbedürftiger Bescheid ist ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt.¹⁵³ Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt im Grundsätzlichen ist ein Verwaltungsakt, welcher von der Antragstellung oder der Annahme, jedenfalls aber von der Zustimmung einer Partei abhängig ist.¹⁵⁴ Dieser mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt hat die Grundlage in einer Willenserklärung des Einzelnen und in einem Willensakt der Behörde. Solche mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte könnten also für die Zulässigkeit des „verwaltungsrechtlichen Vertrages“ streiten, denn diese stellen mE eindeutig eine

¹⁴⁷ *Öhlinger*, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974) 37.

¹⁴⁸ VwGH 25. 9. 1992, 90/17/0331; 19. 6. 1997, 95/20/0538; 12. 8. 1997, 93/17/0126; 26. 4. 1999, 95/17/0119.

¹⁴⁹ VfSlg 9226.

¹⁵⁰ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 569 – 574.

¹⁵¹ *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 179.

¹⁵² Vgl *Mayer*, ÖStZ 1975, 147 (151).

¹⁵³ Vgl VwSlg 8046 A/1971.

¹⁵⁴ *Oberndorfer*, Zum Verzicht im Öffentlichen Recht, insb im Sozialrecht, JBl 1967, 71.

Zäsur des hoheitlichen Prinzips dar - diesen „mitwirkungsbedürftigen“ Verwaltungsakten liegt mE nicht das Wesen der Befugnis zur einseitigen Rechtserzeugung zugrunde. Diese Befugnis zur einseitigen Rechtserzeugung ist in diesem Fall zumindest grundsätzlich „ausgesetzt“, denn ohne Antrag hat die Behörde hier grundsätzlich nicht einzuschreiten.¹⁵⁵ Beachtet werden muss jedoch, dass die mangelnde Zustimmung bei einem Vertrag zur absoluten Nichtigkeit¹⁵⁶, bei einem mitwirkungsbedürftigen Bescheid dagegen zur Aufhebbarkeit infolge Rechtswidrigkeit¹⁵⁷ führt. Daraus ist abzuleiten, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, der nur geringfügig rechtswidrig wäre und dem somit trotzdem Bindungswirkung zukäme, nicht möglich erscheint. Eine solche Annahme wäre aber der Rechtssicherheit nicht zuträglich und stellt sich dies insb bei dem Fall der unbewussten Rechtswidrigkeit als Problem dar. Dieser Punkt führt auch zur Hauptkritik, die dem verwaltungsrechtlichen Vertrag in der Lehre oft begegnet.¹⁵⁸

Solange also der Verfassungsgesetzgeber nicht die „Geschlossenheit des Rechtsquellenkataloges“ „sprengt“ und das Institut des „verwaltungsrechtlichen Vertrages“ in das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem integriert, muss mE mit der überwiegenden Lehre angenommen werden, dass der „verwaltungsrechtliche Vertrag“ nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung zu dessen Erlassung iVm einer ausreichenden inhaltlichen Bestimmtheit dieser Ermächtigungsnorm sowie stets unter der subsidiären Möglichkeit des Einmündens in die Bescheidform zulässig ist.¹⁵⁹

Des Weiteren wäre der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Grenzen der Rechtswidrigkeit eines solchen Verwaltungsvertrages gefragt. Dieser könnte einen gewissen Spielraum an Ermessen festlegen, innerhalb dessen beurteilt werden könnte, bis wann eine „unschädliche“ geringfügige Rechtswidrigkeit und ab wann eine „schädliche“, zur Nichtigkeit führende, Rechtswidrigkeit vorläge.¹⁶⁰

4.1.3.3.1. Privatrechtliche Regeln für verwaltungsrechtliche Verträge

¹⁵⁵ Vgl. *Öhlinger*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: *Melichar (Hrsg)*, Rechtsfragen des Verwaltungsvorgangs (1979) 50.

¹⁵⁶ *Zankl*, Bürgerliches Recht² Rz 81.

¹⁵⁷ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 933.

¹⁵⁸ Vgl. *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² 499.

¹⁵⁹ Ebenso *Funk*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt, *Antoniolli-FS* 172; *Puck*, Nichthoheitliche Verwaltung – Typen und Formen, *Antoniolli-FS* 297; aber auch *VfSlg* 9226/1981.

¹⁶⁰ *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 279 f.

Grundsätzlich hängt die Anwendung privatrechtlicher Regeln auf verwaltungsrechtliche Verträge vom Rechtsanwender im Rahmen der Verwaltung ab. Dabei nehmen extensive Gedankengänge im Bereich der Rechtsgrundsatzanalogie eine entscheidende Rolle ein.¹⁶¹ Allgemein gültige Feststellungen zur Anwendung privatrechtlicher Vertragsregeln auf verwaltungsrechtliche Verträge sind jedoch nicht möglich. Es muss dabei immer auf den Einzelfall abgestellt werden und herausgearbeitet werden, ob und bejahendenfalls inwieweit diese Analogien dem besonderen Verwaltungsbereich widersprechen.¹⁶² So bestünde etwa im Subventionsrecht ein Leistungsverweigerungsrecht des Subventionsempfängers, wenn man beachtet, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag als gleichwertige Alternative zur Privatwirtschaftsverwaltung gelten könnte.¹⁶³ Auch eine Haftung aus culpa in contrahendo, also eine vorvertragliche Haftung könnte unter Beachtung der gegenseitigen Interessenslagen zwischen Subventionsgeber und -empfänger bejaht werden. Eine andere Sichtweise wird jedoch in den Bereichen der Eingriffsverwaltung anzunehmen sein. Dort überwiegt der hoheitliche Eingriffsgedanke und ein Zurückbehaltungsrecht scheint etwa im Bereich des Abgabenrechts unsachlich. Der „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ (clausula rebus sic stantibus) könnte insb bei Pauschalierungsvereinbarungen von Bedeutung sein. Analogien bezüglich des Zustandekommens eines Vertrages mit Zugang (vgl § 861 ABGB) oder bezüglich des Verzugszinsenanspruches (vgl §§ 1333 f ABGB) scheinen unstrittig.¹⁶⁴ In Hinblick auf Willensmängel wie Irrtum, Zwang, List und Drohung (vgl §§ 869 ff. ABGB) wird dies aufgrund des Subordinationsverhältnisses zwischen Bürger und Staat wohl nur eingeschränkt gelten können, insb stellt unter anderem das Verfassungsrecht Rechtsschutz in expliziten Fällen für den Rechtsunterworfenen zur Verfügung. Ich bin daher der Auffassung, dass da der Staat (auch als Vertragspartner) in der hoheitlichen Verwaltung an das Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) gebunden ist, das strikte Abstellen auf Willensmängel (insb beim Irrtum) die hoheitliche Verwaltung ja geradezu konterkarieren würde. So gesehen könnte hier von einem Vorrang des Gesetzmäßigkeitsprinzips ausgegangen werden. Dabei sei wieder auf die Pauschalierungsvereinbarungen im Abgabenrecht verwiesen, die von der Intention her die Abgabenverwaltung eigentlich erleichtern und

¹⁶¹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 1265.

¹⁶² *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 144.

¹⁶³ Vgl *Wilhelm*, Privatrechtliche Probleme der Subvention, in: *Wenger* (Hrsg), Förderungsverwaltung (1973) 204.

¹⁶⁴ Vgl VfSlg 5079, 10.498, 10.889, 11.064, 12.179; *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 143.

nicht primär den privaten Vertragspartner zum absoluten Vorteil gereichen sollte. Freilich wäre im Falle einer ansteigenden Verwendung des Konstrukts des verwaltungsrechtlichen Vertrages auch eine Inhaltskontrolle (vgl § 879 Abs 3 ABGB) von Vorteil, insb mit Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht (Stichwort: Subvention).¹⁶⁵

Der Grundsatz von Treu und Glauben wird trotz Benachrangung gegenüber dem Gesetzmäßigkeitsprinzip¹⁶⁶ dort von Bedeutung sein, wo die betroffene Vorgangsweise der Verwaltungsbehörde nicht gegen zwingendes Recht verstößt. Würde aber das Gesetz den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit ausdrücklicher Ermächtigung zulassen und im selben Zuge eine Gebundenheit an diesen mit bestimmten Ausnahmetatbeständen normieren, dann wäre mitunter die exakt festgelegte Bindungswirkung des verwaltungsrechtlichen Vertrages gesetzlich gewährleistet.¹⁶⁷

Abgesehen von einer in manchen Vertragsfragen grundsätzlich möglichen Analogie zum Bürgerlichen Recht muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass es für den Rechtsanwender und damit für dessen Rechtssicherheit zweckmäßiger wäre, Rechtsregeln für mögliche verwaltungsrechtliche Verträge einfachgesetzlich exakt zu normieren. Verfassungsrechtlich könnte dann iZm einem möglichen verfassungsrechtlich normierten Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrages auf dieses Gesetz über die Anwendung von verwaltungsrechtlichen Verträgen verwiesen werden.

4.1.3.3.2. Die Leistungsvereinbarung nach dem Universitätsgesetz 2002¹⁶⁸

Auch Leistungsvereinbarungen zwischen einem Selbstverwaltungskörper und der Behörde, wie diese das neue Universitätsgesetz (UG 2002) festschreibt, können im weiteren Zusammenhang als mögliche Beispiele genannt werden. § 13 Abs 1 UG 2002 normiert: „Die Leistungsvereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Sie ist zwischen den einzelnen Universitäten und dem Bund im Rahmen der Gesetze für jeweils drei Jahre abzuschließen“. Der Inhalt dieser Leistungsverpflichtung lässt sich aus dem nachfolgenden Absatz eruieren. Zur von der Universität zu erbringenden Leistungen zählen gem Z 1 „insbesonders“ die strategischen Ziele, die Profilbildung, die Universitäts- und Personalentwicklung (lit a), die

¹⁶⁵ Eberhard aaO 144.

¹⁶⁶ Vgl VwSlg 6106 F; VwGH 15. 12. 1988, 88/16/0042.

¹⁶⁷ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 287.

¹⁶⁸ Mehr dazu Huber/Kopetz/Spannring, zfhr 2005, 1 ff.

Forschung sowie Entwicklung und Erschließung der Künste (lit b), die Studien und Weiterbildung (lit c), die gesellschaftlichen Zielsetzungen (lit d), die Erhöhung der Internationalität und Mobilität (lit e) und interuniversitäre Kooperationen (lit f). Die Leistungsverpflichtung des Bundes ist die Zuteilung des Grundbudgets (Z 2). Weitere Inhalte der Leistungsvereinbarung sind Inhalt, Ausmaß und Umfang der Ziele sowie Zeitpunkt der Zielerreichung (Z 3), Aufteilung der Zuweisung des Grundbudgets auf das Budgetjahr (Z 4), Maßnahmen im Falle der Nichterfüllung der Leistungsvereinbarung (Z 5) und Berichtswesen und Rechenschaftslegung (Z 6). Anzumerken ist, dass es sich bei der Leistungsvereinbarung nach dem UG 2002 nicht um den klassischen verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt, da es sich mehr um **Zielvereinbarungen** handelt, die eine langfristige Finanzierung vor Augen haben. Abgesehen davon ist aber die Begriffsverwendung (arg.: „öffentlich-rechtlicher Vertrag“) von Bedeutung. Der Begriff „öffentlich-rechtlicher Vertrag“ entspringt mangels Legaldefinition einem wissenschaftlichen Ursprung und ist somit ein wissenschaftlicher Begriff. *Eberhard*¹⁶⁹ spricht in diesem Sinne vom öffentlich-rechtlichen Vertrag **im engeren Sinn**. Er möchte damit den subordinationsrechtlichen Vertrag von den *anderen* öffentlich-rechtlichen Verträgen begrifflich abgrenzen. Solche *andere* öffentlich-rechtliche Verträge sind etwa die verfassungsrechtlich normierten Gliedstaatsverträge (Art 15a B-VG) und die Vereinbarungen zwischen Gemeinden zur Bildung von Gemeindeverbänden (Art 116a B-VG). In diesen beiden Fällen sind die Vertragspartner jedoch gleichberechtigt und herrscht eben keine Subordination (Unterordnung) vor.

4.1.3.3.2.1. „Im Streitfall wird durch Bescheid entschieden“

Das UG 2002 regelt drei Fälle der Absprache über eine Leistungsvereinbarung durch Bescheid:

1. Gem § 13 Abs 3 hat eine zu errichtende Schlichtungskommission (§ 13a) eine abgeänderte Leistungsvereinbarung durch Bescheid zu erlassen. Dies ist dann der Fall, wenn bei gravierenden Veränderungen der zugrunde liegenden Rahmenbedingungen keine einvernehmliche Abänderung der Leistungsvereinbarung erfolgen konnte.
2. Gem § 13 Abs 8 hat die Schlichtungskommission auf Antrag über den Inhalt der Leistungsvereinbarung durch Bescheid zu entscheiden, wenn eine Leistungsvereinbarung nicht

¹⁶⁹ *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 19.

rechtzeitig zustande kommt. Die Entscheidung der Schlichtungskommission hat unter Abwägung der wechselseitigen Interessen und auf der Grundlage des bisherigen Verhandlungsstandes zu ergehen. Bis der Bescheid in Rechtskraft erwächst, bestehen die Regelungen der bisherigen (vorhergehenden) Leistungsvereinbarung provisorisch weiter. Weiterhin kann auch nach Bescheiderlassung eine neue Leistungsvereinbarung getroffen werden.

3. Gem § 13 Abs 9 UG, erfolgt die beantragte Entscheidung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer (einvernehmlichen!) Leistungsvereinbarung durch den Bundesminister.¹⁷⁰

Aufgrund dieses Exkurses in das UG 2002 wird mE die Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Vertrages lediglich unter der Bedingung der Einstufung als unselbständige Rechtsquelle de lege lata ersichtlich. Die Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages (im engeren Sinne) wäre daher nur dann möglich, wenn man diesen explizit in das vorherrschende Rechtsschutzsystem aufnimmt, womit eine Verfassungsänderung – mE aber keine Gesamtänderung, da Bauprinzipien hier nicht berührt wären – von Nöten wäre.

4.1.3.3.3. Rechtsschutzprobleme im Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag

Solange es nach Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages zu keinem Streitfall kommt, solange gibt es kein Problem. Die Rsp anerkennt diesen Vertrag, wenn sie festhält, dass der vertragsrechtliche Inhalt erst im Streitfall durch einen Bescheid ersetzt wird. Erst dann hört die vertragsrechtliche Regelung auf zu bestehen.¹⁷¹ An diesem Beispiel lässt sich auch die „rechtsschutzorientierte Zweckkonstruktion“¹⁷² des Bescheides erkennen, der deshalb immer mehr an der eigentlichen Charakteristik – die Analogie zum richterlichen Urteil – verliert. Bei dieser Rechtsschutzkonstruktion handelt es sich um eine mittelbare und somit eigentlich um ein Rechtsschutzdefizit.¹⁷³ In einer solchen Geschlossenheit des individuellen Rechtsquellensystems wird aber eben auch funktionell ein Rechtsschutzprinzip gesehen.¹⁷⁴

Würde sich der Verfassungsgesetzgeber des Problems des eingeschränkten Rechtsschutzes bei verwaltungsrechtlichen Verträgen annehmen, könnte er sich zB am deutschen Recht

¹⁷⁰ Mit verfassungsrechtlichen Bedenken *Huber/Kopetz/Spannring*, zfhr 2005, 4, FN 24.

¹⁷¹ Siehe VfSlg 9226.

¹⁷² *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 852.

¹⁷³ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ 541.

¹⁷⁴ *Funk*, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem 72.

orientieren. Dort ist gem § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg für grundsätzlich alle „öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ eröffnet. Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird in Abs 2 leg cit ausdrücklich als Ausnahme vom Rechtsschutz durch ordentliche Gerichte normiert. Dieses deutsche Modell, das den Verwaltungsrechtsschutz nicht auf bestimmte Verwaltungsrechtsakte „reduziert“ und dadurch flexibler erscheint, wäre zwar praktikabel¹⁷⁵, jedoch mE überhaupt nicht mit der „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“ zu vereinbaren. Deshalb bin ich der Meinung – wie bereits erwähnt – hier von einem **offenen System** der Geschlossenheit der Rechtsquellen auszugehen und den verwaltungsrechtlichen Vertrag explizit verfassungsrechtlich in das Rechtsquellensystem einzubauen.

4.1.3.3.4. Ausweg Kausalgerichtsbarkeit?

Gem Art 137 B-VG entscheidet der VfGH über Klagen (vgl § 37 VfGG) gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände wegen vermögensrechtlicher Ansprüche. Voraussetzung ist, dass über diese Ansprüche nicht im ordentlichen Rechtsweg (§ 1 JN) oder mit Bescheid einer Verwaltungsbehörde (§ 1 AVG) abgesprochen werden kann. Art 137 B-VG normiert eine in diesem Sinne subsidiäre Zuständigkeit.¹⁷⁶ Ein vermögensrechtlicher Anspruch idS stellt neben einer schlichten Geldforderung auch die Forderung einer geldwerten Leistung dar.¹⁷⁷ Über diesen vermögensrechtlichen Anspruch darf zudem noch nicht rechtskräftig entschieden worden sein.¹⁷⁸ Nach § 38 VfGG kann die Klage auch auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses abzielen, wenn ein entsprechendes rechtliches Interesse der klagenden Partei an der Feststellung besteht. Die Exekution des VfGH-Erkenntnisses wird durch die ordentlichen Gerichte durchgeführt (Art 146 Abs 1 B-VG), wobei das Erkenntnis gem § 36 VfGG als Exekutionstitel gilt.

Auf den ersten Blick scheint diese subsidiäre Rechtsschutzlösung gut auf verwaltungsrechtliche Verträge zugeschnitten. Sieht man jedoch genauer hin, werden gewisse Unzulänglichkeiten deutlich. So kann wie eben erwähnt nach Art 137 B-VG nur auf Leistung oder auf Feststellung geklagt werden. Die Frage des rechtlichen Interesses kann ausgespart

¹⁷⁵ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 333 und 342.

¹⁷⁶ Vgl VfSlg 8666, 10.519.

¹⁷⁷ VfSlg 11.180; vgl VfSlg 14.971.

¹⁷⁸ VfSlg 2001.

werden, da bei einer Streitigkeit aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ein solches mE jedenfalls gegeben sein wird. Es kann aber nicht – und das wird das wesentliche sein – über den rechtmäßigen Inhalt eines verwaltungsrechtlichen Vertrages abgesprochen werden. *Eberhard*¹⁷⁹ merkt an, dass das Absprechen über den Inhalt des Vertrages über die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hinweg reicht, da Art 137 B-VG ausdrücklich nur an „vermögensrechtliche Ansprüche“ anknüpft. Weiters ist zu beachten, dass der VfGH nur verschiedentlich Regelungen aus dem bürgerlichen Recht bei der Prüfung heranzieht.¹⁸⁰ Der VfGH hätte aber mE die für den verwaltungsrechtlichen Vertrag ebenfalls allgemein gültigen Rechtsgrundsätze¹⁸¹ bei der Prüfung heranzuziehen. Ein weiteres Problem stellt die eingeschränkte Klagslegitimation dar, denn nach Art 137 B-VG würde nur dem nicht-staatlichen Vertragspartner die Klagslegitimation zukommen und könnte dies als inakzeptabel erachtet werden, da hier die Gleichwertigkeit der Vertragspartner negiert würde. Eine solche Ungleichbehandlung lässt sich aber auch nicht durch das für einen verwaltungsrechtlichen Vertrag typische Gefälle zwischen dem privaten und dem öffentlichen Vertragspartner rechtfertigen.¹⁸² Ungeachtet dieser Gedankengänge hinsichtlich der Anfechtung von möglichen verwaltungsrechtlichen Verträgen muss aber beachtet werden, dass de lege lata lediglich Verträge zwischen Gebietskörperschaften vom Anwendungsbereich des Art 137 B-VG erfasst sind.¹⁸³

Tatsache ist, dass Art 137 B-VG nicht für eine mögliche Rechtsschutzkonstruktion bei verwaltungsrechtlichen Verträgen heranziehbar wäre. Als „Lückenschließer“ für vom Gesetzgeber nicht gewollte Rechtsschutzlücken könnte Art 137 B-VG auch nicht zu interpretieren sein, ein solches Verständnis wäre wohl verfassungswidrig wäre¹⁸⁴. ME wäre dies deshalb verfassungswidrig, da durch Interpretation anstatt durch legislative Tätigkeit über das Rechtsschutzsystem eine neue Rechtsquelle in das eigentlich geschlossene Rechtsquellen-system eingeschleust würde. Der Mangel würde hier meiner Meinung nach lediglich – aber doch - in der Art und Weise der Rechtsquellenerweiterung liegen, nämlich in der zu den Rechtserzeugungsregeln widersprüchlichen Art und Weise. Weiters würde die unein-

¹⁷⁹ *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 345.

¹⁸⁰ Vgl VfSlg 10.933, 11.854, 12.298.

¹⁸¹ VfSlg 5079, 10.498, 10.889, 11.064, 12.179; vgl VwGH 21.4.1999, 94/12/0110, 21. 4. 1999, 93/12/0286; vgl auch VwGH 16. 12. 1998, 98/12/0197, VwGH 19. 11. 1997, 97/12/0271.

¹⁸² *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 346.

¹⁸³ Vgl VfSlg 6617, 7001, 10.069, 11.521, 15.111.

¹⁸⁴ Ähnlich *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 344.

geschränkte Anwendung von Art 137 B-VG auf verwaltungsrechtliche Verträge den VfGH vor ein immenses Überlastungsproblem stellen.¹⁸⁵

4.1.3.3.5. Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte?

Wegen Art 94 B-VG, der die Trennung von Justiz und Verwaltung verfassungsrechtlich anordnet, wäre es unzulässig, grundsätzlich ordentliche Gerichte über verwaltungsrechtliche Verträge entscheiden zu lassen. Eine Überprüfung der verwaltungsrechtlichen Verträge durch die ordentliche Gerichtsbarkeit scheitert daher bereits an diesem Baugesetz der österreichischen Verfassung.¹⁸⁶ Abgesehen davon würde mE ein verfassungswidriger Formenmissbrauch vorliegen, wenn der Gesetzgeber Verwaltungshandeln, welches typische Merkmale hoheitlichen Handelns aufweist, der Überprüfung durch ordentliche Gerichte zuweisen und auf diese Art und Weise das Verwaltungshandeln grob formuliert „zum privatwirtschaftlichen Handeln“ umwandeln würde.¹⁸⁷ Denn mE sind diese „typischen Merkmale hoheitlichen Handelns“ beim verwaltungsrechtlichen Vertrag darin zu erblicken, dass im Streitfalle durch Bescheid entschieden werden muss¹⁸⁸ und der Bescheid zweifelsohne eine typisches Merkmal der an das Legalitätsprinzip gebundenen hoheitlichen Verwaltung darstellt, für den die Verfassung ein spezielles Rechtsschutzsystem in Form der Überprüfung durch die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts vorsieht. Aus diesen Gründen erachte ich die Ansicht, dass den Gesetzgeber bei der Wahl der Form dessen Verwaltungshandelns keine unbeschränkte Freiheit trifft, als zutreffend.

4.1.3.3.6. Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Beschwerdegegenstand vor möglichen Landesverwaltungsgerichten

Würde der Bundesverfassungsgesetzgeber sich am Universitätsgesetz 2002 orientieren und das Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrags in das Rechtsschutzsystem der Bundesver-

¹⁸⁵ Eberhard aaO 346.

¹⁸⁶ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 146.

¹⁸⁷ Siehe dazu auch Punkt 4.1.1. Gegen einen Wahlfreiheit des Gesetzgebers zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, Thienel, Der Mehrstufige Verwaltungsakt, Juristische Schriftenreihe Band 92 (1996) 63 f.

¹⁸⁸ Raschauer aaO Rz 1258 – 1265; vgl Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 288.

fassung aufnehmen und damit den Rechtsquellenkatalog heteronomer, individueller und nach außen gerichteter verwaltungsbehördlicher Willensakte um dieses Institut erweitern (insb im Sinne eines Beschwerdegegenstandes vor möglichen Landesverwaltungsgerichten und vor den beiden Höchstgerichten des öffentlichen Rechts), könnten folgende Formen verwaltungsrechtlicher Verträge Eingang in das verwaltungsrechtliche Handeln finden:¹⁸⁹

1. Verwaltungsrechtliche Verträge zwischen **Verwaltungsbehörden und Bürgern** (Subventionsverträge, soweit die Gewährung hoheitlich verläuft, denn die Subventionsverwaltung ist an sich ja klassische Privatwirtschaftsverwaltung¹⁹⁰; Verträge über finanzielle Leistungen im Rahmen einer Grundabtretung bei Bauplatzerschließungen etc);

- 1.1. ME müsste ein mögliches Landesverwaltungsgericht im Falle einer Streitigkeit aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen einer Verwaltungsbehörde und einem Bürger sowohl von Amts wegen tätig werden als auch über Antrag angerufen werden können.

2. Verwaltungsrechtliche Verträge **zwischen Privaten** untereinander über Gegenstände des öffentlichen Rechts. Es könnten verwaltungsrechtliche Verträge über disponible subjektiv-öffentliche Rechte oder Pflichten abgeschlossen werden (Einigung über Wassernutzungsrechte; Verträge über Rechtspositionen im Baurecht etc);

- 2.1. Bei Streitigkeiten aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Privaten sollte ein mögliches Landesverwaltungsgericht mE nicht lediglich aufgrund eines Antrages einer der Vertragspartner angerufen werden können, sondern dies sollte aufgrund des hoheitlichen Charakters der Verwaltung auch von Amts wegen tätig werden können. Anderenfalls könnte durch die mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Privaten „eingeschleuste“ Privatautonomie die hoheitliche Verwaltungsbesorgung zurückdrängen und sodann könnte der Hoheitsverwaltung in diesen Bereichen deren „imperium“ verloren gehen. Denn eine Streitigkeit aus einem solchen verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Privaten über disponible subjektiv-öffentliche Rechte wäre ein Missstand und mangels Einschreitungsbezugnis des möglichen Landesverwaltungsgerichtes von Amts wegen wäre hier die

¹⁸⁹ Thienel, in 1/EBEI-K 16-18 auf www.konvent.gv.at.

¹⁹⁰ Siehe Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 749.

staatliche Aufgabe der hoheitlichen Verwaltung blockiert oder gar ad absurdum geführt.

3. Verträge **zwischen öffentlichen Rechtsträgern** über Gegenstände der hoheitlichen Verwaltung (Abstimmungsverträge über die Flächenwidmung mehrerer Gemeinden etc); Richtigerweise müssten diese verwaltungsrechtlichen Verträge auch publiziert werden, wenn diese Verträge Rechtswirkungen für Dritte (zB Gemeindebürger) haben sollen. Weiters müsste auch die Anfechtbarkeit solcher verwaltungsrechtlicher Verträge „mit Drittwirkung“ geregelt werden.¹⁹¹ Diese verwaltungsrechtlichen Verträge (mit Drittwirkung) zwischen öffentlichen Rechtsträger würden aber auf einen „nach Gattungsmerkmalen bestimmten Adressatenkreis“¹⁹² und somit generell wie Verordnungen, wirken. Deswegen sollten Landesverwaltungsgerichte nur die Verträge überprüfen können, welche lediglich zwischen den öffentlichen Rechtsträgern wirken. Verträge welche auch auf Dritte wie zB Gemeindebürger wirken, sollten mE analog zur Verordnung beim VfGH angefochten werden können (vgl Art 139 Abs 1 B-VG).¹⁹³ Es sollte mE daher verfassungsgesetzlich festgesetzt werden, dass in diesen Fällen ein Individualantrag beim VfGH auf Aufhebung eingebracht werden kann. Dabei sollte meiner Meinung nach mit dem Gedanken gespielt werden, ob für diesen Individualantrag¹⁹⁴ nicht die Kriterien des „Rechtseingriffes“ und der „Unmittelbarkeit“ als ausreichend empfunden werden könnten. Das weitere Kriterium der „Direkten Wirksamkeit/Unzumutbarkeit des Umweges“ – wie es de lege lata zusätzlich bei der VO-Anfechtung gilt, stellt hier mE eine unzumutbare Hürde für den durch den Vertrag mit Drittwirkung beeinträchtigten Rechtsschutzsuchenden dar. Meine Skepsis diesem Kriterium gegenüber rührt in der äußerst kasuistischen Jud¹⁹⁵ des VfGH. Eine verfassungsrechtlich verankerte Kontrolle, gleich der Überprüfung von Verordnungen, wäre daher mE obligatorisch.

- 3.1. Bei Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen zwischen öffentlichen Rechtsträgern müsste das mögliche Landesverwaltungsgericht von Amts wegen einschreiten. Da die wie oben beschriebenen verwaltungsrechtlichen Verträge zwi-

¹⁹¹ Thienel, in 1/EBEI-K 18 auf www.konvent.gv.at.

¹⁹² VfSlg 6490 ua.

¹⁹³ So auch Thienel, in 1/EBEI-K 18 auf www.konvent.gv.at.

¹⁹⁴ Siehe Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1116.

¹⁹⁵ Bernegger, ÖZW 1982, 27 zu VfSlg 8984; vgl auch VfSlg 10.358, 12.486.

schen öffentlichen Rechtsträgern mit Drittwirkung vor dem VfGH analog zu Art 139 Abs 1 B-VG angefochten werden könnten, ist eine Antragsbefugnis bei Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen zwischen öffentlichen Rechtsträgern (ohne Drittwirkung) nicht weiter von Relevanz.

Wichtig erscheint mir aber, dass es eindeutig bei der Trennung von verwaltungsrechtlichen Verträgen und Verträgen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung bleiben müsste. Öffentlich-rechtliche Verträge sollten daher grundsätzlich nur vor den Landesverwaltungsgerichten und vor den beiden Höchstgerichten des öffentlichen Rechts angefochten werden können. Privatrechtliche Verträge (sic!) im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung müssten auch weiterhin vor den ordentlichen Gerichten nach den zivilrechtlichen Regeln anfechtbar sein. Durch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für diese zivilrechtlichen Verträge ist mE für ausreichend Rechtsschutz gesorgt.¹⁹⁶

Verwaltungsrechtliche Verträge sollten im Rahmen der in der Hoheitsverwaltung geltenden Gesetzmäßigkeit (Art 18 B-VG) zulässig sein. Diese nur in gesetzlich konkret festgelegten Fällen zuzulassen würde die praktikable Anwendbarkeit mE zu sehr einschränken. Selbst wenn das Legalitätsprinzip keine vollständige und exakte Bindung verlangt und den Behörden somit Spielräume eröffnet¹⁹⁷, darf nicht übersehen werden, dass einem (auch) verwaltungsrechtlichen Vertrag nur dann die Zweckmäßigkeit zukommt, wenn eine gewisse Gleichwertigkeit der Vertragspartner herrscht. Da diese Gleichwertigkeit in der Hoheitsverwaltung nicht die Regel ist, ist mE ein „maßlos übertriebener“ Einsatz verwaltungsrechtlicher Verträge gar nicht möglich.

4.2. Keine „Allzuständigkeit“ möglicher Landesverwaltungsgerichte

¹⁹⁶ So auch *Thienel* aaO 19.

¹⁹⁷ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 574. Vgl das „differenzierte Verständnis“ des Art 18 B-VG durch den VfGH: „Bei Ermittlung des Inhaltes einer gesetzlichen Regelung sind, soweit nötig, die der Auslegung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, und eine Regelung verletzt die in Art 18 B-VG enthaltenen rechtsstaatlichen Erfordernisse erst, wenn auch nach Heranziehung sämtlicher Interpretationsmethoden noch nicht beurteilt werden kann, was im Einzelfall rechtens sein soll“ (VfSlg 8395, 10.158, 11.499).

Als unzweckmäßig erachte ich die Normierung einer Art „Allzuständigkeit“ möglicher Landesverwaltungsgerichte, wonach das bisherige System der Kategorisierung des Verwaltungshandels (Bescheid, AuvBZ, schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung) verlassen werden müsste. Diese Sichtweise stütze ich ua auf eine regressive Entwicklung des Gesetzmäßigkeitsprinzips¹⁹⁸ durch die vermehrte Ausbreitung der Privatwirtschaftsverwaltung. Dafür ausschlaggebend ist die umstrittene¹⁹⁹ aber wohl hL²⁰⁰, dass das Legalitätsprinzip (Art 18 Abs 1 B-VG) nicht für die Privatwirtschaftsverwaltung gilt.

Gelegentlich wird aber eine solche Allzuständigkeit möglicher Landesverwaltungsgerichte gefordert:²⁰¹ Die Landesverwaltungsgerichte sollten demnach für Beschwerden zuständig sein, die gegen jede Entscheidung eines Behördenorgans, die den Bürger denkmöglich in seiner Rechtssphäre beeinträchtigt, ergriffen werden können. Diese Rechtsbeeinträchtigung sollte danach sowohl durch positives Tun als auch durch finales Unterlassen möglich sein. Dabei werden die „Denkmöglichkeit“ der Rechtsbeeinträchtigung (Beschwer) und die „Finalität der Unterlassung“ als „wesentliche Zulassungskriterien im Zusammenhang mit dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz“²⁰² erachtet.

Um aber je nach Materie Akte im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zusätzlich der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstellen, könnte weiters eine grundsätzliche Kompetenz der ordentlichen Gerichte zur Übertragung an mögliche Landesverwaltungsgerichte einfachgesetzlich normiert werden.²⁰³ Dies würde auch dem Wortlaut der Zuständigkeitsnorm des § 1 JN („soweit dieselben nicht an andere Behörden oder Organe verwiesen sind“) nicht entgegenstehen. Eine solche Übertragungsoption würde auch Art 129 B-VG („Sicherung der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung“) nicht wider-

¹⁹⁸ *Pernthaler*, JBl 1988, 355; vgl auch *Jabloner*, JBl 2001, 143, der in den wichtigen Sektoren Bildung, Gesundheit, Sicherheit das öffentliche Recht mit dessen Schutzfunktionen in Gefahr erachtet.

¹⁹⁹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 570.

²⁰⁰ *Rill*, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Wenger 57; *Korinek/Holoubek*, ÖZW 1995, 3; vgl auch VfSlg 7716, 7717, 8320; OGH 24. 11. 1988, 6 Ob 694/88 = JBl 1990, 169. Siehe auch VfSlg 15.059.

²⁰¹ *Grof*, ÖJZ 2001, 203.

²⁰² *Grof*, ÖJZ 2001, 203, FN 30.

²⁰³ Vgl auf der anderen Seite aber die Übertragungsermächtigung für „öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ an ordentliche Gerichte in § 40 Satz 2 dt VwGO.

sprechen, da nicht alles „Öffentliche“ hoheitlich vollzogen werden muss sondern eben auch Privatwirtschaftsverwaltungsakte ergehen können.²⁰⁴

ME sollten **Akte der Privatwirtschaftsverwaltung nicht** der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen.²⁰⁵ Aus dieser Sicht lässt der Ministerialentwurf 94/ME 23. GP in Art 151 Abs 37 Z 4 iVm Anlage 2 A Z 2 wesentliche Fragen offen. Danach sollen auf das im Entwurf festgelegte Verwaltungsgericht des Bundes die Rechtssachen des derzeitigen Bundesvergabeamtes übergehen.²⁰⁶ Konsequenz einer solchen Übertragung wäre, dass Privatrechtsakte der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen würden²⁰⁷, was mE aber dem Rechtsschutzsystem der österreichischen Rechtsordnung eindeutig widerstrebt, da der Verfassungsgesetzgeber eben für die typischen Wirkungen von Privatrechtsakten die ordentliche Gerichtsbarkeit und für die typischen Wirkungen von hoheitlichem Verwaltungshandeln die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Überprüfungsinstanz eingerichtet hat. Wie insbesondere *Thienel*²⁰⁸ ausführt, würde ein Verständnis, nach welchem Verwaltungsgerichte unter anderem ermächtigt wären, die Kontrolle von Privaten zu übernehmen, zu einem weitgehenden Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie eine Durchbrechung des Prinzips der Gewaltenteilung implizieren.

Als konstruktiv erachte ich aber den Ansatz, dass im Rahmen einer Kompetenzregelung möglicher Landesverwaltungsgerichte die Kausalgerichtsbarkeit des VfGH (Art 137 B-VG) zum Teil an die Landesverwaltungsgerichte abgetreten wird.²⁰⁹ Demnach könnte bei Art 137 B-VG-Klagen die Zuständigkeit des VfGH nur auf Fälle, in welchen eine gewisse

²⁰⁴ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 725 f.

²⁰⁵ Vgl auch Art 130 Abs 2 und Erläuterungen dazu im Entwurf *Kostelka*, in 53/GRUND-K 12 auf www.konvent.gv.at.

²⁰⁶ Vgl aber die positive Stellungnahme des Bundesvergabeamtes, in 64/SN-94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at. Die Zuständigkeitsübertragung soll allerdings nur in dem Ausmaß erfolgen, „in dem die Zuständigkeiten der – in den Anlagen 1 und 2 aufgelisteten – Behörden in der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte Deckung findet.“ Soweit sich also die Zuständigkeiten dieser Behörden (siehe Anlage 1 und 2) auf von der Entscheidungsbefugnis über Beschwerden abweichende Befugnisse erstrecken, mangelt es an einem Zuständigkeitsübergang! Diesfalls müssten eigene Sonderbehörden installiert werden, so *Thienel* in *Holoubek/Lang* 134 f.

²⁰⁷ Vgl die Kritik des VwGH an der Undeutlichkeit des Entwurfs, in 11/SN-94/ME 23. GP 24 f www.parlinkom.gv.at.

²⁰⁸ *Thienel* in *Holoubek/Lang* 133.

²⁰⁹ Siehe *Grof*, ÖJZ 2001, 203.

Wertgrenze überschritten wird, beschränkt werden.²¹⁰ Demnach könnte verfassungsgesetzlich normiert werden, dass mögliche Landesverwaltungsgerichte über die Rückerstattung von Geldstrafen und/oder Verfahrenskosten erkennen, wenn der zugrunde liegende Verwaltungsakt aufgehoben oder für rechtswidrig erkannt wurde. Hierbei handelt es sich nicht um komplexe Rechtsfragen.²¹¹ ME steht hier aber vor allem die Einheitlichkeit der Verwaltungssache im Vordergrund. Dem Beschwerdeführer sollten nicht mehrere Verfahren zugemutet werden, damit er das behauptete Unrecht rechtlich bekämpfen kann. Außerdem hätten die Landesverwaltungsgerichte in diesem Fall bereits Kenntnis von der Sache würde der Entscheidungsfindungsprozess viel schneller und unter weniger Kostenanfall ablaufen.

Als definitiv kurzsichtig erachte ich jedoch den Vorschlag die möglichen Landesverwaltungsgerichte zusätzlich zur Prüfung auf eine Verletzung verfassungsrechtlicher Rechte zu ermächtigen. Demnach sollten eventuelle Landesverwaltungsgerichte als eine Art „Vorprüfungsinstanz“ den VfGH bei der Prüfung von Verletzung in Verfassungsrechten entlasten. Eine solche Prüfung wäre dem Vorschlag nach vom Beschwerdeführer zu beantragen.²¹² Ich bin jedoch der Meinung, dass nach einiger Zeit die möglichen Landesverwaltungsgerichte mit fortschreitender Praxis eine hohe Qualität beim Ausjudizieren von derartigen Rechtsverletzungen erreichen würden und der VfGH als eigentliches „Fachgericht“ für derartige Rechtsverletzungen in der Folge noch detaillierter und kasuistischer formulieren würde. Darunter würde wohl der Grundrechtsschutz in erhöhtem Maße leiden.²¹³

4.2.1. Die rechtliche Durchsetzbarkeit im öffentlichen Recht

Grundsätzlich müssen Rechte in einem Rechtsstaat effektiv sein. Andernfalls wäre das aus Art 18 B-VG erfließende Prinzip, dass ein vom Gesetz eingeräumter Anspruch auch rechtlich durchsetzbar sein muss, verletzt.²¹⁴ Stellt das objektive Recht inhaltlich eher auf die rechtliche Anerkennung individueller Interessen ab und wird deren Durchsetzbarkeit ermöglicht spricht dies für ein subjektives Recht.²¹⁵ Mit einem subjektiven Recht wird oft

²¹⁰ So *Groß* aaO.

²¹¹ So *Pichler* im Entwurf A, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 82.

²¹² So Erläuterungen zu Art I Z 11 bei *Pernthaler/Rath-Kathrein*, JBl 1989, 614.

²¹³ Vgl auch *Jestaedt*, JRP 2008, 21.

²¹⁴ VfSlg 11.931, 13.134.

²¹⁵ Vgl VwSlg 14.750.

eine „Willensmacht“ („Können/Dürfen“) objektiv-rechtlich eingeräumt. Stellt der Inhalt des objektiven Rechts aber eher auf die Wahrung öffentlicher Interessen ab und liegt keine Durchsetzbarkeit der Betroffenen Rechtsunterworfenen vor, dann wird es sich eben nicht um ein subjektives Recht handeln.²¹⁶

Damit im Zusammenhang steht auch die Parteistellung. „Hat eine Person ein Interesse an der Erfüllung einer Pflicht, ein Interesse, das für die gesetzliche Festlegung der verpflichtenden Norm maßgebend war, so streitet im demokratischen Rechtsstaat eine Vermutung für ihre Befugnis zur Rechtsverfolgung“²¹⁷.

Unter einem subjektiven öffentlichen Recht versteht man „die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechtes verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung seiner Interessen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen“²¹⁸. Wirtschaftliche Interessen alleine führen noch nicht zu einem subjektiv-öffentlichen Recht. Festzuhalten ist aber weiters, dass subjektive öffentliche Rechte und Pflichten – unter Gesetzesvorbehalt – Dritten grundsätzlich nicht rechtswirksam übertragen werden können.²¹⁹

4.2.2. Rechtsschutzdefizite im Verwaltungsrecht

In den Überlegungen für einen verbesserten individuellen Rechtsschutz kann die Formel **„subjektives Recht = Parteistellung = verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz“** als Grundlage herangezogen werden. Anzusetzen wäre aber bei den derzeitigen Rechtsschutzdefiziten. Abgesehen von den bereits behandelten Problemen beim verwaltungsrechtlichen Vertrag, herrscht ein nicht ausreichender Rechtsschutz bei Realakten, die nicht als AuvBZ eingeordnet werden können. Hier sind inhaltlich falsche Auskünfte der Verwaltung, rechtsverletzende Äußerungen von Verwaltungsorganen iZm einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit (Verstöße gegen die Unschuldsvermutung im Rahmen einer Pressekonferenz, Warnungen vor bestimmten Gruppierungen oder Produkten) anzuführen.

Genannt werden können aber auch Eigentums- und Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Immissionen aus dem hoheitlichen Verwaltungsbereich, welche aber nicht (mehr) mit Beschwerde gedeckt sind. In diesem Kontext stehen auch außervertragliche öffentlich-rechtliche

²¹⁶ MaW Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 1098 und 1102.

²¹⁷ VwSlg 9151 A und seither stRsp; vgl auch VfSlg 17.220; Hengstschläger/Leeb, AVG Rz 6 ff. zu § 8.

²¹⁸ VwSlg 14.750.

²¹⁹ Vgl die Apothekenkonzession, die nicht übertragen werden kann, VwSlg 14.232 mwN.

Leistungsansprüche, wobei weder die Leistung in der Erlassung eines Bescheides besteht, noch über solche bescheidförmig entschieden abgesprochen werden könnte. Das wäre beispielsweise die Geltendmachung verwaltungsbehördlicher Schutz-, Informations- oder Kontrollrechte oder aber ein Anspruch auf Widerruf rechtsbeeinträchtigender Äußerungen. Als weiteres Defizit sei die Geltendmachung von Leistungsstörungen in öffentlich-rechtlichen Dauerschuldverhältnissen (Wasserversorgung, Müllabfuhr) erwähnt.²²⁰ Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Verwaltungsrecht keine allgemeinen Bestimmungen über Leistungsstörungen kennt. Die Vollstreckung wird beispielsweise nicht dadurch gehindert, weil es dem Verpflichteten subjektiv unmöglich ist zu leisten.²²¹ Grundsätzlich gilt, dass die Verwaltung Leistungsstörungen auf Seiten des Rechtsunterworfenen nicht zum Anlass einer Leistungsverweigerung ihrerseits machen darf. Schlechtleistungen auf Seiten der Behörde folgen daher schlicht dem Schema „Leistung - Nichtleistung“.²²² Entweder es wurde eine Auskunft erteilt oder eben nicht.²²³ Die Frage ist hier wieder einmal, ob die grundsätzliche Ausrichtung des Verwaltungsrechtsschutzsystems an den Handlungsformen der Verwaltung verlassen werden sollte, um die erwähnten Rechtsschutzdefizite zu beheben.

4.2.3. Liefert Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG iVm dem Sicherheitspolizeigesetz ein Argument für die „Öffnung der relativen Typengebundenheit“?

In **Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG** wird für die Unabhängigen Verwaltungssenate normiert, dass diese „in sonstigen Angelegenheiten, die ihnen durch die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen werden“, zuständig sind. Der einfache Gesetzgeber kann dadurch die UVS in weiteren – als diesen bereits in Z 1, Z 2 und Z 4 leg cit zugewiesenen – Angelegenheiten für zuständig erklären, insb in Angelegenheiten, welche in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK fallen. Zu beachten ist aber, dass keine Einschränkung des einfachen Gesetzgebers dahingehend vorliegt, dass dieser „sonstige Angelegenheiten“ nur in bestimmten Fällen an die UVS zuweisen darf – in

²²⁰ Merli, in 1/EBEI-K 12 auf www.konvent.gv.at. Anders VfSlg 7823; VwSlg 10.636.

²²¹ Vgl VwSlg 8416; VwGH 27. 6. 2002, 2001/10/0258; 12. 12. 2001, 99/03/0369.

²²² Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 1254.

²²³ Vgl VwGH 27. 8. 2002, 2002/10/0099.

„qualitativer“ Hinsicht ist der einfache Gesetzgeber dahingehend unbeschränkt, so zumindest könnte daraus gefolgert werden.²²⁴

In „formeller“ Hinsicht dagegen – also im Hinblick auf die dem Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG immanente Ermächtigung zur Kompetenzübertragung - haben die Zuweisungen an die UVS einzeln und materienspezifisch zu erfolgen. Zu Recht wird daher die Auffassung vertreten, dass der Wortlaut „durch die die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen werden“ dafür spricht, dass eine generelle Zuständigkeitsübertragung durch den jeweils zuständigen Gesetzgeber – zB durch den Bundesgesetzgeber im Rahmen des AVG - unzulässig wäre.²²⁵

Um diese erweiterte Zuständigkeit der UVS zu begründen, muss daher der Gesetzgeber zuerst tätig werden, dh dieser muss die einzelne und materienspezifische Zuweisung an den UVS vornehmen. Dass der zuständige Materiengesetzgeber aber zuerst tätig werden muss, spricht für den Ausnahmecharakter des Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG – sohin für eine „quantitative“ Beschränkung der Ermächtigung.²²⁶ Die quantitative Beschränkung dieser „Ermächtigungsnorm“ des Art 129a B-VG kann auch durch eine „verfassungskernkonforme“, oder besser „baugesetzkonforme“, Interpretation erreicht werden. Denn mangels Beschränkung der Ermächtigung in Art 129a B-VG könnte der einfache Gesetzgeber des Landes oder des Bundes das gesamte verwaltungsorganisatorische Gefüge verändern, was wohl nicht in der Absicht des Verfassungsgesetzgebers lag, denn eine solche Ermächtigung zur Zuständigkeitsübertragung hätte wohl in der Form einer gesamtändernden Verfassungsbestimmung erlassen werden müssen, somit einem Präsenzquorum von „mindestens der Hälfte der Mitglieder“ und einem Konsensquorum von „zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen“ im Nationalratsplenum sowie zusätzlich zwingend einer Volksabstimmung (vgl Art 44 Abs 3 B-VG)²²⁷ bedurft. Daraus kann gefolgert werden, dass soweit die Übertragung der Zuständigkeiten auf die UVS als Länderbehörden das bundesstaatliche Baugesetz in seinem Bestand gefährden würde, die Notwendigkeit einer Volksabstimmung gegeben

²²⁴ Vgl *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 547.

²²⁵ So *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 547.

²²⁶ Vgl *Muzak* aaO.

²²⁷ Zur Erlassung von gesamtändernden Verfassungsgesetzen, siehe *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 483.

wäre.²²⁸ Demnach kann mitnichten gesagt werden, dass die Übertragung (auch) der gesamten mittelbaren Bundesverwaltung vom LH an den UVS nicht verfassungswidrig wäre.²²⁹ Insgesamt liegt aber keine verfassungsrechtlich unmittelbare Zuständigkeit der UVS in diesen „sonstigen Angelegenheiten“ vor.

Die UVS können aber auch die Kontrolle anderer Verwaltungshandlungen übernehmen, sofern dies einfachgesetzlich festgelegt wird.²³⁰ Der VfGH ist der Auffassung, dass weder der Wortlaut noch die erkennbare Zielsetzung der Verwaltungskontrollfunktion der UVS, noch das System des Art 129a B-VG einer unmittelbaren Übertragung von Aufgaben in Form einer Entscheidungsüberprüfung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (an den UVS) entgegen stehen.²³¹ Die UVS könnten demnach auch zur Kontrolle der Privatwirtschaftsverwaltung berufen werden.

4.2.3.1. Das „Schlichte Polizeihandeln“ in § 88 Abs 2 SPG

Eine mE vorbildliche Bestimmung wurde in **§ 88 Abs 2 SPG** verankert. Dort wird dem Rechtsschutzsuchenden einfachgesetzlich die Möglichkeit eingeräumt, gegen „schlichtes Polizeihandeln“ eine Beschwerde an den zuständigen UVS zu erheben. Dieses schlichte Polizeihandeln stellt „sonstiges“ außenwirksames Verwaltungshandeln dar. Aufgrund der Intention, die dem § 88 Abs 2 SPG zugrunde liegt, nämlich den erweiterten Aktionsradius der Verwaltung unter Kontrolle zu stellen, wurde dieser Regelung auch eine Vorreiterrolle im Bestreben um einen weiteren Ausbau der Verwaltungskontrolle zugeschrieben.²³²

Der § 88 Abs 2 SPG ermöglicht also die Beschwerde an den UVS, **sofern** durch „schlichtes Polizeihandeln“ **in Rechte eingegriffen wird** (arg: „...die behaupten, auf andere Weise durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu

²²⁸ *Muzak* aaO 547 (551).

²²⁹ So aber *Pesendorfer*, Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. Landesverwaltungsgerichte bzw die UVS als Berufungsbehörden gem § 67h AVG (idF des VerwaltungsreformG 2001), ÖJZ 2002, 521. Mit viel Kritik *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 549 f. Dieser kritisiert insb die Ansicht *Pesendorfers*, dass die Entscheidungsbefugnis der UVS als Berufungsbehörde „zwar nicht einfach verfassungswidrig, aber...baugesetzwidrig“ ist und stellt im Gegenzug klar, dass der „Verstoß eines einfachen Gesetzes gegen ein Baugesetz einen solchen gegen eine konkrete positivierte Verfassungsnorm denknotwendigerweise voraussetzt“, weshalb die Ansicht *Pesendorfers* völlig verfehlt sei.

²³⁰ *Thienel*, *Verwaltungsverfahren*⁴ 273.

²³¹ Vgl VfSlg 14.891.

²³² So *Wiederin*, Einführung in das österreichische Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 722.

sein...“). Die Abgrenzung zwischen Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und „schlichtem Polizeihandeln“ verliert somit – zumindest in der Sicherheitsverwaltung – an Bedeutung, denn gegen beide Arten von Verwaltungshandeln kann im Rahmen der Sicherheitsverwaltung der UVS angerufen werden (vgl Abs 1 und Abs 2 SPG).

Die Gesetzesmaterialien zum SPG zeigen, dass es nach der Jud der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nicht eindeutig war, ob im Einzelfall eine Maßnahme im Rahmen der Sicherheitsverwaltung als AuvBZ zu qualifizieren sei. Diese Lücke soll den Gesetzesmaterialien zufolge mit der Beschwerdemöglichkeit gem § 88 Abs 2 SPG geschlossen werden, und zwar indem Rechtsschutz auch gegen das „schlichte Polizeihandeln“ bestehen soll.²³³ Zu beachten ist aber, dass die „Lücke“ nur „im Rahmen der Sicherheitsverwaltung“ geschlossen wird. Denn aus § 2 Abs 2 iVm § 3 SPG folgt: Die Sicherheitsverwaltung besteht aus der Sicherheitspolizei, dem Pass- und dem Meldewesen, der Fremdenpolizei, der Überwachung des Eintrittes in das Bundesgebiet und des Austrittes aus diesem, dem Waffen-, Munitions-, Schieß- und Sprengmittelwesen sowie aus dem Presswesen und dem Vereins- und Versammlungsangelegenheiten. Die Sicherheitspolizei wiederum besteht aus der Aufrechterhaltung der Ruhe, Ordnung und Sicherheit, ausgenommen der örtlichen Sicherheitspolizei (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG) sowie aus der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht. Fällt daher das „schlichte Polizeihandeln“ nicht in den Anwendungsbereich der „Besorgung der Sicherheitsverwaltung“, wie dies etwa in den Angelegenheiten der StVO der Fall ist, dann kann auf § 88 Abs 2 SPG nicht zurückgegriffen werden!²³⁴ Die Rechtsschutzlücke wird in diesem Fall demnach nur bedingt geschlossen.

Als überschießend zu betrachten wäre wohl die Auffassung, dass jeder nicht bescheidförmige und unmittelbare Hoheitsakt der Verwaltung, welcher individuell und mit Vorsatz in subjektive Rechte eingreift, vor dem UVS anfechtbar sein sollte. Der Rechtsschutzsuchende wird bei befehls- und zwangslosen Akten daher auf die sonstigen Rechtsbehelfe im österreichischen Recht zurückzugreifen haben – somit insb auf das Schadenersatzrecht.²³⁵ Die Beschwerde gem § 88 Abs 2 SPG soll daher dort zur Verfügung stehen, wo eine

²³³ Vgl RV, 148 Blg. NR 18. GP, 53.

²³⁴ Vgl dazu VwGH 15. 11. 2000, 99/01/0427.

²³⁵ So Eisenberger, in Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerden (2006) 53. AA Merli, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 1 B-VG, ZfV 1993, 251.

Rechtsschutzlücke (Subsidiarität der typenfreien Beschwerde) vorliegt, nicht aber kumulativ wirken.²³⁶

Die Grundintention des § 88 Abs 2 SPG darf aber nicht dahingehend verstanden werden, dass somit jedwedes dienstliche Verhalten von Organen der Sicherheitsverwaltung von den UVS auf dessen Vereinbarkeit mit der Gesetzeslage überprüft werden könnte. Es soll lediglich Rechtsschutz gegen Tätigkeiten der Organe der Sicherheitsverwaltung bestehen, die ein Mindestmaß an unmittelbarer Außenwirksamkeit aufweisen und sich individuell gegen einen Rechtsunterworfenen richten. Ergo dessen ist nach Ansicht des VwGH²³⁷ seit der Einführung des § 88 Abs 2 SPG Rechtsschutz gegen beispielsweise nachfolgend aufgelistetes polizeiliche Handeln gegeben, welches von der Rsp nicht als AuvBZ qualifiziert wurde:

- schlichtes Fotografieren im Zuge einer Amtshandlung²³⁸
- schlichtes Fotografieren anlässlich der Teilnahme einer Kundgebung²³⁹
- „Herabstoßen“ eines Hubschraubers der Exekutive auf Teilnehmer einer Versammlung²⁴⁰
- Presseaussendung über eine erfolgte Verhaftung²⁴¹
- Weitergabe von Personaldaten an Organe einer anderen Behörde durch die Staatsanwaltschaft²⁴²
- Verbale „Entgleisungen“ von behördlichen Organen im Rahmen einer Amtshandlung²⁴³
- Betreten eines nicht für Vereinsmitglieder reservierten Parkplatzes durch die (damaligen) Gendarmerieorgane²⁴⁴

²³⁶ *Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 740.

²³⁷ VwSlg 14.701 A/1997.

²³⁸ Vgl VfSlg 9.783/1983, 9934/1984 ua.

²³⁹ Vgl VfSlg 11.935/1988.

²⁴⁰ Vgl VfSlg 10.762/1986.

²⁴¹ Vgl VfSlg 8.965/1980.

²⁴² Vgl VfSlg 10.318/1985.

²⁴³ Vgl VfSlg 10.547/1985, 12.213/1989.

²⁴⁴ Vgl VfSlg 11.508/1987.

Zu beachten ist jedoch, dass laut VwGH lediglich solch polizeiliches Verwaltungshandeln vom Anwendungsbereich des § 88 Abs 2 SPG erfasst ist, welches die nötige Außenwirkung aufweise. Behördeninterne Vorgänge, die von vornherein nicht auf Außenwirkung angelegt sind und idR normativ nicht geregelt sind, sind vom Anwendungsbereich nicht gedeckt (so etwa Ausführungen eines Gendarmeriepostenkommandanten über eine Amtshandlung gem Unterbringungsgesetz in einem Bericht an die Bezirkshauptmannschaft²⁴⁵). Dieser Ansicht stellt sich aber *Wiederin*²⁴⁶ entgegen und argumentiert damit, dass es bei der Ergreifung der Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG lediglich darauf anzu- kommen habe, dass die Verletzung in Rechten möglich sei. Dem stimmt *Kolonovits*²⁴⁷ zu und bekräftigt, dass sich der VwGH dabei auf die Gesetzesmaterialien stützt, obwohl diese eben keine weiteren Voraussetzungen, als den *Eingriff in Rechte* anführen. Außerdem argumentiere der VwGH laut *Kolonovits* zu apodiktisch, wenn dieser sich lediglich der sorgfältig auserwählten (oben aufgelisteten Judikaturbeispiele) sowie der Intention der Gesetzesmaterialien zum SPG bedient, denn der VwGH lasse Judikaturbeispiele, dabei außer Acht, die laut der Definition des VwGH auch als behördlich-intern gelten könnten aber entgegen der angeführten Judikaturbeispiele nicht als AuvBZ qualifiziert wurden.

Wiederins Ansicht, dass es bei der Beschwerdebefugnis gem § 88 Abs 2 SPG lediglich auf die Möglichkeit der Verletzung in Rechten ankomme, deckt sich aber mit der Ansicht des VwGH in dem Falle, in welchem das angefochtene interne Behördenverhalten gar nicht „nach außen“ durch Normvorschriften determiniert ist, sodass die Möglichkeit der Verletzung in Rechten gar nicht vorhanden ist.

Die Frage, ob auch bei Unterlassen die Beschwerdebefugnis nach § 88 Abs 2 SPG besteht, wurde vom VwGH nicht beantwortet²⁴⁸, von einzelnen UVS jedoch schon²⁴⁹. Dass die Beschwerde gem § 88 Abs 2 SPG aber auch gegen ein Unterlassen der Behörde ergriffen

²⁴⁵ VwSlg 14.701 A/1997.

²⁴⁶ *Wiederin*, Einführung in das österreichische Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 739.

²⁴⁷ *Kolonovits*, in: *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek und Matscher (2008) 247 f.

²⁴⁸ VwGH 15. 11. 2000, 99/01/0427.

²⁴⁹ So ausdrücklich vom UVS Vorarlberg 24. 3. 1997, 2-14/96 („Der § 88 Abs 2 Sicherheitspolizeigesetz hingegen bietet einen Rechtsschutz gegen rechtswidrige schlichthoheitliche Verhaltensweisen im Bereich der Sicherheitsverwaltung. Jedes außenwirksame Verwaltungshandeln oder –unterlassen, das nicht als Bescheid oder Akt verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren ist, kann Beschwerdegegenstand sein.“); vgl UVS Steiermark 1. 8. 2005, 20.3-16, 17, 18/2005.

werden kann, kann mE nicht pauschal gesagt werden.²⁵⁰ Geht man jedoch von der Auffassung aus, die Hoheitsgewalt erstreckt sich nicht auf bloße Untätigkeit²⁵¹, könnte bei schlichten Unterlassungen eine Beschwerdebefugnis nach § 88 Abs 2 SPG abgelehnt werden. Bei dieser Sichtweise kann auch die Rsp herangezogen werden, welche die bloße Untätigkeit nicht als AuvBZ qualifiziert.²⁵²

Lediglich die sog „qualifizierte Untätigkeit“ wird hingegen von der Jud als AuvBZ qualifiziert.²⁵³ Der Ursprung dieser Konstruktion der „qualifizierten Untätigkeit“ liegt aber eher in ausdrücklichen oder konkludenten negativen Entscheidungen.²⁵⁴ Unabhängig davon kann man bei Verneinen der Frage, ob § 88 Abs 2 SPG auch Unterlassungen umfasst, auch mit der Wortinterpretation der Überschrift zu § 2 SPG (arg.: „Besorgung der Sicherheitsverwaltung“) argumentieren und der Ansicht sein, dass diese „Besorgung“ kein Unterlassen umfasse.²⁵⁵ Dieser Wortinterpretation tritt *Kolonovits* jedoch vehement entgegen und vermeint, dass die Überschrift des § 2 SPG („Besorgung der Sicherheitsverwaltung“) in systematischer Auslegung nur den sachlichen Zuständigkeitsbereich des UVS umschreibe und das Argument der Wortinterpretation in einem nur möglichen Wortsinn deshalb verfehlt sei.²⁵⁶ Als weiteres Argument sei der systematische Zusammenhang zwischen § 88 Abs 2 und § 30 SPG zu nennen, welcher für die Beschwerdefähigkeit von Unterlassungen spreche.²⁵⁷ Dieser Ansicht kann mE beigetreten werden, da die Sicherheitsverwaltung eine „eingriffsnahe“ Materie darstellt und der aus den Gesetzesmaterialien zum SPG hervorgehende Zweck eindeutig für einen Rechtsschutzlücken schließenden Charakter der Bestim-

²⁵⁰ So aber anscheinend *Bachmann et al.*, *Besonderes Verwaltungsrecht*⁶ 28. Mit Begründung aber *Hauer/Keplinger*, *Sicherheitspolizeigesetz, Kommentar*³ (2005) A.15 zu § 88; *Pürstl/Zirnsack*, *Sicherheitspolizeigesetz* (2005) Anm 15 zu § 88.

²⁵¹ Vgl *Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in: *Staatsrecht in Theorie und Praxis*, FS Walter (1991) 468; *Szymanski*, Der besondere Rechtsschutz nach dem Sicherheitspolizeigesetz, in: *Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz* (1994) 127.

²⁵² Vgl VfSlg 9025; VwSlgNF 9461 A.

²⁵³ Vgl VfSlg 6101, 8131, 8414; vgl auch VfSlg 16.638. Vgl auch VfSlg 4252/1962, 6993/1973, 7454/1974.

²⁵⁴ So *Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*² Rz 1043 mit Verweisen auf die Rsp.

²⁵⁵ Im Gesetzesentwurfsverfahren wesentlich beteiligt und daher dieser Auffassung, *Szymanski*, Der besondere Rechtsschutz nach dem Sicherheitspolizeigesetz, in: *Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz* (1994) 127.

²⁵⁶ *Kolonovits* aaO 250.

²⁵⁷ AA *Szymanski*, Der besondere Rechtsschutz nach dem Sicherheitspolizeigesetz, in: *Matscher (Hrsg), Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz* (1994) 136, welcher im § 30 SPG lediglich eine Ausnahme sieht.

mung spricht. Würde man in einer „eingriffsnahen“ Materie Unterlassungen vom Rechtsschutz ausschließen, so wäre für „eingriffsnahes“ Verhalten, was ein Unterlassen zweifelsohne darstellt, kein Rechtsschutz gegeben – und das kann wohl nicht die Intention des eingangs erwähnten „Vorreiters“ in den Bemühungen zum Ausbau der Kontrolle der Verwaltung sein.

Vielleicht wäre zu überlegen, ob auch auf die Strafbarkeit von Unterlassungen im Verwaltungsstrafrecht Bezug genommen werden könnte, wo eine Bestrafung dann zulässig ist, wenn einem gesetzlichen Tatbestand oder anderen Bestimmungen „entnehmbar“ ist, dass die Nichtvornahme bestimmter Handlungen strafbar sein soll.²⁵⁸ Fraglich ist jedoch, ob nicht die anders geartete Konzeption der Materie Strafrecht gegenüber der Materie Sicherheitspolizeirecht einen solchen Schluss verunmöglicht, da das Strafrecht mit Generalprävention, Spezialprävention und Vergeltung andere Zwecke verfolgt als das Sicherheitspolizeirecht, dessen Zweck vor allem in der Abwehr von überörtlichen („allgemeinen“) Gefahren für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit, in der Vermeidung und Bekämpfung von gerichtlich strafbaren Handlungen, in der ersten Hilfeleistung bei Gefahren aller Art sowie in der Verhinderung von sonstigen sozial unerwünschten Störungen des menschlichen Zusammenlebens liegt.

ME ist dem § 88 Abs 2 SPG in der Textpassage „...auf andere Weise durch die Besorgung der Sicherheitsverwaltung in ihren Rechten verletzt worden zu sein...“ eindeutig zu entnehmen, dass Unterlassungen im Rahmen der (auftragsgemäßen, weil gesetzlich bestimmten, vgl Art 18 B-VG) Besorgung der Sicherheitsverwaltung nach Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG iVm § 88 Abs 2 SPG angefochten werden können. In diesem Sinne muss mE auch nicht gekünstelt von einer „Vorenthaltung“ gesprochen werden, um zu diesem Ergebnis zu gelangen.²⁵⁹ Die Ansicht des VwGH²⁶⁰, dass etwa das Verlangen der Dienstnummer (vgl § 30 SPG), wenn es im Zusammenhang mit einer „Maßnahme“ steht, lediglich eine „bloße Modalität“ der zu Grunde liegenden „Maßnahme“ darstelle und daher im Rahmen der Maßnahmenbeschwerde (§ 88 Abs 1 SPG) zu prüfen sei, kann die Ansicht, dass § 88 Abs 2 SPG auch Unterlassungen umfasst, nicht ersetzen, da ein solches Verlangen auch nach Ab-

²⁵⁸ Vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ 408.

²⁵⁹ So aber Funk in Fuchs/Funk/Szymanski, *Sicherheitspolizeigesetz*² (1993) 67.

²⁶⁰ VwSlg 16.962 A/2006; vgl auch VfSlg 16.109 wo mehrere Zwangsakte als „Teil(e) des Geschehensablaufes“ aufgefasst werden; ebenso VwGH 23. 9. 1994, Zl 24/02/0139 wo von der „Einheit der bekämpften Maßnahme“ gesprochen wird.

schluss der „Maßnahme“ begehrt werden könnte und sodann Rechtsschutz gegen ein Unterlassen nicht bestünde.²⁶¹

Erwähnt werden muss allerdings, dass in diesem Zusammenhang lediglich von Unterlassungen gesprochen werden kann, welche

- a) nicht als AuvBZ zu qualifizieren sind (siehe oben) und
- b) nicht dem Regime des § 73 AVG (Säumnis bei der Bescheiderlassung) unterliegen.

Anzunehmen ist aber, dass bei der Beschwerde nach § 88 Abs 2 auch kein aliud gegenüber der Maßnahmenbeschwerde nach Abs 1 leg cit vorliegt, da der mit der Einführung der Beschwerdemöglichkeit nach § 88 Abs 2 SPG verfolgte Zweck, Rechtsschutzdefizite abzubauen, die sich aus der Beschränkung der Bekämpfbarkeit sicherheitspolizeilicher Maßnahmen auf Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ergeben, die Anfechtbarkeit von Maßnahmen mit minderem Anordnungscharakter gegenüber solchen AuvBZ mE als ledigliche „Ergänzung“ und nicht als Beschwerdealternative prägt. Stützt sich ein Beschwerdeführer daher sowohl auf Abs 1 als auch auf Abs 2, ist trotzdem nur eine Beschwerde anzunehmen.²⁶²

Abschließend ist zu erwähnen, dass mit der Bestimmung des § 88 Abs 2 SPG eine äußerst materiengerechte Regelung des Rechtsschutzes umgesetzt worden ist. Gerade in der Sicherheitsverwaltung kommt es – wie bereits erwähnt – aufgrund der „eingriffsnahen“ Materie zu häufigen Rechtsverletzungen, die nicht stets unter dem verwaltungsrechtswissenschaftlichen Begriff des AuvBZ subsumiert werden können.²⁶³ Die Frage, ob der Art 129a iVm mit dem Sicherheitspolizeigesetz jedoch ein Argument für die „Öffnung der relativen Typengebundenheit“ darstellt, kann mE aber verneint werden, da mit dieser Konstruktion hauptsächlich den besonderen materienspezifischen Gegebenheiten – Stichwort: Eingriffsnahe – begegnet wird.

²⁶¹ Kolonovits aaO 251.

²⁶² Vgl VwGH 20. 12. 1996, 96/02/0284; 29. 7. 1998, 97/01/0448; Ennöckl, in: Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerden (2006) 98.

²⁶³ Vgl auch § 54 Abs 2 MBG.

4.2.3.2. Der Anspruch auf Einhaltung der Gesetzmäßigkeit

Weiters möchte ich auf die mE beachtenswerte Regelung in § 87 SPG hinweisen, gem welcher ein subjektiv öffentliches Recht auf Einhaltung der Gesetzmäßigkeit bei sicherheitspolizeilichen Maßnahmen besteht. Diese Bestimmung ermöglicht somit, dass ein subjektiv-öffentliches Recht und die darauf aufbauende Verletzung überhaupt erst vorliegen. Damit wird die Übereinstimmung von subjektivem und objektivem Recht (im Rahmen der Sicherheitsverwaltung!) gesichert. Der Betroffene erhält dadurch grundsätzlich die Möglichkeit alle Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Handelns der sicherheitspolizeilichen Organe kontrollieren zu lassen, wenn es gegenüber dessen Person gesetzt wurde.²⁶⁴ § 87 SPG räumt aber – und das muss klar betont werden - keinen „allgemeinen Anspruch“ des Einzelnen auf sicherheitspolizeilichen Rechtsschutz ein²⁶⁵. § 87 SPG garantiert „lediglich“ den **Anspruch auf Gesetzmäßigkeit** sicherheitspolizeilicher Maßnahmen!

Das einklagbare Recht auf Gesetzmäßigkeit sicherheitspolizeilichen Einschreitens (§ 87 SPG) und die Einführung des „formenunabhängigen“ Rechtsschutzes (§ 88 Abs 2 SPG) sind somit die beiden Säulen, die den weiteren Ausbau der Verwaltungskontrolle tragen und daher gute Ansätze für die Zukunft liefern.²⁶⁶

4.2.3.3. Geht der aktuellste Entwurf neue Wege?

Ganz am System von Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG orientiert sich auch der aktuellste Entwurf einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit (94/ME 23. GP). In dessen Art 130 Abs 1 sieht dieser neben der Entscheidungssäumnis (Z 3) die Rechtswidrigkeitsbehauptung iZm einem erlassenen Bescheid (Z 1) und die Rechtswidrigkeitsbehauptung iZm mit einem ergangenen AuvBZ (Z 2) vor. Der Entwurf orientiert sich demnach an den bisherigen Verwaltungsaktformen. Im 2. Satz des Abs 1 öffnet der Entwurf aber die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit für solche Materien, die der jeweilige Materiengesetzgeber den Verwal-

²⁶⁴ Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 723.

²⁶⁵ Wiederin, aaO Rz 724.

²⁶⁶ Vgl Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 722.

tungsgerichten einfachgesetzlich zuweist.²⁶⁷ Dem Entwurf nach bleibt es also dem einfachen Gesetzgeber überlassen, ob er „sonstiges Verwaltungshandeln“ unter die Rechtsschutzprämisse stellen möchte. Ob dies ein „nicht gering zu schätzendes Potential“²⁶⁸ im Sinne der Ausweitung der Formen des bisherigen Verwaltungshandelns darstellt, bleibt mE zu bezweifeln. Ansonsten wird beim Ministerialentwurf 94/ME 23. GP im Grunde an den typenmäßig unterschiedenen hoheitlichen Verwaltungsakt angeknüpft.

Die Frage ist, was genau unter einem „sonstigen“ Verwaltungshandeln verstanden werden soll. ME sollte das sonstige Verwaltungshandeln als Verhalten im Sinne von Art 23 B-VG verstanden werden.²⁶⁹ Demnach wäre jedes Verhalten der Organe der öffentlichen Verwaltung, welches diese in Vollziehung der Gesetze setzen, ein sonstiges Verwaltungshandeln. Schlicht hoheitliches Handeln wäre demnach vom Begriff des sonstigen Verwaltungshandelns umfasst.²⁷⁰

Angesichts dieses Abstellens auf die Gebundenheit des Rechtsquellensystems bei der enumerativen Aufzählung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und angesichts des Umstandes, dass dem Entwurf folgend die Verwaltungsgerichte die derzeitigen UVS ersetzen sollen²⁷¹, ist anzumerken, dass man sich im Entwurf somit gegen eine Beschwerdemöglichkeit in den oben genannten defizitären Verwaltungsbereichen (rechtsverletzende Äußerungen, Leistungsstörungen im Dauerschuldverhältnis etc) entscheidet. In diesem Punkt kann der Entwurf mE nicht als fortschrittlich erachtet werden.

4.3. Beschwerdelegitimation vor möglichen Landesverwaltungsgerichten

4.3.1. Der Beschwerdeinhalt

²⁶⁷ Art 130 Abs 1 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at. Vgl Art 130 Abs 1 Z 4 bei *Grabenwarter*, in 55/GRUND-K; Art 130 Abs 2 im BKA-Entwurf, in 54/GRUND-K; Art 130 Abs 2 bei *Kostelka*, in 53/GRUND-K; Art 221 Abs 1 Z 4 bei *Fiedler*, in 1/ENDB-K alle auf www.konvent.gv.at. Vgl auch Art 130 Abs 1 im Entwurf A bei *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 81 f. Für ein Abgehen von der Typengebundenheit aber Art 129 Abs 2 bei *Grof*, ÖJZ 2001, 204.

²⁶⁸ *Fuchs*, JRP 2007, 283.

²⁶⁹ So Art 130 Abs 2 des BKA-Entwurfs, in 54/GRUND-K insb Erläuterungen dazu, auf www.konvent.gv.at.

²⁷⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 739 – 745.

²⁷¹ Vgl Erläuterungen zu 94/ME 23. GP 3 auf www.parlinkom.gv.at.

Ein weiterer wichtiger Punkt iZm mit dem Beschwerdegegenstand ist die Regelung der Beschwerdelegitimation. So ist der derzeitige Zugang zum VwGH gem Art 131 Abs 1 B-VG iVm § 28 VwGG relativ einschränkend geregelt, da der Beschwerdeführer, der „durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet“ nach § 28 Abs 1 Z 4 VwGG im Beschwerdeinhalt „die bestimmte Bezeichnung des Rechtes, in dem der Beschwerdeführer verletzt zu sein behauptet“ sowie „die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt“ (Z 5 leg cit) anzuführen hat. Die Jud hat diese formalen Anforderungen in die Richtung gelockert, dass der Beschwerdepunkt nicht ausdrücklich als solcher bezeichnet werden muss. Es wird als ausreichend angesehen, wenn der Inhalt der Beschwerde **insgesamt** – einschließlich der Sachverhaltsdarstellung – **erkennen lässt**, in welchem subjektiven Recht der Beschwerdeführer sich als verletzt behauptet.²⁷²

Auch Art 144 Abs 1 B-VG iVm mit § 82 VfGG regelt die Beschwerdelegitimation vor dem VfGH ebenfalls dahingehend, dass der Beschwerdeführer auch den Beschwerdepunkt in der Beschwerde anzuführen hat. Der Beschwerdeführer muss also das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht, in dem er sich verletzt erachtet, bezeichnen. Die Rsp lockert aber diese Anforderung und verlangt, dass „der Verfassungsgerichtshof [ist] bei der Entscheidung über Beschwerden nach Art 144 B-VG nicht an die Beschwerdebehauptungen gebunden (ist), soweit damit die Verletzung bestimmter verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte geltend gemacht wird; vielmehr hat er zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer in **irgendeinem** verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt wurde“.²⁷³

Im Zusammenhang mit den Anforderungen an den Beschwerdeinhalt sei auch auf die Vertretungsregeln vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts hingewiesen. Gem § 24 Abs 2 VwGG muss die Beschwerde von einem Rechtsanwalt unterschrieben werden. Es bestehen hievon zwar Ausnahmen bei „Rechtskundigkeit“ (Z 2 leg cit) oder bei der Vermutung einer solchen (Z 1 leg cit). Diese scheinen mir aber unbedenklich. Ebenso müssen im verfassungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gem § 17 Abs 2 VfGG Beschwerden im Regelfall von einem Rechtsanwalt eingebracht werden. Somit bestehen auch vor dem VfGH keine Bedenken, dass der Beschwerdeführer durch „ungeschickte“ Beschwerdeformulierung um seinen Rechtsschutz gebracht werden könnte.

²⁷² Vgl VwSlgNF 11.525 ; VwGH 11. 6. 1985, 85/12/0046; 27. 4. 1988, 87/03/0170.

²⁷³ VfSlg 14.772; vgl VfSlg 4062, 7370, 12.166.

Was bedeutet dies aber für mögliche Landesverwaltungsgerichte? Für das Beschwerdeverfahren vor den möglichen Landesverwaltungsgerichten würde dies mE bedeuten, dass auf einfachgesetzlicher Ebene klargestellt werden müsste, dass an den Klageinhalt keine hohen Anforderungen gestellt werden dürften. Insb sollte mE die Angabe von genau bestimmten Beschwerdepunkten gesetzlich nicht verlangt werden. Allerdings würde die Rsp sich wohl der Auslegung der Grenzen der Amtswegigkeit mehr oder weniger genau annehmen, was im Ergebnis dann zu einem gelockerten Bestimmtheitserfordernis für Beschwerdepunkte führen könnte. Es ist aber auf die Rsp zu verweisen, die „ungeachtet der Tatsache, dass auch im Verfahren nach § 67c AVG gem § 39 AVG die Grundsätze der Amtswegigkeit und der materiellen Wahrheit zu beachten sind“, keine Prüfungspflicht des UVS annimmt, wenn überhaupt keine Anhaltspunkte in der Beschwerde vorhanden sind. Der UVS muss demnach „nicht alle mit dem angefochtenen Verwaltungsakt nur denkmöglich einhergehenden Beeinträchtigungen [...]“ aufgreifen.²⁷⁴

Die Festsetzung eines absoluten Anwaltszwanges²⁷⁵ vor möglichen Landesverwaltungsgerichten wäre durchaus zu überlegen, da durch die anwaltliche Vertretung bereits im erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine effektivere und schnellere Beschwerdeeinbringung und wohl auch schnellere Beschwerdeprüfung die Folge wären.

Eine verfassungsgesetzliche Normierung einer benötigten Rechtsverletzungsbehauptung ist somit nicht das Problem. Entscheidend ist die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Anforderungen an den Beschwerdeinhalt und die Beschwerdepunktprüfung durch mögliche Landesverwaltungsgerichte. Deshalb sollten mE die möglichen Landesverwaltungsgerichte „von Amts wegen alle mit der Sachverhaltsschilderung und den Beschwerdegründen **in einem engen Zusammenhang** stehenden Beeinträchtigungen der subjektiv-öffentlichen Rechtsstellung des Klägers“ zu überprüfen haben. Ein „enger Zusammenhang“ wäre mE dann gegeben, wenn nicht irgendeine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten aufgegriffen würde, sondern die Verletzung zumindest noch die Sachverhaltsschilderung und die Beschwerdegründe tangiert. Es besteht bei meinem Vorschlag mE auch nicht die Gefahr, dass die Landesverwaltungsgerichte dabei „irgendeine“ Verletzung subjektiver öffentlicher

²⁷⁴ Vgl VwGH 23. 9. 1998, 97/01/0407.

²⁷⁵ Vgl §17 Abs 2 VfGG; sonst besteht vor dem VfGH relativer Anwaltszwang. Zum Anwaltszwang bei Errichtung des VwGH, siehe *Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 203 f.

Rechte aufzugreifen hätten, da bereits der Bestimmung des § 33 Abs 1 VwGG zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber das Rechtsschutzbedürfnis auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren als Prozessvoraussetzung versteht. Denn wenn die Klaglosstellung des Beschwerdeführers in jeder Lage des Verfahrens zur Verfahrenseinstellung zwingt, kann angenommen werden, dass eine Beschwerde von vornherein unzulässig ist, wenn eine der Klaglosstellung vergleichbare Lage bereits bei der Einbringung der Beschwerde festgestellt wird. Hier würde daher kein Rechtsschutzbedürfnis bestehen und die Beschwerde wäre daher zurückzuweisen.²⁷⁶

Verbunden mit einer erhöhten Manduktionspflicht und der Pflicht zur Gewährung von Verbesserungsmöglichkeiten durch das Gericht, würde sich die so verstandene Beschwerdelegitimation mE positiv auf den Rechtsschutz vor möglichen Landesverwaltungsgerichten auswirken. Über die verpflichtende Bereitstellung eines Verfahrenshelfers bei komplexen rechtlichen Angelegenheiten sollte diskutiert werden²⁷⁷, dabei wird aber entscheidend sein, ob sich vielleicht aber sogar eine absolute Anwaltpflicht durchsetzen könnte. Freilich müsste aber der Begriff der „komplexen rechtlichen Angelegenheit“ genau bestimmt werden, was mE aber über die einzelnen Verwaltungsmaterien zu geschehen hätte.

4.3.2. Wird eine Popularbeschwerde benötigt?

Die Überlegungen zur Beschwerdelegitimation vor möglichen Landesverwaltungsgerichten tangieren das Thema „Popularbeschwerde“. Eine Popularbeschwerde würde dem Kläger ermöglichen, eine Rechtsverletzung zu behaupten, obwohl es an einer Rechtsverletzung in dessen Sphäre mangelt. Aufgrund der ständigen Rsp²⁷⁸ des VwGH ist eine solche nicht zulässig, da es an der konkreten Rechtsverletzung des Beschwerdeführers mangelt. Demnach genügt zwar bereits die Behauptung der Verletzung eines subjektiven Rechts, doch muss diese gegenüber dem Beschwerdeführer wenigstens **möglich** sein, ansonsten ist die Beschwerde wegen fehlender Legitimation zurückzuweisen. Auf die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung ist dabei nicht alleine zu achten.²⁷⁹ Wenn das Verfahrensziel des Beschwerdeführers ohne objektiven Nutzen ist und die aufgeworfenen Rechtsfragen somit nur theo-

²⁷⁶ Vgl VwGH 3. 10. 1997, 97/19/1521; VwGH 9. 6. 1994, 91/06/0040.

²⁷⁷ So auch *Mayrhofer*, JRP 2007, 272.

²⁷⁸ Vgl mwN VwSlg 14.916 A; VwGH 3. 10. 1997, 97/19/1521.

²⁷⁹ Grundlegend VwGH 19. 3. 1990, 89/10/0247.

retischer Natur sind, ist ein Rechtsschutzinteresse nicht vorhanden.²⁸⁰ In der Lehre wird diese Abgrenzung zwischen individuellem Rechtsschutzinteresse und schlichter objektiver Rechtsverletzungsbehauptung begrüßt und eine Popularbeschwerde deshalb (zu Recht) abgelehnt.²⁸¹

Nicht übersehen werden darf mE jedoch, dass de lege lata vor allem mit dem § 36 Abs 1 Z 1 lit b ORF-G bereits eine der Popularbeschwerde stark ähnelnde Konstruktion besteht. Demnach kann ein Unternehmen, auch wenn es **(bloß) in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzt zu sein behauptet**, Beschwerde an die belangte Behörde wegen einer Verletzung des ORF-G erheben. Damit hat der Gesetzgeber eine spezielle Antragslegitimation für betroffene Unternehmen geschaffen, die nicht unbedingt Mitbewerber des ORF sein müssen.²⁸²

4.3.2.1. Die Möglichkeit einer Popularbeschwerde

ME könnte trotzdem folgende Überlegung angestellt werden. Wäre es bei der von mir vorgeschlagenen Regelung der Beschwerdebehauptung (Aufgreifen von Rechtsverletzungen im engen Zusammenhang) nicht auch zweckmäßig, eine Popularbeschwerdemöglichkeit zu normieren? Man sollte meiner Meinung nach über eine Popularbeschwerde in abgewandelter Form – so etwa als „**Verbandsbeschwerde im engeren Sinn**“ als subsidiären Rechtsbehelf nachdenken. Doch bevor ich konkrete Ausführungen zu einer solchen erweiterten Beschwerdebefugnis machen werde, möchte ich eine ähnliche Erscheinung, nämlich eine im Endeffekt ebenso erweiterte Beschwerdebefugnis erörtern.

4.3.2.2. „Naher Angehöriger“ und Art 2 EMRK

Anknüpfen lässt sich mE bei der Rsp des Verfassungsgerichtshofes, wonach ein naher Angehöriger eine Maßnahmebeschwerde ergreifen kann, nachdem der eigentlich in seinen Rechten Verletzte bei der Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt

²⁸⁰ Vgl VwSlg 11.393 A.

²⁸¹ So Mayrhofer, JRP 2007, 272.

²⁸² (vgl Kogler/Kramler/Trainer, Österreichische Rundfunkgesetze 99). Eine klare Grenze zur Popularbeschwerde zieht die Rsp, vgl VwGH 11. 10. 2007, 2007/04/0043 – für die Bekräftigung des schutznormorientierten Rechtsschutzkonzeptes und die Ablehnung einer Popularbeschwerde.

verstorben ist.²⁸³ Die Angehörigen sind deshalb zur Beschwerdeerhebung legitimiert, da anderenfalls die Verletzung des Rechts auf Leben (Art 2 EMRK) nicht überprüft werden könnte.²⁸⁴ Der VfGH räumt ein, dass der reine Wortlaut der Bestimmung des Art 129a B-VG iVm § 67a AVG dem spezifischen Charakter der Kontrolle von Rechten nicht genügend Rechnung trägt. Der VfGH maß sich nicht an, dem Verfassungsgesetzgeber zuzusinnen, dass er die Geltendmachung der Verletzung des Rechts auf Leben durch Angehörige im Fall des während der Amtshandlung eingetretenen Todes des von der Amtshandlung unmittelbar Betroffenen generell ausschließen wollte.²⁸⁵

Diese Jud, einer vom eigentlich Verletzten unterschiedlichen Person die Beschwerdebefugnis zukommen zu lassen, hat in Hinblick auf Art 2 EMRK (Recht auf Leben) einen speziellen Hintergrund. Ist jemand durch eine Verwaltungshandlung gestorben, kann er mangels Leben eine Verletzung des Rechts auf Leben nicht mehr geltend machen. Um hier nicht den Rechtsschutz zu konterkarieren, müssen die dem Toten am Nächsten stehenden Angehörigen (Ehepartner, Eltern, Kinder, Geschwister)²⁸⁶ beschwerdelegitimiert sein. Diese nahen Angehörigen sind aber nicht unmittelbar vom in Art 2 EMRK eingreifenden Verwaltungsakt betroffen, weil sie nicht selbst verletzt wurden. Unbeachtet dieser Tatsache, gewährt aber auch Art 2 EMRK die Pflicht zur effektiven und offiziellen Untersuchung von Todesfällen im Zusammenhang mit Polizeieinsätzen.²⁸⁷ Diese nahen Angehörigen wurden mE aber durch den später eintretenden Tod des Verletzten unmittelbar in deren Rechten verletzt. Hier könnte meiner Meinung nach direkt an ein Folgeereignis (Tod) angeknüpft werden, um eine unmittelbare Rechtsverletzung der nahen Angehörigen zu konstruieren. ME lässt sich durch den Tod des Verletzten die unmittelbare Verletzung von Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) herstellen. Durch den Tod des Verletzten wurden die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander verletzt und ein Zusammenleben wie es bisher stattfinden konnte, kann nicht mehr verwirklicht werden. Eine Verletzung von Art 2 EMRK (beim Toten) würde in diesem Fall eben eine Verletzung von Art 8 EMRK (bei den nahen Angehörigen) indizieren. Somit wäre für die nahen Angehörigen ein „subsidiärer“ Rechtsschutz gegeben. Freilich ist mE der **„enge Zusammenhang“** zwischen dem Tod des Verletzten und den nahen Angehörigen maßgebend.

²⁸³ VfSlg 16.109, 16.179, 16.638, 17.046.

²⁸⁴ VfSlg 16.109.

²⁸⁵ Vgl VfSlg 16.179.

²⁸⁶ Siehe VfSlg 16.179.

²⁸⁷ Vgl EGMR 27. 9. 1995 Mc Cann, ÖJZ 1996, 233; 7. 2. 2006 Scavuzzo-Hager, ÖJZ 2006, 822.

4.3.2.3. Die Konstruktion einer „Verbandsbeschwerde im engeren Sinn“

Daher erachte ich das Grundproblem der Frage der Unmittelbarkeit/Mittelbarkeit bei einer „Verbandsbeschwerde im engeren Sinn“ vor möglichen Landesverwaltungsgerichten als ident. Ich versuche dabei an die „nahe Angehörigkeit“ im technischen Sinn anzuknüpfen. Diese „nahe Angehörigkeit“ im technischen Sinn müsste demnach „wertungsfrei“, also nicht im Sinne von „Familie“ verstanden werden. Im Ergebnis sollte damit ein „Verbandsverhältnis“ vorliegen. Dieses Verbandsverhältnis sollte im Endeffekt etwa den Bereich von öffentlichen Rechten abdecken, die im engen Zusammenhang mit meiner vorgeschlagenen Beschwerdeprüfungspflicht (vgl oben: „alle subjektiv-öffentlichen Rechte im engen Zusammenhang“) stehen. Nehmen wir folgendes Beispiel an: Einem Eigentümer eines denkmalgeschützten Hauses würde ein Bescheid zugestellt, mit dem diesem verboten wird, Schaufensterkästen in dem Haus zu montieren. Der Hauseigentümer hätte zwar kein eigenes diesem dezidiert eingeräumtes subjektives öffentliches Recht auf Montage von Schaufensterkästen in dessen denkmalgeschützten Haus, der Hauseigentümer wäre aber gem § 26 Denkmalsschutzgesetz Partei des Verfahrens über Veränderungen am Denkmal und somit beschwerdelegitimiert.²⁸⁸ Der Eigentümer ist in unserem Fall aber auch Mitglied eines privaten Denkmalschutzvereins, dessen Vereinszweck die Förderung und Erhaltung der Denkmäler ist, welche im Eigentum der Vereinsmitglieder stehen. Die Schaufensterkästen wären demnach notwendig, um vereinsfördernde Hausführungen gegen Entgelt zu veranstalten. Der Verein möchte in diesen Schaufensterkästen Familienfotos, Landschaftsaufnahmen, Werkzeug aus früherer Zeit etc ausstellen und den Besuchern einen vollständigen Eindruck über das Leben in diesen denkmalgeschützten Häusern vermitteln. Für solch eine umfassende Hausführung möchte der Verein Eintrittsgeld verlangen - der Verein muss ja immerhin seine Tätigkeiten über Veranstaltungen wie Hausführungen für Besucher etc finanzieren. Durch das Verbot des Anbringens von Schaufensterkästen im denkmalgeschützten Haus unseres Hauseigentümers und Vereinsmitgliedes würde die Verfolgung des Vereinszweckes, die Erhaltung der denkmalgeschützten Bauten der Vereinsmitglieder vereitelt, da keine umfassenden Hausführungen mit Ausstellung der „(Familien)Geschichte des Hauses“ gegen Entgelt vorgenommen werden könnten bzw nur viel weniger Entgelt gefordert werden könnte, da weniger geboten würde: Nehmen wir weiters an, es könnten also keine umfassend verbildlichten und informativen Hausführungen durchgeführt und

²⁸⁸ Vgl FN 217.

deswegen nicht ausreichend Geld für die Erhaltung der Denkmäler erwirtschaftet werden. Der Verein wäre daher in dessen Einnahmequelle schlicht beschränkt. Nun wäre der Verein aber nicht beschwerdelegitimiert - einerseits deshalb weil der Verein nicht Partei nach dem DenkmalschutzG wäre²⁸⁹ und andererseits weil durch den Bescheid nicht „unmittelbar und bestimmend in die Rechtssphäre“ des betroffenen Vereins eingegriffen würde.²⁹⁰ Trotzdem wäre die mittelbare Rechtsverletzung auf Vereinsseite nicht zu übersehen.

Mein Vorschlag ginge dahin, eine „Verbandsbeschwerde im engeren Sinn“ zu ermöglichen. Mit „im engeren Sinn“ soll bezeichnet werden, dass nur derjenige beschwerdelegitimiert wäre, der in einem Verbandsverhältnis mit dem – in unserem Fall – Hauseigentümer stünde. Der Verein stünde nun in einem solchen Verbandsverhältnis mit dem Hauseigentümer. Dies wäre evident aufgrund der Vereinsstatuten. Somit sollte mE der Verein aufgrund einer verfassungsrechtlichen Bestimmung vor dem Landesverwaltungsgericht beschwerdelegitimiert sein – dies jedoch nur in dem Falle, dass der Hauseigentümer als unmittelbarer Adressat der Verwaltungshandlung nicht selbst Beschwerde erhebt (und so mittelbar auch die Rechte des Vereins schützt). Diese Konstruktion ist freilich erst dann von Relevanz, wenn dieser „Verband“ (hier: Verein) vom Materiengesetzgeber nicht sowieso eine Stellung als Legalpartei²⁹¹ eingeräumt bekommen würde und daher eben keine materielle Berechtigung durch den Materiengesetzgeber vorweisen könnte.

In diesem Sinne könnte eine Regelung auf verfassungsrechtlicher Ebene folgendermaßen aussehen: **„Weiters ist vor den Landesverwaltungsgerichten beschwerdelegitimiert, wer mit dem unmittelbaren Adressaten einer Verwaltungshandlung aufgrund materiellrechtlicher Regeln in einem Verbandsverhältnis steht und der eine – wenn auch nur mittelbare - Verletzung von Rechten im Rahmen dieses Verbandverhältnisses behauptet. In diesem Falle ist der Verband nur soweit beschwerdelegitimiert, soweit der unmittelbare Adressat einer Verwaltungshandlung nicht selbst Beschwerde erhoben hat.“**

Diese Form der Verbandsbeschwerde im engeren Sinn wäre mE ein Kompromiss zwischen einer uneingeschränkten Beschwerdelegitimation, wie sie eine Popularbeschwerde grundsätzlich ermöglicht und einer nur auf den individuellen Rechtsschutz („unmittelbarer und

²⁸⁹ VwSlg 14.037 A; VwGH 29. 1. 2004, 2003/11/0259.

²⁹⁰ Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 89.

²⁹¹ Zur Stellung der Legalpartei, siehe Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 91.

bestimmender Rechtseingriff²⁹²) abstellenden Beschwerdebefugnis. Außerdem könnte dadurch auch der Kritik entgegengetreten werden, dass ungerechtfertigte Popularbeschwerden aufgrund deren – so wird behauptet – „undefinierten Anfechtungsmöglichkeit“²⁹³ zur Verwaltungsgerichtsbelastung werden könnten.

Voraussetzung meiner Konstruktion einer Verbandsbeschwerde im engeren Sinn ist aber, dass bereits vor dem Eingriff in Rechte einer Individualperson zwischen dieser Individualperson und dem Verband ein rechtlich zu wertendes Verbandsverhältnis evident begründet worden ist (so zum Bsp der Eintritt in einen Verein etc). Erst durch das bereits vor dem Rechtseingriff begründete Verbandsverhältnis, könnte der Verband im Falle, in dem die Individualperson keine Beschwerde gegen den Rechtseingriff erhebt – auch gegen den Willen – der Individualperson Beschwerde erheben – freilich soweit die unmittelbare Rechtsbeeinträchtigung der Individualperson auch eine mittelbare des Verbandes darstellt. Mit dem Abstellen auf ein evidentes Verbandsverhältnis möchte ich ausschließen, dass Verbände rechtlich „konstruiert“ werden können, wie dies etwa dann der Fall sein könnte, wenn sich Halter, Lenker und Zulassungsbesitzer – vorausgesetzt diese sind unterschiedliche Personen – als Verband im Sinne einer „Fahrgemeinschaft“ qualifizieren würden. Freilich würde auch in einem solchen Fall einer Verbandskonstruktion nicht vom Erfordernis der Rechtsbeeinträchtigung der jeweiligen Individualperson abzurücken sein.

Die Abtretung der Beschwerdelegitimation – immer nur im Falle der Nichterhebung durch die Individualperson – an den Verband soll damit die Rechte des Verbandes, welche wie im obigen Beispiel evident, jedoch nur mittelbar und damit nicht ausreichend für die Erhebung einer Beschwerde beeinträchtigt sind, effektiv wahren. Gewiss wäre der Anwendungsbereich einer solchen Konstruktion nur auf einige wenige Beispiele erstreckt. ME wäre aber eine solche Konzeption ein neuer Weg, Rechtsschutz auch in den Fällen zu gewähren, in diesen (formell zwar nur mittelbar, aber doch) beeinträchtigte Rechte „verbundener Rechtsunterworfener“ nur durch das Aktivwerden der Individualperson geschützt werden könnten. Anders formuliert, überträgt somit die ebenfalls, aber unmittelbar in deren Rechten beeinträchtigte Individualperson im Rahmen der Treuepflicht aus dem Verbandsverhältnis dem Verband die Beschwerdelegitimation in dem Falle, dass die Individualperson nicht im eigenen Namen Beschwerde gegen die Rechtsbeeinträchtigung erhebt.

²⁹² Vgl FN 290.

²⁹³ *Pernthaler*, JBl 1988, 354.

4.3.2.4. Die Abgrenzung zu Amts- und Organbeschwerden

Zu beachten wäre aber, dass mein Vorschlag einer Verbandsbeschwerde i.e.S. streng von der Einrichtung einer Amts- oder Organbeschwerde abzugrenzen wäre. Die Amtsbeschwerde aber auch die Organbeschwerde dient nämlich nicht der Rüge von Verletzungen subjektiv-öffentlicher Rechte, sondern der Rüge von **objektiven Rechtswidrigkeiten**, die durch einen individuellen Verwaltungsakt hervorgerufen wurden.²⁹⁴ In unserem Fall weist der Verein – wenn auch nur mittelbar durch die Beeinträchtigung dessen Mitgliedes in dessen subjektiv-öffentlichen Rechten beeinträchtigt – somit eine viel nähere Beziehung zur Rechtsverletzung als etwa eine Nichtregierungsorganisation auf (vgl. § 19 Abs 1 Z 7 UVP-G: „Umweltorganisationen, die [...] anerkannt wurden“). Eine solche NRO führt nämlich lediglich im „eigenen“ Interesse ex lege Beschwerde.²⁹⁵ Auch der Ministerialentwurf 94/ME 23. GP bestimmt, dass der Materiengesetzgeber die Erhebung von Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit auch in anderen als den in Abs 1 bis Abs 3 angeführten Fällen (Bescheid, AuvBZ, Säumnis) regeln kann. Somit wird im Entwurf die Amts- und Organbeschwerde mit Hilfe der Enumerativmethode geregelt. Die Zulassung erfolgt demnach durch einzeln angeführte Bestimmungen in den Materiengesetzen. Die enumerative Zulassung von Amts- und Organbeschwerden vor möglichen Landesverwaltungsgerichten durch den Materiengesetzgeber, insb. in Bereichen des Umweltschutzes, ist m.E. auch weiterhin sinnvoll und mit der Rsp. auch fest gesichert.²⁹⁶

4.4. Die Verletzung der Entscheidungspflicht

Die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten setzt aber nicht unbedingt ein Handeln der Verwaltungsbehörde voraus. Die Rechtsverletzung kann ebenso gut durch ein unterlassenes Verwaltungshandeln verursacht werden. Somit bleibt zu hinterfragen, wie sich der in

²⁹⁴ Grundlegend VwSlg 14.977 A; vgl. VwSlg 16.431 A; VwGH 20. 7. 2004, 2003/05/0137; 30. 3. 2006, 2004/15/0032.

²⁹⁵ Vgl. Art 132 Abs 4 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

²⁹⁶ Vgl. VwGH 11. 12. 2002, 2002/03/0248: „Wenn nun aber dem Umweltanwalt in § 3 Abs 6 UVP-G bzw. nunmehr in § 3 Abs 7 UVP-G 2000 ausdrücklich ein Antragsrecht eingeräumt war bzw. ist, muss daraus abgeleitet werden, dass ihm der Gesetzgeber insoweit ein subjektives öffentliches Recht auf Entscheidung in der Sache zuerkannt hat und ihm insoweit ein Beschwerderecht beim Verwaltungsgerichtshof zusteht“; mehr dazu, *Raschhofer*, RdU 2004, 47 ff; weiters VwSlg 10.551 A ua.

seinem subjektiv-öffentlichen Recht Verletzte gegen diese Untätigkeit der Behörde (effektiv) zur Wehr setzen kann.

4.4.1. Säumnisbeschwerde gem Art 132 B-VG

In diesem Sinne normiert Art 132 B-VG, dass Beschwerde an den VwGH wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch Verwaltungsbehörden einschließlich der UVS derjenige erheben kann, der im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war. Neben der Voraussetzung, Partei im bisherigen Verwaltungsverfahren gewesen zu sein, muss eine Frist von grundsätzlich 6 Monaten (§ 27 VwGG) abgewartet worden sein, bevor die Säumnisbeschwerde ergriffen werden kann. Die Säumnisbeschwerde greift jedoch nur gegen die behördliche Säumnis bei Erlassung eines Bescheides. Ist die Behörde aber mit der Erlassung eines AuvBZ²⁹⁷ oder mit dem Setzen von sonstigem Verwaltungshandeln²⁹⁸ (zB Ausstellen einer Urkunde, Auskunft etc) in Verzug, hilft die Säumnisbeschwerde nach Art 132 B-VG nicht weiter. Ebenso ist die Säumnis bei der Abgabe einer privatrechtlichen Erklärung²⁹⁹ über Art 132 B-VG keiner Beschwerde zugänglich. Besteht aber ein Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten der Behörde (zB Urkundenausstellung ohne Bescheidcharakter) und wird dieses Begehren per Bescheid abgelehnt, kann wiederum über die Bescheidbeschwerde (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG) - wegen Rechtswidrigkeit - das Auslangen gefunden werden. Dem Rechtsschutz ist aber der Boden entzogen, wenn in solchen Situationen kein Anspruch auf Erlassung eines – wenn auch abweisenden oder zurückweisenden - Bescheides besteht. Der Lehre folgend ist ein solcher Anspruch aber stets anzunehmen und in diesen Fällen daher die Pforte zur Säumnisbeschwerde eröffnet.³⁰⁰ Den VwGH kann nach der Rsp jedoch **„nur das Recht und die Pflicht zu einer Entscheidung“** treffen. Der VwGH kann nicht zur Leistung einer Auskunftserteilung angehalten werden, da mit dieser keine Elemente behördlicher Festlegung von Rechten verbunden sind.³⁰¹

²⁹⁷ VwGH 12. 5. 1982, 82/02/0054.

²⁹⁸ VwGH 16. 1. 1982, 82/09/0020.

²⁹⁹ VwSlgNF 1760 A; vgl auch VwGH 14. 11. 1988, 88/12/0188.

³⁰⁰ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 962.

³⁰¹ VwSlgNF 9151 A; VwGH 27. 9. 1990, 90/12/0246; 29. 11. 1993, 93/10/0137; 28. 7. 1995, 95/02/0281; 18. 4. 1997, 97/19/0476, 5.4. 2004, 2004/10/0035.

Als Sonderbestimmung kann angesehen werden, dass die Säumnisbeschwerde wegen Nichterledigung einer Vorstellung gegen einen Mandatsbescheid unzulässig ist, wenn dieser Mandatsbescheid gem § 57 Abs 2 AVG außer Kraft getreten ist, weil das Ermittlungsverfahren nicht innerhalb von zwei Wochen nach Einlangen der Vorstellung eingeleitet worden ist.³⁰² Ist es aber unklar, ob die Erledigung überhaupt in Form eines Bescheides ergeht, kann mit einer Bescheidbeschwerde hilfsweise auch eine Säumnisbeschwerde beim VwGH eingebracht werden.³⁰³ Diese Art der „Absicherung“ seitens des Beschwerdeführers ist mE unabdinglich für einen sicheren und durchgreifenden Rechtsschutz im Beschwerdeverfahren vor dem VwGH, da anderenfalls ein Irrtum in der Wahl zwischen Bescheid- oder Säumnisbeschwerde fatale Folgen für den Rechtsschutz hätte.

4.4.2. Die Ausnahme in Verwaltungsstrafsachen

§ 51 Abs 7 VStG lautet wie folgt:

„Sind in einem Verfahren, in dem nur dem Beschuldigten das Recht der Berufung zusteht, seit dem Einlangen der Berufung gegen ein Straferkenntnis 15 Monate vergangen, so tritt das Straferkenntnis von Gesetzes wegen außer Kraft; das Verfahren ist einzustellen“.

Nach Art 132 Satz 2 B-VG ist die Säumnisbeschwerde an den VwGH in Verwaltungsstrafsachen (ausgenommen Finanzstrafsachen und Privatanklagesachen) ausgeschlossen. Der weiten Interpretation des Begriffes „Verwaltungsstrafsachen“ nach, fallen auch verfahrensrechtliche Angelegenheiten³⁰⁴ (Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme) darunter. Die Regelung des § 51 Abs 7 VStG ist aber einer Säumnisbeschwerde nicht gleichwertig. *Thienel*³⁰⁵ bringt vor, dass die Bestimmung nur für Berufungen gegen Straferkenntnisse und nicht für Berufungen gegen verfahrensrechtliche Bescheide gilt. Eine Wiederaufnahme ist demgemäß nicht vom Säumnisschutz gedeckt, da diese ja gem Art 132 B-VG bereits von der Säumnisbeschwerde ausgenommen ist. Weiters läuft die Frist ab Einlangen der Berufung bei der richtigen Behörde.³⁰⁶ Die Jud³⁰⁷ lässt auch bei unzulässigen Berufungen, welche

³⁰² VwGH 23. 2. 1990, 89/18/0150.

³⁰³ VwSlg 9458 A.

³⁰⁴ VwSlgNF 11.682 A; VwGH 24. 10. 1990, 90/03/0152; vgl auch VfSlg 10.967. Vgl auch Art 130 Abs 1 Satz 2 im Entwurf *Kostelka* und Erläuterungen dazu, in 53/GRUND-K 12 auf www.konvent.gv.at.

³⁰⁵ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 526.

³⁰⁶ *Thienel* aaO.

³⁰⁷ VwGH 27. 6. 1995, 95/04/0073.

eigentlich zurückgewiesen werden müssten, das Außerkrafttreten des Bescheides zu. *Thienel*³⁰⁸ ist jedoch der Auffassung, dass nur zulässige, rechtzeitige und mangelfreie Berufungen diese Wirkung haben können. Dieser Ansicht ist mE aus systematischen Gründen beizupflichten, da ansonsten die formellen Mindestvoraussetzungen für die Wirksamkeit einer Berufung untergraben würden.

Sollte auch vor möglichen Landesverwaltungsgerichten die Säumnisbeschwerde in Verwaltungsstrafsachen verfassungsrechtlich ausgenommen werden, dann müsste mE im § 51 Abs 7 VStG eine kürzere Frist als 15 Monate festgesetzt werden. Vorschlägen von höchstens 12 Monaten³⁰⁹ könnte demnach zu folgen sein. So wäre der einfache Gesetzgeber gefordert, die Frist von 15 Monaten auf zumindest 12 Monate herunterzusetzen. Sollte die höchstens 12-monatige Frist dann in der konkreten Verwaltungsstrafrechtsangelegenheit von der Behörde überschritten werden, würde der Bescheid wie bereits de lege lata *ex lege* seine Wirksamkeit verlieren. Verfassungsgesetzlich sollte aber normiert werden, dass in den Fällen, in welchen diese Unwirksamkeit nicht eintritt, die Säumnisbeschwerde an Landesverwaltungsgerichte offen steht. Dadurch wäre der Rechtsschutz gegen Säumnis auch bei verfahrensrechtlichen Bescheiden vorhanden.³¹⁰

Ungeachtet dieser Überlegungen muss jedoch beachtet werden, dass der VfGH insb die Wortfolge in § 51 Abs 7 VStG „...in dem nur dem Beschuldigten das Recht der Berufung zusteht...“ in einem Prüfungsbeschluss³¹¹ näher behandelt und vorerst deren verfassungsrechtliche Bedenklichkeit festgestellt hat. Der VfGH ist der Meinung, dass dem Recht auf eine wirksame Beschwerde entweder durch verfahrensbeschleunigende oder durch nachfolgende Rechtsbehelfe Rechnung getragen werden kann und verweist dabei auf die Rsp des EGMR. Demnach reiche eine gesetzlich verfügte Höchstdauer für einen Verfahrensabschnitt grundsätzlich aus, um dem Effektivitätsstandard für die Zwecke von Art 13 EMRK zu entsprechen, § 51 Abs 7 VStG dürfte diesen Parametern aber aufgrund der erwähnten Wortfolge nicht entsprechen, „da diesbezüglich weder eine Höchstdauer des Berufungsverfahrens verfügt wird, noch eine Möglichkeit präventiven Säumnisschutzes durch die Säumnisbeschwerde nach Art 132 B-VG besteht.“ Sollten sich diese im Prüfungsbeschluss geäußerten Bedenken als zutreffend erweisen, sieht der VfGH die Verfassungswidrigkeit der in Prüfung gezogenen Wortfolge des § 51 Abs 7 VStG mit der Aufhebung der erwähn-

³⁰⁸ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ 527.

³⁰⁹ Vgl Art 132 im Entwurf *Kostelka/Khol* in 52/GRUND-K 5 auf www.konvent.gv.at.

³¹⁰ Vgl Art 132 aaO.

³¹¹ VfGH 21. 6. 2008, B 1323/07.

ten Wortfolge als beseitigt an. Aus diesen Gründen erachte ich es jedenfalls als sinnvoll die vom VfGH in Prüfung gezogene Wortfolge aus dem § 51 Abs 7 VStG zu streichen und den grundsätzlichen Zweck des § 51 Abs 7 VStG, einen Ausgleich für den in Art 132 B-VG normierten Ausschluss der Säumnisbeschwerde im Verwaltungsstrafverfahren zu schaffen, nachträglich richtig zu erfüllen.

4.4.3. Säumnisbeschwerde vor möglichen Landesverwaltungsgerichten

Ein möglicher Entwurf einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit der Säumnisbeschwerde könnte mE folgendermaßen konstruiert werden:

Verfassungsrechtlich³¹² könnte dabei vorgesehen werden, dass der beschwerdelegitimierten Partei im Verwaltungsverfahren eine Befugnis zur Erhebung einer Säumnisbeschwerde an ein mögliches Landesverwaltungsgericht zukommt, wenn der Entscheidungspflicht durch die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde nicht rechtzeitig nachgekommen würde. „Rechtzeitigkeit“ könnte iSv § 73 Abs 1 AVG verstanden werden, weshalb die Behörde somit 6 Monate Zeit zur Bescheiderlassung hätte. Daher gilt, dass die Formulierung „ohne unnötigen Aufschub“ in § 73 Abs 1 AVG die Entscheidungsfrist von 6 Monaten nicht verkürzt. Eine Säumnisbeschwerde ans mögliche Landesverwaltungsgericht wäre deshalb erst zulässig, wenn die 6-Monats-Frist abgelaufen wäre. Sollte die Behörde jedoch verspätet entscheiden, sollte mE eine Säumnisbeschwerde nicht mehr zulässig sein und das mögliche Landesverwaltungsgericht die Beschwerde zurückweisen können.³¹³ Wie nach der derzeitigen Jud sollte solange eine Säumnisbeschwerde nicht eingebracht wurde, weiterhin die Unterbehörde zuständig bleiben.³¹⁴ Grundsätzlich ist aber der Zweck einer Säumnisbeschwerde, dem Beschwerdeführer eine rechtzeitige Entscheidung zu ermöglichen. Deshalb müsste der Zweck einer Säumnisbeschwerde, welcher mE eine besondere Wirksamkeit des Rechtsschutzes vermittelt, bei künftigen Konzepten beachtet werden. Eine Säumnisbeschwerde sollte dementsprechend selbst dann vom möglichen Landesverwaltungsgericht zurückzuweisen sein, wenn trotz rechtmäßiger Antragstellung die Entscheidungsbefugnis auf das Landesverwaltungsgericht übergegangen ist, aber die – eigentlich nunmehr unzu-

³¹² Lediglich für eine einfachgesetzliche Regelung der Säumnisbeschwerde, vgl Erläuterungen zu 94/ME 23. GP 15 auf www.parlinkom.gv.at.

³¹³ Vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ 335.

³¹⁴ Vgl die Rsp zum Devolutionsantrag, VwGH 17. 12. 2002, 2002/04/0133.

ständige – Unterbehörde in der Sache entscheidet.³¹⁵ Hier ist evident, dass de facto keine Säumnis mehr vorliegt – gleichgültig, ob die Zuständigkeit verletzt wurde. Zu formalistische Zuständigkeitskonflikte sollten hierbei nicht dem effektiven Rechtsschutz im Wege sein.

Mein Vorschlag wäre dahingehen, dass die Säumnisfrist – wie bisher – nur subsidiär Geltung hätte. Der Materiengesetzgeber sollte demnach ermächtigt sein, kürzere Entscheidungsfristen einfachgesetzlich und insb materienspezifisch vorsehen zu dürfen. Dies würde den unterschiedlichen Anforderungen der einzelnen Verwaltungsrechtsmaterien entgegenkommen. So ist es zB dem Fremdenrecht inhärent, dass hier insb kürzere Entscheidungsfristen von Vorteil wären.

4.4.3.1. Der einfachgesetzliche Ausschlusses der Säumnisbeschwerde

Hinsichtlich eines Konzeptes einer verfassungsrechtlich verankerten Säumnisbeschwerde an mögliche Landesverwaltungsgerichte, bestünde weiters die Möglichkeit eine solche Beschwerde grundsätzlich zuzulassen, dabei aber den einfachen Gesetzgeber verfassungsgesetzlich zu ermächtigen, die Säumnisbeschwerde auszuschließen. Der Materiengesetzgeber hätte etwa die Möglichkeit eine Säumnisbeschwerde in Verwaltungsstrafsachen einfachgesetzlich auszuschließen. Damit könnte uU eine abschließende und kasuistische Regelung vermieden werden. Der Materiengesetzgeber wäre demnach nur innerhalb der verfassungsgesetzlichen Schranken gebunden, eine Beschwerdezuständigkeit gegen die Verletzung der Entscheidungspflicht zuzulassen.³¹⁶

Um bei der Säumnisbeschwerde eine Verfahrensdauerverkürzung zu erreichen, wäre es mE zweckmäßig, dies auf verfahrensrechtlicher Ebene vorzunehmen. So könnte normiert werden, dass die säumige Verwaltungsbehörde innerhalb einer kurzen Frist dem Landesverwaltungsgericht einen Bescheidentwurf zukommen lassen muss. Daran könnte sich das Landesverwaltungsgericht bei der eigenen Entscheidung orientieren – freilich unverbind-

³¹⁵ Vgl zum Devolutionsantrag, VwGH 22. 2. 2005, 2003/06/0018.

³¹⁶ Vgl Art 130 Abs 1 Satz 2 im Entwurf *Kostelka* und Erläuterungen dazu, in 53/GRUND-K 12 auf www.konvent.gv.at.

lich. Für die Administrativinstanz könnte dadurch eine Einflussnahmemöglichkeit auf das landesverwaltungsgerichtliche Verfahren geschaffen werden.³¹⁷

Die Variante, dass ein mögliches Landesverwaltungsgericht ermächtigt wird, der säumigen Verwaltungsbehörde eine Nachfrist zur Entscheidung der Rechtssache zu setzen erachte ich insbesondere dann als zu unverbindlich, wenn lediglich damit argumentiert wird, dass die Verwaltungsbehörde bei „zweiten Mal“ unter einem gewissen „Rechtfertigungsdruck“ stünde.³¹⁸ Diese Überlegung übersieht mE vollkommen den Umstand, dass politisch motivierte Blockaden im Verwaltungsapparat durch eine Nachfristsetzung seitens des möglichen Landesverwaltungsgerichtes nicht gelöst werden könnten. Zweckmäßiger wäre mE in einem solchen Fall einfachgesetzlich der säumigen Verwaltungsbehörde eine Pflicht zur umfassenden und nachvollziehbaren Begründung der Säumnis binnen einer Frist von 14 Tagen ab Aufforderung durch das mögliche Landesverwaltungsgericht aufzuerlegen, welche die säumige Verwaltungsbehörde - aus Zweckmäßigkeitserwägungen - zur Entscheidungsfindung „motivieren“ könnte. „Umfassend“ und „nachvollziehbar“ wäre mE dafür geeignet, Pauschalbegründungen als unzulässig zu erachten. Eine Pauschalbegründung bzw eine nicht umfassende und nicht nachvollziehbare Begründung würde ein Verschulden der Verwaltungsbehörde implizieren.

4.4.3.2. Das „herkömmliche“ System der Verwaltungsgerichtsbarkeit

ME sollte bei der Gestaltung der Säumnisbeschwerde vor möglichen Landesverwaltungsgerichten das „herkömmliche“ System der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht verlassen werden und eine Säumnisbeschwerde weiterhin nur gegen die Verletzung der Entscheidungspflicht möglich sein.³¹⁹ Es wäre daher meiner Meinung nach nicht notwendig eine Säumnisbeschwerde ausdrücklich wegen Säumnis bei der Setzung von hoheitlichen Realakten zu normieren. Strittige Realakte würden daher nicht Gegenstand einer Säumnisbeschwerde vor möglichen Landesverwaltungsgerichten sein. Erfüllt die Verwaltungsbehörde deren Pflicht nicht und setzt dieses keinen hoheitlichen Realakt, könnte das Landesverwaltungsgericht per Säumnisbeschwerde angerufen werden, **weil die Behörde verpflichtet ist,**

³¹⁷ Siehe § 36 Abs 2 VwGG; ebenso *Fiedler* in 1/EBEI-K 7 auf www.konvent.gv.at.

³¹⁸ So aber *Mayr* in *Holoubek/Lang* 118.

³¹⁹ So auch *Thienel*, in 1/EBEI-K 7 auf www.konvent.gv.at. AA *Merli* aaO 13.

zumindest über das Begehren in Bescheidform abzusprechen.³²⁰ Erstens wären Beschwerden wegen Untätigkeit der Behörde wegen des in der Jud grundsätzlich herrschenden Anspruchs auf Bescheiderlassung – notfalls durch das Landesverwaltungsgericht im Wege einer Säumnisbeschwerde – ein Novum im österreichischen Verwaltungsrechtssystem³²¹ und zweitens wäre das mögliche Landesverwaltungsgericht in die Rolle der Verwaltungsführung gedrängt. Somit würde neben der Verwaltungskontrolle auch ein aktiver verwaltungsrechtlicher Eingriff der Landesverwaltungsgerichte vorliegen, was dem in der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit fest verankerten **Grundsatz der „a posteriori-Prüfung“** diametral entgegenstünde. Abgesehen von der Systeminkongruenz, wäre es ein nicht zu bewältigender Aufwand in personeller, organisatorischer und folglich finanzieller Natur, wenn mögliche Landesverwaltungsgerichte zB Realakte, welche die Verwaltungsbehörde nicht gesetzt hat, durchführen müsste.

Andere Vorschläge³²², die hoheitliche Realakte zum Gegenstand der Säumnisbeschwerde vor möglichen Landesverwaltungsgerichten machen, verfügen zwar über eine gute Begründung, jedoch sollten mE Überlegungen zur Einführung eines erweiterten Verwaltungsrechtsschutzes auf der Grundlage von **„einstweiligen Maßnahmen“** abgehandelt werden. Hier sollte der säumigen erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde vom möglichen Landesverwaltungsgericht - im Provisorialverfahren sozusagen - die Setzung der vom Beschwerdeführer beanspruchten hoheitlichen Realakte verbindlich aufgetragen werden. Dazu sollten Kriterien einfachgesetzlich normiert werden, wann ein solches Provisorium notwendig und der Antrag auf ein solches gerechtfertigt ist. Dies wäre deshalb zu begrüßen, da es bei ausstehenden hoheitlichen Realakten hauptsächlich um ein rasch zu behandelndes Rechtsschutzbegehren geht. Bei solch dringenden Fällen wäre etwa an gesundheits- oder vermögensschädigende „hoheitliche“ Immissionen zu denken, welche aber nicht auf Grundlage eines Bescheides ergehen.

Verfassungsgesetzlich könnte weiters ein **schadenersatzrechtlicher Anspruch** gegen die Verwaltungsbehörde normiert werden, welcher aber einfachgesetzlich je nach Materie und

³²⁰ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 962.

³²¹ Vgl auch Thienel, in 1/EBEI-K 24 f auf www.konvent.gv.at. Vgl die verschiedenen Klagearten der dt VwGO: Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage (§ 41 VwGO), Feststellungsklage (§ 43 VwGO).

³²² Vgl Holoubek: „Die Verwaltungsgerichte entscheiden [...] über Klagen gegen die Verwaltung wegen Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte [...] 2. durch Nichterlassen eines Bescheids oder sonstigen Verwaltungsakts“, in 1/EBEI-K 9 – 11 auf www.konvent.gv.at; Merli: „[...] 4. gegen sonstige öffentlich-rechtliche Handlungen und Unterlassungen der Verwaltung“.

Dringlichkeit in Grund und Höhe näher bestimmt werden müsste.³²³ Dementsprechend hätte die Verwaltungsbehörde den vom Landesverwaltungsgericht im Provisorialverfahren aufgetragenen Verwaltungsakt zu setzen, anderenfalls der Beschwerdeführer Schadenersatz geltend machen könnte. Freilich würde in diesem Falle bereits das AHG eine breite Basis für schadenersatzrechtliche Ansprüche des Beschwerdeführers bieten, insb da von der Verwaltungsbehörde offensichtlich gegen den verwaltungsgerichtlichen Auftrag verstieße. Das Problem hierbei wäre lediglich das, dass gem § 1 Abs 1 AHG nur für „den Schaden am Vermögen und an der Person“ und zwar nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts haftet wird. Dh der geschädigte Beschwerdeführer hätte die den Anspruch begründenden Tatsachen insb den Schaden zu behaupten und zu beweisen. Da mE aber das Verhalten der Verwaltungsbehörde, wenn es gegen den Auftrag des Landesverwaltungsgerichtes verstieße, bereits derart qualifiziert wäre, dass mE den Beschwerdeführer keine Beweislast treffen sollte, sollte der Materiengesetzgeber für die Normierung von einem der Materie gerecht werdenden Pauschalschadenersatz verpflichtet werden, wobei jedoch die Geltendmachung von weitergehendem Schadenersatz – nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts - dadurch nicht ausgeschlossen werden sollte. Somit würde die Pauschale als **garantierter (Mindest)Schadenersatz** greifen. Eine Differenzierungspflicht bei schadenersatzrechtlichen Konsequenzen könnte dem Materiengesetzgeber aber verfassungsrechtlich aufgetragen werden.

4.4.3.3. Keine Säumnisregelung nach dem Muster von § 91 GOG

Verschiedentlich wird vorgebracht, dass ein Fristsetzungsantrag – ähnlich dem § 91 GOG – mehr Agilität im verwaltungsgerichtlichen Verfahren brächte.³²⁴ Demnach sollte der Beschwerte einen Antrag, der an das mögliche Landesverwaltungsgericht gerichtet wäre, bei der säumigen Administrativbehörde einbringen können. Führt diese den säumigen Verwaltungsakt aus und würde der Antragsteller sogleich davon verständigt, gälte der Antrag auf Entscheidung als zurückgezogen, wenn dieser vom Antragsteller nicht binnen 14 Tagen

³²³ Ähnlich *Merli*, der Zwangstrafen vorschlägt, in I/EBEI-K 13 auf www.konvent.gv.at. Vgl *Thienel*, der den Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes den Charakter eines Vollstreckungstitels zusprechen möchte, in I/EBEI-K 24 aaO. Beides sehe ich sehr kritisch in Anbetracht des grundsätzlichen Subordinationsverhältnisses zwischen Bürger und Verwaltung und selbst mit Vollstreckungstitel müsste noch betrieben werden. Vgl dazu, *Redeker*, dt AnwBl 2/2004, 75.

³²⁴ *Handstanger*, RZ 2007, 162 f.

ausdrücklich aufrechterhalten würde. Über den aufrechterhaltenen Antrag hätte dann das mögliche Landesverwaltungsgericht zu entscheiden.

Bei der Regelung gem § 91 GOG³²⁵ ist aber zu beachten, dass das erstinstanzliche (ordentliche) Gericht, bei welchem der Fristsetzungsantrag eingebracht wurde, die begehrte Entscheidung **sofort** durchzuführen hat oder den Antrag sowie dessen Stellungnahme dem übergeordneten Gericht vorzulegen hat³²⁶ und die Feststellung der Säumigkeit kein Verschulden des Richters voraussetzt³²⁷. Hier ist meiner Ansicht nach auch schon ein Systemwiderspruch zum Verwaltungsverfahrensrecht gegeben, denn der Devolutionsantrag (§ 73 Abs 2 AVG) ist schon dann abzuweisen, wenn die Säumnis nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist. Hiermit wird also sehr wohl auf ein – sogar „überwiegendes“ – Verschulden abgestellt. Ein solches Verschulden ist zwar objektiv zu verstehen, meint aber nichts anderes als, dass die Behörde weder durch schuldhaftes Verhalten der Partei noch durch gesetzliches Hindernis gehindert war zu entscheiden und trotzdem in Säumnis geriet.³²⁸ Eine Überlastung der Behörde begründet aber keine Entschuldigung, da organisatorisch bei den Verwaltungsbehörden vorgesorgt werden muss.³²⁹ Die organisatorische Verfügbarkeit beachtet aber auch die Jud zu § 91 GOG und stellt daher auf die personelle und materielle Ausgestaltung des Gerichts, also auf die organisatorische Momentanverfassung ab.³³⁰

Für die Übernahme der Säumnisregelung gem § 91 GOG in die Verwaltungsgerichtsbarkeit, wird ins Treffen geführt, dass die derzeitigen Säumnisbeschwerdeverfahren vor dem VwGH nur deshalb noch bewältigt werden können, weil die Verwaltungsbehörden sich, der Aufforderung des VwGH zu entscheiden, annehmen. Dies sei auch deshalb der Fall, weil die Administrativbehörden nicht die Zuständigkeit an den VwGH übergehen lassen möchten. Untermauert wird dies durch die Rsp des EGMR, welche Bedenken gegen die Beschränkung des VwGH auf die Sach- und Rechtslage und somit gegen die Kassation aufwirft. Aus den angeführten Gründen sind der Fristsetzungsantrag gem § 91 GOG und die Säumnisbeschwerde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren viel zu unterschiedlich im

³²⁵ Eingeführt durch die WGN 1989.

³²⁶ LG Wien RPfl 1992/1, 53.

³²⁷ OLG Wien AnwBl 1992, 318.

³²⁸ Vgl VwGH 22. 11. 2004, 2002/10/0153; 16. 12. 2004, 2004/07/0116. Auch VwGH 3. 10. 1991, 88/07/0035; 8. 10. 1991, 91/07/0049; VwSlg 10.199 A.

³²⁹ VwSlg 5155 A.

³³⁰ OLG Wien AnwBl 1990, 571 = JBl 1990, 595.

rechtlichen Charakter³³¹, weshalb ich eine sinngemäße Übernahme dieser Bestimmung aus dem GOG ins Verwaltungsverfahren als nicht systemkonform erachte.

4.5. Mein Vorschlag:

„Artikel 130. (1) Die Landesverwaltungsgerichte treffen Entscheidungen³³²

a) über Beschwerden³³³ wegen der Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte durch

1. die Rechtswidrigkeit eines Bescheides³³⁴ einer in letzter Administrativinstanz³³⁵ tätigen Verwaltungsbehörde;
2. die Rechtswidrigkeit eines Aktes unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt einer Verwaltungsbehörde;

b) über Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen

1. zwischen Verwaltungsbehörden und Bürgern,
2. zwischen Bürgern untereinander,
3. zwischen öffentlichen Rechtsträgern,

dies von Amts wegen oder in den Fällen der lit b) Z 1 und Z 2 auf Antrag.

Weiters treffen Landesverwaltungsgerichte in den Fällen der lit b) Z 1 und Z 2 auf Antrag Entscheidungen über schadenersatzrechtliche Ansprüche welche aus der Vertragsstreitigkeit folgen. Die Entscheidung erfolgt aufgrund der anzuwendenden Materiengesetze mit

³³¹ Grabenwarter, JRP 1998, 282.

³³² „Entscheidung“ umfasst anders als „Urteil“ auch prozessrechtliche Entscheidungen, *Grof*, ÖJZ 2001, 206. Den Begriff „Gerichtsbescheid“ (vgl. *Ladon*, ÖZW 2007, 120) sehe ich wegen Art 94 B-VG als unsachgemäß und wohl auch als verfassungswidrig an.

³³³ Zur Irrelevanz der Wortwahl, vgl. *Olechowski*, in: Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 199f.

³³⁴ „Generalzuständigkeit“ für die Bescheidanfechtung; anders Art 129a B-VG.

³³⁵ Mein Vorschlag geht von einem grundsätzlichen einstufigen Administrativverfahren aus. Die Formulierung nimmt Bedacht auf die Möglichkeit im Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches von Gemeinden eine optionale zweite Administrativinstanz vorzusehen.

Vorrang des Inhaltes der vertraglichen Vereinbarung unter subsidiärer Anwendung der Regeln des Allgemeinen Bürgerlichen Rechts;³³⁶

c) wegen einer Verletzung der Entscheidungspflicht durch die in letzter Administrativinstanz tätigen Verwaltungsbehörde, soweit eine Säumnisbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht in den Materiengesetzen nicht ausgeschlossen ist.

In Verwaltungsstrafrechtsangelegenheiten, in denen die Unwirksamkeit trotz einer Säumnis von höchstens 12 Monaten nicht von Gesetzes wegen eintritt, steht die Säumnisbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht offen.

(2) Die Landesverwaltungsgerichte erkennen ferner über die Rückerstattung von Geldstrafen und/oder Verfahrenskosten, wenn der zugrunde liegende Verwaltungsakt aufgehoben oder für rechtswidrig erkannt wurde.

(3) Der Materiengesetzgeber ist ermächtigt in anderen Fällen **hoheitlicher Verwaltung**³³⁷, in denen kein Verwaltungshandeln in der oben genannten Form³³⁸ vorliegt, eine ausdrückliche Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit an das Landesverwaltungsgericht vorzusehen.³³⁹

4.6. Rechtswidrigkeit, Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe

Daran anschließend darf die gesetzliche Definition von Rechtswidrigkeit freilich nicht fehlen. Art 130 Abs 2 B-VG idgF sollte demnach ausdrücklich übernommen werden.

4.6.1. Mein Vorschlag:

³³⁶ Demnach ist der Inhalt der – freiwilligen – Vereinbarung solange maßgeblich, solange die Materiengesetze nicht anderes festlegen, wobei die Regeln des ABGB dann zur Anwendung gelangen, wenn weder der Inhalt noch die Materiengesetze eine Regelung vorsehen.

³³⁷ Eine Zuständigkeit zur Kontrolle von Akten der Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17, Art 116 Abs 2 B-VG) wird mit „hoheitlich“ ausgeschlossen.

³³⁸ Verfassungsgesetzliche Ermächtigung des Materiengesetzgebers, eine sinnngemäße Regelung, wie diese § 88 Abs 2 SPG beinhaltet, abseits der Sicherheitsverwaltung (§ 2 SPG) zu verankern.

³³⁹ Vgl *Mayrhofer*, JRP 2007, 274.

„Artikel 130. (4) Rechtswidrigkeit liegt nicht vor, soweit die Gesetzgebung von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde selbst überlässt, die Behörde aber von diesem freien Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat.“

Diese Bestimmung ist durchaus vergleichbar mit der deutschen „normativen Ermächtigungslehre“, welche anerkennt, dass die Exekutive durch die Legislative ermächtigt werden kann, bestimmte Fragen der Prognose, der Notwendigkeit und der Angemessenheit selbst zu entscheiden. Das Ermessen wird in der deutschen Rechtslehre demnach als besondere Handlungs- und Abwägungskompetenz (in Österreich: Handlungs- und Auswahlermessen) gesehen. Diese kann sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite auftreten.³⁴⁰

Wenn diese Bestimmung wie im Ministerialentwurf 94/ME 23. GP (Art 130 Abs 2) sowohl für mögliche Landesverwaltungsgerichte als auch für den VwGH gelten sollte, könnte fraglich sein, ob diese Bestimmung (vgl Art 130 Abs 2 B-VG) eine Einschränkung der Prüfungsbefugnis des VwGH intendieren könnte. Die Bestimmung des Art 130 Abs 2 B-VG wird in der Lehre teilweise unterschiedlich argumentiert. Die Rsp und ein Teil der Lehre ist der Auffassung, dass *„gerade der Umstand, dass Art 130 Abs 2 B-VG Ermessensentscheidungen nicht schlechthin von der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof ausnimmt, sondern sie in der Richtung auf ihre Verträglichkeit mit dem Sinne des Gesetzes seiner Überprüfung zugänglich sind, zeigt, dass der normativ auf höchster Stufe stehende Verfassungsgesetzgeber hinsichtlich der Anforderungen, die vom Standpunkt des Rechtsstaates an jede verwaltungsbehördliche Entscheidung zu stellen sind, Ermessensentscheidungen keineswegs grundsätzlich anders gewertet wissen will als gebundene Entscheidungen.“*³⁴¹ Ein Teil der Lehre fasst differenzierter auf und meint, dass die Nachprüfung der Ermessensentscheidung durch den VwGH von der Entscheidungssituation der Behörde bestimmt ist. *„Der VwGH prüft nur, ob die Behörde ihr Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat, dh ob die Überlegungen der Behörde nachvollziehbar und in sich schlüssig sind, ob die geforderte Abwägung unter Berücksichtigung des Telos auf zutreffenden Prämissen beruht und insgesamt zu einem vertretbaren Ergebnis führt. Handelt die Behörde so, übt sie in*

³⁴⁰ Frowein, JBl 2005, 617 f. Die Ausnahme, dass das dt Verwaltungsgericht selbst entscheidet, gibt es nur bei der „Ermessensreduzierung auf Null“. Dann ist (nur) eine Entscheidung rechtmäßig und ein Ermessensraum zwischen zwei Alternativen eben nicht gegeben.

³⁴¹ Vgl VwSlg 7022 A/1966; VwGH 23. 7. 1999, 99/20/0110; 21. 9. 2000, 99/20/0558.

einer nicht vom VwGH zu beanstandenden Weise Ermessen im Sinne des Gesetzes. Eine Wiederholung des Vorgangs der Ermessensübung ist vom VwGH nicht gefordert und überschritte seine Befugnis. Das B-VG beschränkt im sechsten Hauptstück die Rechtskontrolle des VwGH gegenüber der einer Berufungsbehörde. Solcherart legt es die gewaltenteilende Beschränkung der gerichtlichen Befugnis fest.“³⁴² Den Erläuterungen zum Ministerialentwurf zufolge besagt diese Bestimmung aber (lediglich), dass Ermessensübung im Sinne des Gesetzes keine Rechtswidrigkeit darstellt³⁴³ und eine Wiederholung für den VwGH im möglichen Verfassungstext daher nicht nötig erscheint, weshalb daraus geschlossen werden könnte, dass im Entwurf dem Art 130 Abs 2 B-VG **keine selbständige normative Relevanz** zukommt.³⁴⁴

Die unbestimmten Gesetzesbegriffe betreffend bin ich der Auffassung, dass selbst wenn die Einreihung von unbestimmten Gesetzesbegriffen nach der Jud offen bleibt³⁴⁵, kann im Einklang mit der Lehre³⁴⁶ von der rechtlichen Irrelevanz dieser Einordnung ausgegangen werden, denn jeder Rechtsbegriff hat nun einmal einen Begriffshof und Begriffskern und ist daher sowohl unbestimmt als auch bestimmt. Der Regelungszusammenhang und Regelungszweck müssen durch Interpretation ermittelt werden. Deshalb erachte ich es als unzweckmäßig, dass eine Zuständigkeit zur Prüfung der Interpretation unbestimmter Gesetzesbegriffe verfassungsgesetzlich normiert wird.

5. Kognitionsbefugnis und österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit

5.1. Die Meritorische (materiell-rechtliche) Entscheidung

³⁴² MwN Grabenwarter, Ermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 319 ff.

³⁴³ Kritisch Heinrich in Holoubek/Lang 209, welcher darauf hinweist, dass mögliche Landesverwaltungsgerichte die BVB bei der Strafbemessung nicht mehr korrigieren könnten.

³⁴⁴ Mit guter Begründung, Lang in Holoubek/Lang 188 f. Lang hebt richtigerweise den Umstand hervor, dass die Verwaltungsgerichte dem Entwurf nach befugt sind, den Sachverhalt zu ermitteln, weshalb diese bei der Entscheidung selbst ermittelte Wertmaßstäbe anlegen weniger oft die Abwägungsentscheidungen der Administrativbehörde billigen würden.

³⁴⁵ Vgl VwGH 21. 2. 1967, 1123/65; VwGH 27. 6. 1990, 90/18/0044; vgl auch VwGH 24. 1. 1996, 95/12/0084; 27. 11. 2000, 2000/17/0148; VwSlg 13413 A.

³⁴⁶ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 618 f.

Grundsätzlich ist begrifflich zu trennen. Jede Entscheidung über den Streitgegenstand selbst ist meritorisch, da diese sich mit materiell-rechtlichen Fragen beschäftigt. Das Erkenntnis das einen Verwaltungsakt kassiert, ist demnach meritorisch, weil dieses den Streitgegenstand ausschöpft.

Die Verwaltungsprozesslehre legt dem aber ein anderes Verständnis zu Grunde. Mit den Begriffen „sachlich“ oder „in der Sache selbst“ wird demnach nicht auf den prozessualen Streitgegenstand, sondern auf die Verwaltungsangelegenheit, welcher der Verwaltungsbehörde selbst vorgelegen hat, abgestellt. „Meritorisch“ sind für die Verwaltungsprozesslehre demnach Erkenntnisse, die sich mit der ganzen Verwaltungsangelegenheit vollinhaltlich – und nicht nur mit dem Verwaltungsakt – beschäftigen. Folgt man der Begriffsdeutung der Verwaltungsprozesslehre, dann sind meritorisch die Erkenntnisse, welche sich in der Hauptsache mit der Verwaltungsangelegenheit selbst befassen. Die Entscheidungsbefugnis bezieht sich hier nicht auf den Verwaltungsakt sondern auf die Verwaltungsangelegenheit. Der österreichische VwGH entscheidet demzufolge „in der Sache selbst“, wenn er in der konkreten Verwaltungsangelegenheit ein Erkenntnis fällt.

Wenn der VwGH eine Beschwerde nicht mit Beschluss zurückzuweisen (§ 34 Abs 1 VwGG) oder das Verfahren einzustellen hat³⁴⁷, dann trifft dieser mit dem Erkenntnis eine Sachentscheidung (§ 42 Abs 1 VwGG). Trifft der VwGH etwa die Feststellung über die Zulässigkeit einer Säumnisbeschwerde, dann entscheidet der VwGH, wie es die Verwaltungsbehörde zu tun gehabt hätte. Trifft der VwGH eine negative Feststellung bezüglich der Anspruchsgrundlagen, dann hat dieser das Begehren sachlich abzuweisen. Ist die Säumnisbeschwerde für den VwGH also begründet, dann hat dieser in der Sache zu erkennen. Der VwGH entscheidet dann „rein meritorisch“.

Hat die administrative Vorinstanz aber bereits einen Bescheid erlassen, dann hat der VwGH wie die Verwaltungsbehörde (vgl § 66 Abs 4 AVG) zu entscheiden. Er hat den rechtsgrundlosen Bescheid zu kassieren oder in jede Richtung zu reformieren. Daher kann diesem Begriffsverständnis folgend hinsichtlich der Sachentscheidungsbefugnis zwischen „rein meritorisch“, „reformatorisch“ und „kassatorisch“ unterschieden werden.³⁴⁸

³⁴⁷ Nichtbefolgen eines Verbesserungsauftrages (vgl § 34 Abs 2 VwGG), Nichtbeantwortung im Vorhalteverfahren (§ 33 Abs 2 VwGG), Nichterstattung einer aufgetragenen Gegenäußerung (§ 36 Abs 7 VwGG), Fehlender Nachtrag der Begründung für die Rechtswidrigkeit des Bescheides (§ 37 Abs 1 VwGG), Beschwerde-zurückziehung (§ 33 Abs 1 VwGG), Klaglosstellung (§§ 33 Abs 1, 36 Abs 2 VwGG).

³⁴⁸ MwN Ress, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 233 f.

Dagegen zielt die ledigliche Unterscheidung in „Kassatorik“ und „Reformatorik“ nur auf eine grobe Unterscheidung ab. Die volle Tatsachenkognition wird hiernach begrifflich nicht klar von der reformatorischen Entscheidungsbefugnis unterschieden. Die Reformatorik setzt daher nicht die volle Tatsachenkognition voraus, tritt aber zumeist mit dieser in einem Zusammenspiel auf.³⁴⁹

5.2. Entscheidungsbefugnis des VwGH im Bescheidbeschwerdeverfahren (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG)

Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit gründet grundsätzlich auf dem kassatorischen System.³⁵⁰ Der VwGH hat mit Ausnahme der Fälle der Säumnisbeschwerde (Art 132 B-VG) durch dessen Erkenntnis die Bescheidbeschwerde entweder als unbegründet abzuweisen oder den Bescheid aufzuheben (vgl § 42 Abs 1 Satz 2 VwGG). Gibt also der VwGH der Beschwerde im Bescheidbeschwerdeverfahren statt, hebt dieser den rechtswidrigen Bescheid auf und verweist zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Verwaltungsbehörde zurück (Art 130 B-VG iVm § 42 VwGG). Die Kassation wird auch als „negatives Gestaltungsurteil“ erfasst.³⁵¹ Die **Kassation** wirkt nicht nur rein deklaratorisch, sondern auch beseitigend. Die Verfahrensrechtslage sowie die materielle Rechtslage ändern sich mit diesem Erkenntnis unmittelbar.³⁵²

Gem **§ 42 Abs 2 VwGG** hat der VwGH den Bescheid zu kassieren, wenn

- dessen Inhalt rechtswidrig ist (Z 1),
- wenn die Rechtswidrigkeit des Bescheides aus der Unzuständigkeit der belangten Behörde rührt (Z 2),
- wenn der Bescheid rechtswidrig ist, weil Verfahrensvorschriften verletzt wurden, weil insb (Z 3)
 - i. der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt von der belangten Behörde aktenwidrig angenommen wurde (lit a) oder
 - ii. der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt ergänzt werden muss (lit b) oder

³⁴⁹ Vgl *Jabloner*, ÖJZ 1994, 336 f; *Grabenwarter*, JRP 1998, 279.

³⁵⁰ *Hellbling*, JB1 1950, 423.

³⁵¹ *Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 135.

³⁵² *Ress* aaO 199 und 207.

- iii. Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (lit c).

Die Rechtswidrigkeit infolge der Unzuständigkeit der belangten Behörde (Z 2) sowie infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften hat der VwGH von Amts wegen wahrzunehmen (§ 41 Abs 1 VwGG). Dabei ist der Aufhebungstatbestand der Unzuständigkeit vorrangig aufzugreifen.³⁵³ Wenn der Bescheid sowohl inhaltlich als auch in Folge eines mangelhaften Verfahrens rechtswidrig ist, hat der VwGH den Bescheid aufgrund der inhaltlichen Rechtswidrigkeit aufzuheben.³⁵⁴ Das Erkenntnis des VwGH wird mit Erlassung rechtskräftig und somit unanfechtbar, unwiederholbar und verbindlich.³⁵⁵

Anzumerken ist, dass die Kassation den Bescheid grundsätzlich im Ganzen erfasst.³⁵⁶ Eine Teilaufhebung ist nur bei einer Trennbarkeit des (Bescheid)Gegenstandes möglich (vgl § 59 Abs 1 AVG). Dies ist insb dann der Fall, wenn über die getrennten Antragspunkte auch in getrennten Bescheiden entschieden werden hätte können.³⁵⁷

Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt die Rechtssache in die Lage zurück, in der diese sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte (§ 42 Abs 3 VwGG). Der Inhalt der Gestaltungswirkung ist die Beseitigung der dem fehlerhaften Bescheid zukommenden Rechtserheblichkeit. Die **Kassation ist der contrarius actus** zu der positiven Gestaltung und deshalb auch nicht in deren inhaltlichen Qualität vor allem in deren positiven Gestaltung zu trennen. Wäre der Bescheid nicht weiter bis zu der Aufhebung rechtserheblich sondern nichtig, dann wäre das Erkenntnis des VwGH lediglich deklaratorisch. – Das Erkenntnis würde nur die Nichtigkeit des Bescheides feststellen.³⁵⁸ Bei der Kassation ist rechtlich aber so vorzugehen, als sei der aufgehobene Bescheid nie erlassen worden. Durch die Aufhebung wird nicht nur eine bestehende Rechtslage bestätigt, sondern der zuvor existente und **geltende Bescheid (ex tunc) aufgehoben**. Zur reinen Deklaration tritt also auch die materiell-konstitutiv wirkende Kassation.³⁵⁹ Bescheide, die

³⁵³ VwGH 4. 12. 1967, 1188/66.

³⁵⁴ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1025.

³⁵⁵ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1034.

³⁵⁶ VwSlgNF 7273 A.

³⁵⁷ VwSlgNF 2122 A, 2346 A; VwGH 21. 04. 1969, 0997/67; 23. 12. 1993, 92/17/0056.

³⁵⁸ Ress, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 208.

³⁵⁹ Ress, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 210, 218.

durch den nun aufgehobenen Bescheid selbst aufgehoben wurden, erlangen wieder Geltung.³⁶⁰

Rechtsakte in untrennbarem Zusammenhang mit dem aufgehobenen Bescheid sieht die Rsp als beseitigt an.³⁶¹ Liegt bei Rechtsakten aber kein untrennbarer Zusammenhang vor, dann werden diese Rechtsakte aufgrund der Rechtsgestaltung durch das VwGH-Erkenntnis rechtswidrig und sind im Falle einer Anfechtung gesondert aufzuheben. Der zuvor aufgehobene Bescheid, hat gegenüber den nun aufzuhebenden Bescheid, die Wirkung eines „Grundlagenbescheides“.³⁶² Die Verwaltungsbehörden sind somit verpflichtet in dem betreffenden Fall mit den zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsansicht des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen (§ 63 Abs 1 VwGG).³⁶³ Bei Erlassung des Ersatzbescheides ist die Administrativbehörde aber nicht davon enthoben neue Sachverhaltsmomente entsprechend zu würdigen. Die Behörde ist (lediglich) **an die Rechtsanschauung des VwGH gebunden**.³⁶⁴ Diese Bindung besteht aber nur für die die Aufhebung tragenden Gründe bzw notwendigen rechtlichen Beurteilungen. - In einem weiteren Beschwerdeverfahren in der Sache selbst wäre aber auch der VwGH nun an dessen zuvor vertretene Rechtsauffassung gebunden.³⁶⁵ Dem Beschwerdeführer erwächst sohin ein **subjektives Recht auf „Folgenbeseitigung“**.³⁶⁶ Beseitigt werden können zB Vollstreckungshandlungen³⁶⁷. Ob aber im Falle der Unmöglichkeit der Wiederherstellung Geldersatz zu leisten ist, lässt die Jud nicht exakt erkennen.³⁶⁸ hervor. Sollte sich die Verwaltungsbehörde weigern einer solchen Rechtsansicht des VwGH zu folgen, bleibt dem Beschwerdeführer der Weg über die Amtshaftung oder über die Kausalgerichtsbarkeit (Art 137 B-VG) offen. Im Rahmen der Kausalgerichtsbarkeit kann der Beschwerdeführer aber keine Entscheidung erlangen, welche die Verwaltungsbehörde zur Erlassung einer Entscheidung verpflichten könnte. Denn gem Art 137 B-VG erkennt der VfGH nur über vermögensrechtliche Ansprüche, die nicht im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht wer-

³⁶⁰ VwGH 2. 6. 1954, 2482/51; vgl auch VwGH 31. 10. 1978, 1785/78; 2. 7. 1998, 97/06/0277.

³⁶¹ Vgl VwGH 18. 3. 1994, 91/07/0144; anders noch VfSlg 7908, 9443.

³⁶² Vgl VwGH 21. 3. 1995, 93/04/0177. Vgl *Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 191.

³⁶³ Vgl VfSlg 8536.

³⁶⁴ Vgl VwSlg 3965 A, 5223 A.

³⁶⁵ *Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 192.

³⁶⁶ VfSlg 17.154; vgl VfSlg 2046.

³⁶⁷ VfSlg 2046.

³⁶⁸ Vgl VwSlgNF 1986 A.

den oder durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde erledigt werden können. Somit muss für dieses Begehren auf die Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht zurückgegriffen werden. Erlässt die Behörde jedoch trotz der bereits kassierten Entscheidung einen gleichlautenden Bescheid, wird dieser aber noch nicht für nichtig zu halten sein. Vielmehr müsste ein solcher wieder über den Anfechtungsweg (Bescheidbeschwerde) aufgehoben werden.³⁶⁹

In dieser teilweisen Bindung der Verwaltungsbehörde an die Entscheidungsgründe des VwGH-Erkenntnisses in Form der Rechtsanschauung des VwGH, kann ein reformatorisches Element erblickt werden.³⁷⁰ Die Bindung der Verwaltungsbehörde hat demnach eine „gewisse meritorische Außenwirkung“.³⁷¹

Bei der Bescheidprüfung geht der VwGH im Hinblick auf den maßgeblichen Sachverhalt folgendermaßen vor: Der VwGH prüft die Sach- und Rechtslage der Entscheidung zum Zeitpunkt der Erlassung. Kontrolliert wird, ob der Bescheid im Erlassungszeitpunkt rechtmäßig war. Die Jud misst selbst einer mit Rückwirkung ausgestatteten Rechtslagenänderung keine Bedeutung für die „maßgebliche Sach- und Rechtslage“ zur.³⁷² All dies entspricht auch dem Grundsatz der „nachprüfenden Kontrolle“ in der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

5.3. Die Entscheidungsbefugnis des VwGH im Säumnisbeschwerdeverfahren (Art 132 B-VG)

Gem Art 132 B-VG entscheidet der VwGH über Beschwerden, welche vom Beschwerdeführer erhoben worden sind, weil eine Verwaltungsbehörde die diese treffende Entscheidungspflicht verletzt hat. Der VwGH überprüft nicht die Rechtmäßigkeit eines bereits erlassenen Bescheides, sondern trifft die vom Beschwerdeführer beantragte Entscheidung

³⁶⁹ Ress spricht sich für eine **Verpflichtungsklage** nach deutschem Muster aus, in: Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 225 (227). Diese Lösung widerspräche aber mE dem österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystem, welches keine „Klage“, geschweige denn eine solche auf Verpflichtung kennt. Wie bereits besprochen, ist über das Instrument der Säumnisbeschwerde bzw über die Bescheidbeschwerde ausreichend Rechtsschutz gegeben.

³⁷⁰ So Jabloner, RZ 1997, 258.

³⁷¹ Ress, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 111.

³⁷² VwSlgNF 6361 A, 12.197 A; vgl VfSlg 10.402; vgl Jabloner, ÖJZ 1995, 923.

mangels verwaltungsbehördlicher Entscheidung. Der VwGH trifft demnach eine **rein meritorische Entscheidung**.³⁷³ Gem § 36 Abs 2 VwGG ist die säumige Behörde im Vorverfahren anzuweisen, innerhalb einer Frist bis zu 3 Monaten die Bescheiderlassung vorzunehmen und eine Abschrift der Entscheidung vorzulegen oder den Grund der mangelnden Säumnis vorzubringen. Es folgt eine Gegenschrift und besteht für weitere Äußerungen und Gegenäußerungen die Möglichkeit.

Der VwGH hat aber gem § 42 Abs 4 VwGG auch die Möglichkeit sein (Zwischen)Erkenntnis auf die Entscheidung einzelner maßgeblicher Rechtsfragen zu beschränken und anschließend der Behörde den Auftrag zur Bescheiderlassung zu erteilen. Der Behörde steht dafür eine höchstens 8-wöchige Frist zur Verfügung und diese hat den Bescheid auf der Grundlage der Rechtsanschauung des VwGH zu fassen. Kommt es (dadurch) nicht zu einer Bescheiderlassung der säumigen Verwaltungsbehörde, hat der VwGH die Entscheidung zu erlassen (Satz 2 *leg cit*). Fehlt aber der säumigen Behörde überhaupt der Wille zur Bescheiderlassung ist der VwGH auch sofort zur Entscheidung in der Sache berechtigt. Dieser „Entscheidungsauftrag“ an die Verwaltungsbehörde ist nicht vollstreckbar und der Eingriff in die Verwaltungsführung dadurch nur theoretisch. Dieser „Entscheidungsauftrag“ des VwGH würde erst durch die unmittelbare Sachentscheidung durch den VwGH vollstreckt.³⁷⁴ An der Entscheidung „**in der Sache selbst**“ ist zu erkennen, dass der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit die umfassende meritorische Entscheidungsbefugnis – im Rahmen des Säumnisbeschwerdeverfahrens wohlgemerkt - inhärent ist.³⁷⁵ Hier kommt die Ausnahme vom grundsätzlich kassatorischen System des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zum Vorschein.

Um aber in der Sache entscheiden zu können, hat der VwGH den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen, soweit ein solcher noch nicht festgestellt wurde. Deshalb kann der VwGH das erforderliche Ermittlungsverfahren durch die von diesem selbst bestimmten, jedoch abstrakt kompetenten³⁷⁶ Gerichts- oder Verwaltungsbehörden durchführen oder ergänzen lassen (§ 36 Abs 9 VwGG).

³⁷³ Vgl *Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 233 f.

³⁷⁴ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1031. Kritisch aber *Ress* aaO 267 f.

³⁷⁵ *Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 111.

³⁷⁶ *Oberndorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit 139.

5.3.1. Die Sachverhaltsbindung

Im Bescheidbeschwerdeverfahren entscheidet der VwGH gem § 41 Abs 1 aufgrund des von der Verwaltungsbehörde angenommenen Sachverhalts. Der VwGH ist zur **Rechtskontrolle** und nur im eingeschränkten Maße zur Sachverhaltskontrolle berufen. Der VwGH ist somit bei der Sachverhaltsermittlung eingeschränkt, da dieser grundsätzlich an die bereits getroffenen Feststellungen der Verwaltungsbehörde gebunden ist. Grundsätzlich deshalb, da das Neuerungsverbot dann nicht entgegensteht, wenn die Verwaltungsbehörde wider dem Grundsatz der Amtswegigkeit im Ermittlungsverfahren nicht alle relevanten Umstände ermittelt hat³⁷⁷ - das wäre dann der klassische Fall für die Geltendmachung einer Mangelhaftigkeit des verwaltungsbehördlichen Verfahrens mit einer VwGH-Beschwerde. Das Neuerungsverbot im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt nach der Rsp³⁷⁸ weiters dann nicht, wenn lediglich rechtliche Einwendungen gemacht werden, die im Verwaltungsverfahren noch nicht geltend gemacht wurden, aber auf den bereits festgestellten Sachverhalt Bezug nehmen. Auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht steht dem Neuerungsverbot des § 41 Abs 1 VwGG grundsätzlich nichts entgegen, da auch der EuGH³⁷⁹ festhält, dass der VwGH dessen Entscheidung aufgrund des von der Behörde angenommenen Sachverhaltes oder anders formuliert, aufgrund des zum Entscheidungszeitpunkt der Verwaltungsbehörde maßgeblichen Sachverhaltes, zu treffen hat, womit ein Vorbringen neuer Tatsachen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unzulässig wird. Dem EuGH zufolge ist es daher zulässig, neue Tatsachen erst in einem neuen Verwaltungsverfahren – welches wiederum der nachprüfenden Kontrolle des VwGH unterläge – einer Berücksichtigung zu unterziehen. Der VwGH darf daher im Rahmen der Sachverhaltskontrolle grundsätzlich nur Verfahrensfehler feststellen, nicht aber neue Tatsachen ermitteln. Auch wenn ein Erkenntnis des VwGH³⁸⁰ und dessen Interpretation³⁸¹ vermeintlich Anderes durchblicken ließ, darf der

³⁷⁷ VwSlgNF 9723 A – verst Sen. Vgl auch VwGH 25. 9. 1970, 1636/69; VwSlgNF 8608 A.

³⁷⁸ VwSlgNF 8113 A; VwGH 4. 9. 1990, 88/09/0013.

³⁷⁹ EuGH, Rs C-120/97 Upjohn, Slg 1999, I-223, Rz 39.

³⁸⁰ VwSlgNF 8619 A: „Der sogenannte Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet nicht, daß dieser in der Begründung des Bescheides niederzulegende Denkvorgang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegt. Die Bestimmung des § 45 Abs 2 AVG hat nur zur Folge, dass, sofern in den besonderen Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmt ist, die Würdigung der Beweise keinen anderen Regeln unterworfen ist. Diese Regelung schließt keinesfalls eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Richtung aus, ob der Sachverhalt genügend erhoben ist und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen

Wortlaut des § 41 Abs 1 VwGG nicht weginterpretiert werden. ME kann müsste aber jeder Zweifel an der Richtigkeit des Sachverhaltes so gedeutet werden, dass damit auch schon ein Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsbehördlichen Sachverhaltsermittlung einhergeht.³⁸² Immerhin ist der festgestellte Sachverhalt Dreh- und Angelpunkt in der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung und beeinflusst auch dementsprechend die rechtliche Gesamtwertung.

Der VwGH darf auf keinen Fall aufgrund eigener Beweiswürdigung zu einer abweichenden Sachverhaltsfeststellung gelangen.³⁸³ Die Prüfung der verwaltungsbehördlichen Beweiswürdigung wäre bei richtiger Interpretation gem § 41 Abs 1 VwGG somit ausgeschlossen.³⁸⁴ Der VwGH umgeht dies aber dadurch, dass er Mängel in der Beweiswürdigung als Verfahrensfehler einstuft und die Beweiswürdigung in der Folge auf Schlüssigkeit prüft.³⁸⁵ Die Beweiswürdigung muss demnach den „Denkgesetzen“, also dem „allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut“ entsprechen.³⁸⁶ Das Stützen auf starre Beweisregeln erachtet der VwGH dabei als Indiz für eine Unschlüssigkeit.³⁸⁷

5.4. Art 6 EMRK und Ausgestaltung der Entscheidungsbefugnis

5.4.1. Verfahrenspositionsstärkung durch die EMRK

Ein weiterer Punkt im Diskurs über die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit ist die Anforderung, welche die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)³⁸⁸ mit sich bringt. Da die EMRK in Österreich in Verfassungsrang steht und somit individuell

schlüssig sind. Schlüssig sind aber solche Erwägungen nur dann, wenn sie unter anderen den Denkgesetzen, somit auch dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen.“

³⁸¹ Ringhofer, in: *Lehne – Loebenstein – Schimetschek*, Die Entwicklung der Österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit 365.

³⁸² In diesem Fall für eine Kassation und ein förmliches Beweisverfahren, *Ringhofer* aaO.

³⁸³ VwGH 25. 2. 1981, 3137/80.

³⁸⁴ Ohne Bedenken auch *Werner*, JBl 1965, 584.

³⁸⁵ Vgl auch den Vorschlag *Jabloners*, ÖJZ 1994, 336.

³⁸⁶ VwSlgNF 8619 A, 9602 A; VwGH 28. 3. 1990, 89/03/0288.

³⁸⁷ VwSlgNF 8198 A, 9602 A; VwGH 30. 4. 1982, 81/02/0019. Ähnlich *Walter*, in: *Lehne – Loebenstein – Schimetschek*, Die Entwicklung der Österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit 391 ff.

³⁸⁸ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl 1958/210 idF).

über eine Verfassungsgerichtshofbeschwerde gem Art 144 B-VG durchsetzbar ist³⁸⁹, hat sich die Ausgestaltung des Verfahrens um Rechtsschutz daran zu orientieren. Die EMRK kann als eine tragende Säule des österreichischen Grundrechtssystems aufgefasst werden. Entstände bei Ausgestaltung des Rechtsschutzverfahrens ein Widerspruch zur EMRK, läge eine Verletzung von verfassungsgesetzlich garantierten (Verfahrens)Rechten vor. Man könnte idZ von einer „Transformation verfahrensrechtlicher Positionen in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ sprechen.³⁹⁰ Der konkrete Kristallisationspunkt ist Art 6 EMRK:

„(1) Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat [...]“.

Durch die Inkorporation der EMRK in die österreichische Rechtsordnung³⁹¹ wurden weit mehr Erfordernisse für Zivil- und Strafverfahren verlangt, als durch das in Art 83 Abs 2 B-VG verkörperte „Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter“ (arg.: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“) inhaltlich bereits gewährt wird. Art 6 EMRK kann auch nicht mit Art 94 B-VG (Prinzip der Gewaltenteilung) den Vergleich antreten, da Art 94 B-VG primär eine **organisatorische** Gewaltentrennung festlegt, Art 6 EMRK hingegen neben einer gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit auch eine **materielle** Gewaltentrennung (arg.: „Zivil- und Strafsachen“) normiert.³⁹²

5.4.2. „Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ gem EMRK

Nun, wie grenzt man „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ erfolgreich von Verwaltungsrechtsangelegenheiten ab? Ist die (Nicht)Genehmigung von Kaufverträgen

³⁸⁹ Vgl VfSlg 4706, 5100; Art II Z 7 B-VGNov 1964 (1a/5); siehe aber Deutschland, wo die MRK nur einfach-gesetzlichen Rang genießt, *Seidl-Hohenveldern/Hummer*, in: *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Völkerrecht⁴ Rz 1553.

³⁹⁰ *Jablöner*, RZ 1997, 259.

³⁹¹ Zur Stellung der EMRK im österreichischen Rechtssystem, siehe *Seidl-Hohenveldern/Hummer*, in: *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Völkerrecht⁴ Rz 1553.

³⁹² *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1523; *Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Diss 1963) 420.

durch die Grundverkehrsbehörde eine reine Verwaltungsrechtsangelegenheit, somit kein zivilrechtlicher Anspruch und in weiterer Folge keine Art 6 EMRK-Materie? Dieselbe Frage stellt sich bei einem Berufsausübungsverbot zB bei Ärzten. Löst ein solches Berufsausübungsverbot einen zivilrechtlichen Anspruch aus und ist daher vom Anwendungsbereich des Art 6 EMRK gedeckt? Kann es weiters sein, dass es hier mit der innerstaatlichen Zuordnung zur Materie „Zivilrecht“ sein Bewenden haben darf? Diese Fragen werden im Folgenden zu beantworten versucht.

Die Definition des Begriffes „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ ist besonders unter dem Gesichtspunkt der Kognitionsbefugnis des VwGH von Bedeutung. Es sei erwähnt, dass der VwGH gem Art 130 B-VG iVm § 42 Abs 2 VwGG zur Kassation berufen ist. Der VwGH hat bei Stattgabe der Beschwerde den bekämpften Bescheid aufzuheben und an die bescheiderlassende Behörde zurückzuverweisen. Diese hat eine neue Entscheidung zu treffen. Der EGMR legt den Begriff „civil rights“ aber autonom und weiter aus als das der VfGH tut. Der VfGH spricht in diesem Zusammenhang mE kritisch von einer „offenen Rechtsfortbildung“ (VfSlg 11.500). „Offen“ deshalb, da der EGMR teleologisch und evolutiv auslegt. Es ist dem EGMR dadurch möglich, neue Entwicklungen und Gefährdungen, ja sogar neue Überzeugungen bei der Interpretation mit einfließen zu lassen. Hierdurch soll vor allem die Effektivität der Rechte der Konvention gewährleistet werden.³⁹³ Diese evolutive Auslegungsmethode wird aber zum Teil skeptisch beurteilt, da eine solche die Gefahr in sich birgt, sich selbst zu konterkarieren. Daher wird von manchen eine engere Bindung an den EMRK-Gesetzestext gefordert.³⁹⁴

Der EGMR verlangt, dass ein „Anspruch“ vertretbar behauptet wird. Demnach sind auch Anwartschaften³⁹⁵ und Ansprüche auf rechtskonforme Ermessensentscheidung³⁹⁶ umfasst. Dieser Interpretation durch den EGMR wohnt der Gedanke inne, dass sobald die Entscheidung Auswirkungen auf zivilrechtliche Positionen hat, Art 6 EMRK zur Anwendung gelangt. Die zivilrechtliche Eigenschaft eines Anspruches hängt demzufolge nicht schlicht von der Zuordnung zur Materie Zivilrecht ab. Für den EGMR sind „zivilrechtliche Ansprüche“ vielmehr Ansprüche vermögenswerter Natur³⁹⁷, somit Ansprüche auf Eigentum, Ansprüche auf Nutzung des Eigentums, oder aber auch Ansprüche auf private Ausübung der Erwerbstätigkeit etc. Dem EGMR zufolge fallen auch Streitigkeiten über ein Ansuchen

³⁹³ Mehr dazu *Seidl-Hohenveldern/Hummer*, in: *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Völkerrecht⁴ Rz 1462 f.

³⁹⁴ So *Handstanger*, RZ 2007, 160.

³⁹⁵ EGMR 30. 11. 1987 H, ÖJZ 1988, 220; 16. 1. 2001 Ludescher, ÖJZ 2001, 439.

³⁹⁶ EGMR 26. 6. 1986 Van Marle, EuGRZ 1988, 35; vgl aber VfSlg 15.801.

³⁹⁷ EGMR 26. 3. 1992 Éditions Périscope, ÖJZ 1992, 771; 28. 9. 1995 Procola, ÖJZ 1996, 193.

auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK.³⁹⁸ Bei beamtendienstrechtlichen Streitigkeiten sind solche Angelegenheiten vom Anwendungsbereich ausgenommen, wo Staatsbedienstete Verantwortlichkeiten im allgemeinen Interesse des Staates oder die Ausübung hoheitlicher Befugnisse wahrnehmen. Solche Stelleninhaber seien dem Staat gegenüber zu Vertrauen und Loyalität verpflichtet und würden staatliche Souveränität ausüben.³⁹⁹

In der Rsp fand jedoch eine Zäsur statt, wonach die Vermutung der Anwendbarkeit der Garantien des Art 6 EMRK auch auf Streitigkeiten aus Beamtendienstverhältnissen gelten solle. Demnach müsse erstens das innerstaatliche Recht den Gerichtszugang für die fragliche Kategorie von öffentlich Bediensteten ausgeschlossen haben und zweitens müsse eine besondere Vertrauens- und Loyalitätspflicht bestehen. Auf gewöhnliche Arbeitskonflikte träfe dies aber nicht zu, weshalb Art 6 EMRK anwendbar sei.⁴⁰⁰

Es kann daher nicht übersehen werden, dass dieser weite Begriff von „civil rights“ weit in das Öffentliche Recht hineinlangt. Als Beispiele seien etwa das Baurecht, das Betriebsanlagenrecht oder das Wasserrecht genannt. All diese Verwaltungsrechtsbereiche regeln ua auch die Nutzung des Eigentums. **Folglich ist Art 6 EMRK auch im Verwaltungsverfahren anwendbar.**

5.4.2.1. „Kernbereich“ des Öffentlichen Rechts

Zu beachten ist aber, dass der „harte Kern des öffentlichen Rechts“ nicht im Anwendungsbereich von Art 6 EMRK liegt.⁴⁰¹ Zum „harten Kern“ sind dem EGMR folgend Verfahren in Abgabensachen⁴⁰², Ausweisungsverfahren von Fremden⁴⁰³, Staatsangehörigkeitsverfah-

³⁹⁸ EGMR 27. 7. 2006 Jurisic, Appl 62539/00; EGMR 27. 7. 2006 Coorplan-Jenni GmbH, Appl 10523/02; vgl aber VfSlg 13.505.

³⁹⁹ EGMR 8. 12. 1999 Pellegrin, ÖJZ 2000, 695; vgl EGMR 2. 9. 1997 De Santa, ÖJZ 1998, 471.

⁴⁰⁰ EGMR 9. 4. 2007 Vilho Eskelinen, Appl 63235/00.

⁴⁰¹ Vgl Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1526.

⁴⁰² EGMR 12. 7. 2001 Ferrazzini, NJW 2002, 3453; 13. 1. 2005 Emese Sugar, EuGRZ 2005, 234; VfSlg 15.496. Vgl auch VwGH 28. 11. 2007, 2005/15/0034; VwGH 18. 11. 2008, 2006/15/0205; VwGH 24. 7. 2007, 2007/14/0029; VwGH 8. 2. 2007, 2004/15/0153; VwGH 26. 7. 2005, 2003/14/0050; VwGH 24. 10. 2001, 2001/17/0138.

⁴⁰³ EKMR 3. 5. 1993, ÖJZ 1994, 34; EGMR 5. 10. 2000 Maaouia, ÖJZ 2002, 10.

ren⁴⁰⁴ oder Wehrdienstverfahren⁴⁰⁵ zu zählen. Während der EGMR aber autonom auslegt, differenziert der VfGH. Der VfGH differenziert beim Begriff „civil rights“ in „**Kernbereich**“ und in (Rand)Bereich, wo „civil rights“ nur „**in ihren Auswirkungen**“ tangiert werden. Demnach zählen zum „Kernbereich“ Ansprüche, die das Verhältnis der Bürger untereinander berühren und nur in diesen Fällen hat ein Tribunal im Sinne Art 6 EMRK zu entscheiden. Zum Kernbereich zählt der VfGH die Schlichtung von Streitigkeiten aus Einzelverträgen zwischen Arzt und Krankenkasse⁴⁰⁶, Verfahren über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags⁴⁰⁷, den Zuspruch einer Enteignungsentschädigung⁴⁰⁸, das Verfahren zur grundverkehrsbehördlichen Genehmigung des Eigentumserwerbs⁴⁰⁹ oder den Jagd- und Wildschadenersatz⁴¹⁰. Für den Randbereich ist hingegen die bloß aposteriorische (nachprüfende) Kontrolle durch den VwGH und VfGH als ausreichend zu qualifizieren. Eine volle Kognitionsbefugnis (Tatsachen- und Rechtskontrolle) ist demnach hier nicht von Nöten.⁴¹¹ Zu diesem Randbereich zählt der VfGH die Erteilung oder Versagung einer Bewilligung zum Haus- oder Straßenbau⁴¹², Bescheide gem Naturschutzrecht⁴¹³, die Untersagung einer Ausländerbeschäftigung⁴¹⁴, den Konzessionsentzug bei einem Apotheker⁴¹⁵, die Zurücknahme einer Bewilligung zur Errichtung nach Krankenanstaltsrecht⁴¹⁶, Einstweilige Maßnahmen iZm einer Rechtsanwaltsberufsausübungsbeschränkung⁴¹⁷, das Ausübungsverbot einer gewerblichen Tätigkeit⁴¹⁸, das Verbot der Tierhaltung⁴¹⁹ und die Aufnahme von Arzneimitteln in den Erstattungskodex des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger⁴²⁰.

⁴⁰⁴ EKMR 15. 12. 1988, DR 59, 256; 10. 9. 1992, ÖJZ 1993, 142.

⁴⁰⁵ EKMR 19. 7. 1968, Appl 3435/67, CD 28, 130; VwGH 28. 6. 2001, 2001/11/0167.

⁴⁰⁶ VfSlg 11.729, 12.083, 13.553, 15.698, 16.704; VfGH 27. 9. 2005, B 1611/04.

⁴⁰⁷ VfSlg 15.106, 15.507, 15.713, 16.334; VfGH 28. 11. 2005, B 817/05.

⁴⁰⁸ VfSlg 11.760, 11.762, 16.692, 17.242, VfGH 16. 6. 2005, G 129/04; 12. 12. 2005, B 841/04.

⁴⁰⁹ VfSlg 11.957, 12.074, 12.126, 12.669, 13.211, 13.247, 13.459, 13.709, 13.857, 14.024, 15.350; VfGH 12. 6. 2006, B 260/05.

⁴¹⁰ VfSlg 11.591.

⁴¹¹ Vgl VfSlg 11.500 („Fall Miltner“), 11.646, 11.937, 15.149, 17.232; VfGH 15. 10. 2005, B 446/05; 30. 9. 2005, B 1741/03; 12. 12. 2005, B 841/04; VwGH 23. 9. 1994, 94/17/0278, 9. 9. 1996, 94/10/0165; 7. 11. 2005, 2005/17/0086; OGH, JBl 1994, 169.

⁴¹² VfSlg 11.500, 11.645.

⁴¹³ VwGH 24. 11. 2003, 2002/10/0077.

⁴¹⁴ VfSlg 13.505.

⁴¹⁵ VfSlg 11.937, 15.868.

⁴¹⁶ VfSlg 17.232.

⁴¹⁷ VfSlg 15.842.

⁴¹⁸ VfSlg 12.384.

5.4.2.2. Die „Strafrechtliche Anklage“ gem EMRK

Aber auch der Begriff „strafrechtliche Anklage“ ist dem Wortlaut nach nicht eindeutig zuzuordnen. Sind etwa Verwaltungsstrafsachen – obwohl Freiheitsstrafen androhend – vom Anwendungsbereich des Art 6 EMRK ausgenommen?

Der Begriff „strafrechtliche Anklage“ wird vom EGMR ebenso autonom ausgelegt. Der „Sinn und Zweck“ der EMRK fließt demnach in die Auslegung mit ein. Darum ist nicht nur Justizstrafrecht im herkömmlichen Sinn maßgebend, sondern die „Natur der Zuwiderhandlung“ oder die „Art und Schwere der dafür angedrohten Sanktion“. Dient vor allem die Sanktion der Prävention oder Repression, dann spricht das für deren Charakter als strafrechtliche Vorschrift.⁴²¹ Das österreichische Verwaltungsstrafrecht⁴²² ist somit im Schutz der EMRK eingebettet. Auch in weiten Bereichen des Disziplinarrechts⁴²³ finden sich Vorschriften, die unter den Begriff „strafrechtliche Anklage“ subsumiert werden können. Befristete oder unbefristete Berufsausübungsverbote subsumiert der EGMR⁴²⁴ jedoch unter „civil rights“, während der VfGH⁴²⁵ diese als eine „strafrechtliche Anklage“ sieht. Die Einleitung eines Strafverfahrens⁴²⁶ und Außerdienststellung⁴²⁷ fallen laut VfGH aber nicht in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK. Die gleiche Sichtweise vertritt der VfGH bei Zwangsstrafen.⁴²⁸

⁴¹⁹ VfSlg 12.082.

⁴²⁰ VfGH 15. 10. 2005, B 446/05.

⁴²¹ Siehe EGMR 28. 6. 1978 König, EuGRZ 1978, 406; 23. 9. 1998 Malige, ÖJZ 1999, 654; 23. 11. 1976 Engel, EuGRZ 1976, 221; 21. 2. 1984 Öztürk, EuGRZ 1985, 62; 9. 2. 1995 Welch, ÖJZ 1995, 511; 23. 11. 2006 Jussila Appl 73053/01.

⁴²² Dazu auch EGMR 23. 10. 1995 Gradinger, ÖJZ 1995, 954; 20. 10. 2001 Baischer, ÖJZ 2002, 394.

⁴²³ EGMR 8. 6. 1976 Engel, EuGRZ 1976, 221; 28. 6. 1984 Campbell und Fell, EuGRZ 1985, 534; 22. 5. 1990 Weber, EuGRZ 1990, 165 = ÖJZ 1990, 713; 24. 11. 1998 Brown, ÖJZ 1999, 734.

⁴²⁴ EGMR 23. 6. 1981 Le Compte, EuGRZ 1981, 551; 10. 2. 1983 Albert und Le Compte, EuGRZ 1983, 190; 21. 12. 1999 W. R., ÖJZ 2000, 728.

⁴²⁵ VfSlg 11.506, 15.543, 15.867; vgl auch VfSlg 11.840, 13.488, 16.560; VfGH 6. 6. 2006, B 3593/05; VfSlg 14.790; oder VfSlg 17.373, VfGH 29. 11. 2005, B 1456/04.

⁴²⁶ VfSlg 16.716.

⁴²⁷ VfSlg 12.652, 15.587, 15.845, 15.842, 16.762.

⁴²⁸ VfSlg 10.840.

5.4.2.3. Das „Tribunal“ gem EMRK

Wie definiert man weiters den Begriff „unabhängiges und unparteiliches Gericht“? Ist dieser mit der Begriffsdefinition, wie sie im B-VG vorherrscht gleichzusetzen?

Das entscheidende Recht, das die Bestimmung in Art 6 EMRK verbrieft, ist der Zugang zu einem Gericht. Dies ist das Recht auf effektive Gewährleistung von Rechtsschutz.⁴²⁹ In Angelegenheiten des Art 6 EMRK muss ein unabhängiges und unparteiliches, auf Gesetz beruhendes Tribunal vom Rechtsschutzsuchenden angerufen werden können.⁴³⁰ Dieser Begriff „Tribunal“ kann nicht gleichauf mit dem Gerichtsbegriff des B-VG gesetzt werden. Der EGMR achtet in seiner Rsp auf die „judizielle Tätigkeit“ des Tribunals. Das Tribunal muss demnach gesetzlich verankert sein und müssen diese Gesetzesbestimmungen zugänglich und ausreichend bestimmt sein.⁴³¹ Eine private Schiedsvereinbarung über die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes ist in Art 6 EMRK-Angelegenheiten daher nicht ausreichend.⁴³² Das Tribunal hat weiters aufgrund eines förmlichen Verfahrens zu entscheiden. Die Unabhängigkeit gegenüber der Verwaltung (und auch gegenüber den Verfahrensbeteiligten) verlangt die Weisungsfreiheit⁴³³ und Unbefangenheit⁴³⁴ des Tribunals. Das Tribunal hat unparteilich zu sein.⁴³⁵ Bei der Besetzung durch die Parteien ist dies anhand des Kriteriums des Einflusses der Parteien auf die Besetzung zu werten. Verfügen die von den Parteien bestellten Tribunalmitglieder über gleichen Einfluss, dann ist der Anforderung der Unparteilichkeit entsprochen.⁴³⁶ Bei der Prüfung dieser Anforderungen ist aber ein strenger Maßstab anzulegen. So darf grundsätzlich kein berechtigter Zweifel aufkommen.⁴³⁷ Entscheidend ist, ob der **äußere Anschein** der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gewahrt ist.⁴³⁸ Während diesem äußeren Anschein im „Sramek-Urteil“ noch weniger Bedeutung

⁴²⁹ EGMR 21. 2. 1975 Golder, EuGRZ 1975, 91; 9. 10. 1979 Airey, EuGRZ 1979, 626.

⁴³⁰ Vgl EGMR 9. 10. 1979 Airey, EuGRZ 1979, 626; 19. 6. 2001 Kreuz, ÖJZ 2002, 693.

⁴³¹ Vgl EKMR 12. 10. 1978, ÖJZ 1980, 43.

⁴³² *Reiner*, ZfRV 2003, 52.

⁴³³ EKMR 23. 4. 1987 Ettl, ÖJZ 1988, 22; 25. 11. 1993 Holm, ÖJZ 1994, 522.

⁴³⁴ EGMR 10. 6. 1996 Pullar, ÖJZ 1996, 874.

⁴³⁵ EGMR 23. 10. 2001 Vogl und Vogl, ÖJZ 2002, 393; VfSlg 14.901.

⁴³⁶ VfSlg 14.145, 15.177.

⁴³⁷ EGMR 22. 2. 1996 Bulut, ÖJZ 1996, 430; 10. 6. 1996 Pullar, ÖJZ 1996, 874.

⁴³⁸ EGMR 28. 6. 1984 Campbell und Fell, EuGRZ 1985, 534; 22. 10. 1984 Sramek, EuGRZ, 1985, 336; 24. 5. 1989 Hauschildt, ÖJZ 1990, 188; VfSlg 10.639 = EuGRZ 1986, 214; VfSlg 14.901, 15.810, 15.867, 16.334, 16.467, 16.827; VfGH 6. 6. 2005, B 1136/04; VfGH 12. 3. 2003, B 482/01.

zukam, war dieser bereits im nachfolgenden „Ettl-Urteil“ schon von erhöhter Relevanz. Daher kann spekuliert werden, ob ein Ergebnis der „Ettl-Entscheidung“ im Sinne von „Sramek“ die Einführung einer vollen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich zur Folge gehabt hätte.⁴³⁹ Irrelevant ist aber, ob tatsächlich eine parteiliche Entscheidung gefällt wurde oder eben nicht.⁴⁴⁰ Entscheidend ist, dass keine für die Entscheidung bedeutende dienstliche oder organisatorische Abhängigkeit eines Organwalters vorliegt.⁴⁴¹ Bei einem Mitglied einer kollegialen Verwaltungsbehörde ist es primär bedeutend, dass dieses ein weisungsgebundener Verwaltungsbeamter ist.⁴⁴² Entscheidend ist lediglich, dass sich dessen Aufgabenbereich als Verwaltungsbeamter mit dem Aufgabenbereich des Tribunals nicht kreuzt.⁴⁴³ Nur dann ist die Unabhängigkeit gegeben.

Bei den Tribunalmitgliedern ist es ausreichend, wenn eine Bestelldauer von mindestens 3 Jahren vorliegt.⁴⁴⁴ Diese Ansicht ist mE schädlich für das eigentliche Ziel einer grundsätzlich unbefristeten Bestellung. Die Mitglieder des Tribunals dürfen vor Ablauf ihrer Amtszeit nur ausnahmsweise und aufgrund besonderer, bestimmt normierter Umstände abgesetzt werden. Individuelle disziplinarische, sonstige dienstrechtliche Maßnahmen oder Maßnahmen im Rahmen einer Reorganisation der Gerichtsbarkeit, welche in die richterliche Stellung eingreifen, sind somit nicht von vornherein ausgeschlossen, insb dann nicht, wenn der „Eingriff“ zum Zeitpunkt der Einrichtung des betreffenden Gerichts bzw der Bestellung des betreffenden Richters bereits vorgesehen war (vgl Art 88 Abs 2 B-VG). In der Rsp legt der EGMR besonderes Augenmerk auf die **faktisch** anerkannte Stellung der Unabhängigkeit.⁴⁴⁵

5.4.2.4. Die Entscheidungsbefugnis des Tribunals

⁴³⁹ So *Frowein*, in JBI 2005, 614.

⁴⁴⁰ VfSlg 15.724.

⁴⁴¹ VfSlg 16.959.

⁴⁴² EGMR 22. 10. 1984 *Sramek*, EuGRZ 1985, 336; VfSlg 10.639; EGMR 23. 4. 1987 *Ettl*, ÖJZ 1988, 22; 23. 4. 1997 *Stallinger*, ÖJZ 1997, 755; VfSlg 15.668, 15.790, 15.867, 16.334, 17.316.

⁴⁴³ VfSlg 15.507, 15.713, 15.810, 15.997, 16.334, 15.981, VfGH 27. 9. 2005, B 610/05.

⁴⁴⁴ VfSlg 7538, 8317, 8501, 10.639, 10.800, 13.211; vgl auch EGMR *Sramek* (FN 442) und EGMR *Campbell und Fell* (FN 438).

⁴⁴⁵ So *Balthasar*, *migraLex* 2007, 56 ff.

Das Tribunal muss zur Entscheidung sowohl in Sach- als auch in Rechtsfragen berufen sein⁴⁴⁶ und muss daher mit voller Kognitionsbefugnis ausgestattet sein⁴⁴⁷, wobei auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Sanktionen gewährleistet sein muss. Diese Anforderung erfüllt weder die nachprüfende Kontrolle durch den VfGH, noch die durch den VwGH. Ersterer ist bei der Prüfung auf verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte beschränkt. Zweiterer ist grundsätzlich an den von den Verwaltungsbehörden angenommenen Sachverhalt gebunden (§ 41 Abs 1, § 42 Abs 1 Z 3 VwGG). Es mangelt diesen daher grundsätzlich an der Tribunaleigenschaft gem EMRK.⁴⁴⁸ Nach Art 6 EMRK „genügt“ grundsätzlich die Entscheidung eines Tribunals. Mehrere (Tribunals)Instanzen sind jedoch nicht gefordert.⁴⁴⁹

5.4.2.5. Das Faire Verfahren gem EMRK

Was bedeutet ein „fares“ Verfahren?

Der VfGH versteht darunter, dass der Rechtsschutzsuchende seine Rechte effektiv vertreten können muss.⁴⁵⁰ Diesem muss ein Recht auf Akteneinsicht und ein Recht auf Gehör zustehen.⁴⁵¹ Weiters ist das Recht auf Kenntnisnahme von allen Beweisen⁴⁵², das Recht zu strittigen Tatsachen Stellung zu nehmen⁴⁵³ und die Pflicht auf sorgsame Prüfung des Parteivorbringens⁴⁵⁴ davon umfasst. Daraus ist auch das Prinzip der „Waffengleichheit“ abzuleiten, weshalb in der Folge ein kontradiktorisches Verfahren verlangt wird.⁴⁵⁵ Die

⁴⁴⁶ EGMR 17. 12. 1997 Terra Woningen, ÖJZ 1998, 69.

⁴⁴⁷ EGMR Sramek (FN 442); 24. 11. 1994 Beaumartin, ÖJZ 1995, 35; 23. 10. 1995 Gradinger, ÖJZ 1995, 954; 20. 12. 2001 Baischer, ÖJZ 2002, 394; vgl VfSlg 11.500, 12.003, 13.379.

⁴⁴⁸ VwGH 15. 12. 2003, 99/03/0423.

⁴⁴⁹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1543.

⁴⁵⁰ VfSlg 10.291, 13.702.

⁴⁵¹ EGMR 20. 2. 1996 Vermeulen, ÖJZ 1996, 673; 22. 2. 1996 Bulut, ÖJZ 1996, 430; 25. 3. 1998 Belziuk, ÖJZ 1999, 117.

⁴⁵² EGMR 31. 5. 2001 K. S., ÖJZ 2002, 658.

⁴⁵³ EGMR 19. 12. 1991 Kamasinski, ÖJZ 1990, 412; VfSlg 12.649.

⁴⁵⁴ EGMR 19. 4. 1993 Kraska, ÖJZ 1993, 818.

⁴⁵⁵ EGMR 23. 6. 1993 Ruiz – Mateos, ÖJZ 1994, 105; 27. 10. 1993 Dombo Beheer, ÖJZ 1994, 364; 9. 12. 1994 Andreadis, ÖJZ 1995, 432; 24. 11. 1997 Werner, ÖJZ 1998, 233.

Fairness eines Verfahrens wird aber grundsätzlich aufgrund einer **Gesamtbetrachtung** ermittelt.⁴⁵⁶

5.4.2.6. Die öffentlich-mündliche Verhandlung gem EMRK

Muss in Angelegenheiten des Art 6 EMRK stets eine öffentlich-mündliche Verhandlung abgehalten werden? Darf unter gewissen Umständen von einer solchen Verhandlung abgesehen werden?

Eine mündliche Verhandlung vor dem VfGH ist durchzuführen, wenn dies der Beschwerdeführer oder die belangte Behörde bzw die mitbeteiligte Partei fristgerecht beantragt haben (§ 39 Abs 1 VwGG). Für den Beschwerdeführer ist die Frist für die Beschwerdeerhebung (§ 26 VwGG: 6 Wochen), für die belangte Behörde oder die mitbeteiligte Partei die Frist zur Einbringung der Gegenschrift (§ 36 VwGG: längstens 8 Wochen) maßgebend. Die Öffentlichkeit einer solchen Verhandlung wird als Volksöffentlichkeit verstanden.⁴⁵⁷ Diese Verhandlung muss vor dem kognitionsbefugten Tribunal abgehalten werden.⁴⁵⁸ Da Art 6 EMRK unter den gegebenen Umständen eine öffentlich-mündliche Verhandlung gebietet, ist ein Absehen nur dann rechtmäßig, wenn über Rechtsfragen ohne besondere Komplexität oder über in hohem Maße technische Fragen entschieden wird.⁴⁵⁹ Nun kann aber der VfGH gem § 39 Abs 2 Z 6 VwGG von einer mündlichen Verhandlung absehen, wenn die vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine **Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und dem Absehen Art 6 EMRK nicht entgegensteht**.⁴⁶⁰ Diese Bestimmung sollte ursprünglich zur Entlastung des VfGH beitragen. Bei verfassungskonformem Verständnis, lässt sich eine solche

⁴⁵⁶ EGMR 9. 12. 1994 Van de Hurk, ÖJZ 1994, 819; 26. 9. 1996 Mialhe, ÖJZ 1997, 396. VfGH 28. 2. 2006, B 831/05; 28. 2. 2006, B 3248/05.

⁴⁵⁷ EGMR 14. 11. 2000 Riepan, ÖJZ 2001, 357.

⁴⁵⁸ EGMR 22. 5. 1990 Weber, EuGRZ 1990, 265 = ÖJZ 1990, 713; EGMR 24. 11. 1997 Werner, ÖJZ 1998, 233.

⁴⁵⁹ EGMR 5. 9. 2002 Speil, ÖJZ 2003, 117; 20. 11. 2003 Fagel, ÖJZ 2004, 437; 24. 3. 2005 Osinger, ÖJZ 2006, 255; 24. 2. 2005 Birnleitner, Appl 45203/99; 10. 11. 2005 Schelling, ÖJZ 2006, 472; 23. 11. 2006 Jussila, Appl 73053/01; VfGH 23. 6. 2005, B 1478/03; 23. 6. 2005, B 840/03; 12. 6. 2006, B 260/05; VfGH 27. 2. 2006, 2004/10/0016.

⁴⁶⁰ VfGH 29. 11. 2005, B 1456/04.

Entlastung aber nicht feststellen.⁴⁶¹ Denn entscheidet der VwGH oder entscheiden die UVS in Tribunalsform, **muss** einem Antrag auf mündliche Verhandlung stattgegeben werden.⁴⁶²

Zu beachten ist jedoch, dass in der Rechtsmittelinstanz die Verhandlung entfallen kann, wenn der Sachverhalt nicht mehr streitig ist und bereits erstinstanzlich verhandelt wurde.⁴⁶³

Der Mangel in der erstinstanzlichen Verhandlung ist weiters nur dann bedeutungslos, wenn die erstinstanzliche Entscheidung in zweiter Instanz innerhalb einer Verhandlung geprüft wurde.⁴⁶⁴ Die Parteien können auf das Abhalten einer mündlichen Verhandlung aber verzichten⁴⁶⁵, wobei zu beachten ist, dass trotz Verzichts unter Umständen öffentliche Interessen eine mündliche Verhandlung erfordern können.⁴⁶⁶

Der VfGH interpretiert die Vorschrift, wonach eine mündliche Verhandlung vor dem UVS **entfällt**, verfassungskonform, sodass eine Verhandlung stattfinden **kann**.⁴⁶⁷ In § 51e Abs 2 VStG besagt der Wortlaut, dass „die Verhandlung entfällt, wenn

1. der Antrag der Partei oder die Berufung zurückzuweisen ist oder bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Berufung angefochtene Bescheid aufzuheben ist;
2. der Devolutionsantrag zurückzuweisen oder abzuweisen ist.“

ME liegt hier dem Wortlaut aber eben kein Ermessen zugrunde und folgt dies bereits aus Abs 3 und Abs 4 leg cit. Dort wird mit „kann“ ausdrücklich ein Ermessensspielraum normiert und ist dies jedoch in Abs 2 nicht der Fall. Der VfGH überschreitet daher die methodischen Grenzen der Auslegung wenn dieser über den ausdrücklichen Wortlaut der - im Gesamten zu betrachtenden - Norm des § 51e VStG hinweginterpretiert. Hierin kann mE bereits eine „verfassungskonforme Rechtsschöpfung“ erkannt werden.

Nach einhelliger Meinung ist bei unbegründeter Unterlassung der öffentlich-mündlichen Verhandlung die Entscheidung rechtswidrig. Strittigkeit herrscht jedoch bei der Beurteilung dieser Rechtswidrigkeit. Vertreten wird ein wesentlicher Verfahrensmangel genauso

⁴⁶¹ Jabloner, ÖJZ 1994, 330; vgl VfSlg 16.624, 16.894; VfGH 6. 6. 2005, B 1376/03; 23. 6. 2005, B 1478/03; EGMR 9. 11. 2006 Stojakovic, Appl 30003/02.

⁴⁶² Vgl § 39 Abs 2 Z 6 VwGG, § 51e Abs 4 VStG, § 67d Abs 4 AVG; Schneider, ÖJZ 2000, 121.

⁴⁶³ EGMR 29. 10. 1991 Helmers, ÖJZ 1992, 304; 22. 2. 1996 Bulut, ÖJZ 1996, 430; 27. 5. 2005 Yavuz, ÖJZ 2005, 156; VfSlg 15.802; VwGH 18. 1. 1996, 93/15/0154.

⁴⁶⁴ EGMR 14. 11. 2000 Riepan, ÖJZ 2001, 357; VfSlg 15.847.

⁴⁶⁵ EGMR 23. 6. 1981 Le Compte, EuGRZ 1981, 551, 554; 28. 5. 1997 Pauer, ÖJZ 1997, 836.

⁴⁶⁶ EGMR 6. 12. 2001 Petersen, ÖJZ 2003, 114; 20. 11. 2003 Faugel, ÖJZ 2004, 437; VfGH 12. 6. 2006, B 260/05.

⁴⁶⁷ VfSlg 17.413.

wie ein unwesentlicher Verfahrensmangel oder auch ein inhaltlicher Mangel. Dies hat weitreichende Konsequenzen, da gem § 42 VwGG der Bescheid nur bei wesentlichen Verfahrensmängeln zu kassieren ist.⁴⁶⁸

Bei alledem darf nicht übersehen werden, dass die Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung jedoch der „Demokratisierung der Rechtspflege“ dient. Es wird dem Beschwerdeführer die Teilhabe am Rechtsgespräch ermöglicht. Freilich ist etwa der Sinn einer mündlichen Verhandlung vor dem VwGH im Nachprüfungsverfahren durchaus zu hinterfragen. Dies deshalb, weil der VwGH sowieso an den von der Verwaltungsbehörde festgestellten Sachverhalt gebunden ist. Darüber hinaus besteht noch das Neuerungsverbot und hat der VwGH die Entscheidung lediglich zu kassieren. „Was würde hier die Pflicht zur mündlichen Verhandlung noch bewirken, außer einen Kosten- und Verfahrensdaueranstieg?“⁴⁶⁹. Die mündliche Verhandlung könnte in diesem Fall auch Druck auf die Änderung dieser anderen Elemente erzeugen.

Die „Gewährleistungspflicht“ (vgl Art 1 EMRK) bei Menschenrechten kann könnte hier aber als eindeutige Absage an eine solche Sicht dienen. Menschenrechte, wie sie in Art 6 EMRK bestimmt sind, entziehen sich einer Kontrolle auf Nützlichkeit. Der Beitrag einer mündlichen Verhandlung zum Vertrauen in die Rechtsfindung ist daher nicht zu unterschätzen. Rechtsbestimmungen mit dem Tatbestand einer Prognose (arg.: „nicht erwarten lässt“) sind bereits aufgrund des Gesetzmäßigkeitsprinzips (Art 18 Abs 2 B-VG) bedenklich. Diese fördern aber weiters auch die Rechtsunsicherheit, dies vor allem dadurch, dass damit verfassungsgesetzlich gewährte Prozessrechte beschnitten werden.⁴⁷⁰

Berichte aus der Praxis sprechen durchaus für die zwingende Abhaltung einer mündlichen Verhandlung. Eine einheitliche Rechtsfindung sei besonders durch eine mündliche Verhandlung gefördert.⁴⁷¹ Eine grundsätzliche Pflicht zur Abhaltung einer öffentlich-mündlichen Verhandlung in zweiter nachprüfender Instanz wird jedoch auch kritisch gesehen, dies vor allem deshalb, da auch die Meinung vertreten wird, „dass der Verwaltungsgerichtshof nicht jenes Gericht sein kann, das in jedem Verfahren eine mündliche Verhandlung [...] durchführen kann, ganz abgesehen davon, dass der VwGH ja von Anfang an als Revisionsinstanz konzipiert war und nicht als Tatsacheninstanz, die er zu keinem Zeitpunkt

⁴⁶⁸ MaW Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ 518.

⁴⁶⁹ So Jabloner, RZ 1997, 259.

⁴⁷⁰ Vgl auch Kobzina, in ÖJZ 1990, 67.

⁴⁷¹ Barfuß, ÖJZ 1985, 398.

war“.⁴⁷² Abgesehen vom Grundgedanken, dass der VwGH nicht als Tatsacheninstanz zu erkennen habe, hat unter anderem – wie eingangs bereits erwähnt – der Beschwerdeführer ein Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem VwGH und kann dieser die Durchführung fristgerecht beantragen. In der Praxis wird eine solche mündliche Verhandlung aber wohl nur dann beantragt, wenn die Rechtssache, welche an den VwGH mittels Beschwerde herangetragen wurde, einen rechtlich und/oder sachlich komplexen Inhalt aufweisen wird.

5.4.2.7. Angemessene Verfahrensfrist gem Art 6 EMRK

Art 6 EMRK verlangt weiters die Entscheidung binnen angemessener Frist:

„Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer **angemessenen Frist** gehört wird und zwar von einem [...] Gericht, das [...] zu entscheiden hat“.

Hiermit wird die „Wirksamkeit“ des Rechtsschutzes verkörpert.⁴⁷³ Bei Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensfrist wird jeweils auf den Einzelfall abgestellt. Nur die Verschleppung aufgrund von Versäumnissen staatlicher Organe führt zur Verletzung dieses Gebotes.⁴⁷⁴ In Angelegenheiten im Bereich der „civil rights“ beginnt diese Frist regelmäßig mit der Klagserhebung und im Strafverfahren ab Kenntniserlangung von der Untersuchung durch den Beschuldigten zu laufen.⁴⁷⁵ Es besteht aber die Pflicht des Beschuldigten alle wirksamen Rechtsbehelfe gegen die Säumnis zu ergreifen.⁴⁷⁶ Für den VfGH ist eine fünf Jahre übersteigende Verfahrensdauer zumeist unangemessen lange.⁴⁷⁷ Eine Dauer

⁴⁷² Vgl die Stellungnahme der RAK Vorarlberg zur Bundesstaatsreform, siehe *Mayer*, AnwBl 1994, 494. Vgl idZ auch *Olechowski*, ÖJZ 1999, 581 ff. und die (kurzen) Perioden, in denen der VwGH die reformatorische Kognitionsbefugnis besaß, diese aber mangels umfassender Bestimmungsanpassungen nie vollständig ausüben konnte.

⁴⁷³ Vgl EGMR 27. 6. 1968 Neumeister, EuGRZ 1975, 393; 28. 6. 1978 König, EuGRZ 1978, 406; EKMR 5. 12. 1978 Karrer, EuGRZ 1979, 346; EGMR 28. 3. 1990 B. gegen Österreich, ÖJZ 1990, 482.

⁴⁷⁴ Vgl EGMR 11. 7. 2002 H. E., ÖJZ 2003, 433; VfSlg 17.307; VfGH 16. 6. 2005, B 1219/04; 30. 9. 2005, B 1741/03; 12. 10. 2005, B 532/05, 6. 6. 2006, B 3593/05.

⁴⁷⁵ EGMR 15. 7. 1982 Eckle, EuGRZ 1983, 371; 26. 3. 1992 Éditions Périscope, ÖJZ 1992, 771; VfSlg 16.268, 16.385, 16.436; VfGH 6. 6. 2006, B 3593/05.

⁴⁷⁶ EGMR 30. 1. 2001 Holzinger I und II, ÖJZ 2001, 478 und 479; 25. 9. 2001 Strasser, ÖJZ 2002, 37; 2. 10. 2003 Hennig, ÖJZ 2004, 314.

⁴⁷⁷ VfSlg 16.385, 17.307; VfGH 16. 6. 2005, B 1219/04.

von 3 Jahren hält der VwGH jedoch regelmäßig für angemessen.⁴⁷⁸ Art 6 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, eine Organisation der Gerichtsbarkeit zu installieren, welche diesen Anforderungen auch gerecht wird.⁴⁷⁹ Von diesem Gebot ist aber auch das Disziplinarrecht der Selbstverwaltung umfasst.⁴⁸⁰ Eine unangemessene Verfahrensdauer aufgrund einer ständigen Überlastung der Gerichte führt zu einer Verletzung des Art 6 EMRK.⁴⁸¹

5.5. Die Kognitionsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte

5.5.1. Die EMRK und die Kassationsbefugnis

5.5.1.1. Wirksamkeit der Kassation

War in den achtziger und neunziger Jahren die hL noch davon überzeugt, dass eine kassatorische Kognitionsbefugnis den Anforderungen an Art 6 EMRK nicht entspricht, wurde dies in der Folge durch die Jud widerlegt.⁴⁸² Es ist somit nicht stets erforderlich, dass ein Gericht in der Sache selbst entscheidet, um Art 6 EMRK zu entsprechen. Bei gleichwertiger Wirksamkeit der „gerichtlichen“ Entscheidung kann eine schlichte Aufhebung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung ausreichend sein. Solch eine Gleichwertigkeit kann dann gegeben sein, wenn durch die Kassation die verwaltungsbehördliche Entscheidung unwirksam wird. Weiters muss die Vorinstanz umfassend an die „gerichtliche“ Entscheidung gebunden sein und diese Bindung muss auf dem Rechtswege geltend gemacht werden können. § 63 Abs 1 VwGG lautet:

„Wenn der VwGH einer Beschwerde gem Art 131 B-VG stattgegeben hat, sind die Verwaltungsbehörden verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen“.

⁴⁷⁸ VfSlg 16.268, 16.436.

⁴⁷⁹ Vgl EGMR 26. 10. 2000 Kudla, ÖJZ 2001, 904; 3. 10. 2000 Löffler, ÖJZ 2001, 234.

⁴⁸⁰ EGMR 12. 6. 2003 Malek, ÖJZ 2003, 855.

⁴⁸¹ EGMR 14. 7. 1997 Pammel, ÖJZ 1998, 316; 27. 7. 2000 Klein, NJW 2001, 213; 2. 10. 2003 Hennig, ÖJZ 2004, 314.

⁴⁸² Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren (2005) 553; Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit 380.

Legt man den § 63 VwGG verfassungskonform aus, wird dieser Wirksamkeitsanforderung entsprochen. Die kassatorische Befugnis des Verwaltungsgerichtshofes ist (im Randbereich!) demnach EMRK-konform.⁴⁸³ Freilich wird zu Recht darauf hingewiesen, dass über diesen Fällen, in welchen die kassatorische Entscheidungsbefugnis des VwGH (noch!) als konventionskonform erachtet wird, das „Damoklesschwert der Konventionswidrigkeit“⁴⁸⁴ schwebt. Die evolutive Rsp des EGMR macht es mE beinahe unprognostizierbar, welche weiteren Ansprüche öffentlichen Rechts in naher Zukunft unter den Begriff „civil rights“ subsumiert werden könnten.⁴⁸⁵ Außerdem prüft der EGMR in einer differenzierenden Vorgehensweise, ob die Entscheidungsbefugnis des VwGH zur Prüfung der eingehenden Beschwerden „Punkt für Punkt“ ausreicht.⁴⁸⁶ Es kommt also nicht nur darauf an, dass der VwGH „pauschal“ gesehen die nötige Kognitionsbefugnis besitzt, sondern es muss immer auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden.

5.5.1.2. Die Kassation unter Beachtung der „strafrechtlichen Anklage“ gem EMRK

In den Angelegenheiten der „strafrechtlichen Anklage“ wird aber nicht differenziert, wie dies in den Angelegenheiten der „civil rights“ getan wird. Hier wird die volle Kognitionsbefugnis verlangt. Daher muss das Gericht die vollständige Sach- und Rechtsfragenlage selbst beurteilen können. Art 5 Abs 1 lit a EMRK spricht von „Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“, wenn es das Recht auf persönliche Freiheit taxativ beschränkt. Diese Ansicht wird bekräftigt, wenn man Art 6 Abs 2 EMRK liest, der die Unschuldsvermutung normiert: „...bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld...“. Die Zuständigkeit eines nur zur Kassation befugten „Gerichts“ ist in (Verwaltungs)Strafsachen deshalb nicht EMRK-konform.

Wenig sinnvoll erachte ich den Vorschlag bei den erstinstanzlichen Administrativbehörden „weisungsfreie Strafbeamte“, deren Aufgaben auf Verwaltungsstrafverfahren konzentriert

⁴⁸³ MaW *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit 396 ff., 411 ff.

⁴⁸⁴ *Handstanger*, RZ 2007, 164.

⁴⁸⁵ Ähnlich *Schreiner*, in: *Schäffer (Hrsg)*, Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Koja (1995) 443.

⁴⁸⁶ EGMR 21. 9. 1993, Zumtobel, Nr 28/1992/373/447 und EGMR 26. 4. 1995, Fischer, Nr 52/1993/447/526; Vgl *Jablonek*, RZ 1997, 259.

sind, zu installieren.⁴⁸⁷ Damit sollte demnach die grundsätzlich kassatorische Entscheidungsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte gewährleistet werden. Dieser Strafbeamte würde als „Erst- oder Schnellschlichter“ unter Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften wie bei den UVS tätig werden. Die Motivation eines solchen Vorschlages ist vor allem, dass die Bagatellfälle vor den derzeitigen UVS von den möglichen Landesverwaltungsgerichten „ferngehalten“ werden könnten. Damit sollte eine Entlastung von 50 bis 70 Prozent der eventuellen Landesverwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen herbeigeführt werden. Außerdem wird dafür ins Treffen geführt, dass dieser per Landesverfassungsgesetz weisungsfrei gestellte Strafbeamte eine intensivere Kontaktaufnahme zum Bürger gewährleisten könnte. ME wäre bei dieser Konzeption eine wirkliche Einflussnahme der Verwaltungsbehörden auf den Strafbeamten nicht ausgeschlossen. Immerhin wäre dieser Strafbeamte auf die volle organisatorische Einrichtung der ihm zugeteilten Verwaltungsbehörde angewiesen. Der Strafbeamte würde sich sowohl die Sacheinrichtung als auch teilweise das Personal mit der restlichen weisungsgebundenen Verwaltungsbehörde teilen, was meiner Meinung nach unweigerlich eine Interdependenz des formell „weisungsfreien Strafbeamten“ zur Folge hätte.

5.5.2. Verfahrensverzögerung durch Kassation

Auch wenn die Anforderungen des Art 6 EMRK an eine „angemessene Frist“ einer kassatorischen Entscheidungsbefugnis nicht grundsätzlich entgegenstehen, ist trotzdem zu beachten, dass de lege lata manche spezielle Bestimmungen den Verwaltungsverfahrensgang und damit die Verfahrensdauer massiv verlängern.

5.5.2.1. Vorstellung in der kommunalen Selbstverwaltung

Eine wesentliche Verfassungsbestimmung in diesem Sinne ist Art 119a B-VG. So ist nach Art 119a Abs 5 B-VG im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde (vgl Art 118 Abs 4 B-VG) die Vorstellung an die Aufsichtsbehörde geregelt:

„Wer durch einen Bescheid eines Gemeindeorgans in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, kann nach Erschöpfung des

⁴⁸⁷ Siehe *Grof*, *juridikum* 2008, 22; *derselbe*, in *UVSaktuell* 2006, 163.

Instanzenzuges innerhalb von 2 Wochen nach Erlassung des Bescheides dagegen Vorstellung bei der Aufsichtsbehörde erheben“.

Aufsichtsbehörde ist in Angelegenheiten der Bundesvollziehung der Bund und in Angelegenheiten der Landesvollziehung das Land. Bei dieser Vorstellungsbehörde muss es sich um eine „Behörde der allgemeinen staatlichen Verwaltung“ handeln (vgl Art 119a Abs 3 B-VG). Bei „Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung“ handelt es sich grundsätzlich um die BVB, um die LH und um die LReg.⁴⁸⁸ Für den Bund normiert § 3 Abs 1 Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz, dass Aufsichtsbehörde der Landeshauptmann ist. Aber sofern im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen, kann dieser grundsätzlich durch Verordnung die BH allgemein oder für bestimmte Angelegenheiten zur Ausübung des Aufsichtsrechtes über Gemeinden ermächtigen. Diese Ermächtigung ermöglicht aber keinen weiteren Instanzenzug. Die Ermächtigung ist eine mandatsweise Betrauung und daher lautet die Entscheidung der Aufsichtsbehörde im Namen des LH.⁴⁸⁹ Für das Land gilt die jeweilige Gemeindeordnung, die entweder nur die BH⁴⁹⁰ oder die LReg⁴⁹¹ als Aufsichtsbehörde vorsehen, oder aber auch zum Teil die BH und die LReg⁴⁹². Die LReg ist im Falle ihrer Zuständigkeit manchmal auch zur mandatsweisen Ermächtigung der BH kompetent.⁴⁹³ Falls in Statutarstädten die Vorstellung nicht einfachgesetzlich ausgeschlossen ist (vgl Art 119a Abs 5 B-VG), gilt dasselbe auch für Gemeindeverbände⁴⁹⁴.

Um die Autonomie der kommunalen Selbstverwaltung zu erhalten, ist die Vorstellungsbehörde aber nur zur Kassation des Bescheides ermächtigt (vgl 119a Abs 5 B-VG) und daher hat diese die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die zuständige Gemeindebehörde zurückzuverweisen.

Das Argument der Gemeindeautonomie wird auch bei Konzepten möglicher Landesverwaltungsgerichte schlagend. Ließe man nun die Einrichtung der Vorstellung als Aufsichtsmittel bestehen und die Landesverwaltungsgerichte danach darüber entscheiden, würde dies nicht nur als „systemfremd“⁴⁹⁵ kritisiert, sondern mE das Verwaltungsverfahren

⁴⁸⁸ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 394.

⁴⁸⁹ § 12 Abs 4 Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² Rz 394.

⁴⁹⁰ § 79 Burgenländische GemO: Bürgermeister; § 115 Abs 1 Tiroler GemO: BH.

⁴⁹¹ § 83 Abs 1 Sbg GemO.

⁴⁹² § 86 Abs 1 NÖ GemO.

⁴⁹³ Vgl § 86 Abs 2 NÖ GemO; § 83 Abs 2 Sbg GemO.

⁴⁹⁴ Vgl § 1 Abs 4 Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz.

⁴⁹⁵ So auch *Grabenwarter*, JRP 1998, 272.

auch ungebührlich verlängern. Denn um die Gemeindeautonomie nicht zu beschneiden, könnte von vornherein nur eine kassatorische Entscheidungsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte in Angelegenheiten des eWb der Gemeinden in Frage kommen.⁴⁹⁶ Diese Aufhebungsbefugnis würde aber wiederum zu einer Zurückverweisung an die zuständige Gemeindebehörde zur Bescheiderlassung führen. In Zusammenschau mit der Vorstellung wäre dadurch nur ein zusätzlicher Instanzenzug eingerichtet, welcher funktionell die Entscheidung weiter hinauszögern würde.⁴⁹⁷ ME müsste über die Abschaffung der Vorstellung durchaus diskutiert werden können, da ja bereits de lege lata gem Art 119a Abs 5 B-VG die Vorstellung in Städten mit eigenem Statut ausgeschlossen werden kann.⁴⁹⁸ Weiters wäre bei lediglich kassierenden Landesverwaltungsgerichten zu beachten, dass die Entscheidung nur auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides abstellen würde. Nachträgliche Änderungen in Folge eines verlängerten Verfahrens sind aber durchaus keine Seltenheit, würden aber bei der Entscheidung ausgeklammert.⁴⁹⁹

Um der unnötigen Instanzenverlängerung und der damit einhergehenden Problematik zu entgehen, müsste man mE den Aufsichtsbehelf der Vorstellung verfassungsgesetzlich komplett streichen.⁵⁰⁰ Die möglichen Landesverwaltungsgerichte wären somit anstelle der Vorstellungsbehörde zur - kassierenden oder reformatorischen - Entscheidung kompetent. IdZ erscheint es mir zweckmäßig auch in Angelegenheiten des eWb der Gemeinde verfassungsgesetzlich nur eine Administrativbehörde festzusetzen.⁵⁰¹ Eine verfassungsrechtliche Option für den einfachen Gesetzgeber zur Installation einer zweiten Administrativinstanz im eWb der Gemeinde erachte ich jedoch aus gemeindeautonomen Blickwinkel sinnvoll. Denn dadurch, dass eine verwaltungsbehördliche Berufungsinstanz in den Angelegenheiten des eWb der Gemeinde eingerichtet würde, könnte einer gewissen „Unbill“ zugekommen werden. Diese Unbill würde darin zu Tage treten, dass jeder Bescheid der erstinstanzlichen Gemeindebehörde nur mehr beim zuständigen Landesverwaltungsgericht angefoch-

⁴⁹⁶ Vgl die Kritik an einem etwaigen Reformationsmodell in ENDB/K Teil 5b, 13 f auf www.konvent.gv.at. AA Pichler, ÖJZ 1994, 627; derselbe, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 106.

⁴⁹⁷ IdZ übt Kobzina Kritik an den UVS, in JBl 1993, 212 f.

⁴⁹⁸ Grabenwarter aaO.

⁴⁹⁹ Siehe die Vorwürfe des EGMR, 31. 10. 2002, Yildiz, Nr 37295/97 Rz 35.

⁵⁰⁰ Vgl den Wegfall der Vorstellung in den Erläuterungen zu Z 29 und Z 30 in 94/ME 23. GP 14 auf www.parlinkom.gv.at. AA Grof, in Erläuterungen zu Art I Z 3, in ÖJZ 2001, 206.

⁵⁰¹ Vgl Art 130 Abs 4 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

ten werden könnte, was den Rechtsschutz für den (Gemeinde)Bürger vielleicht doch ein bißchen zu verkompliziert und den beschwerten Bürger von Recht abhalten könnte.

Die möglichen Landesverwaltungsgerichte in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsgebietes der Gemeinden lediglich zu einer Art „Feststellungsentscheidung“ zu berufen, welche aber keiner Zwangsvollstreckung zugänglich wäre, hielte ich für eine äußerst kompromissbereite Konzeption gegenüber der Gemeindeautonomie.⁵⁰² Die Autonomie der Gemeinden würde aber mE auch durch eine (rücksichtsvolle) Ermächtigung möglicher Landesverwaltungsgerichte zur Entscheidung in der Sache⁵⁰³ nicht beeinträchtigt, weshalb es meiner Meinung nach nicht notwendig erscheint, eine neuartige Konzeption, wie die einer „Feststellungserklärung“, in das österreichische Verwaltungsrechtssystem einzuführen.

5.5.3. Die Ermessenskontrolle

Ermessensentscheidungen sind dadurch charakterisiert, dass deren Inhalt nicht (exakt) vorausbestimmt ist, mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zugelassen und alle diese möglichen Entscheidungen gesetzmäßig sind. Die möglichen Landesverwaltungsgerichte hätten demnach zu prüfen, ob in der verwaltungsbehördlichen Entscheidung eine Überschreitung oder ein Missbrauch dieses Spielraums liegt.⁵⁰⁴ Dieses statische Abstellen auf die bereits ergangene verwaltungsbehördliche Entscheidung, lässt es mE auch nicht zu, dass wie im deutschen Recht eine nachträgliche Änderung der Ermessenserwägung möglich sein kann (§ 114 Satz 2 dt VwGO). Demnach kann die Verwaltungsbehörde auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Ermessenserwägungen ändern, solange keine „Wesensänderung“⁵⁰⁵ eintritt. Aber nicht nur das statische Abstellen auf die bereits erfolgte Entscheidung, sondern auch die „Unabänderlichkeit“ sprechen mE gegen eine solche Regelung. Diese Unabänderlichkeit wird oft mit dem in der Lehre entwickelten Begriff der „materiellen Rechtskraft“ gleichgesetzt.⁵⁰⁶ Abgesehen davon müsste man mE die Frage stellen, ob die Verwaltungsbehörde zum Nachschieben von Ermessenserwägungen überhaupt noch zuständig wäre, wenn das verwaltungsgerichtliche Verfahren bereits in Gang gesetzt wur-

⁵⁰² Vgl Erläuterungen zu Art I Z 5 bei *Grof*, ÖJZ 2001, 206.

⁵⁰³ Mehr dazu unter Punkt 5.5.4.1.

⁵⁰⁴ Vgl VwSlgNF 196 A; VwGH 14. 6. 1976, 0115/76.

⁵⁰⁵ Vgl *Fliegauf/Blüm*, dt AnwBl 3/98, 133.

⁵⁰⁶ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 230.

de. ME besteht hier aber eine klare Unzuständigkeit, weshalb ein „Nachschieben“ von Ermessenserwägungen durch die nicht mehr zuständige Behörde nicht möglich erscheint.

5.5.4. Die Entscheidung „in der Sache“

Die grundsätzlich anders geartete Variante zur kassatorischen Kognitionsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte wäre die Befugnis zur Entscheidung in der Sache selbst.⁵⁰⁷ Mit dieser reformatorischen Kognitionsbefugnis gehen aber auch ein erhöhter Ermittlungsaufwand und ein erhöhter Ressourcenbedarf einher, da ein mögliches Landesverwaltungsgericht grundsätzlich den maßgeblichen Sachverhalt selbst zu ermitteln und die Parteien selbst zu hören hätte. Mit dem „Mehr“ an Entscheidung geht somit auch ein „Mehr“ an Arbeit einher. Kassieren lässt es sich idR schneller, als mühsam zu ermitteln, zu schichten und dann begründet zu entscheiden.⁵⁰⁸ Nicht zu übersehen ist weiters, dass die Verwaltung möglicherweise dazu verleitet wäre, oberflächlicher zu arbeiten und somit schwierige oder komplizierte Angelegenheiten an die Verwaltungsgerichte zu „übertragen“. Diese Gefahr ist ua auch in der bis dato engen Auslegung des § 66 Abs 2 AVG durch den VwGH begründet, nach dieser eine Zurückweisung vom UVS an die Verwaltungsbehörde nur selten der Fall ist.⁵⁰⁹ Unrichtig ist, weil zu pauschal, ist mE die Behauptung, dass „die reformatorische Entscheidungsbefugnis [...] zu einer stufenweisen Höhverlagerung der Aufgaben führt, bis auch die Kapazitäten dieser Organe erschöpft“⁵¹⁰ sind. Tatsache ist, dass reformationsbefugte Landesverwaltungsgerichte als jeweils im Lande zentralisierte Behörden iwS gegenüber den derzeit im Lande dezentralisierten Verwaltungsbehörden ein weitaus gewaltigerer Ermittlungsaufwand treffen würde. Dass das „nicht-justizielle“ Ver-

⁵⁰⁷ Die Reformatorik ist nicht europäischer Standard, mwN *Grabenwarter*, JRP 1998, 280.

⁵⁰⁸ Vgl *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 105.

⁵⁰⁹ Siehe *Merli* in *Holoubek/Lang* 74. *Merli* schlägt eine verfassungsrechtliche Ermächtigung möglicher Verwaltungsgerichte vor, wonach diese die Rechtssache an die Verwaltungsbehörden dann zurückverweisen dürften, wenn die Verwaltungsbehörden „wesentliche Ermittlungen in großem Umfang unterlassen“ haben. ME fraglich ist, ob es dem Rechtsschutz dienlich sein kann, wenn die Rechtssache neuerdings vor der „desinteressierten“ Verwaltungsbehörde zur Entscheidungsfindung landet. Hier würde eine Entlastung der Verwaltungsgerichte zu Lasten des Rechtsschutzes erfolgen!

⁵¹⁰ *Grof*, *juridikum* 2008, 22.

fahren vor den Verwaltungsbehörden dagegen eine schnellere Entscheidungsfindung gewähre, ist fraglich.⁵¹¹

5.5.4.1. Parameter für eine reformatorische Entscheidungsbefugnis

Aus diesem Grunde sollte darüber nachgedacht werden, wann eine reformatorische Entscheidungsbefugnis für mögliche Landesverwaltungsgerichte überhaupt sinnvoll wäre.⁵¹² ME besteht die Möglichkeit diese Voraussetzungen per Verfassungsgesetz näher zu definieren. Bei der Normierung solcher Voraussetzungen könnte sich der Verfassungsgesetzgeber am § 66 AVG orientieren.⁵¹³ Vorweg normiert § 66 Abs 1 AVG, dass die Berufsbehörde die notwendigen Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens von „einer im Instanzenzug untergeordneten Behörde“ durchführen lassen oder selbst vornehmen kann. Ein mögliches Landesverwaltungsgericht könnte somit die bereits erstinstanzlich tätig gewordene Administrativinstanz zur Ermittlungsergänzung heranziehen oder aber die Ergänzung selbst vornehmen. Dabei wäre mE festzuhalten, dass eine solche Ergänzung nicht unbedingt in einer mündlichen Verhandlung erfolgen muss.⁵¹⁴ Im Anwendungsbereich des Art 6 EMRK wäre eine solche jedoch zwingend. Wäre aber der Sachverhalt so mangelhaft, dass die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erschiene, könnte das mögliche Landesverwaltungsgericht den Bescheid kassieren und die Sache an die Administrativinstanz zurückverweisen. Diese hätte dann neuerlich zu ermitteln und daraufhin zu entscheiden (vgl Abs 2 leg cit). Das mögliche Landesverwaltungsgericht könnte meiner Meinung nach weiters verfassungsgesetzlich ermächtigt werden Richtlinienvorgaben für die Administrativbehörde zu erlassen, wodurch diese bei der Ermittlung und Entscheidungsfindung gebunden würde.⁵¹⁵

Ein mögliches Landesverwaltungsgericht sollte aber dann zur Entscheidung in der Sache selbst berufen sein, wenn der maßgebliche Sachverhalt bereits feststeht oder die Feststel-

⁵¹¹ So aber *Grabenwarter*, JRP 1998, 279 f.

⁵¹² Bejahend, Präsidium des VwGH, in 11/SN-94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at; Art 130 Abs 4 bei *Kostelka*, in 53/GRUND-K 3 aaO. Vgl Erläuterungen zu Art I Z 3 (Art 129a Abs 4) bei *Pernthaler/Rath-Kathrein*, JBl 1989, 613.

⁵¹³ So auch *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 105.

⁵¹⁴ Vgl Erläuterungen zu Z 36 (Art 130) in 94/ME 23. GP 15.

⁵¹⁵ So auch Erläuterungen zu Art I Z 3 bei *Grof*, ÖJZ 2001, 206. Vgl die Richtlinien der Komitatgerichte in Ungarn, *Moritz*, ZUV 2003, 7.

lung des maßgeblichen Sachverhaltes durch diese selbst im Interesse der Verfahrensökonomie (vgl § 39 AVG: Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis) steht.⁵¹⁶ Sind diese Parameter der Verfahrensökonomie mehrheitlich gegeben, sollte das mögliche Landesverwaltungsgericht aber nicht zwingend reformatorisch entscheiden müssen. Das mögliche Landesverwaltungsgericht hätte mE jedoch eine schlüssige Begründung anzuführen, warum dies nicht in der Sache entscheidet sondern lediglich kassiert.⁵¹⁷ Andererseits sollte einem möglichen Landesverwaltungsgerichte trotz Nichtvorliegens der genannten verfahrensökonomischen Voraussetzungen ein Ermessen in der Entscheidung, ob dies aufhebt und zurückverweist, zukommen.⁵¹⁸ Die Reformatorik als Maxime oder gar als zwingend⁵¹⁹ anzusehen, wäre mE die unrichtige Ausgangshaltung. ME sollte ein mögliches Landesverwaltungsgericht im erwähnten verfassungsgesetzlichen Rahmen einen gewissen Spielraum bei der Entscheidung über dessen Handeln haben. Eine fortführende Möglichkeit wäre es auch den Materiengesetzgeber zu ermächtigen, in gewissen Grenzen die Kassationsmöglichkeiten enger zu gestalten.⁵²⁰ So könnte mE der einfache Gesetzgeber ermächtigt werden, dass dieser die Kassationsmöglichkeit durch das mögliche Landesverwaltungsgericht derart einschränkt, dass dieser deren Vorgehen dabei ähnlich wie in § 42 Abs 4 VwGG regelt. So könnte einfachgesetzlich normiert werden, dass ein mögliches Landesverwaltungsgericht unter gegebenen Bedingungen zwar kassieren dürfte, im Voraus jedoch entscheidende Rechtsfragen zu beantworten hätte.

Wie im verwaltungsrechtlichen Berufungsverfahren sollte mE ein mögliches Landesverwaltungsgericht ermächtigt werden, neue Beweismittel zu berücksichtigen. Es sollte daher kein Neuerungsverbot bei einer Entscheidung in der Sache gelten. Soweit also das mögliche Landesverwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden hätte, wäre es zweckmäßig, wenn der maßgeblichen Zeitpunkt für die Entscheidung jener ist, in dem das Landesverwaltungsgericht dessen Entscheidung zu treffen hätte. Damit würde auch dem Bestre-

⁵¹⁶ Vgl § 66 Abs 3 AVG; Ähnlich auch Art 130 Abs 3 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at; Art 130 Abs 4 im BKA-Entwurf, in 54/GRUND-K aaO. Vgl auch die Stellungnahme der Salzburger LReg in 78/SN-94/ME 8 aaO.

⁵¹⁷ Vgl aber Erläuterungen zu Art 130 in 94/ME 23. GP 3 aaO.

⁵¹⁸ Ähnlich *Pabel*, JRP 2007, 291 iZm mit Art 130 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

⁵¹⁹ So aber § 66 Abs 4 AVG; VwGH 27. 1. 1995, 94/02/0383.

⁵²⁰ So *Pabel* aaO.

ben nach erhöhter Prozessökonomie und der angepeilten Kostenreduzierung Rechnung getragen.⁵²¹

Ein Verbot der „reformatio in peius“, also das Verbot der Abänderung der Entscheidung zum Nachteil des Beschuldigten, sollte mE daher nur dann gelten, wenn im Verwaltungsstrafverfahren der Beschuldigte Beschwerde an das mögliche Landesverwaltungsgericht erhoben hat bzw Beschwerde zu seinen Gunsten⁵²² erhoben wurde. Wurde aber von einer anderen Partei Beschwerde eingebracht, dann müsste mE eine Strafverschärfung möglich sein (vgl § 51 Abs 6 VStG).⁵²³ Außerhalb des Verwaltungsstrafverfahrens sollte aber eine Änderung der angefochtenen Entscheidung zu Lasten des Beschwerdeführers auch bei vom Rechtsunterworfenen erhobener Beschwerde zulässig sein, da mE zum Verschlechterungsverbot, als ausdrücklich im Strafverfahren allgemein anerkannten Grundsatz⁵²⁴, keine dogmatische Brücke ins Verwaltungsverfahren geschlagen werden kann.

5.5.4.2. Ein mögliches Vorentscheidungsrecht der Administrativbehörde

Im verwaltungsbehördlichen Verfahren kann die bescheiderlassende Verwaltungsbehörde nach § 64a AVG die Berufung binnen 2 Monaten nach Einlangen bei der Behörde erster Instanz durch Berufungsvorentscheidung erledigen. Die bescheiderlassende Verwaltungsbehörde kann nach notwendigen Ergänzungen die Berufung zurückweisen, den Bescheid aufheben oder diesen in jede Richtung hin abändern (Abs 1 leg cit). Binnen zwei Wochen nach Zustellung der Berufungsvorentscheidung, kann die Partei einen Vorlageantrag bei der Verwaltungsbehörde stellen, damit die Berufungsbehörde über die Angelegenheit entscheidet (Abs 2 leg cit). Die Berufungsvorentscheidung tritt damit außer Kraft (Abs 3 leg cit). Solange die Frist von 2 Monaten noch nicht verstrichen ist und die Berufung nicht vorgelegt bzw die Vorlage nicht beantragt wurde, bleibt die Berufungsbehörde unzuständig.⁵²⁵ Ähnliches hält der Ministerialentwurf 94/ME 23. GP in seinem Art 130 Abs 5 Z 2 fest. Dort wird nämlich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen, wo aufgrund einer Rechtsmittelergreifung von der Verwaltungsbehörde noch einmal über den Bescheid abzusprechen ist. Der Entwurf möchte ein mögliches remonstratives (nicht auf-

⁵²¹ Vgl die Stellungnahme des UFS in 32/SN-94/ME 23. GP 10 auf www.parlinkom.gv.at.

⁵²² Wenn zB der gesetzliche Vertreter zugunsten eines Jugendlichen Beschwerde erhoben hat.

⁵²³ Vgl VwGH 5. 4. 2006, 2005/09/0012 ua.

⁵²⁴ VwGH 6. 9. 1949, 1515/48.

⁵²⁵ Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ 260.

steigendes) Rechtsmittel aber im Verfahrensgesetz regeln.⁵²⁶ Würde eine solche Regelung in den Verfahrensgesetzen vorgenommen, könnte die Administrativbehörde innerhalb einer bestimmten Frist den Bescheid aufheben oder auch neue Tatsachen ermitteln und den Bescheid zu Lasten des Beschwerdeführers abändern.⁵²⁷ Der Beschwerdeführer würde hier uU den Vorteil einer neuerlichen Ermessenentscheidung erlangen, was mE möglichen Landesverwaltungsgerichten aber verwehrt wäre, da diese in Ermessenssachen mE nur kassatorisch⁵²⁸ entscheiden dürften. Eine ähnliche verfassungsrechtliche Gestaltungsoption für den Verfahrensgesetzgeber wäre mE vielleicht in den ersten Jahren nach der Einführung möglicher Landesverwaltungsgerichte zur Teilentlastung förderlich. Die Einbeziehung einer Art „Beschwerdevorentscheidung“ ist mE aber im Systementwurf einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit nicht nötig, weil auf „kurze und direkte“ Beschwerdewege geachtet werden sollte. Ebenso als einer beabsichtigten Verwaltungswegkürzung widerstehend erachte ich ein vom Materiengesetzgeber festzusetzendes Berufungsvorentscheidungsrecht bei der LReg bzw dem LH als „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“.⁵²⁹ Dem Beschwerdeführer sollte meiner Meinung nach das Gefühl vermittelt werden, dass in der ersten Entscheidung Willkür geübt wurde und die Entscheidung erst durch die „Beschwerdeandrohung“ richtig gestellt werden könnte.

5.5.4.3. Kein Widerspruchsrecht für die Verwaltungsbehörde

§ 67h AVG normiert im Berufungsverfahren vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern eine Einschränkung der reformatorischen Entscheidungsbefugnis (§ 66 Abs 4 AVG). Die UVS dürfen nur dann reformatorisch entscheiden, wenn die belangte Verwaltungsbehörde „dem nicht bei der Vorlage der Berufung unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht“ (Abs 1 leg cit). Liegt ein solcher Widerspruch vor, dann dürfen die UVS lediglich kassieren (Abs 2 leg cit). Wenn die UVS gem Art 129 B-VG zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung berufen sind, dann erscheint es fragwürdig, wenn die Entscheidungsbefugnis der UVS durch die von diesen selbst kontrollierten Verwaltungsorga-

⁵²⁶ Vgl Erläuterungen zu Z 36 (Art 130) in 94/ME 23. GP 16 aaO.

⁵²⁷ Thienel aaO 261. Zustimmend Pabel, JRP 2007, 294.

⁵²⁸ Stichwort: Verwaltungskontrolle, und nicht Verwaltungsführung.

⁵²⁹ AA Jabloner, ÖJZ 1994, 337.

nen beschränkt werden können.⁵³⁰ *Muzak*⁵³¹ merkt dazu kritisch an, dass die kontrollierte Instanz durch die Widerspruchserhebung verhindern kann, dass die kontrollierende Instanz in der Sache, also reformatorisch entscheidet sowie, dass die kontrollierte Instanz durch die Erhebung des Widerspruchs verhindern kann, dass die kontrollierende Instanz die erstinstanzliche Entscheidung auf Ermessensfehler überprüft (vgl § 67h AVG). Dieser Kritik ist beizupflichten, insb wenn *Muzak* für seine Ansicht das VfGH-Erkenntnis vom 10. 3. 2000⁵³² ins Treffen führt. Mit diesem Erkenntnis wurden die die Weisungsgebundenheit des Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes gegenüber dem Bundeskanzler begründenden Vorschriften des VwGG bezüglich Angelegenheiten des Personals wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben. Diese Normen im VwGG widersprachen laut VfGH dem verfassungsmäßig festgelegten Kontrollsystem des B-VG betreffend die öffentliche Verwaltung. Solch verfassungsmäßig installierte Kontrollorgane der öffentlichen Verwaltung iSd Art 129 ff. B-VG sind aber auch die UVS, weshalb das Widerspruchsrecht in § 67h äußerst kritisch zu hinterfragen ist.⁵³³

Äußerst fraglich erscheint es, ob das Widerspruchsrecht in § 67h AVG als Wahrung des Machteinflusses der Verwaltung angesehen werden kann. Demnach sollte dies die Entschädigung dafür darstellen, dass durch das Verwaltungsreformgesetz 2001 die Verwaltung in manchen Zuständigkeitsbereichen zurückgedrängt wurde (vgl den Ersatz des LH durch UVS in der 2. Instanz beim gewerblichen Betriebsanlagenverfahren, § 359a GewO).⁵³⁴ Dies ist aber unrichtig, da die Ansicht einer uneingeschränkten Anwendung der verfassungsrechtlichen „Ermächtigungsnorm“ des Art 129a B-VG, wonach die UVS „in sonstigen Angelegenheiten, die ihnen durch die die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen werden“ zuständig gemacht werden können, übersieht, dass ein solches Verständnis zu einer uneingeschränkten Ermächtigung des einfachen (Landes)Gesetzgebers führen würde, weitgehende Kompetenzübertragungen durchzuführen und somit das bundesstaatliche Bauprinzip abzuändern. Ein solches Verständnis erscheint offensichtlich verfassungswidrig, denn ein solch gesamtänderndes Verfassungsgesetz hätte bei der Beschlussfassung eines erhöhten Präsenz- und Konsensquorums im Nationalratsplenum sowie einer Volksabstimmung bedurft. Deshalb kann von einer „quantitativen“ Beschränkung dieser Ermächtigung für den einfachen Gesetzgeber ausgegangen

⁵³⁰ Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ 293, FN 1270.

⁵³¹ *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 545 FN 2243.

⁵³² VfSlg 15.762.

⁵³³ Vgl den „generalklauselartigen“ Charakter des Art 129 B-VG in VfSlg 8202.

⁵³⁴ *Pesendorfer*, JBl 2002, 788.

werden, da die mehrheitliche rechtstechnische Zuweisung der Kompetenzen an die UVS schlicht verfassungswidrig wäre.⁵³⁵ Die Einräumung eines Widerspruchsrechts bei der LReg bzw beim LH erachte ich ebenso als unzumutbar, da diese „sachlich in Betracht kommenden Oberbehörden“ bereits durch deren Weisungsrecht Einfluss auf die diesen unterstellten erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden ausüben könnten und auch werden.⁵³⁶ Aus den angeführten Gründen ist mE von einem Widerspruchsrecht für die kontrollierten Administrativbehörden komplett abzusehen.⁵³⁷

Die geringe Anwendungsmöglichkeit des Widerspruchsrechts der erstinstanzlichen Administrativbehörde (arg: „wesentliche Vereinfachung oder Verkürzung“) und der Fakt der beabsichtigten Ersetzung der UVS durch mögliche Landesverwaltungsgerichte, darf mE nicht zu der Behauptung verleiten, dass diese in Zukunft sogar in Ermessensangelegenheiten in der Sache entscheiden könnten.⁵³⁸ Die Konzeption des derzeitigen – wie ausgeführten wohl verfassungswidrigen - Widerspruchsrechts kann nicht das grundsätzliche System der derzeitigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ändern.

5.5.5. Mein Vorschlag:

„Artikel 131. (1) Die Landesverwaltungsgerichte haben in den Angelegenheiten des Artikels 130 Abs 1 lit a Z 1 in der Sache zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt bereits feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch diese selbst im Interesse der Verfahrensökonomie steht.

Über eine Bescheidbeschwerde im Verwaltungsstrafverfahren haben die Landesverwaltungsgerichte immer in der Sache zu entscheiden.

(2) Per Bundes- oder Landesgesetz kann in den einzelnen Angelegenheiten im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden ein weiterer administrativer Instanzenzug und ein administrativer Rechtsbehelf gegen die Säumnis dieser zweitinstanzlichen Verwaltungsbehörde vorgesehen werden. Die Landesverwaltungsgerichte können dann erst nach Erschöpfung

⁵³⁵ So ausführlich *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 547 ff.

⁵³⁶ So aber *Jabloner*, ÖJZ 1994, 337.

⁵³⁷ AA *Jabloner*, in ÖJZ 1994, 337, FN 76.

⁵³⁸ So aber *Pabel*, JRP 2007, 291.

des administrativen Instanzenzuges beziehungsweise nach Geltendmachung des administrativen Rechtsbehelfs gegen die Säumnis mittels Beschwerde angerufen werden.“

„Artikel 132. (1) Gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde kann wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben, wer durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet;

Des Weiteren kann einen Antrag auf Entscheidung durch das Landesverwaltungsgericht stellen, wer als Vertragspartei⁵³⁹ eine Streitigkeit aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag behauptet.

[...]

(2) Gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit kann Beschwerde erheben, wer behauptet, durch die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt in seinen Rechten verletzt zu sein.

(3) Wegen Verletzung der Entscheidungspflicht kann Beschwerde erheben, wer als Partei im Verwaltungsverfahren zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war. Die Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht kann gesetzlich ausgeschlossen werden.“

6. Die Beschwerde gegen Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte

Die Einführung einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit soll unter anderem der Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes dienen. Direkten Einfluss auf das anfallende Arbeitspensum beim VwGH kann der Verfassungsgesetzgeber durch die Regelung der Zugangsmöglichkeit zum VwGH nehmen.

⁵³⁹ Damit soll mE klargestellt werden, dass verwaltungsrechtliche Verträge zwischen öffentlichen Rechtsträgern nicht von Privaten bei den Landesverwaltungsgerichten angefochten werden können, obwohl sie mit „Drittwirkung“ ausgestattet sind. Eine VfGH-Beschwerde soll in Art 139 Abs 1 B-VG ermöglicht werden.

6.1. Keine Einstufigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Überlegungen über die Gestaltung des Zugangs zum VwGH, beinhalten grundsätzlich die Ablehnung einer einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Mögliche Landesverwaltungsgerichte hätten demnach nicht in letzter Instanz zu entscheiden, sondern es wäre gegen die Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte grundsätzlich ein Rechtszug an den VwGH gegeben. Der VwGH wäre demzufolge zweite und letzte Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁵⁴⁰

Zu beachten ist jedoch, dass selbst im System einer einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ausnahmsweise ein weiterer Rechtszug an den VwGH möglich sein könnte. - Dies nämlich dann, wenn sich das erstinstanzliche (und eigentlich letztinstanzliche) Verwaltungsgericht in Entscheidungsverzug befände und ebenso eine Beschwerdemöglichkeit an den VwGH vorgesehen ist.⁵⁴¹

6.2. Das Verhältnis Landesverwaltungsgerichte – Asylgerichtshof – VwGH in absehbarer Zukunft

Mit der Installation des Asylgerichtshofes (BGBl I 2/2008) wurde eine grundsätzlich einstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit in Asylsachen eingeführt.⁵⁴² Der Asylgerichtshof entscheidet mit Ausnahme von Grundsatzentscheidungen (vgl Art 132a Abs 2 B-VG) in letzter Instanz. Ein weiterer Rechtszug an den VwGH ist ausgenommen von Grundsatzentscheidungen, also nicht vorgesehen. Grundsätzlich ist das Problem, dass Entscheidungen des AsylGH, welche zugleich keine Grundsatzentscheidungen sind, mangels formalen Beschwerdebegriffs nicht vor dem VwGH angefochten werden können.⁵⁴³ Dieser Kritik ist meiner Meinung nach beizupflichten. Das Rechtsschutzverfahren sollte hier nicht von der Politik instrumentalisiert und derart eingeschränkt werden.

⁵⁴⁰ Anders *Grof*, der als Zweitinstanz Oberverwaltungsgerichte in den heutigen OLG-Sprengeln in die Diskussion einbringt, in *ÖJZ* 2001, 203; ähnlich bereits *Jabloner*, *ÖJZ* 1994, 338.

⁵⁴¹ Vgl den mangelnden Rechtsschutz gegen Säumnis des AsylGH nachdem ein Antrag des BMI auf Grundsatzentscheidung eingegangen ist, *Müller*, *ÖJZ* 2008, 53 ff. Kritisch *Grabenwarter*, *JRP* 1998, 282.

⁵⁴² AA, aber aus der Sicht eines anderen Teilbereiches, *Grof*, in: *Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 236.

⁵⁴³ Kritisch *Muzak*, *migraLex* 2008, 15.

Asylrecht lässt sich grundsätzlich nicht unter Art 6 EMRK - weil nicht unter die Begriffe „civil rights“ oder „criminal charges“ - subsumieren⁵⁴⁴, weshalb insb Art 2 7. ZPEMRK, welcher einen Rechtsmittelzug in Strafsachen garantiert, nicht greift. ME wäre es deshalb überlegenswert, mögliche Landesverwaltungsgerichte dem Asylgerichtshof vorzuschalten und dafür den Rechtszug vom AsylGH an den VwGH zu beseitigen. Nur dürfte die Umsetzung dieses Konzepts nicht sehr förderlich für den Einstand möglicher Landesverwaltungsgerichte sein. Immerhin ist gerade in Asylrechtsangelegenheiten ein großer „Rückstau“ vorhanden. ME wäre es darum überlegenswert, mögliche Landesverwaltungsgerichte erst einige Jahre nach deren Installation mit Asylrechtssachen in erster verwaltungsgerichtlicher Instanz zu betrauen. Dies müsste freilich durch eine Verfassungsänderung gesehen. Dabei könnte dann der Rechtszug vom AsylGH an den VwGH beseitigt und ein grundsätzlicher Instanzenzug von den eventuellen Landesverwaltungsgerichten zum AsylGH normiert werden. Der AsylGH wäre damit definitiv ein Höchstgericht (in Asylrechtsangelegenheiten). Der VwGH wäre davon umfassend befreit. Es kann mE auch nicht bezweifelt werden, dass die derzeitigen UVS-Mitglieder die nötige fachliche Kompetenz besitzen. Diese Überlegungen fußen auf der Annahme, dass der Asylgerichtshof nicht nur vorübergehend tätig sein, sondern auch in weiterer Zukunft bestehen bleiben wird. Sollte sich aber in ferner Zukunft doch ergeben, dass der Asylgerichtshof mangels nötiger Auslastung aufzulassen wäre, dann müssten den AsylGH Asylrechtssenate beim VwGH als zweite Instanz ersetzen – die möglichen Landesverwaltungsgerichte würde weiter in erster Instanz entscheiden.

Eine weitere Lösung wäre, ein Bundesverwaltungsgericht neben möglichen Landesverwaltungsgerichten zu installieren, welches die unmittelbare Bundesverwaltungskontrolle wahrzunehmen hätte. Damit könnte der Asylgerichtshof verfassungsgesetzlich aufgelassen werden und dessen Mitglieder in Asylsenate des Bundesverwaltungsgerichtes übernommen werden. Die Asylsenate dieses möglichen Bundesverwaltungsgerichtes würden dann in erstgerichtlicher Instanz – wie davor der Asylgerichtshof – entscheiden und ein weiterer Rechtszug an den VwGH könnte neu gestaltet oder auch in der jetzigen Form belassen werden. ME ist diese Variante aber unzweckmäßig, da dadurch von dem System der alleinigen Verwaltungskontrolle durch Landesverwaltungsgerichte abgewichen würde.

⁵⁴⁴ VfSlg 17.340 („[...] für Verfahren, die nicht Art 6 EMRK unterliegen, die also bloß den allgemeinen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für ein rechtsstaatliches Verfahren entsprechen müssen [...]“). AA jedoch *Balthasar*, *migraLex*, 2007, 59 (63).

Die Entscheidung für die Mehrstufigkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes allein würde aber noch nicht zu einer Entlastung des VwGH führen. Erst der überdachte Rechtszug an das Höchstgericht könnte Verbesserungen gegenüber dem derzeitigen Zustand ermöglichen.⁵⁴⁵ Damit diese Überlastung somit nicht auf mögliche neue Landesverwaltungsgerichte übergreifen könnte, müsste daher das Verhältnis erstinstanzliche Landesverwaltungsgerichte – AsylGH – VwGH nach Installation einer erstinstanzlichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit neu geordnet werden. Diese Neuordnung des Rechtsschutzes in Asylrechtsangelegenheiten möchte ich aber nicht in meinen Entwurf einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit einfließen lassen. Von diesem Entwurf ausgehend sollten aber weitere Gedankenwege nicht versperrt werden. Da der Rechtsschutz immer an neue Anforderungen gestellt wird, muss ein solches Konzept auch flexibel in der Umgestaltung sein.

6.3. Das Ablehnungsmodell

6.3.1. Die Ablehnung durch den VwGH nach Art 131 Abs 3 B-VG

War der Weg zum VwGH anfänglich keiner Beschränkung unterworfen, wurde mit dem BGBl 1988/685 ein Ablehnungsrecht des VwGH – vorerst nur in Verwaltungsstrafsachen – eingeführt. Dieses Ablehnungsrecht stellt aber im Kern die Ablehnung de lege lata dar: Der VwGH darf (Ermessenssache!) demnach eine an ihn gerichtete Beschwerde ablehnen, wenn die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insb weil der UVS von der Rsp des VwGH **abweicht**, eine solche Rsp **fehlt**, oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des VwGH **nicht einheitlich beantwortet** wird.⁵⁴⁶ Der Rechtsfrage kommt dann **grundsätzliche Bedeutung** zu, „wenn die Entscheidung der Sache nicht nur für die beschwerdeführende Partei von Wichtigkeit ist, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen, auf zusätzli-

⁵⁴⁵ MaW *Khakzadeh-Leiler*, JRP 2007, 298.

⁵⁴⁶ ME besser: *Pichler* in Art 131 Abs 4 im Entwurf A, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 84f. Dieser streicht mit „Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung“ die Leitfunktion des VwGH hervor. Freilich sind die Kriterien de lege lata deutlicher durch die Rsp präzisiert. Diese Rsp könnte mE aber auch für eine solche generellere Variante übernommen werden, da diese im Kern nichts anderes als die jetzige Regelung normieren würden.

chen Argumenten gestützten Rsp liegt. Das ist der Fall, wenn über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, die auch für eine Reihe anderer gleich gelagerter Fälle von Bedeutung ist und wenn dieselbe durch die Rsp des VwGH bisher nicht abschließend geklärt wurde. Es muss sich um eine aus rechtssystematischen Gründen bedeutsame und auch für die einheitliche Rechtsanwendung wichtige Frage des materiellen oder des formellen Rechts handeln“.⁵⁴⁷

6.3.2. Die „Geringfügigkeit“ bei Geldstrafen gem VStG

Da diese erstmalige Ablehnungsregelung vorerst nur in Verwaltungsstrafsachen galt, war es für eine Ablehnung weiters notwendig, dass „nur eine geringfügige Geldstrafe“⁵⁴⁸ verhängt wurde“ (vgl Art 131 Abs 3 B-VG). Diese „Geringfügigkeit“ bei Geldstrafen im Verwaltungsstrafverfahren lässt jedoch Fragen offen. Nach Art 2 7. ZPEMRK kann das „Recht auf ein Rechtsmittel in Strafsachen“ „bei strafbaren Handlungen geringfügiger Art, wie sie durch Gesetz näher bestimmt sind“, ausgeschlossen werden. Es soll demnach auf die gesetzliche Strafdrohung für das konkrete Delikt ankommen.⁵⁴⁹ Der Wortlaut des Art 131 Abs 3 B-VG stellt aber auf die Höhe der im Einzelfall verhängten Strafe ab.⁵⁵⁰ In den Erläuterungen zur RV wurde bezüglich der betraglichen Geringfügigkeitsgrenze in § 33a VwGG ausgeführt, dass dieser Betrag (von damals noch ATS 10.000,00) zur näheren Determinierung der „geringfügigen Strafe“ reichen soll.⁵⁵¹ Dieser Umstand bestärkt mE das gewollte Abstellen auf die im **Einzelfall** verhängte Strafe. Daher wäre idZ auf die jeweilige Einzelfallentscheidung abzustellen.

Dem Wortlaut von Art 131 Abs 3 B-VG folgend könnte man meinen, dass die Ablehnung demnach bei der Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht zulässig wäre. Der VwGH ist jedoch anderer Meinung.⁵⁵² Von Interesse ist dies insb im Hinblick auf das Verwaltungsstrafgesetz. Denn nach § 16 Abs 1 VStG ist im Fall der Verhängung einer Geldstrafe zugleich auch eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gedacht. Deshalb ist verwaltungsstrafgesetzlich

⁵⁴⁷ VwGH 26. 9. 1991, 91/09/0144; vgl VwGH 7. 7. 1993, 93/04/0111.

⁵⁴⁸ € 750,00 gem § 33a VwGG (BGBl I 2004/89).

⁵⁴⁹ Rosenmayr, in: Thienel (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 91.

⁵⁵⁰ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1003/2.

⁵⁵¹ 1092 Blg NR 17. GP 5.

⁵⁵² VwGH 21. 9. 1998, 98/21/0242.

mit der Geldstrafe stets auch eine Ersatzfreiheitsstrafe verbunden. Dies selbst dann, wenn eine solche in den Materiengesetzen nicht normiert ist!⁵⁵³ Dass aber auch die Ablehnung von Bescheiden, die eine Ersatzfreiheitsstrafe aussprechen, möglich ist, folgt dem den Verfassungsgesetzgeber unterstellten Begriffsverständnis von der „geringfügigen Strafe“. Demnach hat dieser wohl die Folge des § 16 VStG (Ersatzfreiheitsstrafe) vorausgesetzt.⁵⁵⁴ Dieser Meinung ist mE beizupflichten, weshalb die Ablehnung von Beschwerden gegen einen Bescheid welcher eine geringfügige Geldstrafe ausspricht trotz kumulativ angedrohter Ersatzfreiheitsstrafe zulässig sein müsste.⁵⁵⁵

So mancher geht mit der Bestimmung des § 33a VwGG aber noch härter ins Gericht. *Mayer*⁵⁵⁶ meint, dass diese nicht nur verfassungswidrig, sondern inhaltlich überflüssig sei, weil Art 131 Abs 3 B-VG keiner Präzisierung bedürfe, da diese Norm vom VwGH unmittelbar anwendbar sei. Der Betrag von (damals) ATS 10.000,00 als Geringfügigkeitsgrenze sei eben nicht geringfügig.⁵⁵⁷ Der Auffassung *Mayers* folgend, macht es mE auch keinen Sinn, wenn man verfassungsgesetzlich die Geringfügigkeitsgrenze „abstrakt“ festlegt und dem Verfahrensgesetzgeber dessen Präzisierung aufträgt.⁵⁵⁸ Dagegen wird aber vorgebracht, dass Art 131 Abs 3 B-VG nicht zur Ablehnung einer Beschwerde verpflichtet.⁵⁵⁹ Dem VwGH werde demnach nur ein Ermessen eingeräumt, woraus folge, dass die Ausübung dieses Ermessens in verfassungskonformer Art und Weise es kaum ermögliche die Beschwerde gegen einen „geringfügigen“ Strafbescheid abzulehnen. Diese Lösung übersieht aber die Jud, welche starr auf das Übersteigen der Betragsgrenze abstellt.⁵⁶⁰

Im Jahre 1997 verschärfte die Novelle des VwGG diese Auslegungsdifferenzen, da § 33a VwGG insofern abgeändert wurde, als die Ablehnung „außerdem **nur dann**“ zulässig sei, „wenn eine Geldstrafe von höchstens S 10.000,- verhängt wurde“. Obwohl eine Erweiterung der Ablehnungsbefugnis grundsätzlich evident ist, könnte aus diesem neuen Wortlaut der Schluss gezogen werden, dass eine Ablehnung von Beschwerden gegen verfahrens-

⁵⁵³ Vgl. *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 434.

⁵⁵⁴ *Thienel*, *Ablehnung von Beschwerden durch den VwGH – einige Probleme*, ZVR 1993, 262 f.

⁵⁵⁵ So auch *Rosenmayr*, in: *Thienel* (Hrsg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel* (1999) 95. Kritisch, *Mayer*, *Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern*, in: *Walter* (Hrsg), *Verfassungsänderungen 1988* (1989) 103.

⁵⁵⁶ *Mayer*, *ÖJZ* 1991, 261.

⁵⁵⁷ *Mayer*, *ÖJZ* 1991, 262.

⁵⁵⁸ So aber *Kostelka/Khol* in Art 130 Abs 5 in 52/GRUND-K 4 auf www.konvent.gv.at.

⁵⁵⁹ *Arnold*, *Entscheidungsbesprechung*, *AnwBl* 1993, 185.

⁵⁶⁰ VwGH 18. 12. 1991, 91/01/0181. Vgl. auch *Rosenmayr*, in: *Thienel* (Hrsg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel* (1999) 92.

rechtliche Bescheide der UVS in Verwaltungsstrafsachen oder gegen Bescheide, die eine Ersatzfreiheitsstrafe aussprechen, nicht mehr zulässig sein soll. Ein solches Verständnis ist dem Gesetzgeber aber richtigerweise nicht zu unterstellen.⁵⁶¹ Die Rsp bestätigt diese Ansicht.⁵⁶²

Unter dem Aspekt, dass die Präzision der Geringfügigkeitsgrenze im Verfahrensgesetz eine Verfassungsverletzung ergeben könnte, würde ich in Verwaltungsstrafsachen die Voraussetzung des Vorliegens einer „nicht nur geringfügigen Strafe“, um den Beschwerdegang an den VwGH antreten zu können, schlicht streichen.⁵⁶³ Dies wäre mE insbesondere im Hinblick darauf, dass nach herkömmlichem Verständnis auch verfahrensrechtliche Erledigungen im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens vom Begriff „Verwaltungsstrafsachen“ umfasst sind, zweckmäßig, da ansonsten die Behandlung einer Beschwerde gegen eine verfahrensrechtliche Entscheidung stets abgelehnt werden könnte, da die verfahrensrechtliche Entscheidung nicht unter den Begriff der Strafe bzw Geldstrafe subsumiert werden kann.⁵⁶⁴ Abgesehen davon stellt sich weiters die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Formulierung „nur“. Denn im Finanzstrafrecht sind zB Sanktionen vorgesehen, welche zwar nicht in einer (unmittelbaren) Geldstrafe begründet sind, aber doch Vermögenswerte beeinträchtigen (vgl §§ 17 ff. FinStrG; Verfall, Wertersatz). Sollte eine solche Sanktion innerhalb der „Wertgrenze“ der geringfügigen Geldstrafe liegen, wäre es nicht plausibel, die Ablehnung der Beschwerde apodiktisch zu vertreten.⁵⁶⁵

Mit dem BGBl I 1997/87 wurde indessen der Anwendungsbereich des Ablehnungsrechts von den verwaltungsstrafrechtlichen Materien auch auf allgemeine Verwaltungsrechtssachen ausgedehnt.

6.3.3. Die möglichen Modifikationen des Ablehnungsrechts

6.3.3.1. Bestätigung durch das Landesverwaltungsgericht

⁵⁶¹ Rosenmayr, in: Thienel (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 95.

⁵⁶² VwGH 21. 9. 1998, 98/21/0242.

⁵⁶³ Vgl Kostelka in den Erläuterungen zu Art 135a Abs 3 in 53/GRUND-K 14 auf www.konvent.gv.at; vgl BKA-Entwurf in 54/GRUND-K 10 aaO; weiters Fiedler, Art 224 Abs 3 in 1/ENDB-K 109 aaO.

⁵⁶⁴ Treffend Thienel in Holoubek/Lang 145.

⁵⁶⁵ Richtig Thienel aaO 146.

Eine mE interessante Modifikation des Ablehnungsmodells bringt der Entwurf *Pernthaler/Rath-Kathrein* mit sich. Danach kann der VwGH eine Beschwerde gegen (sonstige) Erkenntnisse der Landesverwaltungsgerichte ablehnen, wenn die Landesverwaltungsgerichte die angefochtene verwaltungsbehördliche Entscheidung **bestätigt** oder die Rechtmäßigkeit des angefochtenen AuvBZ ausgesprochen haben und die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, welcher grundsätzliche Bedeutung zukommt.⁵⁶⁶ Dieses Abstellen auf die Entscheidungsbestätigung durch Landesverwaltungsgerichte soll eine Art „Filter“ darstellen, wonach gleich gelagerte Entscheidungen der Landesverwaltungsgerichte eine Art unverbindliche „Präjudiz“ abgeben. Der Ansatz scheint zwar plausibel, jedoch übersieht diese Lösung, dass es gerade beim außerordentlichen Rechtsbehelf an den VwGH nicht darauf ankommen kann, wie oft die verwaltungsbehördliche Entscheidung bereits bestätigt wurde. Dies deshalb, da mE einem solchen außerordentlichen Rechtsbehelf das Regel-Ausnahme-Prinzip inhärent ist (arg.: außerordentlich).

6.3.3.2. „Ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit“

Zu überlegen wäre auch, ob nicht als weitere negative Ablehnungsbedingung die Voraussetzung „ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der landesverwaltungsgerichtlichen Entscheidung“ eingefügt werden sollte.⁵⁶⁷ Dies wäre etwa dann der Fall sein, wenn mögliche Landesverwaltungsgerichte in tatsächlicher Hinsicht von einem unzutreffenden oder unvollständig festgestellten Sachverhalt bei ihrer Entscheidung ausgegangen sind oder sie eine Rechtsbestimmung nicht korrekt oder schlicht falsch angewandt haben.⁵⁶⁸

6.3.3.3. „Keine hinreichende Aussicht auf Erfolg“

Auf der anderen Seite könnte auch ein weiterer Ablehnungsgrund in Betracht gezogen werden. So könnte verfassungsrechtlich normiert werden, dass die Beschwerde vom VwGH dann abgelehnt werden kann, wenn keine hinreichende Aussicht auf Erfolg be-

⁵⁶⁶ *Pernthaler/Rath-Kathrein* in Art 131 Abs 2, in JBl 1989, 611. Vgl Art 131 Abs 4 im Entwurf A bei *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 85.

⁵⁶⁷ Vgl § 124 Abs 2 Z 1 dt VwGO.

⁵⁶⁸ Zur deutschen Bestimmung, *Fliegauf/Blüm*, dt AnwBl 3/98, 134.

steht.⁵⁶⁹ Ein solches Ablehnungsrecht besteht bereits de lege lata für den VfGH in Art 144 Abs 2 Satz 1 Fall 1 B-VG. Der VwGH hätte demnach zu beurteilen, ob die Beschwerde mit großer Wahrscheinlichkeit aussichtslos, dh abzuweisen wäre.⁵⁷⁰ Jedoch lässt sich mE bereits aufgrund der unterschiedlichen Regelungsdichte die behauptete Verletzung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht leichter feststellen, als die Verletzung in einem speziellen subjektiv-öffentlichen Recht. Zu beachten ist weiters, dass dieses Kriterium der Erfolgswahrscheinlichkeit nur beim Ablehnungsmodell ernsthaft in Frage kommen könnte, da beim Zulassungsmodell die Landesverwaltungsgerichte über die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Beschwerde gegen ihre eigene Entscheidung zu urteilen hätten.⁵⁷¹ Eine solche Konstellation sollte bereits wegen einer evident widersprüchlichen „Selbstkontrolle“ vermieden werden.

6.3.3.4. Kein materienspezifisches Ablehnungsrecht

ME nicht sinnvoll wäre es, wenn dem VwGH ein Ablehnungsrecht bei Materien, die bestimmten Kompetenzen zugeordnet sind, zukommen würde. Konkret sei dabei auf den Vorschlag hingewiesen, dem VwGH die Ablehnung solcher Klagen zu ermöglichen, die Angelegenheiten in Art 15 B-VG betreffen.⁵⁷² Bei einer Überlastung des Verwaltungshofes wäre mE die Gefahr gegeben, dass eine solche „Generalermächtigung“ zur Ablehnung übermäßig oft und immer unkritischer angewendet würde.

6.4. Absolute Beschwerdegründe vor dem VwGH

Die Frage, ob der Verfassungsgesetzgeber nicht absolute Beschwerdegründe normieren sollte, kann entschlossen verneint werden.⁵⁷³ Dies deshalb, da solche absoluten Beschwerdegründe, wie etwa ein Mangel in der Besetzung, in der Geschäftsverteilung, im

⁵⁶⁹ So Art 133 Abs 2 Z 3 in der Variante 1, in 94/ME 23 GP auf www.parlinkom.gv.at.

⁵⁷⁰ *Walter/Mayer/Kucske-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1216.

⁵⁷¹ Vgl *Khakzadeh-Leiler*, JRP 2007, 300.

⁵⁷² So aber *Grof*, ÖJZ 2001, 203.

⁵⁷³ So *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 109.

Ausschlussverfahren oder Mängel aufgrund einer Befangenheit können derzeit über die Verfahrensbestimmung des § 42 Abs 2 Z 3 lit c VwGG aufgegriffen werden können.⁵⁷⁴

6.5. Ausschluss des Rechtszuges in Verwaltungsstrafsachen

Möglich wäre auch die Konzeption der Landesverwaltungsgerichte als letzte Instanz in Verwaltungsstrafsachen. Dem könnte entgegengebracht werden, dass diese Konzeption aber gegen die Anforderung in Art 2 7. ZPEMRK, die Gewährleistung für einen Rechtsmittelzug in Strafsachen, verstieße. Der Vorschlag, dass bei „strafbaren Handlungen nicht geringfügiger Art“ eine Nachprüfung durch die übergeordnete Instanz innerhalb (sic!) von Landesverwaltungsgerichten greifen soll, besteht ebenso.⁵⁷⁵ Ein solcher „interner“ Instanzenzug ist aber nicht unumstritten, insb da dieser nicht notwendigerweise das Verfahren beschleunigen würde.⁵⁷⁶ Zur Effizienzsteigerung bei der Behandlung der angefochtenen Verwaltungsstrafsachen trüge dies mE unzweifelhaft bei. Jedoch muss die Unabhängigkeit der „übergeordneten“ (internen) Instanz in Frage gestellt werden. Ein Kollege wird davor zurückschrecken, wiederholt die Entscheidungen des im Verfahren „untergeordneten“ Kollegen aufzuheben. Auch der interne Rechtszug an eine Kammer⁵⁷⁷ kann diese Zweifel nicht entkräften. Somit ist diese Modifikation nicht geeignet, die Ablehnungsproblematik zu lösen. Dieser Vorschlag verkompliziert diese Angelegenheit lediglich und lenkt von der eigentlichen systemkongruenten Lösung ab, nämlich dem VwGH in **Verwaltungsstrafsachen grundsätzlich kein Ablehnungsrecht** zuzugestehen.

6.6. Sukkus

Nachdem das Ablehnungsrecht des Verwaltungsgerichtshofes Einzug in das B-VG erhalten hat, ist Folgendes zu konstatieren: Der Rechtsschutz wurde zwar beschränkt und insb in Verwaltungsstrafsachen sogar verschlechtert, aber es darf auch nicht übersehen werden, dass dem VwGH als Höchstgericht eine besondere Stellung zukommt. Legitim ist daher,

⁵⁷⁴ Thienel, *Verwaltungsverfahren*⁴ 83.

⁵⁷⁵ Art 130 Abs 1 im Entwurf A bei Pichler, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 81.

⁵⁷⁶ Vgl Grof, *ÖJZ* 2001, 206; ähnlich Handstanger, *RZ* 2007, 162.

⁵⁷⁷ Pichler aaO FN 302.

wenn der Verfassungsgesetzgeber die Arbeit des VwGH auf die Lösung der wesentlichsten Rechtsfragen des Verfahrensrecht und des materiellen Recht zu konzentrieren versucht⁵⁷⁸, um die Einheitlichkeit der Rsp zu gewährleisten. Denn gerade die Bewältigung dieser Aufgabe – die Einheitlichkeit der Rsp zu gewährleisten - ist für einen umfassenden, gleichen und schnellen Rechtsschutz unentbehrlich und wesentliche Grundlage.⁵⁷⁹ Doch de lege lata wirkt sich das Ablehnungsrecht nicht in die gewünschte Richtung aus.⁵⁸⁰ Dieses stellt derzeit nicht die herbeigesehnte Entlastung des VwGH dar.⁵⁸¹ Zu beachten ist aber, dass mit der Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit das derzeit konzipierte Ablehnungsrecht aber auch einen größeren Anwendungsbereich als bisher erhalten würde. Denn derzeit können nur Entscheidungen der UVS und des Bundesvergabeamtes (Art 131 Abs 3 Z 1 B-VG) abgelehnt werden. Durch den bundesweiten Ersatz dieser und vieler anderer (Sonder)Behörden durch mögliche Landesverwaltungsgerichte, würde sich der Anwendungsbereich des Ablehnungsrechts immens erweitern. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass die österreichische Lehre und auch der VwGH die Konzeption einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit mit einem Ablehnungsrechtsmodell als die systemkonformere Lösung erachten⁵⁸², weiters, dass das Ablehnungsmodell verfahrenstechnisch relativ einfach ist und sich über 20 Jahre hindurch als funktionsfähig bewiesen hat.⁵⁸³

Gelegentlich ist aber die Forderung nach einer Art „Selbstkontrolle“ durch den Beschwerdeführer zu vernehmen. Der Beschwerdeführer soll sich selbst mit der Wahrscheinlichkeit seines Erfolges vor dem VwGH auseinandersetzen.⁵⁸⁴ So müssen etwa nach der deutschen Rechtslage die ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit und die besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten in der Beschwerde (schlüssig) dargelegt werden. Die über den Einzelfall hinausreichenden konkreten Tatsachen- oder Rechtsfragen sind aufzuwerfen. Das Abweichen von der oberstgerichtlichen Rsp ist ebenso aufzuzeigen. Dies gilt auch für die konkrete Folge der Einzelfallentscheidung und für einen Verfahrensfehler samt dessen Relevanz für die Entscheidung.⁵⁸⁵ IdZ darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass

⁵⁷⁸ Siehe Teil 3 in I/ENDB-K 214 auf www.konvent.gv.at.

⁵⁷⁹ Jabloner, ÖJZ 1994, 337.

⁵⁸⁰ Khakzadeh-Leiler, JRP 2007, 301: „Holschuld des VwGH“; vgl bereits Kobzina, ÖJZ 1990, 68.

⁵⁸¹ Vgl den Tätigkeitsbericht 2006/5 in III-84 d.B. auf www.parlinkom.gv.at.

⁵⁸² Vgl Jabloner, in: Schäffer (Hrsg), Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Koja (1995) 258.

⁵⁸³ Thienel in Holoubek/Lang 160.

⁵⁸⁴ Khakzadeh-Leiler, JRP 2007, 301.

⁵⁸⁵ Vgl Fliegauf/Blüm, dt AnwBl 3/98, 135; vgl die Begründungsforderung durch den VwGH in III-84 d. B. auf www.parlinkom.gv.at.

die deutsche Jud eher gemäßigte Anforderungen an die Begründungspflicht stellt, weshalb eine Selbstkontrolle mE wieder zu sehr auf die Rsp bezogen und von dieser abhängig wäre.⁵⁸⁶

6.7. Das Zulassungsmodell

6.7.1. Die Revision an den VwGH

Ein alternatives System zum Ablehnungsmodell wäre das Zulassungsmodell. Dies wäre im österreichischen öffentlich-rechtlichen System ein Novum. Danach könnten die Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte mit Revision vor dem VwGH angefochten werden. Diese Revision wäre beim belangten Landesverwaltungsgericht einzubringen und das Landesverwaltungsgericht hätte deren Überprüfung vorzunehmen. Die Landesverwaltungsgerichte würden daher selbst über die Zulassung des Rechtsbehelfes gegen deren eigenen Entscheidungen entscheiden (sic!). Hier vermag sofort ein massiver Widerspruch ins Auge zu springen, doch kann eine etwaige Willkür dieser Zulassungsentscheidung widerspruchsfrei konstruiert werden. Dies nämlich dann, wenn man die Zulassungspflicht der Landesverwaltungsgerichte an bestimmte objektive Kriterien bindet. Als eine solche objektive Zulassungsbedingung wäre mE der Zweck des derzeitigen Ablehnungsrechts zu beachten. Möchte man daher dem VwGH weiterhin die Leitfunktion (Stichwort: „Wahrung der Einheitlichkeit der Rsp“) zukommen lassen und uU auch von gewissen Aufgaben⁵⁸⁷ befreien, dann wäre es zweckdienlich die Voraussetzungen der Ablehnung als Voraussetzungen für eine Zulassung umzufunktionieren. Demnach könnten die Landesverwaltungsgerichte verpflichtet sein, eine Revision gegen deren eigene Entscheidungen zuzulassen, wenn die angefochtenen Entscheidungen von der Lösung einer Rechtsfrage abhängen, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insb weil die Landesverwaltungsgerichte von der Rsp des VwGH **abweichen**, eine solche Rsp **fehlt**, oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des VwGH **nicht einheitlich beantwortet** wird, oder wenn in einer Verwaltungsstrafrechtssache eine nicht nur geringfügige Geldstrafe verhängt wurde.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ Vgl BVerwG, Beschluss vom 17. 10. 2000 - 4 BN 48. 00; OVG Lüneburg (Lexetius.com/2000,2135 [2000/11/523]).

⁵⁸⁷ Jabloner, ÖJZ 1994, 337.

⁵⁸⁸ Siehe Art 133 Variante 2 in 94/ME 23. GP auf www.konvent.gv.at.

Problematisch erscheint beim Zulassungsmodell aber der Umstand, dass mögliche Landesverwaltungsgerichte teilweise großzügig mit der Zulassung einer Revision an den VwGH umgehen könnten, was den VwGH wiederum stark belasten und diesen zur „*Entwicklung einer komplexen Judikatur zu den Zulassungstatbeständen*“⁵⁸⁹ drängen könnte – also vor allem dann, wenn mögliche Landesverwaltungsgerichte auf dem Umweg einer widersprechenden Judikatur eine Revidierung bzw. Änderung der verwaltungsgerichtshöflichen Judikatur erlangen möchten. Aus den angeführten Gründen kann vorweg konstatiert werden, dass das Zulassungsmodell grundsätzlich verfahrenstechnisch schwieriger als das Ablehnungsmodell gestaltet sein und einen Nährboden für Rechtsstreitigkeiten abgeben kann.

6.7.2. Die Zulassungsbeschwerde gegen die Ablehnung der Revision

Was sollte aber geschehen, wenn das Landesverwaltungsgericht – aus welchen Gründen auch immer – die Revision an den VwGH „abprallen“ lässt?

Für einen solchen Fall müsste mE eine **Zulassungsbeschwerde** an den VwGH verfassungsgesetzlich eingerichtet werden. Der Beschwerdeführer müsste darum eine Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision an den VwGH einbringen können. Dieses Rechtsmittel könnte als „Zulassungsbeschwerde“ bezeichnet werden. Das Landesverwaltungsgericht hätte davor über die Nichtzulassung mit Beschluss zu entscheiden. Der VwGH hätte daher direkt über eine Zulassungsbeschwerde, die sich gegen den abweisenden/zurückweisenden Beschluss richtet, zu entscheiden. Der VwGH könnte aber die Zulassungsbeschwerde ablehnen, wenn keine grundsätzliche Rechtsfrage, oder nur eine geringfügige Geldstrafe vorläge.⁵⁹⁰ Um aber nicht unnötige Komplikationen iZm mit der Typengebundenheit im Verwaltungsrechtsschutz (iZm dem Begriff „Beschluss“) zu erlangen, könnte der Verfassungsgesetzgeber normieren, dass gegen die negativen „Entscheidungen“ (iW) der Landesverwaltungsgerichte der VwGH angerufen werden kann.

6.7.3. Das Gleichzeitigkeitsmodell im Zulassungsmodell

⁵⁸⁹ Thienel in Holoubek/Lang 159 f.

⁵⁹⁰ Vgl Art 133 Abs 1 Z 2 der Variante 2 aaO.

Die Frage nach einer Entlastung des VwGH bleibt aber trotzdem bestehen. Denn nach diesem System hätte der VwGH grundsätzlich sowohl über die Zulassungsbeschwerde als auch über die Revision in der Sache selbst zu entscheiden. Deshalb bestünde auch eine weitere Konzeptionsmöglichkeit, nämlich des sog „Gleichzeitigkeitsmodell“. „Gleichzeitig“ deshalb, weil demnach der Beschwerdeführer sowohl die Zulassungsbeschwerde als auch die Revision beim VwGH einzubringen hätte. Der Vorteil einer solchen Konzeption läge zweifelsohne in der Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens. Der Grund dafür läge im Wegfallen des „Zwischenschrittes“ den eine getrennte Einbringung von Zulassungsbeschwerde und Revision verursachen würde. Damit würde aber auch eine Kostenreduktion einhergehen. Diese Variante des Zulassungsmodells wäre rechtsschutzfreundlich, weil richtigerweise erkannt wird, dass sich die Ausführungen zur Zulassungsbeschwerde und die Ausführungen zur Revision inhaltlich nicht trennen lassen.⁵⁹¹ An diesem Konzept wird aber auch Kritik geübt. So wird vorgebracht, dass Rechtsanwälte vom Einbringen einer Zulässigkeitsbeschwerde abgeschreckt würden, weil sie sich bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Hauptsache intensiv beschäftigt haben müssten.⁵⁹²

6.7.4. Das „abgestufte“ Modell

Das Gegenstück zum Gleichzeitigkeitsmodell wäre das „abgestufte“ Modell. Danach könnte die Revision erst dann beim VwGH eingebracht werden, wenn der Zulassungsbeschwerde vom VwGH stattgegeben wurde. Hier wird eben der vorher erwähnte „Zwischenschritt“ vollzogen.⁵⁹³ Zu beachten ist jedoch, dass, wenn über die Beschwerde erst nach erfolgter Zulassung entschieden wird, der Rechtsschutz eine massive Einschränkung erfährt, denn hier würde die Beschwerde neben den Anforderungen an die Beschwerdebefugnis von einer weiteren Bedingung in Form der Zulassung abhängen. Damit wären mE die oben genannten „objektiven Kriterien“ der Zulassung eine zusätzliche Voraussetzung zur Erlangung der Beschwerdelegitimation, was insb wegen der Abstellung der Beschwerdelegitimation auf die Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte kritisch erscheint.

⁵⁹¹ Vgl Erläuterungen in I/ENDB-K Teil 3, 214 auf www.konvent.gv.at. AA Grabenwarter, JRP 1998, 282.

⁵⁹² MaW Khakzadeh-Leiler, JRP 2007, 301.

⁵⁹³ Befürwortend, Grabenwarter, JRP 1998, 282.

6.8. Rechtszug an den VfGH?

ME wäre es trotz des Verständnisses der Verwaltungsgerichtsbarkeit als „eigenständige und vollständige“ Gerichtsbarkeit, also neben der Verfassungsgerichtsbarkeit, grundlegend, dass gegen Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte die Möglichkeit einer VfGH-Beschwerde wegen der Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten bestehen sollte. ME steht ein Rechtszug von möglichen Landesverwaltungsgerichten an den VfGH nicht zur Diskussion und wäre ein solcher Rechtszug an den VfGH daher auch unbedingt notwendig. Dieser Rechtszug dient nämlich dem Schutz der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte und nicht (lediglich) der Rechtsstaatlichkeit schlechthin.

In Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit könnte darüber diskutiert werden, ob in (politisch) „heiklen“ Materien, wie zB Staatsbürgerschaftsrecht, Datenschutzrecht etc, insb in den in meinem Konzept bedachten Fälle⁵⁹⁴, in welchen aufgrund des einfachgesetzlich normierten Rechtszugs von einer weisungsfreien Verwaltungsbehörde (zB Datenschutzkommission) an das zuständige mögliche Landesverwaltungsgericht der weitere Rechtszug an den VwGH ausgeschlossen wäre, ein Instanzenzug von den möglichen Landesverwaltungsgerichten an den VwGH verfassungsgesetzlich zwingend verankert werden sollte. Am derzeitigen Beispiel von Asylsachen ist anzumerken, dass der Instanzenzug an den VwGH nicht dem Erfordernis einer Entscheidung in der Sache dient. Dieser Rechtszug hat den Zweck die asylgerichtliche Entscheidung zu überprüfen und somit ein rechtsstaatliches Verfahren zu garantieren! Der grundsätzliche Ausschluss von der Kontrolle durch den VwGH, wie dieser iZm mit der Asylgerichtshof geregelt ist, sollte daher nicht als Vorbild für eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit genommen werden.⁵⁹⁵

Die Idee eines von mir in meinem Konzept nicht aufgegriffenen VfGH-Beschwerdeausschlusses fußt unter anderem darauf, dass gegen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte eben auch keine „Urteilsklage“ zulässig ist.⁵⁹⁶ Weiters wird in diesem Zusammenhang auch die Gefahr einer enormen Verfahrensverlängerung ins Treffen zu führen sein, wobei insb auch mit einem eklatanten Kostenanstieg zu argumentieren sein

⁵⁹⁴ Siehe dazu ausführlicher: 6.10.3. „Beschwerdeinstanz in erster Administrativinstanz“

⁵⁹⁵ So *Jablöner*, *migraLex* 2008, 3.

⁵⁹⁶ AA *Pichler*, in Art 144 im Entwurf A, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 78. Ebenso Art 144 bei *Pernthaler/Rath-Kathrein*, in JBl 1989, 611. Vgl aber die Grundrechtsbeschwerde an den OGH zur Durchsetzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit, mwN *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1221/1.

wird.⁵⁹⁷ ME bringt die VfGH-Beschwerde gegen die Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte aber nicht nur einen qualitativen „Mehrwert des Produktes“ (Anm.: der Entscheidung), sondern ist zum Schutz der verfassungsgesetzlich eingeräumten Rechte unverzichtbar. Tatsache ist, dass dem Argument, dass durch die VfGH-Beschwerde gegen die Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte unnötiger Nährboden für politische Kontroversen zwischen Bund und Länder entstehen könnten, im Lichte des Schutzes der verfassungsgesetzlich eingeräumten Rechte absolut sekundäre Bedeutung zukommt.⁵⁹⁸

6.9. Die Amtsbeschwerde an den VwGH

Über eine mögliche Amtsbeschwerde an den VwGH wäre es den jeweils dafür zuständigen Verwaltungsbehörden möglich die objektive Rechtsverletzung unter anderem im Verfahren vor den möglichen Landesverwaltungsgerichten zu rügen.⁵⁹⁹ Beschwerdebefugt sollte mE die „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“ (Anm.: BReg bzw MG derselben oder LReg bzw MG derselben)⁶⁰⁰ sein. Diese jeweilige sachlich in Betracht kommende Oberbehörde sollte mE dadurch die objektive Rechtswidrigkeit **sowohl der erstinstanzlichen Entscheidung als auch der Entscheidung der Landesverwaltungsgerichte** rügen können. Dadurch, dass der VwGH neben der landesverwaltungsgerichtlichen Entscheidung auch die verwaltungsbehördliche Entscheidung dahingehend überprüfen könnte, ob eine **Rechtswidrigkeit festgestellt** werden kann, entstünden mE auch keine unerwünschten Lücken in Bereichen, in welchen es auf die Feststellung einer allfälligen Rechtswidrigkeit – so etwa als Voraussetzung für Amtshaftungsansprüche – ankommt.⁶⁰¹ Diese Amtsbeschwerde zielt im Gegensatz zur Parteibeschwerde nicht auf die Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte ab, sondern dient der Bekämpfung objektiver Rechtsverletzungen. Eine Amtsbeschwerdemöglichkeit vor möglichen Landesverwaltungsgerichten idS, dass die jeweils zuständige „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“ beschwerdebefugt ist, erachte ich als nicht notwendig.⁶⁰² Wem es zustehen soll, die Verletzung objektiven

⁵⁹⁷ Vgl. Schernthanner, RZ 2005, 162.

⁵⁹⁸ Dazu ausführlich Walter, RZ 1999, 62.

⁵⁹⁹ Siehe bereits Art 131 Abs 1 Z 2 und Z 3 B-VG; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 954.

⁶⁰⁰ Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ 77.

⁶⁰¹ Vgl. dazu auch Thienel in Holoubek/Lang 136.

⁶⁰² Anders Art 132 Abs 1 Z 2 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

Rechts im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden zur rügen, wäre mE durch den Materiengesetzgeber enumerativ festzulegen. Daher wäre einer speziellen durch den einfachen Gesetzgeber festzulegende Amtsbeschwerdemöglichkeit vor möglichen Landesverwaltungsgerichten der Vorzug zu geben.

6.10. Exkurs: Kollegialbehörden richterlichen Einschlags

6.10.1. Die Zuständigkeit

Im Zusammenhang mit einer möglichen Kürzung des Instanzenzuges steht die Institution der Kollegialbehörden richterlichen Einschlags (Art 133 Z 4 B-VG).

Gem Art 20 Abs 2 B-VG (BGBl I 2008/2) können diese durch Gesetz

1. zur sachverständigen Prüfung,
 2. zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung inklusive des öffentlichen Auftragswesens,
 3. zur Entscheidung in oberster Instanz, wenn diese kollegial eingerichtet sind, ein Richter diesen angehört und deren Bescheide nicht der weiteren Abänderung oder Aufhebung im Verwaltungsweg unterliegt (Art 133 Z 4 leg cit),
 4. mit Schieds-, Vermittlungs- und Interessensvertretungsaufgaben,
 5. zur Sicherung des Wettbewerbs und Durchführung der Wirtschaftsaufsicht,
 6. für einzelne Materien des Dienst- und Disziplinarrechts,
 7. zur Leitung von Wahlen und
 8. soweit dies durch die EU maßgebend ist,
- eingerrichtet werden.

Die Z 3 leg cit und gewissermaßen auch die Z 8 leg cit bilden in dieser Aufzählung eine Unsystematik.⁶⁰³ Während in den Z 1, 2 und 4 bis 7 sogenannte „weisungsfreie Zonen“ festgehalten werden, stellt insb Z 3 lediglich auf organisatorische Kriterien ab. Somit werden mit den weisungsfreien Zonen inhaltlich Sachgebiete bestimmt, während dessen die Ermächtigung in Z 2 ohne sachliche Begrenzung wirkt. Einer Art Versteinerung der Tatbestände sollte dies aber nicht zugute kommen. Der 2. Satz des Abs 2 leg cit normiert, dass

⁶⁰³ Vgl Öhlinger, JRP 2008, 86.

der Landesverfassungsgesetzgeber (wie bisher) weitere „Kategorien“ weisungsfreier Organe schaffen kann. Insgesamt sollten diese weisungsfreien Verwaltungsbehörden aber eher die Ausnahme als die Regel bilden und daher die Tatbestände des Art 20 Abs 2 B-VG streng ausgelegt werden.

6.10.2. Das Verhältnis zu möglichen Landesverwaltungsgerichten

Vorauszuschicken ist, dass die Idee der Kollegialbehörden richterlichen Einschlags eine tiefe historische Verankerung in Österreichs Rechtssystem hat. Bereits in der Monarchie wurden „Disziplinarsachen“ von der Verwaltungsgerichtsbarkeit „abgekoppelt“.⁶⁰⁴ Dieser spezielle Behördentypus bildete schon damals eine Art Ersatz für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Trotz dieser langen österreichischen Tradition, solche Kollegialbehörden richterlichen Einschlags einzurichten, stoßen diese nicht selten auf Kritik.⁶⁰⁵ Dabei gibt oft die verfassungsgesetzliche Ermächtigung für den einfachen Gesetzgeber, die Kollegialbehörden richterlichen Einschlags von der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit auszuschließen, den Anlass zur Kritik.⁶⁰⁶ Die Art 133 Z 4-Behörden können daher durchaus als „Unikat der österreichischen Verfassungsordnung“⁶⁰⁷ bezeichnet werden.

Umso vorsichtiger müsste deshalb bei der Konturierung des Verhältnisses zwischen möglichen Landesverwaltungsgerichten und bestehenden Kollegialbehörden richterlichen Einschlags vorgegangen werden. Diese Kollegialbehörden sollen idZ im weiteren Text als Synonym für weisungsfreie mit einem Richter besetzte Verwaltungsbehörden stehen. Dass sich Kollegialbehörden einer wirklichen Beliebtheit beim (Verfassungs)Gesetzgeber erfreuen, zeigen so manche Verfassungsbestimmungen, welche in den einfachen Materiegesetzen verankert wurden. Damit möchte der Verfassungsgesetzgeber der restriktiven Linie des VfGH bei deren Einrichtung wohl entgegen.⁶⁰⁸ Der VfGH schränkt den einfachen Gesetzgeber bei der Einrichtung von Kollegialbehörden richterlichen Einschlags nämlich dahin ein, dass dieser auf die Eigenart des diesen Behörden zugewiesenen Sachbereichs abstellt. Demnach ist die Einrichtung grundsätzlich zulässig, wenn es sich um einen weitgehend neuartigen Verwaltungsbereich handelt, dessen Bewältigung neben juristischen und

⁶⁰⁴ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte⁸ 175.

⁶⁰⁵ Vgl Pernthaler, JBl 1988, 358.

⁶⁰⁶ Siehe Walter, RZ 1999, 63.

⁶⁰⁷ Frowein, JBl 2005, 616.

⁶⁰⁸ Vgl § 35 Abs 2 DSG 2000 und § 16 Abs 1 und Abs 3a E-RBG; Vgl Helige, RZ 1999, 1.

wirtschaftlichen auch **technischen Sachverstand** benötigt und weiters eine Entscheidung in „civil rights“ nach dem Verständnis des EGMR erfordert.⁶⁰⁹ Dadurch entstand aber eine regelrechte Zersplitterung des Verfassungsrechts. Insb wurde dadurch versucht, gewisse Sektoren aus der Tagespolitik auszuklammern, dies vor allem in den entstaatlichten Infrastrukturbereichen. Ein gemeinschaftsrechtliches Erfordernis dazu gibt es vor allem dann, wenn der Staat nicht nur reguliert, sondern gleichzeitig Eigentümer am Markt ist, wie etwa am Post- oder Energiemarkt.⁶¹⁰ Die vom VfGH festgelegten Schranken sind auch durch die B-VG-Nov BGBl I 2008/2 nicht korrigiert worden. Abseits der „weisungsfreien Zonen“ dürften diese Schranken daher bei der Einrichtung von weisungsfreien Administrativbehörden weiter gelten.⁶¹¹

So gilt laut VfGH⁶¹² die Ermächtigung zur Erlassung von Durchführungsverordnungen (Art 18 Abs 2 B-VG) nicht für Kollegialbehörden richterlichen Einschlags. Ob diese Jud allerdings auch für die „neuen“ weisungsfreien Zonen gilt, ist fraglich. Eine solche Annahme widerspricht aber Art 18 Abs 2 B-VG, weil dieser alle Verwaltungsbehörden – auch weisungsfreie – zur Erlassung von Durchführungsverordnungen ermächtigt.⁶¹³

Bei den Kollegialbehörden ist besonders die Komponente der Laienbeteiligung hervorzuheben. Eine solche ist der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit an sich völlig fremd. Als Beispiele für eine solche Laienbeteiligung bei den Kollegialbehörden seien die Aufgaben als Schiedsinstanz und jene als Disziplinarbehörde der gesetzlichen beruflichen Vertretungen insb der freien Berufe⁶¹⁴ genannt.

Dieser spezielle Behördentypus könnte dessen „Spezifität“ wegen grundsätzlich weiterhin bestehen bleiben.⁶¹⁵ ME müssten diese Kollegialbehörden aber in jenen Fällen durch mögliche Landesverwaltungsgerichte ersetzt werden, wo Art 6 EMRK ein unabhängiges Tribunal zur Entscheidung in der Sache verlangt.⁶¹⁶ Weiters darf aber nicht übersehen werden,

⁶⁰⁹ VfSlg 15.427.

⁶¹⁰ MaW *Damjanovic*, JRP 2007, 223 FN 13.

⁶¹¹ So *Öhlinger*, JRP 2008, 87.

⁶¹² VfGH 6. 10. 2006, G 151/05.

⁶¹³ *Öhlinger*, JRP 2008, 87.

⁶¹⁴ Vgl Ausführungen von *Benn-Ibler*, AnwBl 2007, 539 ff.

⁶¹⁵ So auch *Pichler*, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 89.

⁶¹⁶ Vgl auch *Grabenwarter*, JRP 1998, 273. Ähnlich *Damjanovic*, welche zwischen „in erster Administrativinstanz entscheidende Beschwerdeinstanz“ und „in administrative Rechtsmittelinstanz“ differenziert, JRP 2007, 228. Vgl VfSlg 10.270.

dass sich keine organisatorische Anforderung zur zwingenden Beteiligung eines Richters bei den weisungsfreien Verwaltungsbehörden nach Z 1, 2 und 4 bis 8 leg cit feststellen lässt.⁶¹⁷ Ein solch zwingendes Einrichtungskriterium müsste wohl verfassungsgesetzliche hinzugefügt werden.

In den Fällen in denen diese weisungsfreien Verwaltungsbehörden durch mögliche Landesverwaltungsgerichte ersetzt werden sollten, ist aber auch zu beachten, dass die hohe Sachkenntnis, über die die derzeitigen Mitglieder der Kollegialbehörden verfügen, ein schweres Erbe für mögliche Landesverwaltungsgerichte sein dürfte.⁶¹⁸ Durch diesen hohen Sachverstand vermitteln diese Behörden derzeit sehr viel an „Bürgernähe“, welche mitunter ein nicht zu unterschätzender Parameter in einer möglichen Verwaltungsreform sein dürfte.⁶¹⁹

6.10.2. „Beschwerdeinstanz in erster Administrativinstanz“

Würden die Kollegialbehörden, die funktionell als „Beschwerdeinstanz in erster Administrativinstanz“ (zB Datenschutzkommission)⁶²⁰ zusätzlich tätig sind, nicht in mögliche Landesverwaltungsgerichte eingegliedert werden⁶²¹, könnte bei solchen weisungsfreien Verwaltungsbehörden verfassungsgesetzlich vom Erfordernis eines richterlichen Mitgliedes abgesehen werden, woraufhin die derzeitigen strengen Verfahrensanforderungen⁶²² ihrer Grundlagen entbehren würden.⁶²³

Anschließend stellt sich die Frage, ob der Rechtszug von den weisungsfreien Verwaltungsbehörden, welche dann unter Umständen bestehen gelassen bliebe, an den VwGH anschließen sollte.⁶²⁴ Nach derzeitiger Rechtslage gilt die verfassungsgesetzliche Option für den einfachen Gesetzgeber (Art 133 Z 4 B-VG), über den Rechtszug an den VwGH zu

⁶¹⁷ Öhlinger, JRP 2008, 88. AA Damjanovic, JRP 2007, 225.

⁶¹⁸ Vgl die Stellungnahme des „Ring der Industrie-Patentingenieure Österreichs“, in 88/SN-94/ME 23. GP 3 auf www.parlinkom.gv.at.

⁶¹⁹ So auch Kopetz, JRP 2007, 245.

⁶²⁰ Siehe Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004) 80 (85).

⁶²¹ Vgl Damjanovic, JRP 2007, 225.

⁶²² Siehe Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 187, 290; Vgl VfSlg 16.572.

⁶²³ So Grabenwarter, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* 656.

⁶²⁴ So Erläuterungen zu Z 15 (Art 130), bei Grabenwarter, in 55/GRUND-K 11 auf www.konvent.gv.at. Ähnlich Erläuterungen zu Art I Z 3 (Art 129a Abs 3) bei Pernthaler/Rath-Kathrein, JBl 1989, 613.

disponieren, lediglich für die Bescheid- und Säumnisbeschwerde.⁶²⁵ Eine Alternative zum direkten Rechtszug an den VwGH wäre ein Rechtszug an mögliche Landesverwaltungsgerichte.⁶²⁶ ME sollte die Möglichkeit einer Säumnisbeschwerde verfassungsgesetzlich an mögliche Landesverwaltungsgerichte zwingend festgelegt werden. Ich bin der Auffassung, dass ein Rechtszug iS einer Bescheidbeschwerde aber Sache des einfachen Gesetzgebers sein sollte. Somit wäre in diesen Fällen der VwGH überhaupt nicht und mögliche Landesverwaltungsgerichte nur dann mit einer Beschwerde konfrontiert, wenn einfachgesetzlich eine Beschwerdemöglichkeit an diese normiert würde. Sollte der einfache Gesetzgeber aber einen Rechtszug von diesen weisungsfreien Verwaltungsbehörden („Beschwerdeinstanzen in erster Administrativinstanz“) an mögliche Landesverwaltungsgerichte festlegen, dann müsste verfassungsgesetzlich der weitere Rechtszug an den VwGH ausgeschlossen werden. Dies könnte dadurch erfolgen, dass verfassungsgesetzlich normiert wird, dass „wenn der einfache Gesetzgeber einen Rechtszug von der weisungsfreien Verwaltungsbehörde an das Landesverwaltungsgericht eingerichtet hat, entfällt in diesem Fall der weitere Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof.“ Dies deshalb, weil anderenfalls eine Instanzenzugsverlängerung und weiters auch eine zusätzliche Belastung des VwGH die Folge wären. Demzufolge könnte mit der einfachgesetzlichen Normierung eines Rechtszuges von diesen weisungsfreien Verwaltungsbehörden an mögliche Landesverwaltungsgerichte der Rechtszug an den VwGH ausgeschlossen werden.

6.10.4. „Administrative Rechtsmittelinstantz“⁶²⁷

In Fällen in denen die Kollegialbehörden richterlichen Einschlags in mögliche Landesverwaltungsgerichte zu integrieren wären, stünde sowieso ein weiterer Rechtszug an den VwGH, beschränkt durch das Ablehnungsmodell, zu.

⁶²⁵ VwSlg 2636; VwGH 21. 9. 1994, 94/01/0060; 22. 4. 1998, 98/12/0072. *Grabenwarter* verzichtet auf die Dispositionsermächtigung für den einfachen Gesetzgeber, in 55/GRUND-K 11 aaO.

⁶²⁶ Für einen grundsätzlichen Ausschluss der Kontrolle, vgl. Erläuterungen zu Z 15 (Art 130), bei *Grabenwarter*, in 55/GRUND-K 11 auf www.konvent.gv.at; vgl. auch Art 132 Z 4, bei *Kostelka*, in 53/GRUND-K 3 aaO; ebenso *Kostelka/Khol*, die aber insb im Grundverkehrsrecht (vgl. *Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht⁶ 393) eine zwingende Beschwerdemöglichkeit an die Landesverwaltungsgerichte vorsehen, in 52/GRUND-K 6 und 13 aaO.

⁶²⁷ *Damjanovic*, JRP 2007, 228.

6.11. Mein Vorschlag:

(zu Art 130 – Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte)

„Artikel 130. (5) Von der Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte sind Beschwerden gegen Bescheide in Angelegenheiten ausgeschlossen, über die in oberster Instanz die Entscheidung einer weisungsfreien Verwaltungsbehörde, deren Entscheidungen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen und nicht die Anrufung des zuständigen Landesverwaltungsgerichts ausdrücklich für zulässig erklärt ist. Soweit der Rechtszug von einer weisungsfreien Verwaltungsbehörde an das zuständige Landesverwaltungsgericht einfachgesetzlich normiert ist, ist der weitere Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen.“

[...]

[Ablehnungsmodell]

„Artikel 133. (1) Der Verwaltungsgerichtshof erkennt über:

1. Beschwerden gegen Entscheidungen⁶²⁸ der Landesverwaltungsgerichte wegen Rechtswidrigkeit;
2. Beschwerden wegen der Verletzung der Entscheidungspflicht durch die Landesverwaltungsgerichte.

(2) Der Verwaltungsgerichtshof kann die Beschwerde nach Abs 1 Z 1 ablehnen, wenn

⁶²⁸ Damit sollen nur hoheitliche, rechtsgestaltende und außenwirksame Akte der möglichen Landesverwaltungsgerichte gemeint sein, weshalb vor allem generelle Rechtsakte möglicher Landesverwaltungsgerichte (zB betreffend Geschäftsverteilung, Geschäftsordnung) und interne Verfügungen, privatrechtliche Akte im Rahmen der Justizverwaltung (zB Beschaffungswesen) nicht vor dem VwGH angefochten werden könnten, *Thienel in Holoubek/Lang* 136 ff. Streitigkeiten aus vertraglichen Dienstverhältnissen fallen den ordentlichen Gerichten zu (VfSlg 8830/1980), weshalb auch gegen privatrechtliche Akte gegen vertraglich Bedienstete keine Anfechtung vor dem VwGH möglich ist. Welche verfahrensrechtliche Entscheidungen möglicher Landesverwaltungsgerichte wie – gemeinsam mit der verfahrensbeendenden Entscheidung oder separat – angefochten werden können, hätte der Bundesgesetzgeber als (umfassender) Verfahrensgesetzgeber zu regeln, *Thienel* aaO 141. Zur Zuständigkeit der Regelung des Verfahrensrechtes, siehe weiter unten.

1. die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insb weil das Landesverwaltungsgericht von der Rsp des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rsp fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird;
2. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der landesverwaltungsgerichtlichen Entscheidung vorliegen.

(3) Hat der einfache Gesetzgeber in den Fällen des Art 130 Abs 5 die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte ausdrücklich geregelt, dann ist eine Beschwerde gegen Entscheidungen der Landesverwaltungsgerichte wegen Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.

(4) Von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen sind Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes fallen.

7. Die Mitglieder der Landesverwaltungsgerichte

Da die Einführung von Landesverwaltungsgerichten ein Novum in der österreichischen Bundesverfassung bedeuten würde, ist es auch angebracht, sich grundlegende Gedanken über deren mögliche Besetzung zu machen. Eine Parallele zum VwGH kann dabei zwar gezogen werden, eine Art begriffliche Gleichsetzung mit dem VwGH sollte jedoch unterlassen werden. Dem VwGH und seinen Mitgliedern sollte daher die „Höchstgerichtlichkeit“ auch begrifflich immanent bleiben.⁶²⁹

Um sich der rechtlichen Ausgestaltung der Stellung der Entscheidungsträger in möglichen Landesverwaltungsgerichten widmen zu können, ist mE vorerst ein Blick auf die Rechtsstellung der Mitglieder der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern und auf die rechtliche Stellung der Mitglieder des VwGH zu werfen. Meiner Ansicht nach bilden diese den Ausgangspunkt der Mitglieder in den möglichen Landesverwaltungsgerichten.

7.1. Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern

⁶²⁹ Vgl auch *Kobzina*, ÖJZ 1990, 72.

Die Einführung der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern mit der B-VG-Novelle 1988⁶³⁰ als Verwaltungsbehörde der „besonderen“ Gattung erfolgte, um den Anforderungen der EMRK gerecht werden. Die politischen Instanzen waren kaum bereit vollends deren Machtposition abzutreten, also der Einführung einer echten Landesverwaltungsgerichtsbarkeit zuzustimmen. Deshalb musste man sich mit einem Kompromiss zufrieden geben. Die bei dieser „Minimallösung“ entstandenen Verwaltungsbehörden waren aber nicht so einfach zu definieren, insb stellten diese ein Novum in der österreichischen Behördenorganisation dar.⁶³¹ Die UVS sind keine Gerichte iSd B-VG, sondern **„gerichtsähnlich organisierte Verwaltungsbehörden“** (vgl auch Art 130 Abs 1 und 144 Abs 1 B-VG: „Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate“).⁶³² Die UVS entscheiden „nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges“ (vgl Art 129a B-VG), weshalb es sich auch nicht damit argumentieren lässt, dass die UVS den erstinstanzlich entscheidenden Verwaltungsbehörden organisatorisch nachgeordnet wären. Die UVS haben demnach absolut keine Weisungsbefugnis gegenüber den Behörden, dessen Entscheidung sie überprüfen. Im Umkehrschluss folgt, dass diese auch nicht „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“ sind.⁶³³ Aber diese sind nicht nur selbst keine „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“, sondern es ist den UVS auch keine solche übergeordnet. Die LReg als oberste Verwaltungsbehörde des Landes (Art 19 Abs 1 B-VG) hat den UVS „bei Besorgung der ihnen nach den Art 129a und 129b [B-VG] zukommenden Aufgaben“ keine Weisungen zu geben. Aus fachlicher Hinsicht ist die LReg aber befugt, Weisungen zu erteilen.⁶³⁴ **„Fachlich“** ist demgemäß im Sinne von „innerer Dienst“ zu verstehen.⁶³⁵

7.1.1. Mitglieder der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern

⁶³⁰ BGBl 685/1988.

⁶³¹ Mayer, in: Mayer/Stöberl, ÖJZ 1991, 257 f.

⁶³² VfSlg 14.164.

⁶³³ Mayer, Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, in: Walter (Hrsg), Verfassungsänderungen 1988 (1989) 87.

⁶³⁴ Mayer, Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, in: Walter (Hrsg), Verfassungsänderungen 1988 (1989) 91 ff und 95 ff.

⁶³⁵ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 927/3; vgl § 5 Abs 1 G über den UVS NÖ: „Im übrigen stehen sie unter der Leitung der Landesregierung.“.

7.1.1.1. Organe, Anzahl, Ausstattung und Befristung

Art 129b Abs 1 B-VG normiert die grundsätzliche Organisation der UVS in Form von einem Vorsitzenden, einem stellvertretenden Vorsitzenden und der erforderlichen Zahl von sonstigen Mitgliedern. Dem Vorsitzenden obliegt die Einheitlichkeit der Rsp des UVS zu wahren. Demzufolge hat er zu diesem Zweck eine Evidenzstelle einzurichten, um die Übersichtlichkeit der ergangenen UVS-Entscheidungen zu gewährleisten.⁶³⁶ Die Konkretisierung der Personal- und auch Sachausstattung (arg: „erforderliche“) obliegt aber den jeweiligen Ämtern der Landesregierung als zuständige Geschäftsapparate (sic!).⁶³⁷ Hier liegt ein viel kritisierter Punkt. Denn die personelle und sachliche Ausstattung kann als entscheidende „Schnittstelle“⁶³⁸ erachtet werden, über welche ein wesentlicher Einfluss ausgeübt werden kann. ME wäre hier mit der Vollversammlung ein UVS-internes Organ zu betrauen, damit die volle Unabhängigkeit gewährt werden kann.

Des weiteren bestimmt Art 129b Abs 1 B-VG, dass deren Mitglieder von der jeweiligen LReg für mindestens 6 Jahre zu ernennen sind und wenigstens der vierte Teil Berufsstellungen des Bundes entnommen werden soll.⁶³⁹ Die LReg ist bei der Ernennung nicht gebunden und diese umfassende Ernennungsbefugnis kann auch nicht durch einfaches (Landes)Gesetz eingeschränkt werden.⁶⁴⁰ Dem steht auch nicht entgegen, wenn durch Landesgesetz geregelt ist, dass der Bewerbung eine öffentliche Ausschreibung zur allgemeinen Bewerbung um die Stelle sowie deren Kundmachung vorgeschrieben ist (vgl § 3 Abs 3 G über den UVS NÖ). Auch die der Vollversammlung eingeräumte Beschlussfassungsermächtigung über die Stellungnahme zu einer Qualifikation eines Bewerbers, sowie über die Erstattung des Vorschlages zur unbefristeten Ernennung (vgl § 6 Abs 2 Z 4 G über den UVS NÖ) tut dieser uneingeschränkten Entscheidungskompetenz der LReg keinen Abbruch. Die Unbefristetheit der Bestellung wurde zunächst nur vom Land Oberösterreich normiert.⁶⁴¹ Sie kann aber nunmehr in allen Bundesländern als Grundsatz erachtet werden.⁶⁴² Die befristete Bestellung kann aber darüber hinaus den vom EGMR geforderten

⁶³⁶ Vgl § 8 Abs 3 G über den UVS NÖ.

⁶³⁷ *Grof*, ZUV 2003, 60 f.

⁶³⁸ *Aistleitner*, ZUV 2005, 53.

⁶³⁹ Kritisch *Frowein*, JBl 2005, 615.

⁶⁴⁰ *Stöberl*, in: *Mayer/Stöberl*, ÖJZ 1991, 264.

⁶⁴¹ *Schmied*, in: *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz heute – morgen – gestern, FS Machacek/Matscher (2008) 413.

⁶⁴² Vgl Redaktion, UVSaktuell 2007, 77; ebenso VfSlg 14.939. Vgl *Grof*, in: *Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 235.

„äußere Anschein“ der Unabhängigkeit beeinträchtigen.⁶⁴³ Eine Ernennung ist deshalb aber nicht schon ex lege unbefristet, sondern es bestehen manchmal lediglich Möglichkeiten in eine unbefristete Ernennung umzuwandeln (vgl § 3 Abs 4 G über den UVS NÖ). Bei den heutigen UVS kann also von einer durchwegs unbefristeten Bestelldauer gesprochen werden. Eine bereits verfassungsgesetzlich unbefristete Ernennung hätte aber eine direkte (formale) Auswirkung auf den Bestand des UVS. Denn würde in diesem Fall ein unbefristet ernanntes UVS-Mitglied durch einfaches Gesetz seines Amtes enthoben, würde aufgrund des Vertrauensschutzes eine besondere sachliche Rechtfertigung dieses Vorgehens benötigt.⁶⁴⁴

Die UVS weisen aber eine sogenannte institutionelle Garantie „auf Umwegen“⁶⁴⁵ auf. Diese sind zwar nicht durch das B-VG selbst, sondern erst durch die entsprechenden Landesgesetze eingerichtet worden. Sollte aber ein solches Einrichtungsgesetz beseitigt werden, hätte der VfGH auf Antrag bzw von Amts wegen (vgl Art 140 Abs 1 B-VG) diesen Akt der Beseitigung aufzuheben. Damit würde wieder das Einrichtungsgesetz, das durch das aufgehobene Gesetz verdrängt wurde, in Kraft treten (vgl Art 140 Abs 6 B-VG).

7.1.1.2. Weisungsfreiheit, Enthebung, Rechtskundigkeit und Aufgabenzuweisung

7.1.1.2.1. Weisungsfreiheit

Art 129b Abs 2 B-VG legt die sachliche Weisungsfreiheit und die Bedingung der Geschäftsverteilung auf die Mitglieder im Voraus fest. – Es wird das Prinzip der festen Geschäftsverteilung normiert (vgl Art 87 Abs 3 Satz 1 B-VG). Art 87 Abs 3 spricht dabei von „Geschäften“, wobei damit aber nicht alle „gerichtlichen Geschäfte“ iSd Art 87 Abs 2 B-VG (also sowohl Justizverwaltungssachen als auch richterliche Geschäfte), sondern allein die „richterlichen“ Geschäfte, also die Geschäfte darunter zu verstehen sind, welche der Richter aufgrund verfassungsgesetzlicher oder einfachgesetzlicher Bestimmung in Ausübung seines richterlichen Amtes zu besorgen hat.⁶⁴⁶ Dem Prinzip der festen Geschäftsver-

⁶⁴³ VfGH 27. 11. 2006, B 1258/06.

⁶⁴⁴ Vgl die Bestandsgarantie des UBAS, in *Grof*, ZUV 2003, 60.

⁶⁴⁵ *Grof*, ZUV 2003, 59 f.

⁶⁴⁶ Ausführlich *Piska*, Geschäftsverteilung (1995) 80 ff.

teilung sind demnach alle „richterlichen“ Geschäfte im Voraus zu verteilen, eine Ausnahme bestimmter richterlicher Geschäfte wäre daher verfassungswidrig (Prinzip der vollständigen Verteilung in sachlicher Hinsicht).⁶⁴⁷

Obwohl die Bundesverfassung die Zuständigkeit zur Geschäftsverteilung unbeantwortet lässt, wird in den landesgesetzlichen Regelungen durchwegs die Vollversammlung dafür als kompetent erklärt. Der Salzburger Gesetzgeber hat weiters etwa die Weisungsfreiheit auf Bereiche – welche der Vollversammlung zur Erledigung zugewiesen werden – wie Amtsenthebung, Geschäftsverteilung, Geschäftsordnung und Tätigkeitsbericht ausgedehnt (vgl § 5 G über den UVS Salzburg). Diese Bestimmung erging in Form einer Landesverfassungsbestimmung. Das scheint verfassungsrechtlich unbedenklich, da die bundesverfassungsgesetzliche Weisungsfreistellung als Mindestmaß aufgefasst werden könnte.⁶⁴⁸ Zu beachten ist, dass dieser Personalsenat, die diesem gesetzmäßig übertragenen Geschäftsverteilungsbefugnisse nicht an den Präsidenten des UVS übertragen darf, da Art 87 Abs 3 B-VG die Besorgung der Geschäftsverteilung ausdrücklich durch „Senate“ normiert und eine solche (verfassungswidrige) Übertragung der Geschäftsverteilungsbefugnisse außerdem dem Prinzip „Die delegierte Gewalt kann nicht weitergeleitet werden – potestas delegata non delegatur“ widerspräche.⁶⁴⁹

Durchaus wäre es im technischen Sinne besser, nur die über Art 129b Abs 2 B-VG hinausgehende Weisungsfreistellung durch Landesverfassungsgesetz zu regeln. Eine wesentliche Stärkung der Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist aber mit der Jud zu konstatieren.⁶⁵⁰ Der VfGH-Leitsatz: „Aufhebung der die Weisungsgebundenheit des Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes gegenüber dem Bundeskanzler begründenden Vorschrift des VwGG betreffend Personalangelegenheiten wegen Widerspruchs zum verfassungsmäßig festgelegten Kontrollsystem des B-VG bezüglich der gesamten öffentlichen Verwaltung“ hat mancher Ansicht nach auch für Behörden, welche die Verwaltung ausschließlich kontrollieren Bedeutung. Diese Ansicht könnte auf die Generalklausel in Art 129 B-VG gestützt werden (vgl VfSlg 8202).⁶⁵¹ Dieser Ansicht folgt, dass das Kontrollsystem des B-VG keinen effektiven Eingriff eines kontrollierten Organs in die Funktion eines

⁶⁴⁷ Piska aaO.

⁶⁴⁸ Stöberl, in: Mayer/Stöberl, ÖJZ 1991, 265.

⁶⁴⁹ Piska, Geschäftsverteilung (1995) 152 f; Walter, Die Geschäftsverteilung und das Recht auf das Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, JBl 1964, 173.

⁶⁵⁰ VfSlg 15.762.

⁶⁵¹ Vgl Grof, ZUV 2003, 62.

Kontrollierenden zulässt, da dies die Aussetzung des Kontrollgedankens bedeuten würde.⁶⁵²

7.1.1.2.2. Enthebung

Während der Bestelldauer dürfen die Senatsmitglieder nur in den landesgesetzlich bestimmten Fällen ihres Amtes enthoben werden (Abs 3). Hier herrscht eine relativ homogene Regelung in den Ländern vor. In Betracht kommen etwa das Ersuchen auf Amtsenthebung, der Verlust der Dienstfähigkeit, die Entlassung per Disziplinarentscheidung, der Amtsverlust gem § 27 StGB, der Verlust der österreichischen Staatsangehörigkeit oder aber auch das Widersetzen gegen Art 129b Abs 4 B-VG (unvereinbare Nebentätigkeit).⁶⁵³ Kommt es zu keiner Amtsenthebung, endet die Amtsdauer ex lege durch Zeitablauf.

7.1.1.2.3. Rechtskundigkeit

Der Abs 4 verlangt die Rechtskundigkeit der Mitglieder und verbietet die Ausübung der mit dem Amt unvereinbaren Tätigkeiten. Diese Bestimmung ist richtig dahin zu verstehen, dass der Landesgesetzgeber befugt ist, weitere Qualifikationserfordernisse zu normieren. Es handelt sich dabei um eine verfassungsrechtliche Mindestanforderung.⁶⁵⁴ § 3 Abs 6 Z 2 G über den UVS NÖ regelt dies dergestalt, dass ein Mitglied durch mindestens fünf Jahre einen Beruf ausgeübt haben muss, für den der Abschluss dieser Studien vorgeschrieben ist oder der jene Kenntnisse und Erfahrungen vermittelt hat, die für die Tätigkeit eines Mitgliedes des unabhängigen Verwaltungssenates erforderlich sind. Damit wird eine spezielle Berufserfahrung gefordert. IdZ von Interesse ist mE der Vergleich zum UFS. Dort wird in § 3 Abs 7 UFS-G normiert, dass der Vorsitzende des UFS neben dem Abschluss eines Studiums der Rechts-, Staats- oder Wirtschaftswissenschaften in den fünf geforderten Praxisjahren in Verwaltung, Rechtsprechung, Wissenschaft oder Parteienvertretung drei Jahre zweitinstanzliche oder höchstgerichtliche Abgaben- oder Finanzstrafverfahren geführt haben muss. Hier wird also speziell für den Vorsitzenden eine erhöhte Anforderung an dessen

⁶⁵² Vgl auch *Ennöckls* Kritik an Art 134 Abs 8 des 94/ME 23. GP, in JRP 2007, 259.

⁶⁵³ Vgl *Stöberl* aaO 266.

⁶⁵⁴ *Mayer*, in: *Mayer/Stöberl*, ÖJZ 1991, 260.

Qualität bestimmt, was mE auch für einen UVS-Vorsitzenden zu übernehmen wäre, obwohl die Vorsitzendenstellung beim UFS „autoritärer“ als bei den UVS ausgestaltet ist.⁶⁵⁵ An den Vorsitzenden des UVS wären mE höhere Anforderungen zu stellen. Meine Ansicht leite ich daraus ab, dass der Vorsitzende neben dem Hinwirken auf eine einheitliche Entscheidungspraxis Leiter der Evidenzstelle ist, zusätzlich den Dienstbetrieb zu regeln hat und verantwortlich für die Führung der Dienstaufsicht ist. Weiters hat der UVS-Vorsitzende vor allem die ordnungsgemäße Vertretung des UVS nach außen zu gewährleisten. Das Bild, das der UVS nach außen abgibt, ist somit wesentlich vom Vorsitzenden geprägt. Dieser hat weiters den Vorsitz der Vollversammlung inne und muss auch diese als Organ nach außen vertreten. Der UVS-Vorsitzende ist mE die „Verbindungsstelle“ zum VwGH in personam.

In Zusammenhang mit der Unvereinbarkeit ist weiters die Regelung einer „Mischverwendung“ im Verfassungsgesetz klar und deutlich ausgeformt.⁶⁵⁶ Manche landesgesetzliche Dienstrechtsregelungen sehen die Dienstfreistellung ex lege im Zuge der Ernennung zum UVS-Mitglied vor.⁶⁵⁷ Damit die UVS-Mitglieder beim Ausüben einer Nebentätigkeit aber nicht der totalen Ungewissheit ausgeliefert sind, schreibt zB § 4 Abs 3 G über den UVS NÖ vor, dass solche Tätigkeiten unverzüglich dem Vorsitzenden zu melden sind und idZ die Vollversammlung festzustellen hat, ob die Tätigkeit mit der Ausübung des Amtes vereinbar ist oder nicht. Gegen diese Entscheidung ist aber kein Rechtsmittel gegeben, was meiner Ansicht nach auch bedenklich erscheint, insb dann, wenn das Ausüben einer Nebentätigkeit aus einer politischen Motivation herrührt und eine solche Tätigkeit mit unzureichender Begründung von der Vollversammlung als unvereinbar festgestellt wird.

7.1.1.2.4. Aufgabenzuweisung

Ob in den den UVS zugewiesenen Angelegenheiten durch ein einzelnes Mitglied oder durch mehrere Mitglieder entschieden werden soll, wird durch BG geregelt (Abs 5). Gem § 67a Abs 1 AVG haben die UVS über Berufungen, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, durch 3-Mitglieder-Kammern und über Beschwerden gegen faktische Amts-

⁶⁵⁵ Vgl *Grof*, ZUV 2003, 59.

⁶⁵⁶ Befürwortend *Mayer*, in: *Mayer/Stöberl*, ÖJZ 1991, 260.

⁶⁵⁷ Vgl § 17 Abs 4 G über den UVS NÖ.

handlungen (ebenso bei Berufungen gegen verfahrensrechtliche Bescheide) durch Einzelmitglied zu entscheiden. Nach § 51 c VStG ist im Verwaltungsstrafverfahren, soweit nicht anderes gesetzlich bestimmt wird, eine 3-Mitglieder-Kammer zuständig, wenn eine primäre Freiheitsstrafe oder eine € 2.000,00 übersteigende Geldstrafe verhängt wird. In allen anderen Fällen ist die Zuständigkeit eines Einzelmitgliedes gegeben.⁶⁵⁸

7.1.1.2.5. Kompetenz zur Regelung des Dienstrechts

Die Länder sind bei der Gestaltung der jeweiligen Verwaltungssenate aber nicht nur „stille Beobachter“, sondern diese haben gem Art 129b Abs 6 B-VG sowohl die Organisation der UVS, als auch das Dienstrecht deren Mitglieder zu regeln. Dass die Kompetenz zur Regelung des Dienstrechts eine äußerst entscheidende sein würde, wurde bereits bei Einführung der UVS erkannt.⁶⁵⁹ Die Senatsmitglieder haben demnach in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zum Land zu treten! *Stöberl* erteilt deshalb der Ansicht mancher Länder, wonach es möglich sei, dass Senatsmitglieder trotz Bestellung(sakt) uU noch immer keine Landesbedienstete sein können, eine klare Absage. Seiner Meinung nach tritt dieses öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis mit dem Bescheid der Bestellung in Kraft (vgl § 12 Abs 3 Stmk L-DBR: „Das öffentlich rechtliche Dienstverhältnis wird durch Ernennung begründet [...] Der Ernennungsbescheid ist [...] zuzustellen“).⁶⁶⁰

Die Kehrseite der Medaille besteht aber darin, dass neun voneinander unabhängige Ausgestaltungen des Dienstrechts für die Einheitlichkeit nicht förderlich sind. So sieht zB das oö Verwaltungssenatgesetz in seinem § 3 Abs 4 Z 4 vor, dass UVS-Mitglied nur werden kann, wer die Prüfung, die für die Ausübung eines Rechtsberufes staatlich anerkannt ist, erfolgreich abgelegt hat oder auf dem Gebiet des Verfassungsrechts, des Verwaltungsrechts oder des Strafrechts erfolgreich habilitiert hat. Weiters wird eine Berufspraxis von mindestens 5 Jahren gefordert, für welche die Vollendung des rechtswissenschaftlichen

⁶⁵⁸ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 509.

⁶⁵⁹ *Mayer*, in: *Mayer/Stöberl*, *ÖJZ* 1991, 260.

⁶⁶⁰ Siehe *Stöberl* aaO 264; ebenso § 169 Abs 2 Bgld Landesbeamten-Dienstrechtsgesetz 1997.

Studiums Voraussetzung ist.⁶⁶¹ In Salzburg wird hingegen nur eine 4-jährige Berufspraxis gefordert.⁶⁶²

7.1.1.3. Sukkus

Aufgrund dieser Einflussmöglichkeiten durch die jeweiligen Länder konnten in den ersten Jahren nach der Einführung der UVS noch einige Absichten vernommen werden, durch personal-, dienst- und besoldungsrechtliche Maßnahmen eine Abhängigkeit des Entscheidungsträgers zu schaffen.⁶⁶³ Dieser Umstand muss bei der Regelung der Rechtsstellung möglicher Landesverwaltungsgerichtsmitglieder bedacht werden. Die heutigen UVS in den Ländern verstehen sich aber nun als emanzipierte und unabhängige Institution, die allseits anerkannt sei. Bei den UVS ist man der Ansicht, dass eine eventuelle Einrichtung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit keine Systemänderung sondern das Resultat eines beendeten Entwicklungsprozesses wäre. Dies sollte demnach auch in der Bundesverfassung seine Anerkennung finden. Dafür werden etwa das Prinzip der festen Geschäftsverteilung, die Unabsetzbarkeit bzw Amtsenthebung deren Mitglieder, die Antragsermächtigung zu Normenkontrolle (vgl Art 89 B-VG) und die Vorlageberechtigung zur Vorabentscheidung durch den EuGH (Art 234 EG) ins Treffen geführt.⁶⁶⁴ ME darf aber nicht übersehen werden, dass die UVS-Mitglieder rechtlich gesehen eben keine Richter iSd Bundesverfassung sind. Deren Unabhängigkeit ist nicht dadurch umfassend garantiert, dass deren lebenslange Bestelldauer nur einfachgesetzlich gewährt wird. Trotzdem kann mE pauschal behauptet werden, dass die UVS materiell gesehen grundsätzlich als Gerichte, staatsorganisatorisch jedoch als weisungsfreie Verwaltungsbehörden angesehen werden können.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ Vgl Bgld Landesbeamten-Dienstrechtsgesetz 1997 in § 168.

⁶⁶² § 3 Abs 3 lit e) des G über den UVS Salzburg.

⁶⁶³ Vgl *Königshofer*, UVSaktuell 2007, 163; Redaktion, in ZUV 2003, 2. Siehe auch *Schmied*, in *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek/Matscher (2008) 413.

⁶⁶⁴ Redaktion, UVSaktuell 2007, 78. AA *Kobzina*, ÖJZ 1990, 69 ff; *derselbe*, JBl 1993, 209 und 211 f; *Jabloner*, JBl 2001, 141.

⁶⁶⁵ Auch *Schmied*, in *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek/Matscher (2008) 413.

7.2. Die Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes

Gem Art 134 Abs 1 B-VG besteht der VwGH aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl von sonstigen Mitgliedern. Die ausreichende Besetzung ist somit verfassungsrechtlich verankert. § 4 VwGG legt eine bestimmte Rangordnung fest. Der Präsident ist mit den Leitungsaufgaben betraut. Dieser hat den Dienstbetrieb näher zu regeln und es obliegt diesem die Dienstaufsicht über das gesamte Personal. Der Präsident fungiert in der Justizverwaltung des VwGH als weisungsfreies „oberstes Organ“.⁶⁶⁶ Dem Präsidenten „lediglich“ die Diensthöhe zuzusprechen, wäre demnach zu einschränkend formuliert.⁶⁶⁷ Der Präsident steht in der Verantwortung auf eine möglichst einheitliche Judikatur beim VwGH zu achten (vgl § 9 VwGG). Für die Erfüllung dieser Aufgabe dient die Einrichtung des Evidenzbüros (§ 17 VwGG). Dem Evidenzbüro kommen Aufgaben zu, wie etwa die übersichtliche Karteierfassung der Erkenntnisse und Beschlüsse des VwGH, VfGH und OGH samt deren Rechtsanschauungen, sowie das Sammeln von einschlägigem Schrifttum und die Beantwortung von Anfragen seitens der VwGH-Mitglieder (vgl Art 6 VwGO). § 8 VwGG normiert die Vertretung des Präsidenten bei dessen Verhinderung. Demnach wird der verhinderte Präsident durch den Vizepräsidenten des VwGH vertreten. Kann dieser die Vertretung nicht übernehmen, dann wird der VwGH-Präsident vom Ältesten im Range in Wien ansässigen VwGH-Mitglied vertreten. Diese „Wiener Vertretungsregel“ ist zwar aus Zweckmäßigkeitserwägungen legitimiert, scheint aber mE die föderale Komponente, in Form der anderen Mitglieder aus den Ländern, völlig beiseite zu lassen.

7.2.1. Ernennung

Gem Art 134 Abs 2 B-VG werden die Mitglieder vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der BReg ernannt. Der Bundespräsident ist gem Art 67 Abs 1 B-VG an den Vorschlag der BReg gebunden, kann aber auch keinen der vorgeschlagenen Kandidaten ernennen.⁶⁶⁸ Die Vorschläge der BReg gründen, soweit diese nicht die Position des Präsidenten und des Vizepräsidenten betreffen, auf Dreivorschlägen der Vollversammlung des VwGH. Dies stellt das sogenannte „Selbstergänzungsrecht“ des VwGH dar. Die Vorschläge der Vollver-

⁶⁶⁶ VfSlg 8202.

⁶⁶⁷ So aber Art 134 Abs 8 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at; kritisch Ennöckl, JRP 2007, 259.

⁶⁶⁸ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 636.

sammlung sind bindend.⁶⁶⁹ Gelegentlich wird gefordert, dass der Vorschlag der Vollversammlung alle VwGH-Mitglieder umfassen sollte, also auch die Position des Präsidenten und Vizepräsidenten.⁶⁷⁰

7.2.2. Qualifikation

Art 134 Abs 3 B-VG fordert, dass alle Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes das Studium der Rechtswissenschaften oder die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien abgeschlossen und bereits durch mindestens zehn Jahre eine Berufsstellung bekleidet haben, für die der Abschluss dieser Studien vorgeschrieben ist. Ein abgeschlossenes Doktoratsstudium ist aber nicht Bedingung.⁶⁷¹ Demnach wird bei Anwälten, Notaren und Richtern die Ausbildungszeit eingerechnet.⁶⁷² Wenigstens der dritte Teil der Mitglieder muss aber laut Gesetz die Befähigung zum Richteramt⁶⁷³ haben, wenigstens der vierte Teil soll aus Berufsstellungen in den Ländern, womöglich aus dem Verwaltungsdienst der Länder, entnommen werden. Diese Länderquote ist mE ganz im Sinne einer bundesstaatlichen Organisation der Gerichtshofes und dürfte den Zweck haben die zentrale Ausrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit etwas abzufedern. Dass das älteste in Wien ansässige VwGH-Mitglied aber zur Vertretung des VwGH-Präsidenten dann ermächtigt ist, wenn der Vize-Präsident verhindert ist, liegt aber mE wie bereits erwähnt mit dieser „Länderquote“ im Widerspruch. Gelegentlich wird auch von einer „verfassungsgesetzlich positivierten Rücksichtnahme auf Länderinteressen“ gesprochen.⁶⁷⁴ Lediglich der Wortlaut (arg: „soll“) wird zT kritisiert, da dieser nur ein Ermessen für die Besetzung mit Landesbeamten normiert.⁶⁷⁵ Zu beachten ist aber, dass sich neben diesen „Mindestanforderungen“ erweiterte – nicht verfassungsgesetzlich oder einfachgesetzlich normierte – Kriterien für die Ernennung zum Verwaltungsge-

⁶⁶⁹ Lanner, Kodex Verfassungsrecht zu Art 134 Abs 2 B-VG, FN 2.

⁶⁷⁰ So Pichler, der einen Personalsenat aufgrund einer vorangehenden Verhältniswahl (vgl. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 312) vorschlägt, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 89.

⁶⁷¹ MwN Lienbacher, ZfRV 1990, 89.

⁶⁷² Lienbacher, ZfRV 1990, 89.

⁶⁷³ Vgl. Olechowski, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 134 (136).

⁶⁷⁴ So Jabloner, in: Schäffer (Hrsg), Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Koja (1998) 250.

⁶⁷⁵ Vgl. Lienbacher, ZfRV 1990, 90. Auch Vertragsbedienstete einschließend, Art 135h des BKA-Entwurfs, in 54/GRUND-K 11 auf www.konvent.gv.at.

richtshofmitglied herausgebildet haben. So schlägt die BReg in der Praxis Kandidaten vor, welche neben der Erfüllung der Mindestanforderungen auch eine bestimmte (hohe) Position erreicht haben und sich etwa in der Gehaltsstufe I oder II der Richter befinden. Bei den Beamten der allgemeinen Verwaltung entspräche dies der Dienstklasse VII.⁶⁷⁶ Diesen nicht normierten Kriterien nimmt sich auch die Vollversammlung beim Erstellen deren Vorschläge an, wobei sie sich aber zusehends auch an gewissen Altersgrenzen orientiert.⁶⁷⁷ ME ist diese Ernennungspraxis aber verfassungswidrig. Obwohl Art 3 Abs 1 Staatsgrundgesetz (StGG) die gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern regelt, kann sich ein gleichheitswidrig behandelter potentieller Kandidat mit Hilfe dieses Grundrechtes wohl kaum erfolgreich zur Wehr setzen, da der VfGH in der Vergangenheit darin eindeutig keinen Rechtsanspruch auf Verleihung eines bestimmten Postens sieht, sondern Art 3 Abs 1 StGG lediglich als Recht sich um einen bestimmten Posten zu bewerben interpretiert.⁶⁷⁸ Die neuere Jud hingegen nimmt im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes an, dass die von einem verbindlichen Besetzungsvorschlag umfassten Personen Parteistellung im Besetzungsverfahren haben und zusammen eine „Verwaltungsverfahrensgemeinschaft“ bilden. Diesen Personen gegenüber ist ein gemeinsamer Bescheid zu erlassen, welcher vom VfGH auf Willkür überprüft wird.⁶⁷⁹ Dementsprechend liegt Willkür bei der Ernennung vor, wenn

- die Entscheidung nur aus subjektiven, in der Person des Beschwerdeführers liegenden Gründen erfolgt,⁶⁸⁰
- ein Kandidat aus unsachlichen Gründen benachteiligt wird,⁶⁸¹
- die Rechtslage gehäuft verkannt wird,⁶⁸²
- einem wesentlichen Punkt eine grundlegend verfehlte Rechtsauffassung zugrunde gelegt wird,⁶⁸³

⁶⁷⁶ Lienbacher, ZfRV 1990, 90.

⁶⁷⁷ Mindestens im 40., nicht aber über dem 48. Lebensjahr, vgl Dolp, ÖRZ 1978, 46; nicht über dem 45. Lebensjahr, vgl Lienbacher, ZfRV 1990, 91, FN 102.

⁶⁷⁸ VfSlg 415, 779, 1709, 2602, 2982, 6230, 14.804, 16.740.

⁶⁷⁹ VfSlg 6151, 6806, 7094, 12.102, 12.476, 12.556, 12.782, 14.298, 15.365, 15.696, 15.826, 17.194.

⁶⁸⁰ VfSlg 2088, 9206, 13.672.

⁶⁸¹ VfSlg 10.065, 14.776, 14.928, 15.326, 16.273, 17.372.

⁶⁸² VfSlg 7107, 9147, 10.337, 11.436, 13.874, 14.396, 14.776, 16.211, 16.273, 17.372; VfGH 1. 3. 2005, B 993/03.

⁶⁸³ VfSlg 13.466, 13.664.

- „Treu und Glauben“ verletzt wird.⁶⁸⁴

Dementsprechend wird sich ein bereits in den Besetzungsvorschlag der BReg aufgenommener, letztendlich aber aus gleichheitswidrigen Gründen nicht ernannter Kandidat vor dem VfGH auf die oben genannten Gründe stützen können, dabei wird mE aber am ehesten der Fall vorliegen, dass der beschwerte Kandidat aus „subjektiven, in dessen Person liegenden Gründen“ oder „aus unsachlichen Gründen“ nicht ernannt wurde. Kritisch ist aber mE der Punkt zu sehen, dass lediglich die bereits in einem Ernennungsvorschlag aufgenommenen Kandidaten eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft bilden, anhand welcher die Parteistellung und somit die Beschwerdelegitimation hergeleitet wird. Das Problem mit der Ernennungspraxis der BReg, also, dass diese bei deren Ernennungsvorschlag zusätzliche zu den normierten Kriterien beachtet, ist aber, dass die somit gleichheitswidrig nicht in den Ernennungsvorschlag aufgenommenen potentiellen Kandidaten keine Beschwerdebefugnis haben, da diese eben keine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft bilden und diesen gegenüber auch kein Bescheid erlassen wird. Aus den angeführten Gründen erachte ich die Ernennungspraxis der BReg, bei deren Ernennungsvorschlag maßgeblich auf die bisher bekleidete Position zu achten als schlicht gleichheits- und daher verfassungswidrig.

In Art 134 Abs 4 B-VG wird eine Unvereinbarkeitsklausel normiert und Abs 5 beinhaltet eine strengere Unvereinbarkeitsbestimmung für den Präsidenten und Vizepräsidenten. Laut Abs 6 leg cit sind die Mitglieder des VwGH **Richter** und auf diese sind die Bestimmungen in Art 87 Abs 1 („richterliche Unabhängigkeit“) und Abs 2 (Weisungsgebundenheit in Justizverwaltungssachen, die nicht in Senaten oder Kommissionen zu erledigen sind) sowie Art 88 Abs 1 (ex lege-Übertritt in den Ruhestand) und Abs 2 (Gesetzes- und Formgebundenheit der Amtsenthebung/-versetzung) B-VG analog anzuwenden. Die VwGH-Mitglieder werden weiters auf Lebenszeit ernannt.

Durch BGBl I 2/2008 wurde der Art 134 Abs 6 B-VG aF ua idS geändert, dass das Pensionsantrittsalter für VwGH-Mitglieder nicht mehr – wie bisher mit dem Vollenden des 65. Lebensjahres – verfassungsrechtlich festgesetzt ist. Damit sollte die Regelung des Pensionsantrittsalters auf einfachgesetzliche Ebene gebracht werden, um allfälligen Änderungen des allgemeinen Pensionsantrittsalters schnell und unkompliziert zu entsprechen.⁶⁸⁵ Nach §

⁶⁸⁴ VfSlg 6258, 8606, 8725, 12.566, 17.426.

⁶⁸⁵ Vgl Erläuterungen zu Z 36 (Art 134 Abs 7), in 94/ME 23. GP 12 auf www.parlinkom.gv.at.

7 Abs 1 VwGG sind die Vorschriften über das Dienstverhältnis der Richter des Obersten Gerichtshofes (Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz⁶⁸⁶) anzuwenden, soweit nicht anderes bestimmt ist. Dh auf die Mitglieder des VwGH ist das gleiche Entlohnungsschema wie das der OGH-Richter anzuwenden. Dadurch wird die Entlohnung der Mitglieder des VwGH durch ein gesetzliches Lohnschema bestimmt, wobei jedoch der Präsident und der Vizepräsident des VwGH ein gesetzlich festgelegtes Gehalt beziehen. Die Regelung in § 7 VwGG garantiert somit, dass die Entlohnung „nicht in einer Weise bestimmbar [ist], die eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit auch nur möglich erscheinen lässt“⁶⁸⁷. Die Gleichsetzung in Entlohnungsschema mit den OGH-Richtern war übrigens eine Errungenschaft aus der Zeit der Ersteinrichtung des Verwaltungsgerichtshofes.⁶⁸⁸

7.2.3. Senatsbesetzung beim VwGH

Gem Art 135 B-VG erkennt der VwGH in Senaten. Grundsätzlich entscheidet dieser in Fünfer-Senaten, in Verwaltungsstrafsachen aber nur als Dreier-Strafsenat (§ 11 Abs 1 VwGG). Es besteht aber die Möglichkeit die Strafsache im Fünfer-Senat fortzusetzen (§ 12 Abs 3 VwGG). Ausnahmsweise kann der VwGH als Dreier-Senat entscheiden. Das ist der Fall, wenn die Rechtsfrage besonders einfach oder durch die bisherige Rsp bereits genügend klargestellt ist. - Oder wenn die Beschwerde zurückgewiesen bzw das Verfahren eingestellt wird (§ 12 Abs 1 VwGG). Spricht der Fünfer-Senat oder der Strafsenat aus, dass einerseits die beabsichtigte Entscheidung iwS ein Abgehen von der bisherigen Rsp bedeuten würde oder andererseits die zu lösende Rechtsfrage in der Rsp nicht einheitlich beantwortet wird, dann hat ein Neun-Richter-Senat zu entscheiden (§ 13 VwGG).

Eine besondere Absicherung der Unabhängigkeit findet sich in der Beurteilung der Mitglieder des VwGH. Da § 10 VwGG die Aufgaben der Vollversammlung ausdrücklich und abschließend nennt, eine Aufgabe „Dienstbeschreibung“ dort aber nicht genannt wird, ist aufgrund § 7 Abs 1 VwGG, der subsidiär auf das RStDG verweist, ein Personalsenat nach dem RStDG zu bilden. Gem § 36 RStDG besteht dieser Personalsenat aus zwei Mitgliedern kraft Amtes und drei weiteren gewählten Mitgliedern. Dieser Personalsenat ist für die

⁶⁸⁶ RStDG, geändert durch BGBl. I 2/2008.

⁶⁸⁷ Lienbacher, ZfRV 1990, 94.

⁶⁸⁸ MwN Olechowski, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich 138.

Dienstbeschreibung zuständig (§ 52 RStDG). Diese Beurteilung der Mitglieder des VwGH dient somit maßgeblich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Die damalige Praxis des VwGH, keinen Personalsenat einzurichten und auch keine Dienstbeschreibung zu veranlassen, kann als klare Gesetzesmissachtung angesehen werden, da die Verweisungsnorm in § 7 VwGG de facto unangewendet blieb.⁶⁸⁹

7.2.4. Das Verhältnis der „Verwaltungsrichter“ zur Verwaltung

Das Verhältnis eines „Verwaltungsrichters“ zu der Verwaltung kann als sehr lebendig betrachtet werden. Der „Verwaltungsrichter“ hebt zwar die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden auf. Unter Umständen wurden diese „Verwaltungsrichter“ aber aus der Staatsfunktion Verwaltung rekrutiert. Dass sich durch die Ernennung zum Verwaltungsrichter alle Bände zur Verwaltung mit einem Ruck lösen, ist daher nur schwer vorstellbar. Immerhin erstellen auch so manche „Verwaltungsrichter“ Rechtsgutachten und verfassen Aufsätze in Zeitschriften, wodurch sich so mancher Verwaltungsbeamte (freiwillig) gebunden erachten könnte.⁶⁹⁰ Eine solche Ansicht ist zwar mehr Theorie als Praxis, jedoch nicht völlig von der Hand zu weisen.

7.3. Die zukünftigen „Verwaltungsrichter“

Da die Stellung der „Verwaltungsrichter“ eine zu den ordentlichen Richtern unterscheidbare ist, kann es nur Ziel sein, einen Berufsstand „Verwaltungsrichter“ völlig neu zu konzipieren und messerscharf von dem der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu trennen.⁶⁹¹ Verwaltungsrichter können mE schon deshalb nicht mit Richtern aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit verglichen werden, da die Verwaltungsrichter neben der Ausübung ihrer Tätigkeit ganz besonders auf spezielle Besonderheiten ihres Arbeitsgebietes (der Verwaltung) zu achten haben. Weiters steht das Arbeitsfeld der (weisungsgebundenen) Verwaltung diametral dem Arbeitsfeld der zivilen Gerichtsbarkeit gegenüber. Daher ist es meiner Meinung nach für die zukünftigen Verwaltungsrichter essentiell über die genauen Arbeitsabläufe im

⁶⁸⁹ Lienbacher aaO. Zur Unabhängigkeit, Aistleitner, ZUV 2005, 52 (55).

⁶⁹⁰ Lienbacher, ZfRV 1990, 100.

⁶⁹¹ AA Barfuß, ÖJZ 2007, 592.

Verwaltungskomplex informiert zu sein, um eine schnelle und sichere Verwaltungskontrolle zu gewährleisten. Die Verwaltungsrichter sollten auch über genaue Kenntnisse der Verfahrensvorschriften und der komplexen unterschiedlichen Verwaltungsmaterien verfügen. Letztlich haben zukünftige Verwaltungsrichter in einem Verfahren zu entscheiden, an dem deren eigener Dienstgeber (Bund/Land) beteiligt ist. Gegenargumenten, wie etwa eine „Schwächung der Gerichtsbarkeit“ gegenüber den beiden anderen Staatsgewalten (Gesetzgebung, Verwaltung) messe ich daher nicht allzu große Bedeutung zu.⁶⁹²

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden ist mE eine fundierte und langjährige Berufserfahrung der künftigen Verwaltungsrichter in der Verwaltung von Nöten. Nicht umsonst wird für die VwGH-Mitglieder eine solche im Ausmaß von mindestens 10 Jahren gefordert. Ein „Auseinanderdriften“ der beiden Richtertypen könnte dadurch verhindert werden, dass man gemeinsame Schulungen in den sogenannten „soft skills“ (Konfliktmanagement, soziale Kompetenz, Selbstreflexion etc) anordnet.⁶⁹³

7.3.1. Die Verwaltungsrichter an möglichen Landesverwaltungsgerichten

Aus den bisherigen Erörterungen kann man folgenden Schluss ziehen: Mit der möglichen Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit ist es notwendig einen „neuen“ Typus von Verwaltungsrichter einzuführen. Der Ausgangspunkt kann meiner Meinung nach aus systematischen Gründen bei den derzeitigen VwGH-Mitgliedern gesehen werden. Grundlegend würde das Konzept einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit die beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten ausgezeichnet qualifizierter Juristen in den Landesdienst fördern, was wiederum unmittelbar den Anforderungen der EMRK an ein „Tribunal“ entspräche.⁶⁹⁴

7.3.2. Vorschlagsrecht, Selbstergänzung

Grundsätzlich sollten mE die möglichen Landesverwaltungsgerichte aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl von sonstigen Verwaltungsrichtern bestehen. Ich ziehe dabei die Bezeichnung „Verwaltungsrichter“ dem Begriff „Mit-

⁶⁹² AA Thoma, RZ 2007, 219 f.

⁶⁹³ Vgl Königshofer, ZUV 2007, 164.

⁶⁹⁴ Vgl Pichler, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 11.

glieder“ vor, um bereits begrifflich die umfassende richterliche Rechtsstellung zu demonstrieren und dabei weiters von den VwGH-Mitgliedern klar abzugrenzen. Ausgehend von der Kompetenz der jeweiligen Länder zur Einrichtung deren Landesverwaltungsgerichten sollten alle Verwaltungsrichter an den Landesverwaltungsgerichten von der jeweiligen LReg unbefristet ernannt werden. Die LReg sollte aber bei der Bestellung der Verwaltungsrichter an einen Dreivorschlag des jeweiligen Personalsenates gebunden sein. Damit möchte ich von der Ausnahme der Bindungswirkung des Vorschlags bei der Postenbesetzung abgehen, wie diese noch beim Vollversammlungsvorschlag beim VwGH geführt wird. Der Personalsenat der für mich eine Kernaufgabe gegenüber der Vollversammlung bei möglichen Landesverwaltungsgerichten einzunehmen hätte, sollte somit einen bindenden Dreivorschlag auch für die Wahl von Präsident und Vizepräsident erlassen können.⁶⁹⁵ Es sollte sich demnach um ein Selbstergänzungsrecht möglicher Landesverwaltungsgerichte auf „voller Linie“ handeln.⁶⁹⁶ Kritik an einem grundsätzlichen Selbstergänzungsrecht der möglichen Landesverwaltungsgerichte ist aber gelegentlich vorhanden.⁶⁹⁷ ME hätte dieses Selbstergänzungsrecht den Zweck politisch motivierte „Schnellschuss-Besetzungen“ zu untergraben. Es sollte meiner Ansicht nach dadurch eine gewisse Konstanz in der „Besetzungslinie“ bringen. Ein Zustimmungsrecht der Bundesregierung bei der Besetzung des Präsidentenamtes bei den jeweiligen Landesverwaltungsgerichten erachte ich als nicht notwendig. Selbst wenn mögliche Landesverwaltungsgerichte neben der mittelbaren Bundesverwaltung auch die unmittelbare Bundesverwaltung kontrollieren würden, wäre dadurch ein Zustimmungsrecht der BReg noch lange nicht gerechtfertigt.⁶⁹⁸

7.3.3. Der Personalsenat möglicher Landesverwaltungsgerichte

7.3.3.1. Die Zusammensetzung des Personalsenates

Der Personalsenat sollte also mE eine Art „Kernorgan“ der Vollversammlung darstellen. Dieser Personalsenat sollte sich nach dem „Ältestenrecht“ iVm dem Verhältniswahlrecht

⁶⁹⁵ Anders Art 129d B-VG idNov 2008 bei der Besetzung des AGH. Vgl *Jabloner*, *migraLex* 2008, 2.

⁶⁹⁶ So auch *Pichler*, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 90. Ähnlich *Grof*, *ÖJZ* 2001, 207.

⁶⁹⁷ *Eisenberger*, *JRP* 2007, 255.

⁶⁹⁸ AA *Pernthaler/Rath-Kathrein*, in den Erläuterungen zu Art I Z 4 (Art 129b), in *JB1* 1989, 614.

zusammensetzen.⁶⁹⁹ Der Personalsenat sollte aber nicht der Vollversammlung, welcher alle Verwaltungsrichter des Landesverwaltungsgerichtes angehören, gleichen. Der Personalsenat würde sich meinem Entwurf nach aus vier Verwaltungsrichtern der Vollversammlung speisen. Von diesen vier Verwaltungsrichtern wiederum sollten demnach drei aufgrund des „Ältestenrechts“ und der vierte Richter in Folge einer Verhältniswahl unter allen Verwaltungsrichtern am jeweiligen Landesverwaltungsgericht ermittelt werden.

Unter der Anwendung des „Ältestenrechts“ verstehe ich Folgendes: Die drei dienstältesten Richter eines Landesverwaltungsgerichtes werden aufgrund dieses Umstandes ex lege in den Personalsenat erhoben. Unter dem Begriff „dienstälteste Richter“ sollte in den ersten vier Jahren nach einer Einführung der Landesverwaltungsgerichte die bisherige Verwendung als weisungsfreies Entscheidungsorgan (also vor allem als UVS-Mitglied oder als Mitglied einer Kollegialbehörde richterlichen Einschlags) verstanden werden. Nach Ablauf dieser Einführungsphase sollte mE ausschließlich auf die Dienstzeiten bei Landesverwaltungsgerichten geachtet werden. Meinem Entwurf nach ist es daher auch möglich, dass der Landesverwaltungsgerichtspräsident uU nicht zu den drei „Altenräten“ gehören würde. Wenn also der Präsident des Landesverwaltungsgerichts die geforderte Anzahl an Dienstjahren nicht erfüllen könnte, dann würde dieser auch nicht „Altenrat“ sein. Dadurch ist mE gesichert, dass der Personalsenat eine Art „Gegenpol“ zum Amt des Präsidenten des Landesverwaltungsgerichts abgeben kann.⁷⁰⁰

Das vierte Personalsenatsmitglied müsste demnach bei der Verhältniswahl, an der die gesamten Mitglieder der Vollversammlung teilnehmen, das beste Wahlergebnis erzielen. Bei dieser Wahl wären die bereits ex lege ernannten Ältestenräte vom passiven Wahlrecht ausgeschlossen, nicht jedoch vom Aktivwahlrecht.

Durch die drei „Altenräte“ wäre mE die nötige Konstanz bei Personalentscheidungen garantiert. Der Personalsenat sollte weiters dessen Entscheidungen schriftlich und dies nur in Anwesenheit aller Mitglieder treffen. Ausnahmen von der schriftlichen Erledigung (vgl § 48 Abs 3 RStDG) sollte es aus Gründen der Sachlichkeit und Wichtigkeit nicht geben. Personalentscheidungen müssten sorgfältig überlegt und deshalb mit einer gewissen Vorausschau getroffen werden. Diese sind für die Stellung möglicher Landesverwaltungsgerichte wesentlich. Aus diesem Grunde erachte ich auch die weitere Normierung eines sog „Be-

⁶⁹⁹ Anders *Pichler*, der sich lediglich für das Verhältniswahlrecht ausspricht, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 90. Ähnlich *Grof*, ÖJZ 2001, 207.

⁷⁰⁰ Anders § 36 Abs 3 RStDG, wonach Präsident und Vizepräsident stets Mitglieder (des Personalsenates) kraft Amtes sind.

gutachtungsrechts“⁷⁰¹ des VwGH bei der Richterernennung für die Landesverwaltungsgerichte als überflüssig und als unsachgemäßes Kontrollmittel.

7.3.3.2. Die Kompetenzen des Personalsenates möglicher Landesverwaltungsgerichte

Zu den Kompetenzen des Personalsenates sollten neben der Abgabe der Ernennungsvorschläge ua auch die volle Disziplinalgewalt und die Richterdienstbeschreibung zählen. Eine Richterdienstbeschreibung wäre zweckmäßig, da diese in das System der „gründlichen“ Personalentscheidung sehr gut einfließen könnte. Der Vollversammlung sollten demnach die Aufgaben Geschäftsverteilung, Geschäftsordnung, Tätigkeitsbericht und insb die **Angelegenheiten der sachlichen Ausstattung** zukommen. Die Aufgabe der sachlichen Ausstattung wäre mE unweigerlich mit der Unabhängigkeit des Landesverwaltungsgerichtes verbunden und müsste deshalb uneingeschränkt von der Vollversammlung wahrgenommen werden.⁷⁰² Sinnvoll wäre es zudem die Entscheidung über die sachliche Ausstattung der Landesverwaltungsgerichte unter den Grundsatz der „ökonomischen“ Verwaltung zu stellen und dabei auf Parameter wie Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit abzustellen. Bei einer massiv diesem Grundsatz widerstreitenden Entscheidung sollte meiner Meinung nach dem Präsidenten des Landesverwaltungsgerichtes ein Aufhebungsrecht eingeräumt werden. Dieses Aufhebungsrecht wäre in einer zwingenden außerordentlichen Tagung im Personalsenat auszuüben. Damit soll die Anhörung des Personalsenates vor Ausübung des Aufhebungsrechtes gewährleistet werden.

7.3.4. Die Qualifikationsanforderungen an mögliche Verwaltungsrichter

7.3.4.1. Der „klassische“ Jurist

ME sollte bei der Frage der Qualifikation für das Amt eines möglichen Verwaltungsrichters beim Landesverwaltungsgericht nicht starr auf die bisherige Berufspraxis abgestellt werden. Im Zuge der möglichen Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit er-

⁷⁰¹ AA Jabloner, RZ 1997, 263.

⁷⁰² Anders aber die derzeitigen UVS (Art 129b Abs 1 B-VG); vgl FN 637.

scheint mir passend auch „Neulinge“ als Verwaltungsrichter aufzubauen. Bei diesen „Neulingen“ sollte aber eine Untergrenze von einer 3-jährigen Berufspraxis normiert werden. Für diese Berufspraxis müsste freilich der Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften Voraussetzung gewesen sein. Beim Studium sollte daher unbedingt auf „Rechtswissenschaften“ iSv „Rechtswissenschaftliche Studien“ gem § 54 Abs 1 Z 1 Universitätsgesetz 2002 (UG) abgestellt werden, da der Abschluss nur irgendeines Studiums mE keine sachgerechte Ausbildung für die Stelle eines möglichen Verwaltungsrichters sein kann.⁷⁰³ Dies ist insb in Hinsicht auf die neue Studienrichtung „Wirtschaft und Recht“ an der Wirtschaftsuniversität Wien, also an einem nicht juristischen Institut, wichtig, denn der künftige Verwaltungsrichter sollte meiner Meinung nach, ein klassisch ausgebildeter Jurist sein.⁷⁰⁴ Dies allein schon deshalb, weil ich den „klassischen“ Juristen als flexibler im Umgang mit neuen Rechtsmaterien erachte, als einen speziell ausgebildeten „Wirtschaftsjuristen“.⁷⁰⁵ *Muzak*⁷⁰⁶ meint richtig, dass sich der Gesetzgeber bei Beschlussfassung über die B-VG-Novelle 2008 Kritik gefallen lassen muss, weil dieser nicht auf die mit dem Universitätsgesetz 2002 (UG) in Kraft getretenen neuen Studienformen Bedacht genommen habe. Dabei wirft *Muzak* insb das Problem sogenannter „Mischstudien“ auf, merkt jedoch an, dass der Wortlaut des § 54 Abs 1 UG solche „Mischstudien“ als unzulässig erscheinen lassen könnte. Dies deshalb, da jeweils eigene Kategorien „Rechtswissenschaftliche Studien“ (Z 6) und „sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Studien“ (Z 7) im UG eingebettet sind und deshalb eine Mischform wohl nicht zulässig sei. *Muzak*⁷⁰⁷ spricht sich zwar dafür aus, klassische juristische Berufe auf Absolventen von Diplom- und Masterstudien zu beschränken und die Absolventen von Bachelorstudien oder Mischstudien explizit davon auszuschließen, gibt jedoch zu, dass dies einiger Schwierigkeit begegnen könnte, da das

⁷⁰³ Anders Art 134 Abs 2 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at. Vgl *Eisenberger*, JRP 2007, 254. Vom Erfordernis eines abgeschlossenen rechtswissenschaftlichen Studiums bei Vorliegen vergleichbarer juristischer Professionalität ausnahmsweise absehend, *Handstanger* in *Holoubek/Lang* 341. Eine solche Vorgehensweise soll demnach nur während der Übergangszeit mittels Übergangsbestimmung möglich sein. ME ist aber selbst diese eingeschränkte Anwendung gegenüber nicht übernommenen Juristen gleichheitswidrig, weil sachlich nicht gerechtfertigt, weil eine „juristische Professionalität“ ohne Studiumsabschluss nicht mit einem faktisch vorliegenden Studiumsabschluss vergleichbar ist.

⁷⁰⁴ Ausnahme für den UFS, *Barfuß*, ÖJZ 2007, 592. Vgl den Dienststellenausschuss des UFS, in 22/SN-94/ME 2 auf www.parlinkom.gv.at; ähnlich das Bundesvergabeamt, in 64/SN-94/ME 23. GP 2 aaO; für Ausnahme bei Beisitzern (sic!), UBAS, in 44/SN-94/ME 4 aaO.

⁷⁰⁵ Ebenso *Stöger*, JRP 2007, 233.

⁷⁰⁶ *Muzak*, in: *Muzak/Rohrböck*, Der Asylgerichtshof (2008) 44.

⁷⁰⁷ *Muzak* aaO 45.

geltende UG den Universitäten bei der Gestaltung der Studienrichtungen weitestgehend freie Hand lässt – hier steht einer ausschließenden Regelung wohl die weitgehende Autonomie der Universitäten gegenüber. Richtigerweise wird aber dieser Qualifikationsmaßstab wenn schon nicht anhand eines bestimmten Studententypus, dann aber doch anhand der Normierung von inhaltlichen Erfordernissen wie Minstdauer oder Qualifikationsniveau zu regeln sein.

Dass verfassungsrechtliche Abstellen auf „Rechtswissenschaftliche Studien“ iSd § 54 Abs 1 Z 6 UG erachte ich als die bessere Lösung, als verfassungsrechtlich zu bestimmen, „dass alle Mitglieder der Landesverwaltungsgerichte rechtskundig sein müssen“ verbunden mit einer Ermächtigung für den Landesgesetzgeber die nähere Bestimmung vorzunehmen.⁷⁰⁸

Denn ein solcher „Spielraum“ für den Landesgesetzgeber erscheint nicht sinnvoll, da eine (starke) Divergenz der einzelnen Länder bei der Qualifikationsanforderung an die Landesverwaltungsrichter (starke) Unterschiede in der bundesweiten Rsp aufgrund der unterschiedlichen Qualifikationsansprüche verursachen könnte. Durch die unterschiedlichen Anforderungen in den einzelnen Ländern könnte auch der Gleichheitsgrundsatz verletzt sein, wenn diese etwa nicht sachlich gerechtfertigt wären. Somit könnte uU ein Bewerber um den Posten eines Landesverwaltungsrichters diskriminiert werden, wenn in dessen Bundesland etwa die höchsten Anforderungen gestellt werden. Aber auch im Hinblick auf den Rechtsschutz könnte der Gleichheitsgrundsatz von Bedeutung sein. Dies nämlich dann, wenn bundesweit die gleichen Verwaltungsangelegenheiten von unterschiedlich qualifizierten Landesverwaltungsrichtern abgehandelt würden.

7.3.5. Die Übernahme der UVS-Mitglieder

Bedenken gegenüber einer herabgesetzten Anforderung an die Berufspraxis müsste dadurch entgegnet werden, indem den derzeitigen UVS-Mitgliedern ein zwingendes Übernahmerecht in mögliche Landesverwaltungsgerichte zukommen müsste. Beizupflichten ist mE der Ansicht, dass die derzeitigen UVS-Mitglieder durch verfassungsrechtliche Bestimmung in mögliche Landesverwaltungsgerichte übernommen werden sollten. So könnte normiert werden, dass mit In-Kraft-Treten der Bestimmungen über mögliche Landesverwaltungsgerichte die UVS-Mitglieder ex lege in die jeweiligen Landesverwaltungs-

⁷⁰⁸ So aber Art 129b Abs 4 bei *Pernthaler/Rath-Kathrein*, JBl 1989, 610 f.

gerichte übernommen werden.⁷⁰⁹ Dies lässt sich ua auch damit begründen, dass sich zumindest in den Anfangszeiten die Zuständigkeiten möglicher Landesverwaltungsgerichte kaum von jenen der derzeitigen UVS unterscheiden würden. Eine eventuelle finanzielle Belastung der Länder wegen Neuaufnahmen bzw Umschichtungen der UVS-Mitglieder könnte damit ebenfalls berücksichtigt werden.⁷¹⁰

Selbst wenn eine Übergangsbestimmung, welche keine zwingende Übernahme der UVS-Mitglieder vorsieht, mit Art 6 EMRK noch (!) vereinbar⁷¹¹ wäre, ist mE aus Rechtsschutzüberlegungen davon abzugehen.⁷¹² Das Modell, ein Recht der derzeitigen UVS-Mitglieder, einen Antrag auf Übernahme in die zukünftigen Landesverwaltungsgerichte zu stellen und im Gegenzug ein Recht auf Ablehnung, welches in der „fachlichen oder persönlichen Eignung“ des Antragstellers gründet, zu forcieren, sollte mE wegen der unzureichenden und unbestimmten Formulierung gründlich hinterfragt werden.⁷¹³ Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die Unsicherheit eines jeden zur Übernahmeantragstellung berechtigten UVS-Mitgliedes dessen unabhängige und unparteiliche Stellung derart stark beeinflussen würde, sodass bis zur Entscheidung über die Übernahme des betroffenen Mitglieds der „äußere Anschein“ der Unabhängigkeit des Tribunals nicht mehr gegeben wäre.⁷¹⁴ Meiner Ansicht nach kann auch eine zeitlich kurze Legisvakanz an dieser Verfassungsrechtsbeeinträchtigung nichts ändern, da eine faktische Beeinflussung der Übernahmswerber im Rahmen einer jeden Legisvakanz erfolgt – unwesentlich, ob diese eine längere oder kürzere Zeitspanne umfasst.⁷¹⁵ Des Weiteren dürfte meiner Ansicht nach die Übernahme der UVS-Mitglieder auch nicht an eine etwaige Berufspraxis gekoppelt werden, da einfach nur die Tatsache der (bereits erfolgten) Ernennung zum UVS-Mitglied den Rechtsanspruch auf Übernahme begründen sollte. Die Einführung einer möglichen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit darf also nicht dazu beitragen, dass derzeit unter verfassungsrechtlichen Ga-

⁷⁰⁹ Vgl Art II Abs 5 bei *Grof*, ÖJZ 2001, 205.

⁷¹⁰ *Grof* aaO.

⁷¹¹ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2005) § 24 Rz 32 – 39.

⁷¹² Vgl iZm dem AsylGH, *Muzak*, *migraLex* 2008, 15 f.

⁷¹³ Siehe Art 151 Abs 37 Z 8 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at iZm der Kritik *Eisenbergers*, in JRP 2007, 253 f.

⁷¹⁴ Vgl Redaktion, *UVSaktuell* 2007, 79. Vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1534.

⁷¹⁵ So *Eisenberger*, JRP 2007, 254.

rantien unbefristet ernanntes Personal in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt oder gar aus dessen Amt „gedrängt“ wird.⁷¹⁶

Aus den angeführten Gründen wäre ebenso eine systematisch schrittweise ablaufende Übernahme der UVS-Mitglieder in mögliche Landesverwaltungsgerichte denkbar. So könnte etwa ein Vier-Stufen-Plan⁷¹⁷ für die Umwandlung der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern in mögliche Landesverwaltungsgerichte wie folgt lauten:

1. Ressourcenmäßige Aufstockung der UVS
2. Konzeption eines angemessenen Verfahrensrechts
3. Neuabgrenzung zwischen den derzeitigen UVS und den beiden Gerichtshöfen öffentlichen Rechts, freilich auch zum derzeitigen Asylgerichtshof
4. Formelle Umwandlung der UVS in Landesverwaltungsgerichte

Es darf mE aber dabei nicht übersehen werden, dass mit einer verfassungsgesetzlich garantierten Übernahme der derzeitigen UVS-Mitglieder in mögliche Landesverwaltungsgerichte die Länderautonomie weitgehend eingeschränkt wäre. Eine solche Regelung könnte aber dem Schutz vor Missbrauch bei der Besetzung durch die einzelnen Landtage dienen. Eine derartige Sichtweise würde aber wohl die Länder vor den Kopf stoßen.⁷¹⁸

7.3.6. Überlegungen zu einer möglichen Übernahme von derzeitigen Asylgerichtshofmitgliedern

Im Zusammenhang mit der Übernahme von Mitgliedern bestehender Einrichtungen in mögliche Landesverwaltungsgerichte sollte man jedoch Folgendes nicht außer Acht lassen: Sollte der AsylGH in dessen jetziger Ausgestaltung bei einer Einführung möglicher Landesverwaltungsgerichte nicht bestehen bleiben, hätte dies weitere Konsequenzen bei der Besetzung möglicher Landesverwaltungsgerichte. Da es nur einen Asylgerichtshof in Wien und eine Außenstelle in Linz gibt (vgl § 1 AsylGHG), müssten bei einer eventuellen Eingliederung des Asylgerichtshofes in eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit die Mitglieder des AsylGH auf 9 Landesverwaltungsgerichte verteilt werden! Einer solchen

⁷¹⁶ Redaktion, UVSaktuell 2007, 79.

⁷¹⁷ Ähnlich *Grof*, UVSaktuell 2006, 162 (164).

⁷¹⁸ Vgl *Schreiner*, in: *Schäffer (Hrsg), Staat – Verfassung – Verwaltung*, FS Kojan (1995) 431.

Verteilung könnte aber Art 129d Abs 4 B-VG entgegenstehen. Dieser Art normiert die Unversetzbarkeit der Asylrichter (vgl Art 88 Abs 2 B-VG). Demnach könnte zwar nur die Versetzung in die ordentliche Gerichtsbarkeit für ausgeschlossen gehalten werden,⁷¹⁹ jedoch erscheint mir zudem auch die Versetzung in mögliche Landesverwaltungsgerichte als unzulässig. Dies deshalb, da Art 88 Abs 2 B-VG mE nur eine Ausnahme bei einer notwendigen Änderung der Gerichtsverfassung zulässt, nicht jedoch bei einer kompletten Auflösung des Gerichtes. Wäre dies möglich, wäre der Schutz der Unversetzbarkeit der Richter durch die Auflösung des jeweiligen Gerichts negiert. Im Falle einer Eingliederung des Asylgerichtshofes in eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, müsste die Übernahme der Mitglieder des AsylGH daher verfassungsgesetzlich festgesetzt werden.

Einfacher wäre freilich die Lösung der Übernahme der Mitglieder des AsylGH, wenn neben möglichen Landesverwaltungsgerichten auch ein Bundesverwaltungsgericht eingerichtet würde. Würde ein solches Bundesverwaltungsgericht für die unmittelbare Bundesverwaltungskontrolle installiert, müssten mE die Mitglieder des AsylGH zwingend in ein solches Bundesverwaltungsgericht übernommen werden, wobei dort ein Asylsenat einzurichten wäre. Der Asylgerichtshof erkennt gem Art 129c Abs 1 B-VG „über Bescheide der Verwaltungsbehörden in Asylsachen“ (Z 1). Die zwingende Übernahme wäre mE schon deshalb zweckmäßig, da ein solches Bundesverwaltungsgericht sodann ausschließlich für die Kontrolle der unmittelbaren Bundesverwaltung zuständig sein könnte. Obgleich das Asylwesen zwar eine Querschnittsmaterie darstellt, dem VfGH zufolge aber die im AsylG geregelten Angelegenheiten zur „Fremdenpolizei“ zu zählen sind, erscheint die Vollziehung des Asylwesens in unmittelbarer Bundesverwaltung als gesichert.⁷²⁰ Diese Sichtweise ist auch unter Bedachtnahme der begründeten Kritik von *Muzak*⁷²¹ aufrechtzuhalten. *Muzak* hält fest, dass der VfGH damals im Erkenntnis⁷²² die Subsumtion unter den Kompetenztatbestand „Fremdenpolizei“ iSd Art 10 Abs 1 Z 7 iVm Art 102 Abs 2 B-VG vornahm und eine solche Subsumtion auf die die Zuständigkeit des Bundesasylamtes betreffende – inzwischen aufgehobene – Verfassungsbestimmung des § 10 Abs 1 Z 1 AsylG stützte. Weil aber diese Verfassungsbestimmung dazu diene, die fehlende Ermächtigung zur Vollziehung in Form der unmittelbaren Bundesverwaltung zu ersetzen, erachtet *Muzak* die Rei-

⁷¹⁹ *Wiederin*, *migraLex* 2008, 7, FN 22.

⁷²⁰ *Feik*, in: *Bachmann et al.*, *Besonderes Verwaltungsrecht*⁶ (2006) 83.

⁷²¹ *Muzak*, in: *Muzak/Rohrböck*, *Der Asylgerichtshof* (2008) 31 f FN 71.

⁷²² VfSlg 17.516.

hung von „Asylsachen“ unter den Kompetenztatbestand „Fremdenpolizei“ als unschlüssig. Abgesehen davon wurde jedoch mit der B-VG-Novelle BGBl I 2008/2 ein eigener Kompetenztatbestand „Asyl“ in Art 10 Abs 1 Z 3 eingefügt, welcher unter anderem die bisherigen einschlägigen Kompetenztatbestände „Abschiebung“, „Aufenthaltsverbot“ und „Ausweisung“ ersetzt. Da dieser Kompetenztatbestand „Asyl“ gleichzeitig mit der Einführung des AsylGHG in die österreichische Rechtsordnung Eingang fand, ist zu Recht davon auszugehen, dass der Begriff „Asylsachen“ mit dem kompetenzrechtlichen Begriff „Asyl“ gleichzusetzen ist.⁷²³

Sollte demnach die Zustimmung zu der Installation eines Bundesverwaltungsgerichtes neben möglichen Landesverwaltungsgerichten vorhanden sein, dann müsste mE der Asylgerichtshof als „besonderes spezialisiertes Verwaltungsgericht“⁷²⁴ zwecks Übersichtlichkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie zwecks Vermeidung der Aufspaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in mehrere „besondere spezialisierte Verwaltungsgerichtsbarkeiten“ ausgelassen und die Mitglieder des AsylGH in zu errichtende Asylsenate bei diesem Bundesverwaltungsgericht überführt werden.⁷²⁵

7.3.7. Die Stellung der Verwaltungsrichter und Inkompatibilitätsbestimmungen

Meiner Ansicht nach sollte auch auf eine Quotenregelung bezüglich Bundes- und Landesbediensteter verzichtet werden. „Rekrutiert“ sollte demnach sowohl aus dem Bund als auch aus den Ländern werden. Eine zwingende Regelung, wonach ein gewisser Teil an Bundesbediensteten in mögliche Landesverwaltungsgerichte aufgenommen werden müsste, erachte ich für unzweckmäßig.⁷²⁶ Die Verwaltungsrichter an den Landesverwaltungsgerichten sollten aber jedenfalls Bedienstete der Länder sein.⁷²⁷ Die Einführung eines der Bundesver-

⁷²³ So Muzak aaO 30 f.

⁷²⁴ Vgl Muzak, in: Muzak/Rohrböck, Asylgerichtshof (2008) 25.

⁷²⁵ Stöger führt vordergründig den Grund an, dass die Asylgerichtsbarkeit ähnlich wie in Deutschland einen starken Geschäftsrückgang verzeichnen könnte und der Personalbedarf beim Asylgerichtshof sodann falsch dimensioniert wäre, währenddessen in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Mangel an Personal vorherrschen würde, in JRP 2007, 233.

⁷²⁶ So aber die Erläuterungen zu Art I Z 4 (Art 129b) bei Pernthaler/Rath-Kathrein, in JBl 1989, 614.

⁷²⁷ So auch Grabenwarter, in 55/GRUND-K 14 auf www.konvent.gv.at.

fassung unbekannten Begriffes („Landesrichter“) erachte ich, wegen einer unsachlichen Begriffszersplitterung für nicht ratsam.⁷²⁸

Selbstverständlich müsste auch weiterhin die Unabhängigkeit der Verwaltungsrichter durch adäquate Inkompatibilitätsbestimmungen sowohl für den öffentlichen als auch für den privatwirtschaftlichen Bereich gewahrt bleiben. So sollten sämtliche Mitgliedschaften in allgemeinen Vertretungskörpern des Bundes, des Landes und der Gemeinden genauso unvereinbar mit dem Amt eines Landesverwaltungsrichters sein, wie auch geschäftsführende oder kontrollierende Funktionen in Personen- oder Kapitalgesellschaften. Dies sollte mE mit einer Generalbestimmung wie zB „*sämtliche mit der Stellung als Verwaltungsrichter nicht zu vereinbarende Tätigkeiten im weiteren Sinne*“ normiert werden. Damit eine solche Generalklausel nicht zu beschränkend auf die Privatsphäre des jeweiligen Verwaltungsrichters wirken könnte, sollte uU mit einem Zusatz speziell auf **privatwirtschaftliche** Tätigkeiten verwiesen werden. Dies wäre mit einer einfachgesetzlichen absoluten Meldepflicht beim Personalsenat des Landesverwaltungsgerichtes zu verbinden. Diese „absolute“ Meldepflicht würde bedeuten, dass, wenn der Verwaltungsrichter nicht binnen einer gesetzlich zu bestimmenden Frist Meldung erstattet, grundsätzlich die Vermutung der Unvereinbarkeit greift. Der Personalsenat hätte danach über die Vereinbarkeit mit Beschluss zu entscheiden. Der Rechtszug an den VwGH sollte danach ausgeschlossen sein. Eine Möglichkeit der Bescheidbeschwerde gem Art 144 B-VG an den VfGH wegen Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts bliebe gewahrt und dann wohl aus ausreichend erachtet werden.

7.3.8. Laienrichter für die möglichen Landesverwaltungsgerichte?

7.3.8.1. Die Laienrichter im Ministerialentwurf 94/ME 23. GP

Klar für Laienrichter spricht sich der aktuellste Entwurf einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit (94/ME 23. GP) in Art 135 aus.⁷²⁹ Dementsprechend sieht dieser Entwurf vor, dass Verwaltungsgerichte grundsätzlich durch Einzelrichter entscheiden sollen. Sowohl für die jeweiligen Länder als Organisationsgesetzgeber als auch für den Materiengesetzgeber soll

⁷²⁸ AA Grabenwarter, in 55/GRUND-K 14 auf www.konvent.gv.at.

⁷²⁹ Art 135 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

es aber möglich sein, Senate unter Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern einzurichten - sogenannte „Fachsenate“. Diese fachkundigen Laienrichter sollen dem Entwurf nach aber nicht zu Mitgliedern der Verwaltungsgerichte werden, weshalb die speziellen Bestimmungen des Entwurfs für Verwaltungsrichter nicht sinngemäß anzuwenden wären.⁷³⁰ Ob ein Senat zuständig sein soll, regelt also dem Entwurf folgend der Materiengesetzgeber. Wie ein Senat besetzt sein soll, regelt aber weiterhin der Organisationsgesetzgeber.⁷³¹ Aus dem Begriff „Mitwirkung“ könnte abgeleitet werden, dass es für den Materiengesetzgeber nur zulässig ist „gemischte“ Senate und nicht etwa reine Berufs- oder Laienrichtersenate einzusetzen.⁷³² Deshalb könnte den Laienrichtern keine Sache zur alleinigen Entscheidung zugewiesen werden. Diese Laienrichter würden auch nicht vom Senatspräsidenten sondern vom jeweiligen Land als Organisationsgesetzgeber bestellt werden. Es wären wohl auch die auf die Verwaltungsrichter anwendbaren Bestellungsregelungen (Dreiervorschlag), Inkompatibilitätsbestimmungen und Qualifikationsanforderungen nicht auf die Laienrichter sinngemäß anwendbar und der Vollversammlung würden diese demnach auch nicht angehören. Weiters könnte aus dem Mangel an Kriterien für die Notwendigkeit der Einrichtung von Fachsenaten gefolgert werden, dass der Materiengesetzgeber dabei lediglich an den Gleichheitssatz gebunden wäre (freies Ermessen, aber Sachlichkeitsgebot).⁷³³ Der Entwurf scheint mE in diesem Punkt reichlich unausgegoren, da die verwaltungsrichterlichen Senate unzureichend vorherbestimmt sind.

7.3.8.1.1. Unterschiedliche Anforderungen an unterschiedliche Fachsenate (94/ME 23. GP)

Das Verfahrensrecht wäre dem Entwurf folgend zwar durch Bundesgesetz einheitlich zu regeln. Wenn es aber zur Regelung des Materiengegenstandes erforderlich ist, kann in Materiengesetzen eine vom Bundesgesetz abweichende Regelung vorgenommen werden (Art 136 Abs 2). Dadurch soll die Eingliederung der Sonderbehörden in die Verwaltungsgerichte vollständig ermöglicht werden. Durch Materiengesetz könnten daher abweichende Rege-

⁷³⁰ Vgl Erläuterungen zu Z 4 und 5 und zu Z 36 in 94/ME 23 GP 7, 14 und 18 auf www.parlinkom.gv.at.

⁷³¹ Vgl Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 60.

⁷³² Ennöckl, JRP 2007, 261 f.

⁷³³ So Ennöckl aaO.

lungen bezüglich der Fachsenate festgelegt werden.⁷³⁴ Dem Materiengesetzgeber wäre mE damit nicht nur ein gewisser Freiraum, sondern vor allem auch eine Pflicht auferlegt. Der Gesetzgeber dürfte danach nur bei konkreter Erforderlichkeit vom Bundesgesetz abweichen. Weiters träfe diesen mE auch die Pflicht, nach einer gewissen bundeseinheitlichen Regelung zu trachten. Für die Landesgesetzgeber würde dies bedeuten, dass diese demnach die Verpflichtung hätten, dieselben Materien in den jeweiligen Ländern in einer „möglichst einheitlichen Abweichung“ zu regeln. Meine Ansicht gründet auf dem Wortlaut *„in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen [...] dies jedoch nur dann, wenn sie (Anm.: die abweichenden Regelungen) zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“*. Unter **Gebiete** der Verwaltung verstehe ich die bundesweit gleichen Verwaltungsmaterien, die uU den einzelnen Landesgesetzgebern zur Regelung überlassen sind (zB Landesabgabenrecht). Mit der Formulierung **des Gegenstandes** möchte sich der Entwurf anscheinend auf den **Gegenstand des jeweiligen Gebietes** der Verwaltung als bundesgesamte Materie beziehen, womit der jeweilige Landesgesetzgeber mE zwar eine vom Bundesgesetz über das Verfahrensrecht abweichende Regelung treffen darf, diese sich aber wiederum nicht über die Erforderlichkeit hinaus von den anderen abweichenden Landesgesetzen unterscheiden darf. Dadurch wäre mE aber auch die Gefahr unzähliger unterschiedlicher landesgesetzlicher Abweichungen gebannt. Ein solches Verständnis von „Erforderlichkeit“ ließe mE auch ein vom allgemeinen Verfahrensrecht abweichendes Sonderrecht für das Rechtsmittelverfahren in Abgabensachen zu ohne unter einem *„starken Vereinheitlichungsdruck“*⁷³⁵ zu stehen. ME liegt hierbei die Erforderlichkeits-Schwelle nicht zu hoch.⁷³⁶

7.3.8.2. Die Entscheidung gegen Laienrichter

Sollten - wie eingangs erwähnt - die derzeitigen Kollegialbehörden richterlichen Einschlags – sofern diese judikative Tätigkeit ausüben – in möglichen Landesverwaltungsgerichten aufgehen, dann würde uU der Verlust des durch diese Verwaltungsbehörden eingeführten Sachverständes evident werden. Ein „Sachverständsverlust“ würde daraus folgen, dass die Mitglieder dieser Behörden nur insoweit in die Landesverwaltungsgerichte über-

⁷³⁴ Erläuterungen zu Z 24 aaO.

⁷³⁵ So aber *Staringer* in *Holoubek/Lang* 235 f.

⁷³⁶ AA *Staringer* aaO.

nommen würden, soweit diese Juristen wären. Aufgrund dessen wäre einem großen Teil der derzeitigen Mitglieder von Kollegialbehörden richterlichen Einschlags die Übernahme in eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit verwehrt. Dieser Sachverstandsverlust wäre aber mE im Sinne einer ausgeprägten richterlichen Unabhängigkeit und insb im Sinne einer erhöhten Kompetenz in Rechtsfragen hinzunehmen.⁷³⁷ Ziel einer solchen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit sollte meiner Meinung nach sein, rechtskonform in der Sache des Einzelnen zu entscheiden und dies ohne jegliche Einflussnahme etwaiger Interessensvertretungen.⁷³⁸ Dieser Weg erscheint mir hinsichtlich einer wahrscheinlich großen Akzeptanz möglicher Landesverwaltungsgerichte in der Bevölkerung durchaus förderlich. Die Mitwirkung von Laienrichtern ist bei möglichen Landesverwaltungsgerichten mE darum absolut abzulehnen.⁷³⁹ Bedacht werden muss, dass Laienrichter von Interessensvertretungen stark beeinflusst werden (können), weshalb keine wirkliche „Mitwirkung vom Volk“ bestünde.⁷⁴⁰

Strikt abzulehnen wäre mE ein Modell von juristischen und nicht-juristischen Berufsrichtern.⁷⁴¹ Nicht-juristische Berufsrichter wären eben keine vollen Mitglieder des Richterstandes und würden somit auch einer eingeschränkten Kontrolle und einem anderen, weniger strengen, Disziplinarrecht unterliegen. ME besteht dabei auch die Gefahr, dass sich der Verwaltungsrichter bei sachspezifischen Fragen völlig ausnehmen könnte und sich lediglich auf die rechtliche Beurteilung des vom nicht-juristischen Berufsrichter gefällten „Sachurteils“ beschränkt. Dies könnte zur Trennung der Verhandlung in einen technischen und rechtlichen Teil führen, was aufgrund einer drohenden „Versachlichung“ der Rechtsprechung abzulehnen ist.

Meiner Meinung nach sollte auch keine Besetzung mit Laienrichtern in der Art eines „Regel-Ausnahme-Prinzips“ möglich sein. - Dh die Möglichkeit auf einen Laienrichter zurückzugreifen, wenn die Entscheidungsfindung den Sachverstand eines Fachmannes unbe-

⁷³⁷ AA das Präsidium des VwGH in 11/SN-94/ME 23. GP 5 auf www.parlinkom.gv.at. In der Stellungnahme wird aber eine „scharfe Trennung“ zwischen fachkundigen Laienrichtern und Berufsrichtern vorausgesetzt. Für Laienrichter, *Eisenberger*, JRP 2007, 254.

⁷³⁸ Ebenso *Stöger*, JRP 2007, 234 f. Differenzierter, *Pichler*, in: Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit 88, FN 316.

⁷³⁹ Anders aber Art 135 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at; ebenso Art 134 Abs 8 im Entwurf A, bei *Pichler* aaO 91.

⁷⁴⁰ Siehe *Stöger*, JRP 2007, 234 (236).

⁷⁴¹ Anders *Stöger* aaO.

dingt verlangt.⁷⁴² Mein Vorschlag wäre, dass bei Fachfragen, die einen besonderen, hohen Sachverstand abverlangen, ein dementsprechender Sachverständiger als Gutachter dem Verfahren beizuziehen wäre.⁷⁴³ Darum ist es mE auch von enormer Bedeutung, dass mögliche Landesverwaltungsgerichte über einen eigenen und fachlich hochqualifizierten Kreis von Amtssachverständigen verfügen sollten. Denn nicht übersehen werden darf, dass die drohende „Technisierung des Verwaltungsrechts“ droht. Immer mehr verwaltungsrechtliche Tatbestände werden durch „Normen“ und Begriffe geprägt, welche nicht mehr von Juristen sondern von Sachverständigen zu beurteilen sind.⁷⁴⁴ Daher darf es nicht so weit kommen, dass durch diese Technisierung des Rechts der Jurist aus dem Verwaltungsgericht gedrängt wird und der „Sachverständige“ de facto die Position des Entscheidungsträgers einnimmt. Anders ausgedrückt, würde der Berufsrichter zum „Berufsbeisitzer“ und der Beisitzer zum „de facto-Richter“.

7.3.8.3. Die Ausnahme bei Disziplinarverfahren der Standesvertretungen

Zu beachten sind allerdings Bedenken und Warnungen diverser Standesvertretungen.⁷⁴⁵ Meiner Ansicht nach sollten bei meinem Vorschlag aber die standeseigenen Disziplinarbehörden nicht völlig aufgegeben werden. So könnte die Regelung in § 171 NO⁷⁴⁶ als Vorbild genommen werden. Demnach kann in Disziplinarangelegenheiten der Notare/Notariatskandidaten die Hälfte der Mitgliederstellen bei den Disziplinarsenaten der Oberlandesgerichte und des Obersten Gerichtshofes mit Notaren besetzt werden (Abs 1 leg cit). Die Richter aus dem Notarenstande werden von den Notariatskammern aus dem Notariatskollegium auf drei Jahre gewählt, wobei nur gewählt werden darf, wer das Amt des Notars bereits mindestens seit 10 Jahren ausübt und nicht vom Amt des Notarenrichters ausgeschlossen ist. Das Amt des Notarenrichters beim OGH ist mit dem Amt des Notarenrichters vor dem OLG unvereinbar (Abs 3 leg cit). Diese Regelung garantiert sowohl die richterliche Unabhängigkeit, als auch die Mitwirkung des jeweiligen Berufsstandes am

⁷⁴² So aber *Stöger* aaO 235.

⁷⁴³ So auch *Frowein*, JBl 2005, 618.

⁷⁴⁴ Vgl *Pernthaler*, JBl 1988, 356.

⁷⁴⁵ Vgl ÖRAK, in SN 62/SN-94/ME 5 ff. auf www.parlinkom.gv.at; ebenso Patentanwaltskammer, in SN 35/SN-94/ME 8 aaO.

⁷⁴⁶ RGBI 1871/75.

berufseigenen Disziplinarverfahren.⁷⁴⁷ Mein Vorschlag wäre, diese Regelung in der Form abzuändern, sodass in erster Instanz des Disziplinarverfahrens die jeweilige Disziplinarbehörde der eigenen Standesvertretung und in zweiter Instanz das jeweilige Landesverwaltungsgericht in der „Hälfte-Sitzaufteilung“ (vgl § 171 NO) entscheiden würde. Für Anwälte würde dies bedeuten, dass weiterhin wie gem § 22 des Disziplinarstatutes für RA und RAA die Disziplinarbehörden der Rechtsanwaltskammern erstinstanzlich entscheiden würden und erst danach ein Rechtszug an das jeweilige Landesverwaltungsgericht ergehen könnte.

7.4. Mein Vorschlag:

„Artikel 134. (1) Der Verwaltungsgerichtshof, der Asylgerichtshof und die Landesverwaltungsgerichte bestehen aus je einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Zahl von sonstigen Mitgliedern⁷⁴⁸.

(2) Der Präsident, der Vizepräsident sowie die anderen Verwaltungsgerichtshofmitglieder⁷⁴⁹ werden durch den Bundespräsidenten ernannt. Die Bundesregierung ist bei allen Ernennungen an den Dreivorschlag des Personalsenates des Verwaltungsgerichtshofes gebunden.⁷⁵⁰ Die Verwaltungsgerichtshofmitglieder haben über eine mindestens 10-jährige Berufserfahrung, für welche das abgeschlossene Studium der Rechtswissenschaften erforderlich ist, vorzuweisen. Wenigstens der dritte Teil der Verwaltungsgerichtshofmitglieder muss die Befähigung zum Richteramt aufweisen, wenigstens der vierte Teil muss den Berufsstellungen aus den Ländern, womöglich aus dem Verwaltungsdienst der Länder, entnommen werden.

(3) Der Präsident, der Vizepräsident sowie die anderen Verwaltungsrichter beim Asylgerichtshof werden durch den Bundespräsident auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt. Die Bundesregierung ist bei allen Ernennungen an den Dreivorschlag des Personalsena-

⁷⁴⁷ Stöger möchte der Standesvertretung Amtsparteistellung gewähren, JRP 2007, 236.

⁷⁴⁸ „Mitglieder“ als übergeordneter Begriff.

⁷⁴⁹ „Verwaltungsgerichtshofmitglied“ als spezielle (höchstgerichtliche) Bezeichnung.

⁷⁵⁰ Vgl FN 751.

tes des Asylgerichtshofes gebunden.⁷⁵¹ Die Verwaltungsrichter beim Asylgerichtshof haben über eine mindestens 5-jährige⁷⁵² Berufserfahrung, für welche das abgeschlossene Studium der Rechtswissenschaften erforderlich ist, vorzuweisen.

(4) Der Präsident, der Vizepräsident sowie die anderen Verwaltungsrichter bei den Landesverwaltungsgerichten werden durch die jeweilige Landesregierung ernannt. Die jeweilige Landesregierung ist bei allen Ernennungen an den Dreivorschlag des jeweiligen Personalsenates gebunden. Die Verwaltungsrichter⁷⁵³ bei den Landesverwaltungsgerichten haben über eine mindestens 3-jährige Berufserfahrung, für welche das abgeschlossene Studium der Rechtswissenschaften erforderlich ist, vorzuweisen.

(5) Den Landesverwaltungsgerichten, dem Asylgerichtshof sowie dem Verwaltungsgerichtshof können keine Mitglieder der Bundesregierung, der Landesregierungen oder eines allgemeinen Vertretungskörpers angehören. Weiters sind sämtliche mit der Stellung als Verwaltungsrichter oder Verwaltungsgerichtshofmitglied nicht zu vereinbarende, insbesondere privatwirtschaftliche, Tätigkeiten verboten. Zum Präsidenten oder Vizepräsidenten eines Landesverwaltungsgerichtes, des Asylgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes kann nicht ernannt werden, wer in den letzten 3 Jahren ein Amt im Sinne von Z 1 ausgeübt hat.⁷⁵⁴

(6) Die Verwaltungsrichter der Landesverwaltungsgerichte und des Asylgerichtshofes sowie die Verwaltungsgerichtshofmitglieder sind Richter. Auf diese findet eine sinngemäße Anwendung von Art 87 Abs 1 und Abs 2 sowie Art 88 satt. Die Altersgrenze, mit der die Verwaltungsrichter der Landesverwaltungsgerichte in den Ruhestand übertreten, ist durch Landesgesetz festzulegen.

(7) Der Präsident beim Verwaltungsgerichtshof, beim Asylgerichtshof sowie bei den Landesverwaltungsgerichten ist weisungsfrei und oberstes Organ in allen Dienstangelegenheiten.“

⁷⁵¹ Dem wird die sinngemäße Übernahme meiner vorgeschlagenen Organstruktur auch im AsylGH vorausgesetzt.

⁷⁵² 5 Jahre wegen der Stellung als höchstgerichtähnliches Verwaltungsgericht.

⁷⁵³ „Verwaltungsrichter“ als spezieller Organbegriff für Landesverwaltungsgerichte und AsylGH.

⁷⁵⁴ ME zu restriktiv wäre eine „Sperrklausel“ von 5 Jahren, vgl Art 134 Abs 6 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

7.5. Einzelrichter oder Richtersenat?

Erst im Anschluss an die Behandlung des „Laienrichters“ möchte ich auf die Frage eingehen, in welcher Form die Senate möglicher Landesverwaltungsgerichte zu entscheiden hätten. Da ich das Beiziehen von Laienrichtern aus den angeführten Gründen ablehne, bestünde weiters die Möglichkeit einer grundsätzlichen Einzelrichterbesetzung an möglichen Landesverwaltungsgerichten. Eine mögliche Einzelrichterzuständigkeit wäre insb in Zusammenschau mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der für diese geltenden §§ 5 ff. JN nachvollziehbar. Es würden demnach die möglichen Landesverwaltungsgerichte grundsätzlich per Einzelrichter entscheiden, weil die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit eine erstinstanzliche Gerichtsbarkeit wäre. Daher erachte ich eine mögliche Entscheidung zugunsten von Einzelrichtern auch nicht für problematisch, da die Entscheidung des Einzelrichters in einem übergeordneten Rechtszug beim VwGH überprüfbar wäre. Außerdem bin ich der Ansicht, dass der Willensbildungsprozess bei einem Einzelrichter durchaus ebenso sorgfältiger vonstatten gehen könnte, als bei einem Richtersenat, denn der Einzelrichter ist evident letztverantwortlich und steht dem Beschwerdeführer einzeln und persönlich gegenüber. Im Willensbildungsprozess bei einem Mehrrichtersenat besteht aber mE die Gefahr, dass der eine oder andere Richter die Entscheidung dem/den jeweils anderen Richter/n überlässt und könnte eine solche Vorgehensweise im Senat zu einer Art „inhaltlicher Nichtbehandlung“ der Rechtssache führen. Eine Entscheidung durch einen Richtersenat sollte mE aber in gewissen Verwaltungsangelegenheiten, oder wenn dies in bestimmten Fällen beantragt wurde, möglich sein, sollte der Einzelrichterbesetzung der Vorzug gegeben werden. Der Verfassungsgesetzgeber könnte den einfachen Gesetzgeber dahin ermächtigen, selbst zwischen Einzelrichter oder Senat wählen zu dürfen - dies freilich innerhalb verfassungsrechtlicher Grenzen.⁷⁵⁵ Verfassungsrechtlich sollte dann aber zumindest normiert werden, dass in gewissen Bereichen stets ein Dreiersenat zu entscheiden hätte. Ein Dreiersenat sollte wiederum in Verwaltungsstrafsachen - jedoch erst ab Überschreiten einer gewissen Höhe der Strafandrohung (zB € 1.000,00) - Verfassungsgesetzlich vorgeschrieben werden.

⁷⁵⁵ So Erläuterungen zu Art 134 Abs 1 des BKA-Entwurfs, in 54/GRUND-K 10 auf www.parlinkom.gv.at.

7.5.1. Entscheidung für einen Dreiersenat

Persönlich entscheide ich mich in meinem Entwurf gegen eine Einbeziehung von Laienrichter und bevorzuge aber anders als oben dargelegt, die grundsätzliche Senatszuständigkeit bei möglichen Landesverwaltungsgerichten. Es sollte sich mE dabei stets um Dreiersenate handeln.⁷⁵⁶ Durch die Einrichtung von Dreiersenaten sehe ich die Möglichkeit eventuelle Mängel an technischem Sachverstand innerhalb des Senats auszutarieren. Bei drei Verwaltungsrichtern besteht mE die Möglichkeit, dass zumindest einer über den im Einzelfall geforderten grundsätzlichen technischen Sachverstand verfügt, andernfalls müsste ein Sachverständiger bestellt werden. Auch die „höhere Rechtsrichtigkeit“ könnte für einen Richtersenat ins Treffen geführt werden.⁷⁵⁷ Lediglich in Verwaltungsstrafsachen unter einer Strafandrohung von € 1.000,00 sollte mE durch Einzelrichter entschieden werden.

Mit der Entscheidung für einen Drei-Richter-Senat könnte weiters das Problem der Verfassungskonformität von Zwei-Richter-Senaten umgangen werden. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass der VfGH in dessen Entscheidung vom 3. 12. 2008, U 131/08, die Verfassungskonformität von § 9 Abs 2 AsylGHG, wonach die Senate des AsylGH idR (bloß) aus zwei Richtern bestehen, bestätigt und ausgesprochen hat, dass der Verfassungsgesetzgeber nicht gehindert ist, vom allgemeinen Sprachgebrauch und der Praxis des einfachen Gesetzgebers abzuweichen, wonach Senate als Spruchkörper welche zumindest aus drei Richtern bestehen, aufgefasst werden. In dieser E erkennt der VfGH zwar, dass die verfassungsgesetzliche Ermächtigung zur Einrichtung von Zwei-Richter-Senaten in Art 129e Abs 1 B-VG nicht gegen das rechtsstaatliche Prinzip verstößt, weil eine dadurch bewirkte erhebliche Absenkung des rechtsstaatlichen Standards verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sowohl auf organisatorischer als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene eben nicht erreicht wird und eine Gesamtänderung der Bundesverfassung daher nicht vorliegt. Abgesehen von der Frage der Verfassungskonformität eines Zwei-Richter-Senates besteht aber bei diesem insb im Rahmen der Willensbildung die erhöhte Gefahr der bereits oben ausgeführten „inhaltlichen Nichtbehandlung“, weshalb ich persönlich einen Drei-Richter-Senat vorziehe. Bei diesem Drei-Richter-Senat stünde sodann auch die Verfassungskonformität nicht in Frage, da ein solcher Senat der konstanten Praxis der Organisations- und Verfahrensrechtgeber, unter einem „Senat“ einen Spruchkörper aus wenigstens drei Richtern zu verstehen, entspräche.

⁷⁵⁶ Kritisch in Hinblick auf Strafsenate, *Kobzina*, ÖJZ 1990, 67.

⁷⁵⁷ So *Hesse*, *migraLex* 2008, 4.

7.6. Die Zuständigkeit für die Regelung des Verfahrens- und des Dienstrechts

Weiters stellt sich die Frage, wer für die Regelung des Verfahrens vor möglichen Landesverwaltungsgerichten zuständig sein sollte. In Anlehnung an das österreichische Zivilprozessrecht, würde ich idZ von „Verwaltungsprozessrecht“ sprechen. Für ein eigenes Verwaltungsprozessrecht, das klar auf den Charakter möglicher Landesverwaltungsgerichte abgestimmt sein sollte, spricht auch die allgemeine Unzufriedenheit der UVS-Mitglieder mit dem AVG und dem VStG. Die (teilweise abgeänderte) Anwendung der allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetze vor den UVS wird seit langem als „Dauerprovisorium“⁷⁵⁸ kritisiert. Dadurch soll mE aber nicht ausgeschlossen werden, dass insb das AVG für gewisse Bereiche des neu zu erstellenden Verwaltungsprozessrechts als Vorbild genommen werden kann.

ME wäre es zweckmäßig das Verwaltungsprozessrecht einheitlich und somit bundesrechtlich zu regeln. Darum wäre es notwendig verfassungsgesetzlich festzulegen, dass das Verwaltungsprozessrecht vor möglichen Landesverwaltungsgerichten durch ein **eigenes Bundesgesetz** geregelt wird. Das ist mE deshalb so wichtig, weil eine nur unzureichende und schlampig formulierte Regelung mit Tücken behaftet sein kann, was beispielsweise der Art 136 Abs 2 im Ministerialentwurf 94/ME 23. GP⁷⁵⁹ zeigt:

„Das Verfahren der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsgerichtshofes wird durch Bundesgesetz einheitlich geregelt [...]“.

Tückisch ist die weite Interpretationsmöglichkeit des Wortes „einheitlich“. Denn liest man den nächsten Satz (*arg.:* „In den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen können von dem das Verfahren der Verwaltungsgerichte regelnden Bundesgesetz abweichende Regelungen getroffen werden, dies jedoch nur dann, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“), könnte diese „Einheitlichkeit“ folgendermaßen verstanden werden:

Es ist ein Bundesgesetz über das Verfahren vor dem/den Landesverwaltungsgericht/en, weiter eines für das Verfahren vor dem VwGH zu erlassen.⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ Grof, in: Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 249.

⁷⁵⁹ Auf www.parlinkom.gv.at.

⁷⁶⁰ Präsidiums des Verwaltungsgerichtshofes, in 11/SN-94/ME 23. GP 32 f auf www.konvent.gv.at.

Rein der Wortlaut ließe aber auch das Verständnis zu, dass das Verfahrensrecht vor den Landesverwaltungsgerichten und dem VwGH inhaltlich gleich zu regeln wäre.⁷⁶¹ Diese Auffassung widerspricht aber den unterschiedlichen Ansätzen bei der Kognitionsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte und des Verwaltungsgerichtshofes. Der VwGH entscheidet grundsätzlich kassatorisch, währenddessen möglicher Landesverwaltungsgerichte mE grundsätzlich reformatorisch zu entscheiden hätten. Auch hinsichtlich der Verpflichtung gem Art 6 EMRK, eine öffentliche mündliche Verhandlung zu gewähren, wäre die Variante des Erlasses eines einzigen Bundesgesetzes für den VwGH nicht sinnvoll.⁷⁶²

Beim genannten Entwurf ist aber auch ein gewisser Systembruch zu konstatieren. Denn dem Entwurf folgend bestimmt primär der Organisationsgesetzgeber (die Länder) welche Angelegenheiten dieser den Senate zuweist.⁷⁶³ Demgegenüber bestimmt aber Art 129b Abs 5 B-VG iVm § 67a Abs 1 AVG bzw § 51c VStG für die derzeitigen UVS, dass der Verfahrensgesetzgeber die Senatskompetenz zu bestimmen hat. Gem Art 129b Abs 5 B-VG ist aber Verfahrensgesetzgeber der Bund. Somit ist der Bund für die Regelung zuständig, wann bei den UVS durch Einzelrichter oder durch Senat entschieden werden soll.⁷⁶⁴ Die Betrauung des einzelnen UVS-Mitgliedes (der zuständigen Senatskammer) mit der Erlassung von Verfahrensanordnungen mittels Organisationsgesetz des Landes ist aber wiederum zulässig.⁷⁶⁵

Aus diesen Gründen erscheint mir angebracht, dass der Bund ein eigenes Bundesgesetz über das Verwaltungsprozessrecht vor möglichen Landesverwaltungsgerichten zu erlassen hätte, welches auf deren spezielle Charakteristik Bedacht zu nehmen hätte (zB Entscheidungsbefugnis, Amtssachverständige). Weiters sollte mE auch der Bund für die Zuweisung von Verwaltungsangelegenheiten an die jeweiligen Senate zuständig sein. Der Bund sollte daher entscheiden, welche Angelegenheiten durch Einzelrichter und welche durch Dreiersenate entschieden werden sollten. Auch wenn diese möglichst einheitliche Gestaltung

⁷⁶¹ So aber Erläuterungen zu Art 136 bei *Kostelka/Khol*, in 52/GRUND-K 8 und 14 aaO. Ebenso Erläuterungen zu Z 21 (Art 136) bei *Grabenwarter*, in 55/GRUND-K 14 aaO; *Fiedler*, in 1/ENDB-K 112 aaO; AA *Kostelka*, in den Erläuterungen zu Z 1 (Art 10), in 53/GRUND-K 9 aaO; BKA-Entwurf, in 54/GRUND-K 7 aaO.

⁷⁶² Vgl das Amt der Salzburger Landesregierung, in 78/SN-94/ME 23. GP 9 f auf www.parlinkom.gv.at.

⁷⁶³ Art 135 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

⁷⁶⁴ So auch Art 129c Abs 3 bei *Pernthaler/Rath-Kathrein*, JBl 1989, 611.

⁷⁶⁵ *Thienel*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ 278.

eventueller Landesverwaltungsgerichte dadurch gefährdet würde, sollten die Länder für die Regelung des Dienstrechts zuständig sein (vgl Art 21 B-VG).

7.7. Föderale Organisation der möglichen Landesverwaltungsgerichte

Die geltende Verfassung normiert in Art **82 Abs 1 B-VG**: „**Alle Gerichtsbarkeit geht vom Bund aus**“. Dh der Bund ist für die Verfassung der Gerichtsbarkeit und für die Zuständigkeitsregelung kompetent. Da eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit mE aber wesentlich durch die jeweiligen Länder geprägt sein würde, sollten die Länder für die Organisation der jeweiligen Landesverwaltungsgerichte zuständig sein. Deshalb müsste die Verfassungsbestimmung in Art 82 Abs 1 B-VG derart abgeändert werden, dass der Bund für die Verfassung und Zuständigkeitsregelung **der ordentlichen Gerichtsbarkeit** zuständig ist.⁷⁶⁶

7.8. Mein Vorschlag:

„**Artikel 135.** (1) Der Verwaltungsgerichtshof, der Asylgerichtshof und die Landesverwaltungsgerichte erkennen in Senaten, die von der jeweiligen Vollversammlung der Verwaltungsgerichtshofmitglieder beziehungsweise der Verwaltungsrichter zu bilden sind. In Verwaltungsstrafsachen, in denen die verhängte Geldstrafe nicht mindestens € 1.000,00 beträgt, ist durch Einzelrichter zu entscheiden.

(2) Die Geschäfte des Verwaltungsgerichtshofes, des Asylgerichtshofes und der Landesverwaltungsgerichte sind von der jeweiligen Vollversammlung auf die einzelnen Senate für die gesetzlich bestimmte Zeit im Voraus zu verteilen. Eine nach dieser Geschäftsverteilung einem Verwaltungsgerichtshofsmitglied beziehungsweise einem Verwaltungsrichter zufallende Sache darf diesem nur im Fall der Verhinderung oder dann abgenommen werden, wenn dieser wegen des Umfangs der diesen zukommenden Aufgaben an deren Erledigung innerhalb einer angemessenen Frist gehindert ist.“

⁷⁶⁶ So Art 82 Abs 1 in 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

„Artikel 136. (1) Die Organisation des Asylgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes wird durch jeweils eigenes Bundesgesetz geregelt. Die Organisation der Landesverwaltungsgerichte wird durch Landesgesetz geregelt.

(2) Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof sowie vor dem Asylgerichtshof wird durch jeweils eigenes Bundesgesetz geregelt. Das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten wird durch ein Bundesgesetz geregelt.

(3) Beim Verwaltungsgerichtshof, beim Asylgerichtshof sowie bei den Landesverwaltungsgerichten beschließen die jeweiligen Vollversammlungen aufgrund der in den vorstehenden Absätzen ergangenen Gesetze eine Geschäftsordnung⁷⁶⁷.“

[...]

8. (Amts)Sachverständige vor möglichen Landesverwaltungsgerichten

8.1. Sachverständige vor den Verwaltungsbehörden

Um den Sachverhalt vollständig eruieren zu können, ist es oftmals notwendig, dass Sachverständige bestellt werden. Diese leiten anhand deren speziellen Fachwissens aus bestimmten Tatsachen Umstände ab, die zur Entscheidung durch die Behörde maßgeblich beitragen. Demzufolge hat der Sachverständige einen Befund über die erhobenen Tatsachen, deren Grundlage und die Art deren Beschaffung zu erstellen. Im Anschluss daran hat der Sachverständige ein Gutachten zu fertigen, das die gezogenen Schlussfolgerungen enthält. Der Sachverständige hat sich daher auch nicht zu Fragen der Beweiswürdigung oder gar zu Rechtsfragen zu äußern.⁷⁶⁸ Dessen Aufgaben beschränken sich auf die Einbringung seines speziellen Sachverständnisses.

⁷⁶⁷ Die verfassungsrechtliche Ermächtigung der Vollversammlung zur Erlassung einer Geschäftsordnung räumt dadurch mit den Problemen auf, die § 18 AsylGHG bereitet, wenn dieser die Vollversammlung der Asylgerichtshofes einfachgesetzlich zur Erlassung einer Geschäftsordnung ermächtigt, vgl. *Muzak*, in: *Muzak/Rohrböck*, Der Asylgerichtshof (2008) 131. *Muzak* weist auf die Verfassungswidrigkeit von § 18 AsylGHG hin, da dadurch dem Gericht die einfachgesetzliche Ermächtigung zukommt, eine generelle Normsetzung (Geschäftsordnung) vorzunehmen; die Geschäftsordnung ist auch nicht als Verordnung einzustufen, vgl. *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 151.

⁷⁶⁸ MaW *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ 195 f.

Gem § 52 Abs 1 AVG ist das Beiziehen eines Sachverständigen nur zulässig, wenn dies notwendig, dh gesetzlich gefordert ist⁷⁶⁹, oder die Lösung einer entscheidungsrelevanten Tatfrage eine spezielle Materienkenntnis verlangt⁷⁷⁰. Die Heranziehung des Sachverständigen ist aber keine Ermessensfrage.⁷⁷¹ Primär hat die Behörde einen „beigegebenen“ oder „zur Verfügung stehenden“ Amtssachverständigen zu beauftragen. Beigegebene sind der Behörde organisatorisch eingegliedert. Zur Verfügung stehen diese dann, wenn diese zwar nicht der Behörde selbst, aber doch einer diesen unter- oder übergeordneten Behörde desselben Organisationsapparates eingegliedert sind und im Wege der Amtshilfe (Verfahrensökonomie, § 39 Abs 2 AVG)⁷⁷² beigezogen werden können.⁷⁷³ Ob ein Sachverständiger wirklich so weit „zur Verfügung stehen“ sollte, wie die Amtshilfe verfahrensökonomisch noch reicht, wird mitunter zu Recht kritisiert. Dabei wird ein unnötiger Verfahrensaufwand für die UVS und eine damit einhergehende Verzögerung ins Treffen gebracht.⁷⁷⁴ Aber der Meinung, dass Sachverständige nur innerhalb der Ländergrenzen „zur Verfügung stehen“, ist mE nicht beizupflichten.⁷⁷⁵ Die Rsp erweitert diesen Gedanken aus Zweckmäßigkeitsgründen, sodass zB auch der Gemeinde im eWb die Sachverständigen, die der LReg beigegeben sind, „zur Verfügung stehen“.⁷⁷⁶ Obwohl die Jud des VwGH die Übernahme der funktionellen Tätigkeit des Amtssachverständigen durch den Verhandlungsleiter toleriert⁷⁷⁷, ist dies im Anwendungsbereich von Art 6 EMRK – zu Recht – absolut unzulässig⁷⁷⁸.

Nichtamtliche Sachverständige dürfen nach § 52 Abs 2 und Abs 3 AVG nur in Ausnahmefällen bestellt werden, insb dann, wenn ein Amtssachverständiger nicht zur Verfügung steht, wenn die Besonderheit des Falles dies gebietet oder wenn eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens anzunehmen ist.⁷⁷⁹ Liegen die in Abs 2 leg cit genannten Voraussetzungen (Unverfügbarkeit oder Besonderheit des Falles) nicht vor, so darf ein

⁷⁶⁹ Siehe § 116 Abs 3 KFG.

⁷⁷⁰ Vgl VwGH 21. 12. 1999, 97/10/0787.

⁷⁷¹ Hengstschläger/Leeb, AVG Rz 8 ff zu § 52; aA VwSlg 1941 A.

⁷⁷² Mayer in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben 138.

⁷⁷³ Hengstschläger/Leeb, AVG Rz 25 ff zu § 52.

⁷⁷⁴ Siehe Schmied, UVS aktuell 2006, 101.

⁷⁷⁵ So aber Zellenberg in Attlmayer/Walzel von Wiesentreu, Handbuch des Sachverständigenrechts 74.

⁷⁷⁶ Vgl VwSlg 9370 A; VwGH 26. 9. 2002, 2000/06/0075.

⁷⁷⁷ Vgl VwGH 31. 03. 2004, 2002/06/0002.

⁷⁷⁸ VfSlg 11.131; 16.827; 17.029; VfGH 26. 9. 2005, B 1588/04; VwGH 22. 4. 2004, 2003/07/0160; Hengstschläger/Leeb, AVG Rz 16 zu § 52.

⁷⁷⁹ MaW Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht⁴ 198 f.

nichtamtlicher Sachverständiger nach § 52 Abs 2 AVG von demjenigen, über dessen Antrag das Verfahren eingeleitet wurde, nur bestellt werden, wenn neben der **wesentlichen Beschleunigung des Verfahrens**, die daraus entstehenden **Kosten** einen von dieser Partei bestimmten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten. Deshalb ist diese Regel nur bei antragsbedürftigen Verfahren anzuwenden, wobei dies aber weiters die Anregung bzw Zustimmung des Antragstellers voraussetzt.

8.2. Der Sachverständige vor dem UVS

Für die UVS gelten diese eben erwähnten Bestimmungen sinngemäß.⁷⁸⁰ Anders als in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sind die UVS somit in der Auswahl der Sachverständigen unfrei. Für die UVS gilt daher das Primat des Amtssachverständigen. Zu beachten ist dabei aber, dass den UVS keine Sachverständigen, ja auch keine Hilfsapparate⁷⁸¹, denen Sachverständige angehören, beigegeben sind. Es wird die Meinung vertreten, dass den UVS nur die der LReg beigegebenen Sachverständigen „zur Verfügung stehen“. Dies wird aus der Kompetenz zur Regelung des inneren Dienstes geschlossen.⁷⁸² Richtigerweise wird man dieser Auffassung mE aus Zweckmäßigkeitsgründen grundsätzlich zu folgen haben. Trotzdem stelle ich die Frage, ob den UVS systemgemäß überhaupt Amtssachverständige „zur Verfügung stehen“ können? Immerhin sind die UVS weder selbst „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“, noch ist diesen eine solche übergeordnet. Daher könnte man mE auch den Schluss ziehen, dass den UVS somit gar keine Amtssachverständigen zur Verfügung stehen und diese deshalb jederzeit nichtamtliche Sachverständige bestellen könnten. Die dabei steigende Kostenbelastung ist aber für die Parteien vor den UVS kontraproduktiv und widerstreitet mE auch den Grundsätzen der Verfahrensökonomie (Einfachheit, Zweckmäßigkeit, Raschheit und Kostenersparnis, vgl § 39 Abs 2 AVG).⁷⁸³ Es wird deshalb auch die Ansicht vertreten, dass im Falle der Erforderlichkeit des Beiziehens eines Sachverständigen, die UVS grundsätzlich auf die ihnen zur Verfügung stehenden Amtssachverständigen zurückzugreifen haben. Danach stehen die der LReg beigegebenen Amtssachverständigen den UVS „zur Verfügung“. Erst wenn keine solche Amtssachverständ-

⁷⁸⁰ Vgl Art II Z 2 EGVG und die Besonderheiten in § 67 ff AVG.

⁷⁸¹ Vgl das Amt der Landesregierung für LReg/LH.

⁷⁸² Vgl Zellenberg, in: *Attlmayer/Walzel von Wiesentreu*, Handbuch des Sachverständigenrechts 74.

⁷⁸³ MaW Schmied, UVSaktuell 2006, 101.

gen „zur Verfügung stehen“⁷⁸⁴, könnten die UVS dieser Meinung nach wählen, ob diese nichtamtliche Sachverständige bestellen oder Amtssachverständige von anderen Organisationsapparaten (Bund, Länder, Gemeinden) beiziehen. Sollten die UVS die zweite Variante wählen, sind dieser Ansicht nach die beigezogenen Sachverständige als Amtssachverständige aufzufassen.⁷⁸⁵ Dies hätte freilich positive Auswirkungen auf die Kostentragung für die Parteien. ME reicht aber eine solche „Umdeutung“ nicht und es sollte dem Vorschlag, eine gesetzliche Regelung einzuführen, nachdem die UVS nur mehr nichtamtliche Sachverständige beauftragen können, gefolgt werden. Demnach könnte auch die Kostenüberwälzung nach § 76 AVG⁷⁸⁶ - mit Abänderungen bezüglich des amtswegigen Verfahrens – beibehalten werden. Wenn deshalb eine Partei eine neuerliche Begutachtung in Betracht ziehen würde, müsste diese dafür die Kosten tragen. IdZ müsste aber auch die Verfahrenshilfe auf das AVG-Verfahren erweitert werden, damit die drohende Kostenbelastung in potenziell gerechtfertigten Verfahrenshilfefällen nicht der Wahrheitsfindung im Wege steht.⁷⁸⁷

8.3. Die Regelung für mögliche Landesverwaltungsgerichte

Umgemünzt auf eine eventuelle Landesverwaltungsgerichtsbarkeit bedeutet das, dass die Landesverwaltungsgerichte mE per Verwaltungsprozessrecht nur zur Bestellung von **nichtamtlichen - allgemein beeideten und zertifizierten - Sachverständigen** ermächtigt werden sollten. Eine unparteiliche Sachverhaltsermittlung bedarf eben solcher (nichtamtlicher) Sachverständigen.⁷⁸⁸ Eine damit im Zusammenhang stehende Kostenerhöhung, müsste durch eine **erweiterte staatliche Kostentragung** sowie durch eine im Verwaltungsverfahren in Geltung zu setzende **Verfahrenshilfe** abgedeckt werden. Für die Bestellung der Sachverständigen müsste mE aus den oben erwähnten Gründen das Verwaltungsprozessrecht eine § 39 Abs 2 AVG entsprechende Bestimmung zur Verfügung stellen.⁷⁸⁹

Die möglichen Landesverwaltungsgerichte im Anwendungsbereich des § 55 Abs 2 AVG, wonach Gerichte nur dann um eine mittelbare Beweisaufnahme ersucht werden dürfen,

⁷⁸⁴ VwSlg 9370 A; VwGH 9. 6. 1994, 93/06/0174.

⁷⁸⁵ *Schmied*, UVSaktuell 2006, 102.

⁷⁸⁶ MwN *Ennöckl*, ecolex 2004, 823.

⁷⁸⁷ Vgl *Lehne*, ZUV 2005, 12.

⁷⁸⁸ So *Pöschl* in *Holoubek/Lang* 383.

⁷⁸⁹ So auch *Pabel*, JRP 2007, 293.

wenn eine gesetzliche Bestimmung dafür vorliegt, zu belassen, erachte ich aus der Sicht der Funktion der Rechtskontrolle ebenso als sinnvoll.⁷⁹⁰ Die Rechtskontrolle durch mögliche Landesverwaltungsgerichte sollte nicht durch Verlagerung der Beweisdurchführung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit beeinflusst werden.

9. Der Faktor Gemeinschaftsrecht

In ständiger Rsp normiert Art 10 EG⁷⁹¹ die Pflicht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zu veranlassen.⁷⁹² Die Regelung über die Zuständigkeit der Gerichte sowie die Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens obliegt damit – mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung dieser Materie – den jeweiligen Mitgliedstaaten.⁷⁹³ Dies stellt den „Grundsatz der institutionellen und Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“⁷⁹⁴ dar.

Beim Vollziehen von Gemeinschaftsrecht haben die Mitgliedstaaten im Rahmen der nationalen Verfahrensvorschriften zu agieren. Dabei sind diese an vom EuGH aufgestellte Grundsätze gebunden, die ihrerseits wieder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht darstellen.⁷⁹⁵ Diese Grundsätze gelten aber (lediglich) im „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“. Diese Grundsätze gelten demnach dann, wenn die nationalen Verfahren auf der Vollziehung unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts oder der Umsetzung von Richtlinien gründen, oder, wenn Staatsmaßnahmen Grundfreiheiten beschränken. Die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten spielen aber wiederum nur dann eine Rolle, wenn ein Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug vorliegt.⁷⁹⁶ Vollziehen also die nationalen Behörden Gemeinschaftsrecht (sogenannter „indirekter Vollzug“), dann haben diese eine Gemengelage von nationalem Recht, primären und sekundären Gemeinschaftsrecht sowie aus vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts einzuhalten.

⁷⁹⁰ So auch Mayr in *Holoubek/Lang* 120.

⁷⁹¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft AB1 1997 C 340, 1 (BGBl III 1999/86) idgF.

⁷⁹² Vgl EuGH, Rs C-366/95 Steff-Houllberg Export I, Slg 1998, I-2661, Rz 14 mwN.

⁷⁹³ Vgl EuGH, Rs C-394/93 Alonso-Pérez, Slg 1995, I4101, Rz 28; Rs 33/76 Rewe, Slg 1976, 1989, Rz 5 ua.

⁷⁹⁴ *Rodriguez Iglesias*, Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, 289.

⁷⁹⁵ Vgl EuGH, Rs 316/86 Krüger, Slg 1988, 2213 Rz 22 ua.

⁷⁹⁶ VwGH 15. 9. 1997, 97/10/0113.

Das Gemeinschaftsrecht beeinflusst aber auch den Prüfungsmaßstab beim Verwaltungsgerichtshof. Neben der Gesetzmäßigkeit (vgl Art 129 B-VG) muss dieser bei der Prüfung der Verwaltungsakte auch auf die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht achten. Der VwGH nimmt heutzutage eine entscheidende Stellung bei der Vollziehung des Gemeinschaftsrechts ein und ist dies nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass das Gemeinschaftsrecht größtenteils „Verwaltungsrecht“ betrifft.

10.1. Der „Gesetzliche Richter“ nach Art 83 B-VG

Art 83 Abs 2 B-VG normiert: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“. Darin ist das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter statuiert. Dieses Recht hat den Ursprung in der Entwicklung einer unabhängigen Gerichtsbarkeit mit der Trennung von Justiz und Verwaltung.⁷⁹⁷ Dieses Recht wird heute vom VfGH sehr weit verstanden. Darunter ist nicht nur ein Verfahren vor dem Gericht, sondern ein Verfahren vor „jede[r] Staatsbehörde zu verstehen, welche von irgendeinem Gesetz oder einer rechtsgültigen Verordnung mit der Entscheidung einer Angelegenheit betraut ist“. ⁷⁹⁸ Der Jud⁷⁹⁹ zufolge ist dies ein subjektives „Recht auf Schaffung und Einhaltung präziser einfachgesetzlicher Zuständigkeitsregelungen“. ⁸⁰⁰ Daraus folgt, dass die Behördenzuständigkeit bestimmt festgesetzt (vgl Art 18 B-VG) werden muss.⁸⁰¹ In Zusammenschau mit der Bindungswirkung für die Vollziehung (Art 83 Abs 2 iVm Art 18 B-VG) wird dieses Recht auch durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn diese eine dieser gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt oder in gesetzwidriger Weise deren Zuständigkeit ablehnt und damit eine Sachentscheidung verweigert.⁸⁰² Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gewährt aber nicht nur die Zuständigkeit vor innerstaatlichen Behörden, sondern verpflichtet die nationalen Behörden nach stRsp auch die Wahrung der Zuständigkeit des EuGH zur Vorabentscheidung einzuhalten. Legt also eine vorlagepflichtige Behörde eine entscheidungsre-

⁷⁹⁷ *Walter*, RZ 1999, 58.

⁷⁹⁸ RG Nr 1842/1911; erstmals VfSlg 1443, 2048; vgl auch VfSlg 2536; VfGH 11. 12. 1995, B 2300/95.

⁷⁹⁹ Vgl VfSlg 1228, 1577, 1590, 1850, 2176, 2207, 2536, 2909, 2945, 3156, 16.772; VfGH 15. 6. 2005, B 636/04.

⁸⁰⁰ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1516.

⁸⁰¹ VfSlg 6675; vgl auch VfSlg 2909 und 3156.

⁸⁰² VfSlg 7457, 9696, 14.997.

levante Frage dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vor (vgl Art 234 EG), führt dies zu einer Verletzung dieses Grundrechts.⁸⁰³

9.1.1. Die Vorlage zur Vorabentscheidung durch den EuGH gem 234 EG

Gem Art 234 Abs 2 EG ist ein Gericht eines Mitgliedstaates vorlageberechtigt. Als „Gericht“ versteht die hL⁸⁰⁴ unabhängige, weisungsfreie, nach innerstaatlichem Recht zur Streitentscheidung vorgesehene Einrichtungen. Des Weiteren müssen diese „Gerichte“ ordnungsgemäß gebildet worden sein und rechtsstaatliche Verfahrensregeln anwenden. Der Entscheidung der Gerichte muss weiters bindende Kraft zukommen.⁸⁰⁵

Vorlagefähig sind Fragen der Auslegung und der Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht. Die Auslegungsfragen betreffen das Gemeinschaftsrecht allumfassend (Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht). Die Gültigkeitsfragen betreffen nur sekundäres und tertiäres Gemeinschaftsrecht, wobei das primäre Gemeinschaftsrecht Prüfungsmaßstab ist.⁸⁰⁶ Nicht vorzulegen sind Fragen der Auslegung nationalen Rechts oder Fragen der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht und umgekehrt. Abstrakte Fragen, ob eine innerstaatliche Maßnahme eine verbotene iSd Gemeinschaftsrechts ist, sind aber zulässig. Auch mangels „grenzüberschreitenden Sachverhalt“ und somit bei eigentlicher Nichtanwendung von Gemeinschaftsrecht sind Fragen dann vorlagefähig, wenn ein gemeinschaftsrechtliches Interesse an der einheitlichen Auslegung von verwendeten Begriffen besteht.⁸⁰⁷

Die an den EuGH vorgelegte Frage muss das vorlegende Gericht nach Art 234 Abs 2 EG „zum Erlass seines Urteils für erforderlich“ erachten. Diese Erforderlichkeit wird vom EuGH dahin überprüft, ob das Ersuchen nur konstruiert ist⁸⁰⁸, ob dieses nur hypothetische Fragen enthält⁸⁰⁹, oder, ob zwischen dem Auslegungs- und Gültigkeitsprüfungsersuchen

⁸⁰³ VfSlg 14.390, 14.607, 14.889, 15.094, 15.138, 15.139, 15.236, 15.507, 15.657, 15.810, 16.118, 16.130, 16.132, 16.156, 16.128, 16.183, 16.391, 16.757, 16.988; VwGH 23. 2. 2004, 2001/10/0104.

⁸⁰⁴ Streinz, Europarecht⁷ § 8 III 5 Rz 631.

⁸⁰⁵ EuGH, Rs. C-111/94, Job Centre, Slg 1995, I-3361, Rn 9 ff.

⁸⁰⁶ Streinz, Europarecht⁷ § 8 III 5 Rz 632.

⁸⁰⁷ Streinz, Europarecht⁷ § 8 III 5 Rz 634.

⁸⁰⁸ EuGH, Rs 244/80, Foglia/Novello, Slg 1981, 3045, Rn 18; Rs C-314/96, Djabali, Slg 1998, I-1149, Rn 18f; vgl EuGH, Rs C-318/00, Bacardi-Martini SAS ua/Newcastle United FC Ltd, Slg 2003, I-905, Rn 41 f.

⁸⁰⁹ Vgl EuGH, Rs C-83/91, Meilicke/ADV/ORG A AG, Slg 1992, I-4871/4932 ff.

und dem gegenständlichen nationalen Verfahren offensichtlich kein Konnex besteht⁸¹⁰. Eine Vorlage an den EuGH nach Abschluss des innerstaatlichen Verfahrens (vgl Abs 3 leg cit: „in einem schwebenden Verfahren“) ist aber nicht mehr zulässig.⁸¹¹

Art 234 Abs 2 EG normiert eine Vorlageberechtigung für alle Gerichte der Mitgliedstaaten. Dem nationalen Gesetzgeber ist es nicht erlaubt die Vorlageberechtigung zu erschweren oder gar auszuschließen.⁸¹² Abs 3 leg cit setzt eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH für Gerichte fest, „dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“. Die Lehre unterscheidet dabei zwischen der „abstrakten“ und der „konkreten“ Betrachtungsweise. Im ersten Fall sind nur die obersten Gerichte vorlageverpflichtet, im zweiten Fall die jeweilige letzte Instanz im konkreten Verfahren. Aus praktikablen Gründen bietet sich die konkrete Sichtweise an, da die obersten Gerichte nicht regelmäßig die letzte Instanz abgeben müssen.⁸¹³ Der EuGH zieht die konkrete/funktionelle Betrachtungsweise vor.⁸¹⁴ Ist daher eine VwGH-Beschwerde möglich, ist keine Vorlagepflicht gegeben.⁸¹⁵ Ist der Instanzenzug von einer Kollegialbehörde richterlichen Einschlags (vgl Art 133 Z 4 B-VG) an den VwGH aber ausgeschlossen, ist die Kollegialbehörde in eventu vorlageverpflichtet. Die Möglichkeit einer Beschwerde an den VfGH beeinflusst die Vorlagepflicht nicht.⁸¹⁶

Keine Pflicht zur Vorlage besteht allerdings im Rahmen der **„acte claire“-Doktrin**⁸¹⁷:

Dem EuGH zufolge hat ein vorlagepflichtiges Gericht im Falle einer klärungsbedürftigen Auslegungsfrage der Pflicht zur Vorlage an den EuGH nachzukommen, wenn sich in einem bei diesem anhängigen Verfahren eine Frage des Gemeinschaftsrechtes stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, dass

1. die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, oder
2. die betreffende gemeinschaftsrechtliche Norm bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war, oder

⁸¹⁰ EuGH, Rs C-7/97, Bronner, Slg 1998, I-7791, Rn 17.

⁸¹¹ EuGH, Rs 338/85, Pardini, Slg 1988, 2041, Rn 11.

⁸¹² Streinz, Europarecht⁷ § 8 III 5 Rz 636.

⁸¹³ So auch Streinz, Europarecht⁷ § 8 III 5 637.

⁸¹⁴ EuGH, Rs C-99/00, Lyckeskog, Slg 2002, I-4839, Rn 14 ff.

⁸¹⁵ VfSlg 15.427, 15.766; vgl VfSlg 16.988.

⁸¹⁶ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 246/35.

⁸¹⁷ Vgl EuGH, Rs 283/81, CILFIT/Ministero della sanità, Slg 1982, 3415, Rn 10 ff.

3. die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt.⁸¹⁸

IdZ sei aber die Ansicht des VfGH erwähnt, wonach „ausnahmslos jede Norm“ der Auslegung bedarf⁸¹⁹. ME widerspricht diese Rsp der „acte claire“-Doktrin eindeutig, da die Doktrin dezidiert Ausnahmen bereitstellt.

Zu beachten ist aber, dass das vorlegende Gericht nicht in das Vorabentscheidungsverfahren eingebunden ist. Das vorlegende Gericht hat lediglich die Vorlage durchzuführen und das Urteil des EuGH entgegenzunehmen. Das vorlegende Gericht kann zwar über die Stellungnahmen, den Sitzungsbericht und die Schlussanträge der Generalanwälte verfügen, es kann jedoch keine Äußerung zu den vertretenen Standpunkten der Parteien abgeben, was mitunter gelegentlich kritisiert wird.⁸²⁰

Die Wirkung von Vorabentscheidungen durch den EuGH ist im EGV nicht geregelt und muss daher auf die Jud zurückgegriffen werden. Die Wirkung von Vorabentscheidungen bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht trifft der Jud nach in jedem Fall alle staatlichen Gerichte, die mit dem Ausgangsverfahren befasst wurden.⁸²¹ Die Wendung „alle mit dem Ausgangsverfahren befaßten staatlichen Gerichte“⁸²² kann man unter Zugrundelegung des Grundsatzes der größten Wirksamkeit von Gemeinschaftsrecht wohl weit verstehen, weshalb die Bindung der Vorabentscheidung auch zwischen VfGH und VwGH im Falle der Überprüfung eines aufgrund eines aufhebenden Erkenntnisses ergangenen Ersatzbescheides des VwGH durch den VfGH vorhanden wäre.⁸²³ ME zu weit geht die Ansicht von *Potacs*⁸²⁴, der Anzeichen einer „erga omnes-Wirkung“ in vereinzelt Entscheidungen des EuGH⁸²⁵ gefunden haben möchte und sich weiters auf Art 104 § 3 der Verfahrensordnung des EuGH stützt, wonach der EuGH bei einer Fragenidentität auf dessen früheres Urteil (zu einer anderen Rechtssache) verweisen darf. Hier übersieht *Potacs* mE, dass der EuGH lediglich Rechtssachen, welche an diesen herangebracht wurden, zu entscheiden hat und nicht als verdeckter Gesetzgeber agieren darf. Zwar ist der EuGH zur „Wahrung des

⁸¹⁸ VfSlg 14.607.

⁸¹⁹ VfSlg 10.615.

⁸²⁰ *Handstanger*, in: *Thienel (Hrsg)*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 197.

⁸²¹ EuGH, Rs 29/68 Milch-, Fett- und Eierkontor, Slg 1969, 165, Rz 2.

⁸²² EuGH, Rs 29/68 Milch-, Fett- und Eierkontor, Slg 1969, 165, Rz 2.

⁸²³ So *Potacs*, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJT Band I/1 123 f.

⁸²⁴ *Potacs* aaO 124 und im Ergebnis 139.

⁸²⁵ Vgl EuGH, Rs C-246/96 Magorrian, Slg 1997, I-7153, Rz 30; Rs 69/85 Wünsche, Slg 1986, 947, Rz 13.

Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags“ (Art 220 EG) berufen, womit eine Rechtsfortbildung nicht ausgeschlossen wird, jedoch darf die Befugnis zur Rechtsfortbildung auch nicht grenzenlos sein⁸²⁶, denn mit richterlicher Zurückhaltung muss die Gestaltungsfreiheit des (gemeinschaftsrechtlichen) Gesetzgebers beachtet werden insb auch bei der Auslegung von Recht sowie bei der Aufstellung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen.⁸²⁷

Anders verhält es sich aber bei der Analyse der Wirkung von Vorabentscheidungen des EuGH, mit welchem Sekundärrechtsakte für ungültig erklärt wird. Diese Erklärung des EuGH stellt für jedes staatliche Gericht ausreichend Grund dar, den Sekundärrechtsakt ebenfalls für ungültig zu erklären, weshalb in diesem Fall von einer „faktischen erga omnes-Wirkung“ gesprochen werden kann.⁸²⁸ Eine Pflicht für andere Gerichte als das zur Vorlage verpflichtete Gericht, den betreffenden Sekundärrechtsakt für ungültig zu erklären, kann mE aber aus dem Grundsatz der Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrecht nicht abgeleitet werden.⁸²⁹ Dies folgt mE bereits aus dem grundsätzlichen Gebot der richterlichen Zurückhaltung, welches dem EuGH die Grenzen der Rechtsfortbildung enger steckt, als dies der Wortlaut mancher dessen Entscheidungen tut.

9.1.2. Die Relevanz für mögliche Landesverwaltungsgerichte

Was aber würde das nun für eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit bedeuten? Beim Konzept einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit (erste Instanz: Landesverwaltungsgericht, zweite Instanz: VwGH) wäre das Landesverwaltungsgericht (auch) funktionell nicht letztentscheidendes Gericht iSV Art 234 Abs 3 EG und somit auch nicht vorlageverpflichtet. Dies hätte bei den obengenannten Voraussetzungen jedoch ein **Recht zur Vorlage an den EuGH**. Anders sähe dies aber im Konzept einer einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Danach wäre das Landesverwaltungsgericht, weil in letzter Instanz entscheidend auch **vorlageverpflichtet**. Eine Verwaltungsgerichtshofbeschwerde wäre

⁸²⁶ So *Streinz*, Europarecht⁷ § 8 I 2 Rz 567.

⁸²⁷ Ebenso *Streinz*, Europarecht⁷ § 8 I 2 Rz 569.

⁸²⁸ Vgl EuGH, Rs 66/80 International Chemical Corporation, Slg 1981, 1191, Rz 13; *Streinz*, Europarecht⁷ § 8 III 5 Rz 641.

⁸²⁹ So aber *Potacs*, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJT Band I/1 125.

demzufolge ja nicht mehr gegeben. Verfahrensrechtlich könnte dem Vorlageersuchen folgendermaßen entgegengekommen werden:

§ 38a VwGG, wonach der Verwaltungsgerichtshof bei Einholung einer Vorabentscheidung einen Beschluss zu erlassen und den Parteien zuzustellen hat, könnte für Landesverwaltungsgerichte in das zu entwerfende Verwaltungsprozessrecht adaptiert werden. IZm der Vorabentscheidungsfrage ist aber auch zu bedenken, dass speziell Art 10 B-VG-Materien (vgl. Gewerberecht, Fremdenrecht) für Vorabentscheidungsersuchen „anfällig“ sind. Deshalb ist zu fragen, ob Landesverwaltungsgerichte ressourcenmäßig in der Lage wären, die Kontrolle der unmittelbaren Bundesverwaltung zu übernehmen. Andernfalls müsste für diese Aufgaben ein eigenes Bundesverwaltungsgericht eingerichtet werden. Somit hängt die Frage der Ausgestaltung künftiger Verwaltungsgerichte eng mit der Frage zusammen, ob neben möglichen Landesverwaltungsgerichten auch ein Bundesverwaltungsgericht installiert werden sollte.

9.2. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und der Beschwerdeinhalt

Das Prinzip vom Vorrang unmittelbaren Gemeinschaftsrechts gewährleistet, „daß die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten“⁸³⁰. Der Vorrang gilt nicht nur gegenüber früher erlassenen sondern auch gegenüber später erlassenen nationalem Recht.⁸³¹

Nach § 28 Abs 1 VwGG ist neben der Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, der Bezeichnung der belangten Behörde und einer Kurzdarstellung des Sachverhaltes auch eine bestimmte Bezeichnung des Rechts anzuführen, in dem der Beschwerdeführer verletzt zu sein behauptet. Zweck dieser Beschwerdepunktpräzision ist, dass der angefochtene Bescheid (nur) im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte überprüft wird (vgl. § 41 Abs 1 VwGG). Wie verhält es sich aber, wenn sich der Beschwerdeführer in dessen auf Gemeinschaftsrecht gründendem Recht verletzt erachtet? Der VwGH hat den Bescheid ja aufzuheben, wenn dieser gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstößt.⁸³²

⁸³⁰ EuGH, Rs 106/77 Simmenthal, Slg 1978, 629, Rz 14/16.

⁸³¹ EuGH, Rs 6/64 Costa Enel, Slg 1964, 1141, Rz 1; Rs 106/77 Simmenthal, Slg 1978, 629, Rz 17/18.

⁸³² VwGH 20. 5. 1998, 96/09/0297; 21. 6. 1999, 97/17/0501.

IdR wird der Beschwerdeführer diesen Gemeinschaftsrechtsverstoß auch in der Beschwerde anführen. Tut dieser das nicht hat dieser grundsätzlich die Möglichkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren neue Rechtsrügen zu erheben, soweit damit nicht neue Sachverhaltsfeststellungen gefordert sind. Wird also die Identität der maßgeblichen (rechtserzeugenden) Fakten beibehalten, ist die wechselnde rechtliche Beurteilung desselben Sachverhalts im Verfahren nicht schädlich. Hat der Beschwerdeführer aber schuldhaft an der Mitwirkung zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts in der Unterinstanz nicht beigetragen, ist folglich die Kontrollbefugnis des VwGH in tatsächlicher Hinsicht eingeschränkt. Rechtlich kann der VwGH den Kontrollumfang jedoch trotzdem ausweiten.⁸³³

Wie aber, wenn der Beschwerdeführer diese Verletzung von Gemeinschaftsrecht gar nicht anführt? Hat der VwGH den Prüfungsumfang von Amts wegen auszuweiten?

Die Rsp des EuGH nimmt sich dieses Problems an. Demnach steht das Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift entgegen, welche einem im Zuge dessen Zuständigkeit angerufenen nationalen Gericht, verbietet, von Amts wegen die Vereinbarkeit eines nationalen Rechtsaktes mit einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter innerhalb einer bestimmten Frist auf die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung berufen hat.⁸³⁴ Es wird die Meinung vertreten, dass der VwGH demnach Gemeinschaftsrecht anzuwenden hat, obwohl sich der Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht auf dieses stützt.⁸³⁵ Nach noch hL ist lediglich der „integrationsfeste Verfassungskern“ zu beachten, da dieser als Grundlage für den Vertragsabschluss angesehen wurde. Die Kernverfassung mit den durch den Beitragsvertrag abgeänderten Grundprinzipien stellt demnach die Integrationsschranke dar.⁸³⁶ In Zusammenschau mit der Beschränkung der Beschwerdeprüfung auf die Beschwerdepunktbehauptung muss der Umfang bedacht werden, in welchem das nationale Gericht Gemeinschaftsrecht von Amts we-

⁸³³ Vgl. Walzel von Wiesentreu, in: Thienel (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 244 f.

⁸³⁴ EuGH, Rs C-312/93 Peterbroeck, Slg 1995 I, 4599, Rn 20. Vgl. auch EuGH Cofidis, Rs C-473/00 Rn 32 ff., siehe 1546 BlgNR, 18. GP 7; mehr dazu in Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 246/10.

⁸³⁵ Jabloner, RZ 1997, 258 ff.; Potacs vertritt die Meinung, dass der VwGH dann eine Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen von Amts wegen aufzugreifen hat, wenn im bisherigen Instanzenzug kein Gericht iSv Art 234 EG entschieden hat, in: Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJZ Band I/1 137 f.

⁸³⁶ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 246/10.

gen anzuwenden hat.⁸³⁷ Die Rsp des EuGH trägt dem nationalen Gericht auf, Gemeinschaftsrecht soweit anzuwenden, als es noch im Rahmen des Verwaltungsrechtsstreites liegt.⁸³⁸ Daher lässt sich eine Parallele zum Neuerungsverbot ziehen. Nach diesem ist der Umfang des Rechtsstreits dann überschritten, wenn sich das Gericht auf andere Tatsachen stützen muss, als die Prozesspartei, die ein Interesse an der Anwendung hat, getan hat.⁸³⁹ ME kann das Neuerungsverbot aber nicht als Vergleichsbasis dienen. Da das Gemeinschaftsrecht (unverrückbaren) Anwendungsvorrang genießt und es dem Zweck nach nicht darauf ankommen kann, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführer sich darauf stützt, muss von einer anderen Intention ausgegangen werden. Der Zweck der Wahrung der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts darf mE nicht im nationalen Verfahrensrecht die Grenze finden. Somit darf meiner Meinung nach die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts nicht durch divergierende nationale Verfahrensgesetze beschränkt werden.⁸⁴⁰ Dafür kann ins Treffen gebrachte werden, dass die Auslegungsurteile des Europäischen Gerichtshofes unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich *ex tunc* wirken, was ua auf dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Effektivität gründet.⁸⁴¹ Die Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtspositionen darf demnach nicht verhindert oder wesentlich erschwert werden. Diese Problematik sollte im Verwaltungsprozessrecht bedacht werden, was auch die Praxis in Fällen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes entscheidend erleichtern und somit der Verwaltungsrechtsschutz mit europarechtlichen Bezug kalkulierbar machen würde (Stichwort: Rechtssicherheit).

9.3. Der einstweilige Rechtsschutz

9.3.1. Gemeinschaftsrechtlicher vorläufiger Rechtsschutz

Eng mit der Frage der Vorlagepflicht an den EuGH verbunden ist die Ermächtigung des nationalen Gerichts zu einstweiligen Anordnungen. Die Aussetzung der Vollziehung eines auf gemeinschaftsrechtlicher Verordnung basierenden nationalen Verwaltungsaktes ist dann zulässig, wenn das nationale Gericht dabei die Kriterien beachtet, die auch für den

⁸³⁷ *Potacs*, ZUV 2003, 87 (92).

⁸³⁸ EuGH, Rs C-430/93 Van Schijndel und Rs C-431/93 Van Veen.

⁸³⁹ So *Jablonek*, RZ 1997, 261.

⁸⁴⁰ Vgl dazu EuGH, Rs 314/85 Foto Frost, Slg 1987, 4199.

⁸⁴¹ EuGH, Rs C-453/00 Kühne und Heitz Slg. 2004, I-837.

EuGH beim Erlass einstweiliger Anordnungen gelten (vgl Art 242 EG). Demnach müssen beim Gericht

1. **erhebliche Zweifel** an der Gültigkeit der EG-VO vorliegen
2. die Entscheidung muss **dringlich** sein
3. dem Antragsteller muss ein **schwerer und nicht wieder gut zu machender Schaden drohen** und das Interesse der Europäischen Gemeinschaft an der Anwendung ihres Rechts muss angemessen berücksichtigt sein.⁸⁴²

Hat also das nationale Gericht erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht, kann dieses den nationalen Verwaltungsakt aussetzen bis der EuGH darüber entschieden hat.

Nichts anderes müsste mE deshalb bei der gerichtlichen Prüfung von Sekundärrecht gelten. Auch hier wird das Gemeinschaftsrecht als solches bestritten.⁸⁴³ Somit steht dem Rechtsschutzsuchenden die Möglichkeit zur Verfügung EG-VO vor dem nationalen Gericht in Frage zu stellen und dieses zur Vorlage an den EuGH zu veranlassen. Nur so kann er der EG-VO einstweilig die Wirksamkeit entziehen bis der EuGH die vorgebrachte Ungültigkeit auch tatsächlich festgestellt hat.

9.3.2. Vorläufiger Rechtsschutz im Anwendungsbereich von Gemeinschaftsrecht

Aber nicht nur die Aussetzung der Vollziehung, sondern auch die einstweilige (positive) Anordnung durch das nationale Gericht dürfte dabei gewährleistet sein. Das nationale Gericht müsste daher durch eine einstweilige Anordnung (positiver Akt) eine EG-VO einstweilig unanwendbar machen können.⁸⁴⁴

Dieser einstweilige nationale Rechtsschutz gegen die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht ist allerdings begrenzt auf jene Fälle, in denen die EG-Kommission die gebotenen besonderen Maßnahmen setzt. Dies sind sog „Härtefälle“. Denn gegen die Untätigkeit der

⁸⁴² EuGH, verb Rs C-143/88 und C-92/89 Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Slg 1991, I-415, Rn 23 ff, 33; Rs C-465/93 Atlanta, Slg 1995, I-37-61, Rn 35 ff.

⁸⁴³ So Streinz, Europarecht⁷ § 8 IV 2 Rz 655.

⁸⁴⁴ Vgl auch die einstweiligen Anordnungen durch den EuGH in Art 243 EG.

Kommission kann gem Art 232 Abs 3 EG Klage beim EuGH eingebracht werden. IdZ stünde dem Kläger daher Art 243 EG zur Verfügung, womit dieser einstweilige Anordnungen durch den EuGH anregen kann. Sollte die Kommission aber ausdrücklich ablehnen oder einen anderen als den begehrten Rechtsakt erlassen⁸⁴⁵, steht die Nichtigkeitsklage gem Art 230 Abs 4 zur Verfügung.⁸⁴⁶

Untätigkeit und Tätigkeit können somit unterschiedlich bekämpft werden. Bei der „Untätigkeitsklage“ im Gemeinschaftsrecht ist aber zu beachten, dass die Klagebefugnis für sog „Nichtprivilegierte“ (natürliche oder juristische Personen) nur dann vorhanden ist, wenn der unterlassene Akt an auch an diese zu richten ist. Der Akt der Kommission ist zwar eine „Stellungnahme“, diese stellt aber eine Entscheidung gem Art 249 Abs 4 EG dar und ist somit verbindlich. Diese Stellungnahme ist eben keine unverbindliche Stellungnahme iSv Art 249 Abs 5 EG. Ein solch anfechtbarer Akt muss also adressierbar sein. Da dies (im Gemeinschaftsrecht) nur auf Entscheidungen zutrifft, kann der begehrte Akt keine Verordnung oder Richtlinie sein.⁸⁴⁷

9.3.3. Die Aufschiebende Wirkung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 30 VwGG)

Was bedeutet dies für das nationale Verfahrensrecht, insb in Hinsicht auf eine mögliche Landesverwaltungsgerichtsbarkeit?

§ 30 VwGG regelt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vor dem VwGH. Nach dieser Bestimmung hat der VwGH *„auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Beschluss zuzuerkennen, insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug oder mit der Ausübung der mit Bescheid eingeräumten Berechtigung durch einen Dritten für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Aufwand verbunden wäre.“* Es wird im VwGG also lediglich von der „aufschiebenden Wirkung“ gesprochen. Zwingende öffentliche Interessen liegen etwa dann vor, „wenn die konkrete Interessenlage öffentliche Rücksichten

⁸⁴⁵ Es muss eindeutig positiv oder negativ beschieden werden, vgl EuG, Rs T-32/93 Ladbroke Racing, Slg 1994, II-1015, Rn 22; EuGH, Rs C-282/95 P Guérin automobiles, Slg 1997, I-1503, Rn 34, 38.

⁸⁴⁶ EuGH, Rs C-68/95 T. Port GmbH & Co KG, Slg 1996, I-6065, Rn 53 ff.

⁸⁴⁷ Streinz, Europarecht⁷ § 8 III 4 Rz 618 f.

berührt, die einen umgehenden Vollzug des angefochtenen Bescheides gebieten“.⁸⁴⁸ Lediglich das Interesse für die Bescheiderlassung an sich reicht aber nicht aus. Es müssen daher weitere Umstände dazukommen, die über das Interesse der Verwaltungsmaßnahme hinausreichen.⁸⁴⁹ Die öffentlichen Interessen sind dabei aber nicht auf die Sache beschränkt.⁸⁵⁰ Der Jud folgend werden zwingende öffentliche Gründe zumal dann vorliegen, wenn Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit oder Eigentum gefährdet werden könnten. Ebenso zählen die Durchsetzung staatlicher Straf- und Abgabenansprüche sowie die Bevölkerungsversorgung dazu.⁸⁵¹

Sind keine entgegenstehenden zwingenden öffentlichen Interessen vorhanden, hat der VwGH die Prüfung anzustellen, ob nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug des Bescheides inklusive der Berechtigungsausübung für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Dieser drohende unverhältnismäßige Nachteil muss beim Beschwerdeführer selbst und insb während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vorliegen.⁸⁵² Dabei kann die „Unwiederbringlichkeit“ als grundlegender Maßstab angesehen werden.⁸⁵³

9.3.4. Vorläufiger Rechtsschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht

Staatliche Gerichte sind der Rsp zufolge beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht grundsätzlich zur Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz verpflichtet: Die „volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts würde auch dann abgeschwächt, wenn ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befaßtes Gericht durch eine Vorschrift des nationalen Rechts daran gehindert werden könnte, einstweilige Anordnungen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Entscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen. Ein Gericht, das unter diesen Umständen einstweilige Anordnungen erlassen würde, wenn dem nicht eine Vorschrift des

⁸⁴⁸ VwGH 28. 12. 1994, AW 94/17/0046; 25. 8. 1994, AW 94/17/0023.

⁸⁴⁹ Vgl VwGH 25. 8. 1994, AW 94/17/0023; B 12. 2. 1982, 81/08/0124;

⁸⁵⁰ *Schwartz*, AnwBl 1994, 245; Anders noch VwGH, B 6. 6. 1977, 698/77; 25. 4. 1978, 633/78; VwSlgNF 9340 A.

⁸⁵¹ Vgl *Puck*, ZfV 1982, 465.

⁸⁵² Vgl VwGH 24. 6. 1994, AW 94/05/0035; 04. 6. 1992, AW 92/05/0016.

⁸⁵³ Vgl zB VwGH 27. 9. 1995, AW 95/07/0034; 22. 12. 1983, 83/06/0031. Anders VwGH 27. 2. 1992, AW 92/13/0008 mit Kritik von *Hoehl*, Vorläufiger Rechtsschutz (1999) 136.

nationalen Rechts entgegenstünde, darf diese Vorschrift nicht anwenden.“⁸⁵⁴ Der EuGH setzt fort und spricht von der „vollen Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung“ und vom Erlass „einstweiliger Anordnungen“⁸⁵⁵. Bei dem Erlass von einstweiligen Anordnungen ist aber auf den Einzelfall abzustellen, da die nationalen Gerichte „alles Erforderliche zu tun“⁸⁵⁶ haben „um diejenigen innerstaatlichen Vorschriften auszuschalten“, welche „die volle Wirksamkeit von der Gemeinschaftsnormen“ hindern. Dieses Befugnis zum Erlass einstweiliger Anordnungen gründet direkt im Gemeinschaftsrecht und benötigt daher keine Rechtsgrundlage im nationalen Recht.⁸⁵⁷

Nun verpflichtet der „Äquivalenzgrundsatz“⁸⁵⁸ bzw der „Grundsatz der Gleichwertigkeit“⁸⁵⁹ die Mitgliedstaaten beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht grundsätzlich den gleichen Rechtsschutz zu gewähren, der im innerstaatlichen Recht für gleiche, aber nicht im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts liegende, Rechtsangelegenheiten eingeräumt wird. Daraus kann gefolgert werden, dass einstweilige Anordnungen aufgrund der gleichen Kriterien zu erlassen sind, wie diese für die aufschiebende Wirkung gem § 30 VwGG normiert sind. Einstweilige Anordnungen sind daher lediglich auf Antrag⁸⁶⁰ und nach erfolgter Interessenabwägung (vgl § 30 Abs 2 VwGG)⁸⁶¹ zu erlassen. Dies dürfte mit dem Gemeinschaftsrecht auch vereinbar sein.⁸⁶² Diese Auffassung dürfte auch die mE richtige Auffassung, dass die Befugnis zum Erlass einstweiliger Anordnungen ein „systemfremdes meritorisches Element“⁸⁶³ darstelle (Anm.: nicht aber im Säumnisbeschwerdeverfahren!), relativieren, da beim Erlass an innerstaatliche Maßstäbe abgestellt wird. Es kann daher mE nicht die Auffassung vertreten werden, dass die eigentlich kontrollierende Verwaltungsgerichts-

⁸⁵⁴ EuGH, Rs C-21389 Factortame, Slg 1990, I-2433, Rz 31.

⁸⁵⁵ EuGH, Rs C-21389 Factortame, Slg 1990, I-2433, Rz 21.

⁸⁵⁶ EuGH, Rs C-21389 Factortame, Slg 1990, I-2433, Rz 20.

⁸⁵⁷ Vgl VwGH 4. 9. 1999, AW 99/21/0061.

⁸⁵⁸ EuGH, Rs C-231/96 Edis, Slg 1998, I-4951, Rz 36 ua.

⁸⁵⁹ EuGH, Rs C-261/95 Palmisani, Slg 1997, I-4025, Rz 27; Rs C-326/96 Levez, Slg 1998, I-7835, Rz 18.

⁸⁶⁰ Hoehl, Vorläufiger Rechtsschutz vor dem VwGH unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts (1999) 157.

⁸⁶¹ Vgl VwGH 4. 9. 1999, AW 99/21/0061.

⁸⁶² So Potacs, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJT Band I/1 (2000) 137.

⁸⁶³ Hoehl, Vorläufiger Rechtsschutz vor dem VwGH unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts (1999) 151.

barkeit in die Verwaltung „hineinregiert“, indem der Verwaltungsgerichtshof „meritorische“ (einstweilige) Anordnungen erlässt.

Grundsätzlich bin ich der Meinung, dass hier das Gemeinschaftsrecht mit der Möglichkeit zum Erlass einstweiliger Anordnungen den Grundstein dafür abgibt, dass mögliche Landesverwaltungsgerichte nicht nur zur Gewährung von aufschiebender Wirkung, sondern auch zum Erlass von einstweiligen Anordnungen gesetzlich ermächtigt werden könnten.

9.3.5. Mein Vorschlag für mögliche Landesverwaltungsgerichte

Im Hinblick auf die oben ausgeführte gemeinschaftsrechtliche Problematik sollte meiner Meinung nach sowohl für den VwGH als auch für mögliche Landesverwaltungsgerichte eine (einfachgesetzliche) verfahrensrechtliche Ermächtigung erlassen werden, wonach auch einstweilige Anordnungen gemacht werden könnten. So wäre es mE zweckmäßig wenn dadurch auch der Erlass vorläufiger Bescheide ermöglicht wird, da der Rechtsschutz nicht immer nur in der „Aufschiebung“ einer Wirkung, sondern des Öfteren auch in der (vorzeitigen) Gewährung liegt.⁸⁶⁴ ME könnte für mögliche Landesverwaltungsgerichte etwa folgendes normiert werden:

„Auf Antrag des Beschwerdeführers hat das Landesverwaltungsgericht in Fällen der glaubhaft gemachten Unvereinbarkeit nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht, der glaubhaft gemachten Ungültigkeit von Gemeinschaftsrecht oder in sonstigen vom Antragsteller glaubhaft gemachten Fällen die erforderlichen einstweiligen Maßnahmen zu setzen, soweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen. Steht dem Antrag die Berechtigung eines Dritten entgegen, so ist dem Antrag nur stattzugeben, sofern der berechtigte Dritte nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand dadurch erleidet“.

Sollte die erforderliche einstweilige Maßnahme (lediglich) in einer aufschiebenden Wirkung bestehen, sollte dessen Wirkung mE weitreichenden Umfangs sein. Es sollte dadurch

⁸⁶⁴ So auch *Jabloner*, in RZ 1997, 261.

sowohl die Vollstreckbarkeit, die Verbindlichkeit als auch die Tatbestandswirkung aufgehoben werden können.⁸⁶⁵

Meine grundsätzliche Entscheidung für die reformatorische Entscheidungsbefugnis möglicher Landesverwaltungsgerichte steht auch im Einklang mit der Geltungsdauer der erforderlichen einstweiligen Maßnahme iS einer einstweiligen Anordnung. Würde beispielsweise diese einstweilige Anordnung eines Landesverwaltungsgerichtes dem Beschwerdeführer eine spezielle Rechtsstellung gewähren, würde diese Berechtigung durch eine Kassation wieder aufgehoben. Die kassatorische Kognitionsbefugnis würde hier den Aktionsrahmen nachhaltig einschränken, der Beschwerdeführer seine Berechtigung uU für immer verlieren.⁸⁶⁶ Mittels der Befugnis zur „Entscheidung in der Sache“ könnten mögliche Landesverwaltungsgerichte aber den Inhalt der einstweiligen Anordnung im Erkenntnis festsetzen und der Beschwerdeführer hätte somit einen „überlaufenden“ Rechtsschutz von der einstweiligen Anordnung bis zum endgültigen Erkenntnis.

Ein solcher „überlaufender“ Rechtsschutz wäre meinem Entwurf folgend aber nicht in jenen Bereichen gegeben, in denen mögliche Landesverwaltungsgerichte nur zu kassieren hätten. Deshalb wäre mE daher einfachgesetzlich festzulegen, dass die Verwaltungsbehörden in diesen Fällen einen einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren hätten, wenn das Begehren „glaubhaft erscheint“ und nicht „unangemessen“ ist. Ob das Begehren glaubhaft erscheint, sollte aus dem Vorbringen insb aus dessen Schlüssigkeit geschlossen werden. Die Möglichkeit einer Stellungnahme der gegnerischen Partei sollte aber möglich sein. Damit soll einfachgesetzlich eine Rechtsschutzlücke in Fällen einer kassatorischen Entscheidungsbefugnis durch mögliche Landesverwaltungsgerichte geschlossen werden. Bei dieser Konstellation, dass nämlich die Verwaltungsbehörde in diesen Fällen die erforderliche einstweilige Maßnahme (positiver Akt) setzen könnte, greift auch der Vorwurf des „Hineinregierens“ in den Verwaltungsbereich durch Landesverwaltungsgerichte nicht.⁸⁶⁷ Die Autonomie der gemeindlichen Selbstverwaltung wäre dadurch keinesfalls gefährdet.

Demgegenüber ist die erforderliche einstweilige Maßnahme iS einer aufschiebenden Wirkung aber bereits durch die kassatorische Entscheidungsbefugnis gesichert: Den Be-

⁸⁶⁵ So auch *Oberndorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 116 und 124; zustimmend *Hoehl*, Vorläufiger Rechtsschutz (1999) 137.

⁸⁶⁶ Vgl *Hoehl*, in: *Thienel (Hrsg)*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 291.

⁸⁶⁷ Vgl *Hoehl*, in: *Thienel (Hrsg)*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 292.

schwerdeführer schützt die aufschiebende Wirkung vorläufig während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. - Ein kassatorisches Erkenntnis hebt den Bescheid, dessen Vollzug bisher aufgeschoben wurde, auf.⁸⁶⁸ Im Bereich der aufschiebenden Wirkung braucht daher in diesen Fällen keine einfachgesetzliche Aktionspflicht der Verwaltungsbehörden normiert werden.

9.4. Unterschiede im Interpretationsstil

Bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte ist auch der besondere Interpretationsstil im Gemeinschaftsrecht zu beachten.

Die allgemeinen Auslegungsregeln des § 6 ABGB können zwar nicht direkt auf das Verfassungsrecht angewendet werden, diese sind aber Ausdruck grundlegender Regeln des Rechtsverständnisses.⁸⁶⁹ Diese allgemeinen Auslegungsregeln sind die Wortinterpretation, die grammatikalische Interpretation, die logisch-systematische Interpretation und die Willensinterpretation. Sind keine oder keine aufschlussreichen Gesetzesmaterialien vorhanden, haben sich die Gegebenheiten oder gar die Absichten des Gesetzgebers geändert, muss objektiv-teleologisch ausgelegt werden. Es wird somit weiter- und zuendgedacht. Es wird versucht, sich am Verständnis des Zwecks der Regelung selbst zu orientieren.⁸⁷⁰ Denn der Zweck einer gesetzlichen Bestimmung hat nun einmal dessen Ursprung im Willen des Gesetzgebers. Daher sind die Möglichkeiten der teleologischen Auslegung im Umfang des Gesetzgeberwillens beschränkt.⁸⁷¹ Auch wenn sich der VfGH keiner bestimmten rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethode annimmt, kann doch eine Tendenz zur Wortinterpretation erfasst werden.⁸⁷²

Die vom EuGH entwickelten Interpretationskriterien bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht sind stark geprägt vom Grundsatz der Einheitlichkeit und vom Grundsatz der größten Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts. Der EuGH bedient sich einer „autonomen“ Auslegung, dh der EuGH definiert Gemeinschaftsrecht nicht über die Auslegung von Begriffen, welche in den nationalen Rechtsordnungen verwendet werden, sondern stellt auf den

⁸⁶⁸ Vgl *Hoehl* aaO 291.

⁸⁶⁹ Vgl VfSlg 2175, 2250, 3332.

⁸⁷⁰ Vgl OGH in JbI 1992, 796; SZ 67/62; JbI 1995, 167.

⁸⁷¹ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 131.

⁸⁷² Vgl VfSlg 7698, 8447, 12.287, 12.289; VfSlg 13.456, 13.461. Anders aber in VfSlg 10.091, 11.190, 12.468.

gemeinschaftsspezifischen Begriffsinhalt ab.⁸⁷³ Die historische Auslegung spielt im Gemeinschaftsrecht nur eine untergeordnete Rolle, selbst für die nur selten veröffentlichten Materialien.⁸⁷⁴ Der EuGH zieht jenen Interpretationsstil vor, der der Verwirklichung der Vertragsziele am dienlichsten ist und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft stärkt. Der EuGH möchte durch seine Auslegung den gemeinschaftsrechtlichen „volle Wirkungskraft“⁸⁷⁵ verleihen. Durch die Anwendung dieser Auslegung überschreitet der EuGH jedoch Grenzen der Interpretation und bildet somit Recht fort. Auf diese Art und Weise entwickelte der EuGH seine Rsp zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts, zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien, zur Staatshaftung wegen Verletzung von Gemeinschaftsrecht oder aber auch zum vorläufigen Rechtsschutz beim indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht.⁸⁷⁶ Ohne Zweifel stärkt der EuGH mit dieser Rsp die Gemeinschaftsrechtsordnung und trägt dieser mit dessen Jud dessen eigenen Stempel auf.

Auch wenn die autonome Auslegung, nämlich das Abstellen auf den gemeinschaftsspezifischen Begriffsinhalt, berücksichtigt wird, tragen die vielen Amtssprachen in der Europäischen Union rechtsprechungstechnisch nicht zur Wahrung der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts bei, da oft dieselben Begriffe in unterschiedlichen Sprachen eine ganz andere bzw wesentlichere oder unwesentlichere Bedeutung haben. Freilich darf auch nicht übersehen werden, dass viele Gesetzesformulierungen nur auf einen politischen Kompromiss zurückzuführen und dementsprechend „flexibel“ sind, was mE die Wahrung der Einheitlichkeit nicht fördert.

Daher ist das Herausarbeiten des objektiven Sinns einer Vorschrift im Lichte des Zwecks, den diese Regelung in sich trägt, meiner Ansicht nach am Zielgerechtesten. Mischt sich eine dynamische Auslegung dazu, dann kann dies zwar die Integration fördern, aber auch die Rechtssicherheit beeinflussen⁸⁷⁷ – „Jeder soll wissen, was er zu tun und zu lassen hat und mit welchen Entscheidungen er zu rechnen hat“⁸⁷⁸.

⁸⁷³ Vgl *Potacs*, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJT Band I/1 47f. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 122 - 135; *Streinz*, Europarecht⁷ Rz 570 – 575.

⁸⁷⁴ Vgl *Stix-Hackl*, JBl 1997, 575.

⁸⁷⁵ EuGH, Rs 53/81 *Levin*, Slg 1982, 1035, Rz 15.

⁸⁷⁶ Vgl *Potacs*, Auslegung im Öffentlichen Recht (1994) 41 f.

⁸⁷⁷ Vgl *Stix-Hackl*, JBl 1997, 575. Kritisch gegenüber „moderne[n] Auslegungslehren“, *Walter*, RZ 1999, 62. Vgl die Auswirkungen der Rsp des EuGH auf das deutsche Verwaltungsrecht, insb die Aufweichung der Klagebefugnis vor den Verwaltungsgerichten, in *Redeker*, dt AnwBl 2/2004, 73 f.

⁸⁷⁸ *Walter*, RZ 1999, 64.

Der EuGH gibt aber nicht nur bei der Auslegung gemeinschaftlichem Rechts, sondern auch bei der Auslegung nationalem Rechts im Rahmen des indirekten Vollzugs die Linie vor. Nationale Behörden haben nationales Recht „in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden und auszulegen“. Und so dürfen nationale Behörden dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht nur dann nicht anwenden, wenn „eine gemeinschaftskonforme Interpretation nicht möglich ist“⁸⁷⁹. Als Beispiel dieser Maxime der „gemeinschaftskonformen Auslegung“ sei die „richtlinienkonforme Interpretation“ von nationalem Recht erwähnt. Der Jud des EuGH nach haben die Mitgliedstaaten alle zur Umsetzung einer Richtlinie geeigneten Maßnahmen zu setzen und müssen die nationalen Behörden nationales Recht – „gleich, ob es sich vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt“⁸⁸⁰ – möglichst nahe am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auslegen, damit dem von der Richtlinie verfolgten Zweck entsprochen wird.

Wie man unschwer erkennen kann, ist die sich ständig neu orientierende Rechtsprechung des EuGH ein nicht zu unterschätzender Faktor, welcher das nationale Verwaltungsrecht massiv beeinflusst und weshalb bei einer möglichen Installation von Verwaltungsgerichten in den Ländern besonderes Augenmerk auf diesen Umstand genommen werden müsste.

10. Abschließende persönliche Kurzbetrachtung

Ich persönlich würde die Einführung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern befürworten und möchte dies vor allem hinsichtlich der Vorteile einer gerichtlichen Entscheidung gegenüber einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung kurz auf den Punkt bringen.

Zuerst muss konstatiert werden, dass die Unmittelbarkeit einer gerichtlichen Entscheidungsfindung mE mehr auf den Rechtsschutzsuchenden im Einzelfall abstellt, als der arbeitsteilige bürokratische Ablauf in der Administration. So werden in einer mündlichen Verhandlung unmittelbar Beweise aufgenommen und der Beschwerdeführer kann persönlich dessen Standpunkt zum Verfahren vorbringen. Das Gericht erhält dadurch mE mehr und vor allem konkretere Anhaltspunkte für die Entscheidung im Einzelfall. Das Gericht

⁸⁷⁹ EuGH, Rs 157/86 Murphy, Slg 1988, 673, Rz 11.

⁸⁸⁰ EuGH, RS C-106/89 Marleasing, Slg 1990, I-4135, Rz 8; Rs 14/83 Von Colson Und Kamann, Slg 1984, 1891, Rz 26; Rs 79/83 Harz, Slg 1984, 1921, Rz 26; Rs C-91/92 Faccini Dori, Slg 1994, I-3325, Rz 26 ua:

kann sodann dem Beschwerdeführer in seiner Argumentation folgen bzw diesem Glauben schenken oder eben auch nicht. Die mündliche Verhandlung ermöglicht es auch auf geänderte Umstände (Krankheit, Verhinderung) besser Bedacht zu nehmen. Es herrscht demnach mehr Flexibilität als im Aktenverfahren. In der Administrative hingegen wird der Einzelfall mE „versachlicht“, da relevante Informationen lediglich den Akten entnommen werden und der Beschwerdeführer höchstens über schriftliche Stellungnahmen zum Verfahrensablauf beitragen kann. Weiters ist die persönliche „Betreuung“ des Falles durch den Richter beim gerichtsförmigen Urteilsfindungsprozess in dieser Weise garantiert, dass der Richter über die Geschäftsverteilung einen fixen Zuständigkeitsbereich erhält, innerhalb dessen dieser die zugewiesenen Fälle persönlich bearbeitet. Es ist dem Richter nur hinsichtlich untergeordneter Tätigkeiten möglich zu delegieren.⁸⁸¹

Aus den angeführten – zugegebenermaßen vereinfacht dargestellten - Gründen bin ich der Auffassung, dass das Ziel einer jeden Rechtsschutzerweiterung die bestmögliche Abstellung auf den Einzelfall sein sollte, was mE mit einer echten Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern gewährleistet würde.

⁸⁸¹ Vgl *Schmied*, in: *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek und Matscher (2008) 418 f.

Kurzzusammenfassung

Diese wissenschaftliche Arbeit behandelt grundsätzliche Fragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Ziel ein „Grundgerüst“ für ein funktionierendes Konzept einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit zu erstellen. Mit dieser Arbeit versucht der Autor grundlegende Problematiken, insbesondere in den Bereichen Organisation, Zuständigkeit, Beschwerdegegenstand, Entscheidungsbefugnis und Verfahren zu thematisieren und neben der Gegenüberstellung verschiedener Konzepte und Meinungen, Lösungsvorschläge auszuarbeiten. Aufgrund der weit gefassten „Querschnittsmaterie“ dieser wissenschaftlichen Arbeit werden darin neben hauptsächlich verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Aspekten auch europa- und völkerrechtliche Aspekte behandelt, so beispielsweise die Auswirkungen europarechtlicher Rechtsprechung auf den einstweiligen Rechtsschutz vor möglichen Landesverwaltungsgerichten oder deren Auswirkung auf die Frage der Vorlageverpflichtung nach Art 234 EG. Mit dieser Dissertation möchte der Autor vor allem das Thema „Landesverwaltungsgerichtsbarkeit“ über ständige Verknüpfungen zu bestehenden Einrichtungen beziehungsweise Rechtsschutzkonstruktionen, so etwa zu den UVS beziehungsweise zu der Maßnahmenbeschwerde im SPG, mit Kernaussagen näher bringen und die Durchführbarkeit einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit aufzeigen. Zusammengefasst ist das Ziel dieser Arbeit, das seit dem Österreich-Konvent wieder hoch aktuelle Thema der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit mit dessen vielen verschiedenen Facetten, grundlegend wissenschaftlich zu behandeln und dadurch wieder auf das Tapet für zukünftige Staats- und Verwaltungsreformen zu bringen.

Literaturverzeichnis:

- Aistleitner*, Richter – Gerichtsbarkeit: Individuelle Unabhängigkeit – Institutionelle Autonomie, ZUV 2005, 48.
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage (1996).
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage (1986).
- Arnold*, Entscheidungsbesprechung, AnwBl 1993, 185.
- Attlmayer/Walzel von Wiesentreu (Hrsg)*, Handbuch des Sachverständigenrechts (2006).
- Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Auflage (2007).
- Balthasar*, Vom UBAS zum „Bundesverwaltungsgericht“ – Ein Pyrrhussieg für den Rechtsstaat?, *migraLex* 2007, 56.
- Balthasar*, Rechtsschutzdefizite im Verwaltungsverfahren (Teil I), *UVSaktuell* 2007, 59.
- Balthasar*, Die Bedeutung des Art 129c Abs 1 B-VG idF BGBl I 2005/100, *UVSaktuell* 2006, 8.
- Balthasar*, „Spezialbehörde“ Asylsenat als Basis für einen „Asylgerichtshof“? – „Wie viel Sachverstand braucht und wie viel Sachverstand verträgt ein Gericht?“, *migraLex* 2006, 55.
- Barfuß*, „Neue Wege des Rechtsschutzes – das Regierungsprogramm zur Verwaltungsgerichtsbarkeit“, *ÖJZ* 2007, 51.
- Barfuß*, Maßnahmen zur Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, *ÖJZ* 1985, 393.
- Benn-Ibler*, Zur Frage der Stellung des Verfassungsgerichtshofes zum Obersten Gerichtshof und Verwaltungsgerichtshof – Die österreichischen Höchstgerichte und deren Stellung zueinander, *JRP* 2008, 8.
- Benn-Ibler*, Asyl für den Rechtsstaat, *AnwBl* 2007, 539.
- Bernegger*, Entscheidungsbesprechung zu VfSlg 8984, *ÖZW* 1982, 27.
- Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, 8. Auflage (2001).
- Bußjäger*, Reparierte „Ruine“ statt neuen Verfassungsgebäudes, *Die Presse – Rechtspanorama*, 2005/02/03.
- Damjanovic*, Weisungsfreie Behörden: der Vorschlag für eine Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG, *JRP* 2007, 222.
- Eberhard*, „Altes und Neues zur Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“, *ÖJZ* 2007, 58.
- Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005).
- Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Kritische Überlegungen zu einem rechtlichen Phänomen, *JAP* 2002/2003, 205.
- Eisenberger*, Besetzung der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsgerichtshofes nach dem Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform, *JRP* 2007, 250.
- Eisenberger/Ennöckl/Helm*, Die Maßnahmenbeschwerden (2006).
- Ennöckl*, Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform, *JRP* 2007, 256.
- Ennöckl*, Der Sachverständige im Verfahren vor den UVS, *ecolex* 2004, 822.
- Faber/Frank*, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes – das Beschwerdeverfahren nach Art 144a B-VG, *JB1* 2008, 477.
- Fellner*, Neuer Anlauf zur Schaffung einer Finanzgerichtsbarkeit?, *SWK* 2007, T 17.
- Fessler*, Asylgerichtshof jetzt! – Podiumsdiskussion, *UVSaktuell* 2006, 60.

Fliegauf/Blüm, Die 6. Novelle zur Verwaltungsgerichtsordnung – Anmerkungen zu den geänderten bzw neu gefassten Regelungen, dtAnwBl 1998, 127.

Frowein, Österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit aus europarechtlichem Blickwinkel, JBl 2005, 613.

Frühwirth, Der Asylgerichtshof, das Zwitterwesen, juridikum, 2008, 59.

Fuchs, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz, JRP 2007, 276.

Fuchs/Funk/Szymanski, Sicherheitspolizeigesetz, 2. Auflage (1993).

Funk, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem (1978).

Funk, Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt, Antonioli-FS 157.

Gáspárdy, Der Weg Ungarns zum Rechtsstaat, NZ 1991, 140.

Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren (2005).

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2005).

Grabenwarter, Auf dem Weg zur Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 1998, 269.

Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997).

Graf, Datenschutzrecht im Überblick (2004).

Grof, Strukturprobleme in der Verwaltung(skontrolle), juridikum 2008, 19.

Grof, Landesverwaltungsgerichte: Ja, aber..., UVSaktuell 2006, 162.

Grof, Der UFS im Vergleich zu den UVS und zum UBAS am Beispiel des Kriteriums der Unabhängigkeit, ZUV 2003, 50.

Grof, Erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit – ein neuer Versuch?! ÖJZ 2001, 201.

Handstanger, Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VwGH, RZ 2007, 160.

Handstanger, Der Verwaltungsgerichtshof und das Vorabentscheidungsverfahren, in: *Thienel (Hrsg)*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 179.

Hauer/Keplinger, Kommentar zum Sicherheitspolizeigesetz, 3. Auflage (2005).

Helige, Zukunftsperspektiven, RZ 1999, 1.

Hellbling, Geschichtliche Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl 1950, 421.

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, online-Ausgabe.

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz I (2004), II (2005).

Hesse, Anmerkungen zum Asylgerichtshof aus Sicht des Kabinetts der Bundeskanzlers – Schwerpunkt Asylgerichtshof, migraLex 2008, 4.

Hoehl, Vorläufiger Rechtsschutz vor dem VwGH unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts (1999).

Hoehl, Vorläufiger Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts, in: *Thienel (Hrsg)*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 247.

Holoubek/Lang (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008).

Holoubek/Lang (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999).

Holzinger/Pabel, Rechtsprechungsübersicht Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, ecolx 2007, 562.

Holzinger/Pabel, Rechtsprechungsübersicht Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, ecolx 2007, 897.

Huber/Kopetz/Spannring, Rechtliche Rahmenbedingungen für eine verfassungskonforme Ausgestaltung von Leistungsvereinbarungen, zfhr 2005, 1.

Jabloner, Die österreichischen Höchstgerichte und deren Verhältnis zueinander, JRP 2008, 4.

Jabloner, Kritisches zur neuen Asylgerichtsbarkeit – Schwerpunkt Asylgerichtshof, migraLex 2008, 6.

- Jabloner*, Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl 2001, 137.
- Jabloner*, Die Gerichtsbarkeit im Bundesstaat, in: *Schäffer (Hrsg)*, Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Koja (1998) 245.
- Jabloner*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Licht des Europarechts – Richtertag 1997, RZ 1997, 258.
- Jabloner*, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1994, 329.
- Jestaedt*, Gleichordnung der Grenzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts? Zur Frage einer Übernahme des deutschen „Pyramidenmodells“ in Österreich. Die österreichischen Höchstgerichte und deren Verhältnis zueinander, JRP 2008, 17.
- Khakzadeh-Leiler*, Die Beschwerde gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz an den Verwaltungsgerichtshof, JRP 2007, 298.
- Kienast*, Tritt die Ausgestaltung des Asylgerichtshofs den Rechtsstaat mit dem Fuß?, ecolex 2008, 185.
- Klaushofer*, Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit zwischen Scylla und Charybdis – eine Nachlese, JRP 2008, 33.
- Klecatsky*, Menschenrechte, innerstaatlicher Rechtsschutz und Volksanwaltschaft, JBl 1985, 577.
- Klecatsky*, Föderalismus und Gerichtsbarkeit, JBl 1969, 13.
- Kobzina*, Die richterliche Verwaltungskontrolle und die ausstehende Integration von Rechtsschutz und Föderalismus, JBl 1993, 205.
- Kobzina*, Verwaltungsgerichte und Verwaltungssenate, ÖJZ 1990, 65.
- Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage (1986).
- Königshofer*, Wie wird man Richter?, UVSaktuell 2007, 162.
- Kolonovits*, in: *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek/Matscher (2008) 243.
- Kopetz*, Abschaffung aller „Sonderbehörden“, JRP 2007, 239.
- Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995, 1.
- Lanner*, Kodex Verfassungsrecht, 25. Auflage (2006).
- Lehne Christoph*, Das Sachverständigenproblem im Berufungsverfahren vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten, ZUV 2005, 12.
- Lehne – Loebenstein – Schimetschek*, Die Entwicklung der Österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- Lehne Friedrich*, Ursprung und Entfaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, RZ 1976, 189.
- Lienbacher*, Der Status des Verwaltungsrichters in Österreich, ZfRV 1990, 70.
- Machacek (Hrsg)*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 6. Auflage (2008).
- Mayer*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, 4. Auflage (2007).
- Mayer*, Zusammenfassende Beurteilung, in: Bundesstaatsreform, AnwBl 1994, 488.
- Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in: Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS Walter (1991) 463.
- Mayer*, Kontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte?, ÖZW 1991, 97.
- Mayer*, Teil I: Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: *Mayer/Stöberl*, Die Unabhängigen Verwaltungssenate im Rechtsschutzsystem, ÖJZ 1991, 257.
- Mayer*, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren, in: *Aicher/Funk (Hrsg)*, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 131.

Mayer, Die unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern, in: *Walter* (Hrsg), Verfassungsänderungen 1988 (1989) 103.

Mayer, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im österreichischen Abgabenrecht, JBl 1976, 636.

Mayer, Verfassungsrechtliche Probleme des Wiener Parkometergesetzes, ÖStZ 1975, 147.

Mayrhofer, Beschwerdelegitimation vor den Verwaltungsgerichten, JRP 2007, 264.

Merli, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 1 B-VG, ZfV 1993, 251.

Moritz, Die ungarische Verwaltungsgerichtsbarkeit – Ein Modell für Österreich? ZUV 2003, 6.

Morscher/Christ, Aktuelles zum gesetzlichen Richter, AnwBl 2007, 75.

Müller, Das Verfahren über Grundsatzentscheidungen im Asylrecht, ÖJZ 2008, 53.

Muzak, Die Zukunft des Asylverfahrens – Schwerpunkt Asylgerichtshof, migraLex 2008, 13.

Muzak/Rohrböck, Der Asylgerichtshof (2008).

Muzak, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004).

Neuhold/Hummer/Schreuer (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band I, 4. Auflage (2004).

Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983).

Oberndorfer, Zum Verzicht im Öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialrecht, JBl 1967.

Öhlinger, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach der B-VG Novelle BGBl I 2008/2 – Verfassungs- und Verwaltungsreform 2008, JRP 2008, 85.

Öhlinger, Verfassungsrecht, 5. Auflage (2003).

Öhlinger, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: *Melichar* (Hrsg), Rechtsfragen des Verwaltungsverfahrens (1979) 45.

Öhlinger, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974).

Olechowski, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (2001).

Olechowski, Zwischen Kassation und Reformation – Zur Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis, ÖJZ 1999, 581.

Olechowski, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999).

Pabel, Verwaltungsprozessrecht, JRP 2007, 287.

Pernthaler/Rath-Kathrein, Die Einführung von Landesverwaltungsgerichten – eine Alternative zu den „unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern“, JBl 1989, 609.

Pernthaler, Neue Probleme des Rechtsschutzes in der österreichischen Verwaltung, JBl 1988, 354.

Pesendorfer, Rechtsschutz im Verwaltungsrecht – Wiener Juristische Gesellschaft – Landesverwaltungsgerichte bzw die UVS als Berufungsbehörden gemäß § 67h AVG, JBl 2002, 786.

Pflug/Ladon, Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖZW 2007, 120.

Pichler, Die Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit (1994).

Pichler, Gedanken zur Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1994, 626.

Pichler, Teil III – Verwaltungsgerichtsbarkeit – Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Mayer*, Bundesstaatsreform, AnwBl 1994, 485.

Piska, Das Prinzip der festen Geschäftsverteilung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: *Mayer* (Hrsg), Österreichische Rechtswissenschaftliche Studien – ÖRSt, Band 36 (1995).

Potacs, Das Verwaltungsverfahren aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts, ZUV 2003, 87.

Potacs, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, in: 14. ÖJT Band I/1 (2000).

Potacs, Auslegung im Öffentlichen Recht (1994).

Puck, Nichthoheitliche Verwaltung – Typen und Formen, Antonioli-FS 275.

Pürstel/Zirnsack, Sicherheitspolizeigesetz (2005).

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage (2003).

Raschauer, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1.

Raschhofer, Die Rechtsstellung des Umweltschutzes am Beispiel des UVP-G 2000, RdU 2004, 47.

Redaktion, Fugitive Normen und Menschen – der Staatsreform erster Teil – Asylgerichtshof, ÖJZ 2007, 79.

Redaktion, Grundsätzliche Überlegungen der Vereinigung der Mitglieder der Unabhängigen Verwaltungssenate zur beabsichtigten Einrichtung von Landesverwaltungsgerichten, UVSaktuell 2007, 77.

Redaktion, Von den Gerichten zum VfGH: Umbau der Rechtswege geplant – Österreich-Konvent, Die Presse – Rechts Panorama 2004/20/02.

Redaktion, Landesverwaltungsgerichte eingemahnt, ZUV 2003, 2.

Redeker, Der Einfluss des Europarechts auf den Verwaltungsprozess, dtAnwBl 2004, 71.

Ress, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Dissertation 1963).

Rill, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in FS Wenger (1983) 57.

Ringhofer, Die österreichische Bundesverfassung (1977).

Ringhofer, Die vollziehende Gewalt im Rechtsstaat, ÖJZ 1966, 57.

Rodriguez Iglesias, Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, 289.

Scherthanner, Die „Tante Jolesch“ und der Österreich-Konvent – 8 (selbst)kritische Thesen zum Verfassungskonvent aus richterlicher Sicht, RZ 2005, 154.

Schmied, Die Unabhängigen Verwaltungssenate – vom Fremdkörper im österreichischen Rechtssystem zum Wegbereiter moderner Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Bammer (Hrsg)*, Rechtsschutz gestern – heute – morgen, FS Machacek/Matscher (2008) 409.

Schmied, Die Bestellung von Sachverständigen im Verfahren vor dem UVS, UVSaktuell 2006, 100.

Schmitz, Vorentwürfe von Hans Kelsen für die österreichische Bundesverfassung – Entwurf I-Kelsen zu B-VG 1920, ÖJZ 1979, 85.

Schreiner, Die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in der aktuellen verfassungspolitischen Diskussion, in: *Schäffer (Hrsg)*, Staat – Verfassung – Verwaltung, FS Koja (1998) 427.

Stix-Hackl, Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft – Wiener Juristische Gesellschaft (Sitzung vom 16. 4. 1997), JBl 1997, 575.

Stöberl, Teil II: Landesgesetzliche Regelungen, in: *Mayer/Stöberl*, Die Unabhängigen Verwaltungssenate im Rechtssystem, ÖJZ 1991, 263.

Stöger, Das „9 + 1“-Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 2007, 231.

Streinz, Europarecht, 7. Auflage (2005).

Szymanski, Der besondere Rechtsschutz nach dem Sicherheitspolizeigesetz, in: *Matscher (Hrsg)*, Grundrechtsschutz und polizeiliche Effizienz (1994) 127.

Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Auflage (2006).

Thienel (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999).

Thienel, Der Mehrstufige Verwaltungsakt, Juristische Schriftenreihe, Band 92 (1996).

Thienel, Ablehnung von Beschwerden durch den VfGH – einige Probleme, ZVR 1993, 262.

Thoma, Wie viele Arten von Richtern, Gerichten und Gerichtsbarkeiten braucht dieses Land?, RZ 2007, 210.

Walter, Die Funktion der Höchstinstanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58.

Walter, in: *Lehne – Loebenstein – Schimetschek*, Die Entwicklung der Österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit 391 ff.

Walter, Pläne zur Neugestaltung des Rechtsschutzes in Verwaltungsstrafsachen, ÖJZ 1987, 385.

Walter, Die Geschäftsverteilung und das Recht auf das Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, JBl 1964, 173.

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage (2007).

Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, 16. Auflage (2004).

Walzel von Wiesentreu, Die Konkretisierung der Beschwerdepunkte im Bescheidprüfungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts, in: *Thienel (Hrsg)*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 199.

Werner, Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl 1965, 578.

Wiederin, Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen – Schwerpunkt Asylgerichtshof, migraLex 2008, 6.

Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998).

Wilhelm, Privatrechtliche Probleme der Subvention, in: *Wenger (Hrsg)*, Förderungsverwaltung (1973) 195.

Wiederin, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998).

Zankl, Bürgerliches Recht, 2. Auflage (2004).

Weitere Materialien:

Ministerialentwurf 94/ME 23. GP auf www.parlinkom.gv.at.

Diverse Entwürfe auf www.konvent.gv.at.

Abkürzungsverzeichnis:

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AHG	Amtshaftungsgesetz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
arg	argumentum, argumento
Art	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AsylGH	Asylgerichtshof
AsylGHG	Asylgerichtshofgesetz
AuVBZ	Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangs- gewalt
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991
BDG	Beamten-Dienstgesetz 1979
BG	Bundesgesetz(e), Bezirksgericht(e)
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bgld	Burgenland, Burgenländisch, -e
BGH	Bundesgerichtshof
BH	Bezirkshauptmannschaft
BKA	Bundeskanzleramt
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrats
BM	Bundesminister
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BPräsident	Bundespräsident
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BReg	Bundesregierung
BVB	Bundesverwaltungsbehörde
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
B-VG-Nov	Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle
BVRBG	Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz
bzw	beziehungsweise
DenkmalschutzG	Denkmalschutzgesetz

dh	das heißt
dt VwGO	deutsche Verwaltungsgerichtsordnung
E	Entscheidung, Entwurf
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
	EGV EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften)
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsgesetzen
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erk	Erkenntnis
Erl	Erläuterungen
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
eWb	eigener Wirkungsbereich
f	und der (die) folgende
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
FSG	Führerscheingesetz
F-VG 1948	Finanz-Verfassungsgesetz 1948
G	Gesetz(e), -gesetz
gem	gemäß
GemO	Gemeindeordnung
Geo	Geschäftsordnung
GewO	Gewerbeordnung
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GR	Gemeinderat
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idFd	in der Fassung des
idgF	in der geltenden Fassung
idNov	in der Novelle
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn

insb	insbesondere
iSd	im Sinne der (des)
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZm	im Zusammenhang mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm in der geltenden Fassung
JRP	Journal für Rechtspolitik
Jud	Judikatur
juridikum	Zeitschrift für Kritik/Recht/Gesellschaft
leg cit	legis citatae
L-DBR	Landes-Dienstrecht und Besoldungsrecht
LG	Landesgesetz(e)
LGBI	Landesgesetzblatt
LH	Landeshauptmann
LG	Landesgericht
lit	litera (-ae)
Lit	Literatur
LReg	Landesregierung
L-VG	Landes-Verfassungsgesetz
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MG	Mitgliedstaaten, Mitglieder
migraLex	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht
mwN	mit weiteren Nachweisen
NO	Notariatsordnung
NÖ	Niederösterreich, Niederösterreichisch, -e
Nov	Novelle
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖRAK	Österreichische Rechtsanwaltskammer
ORF-G	Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung; nunmehr: RZ
ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
oö	oberösterreichisch, -e, -er, -es

OrgHG	Organhaftpflichtgesetz
Präs	Präsident
RA	Rechtsanwalt
RAA	Rechtsanwaltsanwärter
RAO	Rechtsanwaltsordnung in der geltenden Fassung
Red	Redaktion
RGBI	Reichsgesetzblatt
RH	Rechnungshof
RIS	Rechtsinformationssystem
RPfl	Österreichischer Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rspr	Rechtsprechung
RStDG	Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz
RV	Regierungsvorlage
RZ	Richterzeitung
Rz	Randzahl
Sbg	Salzburg, Salzburger
sic	sic
sinnngem	sinngemäß
Slg	Sammlung
SN	Stellungnahme
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SPG	Sicherheitspolizeigesetz in der geltenden Fassung
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder
Stmk	Steiermark, Steiermärkisch, -e
stRsp	ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrsordnung
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderen (-m)
uä	und Ähnliches
UBAS	unabhängiger Bundesasylsenat
UBASG	Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat
UFS	unabhängiger Finanzsenat
UFSG	Bundesgesetz über den unabhängigen Finanzsenat
UG 2002	Universitätsgesetz 2002
uU	unter Umständen
uvm	und viele(s) mehr
usw	und so weiter

UVP-G	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz
UVS	unabhängige Verwaltungssenate in den Ländern
v	von, vom
verst. Sen.	verstärkter Senat
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfGO	Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes
VfSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
V-ÜG 1920	Verfassungsüberleitungsgesetz 1920
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtshof-Geschäftsordnung
VwSlgNF	Erkenntnisse und Beschlüsse des VwGH
WGN 1989	Wertgrenzennovelle 1989
wr	Wiener
WRG	Wasserrechtsgesetz
www	world wide web
Z	Zahl (Ziffer)
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
zit	zitiert, -e, -en, -er, -es
ZÖR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht; seit 1991: Austrian Journal of Public and International Law
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil
ZUV	Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate

ZUM AUTOR:

Name: Mag. Oliver Kulhanek

Sprachen: Englisch, Spanisch

Zusatzqualifikation: International Legal English Certificate (ILEC)

Okt. 2002 – Dez. 2007: Studium der Rechtswissenschaften in Wien

Feb. – Juni 2008: Gerichtspraxis beim BG Gänserndorf

Juli – Okt. 2008: Gerichtspraxis beim LG Korneuburg

Dez. 2008 – Sept. 2009: Rechtsanwaltsanwärter bei RA Dr. Wilhelm Klade,
1010 Wien

Seit Sept. 2009: Prokuraturanwaltsanwärter bei der Finanzprokuratur

Diese Arbeit widme ich meiner Familie, welche mich immer tatkräftig unterstützt hat.

Danke