

Peter Bußjäger / Anna Gamper
Christian Ranacher / Niklas Sonntag (Hg.)


new academic press

Die neuen Landes- verwaltungsgerichte

Grundlagen – Organisation – Verfahren

117. Schriftenreihe

Institut für Föderalismus



Peter Bußjäger / Anna Gamper
Christian Ranacher / Niklas Sonntag (Hg.)

Die neuen Landes- verwaltungsgerichte

Grundlagen – Organisation – Verfahren

Institut für Föderalismus - Schriftenreihe
Band 117

herausgegeben vom
Institut für Föderalismus, Innsbruck
Wissenschaftliche Leitung: Univ.-Doz. Dr. Peter Bußjäger



Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung
aus den Fördermitteln des Vizerektorats für Forschung der
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck gedruckt

Die neuen Landesverwaltungsgerichte

Grundlagen – Organisation – Verfahren

herausgegeben von

Peter Bußjäger / Anna Gamper
Christian Ranacher / Niklas Sonntag



new academic press

Zitiervorschlag: Autor [Titel], in: *Bußjäger/Gamper/Ranacher/Sonntag*
(Hg), *Die neuen Landesverwaltungsgerichte* (2013) [Seite]

Bibliographische Information der deutschen Bibliothek

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <<http://ddb.de>> abrufbar.

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2013 by new academic press, Wien
www.newacademicpress.at

ISBN: 978-3-7003-1879-8

Satz: Institut für Föderalismus
Druck: Fa. Novographic, Wien

Vorwort

Die nach mehr als 20 Jahren verfassungspolitischer Diskussion mit einigen letztlich erfolglosen Anläufen nunmehr unmittelbar bevorstehende Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 stellt nicht nur aus rechtsstaatlicher, sondern auch aus bundesstaatlicher Sicht einen bedeutsamen Entwicklungsschritt dar. Aus den bestehenden Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern werden am 1. Jänner 2014 echte Landesverwaltungsgerichte mit einer umfassenden erstinstanzlichen gerichtlichen Rechtsmittelzuständigkeit in grundsätzlich allen nicht unmittelbar von Bundesbehörden besorgten Angelegenheiten. Als Beschwerdeinstanz werden sie daher im Wesentlichen in den von den Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern besorgten Angelegenheiten der Landes- und der Bundesverwaltung, in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung sowie in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden und sonstiger Selbstverwaltungskörper tätig. Auf Bundesebene werden ein Bundesverwaltungsgericht und ein Bundesfinanzgericht eingerichtet. Zudem wird die Stellung des Verwaltungsgerichtshofes als Höchstgericht, der im Weg der Revision nur noch beschränkt anrufbar sein wird, neu verortet. Neben der umfassenden Neuorganisation des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes in den Ländern sind mit der Einführung von Landesverwaltungsgerichten außerdem bemerkenswerte verwaltungsreformatorsche Effekte verbunden, weil mit der Konzentration der Rechtsmittelzuständigkeiten beim Landesverwaltungsgericht nicht nur die Auflösung zahlreicher bestehender Sonderbehörden mit Berufungszuständigkeiten einhergeht, sondern diese auch verwaltungsorganisatorische Folgewirkungen in der Aufgabenbesorgung und der inneren Organisation der Ämter der Landesregierungen und der Bezirksverwaltungsbehörden auslöst.

Die Analyse der Tragweite dieser durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 bewirkten umfassenden Rechtsschutz- und Verwaltungsreform war Gegenstand einer am 11. und 12. April 2013 in Innsbruck vom Institut für Föderalismus gemeinsam mit dem Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck unter konzeptiver Mitwirkung des Verfassungsdienstes des Landes Tirol veranstalteten Tagung, die sich der Thematik aus den drei Perspektiven Grundlagen – Organisation – Verfahren annäherte und dabei bewusst einen Fokus auf die neuen Landesverwaltungsgerichte und die Auswirkungen auf die Landesverwaltungen legte. Dement-

sprechend spannen die in diesem Band versammelten Schriftfassungen der Tagungsbeiträge von Experten aus Wissenschaft und Praxis den Bogen von ganz grundlegenden verfassungs- und unionsrechtlichen Aspekten über Grundsatzfragen der Organisation der neuen Landesverwaltungsgerichte und der Auswirkungen auf die Ämter der Landesregierungen bis hin zum neu auszumessenden Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten erster Instanz sowie zentralen Fragen des neuen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens einschließlich der neuen Rolle des Verwaltungsgerichtshofes. In den Beiträgen werden dabei auch die bundes- und landesgesetzlichen Ausführungsregelungen, namentlich in den Bereichen des Organisations- und des Verfahrensrechts, die zum Zeitpunkt der Tagung bereits weitestgehend erlassen waren, berücksichtigt.

Die besondere Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde nicht zuletzt durch das große Interesse an der Tagung mit einer Zahl von über 250 Teilnehmerinnen und Teilnehmern unterstrichen. Umso mehr gilt an dieser Stelle allen jenen Dank, die ihre reibungslose und erfolgreiche Vorbereitung und Durchführung erst möglich gemacht haben, vor allem den befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für Föderalismus und des Instituts für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre. Der Tagungsband hätte ohne die Zeitdisziplin aller Autoren nicht so rasch erscheinen können; dafür und für ihre Bereitschaft zur Mitwirkung an der Tagung sei ihnen herzlich gedankt. Für die wie immer kundige und zuverlässige Bearbeitung der technischen Belange danken wir Frau *Claudia Zung*, für wertvolle redaktionelle Unterstützung Herrn Stud. MA *Michael Mingler*. Das Vizerektorat für Forschung der Universität Innsbruck hat den Druck dieses Bandes dankenswerter Weise mit einem großzügigen finanziellen Zuschuss gefördert.

Die Herausgeber hoffen, dass die in diesem Band veröffentlichten Ergebnisse der Tagung einen Beitrag zur soeben beginnenden wissenschaftlichen Durchdringung und Aufarbeitung der zahlreichen sich im Gefolge der Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz stellenden Fragen leisten und damit auch allen in der Praxis mit den neuen Landesverwaltungsgerichten Befassten nützlich sein können.

Innsbruck, November 2013

Peter Bußjäger / Anna Gamper
Christian Ranacher / Niklas Sonntag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
 <i>Anna Gamper</i>	
Landesverwaltungsgerichte im Spannungsfeld der Bauprinzipien der Bundesverfassung	1
 <i>Georg Lienbacher</i>	
Der Verwaltungsrechtsschutz in Österreich und die europäische Dimension	29
 <i>Meinrad Handstanger</i>	
Grundsatzfragen zur Organisation eines Verwaltungsgerichts	59
 <i>Christian Ranacher / Dieter Wolf</i>	
Das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte	73
 <i>Eduard Pesendorfer / Wolfgang Steiner / Johanna Weilguni</i>	
Das Amt der Landesregierung und seine (neue) Rolle	109
 <i>Harald Eberhard</i>	
Das Zusammenspiel von Landesverwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden	125
 <i>Matthias Germann</i>	
Das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten – das VwGVG aus der Perspektive der Vorgaben des B-VG	149
 <i>Heidemarie Thalhammer</i>	
Das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten – interessante Neuerungen im Vergleich zum Verfahren vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten	169

<i>Erich Pürgy</i>	
Sachverständige im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten	179
<i>Rudolf Thienel</i>	
Die neue Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im Verhältnis zu den Landesverwaltungsgerichten	201
Verzeichnis der Autoren und Herausgeber.....	221

Landesverwaltungsgerichte im Spannungsfeld der Bauprinzipien der Bundesverfassung

I. Ausgangsfrage

Die Einrichtung von Landesverwaltungsgerichten durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹ vollendet den Weg hin zu einer „eigenen“ Gerichtsbarkeit der österreichischen Bundesländer, die sich seit der Einführung der UVS abgezeichnet hatte, jedoch bis zuletzt in Frage gestanden war.² Neben dem dadurch naturgemäß berührten bundesstaatlichen Prinzip sind aber auch noch andere tragende Prinzipien der Bundesverfassung – im Grunde überhaupt alle bis auf das republikanische Prinzip – von der Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte betroffen.³

Im Folgenden soll zunächst die einschlägige Judikatur des VfGH zur „Justizialisierung“ der Verwaltung daraufhin analysiert werden, ob sich Aussagen darüber entnehmen lassen, welche verfassungsrechtliche

* Herzlicher Dank ergeht an Frau Univ.-Ass. Dr. *Maria Bertel* sowie Frau Univ.-Ass. Mag. *Julia Albrecht* für ihre wertvolle Unterstützung bei der Ausarbeitung der Fußnoten sowie die redaktionelle Betreuung dieses Beitrags.

1 BGBl I 51/2012.

2 Vgl zu diesem langwierigen Prozess und seinem lange Zeit ungewissen Ausgang nur beispielweise: *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Die Einführung von Landesverwaltungsgerichten – eine Alternative zu den „unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern“, JBl 1989, 609 ff, *Köhler*, Überlegungen zum Ausbau der unabhängigen Verwaltungssenate zu Landesverwaltungsgerichtshöfen, in: *Pernthaler* (Hg), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1993) 183 ff, *Jabloner*, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1994, 329 ff, *derselbe*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161 ff, *Rill*, Rechtspolitische Überlegungen zu einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ZUV 1997, 16 ff, *Grabenwarter*, Auf dem Weg zur Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 1998, 269 ff, *Matscher*, Anforderungen der EMRK an eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ZUV 1998, 10 ff, *Schreiner*, Die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in der aktuellen verfassungspolitischen Diskussion, in: FS *Koja* (1998) 427 ff, *Martschin*, Der Einbau von Landesverwaltungsgerichten in das System des österreichischen Verwaltungsschutzes, ZfV 1999, 2 ff, *Öhlinger*, Abschied von den UVS, ZUV 2012, 51 (54 ff).

3 Wenn *Lienbacher*, Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz, JRP 2011, 327 (333 f) annimmt, dass es sich bei verschiedenen Implikationen der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit um keine Eingriffe in Bauprinzipien handle, kann dies daher wohl nur so verstanden werden, dass für ihn dabei jeweils kein gesamtändernder Eingriff vorliegt.

Dimension durch den (freilich nicht vollkommenen) „Umbau des Verwaltungsstaats in einen Justizstaat“⁴ allgemein erreicht wird. Sodann sollen die Auswirkungen der Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte auf jedes einzelne der berührten Bauprinzipien kritisch analysiert werden. Abschließend wird versucht, unter Zugrundelegung der vorgenommenen Bewertung dieser Auswirkungen eine Antwort auf die Frage nach einer (möglicherweise auf „schleichendem“ Wege vollendeten) Gesamtänderung zu geben.

II. Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

A) VfSlg 11.500/1987

Bereits im Erkenntnis VfSlg 11.500/1987 finden sich bemerkenswerte Ausführungen zur Frage, ob Art 6 EMRK verlange, dass *„alles durch ein Gericht (Tribunal) in der Sache selbst entschieden werden [müsste], was die private Sphäre im weiten Sinn dieser Rechtsprechung [des EGMR zu Art 6 EMRK] berührt“*.

Vorweg bereits kann festgehalten werden, dass der VfGH in dieser Entscheidung tatsächlich den Begriff der Gesamtänderung der Bundesverfassung erwähnt und diesbezüglich gewissermaßen die Rute ins Fenster stellt: *„Der VfGH möchte allerdings nicht versäumen darauf hinzuweisen, daß die dann anzunehmende Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung nach dem derzeitigen Stand seiner Überlegungen nur das Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung durch die Konventionsorgane sein könnte und sich daher die – hier nicht zu beantwortende – Frage stellen würde, ob nicht die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe auf verfassungsrechtlichem Gebiet an ein internationales Organ als Ausschaltung des Verfassungsgesetzgebers eine Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinne des Art 44 Abs 3 B-VG wäre und einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bedurft hätte.“* Mit der Frage, ob die Einführung von (Landes)Verwaltungsgerichten eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellt, hat diese Überlegung indes unmittelbar nichts zu tun. Der VfGH sieht hier nämlich ein von der inhaltlichen Frage abgekoppeltes Problem dahingehend, dass die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe – in

4 Eberhard, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269 (278 f), Morscher, Art 6 MRK voll implementiert, JBl 2012, 681 (685), Öhlinger, ZUV 2012, 55 f.

welcher Regelungsmaterie und welchem Ausmaß auch immer – an ein internationales Organ eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen könnte.⁵ Berührt davon wären jedenfalls mehrere Bauprinzipien: das demokratische, weil das internationale Organ nicht über jene demokratische Legitimation durch das österreichische Staatsvolk verfügt, die zur Erzeugung österreichischer Normen erforderlich ist; das rechtsstaatliche, weil die Rechtsfortbildung durch ein internationales Organ dem Postulat, dass alle staatlichen Akte letztlich auf die Verfassung zurückführbar sind,⁶ zuwiderliefe; das bundesstaatliche, weil die Rechtsfortbildung auch in Bereichen erfolgen könnte, die in die Länderkompetenz fallen, bzw weil den Ländern keine mitwirkende Rolle zukäme.

Der VfGH will allerdings die Frage, ob es sich bei dieser Übertragung um eine Gesamtänderung handelt, in der Entscheidung ausdrücklich nicht beantworten. Offen bleibt daher nicht nur die Frage, ob die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe überhaupt eine Gesamtänderung der Bundesverfassung wäre, sondern auch, unter welchen Bedingungen sie eine solche sein könnte: ob also irgendeine derartige Übertragung für eine Gesamtänderung genügte oder eine solche davon abhinge, dass inhaltliche Regelungsbereiche übertragen würden, die im Wesenskern von Bauprinzipien lägen, sodass die Rechtsfortbildung in diesem Bereich potentiell deren wesentliche Änderung und damit – innerstaatlich gesehen – eine Gesamtänderung der Bundesverfassung zur Folge hätte.

Wie auch immer aber diese Passage zu deuten ist, so schließt sie jedenfalls keineswegs aus, dass es sich bei einer Justizialisierung der Verwaltung um eine Gesamtänderung der Bundesverfassung handeln könnte. Der VfGH verwendet zwar den Begriff der „Gesamtänderung“ in der Entscheidung nicht ausdrücklich im Zusammenhang mit dieser Frage; er macht jedoch an etlichen Stellen des Erkenntnisses deutlich, dass es sich für ihn dabei um eine „*einschneidende Änderung der österreichischen Staatsorganisation*“ handeln würde. Auseinanderzuhalten sind allerdings die unterschiedlichen Möglichkeiten einer solchen Justizialisierung, die der VfGH dabei vor Augen hat: Eine Zuweisung aller nach einem weiten Verständnis des Art 6 EMRK in Betracht kommenden Verwaltungsangelegenheiten in die Kompetenz

5 Darauf weist bereits zutreffend *Morscher*, JBl 2012, 685 hin.

6 VfSlg 17.102/2004 ua. Vgl zum Rechtsstaatsprinzip außerdem *Fuchs*, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat – Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, in: FS Korinek (2010) 83 (88) und *Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 2009, 111 ff.

der ordentlichen Gerichte widerspräche nach seiner Auffassung der verfassungsrechtlichen Stellung der Verwaltung, wäre mit Art 20 B-VG unvereinbar und beseitigte die verfassungsrechtlich verankerte Zuständigkeit des Landeshauptmannes als Träger der mittelbaren Bundesverwaltung, ja die mittelbare Bundesverwaltung selbst. Der *„Einrichtung in der Sache neu entscheidender Verwaltungsgerichte“* stünde jedoch die Bundesverfassung *„gleichfalls“* entgegen: Die unter Leitung der obersten Organe geführte Verwaltung unterliege nämlich nur der Kontrolle durch den VfGH, der die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung des Bundes und der Länder garantiere und nicht in wesentlichen Teilen seiner Tätigkeit durch die Einrichtung von Kollegialbehörden mit den Eigenschaften von Tribunalen ersetzt werden dürfe. Die Einrichtung einer instanzmäßig gegliederten Verwaltungsgerichtsbarkeit sei nach geltendem Verfassungsrecht ausgeschlossen. Dass der VfGH die potentielle Einrichtung eigener Verwaltungsgerichte als entsprechend einschneidende und grundlegende Änderung der Staatsorganisation beurteilte, geht aus dem Zusammenhang hervor, in den er *„eine neue Art von (Verwaltungs)Gerichtsbarkeit“* und den *„Zwang zur umfassenden Änderung des Staatsorganisationsrechts“* stellt. Es lässt sich daher eindeutig feststellen, dass nicht etwa nur die Betrauung der ordentlichen Gerichte mit den in Betracht kommenden Verwaltungsangelegenheiten, sondern auch die Einrichtung eigener öffentlich-rechtlicher Gerichte nach Auffassung des VfGH derart revolutionäre⁷ Auswirkungen hätte. Den Begriff der Gesamtänderung selbst oder dessen Definitionselemente im Sinne einer *„wesentlichen Änderung des Wesenskerns eines Bauprinzip“*⁸ sucht man in diesem Zusammenhang freilich vergebens.

Gegen Ende des Erkenntnisses führt der VfGH außerdem aus: *„Der VfGH sieht sich zwar grundsätzlich gehalten, der MRK als Verfassungsnorm jenen Inhalt zu unterstellen, der ihr auch als internationalem Instrument zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zukommt. Er hat daher bei ihrer Auslegung insbesondere der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs [scil für Menschenrechte] als dem zur Auslegung der MRK zunächst berufenen Organ besonderes Gewicht einzuräumen. Er kann diese Haltung aber nicht unter allen Umständen einnehmen. Wie er an späteres Verfassungsrecht auch*

7 Der VfGH spricht im Erkenntnis von *„geradezu umstürzenden Folgen der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs [für Menschenrechte]“*.

8 So die sich aus VfSlg 2455/1952 ergebende Definition; siehe zB *Pernthaler*, Der Verfassungskern (1998) 47 ff, *Gamper*, Die verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem (2000) 150 ff, *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 90 f, *Adamovich et al*, Österreichisches Staatsrecht, Band 1² (2011) 130 ff.

dann gebunden wäre, wenn sich aus ihm Änderungen gegenüber den Grundsätzen der MRK ergeben würden, kann bestimmten Auslegungsergebnissen auch Staatsorganisationsrecht im Verfassungsrang entgegenstehen. Freilich unterstellt der Gerichtshof dem späteren Verfassungsrecht nach Möglichkeit einen Inhalt, der es mit der MRK verträglich macht [...]. An die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Staatsorganisation ist der Gerichtshof aber auch im Falle eines Widerspruches zur Konvention gebunden. Stehen sie einer möglichen Auslegung der MRK entgegen, kann er diese Auslegung seiner Entscheidung nicht zugrundelegen. Selbst wenn daher der Europäische Gerichtshof [scil für Menschenrechte] eine Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung in diesem Punkte annehmen sollte, könnte dieser Verstoß nur durch den Verfassungsgesetzgeber selbst geheilt werden.“ Überflüssig erscheint zunächst der Vergleich, den der VfGH hier zu dem Fall zieht, dass er an späteres Verfassungsrecht gebunden wäre, selbst wenn es der EMRK widerspräche, da der Widerspruch nach der dem Erkenntnis zugrundeliegenden Problemstellung ja zum (im Verhältnis zum Zeitpunkt der Ratifikation der EMRK) „älteren“ Staatsorganisationsrecht besteht. Bemerkenswert erscheint aber in diesem Zusammenhang, dass der VfGH zwischen zwei möglichen Auslegungen der EMRK unterscheidet: einerseits einer völkerrechtskonformen, die der EMRK jenen Bedeutungsgehalt beimisst, den sie in der Rechtsprechung des zuständigen internationalen Organs hat; andererseits einer verfassungskonformen, die sie in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Staatsorganisation erscheinen ließe. Für den VfGH ergibt sich, dass die EMRK, die ja selbst eine Doppelnatur als völker- und verfassungsrechtliche Norm hat, im Zweifel – das heißt dann, wenn das Auslegungsergebnis ein unterschiedliches ist – eher verfassungskonform als völkerrechtskonform auszulegen ist. Angesichts des Umstandes, dass die EMRK selbst im Verfassungsrang steht, stellt sich die Frage, was unter einer verfassungskonformen Interpretation eines verfassungsrangigen Staatsvertrags zu verstehen sein soll. Da die rechtskonforme Interpretationsmethode an sich immer eine ist, die ein hierarchisches Verhältnis zwischen der auszulegenden („unterlegenen“) Norm und der als Auslegungsmaßstab dienenden („überlegenen“) Norm voraussetzt, könnte eine solche Interpretation in diesem Fall nicht irgendeine verfassungskonforme, sondern letztlich nur eine baugesetzkonforme⁹ sein. Indirekt kann daraus abgeleitet werden, dass der VfGH das „Staatsorganisationsrecht im Verfassungsrang“ für einen Auslegungs-

9 Dazu bereits *Camper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 232 ff.

maßstab hält, dem eine Bauprinzipienqualität qua Zugehörigkeit zum Wesenskern verschiedener Bauprinzipien zukommt,¹⁰ sodass die Frage der Gesamtänderung einmal mehr ins Spiel kommt, jedoch nicht beantwortet wird. Der VfGH beendet seine diesbezügliche Überlegung lediglich mit der Bemerkung, dass ein Verstoß gegen die EMRK durch eine das „*Staatsorganisationsrecht im Verfassungsrang*“ berücksichtigende Auslegung, die zur Folge hätte, dass der EGMR eine diesbezügliche Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung annähme, „*nur durch den Verfassungsgesetzgeber selbst geheilt werden*“ könnte. Ob es sich in diesem Fall um den gesamtändernden Verfassungsgesetzgeber gemäß Art 44 Abs 3 B-VG handeln müsste, wird vom VfGH zwar offen gelassen. Da an die These einer solchen Heilungsmöglichkeit jedoch im Erkenntnis die These von der möglichen Gesamtänderung auf Grund Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe an ein internationales Organ anschließt, liegt die Vermutung nahe, dass den VfGH dabei nicht nur die Frage irgendeiner Rechtsfortbildung, sondern einer *in eventu* auf Grund einer einschneidenden Änderung der Staatsorganisation die Bauprinzipien der Bundesverfassung wesentlich berührenden Rechtsfortbildung bewegte. Zwingend ist diese Vermutung freilich nicht.

Zusammengefasst kann dem Erkenntnis daher entnommen werden, dass der VfGH eine Gesamtänderung der Bundesverfassung auf Grund der Betrauung neu einzurichtender Verwaltungsgerichte in Angelegenheiten des Art 6 EMRK zwar nicht dezidiert erwähnt, aber auch nicht ausschließt, ja im Gegenteil als jedenfalls weitgehende Verfassungsänderung begreift.

B) Spätere Judikatur

2008 äußerte sich der VfGH zur Frage, ob der Ausschluss der Anrufbarkeit des VwGH in Asylsachen als Gesamtänderung der Bundesverfassung anzusehen sei:¹¹ Wenngleich der Schaffung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag Grenzen gesetzt seien, bedeute dies nicht, „*dass die Einrichtung unabhängiger Behörden durch den Verfassungsgesetzgeber bei Überschreiten der Grenzen zu einer Gesamtänderung der Verfassung*“ führe; umso weniger liege „*eine Gesamtänderung vor, wenn an die Stelle einer kollegialen Verwaltungs-*

10 Vgl zu dieser Einschätzung der verfassungsgerichtlichen Argumentation auch schon Köhler, Überlegungen 222.

11 VfSlg 18.613/2008.

behörde ein Gericht tritt, dessen Entscheidungen nicht beim Verwaltungsgerichtshof angefochten werden können". Unklar könnte hier zunächst sein, was aus der Auffassung des VfGH, wonach die Einrichtung unabhängiger Behörden durch den Verfassungsgesetzgeber, schon gar, wenn es sich bei diesen um ein Gericht handle, bei Überschreiten der Grenzen zu keiner Gesamtänderung der Verfassung führe, abzuleiten ist. Es ist schwerlich vorstellbar, dass der VfGH es etwa für keine Gesamtänderung hielte, sämtliche österreichische Behörden als „unabhängige Behörden“ einzurichten. In einem anderen Erkenntnis¹² hatte er etwa festgehalten, dass *„sich aus dem System des Bundesverfassungsrechts ergibt, daß das Leitungsrecht der obersten Organe die Regel ist und die Einrichtung der in Rede stehenden Behörden nur die Ausnahme sein kann“*. Das *„prinzipielle Leitungs- und Weisungsrecht der obersten, parlamentarisch verantwortlichen Organe“* sei *„dadurch im Kern angetastet“* worden, dass einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag ein wesentlicher Bereich an Verwaltungstätigkeit wie der Vergabe von Privatrundfunkbewilligungen übertragen worden sei, ohne dass eine besondere Rechtfertigung dafür vorgelegen sei. Nun ist diese Judikatur auf die Verwaltungsgerichte deshalb nicht ohne Weiteres übertragbar, weil Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag auf Grund eines einfachen Gesetzes eingerichtet werden konnten, das einfach-verfassungsrechtliche Schranken zu beachten hatte, die in dieser Form den nunmehrigen Verwaltungsgerichten, die in der Bundesverfassung selbst verankert wurden, nicht mehr gesetzt sind. Doch widersprach jene einfachgesetzliche Bestimmung, die im gegenständlichen Fall den VfGH zu einer Aufhebung bewogen hatte, nach seiner Auffassung *„der Verfassung, weil der Gesetzgeber seine – wegen des aus den Art 1 iVm. Art 18 Abs 1 und 20 Abs 1 B-VG ableitbaren Charakters der Republik Österreich als parlamentarischer Demokratie – bedingte und begrenzte Ermächtigung gemäß der Art 20 Abs 2 und 133 Z 4 B-VG, kollegiale Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag einzurichten, überschritten“* habe. Wenn Art 20 Abs 2 und Art 133 Z 4 B-VG demzufolge deshalb *„bedingt und begrenzt“* waren, weil dies aus Rücksichtnahme auf das demokratische Prinzip richtig erschienen war, schiene es geboten, diese Schranken – die ja offenbar der einfache Verfassungsgesetzgeber zu berücksichtigen hatte, wie immer dann im Weiteren Rücksichten des einfachen Gesetzgebers beschaffen waren – auch hinsichtlich der Schaffung der Verwaltungsgerichte anzuerkennen.

12 VfSlg 16.189/2001.

Berücksichtigt man daher diese – allerdings einige Jahre vor der zuvor erwähnten Entscheidung über den Asylgerichtshof ergangene – Entscheidung, scheint die Annahme näher zu liegen, dass der VfGH trotz der im späteren Judikat gewählten offenen Formulierung nicht jedwede Überschreitung von Grenzen meinte, sondern lediglich die Überschreitung jener Grenzen, die vom einfachen Gesetzgeber zu beachten waren, wenn er Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag einrichtete: Diese Grenzen bestanden nach der Judikatur des VfGH zum einen dahingehend, dass die Einrichtung der in Rede stehenden Behörden nur die Ausnahme sein könne, die aber nur dann vorliege, wenn unter Verwaltungsbereichsaspekten ein besonderer Rechtfertigungsgrund gegeben sei.¹³ Zum anderen erkannte der VfGH eine Grenze dahingehend, dass der einfache Gesetzgeber nicht die Zuständigkeit einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag zur Verordnungserlassung festlegen dürfe. Unmittelbar relevante Aussagen für die Frage, ob die Einführung der Verwaltungsgerichte eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt haben könnte, lassen sich daraus aber nicht ableiten.

III. Vollenden die Landesverwaltungsgerichte eine „schleichende“ Gesamtänderung der Bundesverfassung?

A) Vorbemerkung

Die Erläuternden Bemerkungen¹⁴ zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 gehen nicht dezidiert auf die Frage ein, ob es sich bei der Einrichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz um eine Gesamtänderung der Bundesverfassung handeln könnte. Allerdings wird aus den Ausführungen der Regierungsvorlage über das Normerzeugungsverfahren klar ersichtlich, dass an das Erfordernis eines Verfahrens gemäß Art 44 Abs 3 1. Untertatbestand B-VG (wegen Gesamtänderung der Bundesverfassung) nicht gedacht wurde. Dabei ist meines Erachtens von vornherein zu bedenken, dass eine solche Gesamtänderung nicht *uno actu* erfolgen muss, sondern – unter Zugrundelegung der Judikatur des VfGH¹⁵ zur „schleichenden“¹⁶ Gesamt-

13 VfSlg 15.427/1999, 15.886/2000, 16.189/2001.

14 RV 1618 BlgNR 24. GP, AB 1771 BlgNR 24. GP.

15 Vgl etwa VfSlg 11.756/1988, 11.829/1988, 11.916/1988, 11.918/1988, 11.927/1988.

änderung der Bundesverfassung – auch *scheibchenweise* herbeigeführt werden kann. Als im vorliegenden Zusammenhang relevante Etappen einer solchen „schleichenden“ Gesamtänderung kommen neben dem EMRK-Beitritt insbesondere die Bundesverfassungsnovellen, mit denen jeweils die UVS eingerichtet wurden¹⁷ und die Möglichkeit der Weisungsfreistellung von Verwaltungsbehörden erweitert wurde¹⁸, und zuletzt eben die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 in Frage. In allen diesen Fällen handelte es sich um Regelungen im Bundesverfassungsrang, mit denen vom traditionellen System der österreichischen Bundesverfassung hinsichtlich einer Führung der Verwaltung durch weisungsgebundene Verwaltungsbehörden unter der Leitung oberster Vollzugsorgane und bloß nachprüfender Kontrolle durch VwGH und VfGH abgegangen und unabhängige Verwaltungsbehörden bzw letztendlich unabhängige Verwaltungsgerichte eingerichtet wurden. Eine Volksabstimmung wegen Gesamtänderung der Bundesverfassung fand in Österreich, den EU-Beitritt ausgenommen, jedoch nie statt. Die EU-Volksabstimmung jedoch als mögliche Legitimationsgrundlage einer potentiellen, durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 vollendeten „schleichenden“ Gesamtänderung anzusehen, scheint jedoch aus mehreren Gründen ausgeschlossen: Zum einen liegt dies daran, dass die innerstaatliche Gestaltung der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit nur teilweise bzw in bestimmten Bereichen durch Art 6 EMRK bzw Art 47 GRC geboten ist. Zum anderen bezog sich die der Volksabstimmung 1994 unterzogene Fragestellung auf die Ermächtigung der bundesverfassungsgesetzlich zuständigen Organe, den Beitrittsvertrag entsprechend dem am 12. April 1994 von der Beitrittskonferenz festgelegten Verhandlungsergebnis abzuschließen. Dass hierbei die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit (anstelle von bisherigen Tribunalen) im Wege der genannten Grundrechtsgarantien implizit mitumfasst gewesen sein soll, kann wohl schon deshalb nicht argumentiert werden, weil etwa die EU-Grundrechte-Charta zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal proklamiert worden war, ja diese überhaupt erst durch den Vertrag von Lissabon in Primärrechtsrang gehoben wurde; auch der vom VfGH im Erkenntnis VfSlg 11.500/1987 als möglicher Beginn einer – vom VfGH letztendlich offen gelassenen – Gesamtänderung angedeutete Beitritt

16 Vgl terminologisch *Adamovich/Spinner*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁵ (1957) 114, die diesen Begriff unter Berufung auf *Ermacora*, Der Verfassungsgerichtshof (1956) 148 prägten, sowie ausführlicher *Pernthaler*, Verfassungskern 70 ff.

17 BGBl 685/1988.

18 BGBl I 2/2008.

Österreichs zur EMRK war nicht eigentlicher Gegenstand dieser Volksabstimmung¹⁹ und wurde daher nicht von dieser absorbiert, auch wenn die Geltung der EMRK in den EU-Mitgliedstaaten letzten Endes eine Mitgliedschaftsvoraussetzung darstellt.

B) Betroffene Bauprinzipien

1. Rechtsstaatliches und liberales Prinzip

Positive Auswirkungen hat die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit auf das rechtsstaatliche Prinzip,²⁰ weil eine unabhängige Gerichtsbarkeit als höherer Garant eines effizienten und effektiven Rechtsschutzes angesehen wird als eine zwar an das Legalitätsprinzip, gleichwohl aber gegebenenfalls auch weisungsgebundene Verwaltungsbehörde. Zwar handelte es sich bei der bisherigen zweitinstanzlichen Landesverwaltung zumindest teilweise um eine weisungsfreie, gerichtsähnliche Verwaltung, sodass der Schritt hin zur erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Fall weniger groß erscheint als im Falle der Übertragung von Verwaltungsaufgaben, die bisher etwa von einer Landesregierung ausgeübt wurden. In jedem Fall, das heißt auch unter Einbeziehung bisheriger Etappen der Justizialisierung der Verwaltung, hat das rechtsstaatliche Prinzip aber auf diese Weise keine Beeinträchtigung, sondern im Gegenteil sogar eine Verstärkung erfahren.²¹ Die

19 Vgl. dazu etwa die Erläuterungen der Regierungsvorlage zum EU-Beitritts-BVG (RV 1546 BlgNR 18. GP, 3 f.), welche die Veränderungen der Bauprinzipien durch den EU-Beitritt auflistet, die hier gegenständliche Thematik aber nicht berührt.

20 *Bußjäger*, Die Organisationshoheit und Modernisierung der Landesverwaltungen (1999) 153, *Balthasar*, Dauerbrenner Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Alternativen zur „großen Lösung“?, JRP 2011, 343 (350), *Eberhard*, JRP 2012, 276 f.

21 Im Erkenntnis VfSlg 18.632/2008 vertrat der VfGH in Bezug auf den Asylgerichtshof die Ansicht, dass „die durch die B-VG-Novelle BGBl. I 2/2008 bewirkte erhebliche Absenkung des rechtsstaatlichen Standards verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sowohl auf organisationsrechtlicher als auch auf verfahrensrechtlicher Ebene auf einem bestimmten Gebiet des Verwaltungsrechts [...] – gerade noch – nicht jenes Ausmaß, bei dem die Verfassungsnovelle als Gesamtänderung der Bundesverfassung zu qualifizieren wäre“, erreicht habe; gerade vor dem Hintergrund dieses Erkenntnisses (Höhe der Anzahl der Mitglieder der Senate des Asylgerichtshofs) wird deutlich, dass auch die einfachgesetzliche organisations- und verfahrensrechtliche Ausführung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nicht unmaßgeblich für die rechtsstaatlichen Standards der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit insgesamt sein wird, da etwa Art 135 Abs 1 (neu) B-VG die Größe der Senate offen lässt. In diesem Erkenntnis sprach der VfGH „von höchstgerichtlichen Entscheidungen, wie sie im Fall des Asylgerichtshofes gegeben“ seien; diese Einschätzung des Asylgerichtshofs als Höchstgericht ist, ungeachtet der teilweisen Unangreifbarkeit seiner Entscheidungen, wohl unzutreffend, zeigt aber auf, dass auch das Ausmaß der Rechtsstaatlichkeit der Organisation und des Verfahrens der Verwaltungsgerichte von großer Bedeutung sein wird, da deren Entscheidungen in vielen

rechtsstaatlichen Verbesserungen wirken sich insofern auch positiv auf das liberale Bauprinzip aus, als Verfahrensgrundrechten wie dem Recht auf ein faires Verfahren – insbesondere auch in seiner weiten Verankerung gemäß Art 47 GRG –²² nunmehr durch weitestgehend als Beschwerdeinstanz zuständige²³ Gerichte mit relativ umfassender Kognitionsbefugnis entsprochen wird, was etwa die bisherige Unterscheidung²⁴ des VfGH in einen Kern- und einen Randbereich des Zivilrechts obsolet macht.

2. Bundesstaatliches Prinzip

Anders als die Gliedstaaten in vielen anderen Bundesstaaten²⁵ verfügten die österreichischen Bundesländer bislang über keine eigene Gerichtsbarkeit.²⁶ Auch wenn die Bedeutung einer eigenen Gerichtsbarkeit bundesstaatlicher Gliedseinheiten bundesstaatstheoretisch weit weniger hoch eingeschätzt wird²⁷ als etwa das Vorhandensein einer – als wohl bedeutendstes politisches Steuerungsinstrument einsetzbaren – eigenen Gesetzgebungshoheit,²⁸ so kann doch kein Zweifel daran bestehen, dass eine erweiterte Teilhabe an der Staatsgewalt den Charakter der Staatlichkeit der Länder noch vervollständigt und daher *per se* das bundesstaatliche Prinzip nicht beeinträchtigt, sondern vielmehr noch verstärkt.²⁹

Seit der Entscheidung VfSlg 2455/1952 steht fest, dass unter einer Gesamtänderung jede Änderung der Bundesverfassung zu verstehen ist, die deren leitende Grundsätze berührt, dass aber keine „bloße

Fällen – dort, wo eine Revision unzulässig ist oder sich keine Verfassungsfrage stellt, für deren Prüfung der VfGH zuständig wäre – gewissermaßen als „höchst-gerichtlich“ anzusehen sein werden.

22 In diese Richtung auch *Pabel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel, ZÖR 2012, 61 (74 ff).

23 Vgl allerdings die Ausnahme in Art 118 Abs 4 (neu) B-VG.

24 ZB VfSlg 11.500/1987, 11.591/1987, 11.760/1988, 13.505/1993 ua.

25 Vgl zB in Argentinien, Australien, Deutschland, Indien, Kanada, Nigeria, der Schweiz und den USA.

26 Vgl *Pernthaler/Rath-Kathrein*, JBl 1989, 611 f.

27 Gründe dafür könnten zum einen darin liegen, dass die politische Steuerungskraft der Gerichtsbarkeit geringer ist als die der Gesetzgebung; zum anderen, dass Richter zumeist über keine direkte demokratische Legitimation (in diesem Fall durch das Gliedvolk) verfügen.

28 *Camper*, Die Regionen mit Gesetzgebungshoheit (2004), *Watts*, Comparing Federal Systems³ (2008) 83 ff.

29 *Jablonek*, ÖJZ 1994, 333 zufolge könne es „wohl kaum bezweifelt werden“, dass die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit ein wesentliches föderalistisches Element darstelle; vgl auch *Balthasar*, JRP 2011, 352 sowie *Lienbacher*, JRP 2011, 333.

Modifikation“, sondern nur die Beseitigung oder wesentliche Modifikation die „Berührung“ eines leitenden Grundsatzes zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung macht. Beseitigt wird das bundesstaatliche Bauprinzip durch das Hinzuwachsen der Landesverwaltungsgerichte jedenfalls nicht; die Frage könnte daher lediglich sein, ob das bundesstaatliche Prinzip dadurch (*uno actu* oder als Schlussstein einer „schleichenden“ Gesamtänderung der Bundesverfassung) wesentlich verändert wurde. Zu bedenken ist dabei, dass es sich um keine reine Ergänzung³⁰ im Sinne eines neuen Wesenselements handelt, da das bisherige System einer mit bestimmten Funktionen der Verwaltung betrauten Landesverwaltungsorganisation ja auf Grund der Auflösung³¹ bzw partiellen Defunktionalisierung bestehender Landesverwaltungsbehörden gleichzeitig modifiziert wird. Dies wirft zwei Fragen auf: Erstens, ob dieses bisherige System zum Wesenskern des bundesstaatlichen Prinzips gehörte, da seine Änderung nur unter dieser Voraussetzung überhaupt *sub titulo* einer Gesamtänderung diskutiert werden kann. Zweitens, ob die Änderung dieses Systems, wenn dieses tatsächlich zum Wesenskern des bundesstaatlichen Prinzips gehörte, auch eine „wesentliche“ Änderung darstellt.

Der VfGH hat in seiner bisherigen Judikatur klargestellt, dass die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern,³² die Einrichtung einer Länderkammer³³ sowie die mittelbare Bundesverwaltung³⁴ als Wesenselemente des bundesstaatlichen Prinzips anzusehen sind; damit hat er freilich nicht ausgeschlossen, dass auch andere bundesstaatliche Elemente in den Wesenskern dieses Prinzips fallen. Was nun die aufgelösten bzw einen Teil ihrer Funktionen verloren habenden Landesverwaltungsbehörden anbelangt, so scheinen diese zunächst unter das Wesenselement der Kompetenzverteilung subsumiert werden zu können, weil diese Behörden landesgesetzlich vorgesehen und mit bestimmten Verwaltungsaufgaben betraut waren. Dass diese Beeinträchtigung der Kompetenzverteilung einer wesentlichen Änderung entspricht, muss insgesamt jedoch wohl verneint werden: Zwar wird den Ländern nunmehr bundesverfassungsrechtlich vorgeschrieben, dass Landesverwaltungsgerichte auf zweitinstanzlicher Ebene in Ange-

30 Zur Verfassungsergänzung Gamper, Aktuelle Herausforderungen an ein bewegliches System der österreichischen Bundesverfassung (2008) 12 ff, Rill/Schäffer, Art 44 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001) Rz 2.

31 Vgl die am 1.1.2014 in Kraft tretende Anlage nach Art 152 B-VG (BGBl I 51/2012).

32 VfSlg 2455/1952.

33 VfSlg 2455/1952.

34 VfSlg 11.403/1987.

legenheiten der Landesverwaltung sowie unter Umständen auch der Bundesverwaltung zuständig sein sollen,³⁵ bzw werden verschiedene landesgesetzlich eingerichtete Landesbehörden aufgelöst, was den inhaltlichen Gestaltungsspielraum der – allerdings auch bisher nicht unbeschränkten – Organisationskompetenz der Länder einschränkt. Doch erhalten die Länder im Gegenzug die Kompetenz,³⁶ Landesverwaltungsgerichte – im Rahmen der bundesverfassungsrechtlich vorgesehenen Vorgaben – einzurichten, was ihnen bisher gerade verwehrt gewesen war. Was ihnen an Organisationskompetenz hinsichtlich der zweitinstanzlichen Verwaltungsebene genommen wird, wächst ihnen daher gewissermaßen an Organisationskompetenz zu, nämlich erstmals berechtigt (und verpflichtet) zu sein, Landesverwaltungsgerichte einzurichten. Darüber hinaus werden den Ländern absolute Veto-rechte eingeräumt, sich gegen einen Funktionsverlust in der mittelbaren Bundesverwaltung oder gegen eine bundesgesetzliche Inpflichtnahme der Landesverwaltungsgerichte zu wehren.³⁷ Der Bundesgesetzgeber kann nämlich gemäß Art 131 Abs 4 (neu) B-VG eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte des Bundes in Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die nicht unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden, vorsehen; falls der Bundesgesetzgeber im letztgenannten Fall nicht von seiner Ermächtigung Gebrauch macht, ist eine subsidiäre Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte vorgesehen, zweitinstanzlich in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung zu entscheiden. Dies drängt den Landeshauptmann hinsichtlich der mittelbaren Bundesverwaltung in eine Rolle als verordnungserlassendes bzw Bezirksverwaltungsbehörden gegenüber weisungsbefugtes Organ zurück, die *Lienbacher* zufolge ausreichen soll, um nicht „gleich die Keule des bundesstaatlichen Prinzips schwingen“ zu müssen.³⁸ Im Erkenntnis VfSlg 11.403/1987 bezeichnete der VfGH zwar die mittelbare Bundesverwaltung als tragendes Element des bundesstaatlichen Prinzips und gab jener Lehrmeinung Recht, wonach es das Prinzip der mittelbaren Bundesverwaltung verbiete, „Vollzugskonstruktionen zu erfinden, die den Landeshauptmann schlechthin

35 Vgl dazu im Detail Art 131 (neu) B-VG.

36 Vgl auch den Ausnahmetatbestand „Organisation der Verwaltungsgerichte der Länder“ gemäß Art 10 Abs 1 Z 1 (neu) B-VG. Zur Kompetenzverteilung auch *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz – Legislativer und organisatorischer Handlungsbedarf der Länder, in: Kärntner Verwaltungsakademie (Hg), Bildungsprotokolle, Band 19: 8. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2010 (2011) 123 (126).

37 Vgl Art 131 Abs 4 (neu) B-VG; Zustimmungsrechte kommen den Ländern auch im Fall der Betrauung eines Verwaltungsgerichts des Bundes in Angelegenheiten der Landesverwaltung zu.

38 *Lienbacher*, JRP 2011, 333.

„umgehen“³⁹, doch scheint sich diese Aussage im damaligen Zusammenhang⁴⁰ lediglich auf das Verhältnis von Bund und Ländern in der mittelbaren Bundesverwaltung und nicht auf die Frage zu beziehen, ob dem Landeshauptmann durch die Schaffung von Landesverwaltungsgerichten – und damit wiederum Einrichtungen des Landes – Konkurrenz erwüchse. Dass die mittelbare Bundesverwaltung nunmehr in zweiter Instanz durch Landesverwaltungsgerichte vorgenommen wird bzw die Länder einem Bundesgesetz, das ein Bundesverwaltungsgericht in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung einsetzt, zustimmen müssen, mag daher eine Kompensation in bundesstaatlicher und damit jener Hinsicht sein, die im erwähnten Erkenntnis des VfGH die maßgebliche war; auch die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung beseitigt die Funktion des Landeshauptmanns im Instanzenzug der mittelbaren Bundesverwaltung und damit in einem erheblichen Teil derselben aber jedenfalls.⁴¹ Eher als *Lienbachers* bundesstaatliche wird es daher die demokratische „Keule“ sein, an die im gegebenen Kontext zu denken ist.

3. Gewaltenteilendes Prinzip

Sowohl positive als auch negative Auswirkungen sind hinsichtlich des gewaltenteilenden Prinzips festzustellen: Die positiven ergeben sich zunächst aus der bereits behandelten, die vertikale Gewaltenteilung zwischen Bund und Ländern verstärkenden Teilung der (Verwaltungs)Gerichtsbarkeit zwischen Bund und Ländern. Als Beeinträchtigung

39 Vgl die Bezugnahmen auf *Raschauer*, Die obersten Organe der Landesverwaltung, in: Ermacora et al (Hg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 375 (386) und *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) 385. Vgl weiters VfSlg 11.500/1987, wonach eine „Zuweisung aller in Betracht kommender Verwaltungsangelegenheiten in die Kompetenz der ordentlichen Gerichte [...] aber der verfassungsrechtlichen Stellung der Verwaltung widersprechen, mit Art 20 B-VG unvereinbar sein und auch die verfassungsrechtlich verankerte Zuständigkeit des Landeshauptmannes als Träger der mittelbaren Bundesverwaltung, ja die mittelbare Bundesverwaltung selbst beseitigen“ würde.

40 Der VfGH sah eine Ausschaltung des Landeshauptmanns als Träger dieser Art der Besorgung von Verwaltungsaufgaben des Bundes als Aushöhlung der mittelbaren Bundesverwaltung an und hob eine einfachgesetzliche Bestimmung, die die Überwachung des Verkehrs mit Wein und Obstwein, für die Dauer ihrer kellerreimäßigen Bearbeitung auch aller sonstigen aus dem Saft frischer Weintrauben gewonnenen Produkte, sowie der Weinbehandlungsmittel dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, dem hierfür besonders geschulte Organe (Bundeskellereinspektoren) zugewiesen waren, übertragen hatte, auf.

41 Die Gefahr einer Gesamtänderung durch massiven Entfall der Befugnisse von Landeshauptmann und Landesregierung erkennt *Pesendorfer*, Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Föderalismus, ÖJZ 2001, 521 (527) sowie *derselbe*, Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, ÖJZ 2002, 521 (524).

gung des gewaltenteilenden Prinzips muss allerdings angesehen werden, dass die einstmals als „institutionell größte“⁴² Staatsgewalt bezeichnete „Verwaltung“ zumindest im organisatorischen Sinn zu Gunsten der Staatsgewalt „Gerichtsbarkeit“ reduziert wurde, sei es, weil bestimmte Verwaltungsbehörden aufgelöst wurden, sei es, weil sie (als oberste Vollzugsorgane) weiter bestehen, allerdings zahlreicher Funktionen verlustig gingen. Die Funktionen als solche bleiben zwar insofern, als sie im Instanzenzug auf (im Regelfall meritorisch entscheidende) Verwaltungsgerichte übergehen, nach wie vor der Verwaltung zugeordnet.⁴³ Die Verwaltung im organisatorischen Sinn wird dennoch massiv zu Gunsten der Gerichtsbarkeit im organisatorischen Sinn⁴⁴ reduziert.

Man könnte diesen Verlust jedoch auch als Stärkung der so genannten „inneren“⁴⁵ Gewaltenteilung ansehen, da innerhalb der Staatsfunktion „Verwaltung“ nunmehr eine besonders stark differenzierte Organisationsstruktur vorgesehen ist;⁴⁶ dadurch, dass es sich dabei nicht um Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern eigene Verwaltungsgerichte handelt, wird die organisatorische Gewaltverbindung zur Gerichtsbarkeit – und insofern bewirkte Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes des Art 94 B-VG – zumindest

42 Adamovich et al, Österreichisches Staatsrecht, Band 2² (2013) 93.

43 In diesem Sinne ist wohl auch das sinngemäß auf *Henrion de Pansey*, *De l'autorité judiciaire en France* (1818) Chapitre XXVII zurückgeführte Zitat „*juger l'administration c'est encore administrer*“ auf die Verwaltungsgerichte anwendbar; mit einer ähnlichen Argumentation – die Funktion der Gerichtsbarkeit jener Staatsgewalt zuzuordnen, deren Rechtsakte sie prüft – lässt sich etwa der VfGH als „negativer Gesetzgeber“ beschreiben, wobei einer (größtenteils) meritorischen Entscheidung durch Verwaltungsgerichte ein aktiv „verwaltender“ Charakter wohl noch stärker immanent ist als einer Entscheidung ebenso kassatorisch wie letztinstanzlich entscheidender Höchstgerichte. Dagegen wird der VfGH üblicherweise nie als „negatives“ Verwaltungsorgan gesehen, obwohl er Bescheide oder Verordnungen der Verwaltungsbehörden aufzuheben berechtigt ist (zur unterschiedlichen Einschätzung dieser „Verwaltung jenseits der Verwaltung“ beim VwGH auch *Wiederin*, *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Österreich*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber [Hg], *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band 3 [2010] 187 [222]).

44 Dabei handelt es sich allerdings eben um eine eigene verwaltungsspezifische und nicht „ordentliche“ Gerichtsbarkeit; *Sordi*, *Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe*, in: *Rose-Ackerman/Lindseth* (Hg), *Comparative Administrative Law* (2010) 23 (30) weist darauf hin, dass gerade nach dem kontinentaleuropäischen Verständnis der Gewaltenteilung ein Sondertypus der Verwaltungsgerichtsbarkeit nahe liege, die teilweise sogar organisatorisch mit der Verwaltung zusammenhänge, wie im Fall des französischen Staatsrats, oder die – wie nunmehr im österreichischen Fall – zumindest von der ordentlichen Gerichtsbarkeit organisatorisch getrennt sei.

45 Dazu *Haller/Kölz/Gächter*, *Allgemeines Staatsrecht*⁴ (2008) 192 f.

46 Vgl. auch *Storr*, *Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte*, *ZfV* 2012, 911 mwN.

etwas differenziert.⁴⁷ Allerdings sieht Art 94 Abs 2 (neu) B-VG nunmehr vor, dass durch Bundes- oder Landesgesetz in einzelnen Angelegenheiten anstelle der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde an die ordentlichen Gerichte vorgesehen werden kann. Dass für diese Bundes- oder Landesgesetze besondere Zustimmungsverfahren vorgesehen sind, in denen die jeweils gegenbeteiligte Gebietskörperschaft mitwirken kann, ändert nichts daran, dass es auf diese Weise möglich ist, echte Instanzenzüge von den Verwaltungsbehörden zu den ordentlichen Gerichten vorzusehen, was zu dem in Art 94 Abs 1 B-VG verankerten Grundsatz, wonach die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt ist, in Widerspruch steht. Könnten derartige Instanzenzüge nach Belieben vom einfachen Gesetzgeber eingerichtet werden, dürfte kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass das gewaltenteilende Prinzip wesentlich und damit gesamtänderungsreif berührt würde.⁴⁸ Durch den Wortlaut, dass diese Instanzenzüge allerdings nur „in einzelnen Angelegenheiten“ zulässig sein sollen, was auch in den Materialien betont wird,⁴⁹ können eine wesentliche Berührung und daraus ableitbare Gesamtänderung jedoch kaum erblickt werden.⁵⁰ Der einfache Gesetzgeber wird hier allerdings gefordert sein, im Sinne einer bauprinzipienkonformen Interpretation die Wortfolge „in einzelnen Angelegenheiten“ restriktiv auszulegen.⁵¹

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass eine „Kompetenzverschiebung“ von den Verwaltungsgerichten zu den ordentlichen Gerichten die Gewaltenteilung klarerweise weniger beeinträchtigt als eine Gewaltverschiebung von Verwaltungsbehörden zu ordentlichen Gerichten; für die Frage der Berührung des gewaltenteilenden Prinzips durch Art 94 Abs 2 (neu) B-VG ist daher meines Erachtens die vorgelagerte

47 Zur Akzentuierung der Verwaltungsgerichte als *Verwaltungsgerichte* oder *Verwaltungsgerichte* vgl bereits Storr, ZfV 2012, 912 mit Hinweis auf Merli, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 65 (70); Verwaltungsgerichte sind organisatorisch der Gerichtsbarkeit zugeordnet, übernehmen aber funktional eine Verwaltungsaufgabe.

48 Kritisch dazu auch Khakzadeh-Leiler, Die Beschwerde gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz an den Verwaltungsgerichtshof, JRP 2007, 298 ff, Wiederin, In allen Instanzen getrennt, ÖJZ 2011, 351, Altenburger/Kneihls, Schriftsätze an den VfGH und VwGH³ (2012) 10, Eberhard, JRP 2012, 273, Muzak, Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZfV 2012, 14 (21).

49 RV 1618 BlgNR 24. GP, 11.

50 Im Gegensatz zur eingeschränkteren Formulierung der historischen Fassung des Art 94 Abs 2 B-VG (dazu Muzak, ZfV 2012, 21) ist einer Beschränkung auf „einzelne Angelegenheiten“ keine inhaltliche Bestimmtheit immanent.

51 So auch Muzak, ZfV 2012, 21.

Verschiebung von zweitinstanzlichen Verwaltungsbehörden zu Verwaltungsgerichten mitzuberücksichtigen. Für das bundesstaatliche Prinzip bzw die vertikale Gewaltenteilung im Bundesstaat könnte eine Kompetenzverschiebung von Landesverwaltungsgerichten hin zu ordentlichen Gerichten, die ausschließlich in die Kompetenz des Bundes fallen, zwar durchaus Auswirkungen haben: Diese werden jedoch einerseits dadurch, dass die Kompetenzverschiebung lediglich „in einzelnen Angelegenheiten“ zulässig ist, andererseits dadurch, dass die Länder im Falle eines diese in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung sowie Angelegenheiten der echten Landesverwaltung anordnenden Bundesgesetzes ein Zustimmungsrecht haben, ausgeglichen.

Aus historischer Sicht ist indes darauf hinzuweisen, dass die Stammfassung des Art 133 B-VG zwar in Abs 1 und 2 eine Kassationsbefugnis des VwGH vorsah, diesen in Abs 3⁵² jedoch ermächtigte, *„in der Sache selbst [zu] entscheiden, soweit nicht die Behörde nach den Bestimmungen des Gesetzes zur Entscheidung oder Verfügung nach freiem Ermessen befugt ist“*. Kelsen/Froehlich/Merk⁵³ gehen in ihrer Kommentierung auf letztere Möglichkeit als eine Neuerung ein, die dem auf eine Kassationsbefugnis beschränkten Verwaltungsgerichtshof der Monarchie nicht zugestanden sei. Der VwGH habe selbst zu entscheiden, wann ein solches Ermessen bestehe. *„Begreiflicherweise“* sei ein reformatorisches Erkenntnis des VwGH *„für die Fälle ausgeschlossen [worden], in denen eine Entscheidung oder Verfügung aufgehoben wird, die im freien Ermessen der Verwaltungsbehörde stand“*; dass der VwGH *„auch in solchen Fällen zur Judikatur kommen kann, – wenn nämlich ein Ermessensmißbrauch oder eine Ermessensüberschreitung stattgefunden hat – ergibt sich aus Art. 129, Abs. 3“*. Letztere Ansicht kann nur so verstanden werden, dass der VwGH in diesen Fällen den Bescheid kassiert, nicht aber reformiert. Der klare Wortlaut des Art 133 Abs 3 B-VG in seiner Stammfassung schließt eine meritorische Entscheidung aus, sofern das Gesetz nur irgendein Ermessen einräumte; wäre eine Reformation in Fällen, in denen gesetzlich kein Ermessen eingeräumt wurde, wie auch in Fällen, in denen dieses bestand, jedoch falsch geübt wurde, zulässig, wäre unklar, für welchen Anwendungsbereich die historische Kassationsbefugnis dann noch gelten sollte bzw welchen Zweck die Konditionalnorm des historischen Art 133 Abs 3 B-VG verfolgte.

52 Vgl jedoch die weitgehende Beseitigung dieser Möglichkeit durch die Bundesverfassungsnovelle BGBl 392/1929.

53 Kelsen/Froehlich/Merk, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (2003) 245 f.

Thiene⁵⁴ schließt aus dem Vorhandensein des historischen Art 133 Abs 3 B-VG, dass die Einführung einer reformatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit keine Gesamtänderung sein könne. Ungeachtet dessen, dass der VfGH in seiner einschlägigen Judikatur offenbar keinen Anlass sah, sich mit der Stammfassung auseinanderzusetzen, muss diesem Argument Beachtung geschenkt werden. Richtig ist allerdings, dass das historische Regelmodell die Kassation vorsah und Reformation lediglich in Bereichen gestattete, wo das einfache Gesetz eine solche zuließ. Dort, wo das Gesetz der Behörde ein freies (*nota bene*: nicht notwendigerweise ausdrückliches) Ermessen einräumte, war eine solche von vornherein ausgeschlossen, was wohl nicht gerade wenige Fälle betraf; darüber hinaus war der VwGH in diesen Fällen zwar ermächtigt, reformatorisch zu entscheiden, ohne dies aber – anstelle einer Kassation – zu müssen.

Darüber hinaus war die damalige Möglichkeit des VwGH eine andere als die der Verwaltungsgerichte, weil dieser, sobald ein Gesetz Ermessen einräumte, jedenfalls von einer reformatorischen Entscheidung ausgeschlossen war, während die Verwaltungsgerichte im Rahmen des Art 130 Abs 4 (neu) B-VG in Verbindung mit § 28 Abs 2 VwGVG zur Reformation und damit auch zur eigenen Ermessensübung berechtigt sind. Zu den dort aufgezählten Kriterien einer reformatorischen Entscheidung zählt – im Gegensatz zum historischen Art 133 Abs 3 B-VG – nicht, dass es sich um keine Ermessensentscheidung handelt; vielmehr ist das Verwaltungsgericht lediglich gemäß Art 130 Abs 3 (neu) B-VG gehalten, Ermessensentscheidungen einer erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde nicht als rechtswidrig zu erkennen, sofern das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat;⁵⁵ eine ähnliche Einschränkung gab es auch bisher schon bei Entscheidungen des VwGH, mit denen Bescheide wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben wurden,⁵⁶ bzw bei den UVS im Rahmen des bisherigen § 67h AVG. Ein weiter Auslegungsspielraum darüber, ob Ermessen besteht und ob es

54 Thiene, Die Kontrolle der Verwaltungsgerichte I. Instanz durch den Verwaltungsgerichtshof, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 121 (129 [FN 22]).

55 Vgl die Ausnahmen in Art 130 Abs 3 (neu) B-VG.

56 Vgl den bisherigen Art 130 Abs 2 B-VG sowie Art 133 Abs 3 (neu) B-VG.

im Sinne des Gesetzes geübt wurde, dürfte jedoch immer wieder gegeben sein, was die Bedeutung dieser Einschränkung relativiert.⁵⁷

Der Unterschied zwischen beiden Typen zeigt sich in der Behandlung eines rechtswidrigen Bescheids: In beiden Fällen darf bzw. durfte ein gesetzeskonform geübtes Ermessen nicht als Rechtswidrigkeit angesehen werden. Der VwGH musste nach historischer Rechtslage aber, sofern die in Rede stehende Verwaltungsangelegenheit nur irgendein gesetzlich eingeräumtes Ermessen berührte, von einer Reformation absehen und eine Kassation vornehmen, was der belangten Behörde gestattete, den Ersatzbescheid zwar in Bindung an seine Rechtsansicht, aber nach eigenem (gesetzeskonformem) Ermessen zu fällen. Ein Verwaltungsgericht hingegen darf den rechtswidrigen Bescheid ändern und dabei gegebenenfalls auch eine eigene Ermessensentscheidung fällen,⁵⁸ sofern nur die allgemeinen Kriterien des Art 130 Abs 3 und 4 (neu) B-VG erfüllt sind. Dass eine einfachgesetzliche Bestimmung, nämlich § 42 Abs 3a VwGG, dem VwGH seit kurzem ermöglicht, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn sie entscheidungsreif ist und die Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt, scheint unter diesem Aspekt insofern keine zusätzlichen Verfassungsprobleme aufzuwerfen, als die Bundesverfassung nunmehr eine gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst ohnehin bereits auf der niedrigeren Ebene der Verwaltungsgerichte – zumindest weitgehend – einräumt.

Darüber hinaus fallen meines Erachtens auch noch andere Unterschiede zwischen der historischen und der ab 2014 geltenden Rechtslage ins Gewicht: Zum einen entfallen administrative Instanzen – die ja auch Rechtsschutz in einer Weise gewähren konnten, dass eine Anrufung des VwGH in vielen Fällen gar nicht mehr erforderlich war –, was angesichts ihrer höheren demokratischen Legitimation bedenklich erscheint; dass Art 130 der Stammfassung des B-VG eine einfachge-

⁵⁷ *Lienbacher*, JRP 2011, 333 hält ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen über die Einräumung von Ermessen für den Ausnahmefall und vertritt die Ansicht, dass „Verwaltungsgerichte Entscheidungen mit nachvollziehbarer Ermessensübung [nicht] aus Jux und Tollerei“ umstoßen würden; freilich bezieht sich Art 130 Abs 3 (neu) B-VG nicht bloß auf „ausdrücklich“ festgelegtes Ermessen. Unter den restriktiven Bedingungen des Revisionsmodells gemäß Art 133 Abs 4 (neu) B-VG könnte die belangte Behörde allerdings Revision gegen eine Art 130 Abs 3 (neu) B-VG verletzende verwaltungsgerichtliche Entscheidung an den VwGH erheben; vgl. *Rosenkranz*, Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, ZUV 2013, 19 ff.

⁵⁸ In diese Richtung auch schon *Raschauer/Wessely*, Probleme und Zukunft der Gemeindeautonomie, in: Kahl (Hg), Offen in eine gemeinsame Zukunft (2012) 3 (26).

setzliche Abkürzung des Instanzenzuges ermöglicht hatte,⁵⁹ bedeutete ja nicht, dass administrative Instanzen zwingend zu entfallen hatten – wie es nun jedoch der Fall ist; dies berührt zB die Stellung des Landeshauptmanns in Instanzenzügen der mittelbaren Bundesverwaltung, aber auch die Gemeindeautonomie, die für sich ja auch eine besondere demokratische Legitimation ins Treffen führen kann und die durch Art 118 Abs 4 (neu) B-VG wohl nicht nachhaltig abgesichert wurde, weil selbst bei Weiterbestehen eines zweistufigen gemeinde-internen Instanzenzuges ein mit Kassation verbundenes Vorstellungsverfahren durch ein grundsätzlich reformatorisches⁶⁰ Beschwerdeverfahren ersetzt wird. Zum anderen waren Angelegenheiten, über die bestimmte Verwaltungsbehörden, nämlich Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, zu entscheiden hatten, zunächst überhaupt,⁶¹ danach nur noch grundsätzlich von einer Prüfung durch den VwGH ausgeschlossen, während deren Zuständigkeiten im administrativen Instanzenzug nunmehr ebenfalls den Verwaltungsgerichten zukommen.

4. Demokratisches Prinzip

Dasjenige Prinzip, das durch die Einführung der Landesverwaltungsgerichte am ehesten berührt zu sein scheint, ist das demokratische Prinzip: Unabhängige Gerichte, die keiner Weisungsgewalt unterliegen und deren Mitglieder auch nicht direkt demokratisch legitimiert sind, haben nunmehr Funktionen des Verwaltungsrechtsschutzes inne, die bis dahin – wenn auch nicht ausschließlich – von Verwaltungsbehörden ausgeübt wurden, welche ihrerseits der Kontrolle des volksgewählten Landtags unterlagen. Damit ist klarerweise eine Reduktion der demokratischen Legitimation der Verwaltung (im Sinne des Verwaltungsrechtsschutzes) verbunden. Auch wenn jedoch die

59 Vgl dazu auch den Hinweis bei Thienel, Kontrolle 129 (FN 22). Kelsen/Froehlich/Merkel, Bundesverfassung 244 zufolge war der damalige Art 130 B-VG „praktisch gänzlich bedeutungslos, da die Möglichkeit einer gesetzlichen Abkürzung des Instanzenzuges auch ohne die verfassungsgesetzliche Ermächtigung des Art. 130 gegeben ist“.

60 Dies könnte mE auch eine Völkerrechtswidrigkeit hinsichtlich Art 8 der Charta der lokalen Selbstverwaltung (vgl BGBl 357/1988) darstellen, da eine „administrative supervision“ nach den Erläuterungen zu Art 8 Abs 2 (ETS No 122) „normally [...] confined to the question of the legality of local authority action and not its expediency“ sein sollte. Österreich hat zwar Art 8 Abs 2 der Charta im Gegensatz zu Art 8 Abs 1 und 3 für sich nicht als bindend erklärt, doch ist dem Begriff der „administrative supervision“ an sich in einer systematischen Interpretation des gesamten Art 8 wohl eher eine Aufsichts- denn Reformationsbefugnis immanent; darüber hinaus kann die Frage gestellt werden, ob eine weitgehende Möglichkeit der Reformation, wie sie die Verwaltungsgerichte nunmehr auch hinsichtlich Gemeindebescheiden vornehmen können, Art 8 Abs 3 der Charta widerspricht.

61 Vgl Art 131 Abs 3 der Stammfassung des B-VG.

Mitglieder der Landesverwaltungsgerichte zwar weisungsfrei und von ihrer Bestellung her nicht direkt demokratisch legitimiert sind, unterliegt ihre Bestellung zumindest einer verdünnten demokratischen Einflussnahme. Alle Mitglieder einschließlich des Präsidenten und Vizepräsidenten werden nämlich von der Landesregierung ernannt,⁶² die ihrerseits der parlamentarischen Kontrolle unterliegt. Zwar ist hinsichtlich der einfachen Mitglieder von der Landesregierung ein Dreiervorschlag der Vollversammlung des Verwaltungsgerichts oder eines aus ihrer Mitte zu wählenden Ausschusses, der aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und mindestens fünf sonstigen Mitgliedern des Landesverwaltungsgerichts besteht, einzuholen. Da es sich dabei – analog zu Art 86 Abs 1 (neu) B-VG – nicht um bindende Dreiervorschläge handelt, bleibt allerdings die formale Entscheidungskompetenz der Landesregierung bei der Bestellung unberührt. Auf diese Weise bleibt Spitzenorganen der Landesverwaltung im Wesentlichen eine Ernennungskompetenz vorbehalten, wie sie in Bezug auf Verwaltungsbeamte, einschließlich der Mitglieder der UVS, auch schon vorher gegeben war. Die Landesverwaltungsgerichte ersetzen in ihrer Rechtsschutzfunktion jedoch auch Spitzenorgane der Landesverwaltung selbst, was die demokratische Legitimationskette noch einmal verlängert und verdünnt, da diese Spitzenorgane selbst ja nicht direkt vom jeweiligen Landesvolk, sondern durch den Landtag gewählt werden. Darüber hinaus ist eine gesetzlich vorzusehende Beteiligung „fachkundiger Laienrichter“ zulässig,⁶³ was allerdings keiner besonderen demokratischen Zielsetzung dient, sondern lediglich die Einbeziehung spezifischen Sachverstands sicherstellen soll.⁶⁴

Da die Landesverwaltungsgerichte über keine direkte demokratische Legitimation qua ihres Bestellungsmodus verfügen, stellt sich die Frage, inwiefern sie über ihre Funktion an demokratisch gewählte Organe rückgekoppelt werden. Bei der klassischen Verwaltung war dies durch die Weisungsbindung gegenüber den obersten Organen der Vollziehung sowie die parlamentarische Kontrolle der Verwaltung der Fall. Die Landesverwaltungsgerichte, die, ausgenommen die monokratisch wahrzunehmende Justizverwaltung,⁶⁵ keiner Weisungsbin-

62 Art 134 Abs 2 (neu) B-VG.

63 Art 135 Abs 1 (neu) B-VG.

64 So auch schon die Differenzierung bei *Grabenwarter/Holoubek*, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, ZfV 2000, 194 (204).

65 Vgl Art 134 Abs 7 (neu) iVm Art 87 Abs 2 B-VG.

dung⁶⁶ und auch keiner parlamentarischen Verantwortlichkeit unterliegen, entbehren jedoch einer solchen Legitimation. Dasselbe galt jedoch schon für die UVS oder sonstige weisungsfreie Verwaltungsbehörden,⁶⁷ sodass die Neuerung, die durch die Landesverwaltungsgerichte in dieser Hinsicht herbeigeführt wird, vor allem eine quantitative ist, weil die Landesverwaltungsgerichte für eine größere Fülle von Angelegenheiten als Rechtsmittelinstanz zuständig sein werden. Auch wenn es aber keinen Unterschied zwischen UVS bzw sonstigen weisungsfreien Verwaltungsbehörden einerseits und Landesverwaltungsgerichten andererseits in Bezug auf deren fehlende Weisungsbindung und parlamentarische Kontrolle gibt, waren auch die Einrichtung der UVS sowie die erweiterte Möglichkeit der Schaffung weisungsfreier Verwaltungsbehörden Etappen, die im Rahmen der Frage einer „schleichenden“ Gesamtänderung der Bundesverfassung zu prüfen wären. Festzuhalten ist hier zunächst wohl nur, dass die nunmehrige Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte für sich genommen jedenfalls keine wesentliche Änderung des demokratischen Prinzips in Bezug auf jenen Zustand herbeigeführt haben dürfte, in dem sich dieses unmittelbar vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle befand.

Unrichtig wäre freilich auch die Vorstellung, dass der Verwaltungsstaat gänzlich in einen Justizstaat umgewandelt worden wäre. Tatsächlich verbleiben der klassischen Verwaltung erstinstanzliche Funktionen; in der Gemeindeselbstverwaltung kann es sogar weiterhin zweistufige Instanzenzüge geben, die jedoch gemäß Art 118 Abs 4 (neu) B-VG gesetzlich ausgeschlossen werden dürfen. Darüber hinaus verbleibt bei den Verwaltungsbehörden, einschließlich der obersten Vollzugsorgane, auch das Recht, Verordnungen zu erlassen, weil die Verwaltungsgerichte ja lediglich als Rechtsschutzinstanzen gegenüber individuellen Verwaltungsakten in Frage kommen;⁶⁸ dasselbe gilt für

66 Eine interne Weisungsbindung besteht im Verhältnis zwischen Rechtspflegern und dem jeweils nach der Geschäftsverteilung zuständigen Mitglied des Verwaltungsgerichts gemäß Art 135a Abs 3 (neu) B-VG.

67 Von einer Ausnahme verschiedener weisungsfreier Verwaltungsbehörden aus der parlamentarischen Kontrolle gehen aus: *Grabenwarter/Holoubek*, ZfV 2000, 205, *Bußjäger*, Die rechtliche und politische Kontrolle der Länder und ihrer Organe bei der Vollziehung von Bundesrecht im System der österreichischen Bundesverfassung, in: derselbe (Hg), Vollzug von Bundesrecht durch die Länder (2002) 5 (17), *Kahl*, Regulierungsrecht am Beispiel der Telekommunikation, in: Winkler (Hg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (2008) 213 (233 f), *Lienbacher*, Was dürfen parlamentarische Untersuchungsausschüsse untersuchen?, in: FS Wimmer (2008) 319 (323), *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2011) 167 ff.

68 Dies betont auch *Lienbacher*, JRP 2011, 334. Vgl zur Problematik der Erzeugung genereller Normen durch unabhängige Organe auch VfSlg 17.961/2006: „Im Übrigen ist es auch im Sinne der Rechtsordnung beherrschenden demokratischen

die Führung der Privatwirtschaftsverwaltung.⁶⁹ Schließlich bleibt die Funktion der obersten Organe der Vollziehung, „Motor“ der Gesetzgebung zu sein, unberührt.⁷⁰ Auch die parlamentarische Kontrolle und das Weisungsprinzip bleiben für die „bestehende“ Verwaltung unangetastet, was insoweit auch deren demokratische Komponente aufrechterhält. Zu betonen ist freilich: Nur für jenen Bereich der Verwaltung, der eben nicht den Verwaltungsgerichten übertragen wurde, und dieser Bereich wurde eben ganz gravierend geschmälert. Dass die Gerichtsbarkeit bisher schon einer Weisungsbindung und parlamentarischen Kontrolle nicht unterlag, weil dies ja gerade mit ihrer unabhängigen Natur unvereinbar wäre, und dass auch die neuen Verwaltungsgerichte, als Teil der Gerichtsbarkeit, mit derselben Unabhängigkeit ausgestattet sein werden,⁷¹ trifft natürlich zu. Der Punkt ist jedoch vielmehr, dass der Gerichtsbarkeit nunmehr Funktionen zuge wachsen sind, die bisher eben nicht zur Gerichtsbarkeit, sondern bestenfalls zur weisungsfreien gerichtsähnlichen Verwaltung gehörten; in vielen der nunmehr übertragenen Bereiche (und mehr noch, ehe die UVS eingeführt wurden) galt bisher das Weisungsprinzip, und gab es eine parlamentarische Kontrolle. Über die Eingriffsintensität einer solchen Veränderung – deren Beginn allerdings jedenfalls vor der Einführung der UVS anzusetzen ist – darf und muss im Hinblick auf das demokratische Prinzip ernsthaft diskutiert werden.

Noch ein weiterer Gedanke soll an dieser Stelle berücksichtigt werden: Neben der demokratischen Legitimation im organisatorischen Sinn gibt es auch eine demokratische Legitimation im funktionalen Sinn, die, wie es in den *Federalist Papers* wohl zum ersten Mal überhaupt formuliert wurde,⁷² darin besteht, dass Organe Recht zum

Gedankens bedenklich, die Schaffung genereller Normen, also von Akten der materiellen Gesetzgebung unabhängigen Organen zu übertragen, die – anders als bei der Verordnungserlassung durch oberste Organe und deren weisungsgebundenen nachgeordneten Organen – weder der unmittelbaren noch der mittelbaren parlamentarischen Kontrolle unterliegen“.

69 Öhlinger, ZUV 2012, 56.

70 Öhlinger, ZUV 2012, 56. Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 2 (1968) 1625 (1648) zufolge bedeutet der Vorbereitungsakt der Gesetzgebung durch die Verwaltung „nicht, daß dieser Akt dadurch zu einem Verwaltungsakt wird, sondern nur, daß diese Verwaltungsbeamten zu Gesetzgebungsorganen werden“. Wenn sich daher die Verwaltung im organisatorischen Sinn künftig vor allem dadurch definieren soll, dass sie Gesetzgebungsaufgaben im funktionalen Sinn wahrnimmt, zeigt dies doch deutlich einen Aufgabenverlust der Verwaltung im funktionalen Sinn, soweit sie durch die Verwaltung im organisatorischen Sinn wahrgenommen wird.

71 Lienbacher, JRP 2011, 334.

72 *Federalist Papers*, No 78.

Durchbruch verhelfen, das auf Grund seines Erzeugungsverfahrens auf einer höheren demokratischen Legitimation beruht als das ihm entgegenstehende niederrangige Recht. Betrachtet man die Funktion der Landesverwaltungsgerichte aus dieser Perspektive, kommt auch ihnen eine demokratische Legitimation zu, weil es (unter anderem) ihre Aufgabe ist, Rechtsschutz zu gewähren, wenn individuelle Verwaltungsakte rechtswidrig sind, um die Durchsetzung des demokratisch höher legitimierten Rechts sicherzustellen. Auch wenn aber Landesverwaltungsgerichte an dieser funktionalen demokratischen Legitimation teilhaben, stellt das *per se* keinen Mehrwert im Vergleich zur bisherigen verwaltungsstaatlichen Konstruktion dar, da ja auch der administrative Rechtsschutz ebendiesem Anliegen dienen sollte. Mit *Grabenwarter/Holoubek*⁷³ könnte sich freilich annehmen lassen, dass ein solcher Mehrwert darin bestünde, dass unabhängige Gerichte über eine besondere personelle und inhaltliche demokratische Legitimation verfügen. Während die personelle Legitimation im vorliegenden Zusammenhang meines Erachtens vernachlässigt werden kann, weil sie jedenfalls eine schwächere als die einer unmittelbarer demokratisch bestellten, parlamentarisch verantwortlichen Verwaltung ist, stellt sich durchaus die Frage, ob Gerichte auf Grund ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit tatsächlich durch eine besondere, im Vergleich zu Verwaltungsbehörden höhere Gesetzestreue gekennzeichnet sind.⁷⁴ An das Legalitätsprinzip⁷⁵ gebunden ist die weisungsgebundene Verwaltungsbehörde aber grundsätzlich ebenso wie das unabhängige Gericht – mit dem Unterschied, dass rechtswidrige Weisungen im Rahmen des Art 20 Abs 1 B-VG von weisungsgebundenen Verwaltungsorganen grundsätzlich zu befolgen sind. Darüber hinaus gab es auch in der bisherigen Verwaltung weisungsfreie und sogar gerichtsähnliche Einrichtungen, deren Unterschied zu echten Gerichten hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit lediglich ein gradueller sein dürfte.⁷⁶ Dass gerade die unparteiische Konflikt-

73 *Grabenwarter/Holoubek*, ZfV 2000, 204.

74 *Grabenwarter/Holoubek*, ZfV 2000, 203.

75 *Lienbacher*, JRP 2011, 334 zufolge soll durch die Einrichtung der Verwaltungsgerichte „ja gerade die Transformation des Willens des Souveräns, der sich im Gesetzgebungsakt ausdrückt, bestmöglich gewährleistet werden, um damit dem demokratischen Prinzip zum Durchbruch zu verhelfen“. Dass umgekehrt eine an das Legalitätsprinzip gebundene und dazu der parlamentarischen Kontrolle unterliegende Verwaltung dem demokratischen Prinzip nicht zum Durchbruch zu verhelfen geeignet ist, kann jedoch wohl nicht behauptet werden; inwiefern Gerichte dem Willen des Souveräns „bestmöglich“ entsprechen, hängt von vielen Faktoren, nicht zuletzt auch von den konkreten Richtern und ihrer Qualifikation, ab.

76 Vgl zB betreffend die UVS *Machacek* (Hg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ (2008) 235, *Lachmayer*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen – eine rechtsstaatliche Perspektive, in: *Larcher* (Hg), Handbuch UVS (2012) 38 (44).

schlichtung zwischen Verfahrensparteien die demokratische Legitimation des Richters gegenüber dem „*eigenständig zur Durchsetzung öffentlicher Interessen ungeachtet der von allen übrigen Verfahrensbeteiligten vertretenen Interessen berufen[en]*“⁷⁷ Verwaltungsorgan stärken soll, ist meines Erachtens zu hinterfragen, da die Funktion der Wahrung öffentlicher Interessen, hinter denen sich das Gemeinwohl verbirgt, in engerem Zusammenhang zur Vertretung des Demos in seiner Gesamtheit stehen dürfte als die Funktion einer neutralen Schlichtung einander entgegenstehender privater Interessen.

Eine wesentliche Berührung des demokratischen Prinzips kann daher meines Erachtens nicht unzweifelhaft ausgeschlossen werden. Gleichzeitig erscheint jedoch klar, dass diese Berührung weder allein durch die Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte noch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 in ihrer Gesamtheit einen solchen Schweregrad erreichen könnte. Wenn überhaupt, kann es sich nur um eine „schleichend“ vorgenommene wesentliche Änderung des demokratischen Prinzips handeln, die in einem bereits jahrzehntelangen Kontinuum steht. Wendet man ein, dass es nach dem B-VG immer schon eine nachprüfende Kontrolle durch öffentlich-rechtliche Gerichte gegeben habe, sodass sich durch die nunmehrige Novelle nur die administrativen und gerichtlichen Instanzen in quantitativer Hinsicht geändert – auf der einen Seite vermehrt,⁷⁸ auf der anderen Seite reduziert – hätten, muss dazugesagt werden, dass die nachprüfende Kontrolle des VwGH bei weitem nicht die Dimension der jetzigen verwaltungsgerichtlichen Prüfbefugnisse erreicht hat (auch nach der Rechtslage des Jahres 1920 nicht), wie ja gerade die Diskussion der 1980er Jahre zum Art 6 EMRK erweist;⁷⁹ wenn sich hingegen die UVS und andere weisungsfreie Verwaltungsbehörden dieser

⁷⁷ Grabenwarter/Holoubek, ZfV 2000, 204.

⁷⁸ Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Verwaltungsgerichten und VwGH lässt sich sagen, dass der VwGH zwar im Vergleich zum bisherigen Art 131 Abs 3 B-VG eine Kompetenz verloren hat (seine bisherige Ablehnungskompetenz wird gemäß Art 133 Abs 4 [neu] B-VG in ein „objektives“ Zulässigkeitskriterium der Revision umgewandelt) bzw seine bisherige Entscheidungskompetenz im Fall von Säumnisbeschwerden zu einer Entscheidungskompetenz über Anträge auf Fristsetzung wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch ein Verwaltungsgericht transformiert wurde, dass er aber hinsichtlich seiner neuen meritorischen Entscheidungsbefugnis gemäß 42 Abs 3a VwGG (vgl zu Art 133 Abs 3 der Stammfassung des B-VG aber schon oben Seite 19 ff) einen Kompetenzzuwachs verzeichnen kann.

⁷⁹ Rath-Kathrein, Neuere Entwicklungen zum civil-rights-Begriff, in: Pernthaler (Hg), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1993) 45 ff, Grabenwarter, Civil rights – neuere Entwicklungen, in: FS Ruppe (2007) 154 ff.

Dimension zumindest teilweise angenähert hatten,⁸⁰ muss einmal mehr die Frage nach einer „schleichenden“ Gesamtänderung gestellt werden.

IV. Schlussfolgerungen

Resümiert man nun die verschiedenen Implikationen, die die Einführung der Landesverwaltungsgerichte auf die Bauprinzipien der Bundesverfassung hat, so lässt sich festhalten: Das bundesstaatliche, rechtsstaatliche und liberale Bauprinzip erfahren durch die Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte eine kleinere bis mittlere Stärkung, während das gewaltenteilende und vor allem das demokratische Prinzip insgesamt beeinträchtigt wurden. Insbesondere beim demokratischen Prinzip scheint dabei durchaus zweifelhaft zu sein, ob die Beeinträchtigung ein so wesentliches Ausmaß erreicht, dass von einer Gesamtänderung der Bundesverfassung ausgegangen werden kann, wobei für diese Beurteilung keinesfalls die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 allein hinreichend wäre, sondern vielmehr eine jahrzehntelange Entwicklungstendenz vom Verwaltungs- hin zum Justizstaat berücksichtigt werden muss. Die Wahrscheinlichkeit dessen, dass eine „schleichende“ Gesamtänderung passierte, wird auch von Öhlinger⁸¹ angedeutet, wenngleich die Problematik *„durch die allgemeine Einsicht in die Notwendigkeit, diese Entwicklung durch die Schaffung erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte zu einem sinnvollen Abschluss zu bringen, überlagert und verdrängt worden“* sei. Dass die – bisher im Bereich der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung⁸² sowie der Aushöhlung der Grundrechtsordnung bzw Prüfkompetenz des VfGH⁸³ diskutierte und in letzterem Fall auch vom VfGH ausdrücklich angenommene, jedoch wohl nicht materienabhängige – Konstruktion der „schleichenden“ Gesamtänderung der Bundesverfassung auch auf

80 Zur Frage der Zuordnung der UVS zur Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits Pabel, ZÖR 2012, 68 f; vgl auch Schmied, Die Unabhängigen Verwaltungssenate – vom Fremdkörper im österreichischen Rechtssystem zum Wegbereiter moderner Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS Machacek/Matscher (2008) 409 (412 f).

81 Öhlinger, ZUV 2012, 55, der allerdings als Voraussetzung dafür ansieht, dass man die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 an der Stammfassung des B-VG von 1920 messen würde.

82 Zur „schleichenden“ Gesamtänderung wegen Zentralisierung der Kompetenzverteilung in den 1950er Jahren vgl Melichar, Die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes und die Gesetzgebungsorgane, ÖZÖR 1961, 423 ff, Ermacora, Österreichische Verfassungslehre (1970) 320 ff.

83 Vgl bereits oben FN 15.

diesen Fall herangezogen werden kann, scheint meines Erachtens evident zu sein, sollen die Bundesverfassung und die Letztentscheidungskompetenz des souveränen Volks über eine Gesamtänderung nicht durch eine etappenweise „Scheibchentaktik“ unterlaufen werden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle auch darauf, dass der VfGH immerhin die von ihm als inhaltlich gesamtändernd erkannte Verfassungsbestimmung des § 126a Bundesvergabegesetz 1997 auf Grund fehlender Abhaltung einer Volksabstimmung aufhob;⁸⁴ es kann kaum angenommen werden, dass die Justizialisierung der Verwaltung insgesamt weniger intensiv auf Bauprinzipien gewirkt haben soll als die vergleichsweise doch punktuell anmutende „Verfassungssuspendierung“, die § 126a leg cit herbeiführte.

Angesichts des Umstandes, dass doch mehrere Bauprinzipien von der Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte gestärkt werden, könnte sich die Frage stellen, ob eine (schleichend vorgenommene) „wesentliche Beeinträchtigung“ anderer Bauprinzipien dadurch kompensiert werden könnte. Solange jedoch die in der verfassungsgerichtlichen Judikatur entwickelte Definition der Gesamtänderung als der wesentlichen Änderung zumindest eines Wesenselements zumindest eines Bauprinzipis der Bundesverfassung aufrechterhalten wird, scheint das unmöglich;⁸⁵ selbst innerhalb des Wesenskerns eines Bauprinzipis wäre es meines Erachtens gesamtändernd, ein Wesenselement zu Gunsten des anderen gravierend auf- oder abzuwerten.⁸⁶

Zu betonen ist allerdings, dass die Einführung der Landesverwaltungsgerichte auf Grund der bundestaatlichen Komponente mehr Bauprinzipien positiv berührt, als dies etwa die Einführung der einfachen Verwaltungsgerichte des Bundes tut. Die negativen Auswirkungen auf Bauprinzipien wiederum beschränken sich nicht auf die Einführung der Landesverwaltungsgerichte allein, sondern sie werden durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 insgesamt (sowie die ihr vorhergehenden Etappen der Justizialisierung der Verwaltung) herbeigeführt.

Letzten Endes wird es daher vor allem auf zwei Faktoren ankommen, die die Frage einer Gesamtänderung zu entscheiden ver-

84 VfSlg 16.327/2001.

85 In diese Richtung weist auch das Erkenntnis VfSlg 18.632/2008, in dem der VfGH es als eine Gesamtänderung der Bundesverfassung ansah, wenn das rechtsstaatliche Prinzip aufgegeben oder sein „Verhältnis zu anderen Prinzipien wesentlich verändert“ worden wäre. Dasselbe muss wohl für alle Bauprinzipien gelten, die nicht einfach beliebig gegenseitig auf- und abgewertet werden können.

86 Gamper, Herausforderungen 49.

mögen: Wie stark gewichtet man die – jedenfalls nicht nur ganz leichten – Modifikationen, die das gewaltenteilende und vor allem das demokratische Prinzip im Laufe der tendenziellen Entwicklung vom Verwaltungs- zum Justizstaat erfahren haben, und ab welchem Zeitpunkt sind diese zu zählen? Und: Da der VfGH bisher nie den Schlussstein einer „schleichenden“ Gesamtänderung als eingetreten erkannte, fehlt auch empirisches Wissen darüber, wie eine Aufhebung diesfalls argumentiert würde.⁸⁷ Eher anzunehmen wäre wohl, dass der VfGH im Zweifel, nicht zuletzt aus Gründen der Staatsräson, eine bauprinzipienkonforme Auslegung bemühen und damit eine Gesamtänderung ausschließen würde, wenn dies auch die wissenschaftliche Frage nach einer „schleichenden“ Gesamtänderung offen ließe. Angesichts dieser großen Unsicherheiten wäre man geneigt, dem von Öhlinger⁸⁸ treffend beschriebenen pragmatischen Ansatz, die nunmehr abgeschlossene Justizialisierung des Verwaltungsrechtsschutzes ohne große Infragestellungen, die letztlich eine Volksabstimmung erforderten, als „sinnvoll“ zu akzeptieren, zu folgen. Ob dieser Ansatz alle rechtsdogmatischen Zweifel auszuräumen vermag, ob dies darüber hinaus in Zeiten, da der Ruf nach mehr direkter Demokratie geradezu ubiquitär erklingt, auch demokratiepolitisch richtig⁸⁹ ist, bleibt indes zu bezweifeln.

87 Das Hauptproblem bestünde darin, eine Norm wegen „vollendeter“ Gesamtänderung aufzuheben, in der Argumentation aber auf eine Kette anderer, im gegenständlichen Verfahren nicht präjudizieller Normen zurückgreifen zu müssen, die Stück für Stück zur „schleichenden“ Gesamtänderung beitrugen; darüber hinaus dürfte es äußerst schwierig sein, exakte quantitative Grenzen zu definieren, wann eine solche Gesamtänderung qualitativ erreicht ist.

88 Öhlinger, ZUV 2012, 55.

89 Auch wenn gerade eine Verfassungsreform wie die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 eine besonders juristische Schlagseite mit hohem Komplexitätsgrad aufweist, die sie als wenig für ein Plebiszit geeignet erscheinen lassen mag, ist doch mit Verweis auf Art 44 Abs 3 B-VG festzustellen, dass Volksabstimmungen bei jeglicher Gesamtänderung der Bundesverfassung – das heißt gleich welchen, ob für das Bundesvolk leicht oder schwer verständlichen, Inhalts – obligatorisch sind und dass es auch keine Einschränkung gibt, Teiländerungen der Bundesverfassung bloß auf Grund einer Schwierigkeit der Materie nicht zur fakultativen Volksabstimmung zuzulassen.

Der Verwaltungsrechtsschutz in Österreich und die europäische Dimension

I. Einleitung

Mit der Errichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz haben wir noch lange nicht alle Herausforderungen bewältigt, vor die uns das Recht der Europäischen Union einerseits und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) mit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen andererseits stellen. Es ist eine Illusion zu glauben, dass mit der staatsorganisatorischen Neustrukturierung des Verwaltungsrechtsschutzes, wie er durch die Einführung der Verwaltungsgerichte erster Instanz erfolgt ist, sämtliche unions- und völkerrechtlich ausgelösten Anpassungsprozesse quasi *uno actu* zum Abschluss gebracht worden sind.

Ausgehend von dieser Grundaussage soll, losgelöst von den inzwischen vielfach in Kraft getretenen organisatorischen und verfahrensrechtlichen Bundes- und Landesvorschriften, in einem ersten Schritt kurz auf die Anknüpfungspunkte Bezug genommen werden, die unter unions- und völkerrechtlichen Gesichtspunkten für die Einführung der Verwaltungsgerichte erster Instanz – des Bundesverwaltungsgerichtes, des Bundesfinanzgerichtes und der neun Landesverwaltungsgerichte – maßgeblich gewesen sind. In einem zweiten Schritt soll unter Bezugnahme auf organisatorische und verfahrensrechtliche Fragestellungen, auf die Grundaussage eingegangen werden.

Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist aus innerstaatlicher und insbesondere aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Bewältigung einer Mammutaufgabe, die über 25 Jahre hartes politisches und fachliches Ringen gekostet hat. *Anna Gamper* hat in ihrem Beitrag in diesem Tagungsband eindrucksvoll demonstriert, welche tiefen Einschnitte in das bundesverfassungsrechtliche Gefüge mit dieser Reform verbunden sind.

Mit dieser Reform darf aber nicht die Überzeugung verbunden werden, dass nunmehr eine Umsetzungsverpflichtung, die uns insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art 6 EMRK so lange beschäftigt

hat, einer endgültigen Erledigung zugeführt worden ist. Zum einen ist es die europäische Dimension der Reform, die in der innerstaatlichen Diskussion um die Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz viel zu oft ausgeblendet worden ist, aber neben staatsreformatorischen Gesichtspunkten ebenso wichtig gewesen wäre. Auch sie hat diese Neuorganisation erforderlich gemacht, und sie ist vor allem nicht auf die sich aus Art 6 EMRK ergebenden Gesichtspunkte beschränkt. Gerade die unionsrechtlichen Verpflichtungen, die aus der nunmehr im Rang von Primärrecht¹ stehenden EU-Grundrechte-Charta erwachsen, werfen neue Fragestellungen auf. Zum anderen ist es die Dynamik der Rechtsprechung der Gerichtshöfe in Straßburg und Luxemburg, die immer wieder neue Herausforderungen mit sich bringt und nationale Umsetzungsmaßnahmen hervorruft. Auf beiden Ebenen sind die Dinge im Fluss. Von einem insoweit feststehenden und „abgeschlossenen“ Katalog unions- und völkerrechtlicher Anforderungen, den es innerstaatlich abzuarbeiten gilt, kann daher keine Rede sein. Überspitzt formuliert muss davon ausgegangen werden, dass uns die europäische Dimension des Verwaltungsrechtsschutzes weiterhin in Atem halten wird.

II. Ausgangslage

Vor der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz im letzten Jahr² und bis Ende dieses Jahres basiert der Verwaltungsschutz in Österreich auf einem spezifischen Modell, das im internationalen Vergleich singulärer Natur ist. Dieses entspricht in seiner Grundstruktur noch immer dem im Jahr 1876 mit der Einrichtung des Verwaltungsgerichtshofes etablierten Modell.³ Der gerichtliche Verwaltungsschutz erfolgt einstufig und ist auf die Nachprüfung der

1 Art 6 Abs 1 UAbs 1 EUV; siehe auch EuGH (GK) 19.1.2010, Rs C-555/07 (*Küçükdeveci*) Slg 2010 I-00365, Rz 22.

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

3 Gesetz vom 22.10.1875, betreffend die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl 36/1876.

Verwaltungsakte durch den Verwaltungsgerichtshof beschränkt.⁴ Der Schutz der Rechte der Bürger ist in diesem System in erster Linie der Verwaltung selbst aufgetragen und nur in sehr eingeschränkter Form der gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Dem Verwaltungsgerichtshof obliegen dabei ausschließlich die Rechtmäßigkeitskontrolle und die Überprüfung, ob die gesetzlichen Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind. Im Gegensatz zur Rechtslage in vielen anderen Vertragsstaaten der EMRK bzw Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist dieser Überprüfung ein Rechtsschutzverfahren vorgeschaltet, das von Verwaltungsbehörden geführt wird und in dem somit die Frage der Durchsetzung der Rechte der Rechtsunterworfenen in erster Linie der Verwaltung selbst überantwortet ist. Dies geschieht durch die Entscheidungen der Berufungsbehörden.

Unter europäischer Perspektive, die – angloamerikanisch geprägt – von der Konzeption einer gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung ausgeht, musste das österreichische Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf gravierende Probleme stoßen. Dreh- und Angelpunkt dieser Probleme ist Art 6 EMRK. Die in dieser Konventionsbestimmung verankerten Garantien für Verfahren betreffend *civil rights and obligations* und *criminal charges* erfassen weite Teile der österreichischen Verwaltungsführung bzw der Verwaltungskontrolle durch Verwaltungsbehörden. Kristallisationspunkt der Probleme für Österreich war dabei insbesondere der Begriff des Gerichtes bzw des Tribunals, welchen die damalige Organisation des Verwaltungsrechtsschutzes nicht zu garantieren vermochte.

Nachdem diese Fragen in einem „intensiven Dialog“ zwischen dem EGMR in Straßburg und den österreichischen Höchstgerichten immer virulenter wurden, mehrten sich in den 1980er Jahren die Vorschläge für die Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz. Diese Vorschläge scheiterten aber nicht zuletzt deshalb, weil offenbar die Angst vor politischem Machtverlust größer war als das Pflichtbewusstsein, völkerrechtliche Verträge zu erfüllen. Als Kompromisslösung wurden die Unabhängigen Verwaltungssenaten geboren, die als eine Art Zwitterwesen einerseits die Funktion als österreichische Verwaltungsbehörden und andererseits als Gerichte bzw Tribunale im Sinne von Art 6 EMRK erfüllen sollten.⁵ Dies ist auf beiden Ebenen

4 Art 130 ff B-VG.

5 Bundesverfassungsgesetz vom 29.11.1988, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 geändert wird (Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988), BGBl 685/1988.

nicht befriedigend gelungen. Verwaltungsbehörden im klassischen Sinn sind die Unabhängigen Verwaltungssenate deshalb nicht, weil sie aus einer hierarchisch geordneten Verwaltungsstruktur herausgelöst wurden. Weisungs- und Verantwortungszusammenhänge wurden damit gekappt. Der politische Machtverlust, den man mit der Einrichtung von Verwaltungsgerichten erster Instanz befürchtet hatte, ist mit der Schaffung der Unabhängigen Verwaltungssenate im Wesentlichen auch eingetreten. Es ist meines Erachtens nicht vorstellbar, dass es ein Landeshauptmann oder eine Landesregierung angesichts der damit auch verbundenen strafrechtlichen Konsequenzen in Erwägung zieht oder in der Vergangenheit gezogen hätte, einem Unabhängigen Verwaltungssenat (bzw einem seiner Mitglieder) eine Weisung zu erteilen. Das war aber immer der springende Punkt in der Diskussion um die Verwaltungsgerichte erster Instanz und gilt auch für die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag im Sinne von Art 133 Z 4 B-VG.

Der in den Unabhängigen Verwaltungssenaten gefundene Kompromiss hat zudem auch die Zweifel an einer völkerrechtskonformen Ausgestaltung derselben nie gänzlich ausräumen können. Vielmehr hat die strenge Rechtsprechung des EGMR betreffend das Fehlen des äußeren Anscheines von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit diese Zweifel immer wieder aufs Neue angeheizt. Der EGMR hat zwar lediglich in Einzelfällen Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag bzw Unabhängigen Verwaltungssenaten die Qualität als Gericht bzw Tribunal im Sinne von Art 6 Abs 1 EMRK abgesprochen, deren Systemelemente aber generell nicht in Frage gestellt. Auch in der Lehre ist immer wieder darauf hingewiesen worden, dass die Ausgestaltung dieses Rechtsschutzsystems den Determinanten der völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht gerecht wird. *Gerhard Baumgartner* hat schon vor 18 Jahren in seinem ersten Aufsatz, der zugleich der Eröffnungsaufsatz der *Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate (ZUV)* war, herausgearbeitet, dass Probleme im Hinblick auf den Bestellungsmodus und die Bestattungsdauer der Mitglieder der Unabhängigen Verwaltungssenate sowie im Hinblick auf die Einflussmöglichkeiten durch Dienst- und besoldungsrechtliche Regelungen von außen bestehen.⁶

Diesen Einwänden scheint nunmehr durch die Einrichtung einer echten, mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit *prima vista* der Boden entzogen zu sein. Freilich sind die einzelnen Organisations-

6 *Baumgartner*, Die unabhängigen Verwaltungssenate und der Tribunalbegriff des Artikel 6 EMRK, ZUV 1995, 1 (7 ff).

bestimmungen in Bezug auf die determinierenden völker(- und unions)rechtlichen Verpflichtungen genau zu überprüfen. Ich verweise auf die Beiträge von *Meinrad Handstanger* (betreffend die Grundsatzfragen zur Organisation eines Verwaltungsgerichtes) und *Christian Ranacher* und *Dieter Wolf* (betreffend das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte) in diesem Tagungsband sowie auf die inzwischen auch intensive mediale Diskussion um die gesetzlichen Regelungen des Landes Wien.⁷

Neben diesen organisatorischen Gesichtspunkten dürfen freilich die Verfahrensgarantien nicht vergessen werden. Als nach wie vor aktuelles Beispiel soll die Verpflichtung zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung herausgegriffen werden. Die Erfüllung derselben hat immer wieder zu Schwierigkeiten geführt. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der EGMR seine Rechtsprechung ständig ausgedehnt hat. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofes *Rudolf Thienel* hat jüngst pointiert ausgeführt, dass „es [...] gar nicht so selten [sei], dass Streitigkeiten, die in der ordentlichen Gerichtsbarkeit wegen ihres Streitwertes vom Bezirksgericht entschieden werden und niemals den Weg zum Obersten Gerichtshof finden würden, als öffentlich-rechtliche Causen von einem Fünf-Richter-Senat des Verwaltungsgerichtshofes nach öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden werden müssen, um den Anforderungen des Art 6 EMRK Rechnung zu tragen“⁸.

Zur Ausgangslage gehört freilich auch, dass die europäische Dimension in den letzten Jahren eine nicht unwesentliche Dynamik und Erweiterung erfahren hat, die das Erfordernis einer strukturellen Änderung des Verwaltungsrechtsschutzes in Österreich, der bisher vor allem in der Erfüllung der Garantien der EMRK gesehen wurde, verstärkte. Die EU-Grundrechte-Charta (GRC) dehnt nämlich die Verfahrensgarantien, die bisher aus Art 6 EMRK abgeleitet worden sind, auf alle Angelegenheiten aus, die im Unionsrecht verankerte Rechte berühren. Daher gelten die einzelnen Garantien der EMRK – insbesondere die Entscheidung durch ein unabhängiges, unparteiliches und durch Gesetz eingerichtetes Gericht in einem fairen Verfahren in

7 Vgl beispielsweise Neues Gericht: Doch mehr Unabhängigkeit. Nach harscher Kritik ändert Wien den Gesetzesentwurf für ein Verwaltungsgericht, in: Die Presse vom 26.11.2012; „Richter nicht unabhängig“ Landesverwaltungsgericht Wien. ÖVP-Verfassungssprecher Wolfgang Gerstl ortet Verfassungswidrigkeit, in: Die Presse vom 9.12.2012.

8 *Thienel*, Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit dringend nötig, in: Der Wiener Richter. Die Wiener RichterIn 5/2010.

angemessener Frist und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung – nunmehr auch für viele andere Bereiche der Verwaltung, wie beispielsweise steuerrechtliche⁹ oder fremden- und asylrechtliche Verfahren.¹⁰ Kaum ein Verwaltungsbereich wird sich in Hinkunft von den Garantien des Art 6 EMRK und bzw oder des Art 47 Abs 2 GRC völlig unbeeindruckt zeigen können.

Mit der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz sollten alle diese Probleme überwunden werden. Vielfach gewinnt man das Gefühl, dass sowohl auf politischer Ebene und auch in der Fachwelt die Auffassung vorzuherrschen scheint, dass damit die Aufgaben erledigt worden sind und dass man sich nun gleichsam nach getaner Arbeit beruhigt zurücklehnen darf. Dass dem nicht so ist, soll nunmehr beispielhaft sowohl unter organisatorischen als auch unter verfahrensrechtlichen Aspekten aufgezeigt werden.

III. Organisatorische Aspekte

Traditionell stehen unter organisatorischen Gesichtspunkten Fragen der Unabhängigkeit der entscheidenden Organe und, damit verbunden, die bereits angesprochene strenge Rechtsprechung des EGMR betreffend das Fehlen des äußeren Anscheines von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Zentrum der Betrachtung. Dass die Diskussion um die Unabhängigkeit mit der Einrichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz dabei auch und insbesondere im Zusammenspiel mit unionsrechtlichen Anforderungen noch nicht als abgeschlossen angesehen werden kann, hat das von der Europäischen Kommission angestrebte Vertragsverletzungsverfahren betreffend die Datenschutzkommission gezeigt.¹¹ Darauf ist nun näher einzugehen. Dieses Vertragsverletzungsverfahren vermag nämlich unter dem Gesichtspunkt der europäischen Dimension die Dynamik der Diskussion auf diesem Gebiet sehr gut zu demonstrieren.

Den Ausgangspunkt dieses Verfahrens bildete die Auseinandersetzung zwischen der Europäischen Kommission und der Republik Österreich, in der von der Europäischen Kommission generell in

9 Vgl VwGH 23.1.2013, 2010/15/0196. Siehe auch EuGH (GK) 26.2.2013, Rs C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rz 27.

10 Vgl VfSlg 19.632/2012.

11 EuGH (GK) 16.10.2012, Rs C-614/10 (*Kommission/AT*). Zur Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens siehe Europäische Kommission, IP 10/1430 vom 28.10.2010.

Abrede gestellt wurde, dass die Datenschutzkommission, eine Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag im Sinne von Art 133 Z 4 B-VG,¹² die von der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG¹³ aufgestellten Unabhängigkeitskriterien¹⁴ erfüllt.¹⁵ Die Republik Österreich hat dabei die Auffassung vertreten, dass die in der Datenschutz-Richtlinie geforderte „völlige Unabhängigkeit“ vor allem im Bereich des Rechtsschutzes der Rechtsunterworfenen nicht anders verstanden werden darf, als sich dies aus der jahrzehntelangen Tradition der Rechtsprechung des EGMR zum Begriff des Gerichtes bzw Tribunals im Sinne von Art 6 EMRK ergibt.¹⁶ In diesem Verfahren wurde insbesondere auch darauf hingewiesen, dass für die Republik Österreich weitreichende staatsorganisatorische Konsequenzen damit verbunden wären, würde der Begriff der „vollen Unabhängigkeit“ in der Datenschutz-Richtlinie anders ausgelegt, als dies in der ständigen Rechtsprechung des EGMR erfolgt ist. Schließlich, so der Einwand der Republik Österreich, würden die bisher in vielen Bereichen der Verwaltung, in denen unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten Gerichtsentscheidungen erforderlich sind, tätigen Unabhängigen Verwaltungsenate bzw Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag im Sinne von Art 133 Z 4 B-VG sogar über Art 6 EMRK hinausgehende Unabhängigkeitsgarantien zu erfüllen vermögen. Auch wurde deutlich gemacht, dass möglicherweise die neu eingerichteten Verwaltungsgerichte erster Instanz hier keine valide Abhilfe bieten können.

Angesichts des vorliegenden Urteils des EuGH vom 16. Oktober 2012 wurden diese Befürchtungen im Zusammenhang mit dem ab 1. Jänner 2014 in Kraft tretenden neuen Verwaltungsrechtsschutz zum Teil von durchaus prominenter Seite verstärkt. Zu denken ist dabei etwa an die lebhaften Diskussionsbeiträge auf dem *Holoubek/Lang-*

12 §§ 35 ff Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000, BGBl I 165/1999 in der zum Zeitpunkt der begründeten Stellungnahme der Europäischen Kommission maßgeblichen Fassung.

13 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl 1995 L 281/31.

14 § 28 Abs 1 Richtlinie 95/46/EG lautet: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß eine oder mehrere öffentliche Stellen beauftragt werden, die Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen. Diese Stellen nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr“.

15 Zum Vorverfahren und zum Vorbringen der Europäischen Kommission siehe EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 16 ff und 25 ff.

16 Vgl EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 28 ff.

Symposium an der WU (Wirtschaftsuniversität Wien) im November des Jahres 2012.¹⁷ Worum geht es?

Der EuGH hat in seinem Urteil zur Unabhängigkeit der Datenschutzkommission im Hinblick auf das Kriterium der „völligen Unabhängigkeit“ in Art 28 Abs 1 UAbs 2 der Datenschutz-Richtlinie festgehalten, dass dieses Kriterium „autonom, und damit unabhängig von Art 267 AEUV, ausgehend vom Wortlaut dieser Bestimmung der Richtlinie 95/46 sowie von deren Zielen und der Systematik auszulegen ist“¹⁸. Diese Aussage ist insoweit bemerkenswert, als damit jedenfalls klar gestellt wird, dass ganz allgemein vom Unionsgesetzgeber auf sekundärrechtlicher Ebene in bestimmten Bereichen der Verwaltung Unabhängigkeitserfordernisse festgelegt werden können, die von den mit dem Begriff des Gerichtes¹⁹ im Sinne von Art 267 AEUV verbundenen Garantien abweichen und über diese hinausgehen.

In der (konkreten) Sache selbst hat der EuGH zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „völlige Unabhängigkeit“ festgehalten, dass nicht nur Weisungsfreiheit erforderlich ist: Unter Verweis auf sein Urteil vom 9. März 2010 in der Rechtssache *Kommission/Deutschland* hebt der Gerichtshof zunächst hervor, „dass der Ausdruck ‚in völliger Unabhängigkeit‘ in Art 28 Abs 1 UAbs 2 der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen ist, dass die für den Schutz personenbezogener Daten zuständigen Kontrollstellen mit einer Unabhängigkeit ausgestattet sein müssen, die es ihnen ermöglicht, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme wahrzunehmen“, und „dass diese Kontrollstellen jeder äußeren Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, entzogen sein müssen, die ihre Entscheidungen steuern könnte“²⁰. „Dass die [Datenschutzkommission] insofern funktionell unabhängig ist, als ihre Mitglieder gemäß § 37 Abs 1 DSG 2000, in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden‘ sind, ist zwar eine notwendige Voraussetzung dafür, dass diese Stelle das Kriterium der Unabhängigkeit im Sinne von Art 28 Abs 1 UAbs 2 der Richtlinie 95/46 erfüllen kann. Doch reicht eine solche funktionelle Unabhängigkeit entgegen dem Vorbringen der Republik Österreich für sich allein nicht

17 *Holoubek/Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013).

18 EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 40; der EuGH verweist auf EuGH (GK) 9.3.2010, Rs C-518/07 (*Kommission/DE*) Slg 2010 I-01885, Rz 17 und 29.

19 Zum Begriff des Gerichtes im Sinne von Art 267 AEUV siehe zB *Schwarze*, Art 267 AEUV, in: derselbe (Hg) *EU-Kommentar*³ (2012) Rz 26 ff mwN; und *Ehricke*, Art 267 AEUV, in: *Streinz* (Hg) *EUV/AEUV*² (2012) Rz 28 ff mwN.

20 EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 41 mit Verweis auf EuGH Rs C-518/07, *Kommission/DE* (FN 18) Rz 19, 25, 30 und 50.

aus, um diese Kontrollstelle vor jeder äußeren Einflussnahme zu bewahren“. Die gemäß Art 28 Abs 1 UAbs 2 der Datenschutz-Richtlinie erforderliche Unabhängigkeit solle nämlich nicht nur die unmittelbare Einflussnahme in Form von Weisungen ausschließen, sondern auch „jede Form der mittelbaren Einflussnahme, die zur Steuerung der Entscheidungen der Kontrollstelle geeignet wäre“. Die verschiedenen Elemente der österreichischen Regelung stünden aber der Annahme entgegen, dass die Datenschutzkommission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben jedem mittelbaren Einfluss entzogen ist, so der EuGH.²¹ Sowohl das bestehende Dienstverhältnis des geschäftsführenden Mitgliedes der Datenschutzkommission zum Bundeskanzleramt berühre die Unabhängigkeit der Datenschutzkommission, als auch der Umstand, dass das Bundeskanzleramt die notwendige Sach- und Personalausstattung für die Geschäftsstelle der Datenschutzkommission bereitstelle. Dabei hat der Gerichtshof insbesondere die durch den Bundeskanzler ausgeübte Dienstaufsicht als nicht mit dem Unabhängigkeitsanforderung vereinbar angesehen. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil das Bundeskanzleramt selbst der Kontrolle der Datenschutzkommission unterliegt und damit die Datenschutzkommission selbst nicht „über jeden Verdacht der Parteilichkeit erhaben“ ist.²² Ebenso beeinträchtigt das Unterrichtsrecht des Bundeskanzlers²³ das Unabhängigkeitskriterium, weil dieses sehr weit gefasst ist, sich auf alle Gegenstände der Geschäftsführung der Datenschutzkommission bezieht und vor allem auch deshalb, weil es unbedingt ist.²⁴

Angesichts der Erwägungen des EuGH in seinem Urteil vom 16. Oktober 2012 in der Rechtssache *Kommission/Österreich* betreffend die Sach- und Personalausstattung, Informationspflichten und dienstrechtliche Ingerenzen durch oberste Verwaltungsorgane wurde Potenzial gesehen, das auch für die Organisation der nunmehr eingeführten Verwaltungsgerichte erster Instanz schlagend werden könnte.

Solche Schlussfolgerungen sind meines Erachtens aus dem Urteil vom 16. Oktober 2012 in der Rechtssache *Kommission/Österreich* nicht abzuleiten; die dadurch entstandene Unruhe ist auf ein unzutreffendes Verständnis des Urteils zurückzuführen. Gleichzeitig ist aber hervorzuheben, dass das Urteil in seinen Aussagen auch – wie bereits angemerkt – die sekundärrechtliche Festlegung von Unabhängigkeits-

21 EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 41 ff.

22 EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 50 f und 57 ff.

23 Art 20 Abs 2 B-VG und § 38 Abs 2 DSG 2000.

24 EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 62 f.

kriterien durch den Unionsgesetzgeber für zulässig erachtet, die über den Begriff des Gerichtes im Sinne des Art 267 AEUV hinausgehen. Mit Ausnahme von Art 28 Datenschutz-Richtlinie sind allerdings solche sekundärrechtlichen Bestimmungen derzeit nicht ersichtlich. Im gegebenen Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass, auch wenn der Gerichtshof darauf nicht Bezug genommen hat, sowohl Art 16 Abs 2 AEUV als auch Art 8 Abs 3 GRC auf primärrechtlicher Ebene ausdrücklich garantieren, dass die Einhaltung des Grundrechtes auf Datenschutz „von unabhängigen Behörden“ bzw „von einer unabhängigen Stelle“ überwacht werden soll.

Was nun das Urteil des Gerichtshofes und die damit erfolgte Auslegung des Art 28 Datenschutz-Richtlinie angeht, sind die Befürchtungen, die nicht nur im Hinblick auf die Unabhängigen Verwaltungsenate und die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag im Sinne von Art 144 Z 3 B-VG, sondern auch im Hinblick auf die neu eingerichteten Verwaltungsgerichte erster Instanz geäußert wurden, deshalb nicht zu teilen, weil dieses Urteil des Gerichtshofes eben nicht Gerichte im Sinne des Art 267 AEUV im Auge hat, die Rechtsstreitigkeiten von Bürgern, in denen diese ihre Ansprüche geltend machen, entscheiden. Der Gerichtshof hat das auch eindeutig klargestellt, indem er ausführt, dass „der Ausdruck ‚in völliger Unabhängigkeit‘ in Art 28 Abs 1 UAbs 2 der Richtlinie 95/46 autonom, und damit *unabhängig von Art 267 AEUV*, ausgehend vom Wortlaut dieser Bestimmung der Richtlinie 95/46 sowie von deren Zielen und Systematik auszulegen ist“²⁵. Dies ergibt sich bereits aus dem Urteil des EuGH vom 9. März 2010 in der Rechtssache *Kommission/Deutschland*, worauf im Urteil selbst auch verwiesen wird. In diesem Urteil hat der EuGH für Recht erkannt, dass zur Beurteilung der Tragweite des Unabhängigkeitserfordernisses des Art 28 Abs 1 UAbs 2 Datenschutz-Richtlinie „deren Wortlaut sowie die Ziele und die Systematik“²⁶ heranzuziehen seien; „ausgehend vom Wortlaut von Art 28 Abs 1 UAbs 2 der Richtlinie 95/46 sowie von den Zielen und der Systematik dieser Richtlinie [sei] eine klare Auslegung der genannten Bestimmung möglich“²⁷.

Dies erscheint meines Erachtens im Zusammenhang mit der in den letzten Monaten geführten Diskussion wichtig, um insbesondere die Bedenken zu zerstreuen, dass die Datenschutz-Richtlinie nunmehr ein neues allgemeines organisatorisches Problem bescheren würde, das

25 EuGH Rs C-614/10, *Kommission/AT* (FN 11) Rz 40.

26 EuGH Rs C-518/07, *Kommission/DE* (FN 18) Rz 17.

27 EuGH Rs C-518/07, *Kommission/DE* (FN 18) Rz 29.

die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung als solche betrifft. Vor allem würden solche organisatorischen Probleme auch an der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht spurlos vorübergehen, worauf aber im gegebenen Rahmen nicht näher einzugehen ist.

Meines Erachtens handelt es sich hierbei um ein sektorspezifisches bzw nur vor diesem sektorspezifischen Hintergrund entstandenes Phänomen. Zur Beleuchtung desselben bedarf es eines kurzen Abstechers in das Datenschutzrecht. Mit dem DSG 2000, das die Datenschutzkommission einrichtet, soll(te) die Datenschutz-Richtlinie umgesetzt werden.²⁸ Diese sieht zwei verschiedene Formen der Rechtsdurchsetzung vor.

Zum einen erfordert Art 28 Datenschutz-Richtlinie die Einrichtung einer (oder mehrerer) sogenannter Kontrollstellen zur Überwachung des gesamten Datenschutzrechtes, das heißt der nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie. Für diese Kontrollstellen verlangt Art 28 Abs 1 UAbs 2 die „volle Unabhängigkeit“. Art 28 Abs 3 UAbs 1 schreibt bestimmte Befugnisse vor, das sind Untersuchungsbefugnisse und Einwirkungsbefugnisse, die jeweils nur beispielhaft angeführt sind, sowie ein Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis bei Verstößen gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie. Gemäß Art 28 Abs 3 UAbs 2 muss gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle der Rechtsweg offen stehen. Bei den Kontrollstellen, die Art 28 Datenschutz-Richtlinie im Auge hat, handelt es sich daher gerade *nicht* um Einrichtungen, die Rechtsstreitigkeiten von Rechtsunterworfenen zu entscheiden haben. Vielmehr sind diese Kontrollstellen *ihrerseits* mit Rechten auszustatten, solche Rechtsstreitigkeiten vor Gerichten zu führen.

Zum anderen verlangt Art 22 Datenschutz-Richtlinie, dass „unbeschadet des verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens, das vor Beschreiten des Rechtsweges nach Art 28 eingeleitet werden kann“, jede Person bei Verletzung ihrer Rechte bei Gericht einen Rechtsbehelf einlegen kann. Art 22 garantiert somit einen gerichtlichen Rechtsschutz bei der Verletzung subjektiver Rechte.

Art 28 Datenschutz-Richtlinie wurde in Österreich durch § 30 DSG 2000 umgesetzt, Art 22 durch § 31 DSG 2000.²⁹ Die Datenschutzkom-

28 Siehe den Allgemeinen Teil der EB zur RV 1613 BlgNR 20. GP.

29 Vgl die Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung. Diese machen das sehr deutlich. Auch der Wortlaut des § 30 ist zumindest teilweise jenem des Art 28 Datenschutz-Richtlinie nachgebildet. Siehe EB zur RV 1613 BlgNR 20. GP, 48 f.

mission ist somit zum einen die Kontrollstelle im Sinne von Art 28 Datenschutz-Richtlinie und zum anderen Gericht im Sinne von Art 22 der Richtlinie. Diese Doppelfunktionalität ist meines Erachtens die Ursache vielfältiger Missverständnisse, die im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens weder vor der Erhebung der Klage durch die Europäische Kommission noch danach während des gerichtlichen Verfahrens aufgeklärt bzw insoweit klargestellt wurden, als sie deutlich gemacht hätten, dass die Europäische Kommission nicht auch die „völlige Unabhängigkeit“ für die Datenschutzkommission in ihrer Funktion als Gericht und nicht bloß als Kontrollstelle verlangt.

In ihrer „Kontrollstellenfunktion“ kommen der Datenschutzkommission die umfangreichen – über das AVG hinaus gehenden – Untersuchungsbefugnisse des § 30 Abs 2 bis 4 DSG 2000 zu, die Einwirkungsbefugnisse regelt § 30 Abs 2a, 6 und 6a DSG 2000. Die Befugnisse nach § 30 DSG 2000 sind entsprechend der weiten Formulierung des Art 28 Datenschutz-Richtlinie von der Verletzung subjektiver Rechte unabhängig.³⁰ „Beschwerende Entscheidungen“, gegen die nach Art 28 Abs 3 UAbs 2 Datenschutz-Richtlinie der Rechtsweg offen stehen muss, sind im Verfahren nach § 30 DSG 2000 nur zu einem kleinen Teil möglich (Abs 2a in Verbindung mit §§ 22 f, Abs 6a DSG 2000) und sprechen niemals über die Durchsetzung subjektiver Datenschutzrechte ab. Es handelt sich vielmehr um datenschutzpolizeiliche Maßnahmen, wie die Herstellung des dem Registerstand entsprechenden Zustandes oder die Gefahrenabwehr.

In ihrer „Gerichtsfunktion“³¹ führt die Datenschutzkommission hingegen ein Verfahren nach dem AVG durch, in dem die behauptete Verletzung subjektiver Datenschutzrechte – des Rechtes auf Auskunft, Geheimhaltung, Löschung oder Richtigstellung – Gegenstand ist. Darüber ist mit Bescheid abzusprechen, der mit einer Beschwerde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts – weitere Gerichtsinstanzen im Sinne des Art 22 Datenschutz-Richtlinie – bekämpft werden kann.³² Diese Gerichtsfunktion ist aber von Art 28 Datenschutz-Richtlinie nicht erfasst und deshalb auch das Tatbestandsmerkmal der „völligen Unabhängigkeit“ auf diese nicht anwendbar.

30 Vgl die Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung, siehe RV 1613 BlgNR 20. GP, 49.

31 Die Erläuternden Bemerkungen sprechen von einer „quasi-richterliche[n] Entscheidungsfunktion in der Rolle als Behörde gemäß Art 133 Z 4 B-VG“. Siehe EB zur RV 1613 BlgNR 20. GP, 49.

32 Vgl § 40 Abs 2 DSG 2000.

Die Doppelfunktion der Datenschutzkommission ist ein österreichisches Spezifikum. Sie ist zum einen Kontrollstelle im Sinne des Art 28 Datenschutz-Richtlinie und zum anderen Gericht im Sinne des Art 22 der Richtlinie, was im europäischen Vergleich ungewöhnlich ist. Die überwiegende Zahl der europäischen Datenschutzbehörden kann keine verbindlichen Entscheidungen treffen, die mit Bescheiden nach § 31 DSG 2000 vergleichbar wären. Dies ist Gerichten vorbehalten. Die Datenschutzbehörden sind vielfach als sogenannte *compliance*-Stellen eingerichtet. Sie versuchen, ohne rechtsförmliches Verfahren einen rechtmäßigen Zustand herzustellen.³³

Es sind daher auf der Grundlage des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Kommission/Österreich* diese beiden Ebenen auseinanderzuhalten. Soweit die Datenschutzkommission als Kontrollstelle tätig wird, genügen – so der EuGH – die sie einrichtenden rechtlichen Rahmenbedingungen im DSG 2000 dem Art 28 Datenschutz-Richtlinie nicht. Soweit die Datenschutzkommission hingegen als Gericht in dem Sinne tätig wird, dass sie rechtsverbindliche Entscheidungen für Rechtsunterworfenen trifft, gelten nach Art 22 Datenschutz-Richtlinie in Verbindung mit Art 267 AEUV (und, soweit relevant, Art 6 EMRK) die Determinanten für Gerichte (Tribunale), die sowohl von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag im Sinne von Art 133 Z 4 B-VG (und den Unabhängigen Verwaltungssenaten) als auch von den neuen Verwaltungsgerichten erfüllt werden. Abschließend ist noch einmal zur Klarstellung zu betonen, dass ein anderes Maß an Unabhängigkeit im Sinne von Art 28 der Datenschutz-Richtlinie angesichts der spezifischen Kontrollfunktion, die damit sichergestellt werden soll, Sinn macht und mit dem Unabhängigkeitskriterium für Gerichte, die andere Aufgaben zu bewältigen haben, nicht vermengt werden darf. In ihrer „Kontrollstellenfunktion“ wird die Datenschutzkommission im Rahmen der Aufsicht über Staatsorgane und Private tätig. Die Datenschutzkommission hat Überprüfungen vor Ort von Amts wegen oder auf der Grundlage einer Anzeige durchzuführen, Feststellungen zu treffen und allenfalls Beschwerde dagegen zu erheben. Art 28 Abs 4 UAbs 1 letzter Satz Datenschutz-Richtlinie zeigt dies auch deutlich. Dieser lautet nämlich wie folgt: „Die betroffene Person ist darüber zu informieren, wie mit der Eingabe verfahren wurde“. Damit wird der Gegensatz zur förmlichen gerichtlichen Entscheidung sichtbar. Das Urteil des EuGH bezieht sich daher nicht auf rechtsförmliche, das heißt gerichtliche Tätigkeiten der Datenschutzkommission im Sinne von

33 Vgl auch § 30 Abs 6 DSG 2000.

Art 22 Datenschutz-Richtlinie. Insofern ist aus dem Urteil für Gerichte nichts zu gewinnen; deren Tätigkeit ist alleine an Art 267 AEUV zu messen.

Meines Erachtens ist es wichtig, in der Diskussion um die unterschiedlichen Unabhängigkeitsbegriffe herauszuarbeiten, dass mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kommission/Österreich* für die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz keinerlei weitere Konsequenzen verbunden sind. Es sollte aber auch aufgezeigt werden, dass derartige sektorspezifische Entwicklungen auf unionsrechtlicher Ebene denkbar sind, zumal der EuGH in diesem Urteil deutlich gemacht hat, dass sekundärrechtliche Sonderbestimmungen über die Unabhängigkeit möglich sind.

IV. Verfahrensrechtliche Aspekte

Der Begriff des Gerichtes bzw Tribunals im Sinne von Art 6 EMRK setzt auch die volle Kognitionsbefugnis eines Gerichtes bzw zumindest einer gerichtlichen Instanz voraus. Dies gilt auf der Grundlage der bereits aufgezeigten Zusammenhänge auch für den unionsrechtlichen Gerichtsbegriff in Art 267 AEUV und nach Art 47 Abs 2 GRC. Im Zusammenhang mit der Kognitionsbefugnis eines Gerichtes wurden und werden immer wieder unterschiedliche verfahrensrechtliche Aspekte diskutiert. In den Blick genommen werden sollen nun zum einen die mündliche Verhandlung und zum anderen verwaltungsrechtliche Regelungen, die Neuerungsverbote bzw Parteibeschränkungen enthalten und im Hinblick auf die Kognitionsbefugnis und damit auf die durch die EMRK bzw das Unionsrecht gewährleisteten Garantien einer gerichtlichen Entscheidung zumindest in einer gerichtlichen Instanz bedenklich sein können.

A) Art 6 EMRK und Art 47 Abs 2 GRC

Gemäß Art 6 Abs 1 Satz 1 EMRK hat „jedermann [...] 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“.

Der im Anwendungsbereich des Unionsrechts³⁴ maßgebliche Art 47 Abs 2 GRC, überschrieben mit „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht“, lautet: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch ein durch Gesetz errichtetes Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen“. Soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, haben sie nach Art 52 Abs 3 Satz 1 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Satz 1 steht aber einem weitergehenden Schutz durch Unionsrecht nicht entgegen (Satz 2).

Gemäß den Erläuterungen zur Charta, die Art 6 Abs 1 UAbs 3 EUV und Art 52 Abs 7 GRC zufolge von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten bei der Auslegung „gebührend zu berücksichtigen“ sind, – hier die Erläuterungen zu Art 47 Abs 2 GRC – „entspricht [Art 47] Absatz 2 [GRC] Artikel 6 Absatz 1 [EMRK]“.³⁵ Den Erläuterungen zufolge gilt „im Unionsrecht [...] das Recht auf ein Gerichtsverfahren nicht nur für Streitigkeiten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen. Dies ist eine Folge der Tatsache, dass die Union eine Rechtsgemeinschaft ist.“³⁶ Mit Ausnahme des Anwendungsbereichs gelten die Garantien der EMRK jedoch in der Union entsprechend“.

Nach den Erläuterungen zu Art 52 Abs 3 GRC soll mit dem Abs 3 „die notwendige Kohärenz zwischen der Charta und der EMRK geschaffen werden, indem die Regel aufgestellt wird, dass in dieser Charta enthaltene Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechte entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, einschließlich der zugelassenen Einschränkungen besitzen, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden“. Die Bedeutung und die Tragweite der garantierten Rechte werden nicht nur durch den Wortlaut dieser Vertragswerke, sondern auch durch die Rechtsprechung des EGMR und des EuGH bestimmt.³⁷ Mit Art 52 Abs 3 Satz 2 GRC „soll der Union die Möglich-

34 „Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte“; so EuGH Rs C-617/10, *Åkerberg Fransson* (FN 9) Rz 21.

35 So auch EuGH 28.2.2013, Rs C-334/12 RX-II (*Arango Jaramillo*), Rz 42.

36 Hier verweisen die Erläuterungen auf EuGH 23.4.1986, Rs 294/83 (*Les Verts/Parlament*) Slg 1986 01339, Rz 23.

37 Zur Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR siehe zB EuGH Rs C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo* (FN 35) Rz 43.

keit gegeben werden, für einen weitergehenden Schutz zu sorgen. Auf jeden Fall darf der durch die Charta gewährleistete Schutz niemals geringer sein als der durch die EMRK gewährte Schutz“. Den Erläuterungen zu Art 52 Abs 3 GRC ist schließlich – unter Punkt 2: „Artikel, die dieselbe Bedeutung haben wie die entsprechenden Artikel der EMRK, deren Tragweite aber umfassender ist“ – zu entnehmen, dass „der Artikel 47 Absätze 2 und 3 [...] Art 6 Absatz 1 EMRK [entspricht], aber die Beschränkung auf Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen [...] nicht zum Tragen [kommt], wenn es um das Recht der Union und dessen Anwendung geht“.

Art 47 Abs 2 entspricht gemäß Art 52 Abs 3 Satz 1 GRC somit – auch soweit sein Anwendungsbereich über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine strafrechtliche Anklage hinausgeht – Art 6 Abs 1 EMRK (in seiner Auslegung durch den EGMR) im Hinblick auf die durch Art 6 Abs 1 EMRK verbürgten Gewährleistungen; diese bilden das sicherzustellende Mindestschutzniveau. Das Unionsrecht kann aber sowohl im Bereich der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder einer strafrechtlichen Anklage als auch in dem von Art 6 Abs 1 EMRK nicht erfassten Bereich des Anwendungsbereiches des Art 47 Abs 2 GRC ein höheres als das durch Art 6 Abs 1 EMRK (in der Auslegung durch den EGMR) vermittelte Schutzniveau der Charta gewährleisten (so Art 52 Abs 3 Satz 2 GRC).

B) Mündliche Verhandlung

Das Recht auf eine mündliche Verhandlung ist ausdrücklich in Art 6 Abs 1 EMRK und in Art 47 Abs 2 GRC verankert.

Soweit ersichtlich hatte der EuGH noch nicht über die Auslegung von Art 47 Abs 2 GRC im Hinblick auf das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden.

Wie *Grabenwarter/Pabel* bereits zu Art 6 Abs 1 EMRK hervorgehoben haben, verlangt diese Konventionsbestimmung nicht, dass in jeder Instanz ein mündliches Verfahren stattfindet.³⁸ Entscheidet bereits in der ersten Instanz ein Gericht im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK, muss schon das erstinstanzliche Verfahren grundsätzlich Art 6 EMRK

38 Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) § 24 Rz 93 mwN.

entsprechen. Folglich ist das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung in der (nächst)höheren Instanz weniger streng.³⁹ Ist in erster Instanz hingegen eine mündliche Verhandlung unterblieben, so muss nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 Abs 1 EMRK zumindest in dem vor einem Gericht im Sinne von Art 6 Abs 1 EMRK geführten, grundsätzlich konventionskonformen Rechtsmittelverfahren eine mündliche Verhandlung stattfinden. Der erstinstanzliche Mangel heilt aber nur, sofern das im Rechtsmittelverfahren erkennende Gericht über eine umfassende Kognitionsbefugnis verfügt.⁴⁰ Hat in erster Instanz eine mündliche Verhandlung stattgefunden, so hat zumindest dem Grundsatz nach auch im Rechtsmittelverfahren eine mündliche Verhandlung durchgeführt zu werden, wenn das erkennende Gericht über eine umfassende Kognitionsbefugnis verfügt. Erkennt das Gericht im Rechtsmittelverfahren hingegen lediglich über Rechtsfragen, kann eine mündliche Verhandlung unterbleiben, so der EGMR.⁴¹

Verfügt das Rechtsmittelgericht über eine umfassende Kognitionsbefugnis, stellt sich nunmehr die Frage, unter welchen Bedingungen die dem Grundsatz nach durchzuführende mündliche Verhandlung dennoch unterbleiben darf. Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 Abs 1 EMRK besteht eine Ausnahme vom Grundsatz der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, wenn dafür eine besondere Rechtfertigung ins Treffen geführt werden kann.⁴² Dabei ist

39 So beispielsweise EGMR 8.2.2005, 55853/00 (*Miller/SWE*), Rz 30: „The Court further reiterates that, provided a public hearing has been held at first instance, a less strict standard applies to the appellate level, at which the absence of such a hearing may be justified by the special features of the proceedings at issue“.

40 EGMR 26.9.1995, 18160/91 (*Diennert/FRA*), Rz 34; EGMR 22.5.1990, 11034/84 (*Weber/SUI*), Rz 39; und EGMR 23.6.1981, 6878/75 (*Le Compte/BEL*), Rz 60.

41 Beispielsweise EGMR 26.5.1988, 10563/83 (*Ekbatani/SWE*), Rz 31: „[...] provided that there has been a public hearing at first instance, the absence of ‚public hearings‘ before a second or third instance may be justified by the special features of the proceedings at issue. Thus, leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to questions of fact, may comply with the requirements of Article 6, although the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court [...]“. Siehe jüngst EGMR 20.6.2013, 24510/06 (*Abdulgadirov/AZE*), Rz 34 ff.

42 Beispielsweise EGMR 29.10.1991, 12631/87 (*Fejde/SWE*), Rz 34: „[...] special features to justify the refusal to hold a public hearing [...]“; bzw EGMR, *Ekbatani/SWE* (FN 41) Rz 33: „[...] no special features to justify a denial of a public hearing and of the applicant’s right to be heard in person [...]“.

die Gesamtbetrachtung des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Besonderheiten des betreffenden Verfahrens maßgeblich.⁴³

Den Ausschlag für eine solche Rechtfertigung geben zunächst die Bedeutung und die Notwendigkeit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung für die Beweiserhebung und Beweiswürdigung sowie für die Lösung der Rechtsfrage durch das Rechtsmittelgericht.⁴⁴ Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nach der Rechtsprechung des EGMR beispielsweise geboten, wenn die Glaubwürdigkeit von Beteiligten durch deren persönliche Vernehmung zu klären ist oder sonstige Tatsachenfragen, die für die Schuld oder Unschuld des Angeklagten oder Beklagten entscheidend sind, ungeklärt sind.⁴⁵ Ist hingegen beispielsweise ein strittiger Sachverhalt durch entsprechende Beweismittel erwiesen oder können bestimmte Streitfragen in angemessener Weise auf Grund der Aktenlage gelöst werden, wird das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung vom EGMR als konventionskonform angesehen.⁴⁶

Für die Rechtfertigung ist außerdem die Bedeutung des Verfahrensausganges für den Betroffenen maßgeblich. Der EGMR berücksichtigt im Rahmen der Gesamtbetrachtung des konkreten Einzelfalles unter

43 Beispielsweise EGMR 29.10.1991, 11826/85 (*Helmers/SWE*), Rz 39: „Having regard to the entirety of the proceedings before the Swedish courts, to the role of the Court of Appeal and to the nature of the issues submitted to it, the Court reaches the conclusion [...]“; und EGMR, *Ekbatani/SWE* (FN 41) Rz 31: „Having regard to the entirety of the proceedings before the Swedish courts, to the role of the Court of Appeal, and to the nature of the issue submitted to it, the Court reaches the conclusion [...]“.

44 Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 24 Rz 95 f mwN.

45 EGMR, *Helmers/SWE* (FN 43) Rz 37 mit Verweis auf EGMR, *Ekbatani/SWE* (FN 41) Rz 32: „For the Court of Appeal the crucial question therefore concerned the credibility of the two persons involved. Nevertheless, the Court of Appeal decided, without a public hearing, to confirm the District Court's conviction. After an examination of the particular circumstances of that case, the Court found that the question of Mr Ekbatani's guilt or innocence ,could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by the applicant [...] and by the complainant'. Accordingly, the Court considered that ,the Court of Appeal's re-examination of Mr Ekbatani's conviction at first instance ought to have comprised a full rehearing of the applicant and the complainant'“.

46 EGMR 29.10.1991, 11274/84 (*Jan-Åke Andersson/SWE*), Rz 29: „Mr Andersson's appeal thus did not raise any questions of fact or questions of law which could not be adequately resolved on the basis of the case-file. Considering also the minor character of the offence with which he was charged and the prohibition against increasing his sentence on appeal [...], the Court of Appeal could, as a matter of fair trial, properly decide to examine the appeal without Mr Andersson having a right to present his arguments at a public hearing“. Siehe auch EGMR 10.3.2009, 37496/04 (*Igual Coll/ESP*) Rz 36 ff; und EGMR 16.12.2008, 30643/04 (*Bazo Gonzáles/ESP*), Rz 33 ff.

Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Verfahrens „the nature of the issues submitted to it“⁴⁷. Unter Hervorhebung, dass jeder konkrete Einzelfall unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Verfahrens einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen ist, kann meines Erachtens (generalisierend) davon ausgegangen werden, dass an Verfahren über strafrechtliche Anklagen grundsätzlich strengere Maßstäbe anzulegen sind als an Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen. Gleichwohl kann sich bei der Gesamtbetrachtung eines konkreten Einzelfalls unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Verfahrens auch ergeben, dass Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen eine vergleichbare Bedeutung für den von ihrem Ausgang Betroffenen wie Verfahren über eine strafrechtliche Anklage haben.⁴⁸ Aber auch innerhalb des Bereiches der Verfahren über strafrechtliche Anklagen wird zu differenzieren sein. Bagatelldelicten werden in der Rechtsmittelinstanz in der Regel keine mündliche Verhandlung erfordern.⁴⁹

Wie bereits dargelegt, entspricht Art 47 Abs 2 gemäß Art 52 Abs 3 Satz 1 GRC somit – auch soweit sein Anwendungsbereich über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine strafrechtliche Anklage hinausgeht – Art 6 Abs 1 EMRK (in seiner Auslegung durch den EGMR) im Hinblick auf die durch Art 6 Abs 1 EMRK verbürgten Gewährleistungen; diese bilden das sicherzustellende Mindestschutzniveau. Dies gilt auch hinsichtlich der Rechtsprechung des EGMR zum Erfordernis der Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Rechtsmittelverfahren. Zu beachten ist dabei aber, dass das Unionsrecht sowohl im Bereich der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder einer strafrechtlichen Anklage als auch in dem von Art 6 Abs 1 EMRK nicht erfassten Bereich des Anwendungsbereiches des Art 47 Abs 2 GRC – beispielsweise im Asylverfahren, dessen Ausgang von fundamentaler Bedeutung für den Betroffenen sein kann – ein höheres als das durch Art 6 Abs 1 EMRK (in der Auslegung durch den EGMR) vermittelte Schutzniveau der Charta gewährleisten kann (so Art 52 Abs 3 Satz 2 GRC).

47 Beispielsweise EGMR, *Helmers/SWE* (FN 43) Rz 39; und EGMR, *Ekbatani/SWE* (FN 41) Rz 33.

48 Siehe EGMR, *Helmers/SWE* (FN 43) Rz 38: „[...] taking into account the seriousness of what was at stake for the applicant, namely his professional reputation and career, [...]“. Darauf weisen bereits *Grabenwarter/Pabel* hin; siehe *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 24 Rz 96.

49 So bereits *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 24 Rz 96.

Auch für die Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz hat zu gelten, dass auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung des konkreten Einzelfalles unter Bedachtnahme auf die Besonderheiten des betreffenden Verfahrens und der Bedeutung des Verfahrensausganges für den Betroffenen das durch Art 6 Abs 1 EMRK bzw – im Anwendungsbereich des Unionsrechtes – durch Art 47 Abs 2 GRC gewährleistete Schutzniveau im Hinblick auf das Erfordernis der Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch den EGMR bzw den EuGH höher bzw weniger hoch festgelegt (werden) wird. Unter diesen Gesichtspunkten erscheinen innerstaatliche Regelungen, welche den Entfall der mündlichen Verhandlung vorsehen, konventions- und unionsrechtskonform, wenn sie diesen Kriterien entsprechen. Im gegebenen Zusammenhang ist beispielsweise auf § 41 Abs 7 AsylG 2005⁵⁰ oder auch auf §§ 24 und 44 VwGVG⁵¹ zu verweisen.

C) *Neuerungsverbote*

Neuerungsverbote stehen der umfassenden Kognitionsbefugnis eines Gerichtes insoweit entgegen, als dem Gericht nicht der gesamte entscheidungserhebliche Sachverhalt, zu dem insbesondere auch neue Tatsachen und Beweismittel zählen, zur Verfügung gestellt wird bzw dieser nicht in umfassender Weise erörtert werden kann. Insoweit wird die Kognitionsbefugnis des Gerichtes eingeschränkt. Solche Verfahrensbestimmungen stehen spätestens dann in einem Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 1 EMRK bzw – im Anwendungsbereich des Unionsrechtes – Art 47 Abs 2 GRC, wenn sie für das Verfahren vor einem Gericht gelten, das als einziges Gericht dazu berufen ist, die in Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 Abs 2 GRC verankerten Rechte zu garantieren. Solche Einschränkungen sind daher jedenfalls rechtsfertigungsbedürftig.

Um abzustecken und aufzuzeigen, wie die Zulässigkeitsüberlegungen hier ansetzen können, soll § 40 Abs 1 AsylG 2005 als Beispiel herangezogen werden. Im Verfahren vor dem Asylgerichtshof dürfen gemäß § 40 Abs 1 AsylG 2005 in einer Beschwerde gegen eine Entscheidung des Bundesasylamtes neue Tatsachen und Beweismittel nur vorgebracht werden, wenn sich der Sachverhalt, der der Entscheidung zu Grunde gelegt wurde, nach der Entscheidung erster Instanz

50 Asylgesetz 2005 – AsylG 2005, BGBl I 100/2005 idF BGBl I 68/2013.

51 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl I 33/2013 idF BGBl I 122/2013.

maßgeblich geändert hat (1), wenn das Verfahren erster Instanz mangelhaft war (2), wenn diese dem Asylwerber bis zum Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz nicht zugänglich waren (3), oder wenn der Asylwerber nicht in der Lage war, diese vorzubringen (4). Die für das Verwaltungsverfahren normierten Grundsätze der §§ 37, 45 und 46 AVG⁵², das gemäß § 23 Abs 1 AsylGHG⁵³ auf das Verfahren vor dem Asylgerichtshof anzuwenden ist, gelten somit nur eingeschränkt. § 40 Abs 1 AsylG 2005 sieht das Neuerungsverbot als Grundsatz (mit Ausnahmen) vor. Die Kognitionsbefugnis des Asylgerichtshofes ist somit beschränkt.

Das in § 40 Abs 1 AsylG 2005 festgeschriebene Neuerungsverbot steht außerdem in einem gewissen Spannungsverhältnis mit dem grundsätzlichen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Art 47 Abs 2 GRC.⁵⁴ Eine mündliche Verhandlung – und auch der grundrechtlich verbürgte Anspruch darauf – würde regelmäßig ins Leere laufen, wenn in derselben, noch dazu in der einzigen gerichtlichen Instanz (abgesehen von der eingeschränkten Beschwerdemöglichkeit nach Art 144a B-VG), nicht der gesamte entscheidungserhebliche Sachverhalt, zu dem insbesondere auch neue Tatsachen und Beweismittel zählen, in umfassender Weise erörtert werden könnte. Das Neuerungsverbot könnte – faktisch – dazu führen, dass gleichzeitig der Grundsatz der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor einem Gericht in sein Gegenteil verkehrt würde.

Eine genauere Betrachtung des § 40 Abs 1 AsylG 2005 unter diesem Gesichtspunkt zeigt, dass dieser ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis im Vergleich zu den Bestimmungen betreffend die Durchführung einer mündlichen Verhandlung bzw deren Unterbleiben festlegt. Muss grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden und darf sie nur unter bestimmten Umständen unterbleiben, ist § 40 Abs 1 AsylG 2005 im Hinblick auf das Neuerungsverbot in einer Weise konzipiert, dass dieses die Regel ist und neue Tatsachen und Beweismittel nur ausnahmsweise vorgebracht werden dürfen.

Wenngleich im Verfahren vor dem Bundesasylamt jedes Vorbringen vom Asylwerber erstattet werden kann, so gilt im Verfahren vor dem Asylgerichtshof gemäß § 40 Abs 1 AsylG 2005 das grundsätzliche

52 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG, BGBl I/1991 idF BGBl I 33/2013.

53 Asylgerichtshofsgesetz – AsylGHG, BGBl I 4/2008 (aufgehoben durch BGBl I 33/2013).

54 Der Anwendungsbereich des Unionsrechtes ist zweifelsfrei eröffnet; siehe zB EuGH 28.7.2011, Rs C-69/10 (*Samba Diouf*) Slg 2011 I-07151, Rz 48 f.

Neuerungsverbot mit der Konsequenz, dass der Asylgerichtshof im Hinblick auf das Tatsachen- und Beweisvorbringen grundsätzlich eine nur nachprüfende Kontrolle ausübt. Neue Tatsachen- und Beweismittelvorbringen sind, von den Ausnahmefällen abgesehen, als unzulässig zurückzuweisen. Die durch das grundsätzliche Neuerungsverbot beschränkte Kognitionsbefugnis des Asylgerichtshofes stellt einen Eingriff in Art 47 Abs 2 GRC dar. Dies auch deshalb, weil das Bundesasylamt selbst nicht als Gericht im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK (und des Art 47 Abs 2 GRC) zu qualifizieren ist, sondern als eine der Bundesministerin für Inneres unterstellte Verwaltungsbehörde. Ob dieser Eingriff gemäß Art 52 Abs 1 GRC den Wesensgehalt⁵⁵ des Art 47 Abs 2 achtet und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht und somit gerechtfertigt werden kann, ist zu hinterfragen.

Gerechtfertigt werden kann jedenfalls ein ausnahmsweise festgelegtes, unter Kautelen greifendes Neuerungsverbot, sofern diese die umfassende Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens nicht zu beeinträchtigen vermögen. Hier bieten sich Parallelen im Hinblick zur Problematik der Regelungen über die mündliche Verhandlung an. Eine verfahrensrechtliche Sonderbestimmung wie § 40 Abs 1 AsylG 2005, die ein Neuerungsverbot vorsieht, das nur ausnahmsweise durchbrochen werden kann, scheint jedenfalls im Hinblick auf die volle Kognitionsbefugnis eine umfassende Entscheidungskompetenz eines Gerichts im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK bzw – im Anwendungsbereich des Unionsrechtes – des Art 47 Abs 2 GRC weniger gewährleisten zu können und damit auch problematischer im Hinblick auf Art 52 Abs 1 GRC zu sein, wenn es darum geht, den Wesensgehalt des Art 47 Abs 2 zu achten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen. Es bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung, um diesen Determinanten zu

55 Siehe dazu *Kröll*, Art 17a StGG, in: Kneihs/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2013) Rz 77.

entsprechen.⁵⁶ Bei verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen in Materiengesetzen, die für spezifische Verwaltungsangelegenheiten derartige Beschränkungen vorsehen, ist unter diesen Gesichtspunkten Vorsicht geboten.

D) Parteibeschränkungen

Auch der Zugang zu einem Gericht bildet ein wesentliches Element der völker- und unionsrechtlichen Garantien, die in Art 6 Abs 1 EMRK bzw in Art 47 Abs 2 GRC verankert sind.

Den Zugang zu einem Gericht beschränkende Regelungen sind völker- und unionsrechtlich zulässig, sofern sie ein legitimes Ziel verfolgen, den Wesensgehalt des Grundrechtes nicht verletzen und verhältnismäßig sind.⁵⁷ Wie *Grabenwarter/Pabel* bereits hervorgehoben

56 Der Verfassungsgerichtshof hat jüngst unter Bezugnahme auf das Erkenntnis VfSlg 17.340/2004 (560 ff) zum einen in einer sehr restriktiven Interpretation des § 40 Abs 1 AsylG und zum anderen unter Nennung besonderer Rechtfertigungsgründe festgehalten, dass Beschränkungen, die bloß dazu führen, die Parteien zu einer Mitwirkung an der raschen Sachverhaltsermittlung zu verhalten, im Allgemeinen der Effektivität des Rechtsschutzes nicht entgegen stünden. Es liege schließlich in der Hand der Parteien selbst, effektiv am Verfahren mitzuwirken und ihr Vorbringen ehestens umfangreich und rechtzeitig zu erstatten, um Rechtsnachteile zu vermeiden. Voraussetzung sei aber die Gewähr, dass die Partei im Verfahren tatsächlich eine solche Möglichkeit effektiv wahrnehmen kann. Das Asylverfahren weise allerdings bestimmte Besonderheiten (mangelndes Verstehen der deutschen Sprache, Übersetzungsprobleme, physische und psychische Sondersituationen) auf, die keine Gewähr dafür böten, dass ein Asylwerber, der willens sei, an der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, bereits in erster Instanz alles für ihn Sachdienliche vorbringe. In diesen Fällen könne einem Asylwerber eine Weigerung, an der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, nicht subjektiv vorgeworfen werden. § 40 Abs 1 AsylG 2005 enthalte nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes kein grundsätzliches Neuerungsverbot. In einer Beschwerde gegen eine Entscheidung des Bundesasylamtes können – neben den in § 40 Abs 1 Z 1 bis 3 AsylG 2005 enthaltenen Fällen – neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, „wenn der Asylwerber nicht in der Lage war, diese vorzubringen“ (§ 40 Abs 1 Z 4 AsylG 2005). Vom Neuerungsverbot werde damit nur jenes Vorbringen erfasst, das ein Beschwerdeführer bloß zur bewusst intendierten Verfahrensverzögerung erstattet. Eine solche, auf eng abgegrenzte und nur auf Fälle, in denen der Asylwerber bereits in der Lage war, entsprechendes Vorbringen zu erstatten, eingeschränkte Regelung des Neuerungsverbots widerspreche nicht dem Recht auf Zugang zu einem Gericht gemäß Art 47 GRC, weil eine solche Beschränkung ein legitimes Ziel verfolge und als solche auch verhältnismäßig sei. Vgl VfGH 25.9.2013, U 1937/2012.

57 Im Hinblick auf Art 47 Abs 2 GRC siehe Art 52 Abs 1. Zu Art 6 Abs 1 EMRK siehe zB EGMR 21.2.1975, 4451/70 (*Golder/GBR*), Rz 38: „[...] the right of access to the courts is not absolute. As this is a right which the Convention sets forth ... without, in the narrower sense of the term, defining, there is room, apart from the bounds delimiting the which is limited to very content of any right, for limitations permitted by implication. The first sentence of Article 2 of the Protocol (P 1-2) of 20 March 1952, providing that „no person shall be denied the right to education“, raises a comparable problem. In its judgment of 23 July 1968 on the merits of the

haben, können Beschränkungen des Rechts auf Zugang zu einem Gericht Ziele verfolgen, „die sich je nach Art der Beschränkung, je nach Art des Gerichts und je nach der betroffenen Rechtsordnung unterscheiden können“⁵⁸. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung beispielsweise den Schutz vor missbräuchlichen und wiederholten Klagen⁵⁹, die Vermeidung eines Durcheinanders von Rechtsbehelfen einer Vielzahl von Aktionären im Fall einer weitreichenden Verstaatlichungsmaßnahme⁶⁰ oder die Förderung des Handels und der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes⁶¹ als legitime Ziele anerkannt. Beschränkungen des Zugangs zu einem Gericht können damit sowohl zugunsten der Raschheit des Verfahrens als auch zur Schaffung von Rechtssicherheit vorgesehen werden. Fristen, der absolute oder relative Anwaltszwang, Formvorschriften, die Genehmigung der Prozessführung oder das Erfordernis einer Sicherheit für die Kosten des Verfahrens hat der EGMR regelmäßig⁶² als verhältnismäßig angesehen, als unverhältnismäßig hingegen fehlende oder fehlerhafte Rechtsmittelbelehrungen⁶³ oder exorbitant hohe Gebühren für die Erhebung von Klagen⁶⁴.

case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium, the Court ruled that: 'The right to education ... by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals. It goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention' (Series A no 6, p 32, para 5). These considerations are all the more valid in regard to a right which, unlike the right to education, is not mentioned in express terms".

58 So *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 24 Rz 50.

59 EGMR 28.5.1985, 8225/78 (*Ashingdane/GBR*), Rz 58: „[...] the risk of [...] being unfairly harassed by litigation“.

60 EGMR 8.7.1986, 9006/80 (*Lithgow/GBR*), Rz 197: „... the desire to avoid, in the context of a large-scale nationalisation measure, a multiplicity of claims and proceedings brought by individual shareholders“.

61 EGMR 15.10.2009, 32921/03 (*Kohlhofer und Minarik/CZE*), Rz 98: „[...] the effect of preventing delays by abusive challenges to company resolutions, which in turn promotes stability in commercial markets and also contributes to trade and economic development“.

62 Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 24 Rz 51 mwN.

63 EGMR 28426/06 (*Mendel/SWE*), Rz 77 ff: „[...] an obligation to inform the applicant whether the decision could be appealed against and, if so, how to appeal“.

64 EGMR 17.7.2007 (*Mehmet und Suna Yiğit/TUR*), Rz 36 ff: „To initiate these proceedings, under domestic legislation, they were required to pay court fees amounting to TRL 180,000,000. At this point, it should be underlined that, in December 1998, this amount was four times higher than the monthly minimum wage in force at the time“; und EGMR 19.6.2001, 28249/95 (*Kreuz/POL*), Rz 61 ff: „The applicant complained that the requirement that he pay PLZ 100,000,000 for lodging his action had amounted to a total bar on his access to a court“.

Mit der Frage des Ausschlusses bestimmter Parteien von Verfahren hat sich der EGMR – soweit ersichtlich – bisher nicht direkt auseinandergesetzt.⁶⁵ Präklusionsbestimmungen verwehren Parteien den Zugang zu einem Gericht. Solche Regelungen müssen nach der Rechtsprechung des EGMR daher ein legitimes Ziel verfolgen, dürfen den Wesensgehalt des Art 6 Abs 1 EMRK nicht verletzen und haben verhältnismäßig zu sein. Im gegebenen Zusammenhang ist aus innerstaatlicher, verfassungsrechtlicher Perspektive darauf zu verweisen, dass solche Bestimmungen wiederholt vom VfGH unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten geprüft⁶⁶ und im Falle einer unsachlichen Einschränkung von Parteirechten auch aufgehoben⁶⁷ worden sind.

Ebenso wenig hat sich der EuGH direkt mit der Vereinbarkeit von in nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Präklusionsbestimmungen mit Art 47 Abs 2 GRC beschäftigt. Im Zusammenhang mit der Fristgebundenheit von Anträgen – im konkreten Fall auf Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers – hat der EuGH aber bereits in seinem Urteil vom 11. Oktober 2007 in der Rechtssache *Lämmerzahl GmbH*^{68,69} festgehalten, dass „nationale Ausschlussfristen einschließlich der Art und Weise ihrer Anwendung nicht als solche die Ausübung der Rechte, die dem Betroffenen gegebenenfalls nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“ dürfen. Es sei daher zu prüfen, „ob die Anwendung einer Ausschlussregelung [...] als angemessen anzusehen ist oder ob sie die Ausübung der Rechte, die dem Betroffenen nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen, praktisch unmöglich macht oder erschwert“.⁷⁰

65 Zu Verjährungs- und Rechtsmittelfristen siehe *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 24 Rz 51 mwN.

66 VfSlg 10.844/1986 betreffend Parteirechte der Nachbarn im Baubewilligungsverfahren gemäß § 7 Abs 1 Z 1 lit a Sbg BauPolG, Sbg LGBl 117/1993 idGF.

67 VfSlg 15.581/1999 betreffend Parteirechte der Nachbarn im Baubewilligungsverfahren gemäß § 25 Abs 2 letzter Satz TBO 1998, Tir LGBl 15/1998 idGF.

68 EuGH 11.10.2007, Rs C-241/06 (*Lämmerzahl GmbH*) Slg 2007 I-08415, Rz 52 f. Siehe dazu *Potacs*, Das Verwaltungsverfahren aus der Sicht des Europäischen Gemeinschaftsrechts, ZUV 2003, 87 (91).

69 Das Vorabentscheidungsverfahren betrifft die Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl 1989 L 395/33, idF der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl 1992 L 209/1.

70 Siehe auch EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*) Slg 2003 I-01877, Rz 55; und EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (*Universale-Bau AG ua*) Slg 2002 I-11617, Rz 73.

Eine Unzulässigkeit von Präklusionsregelungen kann sich aber nicht nur aus einem dem Sekundärrecht zuzuordnenden Rechtsakt ergeben, wie beispielsweise der Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Rechtssache *Lämmerzahl GmbH*, sondern eben auch aus Art 47 Abs 2 GRC, sofern diese nicht den in Art 52 Abs 1 GRC festgelegten Voraussetzungen entsprechen. Präklusionsregelungen sind dann mit Art 47 Abs 2 GRC nicht vereinbar, wenn den Betroffenen die Geltendmachung von Rechten aus dem Unionsrecht „praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert“ wird.

In den verschiedenen Materiengesetzen, aber auch im AVG findet sich eine Reihe von Präklusionsbestimmungen, die unter diesen Gesichtspunkten näher zu betrachten sind. Als Beispiel sollen nur die Präklusionsbestimmungen im UVP-G 2000⁷¹ im Hinblick auf die zu beteiligende Öffentlichkeit herangezogen werden.

In Umweltverfahren hat nach den Vorgaben der UVP-Richtlinie 85/337/EWG⁷² das Recht auf Zugang zu einem Gericht unabhängig davon zu bestehen, welche Rolle der betroffenen Öffentlichkeit im Verfahren über die Genehmigung zugekommen ist. Damit werden allgemeine Schranken für die Begrenzung der Öffentlichkeitsbeteiligung gezogen. Der EuGH hat nämlich in seinem Urteil vom 15. Oktober 2009 in der Rechtssache *Djurgården-Lilla*⁷³ für Recht erkannt, dass die Art 1 Abs 2 und Art 10a der UVP-Richtlinie dahingehend auszulegen sind, dass „es den Mitgliedern der betroffenen Öffentlichkeit im Sinne von Art 1 Abs 2 und Art 10a der Richtlinie 85/337 möglich sein muss, die von einer der nationalen Gerichtsbarkeit eines Mitgliedstaats zugehörigen Stelle erlassene Entscheidung über den Antrag auf Genehmigung eines Projekts anzufechten, gleichviel, welche Rolle sie in dem Verfahren über den Genehmigungsantrag vor dieser Stelle durch ihre Beteiligung an und ihre Äußerung in diesem Verfahren spielen konnte“. Die UVP-Richtlinie sehe zwar vor, dass die Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit, die ein ausreichendes Interesse an der

71 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 – UVP-G 2000, BGBl 697/1993 idGF.

72 Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl 1985 L 175/40, in der durch die Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl 2003 L 156/17, geänderten Fassung.

73 EuGH 15.10.2009, Rs C-263/08 (*Djurgården-Lilla*) Slg 2009 I-09967, Rz 39 und 48.

Anfechtung eines Vorgangs haben oder deren Rechte durch einen Vorgang verletzt sein könnten, die Möglichkeit haben müssen, die Entscheidung anzufechten, mit der dieser Vorgang genehmigt wird. Die UVP-Richtlinie lasse es jedoch keineswegs zu, „die Anfechtungsmöglichkeit mit der Begründung zu beschränken, dass die Betroffenen sich bereits in der Phase der Beteiligung am Entscheidungsverfahren nach Art 6 Abs 4 äußern konnte“.

Allein die durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Djurgården-Lilla* in der Literatur ausgelöste Kontroverse zeigt, dass sich für den Materien- und/oder Verfahrensgesetzgeber auch hier diffizile Abwägungsfragen stellen, die nicht immer leicht zu beantworten sind. Aus dem Urteil in der Rechtssache *Djurgården-Lilla* werden in der Literatur durchaus unterschiedliche Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Präklusionsregelungen im AVG und im UVP-G 2000 gezogen. So wird aus dem Urteil des EuGH abgeleitet, dass die Präklusionsregelungen in §§ 42 und 44b AVG⁷⁴ und in § 19 Abs 10 UVP-G 2000 nicht den Vorgaben und Zielen der UVP-Richtlinie entsprechen und diese somit nicht korrekt umgesetzt ist, weil durch diese Präklusionsbestimmungen das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht unabhängig davon gewährleistet wird, welche Rolle der betroffenen Öffentlichkeit im Verfahren über die Genehmigung zugekommen ist.⁷⁵ Die vom EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Djurgården-Lilla* vertretene Position stehe „in offensichtlichem Widerspruch zur österr[eichischen] Regelung, die Zugang zu einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren nur dann gewährt, wenn die Beteiligten durch aktive Teilnahme am Verfahren – also durch Erhebung von Einwendungen – ihre Parteistellung gewahrt haben“; die innerstaatlichen Präklusionsvorschriften seien mit der Rechtsprechung des EuGH zur UVP-Richtlinie daher nicht vereinbar und „insofern unionsrechtswidrig, als sie dem Zugang zu einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren im Sinne des Art 10a UVP-[Richtlinie] entgegenstehen“. Art 10a UVP-Richtlinie sei folglich unmittelbar anwendbar.⁷⁶ Dieser von Mayer und Weber vertretenen Ansicht steht die Auffassung von Berger entgegen, der diese auf dasselbe Urteil des EuGH stützt.⁷⁷ Berger zufolge sind die Präklusionsregeln der §§ 42 und 44b AVG sowie des § 19

74 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl 51/1991 idgF.

75 Siehe Mayer/Weber, Sind die verwaltungsrechtlichen Präklusionsvorschriften im UVP-Verfahren unionsrechtskonform?, RdU 2011, 171 (175 f).

76 So Mayer/Weber, RdU 2011, 176.

77 Siehe Berger, UVP-Verfahren: Vereinbarkeit von Unionsrecht und Präklusion, RDU-U&T 2012, 38.

Abs 10 UVP-G 2000 gerechtfertigt, weil sie eine effektive Geltendmachung des Überprüfungsrechtes nach der UVP-Richtlinie nicht unangemessen erschweren.⁷⁸ Darüber hinaus hat *Berger* auch versucht, deutlich zu machen, dass Präklusionsfristen als nationale Verfahrensregelungen nicht vom Rechtssatz des EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Djurgården-Lilla* erfasst sind, wonach das Überprüfungsrecht nach der UVP-Richtlinie unabhängig von der Rolle zustehe, welche der Rechtsmittelwerber im Verfahren über die Genehmigung spielen konnte; das Urteil in der Rechtssache *Djurgården-Lilla* sei „somit nicht einschlägig für die Diskussion um die Zulässigkeit von nationalen Präklusivvorschriften“⁷⁹. Zu verweisen ist im gegebenen Zusammenhang auch auf den Bescheid des Umweltsenates vom 16. Juli 2010 in der Rechtssache *Wien Simmering BWK 4*,⁸⁰ in dem der Umweltsenat unter Verweis auf seine bisherigen Entscheidungen ausgesprochen hat, dass „§ 44b AVG zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (zB Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten in der derzeit geltenden Fassung) nicht entgegen [steht]“ und „ein Fall des Anwendungsvorranges gemeinschaftsrechtlicher Normen nicht vor[liege]“. Der Umweltsenat gelangte schließlich zum Ergebnis, dass „eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der österreichischen Präklusionsregelung [...] daher – auch vor dem Hintergrund des von der Berufungswerberin zitierten Urteils [des EuGH vom 14. Dezember 1995⁸¹ in der Rechtssache] *Peterbroeck* – nicht erkannt werden“ könne.

V. Abschließende Bemerkungen

Die nationalen Materien- und Verfahrensgesetzgeber sind bei der Gestaltung der einzelnen Verwaltungsmaterien in vielfältiger Weise völker- und unionsrechtlichen Bindungen ausgesetzt, deren Determinanten sich meist nur sehr vage und oft auch mehrdeutig aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 Abs 1 EMRK und/oder des EuGH zu Art 47 Abs 2 GRC ergeben. Dies macht ihnen ihre Aufgabe nicht einfacher. Jedenfalls wird angesichts der in diesem Beitrag aufgezeigten

78 So *Berger*, RDU-U&T 2012, 42 und 44.

79 So *Berger*, RDU-U&T 2012, 42.

80 Umweltsenat 16.7.2010, US 3B/2010/3-17.

81 EuGH 14.12.1995, Rs C-312/93 (*Peterbroeck*) Slg 1995 I-04599, Rz 21.

Konstellationen umso deutlicher, dass kaum mehr eine innerstaatliche Regelung im Bereich des Verwaltungsrechtsschutzes, die in organisatorischer oder verfahrensrechtlicher Hinsicht getroffen werden muss, ohne spezifische völker- oder unionsrechtliche Überlegungen auskommt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtsschutzes ohne gebührende Beachtung der europäischen Dimension nicht mehr agiert werden kann. Mag das Projekt der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit innerstaatlich auch nunmehr soweit „auf Schiene“ sein, als sich nach einem langwierigen Entstehungsprozess der Eindruck der letztgültigen Klärung der unions- und völkerrechtlichen Umsetzungsvorgaben einzustellen scheint, ist im Großprojekt „Öffentlich-rechtliches Rechtsschutzsystem in europäischer Dimension“ das letzte Wort noch lange nicht gesprochen. Ein großer und zweifellos überaus wichtiger Schritt wurde mit der Einrichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz getan. Gerade aber aus unions- und völkerrechtlicher Perspektive scheint mir in Angelegenheiten des Verwaltungsrechtsschutzes freilich nichtsdestotrotz die Devise zu lauten: Der Weg ist das Ziel.

Grundsatzfragen zur Organisation eines Verwaltungsgerichts

I. Einleitung

Mit der Herausbildung des modernen demokratischen Verfassungsstaates wie selbstverständlich verbunden ist die Unterscheidung und institutionelle Trennung von Verfahren der **Gesetzgebung** und der (richterlichen) **Gesetzesanwendung**.¹ Ersterer kommt typischerweise die Rechtssetzung durch allgemeine Gesetze zu, letzterer die Rechtssetzung im konkreten Einzelfall. Dies findet auf verfassungsrechtlicher Ebene seinen besonderen Niederschlag: Als Kern des dem B-VG zugrundeliegenden **rechtsstaatlichen Prinzips**² regelt das Prinzip der Gesetzesbindung der Vollziehung – das **Legalitätsprinzip** – die Relation zwischen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Sinne einer strikten Bindung³. Diese „elementare Bedingung des Rechtsstaates“ gilt für Gerichtsbarkeit und Verwaltung gleichermaßen.⁴ Die *ratio* dieser Grundsätze liegt vor allem darin, die Rechtsanwendung für Bürgerinnen und Bürger vorsehbar sowie berechenbar zu machen und Willkür hintanzuhalten.⁵ Damit soll einem bedeutsamen Aspekt der Gerechtigkeit Genüge getan werden.⁶ Um diese Bindung effektiv zu gewährleisten sind – als weiteres Element des rechtsstaatlichen Prinzips – **Rechtsschutzeinrichtungen** erforderlich. Sowohl die Kontrolle

-
- 1 Vgl etwa *Luhmann, Rechtssoziologie*⁴ (2008) 234 ff. Der vorliegende Beitrag gibt lediglich die Auffassung des Verfassers wieder; die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten und um einige Fußnoten ergänzt.
 - 2 Als Element der verfassungsrechtlichen Grundordnung genießt dieses Prinzip einen besonderen Bestandsschutz; eine etwaige Änderung gilt als „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ im Sinne des Art 44 Abs 3 B-VG und kann nur auf dem dort normierten Weg vorgenommen werden; vgl dazu etwa *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*⁹ (2012) Rz 62 ff, Rz 73 f, Rz 579 ff, Rz 645.
 - 3 Das erfordert, dass gesetzliche Regelungen hinreichend bestimmt gestaltet werden, vgl dazu etwa *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht* Rz 583 ff.
 - 4 *Berka, Verfassungsrecht*⁴ (2012) Rz 492 ff.
 - 5 Vgl etwa *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht* Rz 580 ff.
 - 6 Vgl *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*⁷ (2013) Rz 343 ff, insb Rz 391 f. Zur Verwurzelung der Menschenrechte und der Hintanhaltung von Willkür in Gewalterfahrungen vgl – aus philosophischer Sicht – etwa *Joas, Die Sakralität der Person* (2011) insb 12 ff, 23 ff, 108 ff, *Sandkühler, Menschenrechte*, in: derselbe (Hg), *Enzyklopädie Philosophie*, Band 1 (1999) 818, 820.

der Verwaltung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und die die Verfassungsbindung der Gesetzgebung effektuierende Verfassungsgerichtsbarkeit als auch das Bestehen ordentlicher Gerichte sind Elemente des rechtsstaatlichen Prinzips.⁷ Auch die Bestimmungen über die zur Kontrolle der Verwaltung berufenen Verwaltungstribunale (insbesondere die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern) und betreffend den Asylgerichtshof werden als prinzipienwesentliche Gestaltung des österreichischen Rechtsschutzstaates gesehen.⁸

Aus der Perspektive der Organisation wurde bisher vor allem der Frage Beachtung geschenkt, wie **Verwaltungskontrolle im Verhältnis zur Verwaltung organisiert** werden soll.⁹ An einem Ende der Skala der gegenüber der Verwaltung unabhängigen Einrichtungen liegt das Modell des französischen Staatsrats, der verwaltungsintern die Kontrolle der Verwaltung mit der Beratung verbindet.¹⁰ Am anderen steht eine Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die ordentliche Gerichtsbarkeit, die dies neben ihren Kernkompetenzen an der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit mitbesorgt. Dazwischen liegt die ebenfalls außerhalb der Verwaltung eingerichtete, aber auf Verwaltungsgeschäfte spezialisierte Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese kann ein- bzw mehrstufig konstruiert sein. Zwischen dem Staatsratsmodell und der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen ferner die Verwaltungstribunale, die gleichsam in einem Übergangsbereich in der Verwaltung angesiedelt, aber mit einer gewissen organisatorischen Selbstständigkeit ausgestattet sind.¹¹

Der Hintergrund für diese Typenvielfalt liegt wohl in der Suche nach dem **optimalen Kontrollmodell**, das der Verwaltung mit ihren spezifischen Aufgaben die größtmögliche Eigenständigkeit belässt und

7 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 74, Rz 81 ff, Berka, Verfassungsrecht Rz 179, Rz 194 ff.

8 Vgl insbesondere Berka, Verfassungsrecht Rz 179, Rz 194, der unter anderem darauf hinweist, dass es im österreichischen Rechtsstaat mit seinem auf Geschlossenheit angelegten System des gerichtlichen Rechtsschutzes keine „gerichtsfreien“ – das heißt gerichtlich nicht überprüfbaren – Hoheitsakte geben darf.

9 Diese Frage steht offensichtlich auch im Mittelpunkt der Überlegungen zum rechtsstaatlichen Prinzip und der daran orientierten legislativen Entwicklung, vgl etwa Berka, Verfassungsrecht Rz 914 ff.

10 Aus historischer Sicht (insbesondere zur Entwicklung im 19. Jahrhundert) Olechowski, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) insb 21 ff, 59 ff. Für eine Übersicht immer noch informativ ist die im Rahmen der *Association of European Administrative Judges* erstellte Studie „The Independence and Efficiency of Administrative Justice“ aus dem Jahr 2007 (eingesehen unter <aeaj.org>).

11 Vgl dazu die Zuständigkeiten der Vollversammlung nach § 5 des Bundesgesetzes über den (vom Asylgerichtshof abgelösten) unabhängigen Bundesasylsenat, BGBl 77/1997 (aufgehoben mit BGBl I 4/2008).

dennoch eine effektive rechtliche Kontrolle sicherstellt.¹² Diese Suche äußert sich nicht nur in der Modellierung differenzierter Kontrollmaßstäbe und -verfahren, sondern in der Wahl des Organisationsmodells.

Demgegenüber scheint das hier zu behandelnde Thema im Zugschnitt viel bescheidener. Zum einen ist mit „Verwaltungsgericht“ der Typ eines im Wesentlichen von der Verwaltungsorganisation ausdifferenzierten Modells vorgegeben. Die in der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹³ vorgesehene Konstruktion der neuen Verwaltungsgerichte entspricht den Anforderungen an ein Tribunal im Sinne des Art 6 EMRK und denjenigen an ein Gericht im Sinne des Art 47 der EU-Grundrechte-Charta (GRC) sowie des Art 267 AEUV.¹⁴ Zum anderen soll hier versucht werden, die Problematik aus einer **funktionalen Perspektive** zu analysieren. Fragen der Organisation und Struktur einer Institution folgen bekanntlich ganz maßgeblich den Aufgaben der Institution und den Strategien zur Bewältigung dieser Aufgaben. In einem ersten Schritt geht es daher um die Frage, welche Funktionen Verwaltungsgerichte grundsätzlich erfüllen müssen, um ihren Bestand als Gerichte erfolgreich sicherzustellen. Als funktional wird hier das betrachtet, was diesbezüglich für die Verwaltungsgerichte förderlich oder gar notwendig ist.¹⁵ Daran anschließend werden einige Organisationsfragen näher in den Blick genommen, der Beitrag schließt mit einigen strukturellen Aspekten.

II. Funktionsprofile eines Verwaltungsgerichts

Zentral für die Funktion eines Verwaltungsgerichts als Institution ist sicherlich, dass es die zur Entscheidung zufallenden verwaltungsrechtlichen Streitfälle rechtsrichtig und innerhalb vertretbarer Zeiträume

12 Das war gerade für den VwGH bedeutsam, vgl. *Jablonek*, Art 129 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2009) Rz 1.

13 Vgl. BGBl I 51/2012.

14 Vgl. etwa *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 129 B-VG Rz 5.

15 Dieses weite Verständnis von Funktionalität findet sich jüngst auch bei *Celikates/Gosepath*, Politische Philosophie (2013) 96.

entscheidet.¹⁶ Voraussetzung dafür ist, dass es eigenständig über das nötige Personal und die erforderlichen Sachmittel verfügt¹⁷.

Damit gelangt man zuerst zu einer Reihe von funktionalen Voraussetzungen, um die zentrale Aufgabe zu leisten, nämlich die **Finanzierung** des Gerichts. Ohne hier auf Details einzugehen ist ein Gericht im österreichischen Verfassungsgefüge jedenfalls fremdfinanziert – aus den Mitteln von Abgabepflichtigen, wobei diese Mittel partiell auch aus Entgelten für seine Tätigkeit stammen können. Für eine funktionale Perspektive ergibt sich schon damit, dass Gerichte nicht gleichsam angeborene, sondern **anvertraute** Tätigkeiten ausüben,¹⁸ was eine besondere Sorgfalt und Umsicht bei der Aufgabenbesorgung nahe legt.¹⁹

Für den Kontext des Rechtsstaats, in dem Verwaltungsgerichte fungieren, ist es zum zweiten funktional bedeutsam, dass sie **rechtsrichtige Entscheidungen** treffen. Der primäre Code des Rechtsstaates ist die Unterscheidung zwischen richtig und unrichtig nach dem Maßstab des Rechts.²⁰ Abgeleitet aus der Rechtsordnung – den sogenannten Verfahrensgarantien – ergibt sich die Verpflichtung, einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten, der auch die **Schnelligkeit** der richterlichen Entscheidung hoch veranschlagt.²¹ Es liegt auf der Hand, dass nur juristisch kompetente, verwaltungsfachlich versierte und ausreichend ausgestattete Verwaltungsgerichte in der Lage sein werden, innerhalb angemessener Zeiträume rechtsrichtige

16 Mit „Bestechliche Richter“ setzt Bertolt Brecht dazu einen Kontrapunkt: Jemand sagt zu Herrn Keuner: „Unsere Richter sind bestechlich“. Herr Keuner antwortet: „Leider ist es nicht einmal so. Nicht mit den größten Geldsummen kann man sie bestechen, Recht zu sprechen!“ (Diese Geschichte findet sich zwar nicht in Brecht, Geschichten vom Herrn Keuner [1971], sie wurde aber unter <sammelsurium.beepworld.de/keuner> gefunden.)

17 Organisatorische Nahebeziehungen der Verwaltungsgerichte zu der zu kontrollierenden Verwaltung (etwa im Wege gemeinsamer Einrichtungen wie Geschäftsstellen) mögen aus bloß ökonomischer Perspektive favorabel erscheinen, laufen aber der von Art 6 EMRK und Art 47 GRC verlangten Unabhängigkeit zuwider, vgl etwa Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 402. Problematisch ist auch die Ingerenz von außen auf dem Gericht zur Verfügung stehende Sachmittel wie etwa eine Bibliothek (vgl dazu VfSlg 15.762/2000).

18 In der politischen Philosophie findet sich dieser Gedanke maßgeblich bei John Locke, vgl einführend Celikates/Gosepath, Philosophie 60 ff.

19 Gemessen am Nutzen der durch gerichtliche Entscheidungen geschaffenen Orientierungsstandards werden aus rechtsökonomischer Sicht die aus den rechtsstaatlichen Prozeduren erwachsenden finanziellen Belastungen als vergleichsweise gering eingestuft, vgl Schäfer, Kein Geld für die Justiz – Was ist uns der Rechtsfrieden wert?, DRiZ 1995, 461.

20 Vgl Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993) 165 ff.

21 Vgl etwa Grabenwarter/Pabel, Menschenrechtskonvention 427 ff.

Entscheidungen zu treffen.²² Die Rechtsrichtigkeit ist freilich nicht nur für die Verfahrensparteien von besonderem Interesse, sondern auch für die Verwirklichung der für den Rechtsstaat zentralen Konzeption des Gesetzes, nämlich im Vorhinein das Recht festzulegen, das dann gleichmäßig – das heißt auch gleich in gleichgelagerten Fällen – angewendet wird; für eine gleichmäßige Rechtsanwendung eignen sich aber grundsätzlich nur rechtsrichtige Entscheidungen, rechtsfalsche Entscheidungen erlauben grundsätzlich keine Generalisierung des Entscheidungsinhalts.²³

An dritter Stelle anzusprechen ist das besondere Vertrauen, das aus der Perspektive des Rechtsstaates in Gerichte offensichtlich gesetzt wird. Dies indizieren die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK und des Art 47 GRC, die die Garantie des Rechtsschutzes den Gerichten und nicht anderen Behörden zuweisen, sowie die besonderen Absicherungen der Ausübung des richterlichen Amtes.²⁴ Kern dieses Vertrauens ist die Vorstellung, dass Richterinnen und Richter bei der Entscheidung von Streitfällen (wie dies etwa der EuGH anspricht²⁵) gegenüber den Streitparteien die **Eigenschaft eines Dritten** haben, also **unparteilich** sind.²⁶ Damit soll hintangehalten werden, dass bei der Anwendung von Rechtsvorschriften eine Perspektive eine Rolle spielen könnte, die sich außerhalb des Rechtsstreites bzw der maßgeblichen Rechtsvorschriften konstituiert.²⁷

Da der europäische Standard in Richtung einer schon bloßen Vermeidung des Anscheins einer Unparteilichkeit²⁸ geht, handelt es sich um eine weitreichende funktionale Vorgabe. Die Unparteilichkeit entfaltet sich in drei Richtungen, erstens gegen Einflüsse von außen,

22 Vgl. *Handstanger*, Qualifikation und Bestellung, in: Holoubek/Lang (Hg), *Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2007) 327 (339).

23 Vgl. etwa *Neumann*, Juristische Argumentationslehre (1986) 11, *derselbe*, Theorie der juristischen Argumentation, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hg), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁷ (2004) 335, *Zippelius*, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) insb 52 f, 58 ff, 65 f.

24 Richter sind in Ausübung ihres Amtes unabhängig, unabsetzbar und unversetzbar, vgl. Art 87 und 88, Art 129d Abs 4, Art 134 Abs 6 sowie Art 147 Abs 6 B-VG. Für die Verwaltungsgerichte vgl. Art 134 Abs 7 und Art 135 Abs 3 B-VG idF BGBl I 51/2012.

25 Vgl. etwa EuGH 19.12.2012, Rs C-363/11, *Epitropos tou Elegktikou Synedriou*, Rz 16 ff (insb Rz 20, Rz 25), EuGH 31.1.2013, Rs C-175/11, *H.I.D.*, Rz 95 ff.

26 Von der unabhängigen Gerichtsbarkeit wird erwartet, dass sie „die Einhaltung der Gesetze besser sichert als die Verwaltung“, vgl. *Walter*, Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, RZ 1965, 174 (175); in diesem Sinne auch *Schambeck*, Recht und Politik, RZ 1979, 213 (216).

27 Gedacht werden könnte hier an eine politische Kontrolle oder an sonstige politische bzw ökonomische Orientierungen.

28 Vgl. die in FN 25 zitierte Rechtsprechung; vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention 406 ff.

zweitens gegen Einflüsse aus dem Bereich des Gerichts selbst und drittens – als interner Aspekt – gegen Befangenheiten des richterlichen Organs. Zur Gewährleistung der Unparteilichkeit sind organisatorische Vorkehrungen erforderlich, die dem Gericht selbst eine unabhängige Position ermöglichen.

Bei der Unparteilichkeit geht es nicht nur um Neutralität in Bezug auf einander gegenüberstehende Interessen von Streitparteien, sondern gerade auch darum, den Inhalt von Entscheidungen nicht an – vielleicht bloß vermeintlich – gegebenen Außenerwartungen zu orientieren. Auch die Unabsetzbarkeit dient der Unparteilichkeit, steht sie doch gegen die Befürchtung, wegen des Inhalts einer Entscheidung der richterlichen Funktion verlustig zu gehen. Der äußere Rahmen institutionalisierter Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit soll Richterinnen und Richtern schließlich Raum geben, persönliche Fähigkeiten zu entwickeln, um sachfremden Einflüssen zu widerstehen und sich derartige Widerstände auch ohne unzumutbare Karriereängste leisten zu können.²⁹

Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit bedeuten auch die Gewähr dafür, dass die Gerichte das vom Volk gemäß Art 1 B-VG erzeugte Recht anzuwenden und zu vollziehen haben.³⁰ Aus demokratischer Perspektive erfolgt die Legitimation der Gerichtsbarkeit in erster Linie über den Inhalt der Rechtsprechungstätigkeit, somit über die Gesetzesbindung. Die Zielsetzung der richterlichen Garantien, dass gerichtliche Entscheidungen dem demokratisch erzeugten Gesetzesinhalt unbeeinflusst entsprechen können, verlangt, dass fachlich besonders geschulte berufsmäßige Vollzugsorgane eine besondere Gewähr für Gesetzestreue bieten.³¹

Effektivität³² ist ohne **Effizienz**³³ nicht erzielbar. Neben der erforderlichen Personal- und Sachausstattung werden richterliche **Routinen** zu entwickeln sein, die die Fälle rasch zur richtigen Entscheidung führen lassen. Diese Routinen orientieren sich naturgemäß an den Aufgaben des Gerichts bei der Streitentscheidung und erfassen

29 Phänomene wie Karriereängste können sich zudem auf Umfang und Qualität der Arbeitsbesorgung insgesamt auswirken.

30 Vgl etwa *Oberndorfer*, Art 1 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000) Rz 25, *Rill/Schäffer*, Art 1 B-VG, in: Kneih/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001).

31 Vgl *Rill/Schäffer*, Art 1 B-VG Rz 21 (vgl auch Rz 44 und Rz 54).

32 Effektivität soll hier bedeuten, dass das Ziel einer wirksamen unabhängigen Rechtsprechung erreicht wird.

33 Effizienz erfasst die Optimierung des Einsatzes der zur Verfügung stehenden Mittel, um Effektivität zu erzielen.

gleichermaßen die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens wie die Durchdringung des anzuwendenden rechtlichen Maßstabes. Für die Verwaltungsgerichte als Behörden der zweiten Rechtsschutzebene werden Routinen auch in Relation zu den anderen Ebenen – den Verwaltungsbehörden – sowie den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts – zu entwickeln sein, wobei das Revisionsverfahren beim Verwaltungsgerichtshof – das ist für die Ablauforganisation nicht unbedeutsam – besondere Koordinationsherausforderungen aufweist.³⁴ Diese Routinen sind ein wesentliches Grundmuster für das Fall-Management,³⁵ auch um das Anwachsen und Vertiefen von Rückständen hintanzuhalten.

Hervorzuheben ist schließlich das besondere Erfordernis der **Aus- und Weiterbildung** des Personals der Verwaltungsgerichte, insbesondere der Richterinnen und Richter. Das Nebeneinander mehrerer Rechtsordnungen, ihre jeweilige Mehrschichtigkeit³⁶ und damit fast unvermeidlich verbundene Qualitätsmängel auf legislativer Ebene erfordern profunde Kenntnisse und Fähigkeiten im Umgang mit dem Recht. Vertiefte Sachkompetenzen in den verschiedenen Verwaltungsbereichen sind für rechtsrichtige und sachgerechte Entscheidungen ebenfalls erforderlich.³⁷ Ohne diese Kompetenzen können Verwaltungsgerichte ihren Aufgaben funktional nicht gerecht werden.³⁸

III. Organisationsfragen

Auf der Basis dieses Funktionsprofils können nun einige Organisationsfragen näher betrachtet werden. Effektivität und Effizienz weisen deutlich in die Richtung, Verwaltungsgerichte nach dem **Prinzip der Fachgerichtsbarkeit** zu organisieren. Dies erlaubt die Akkumulation von Sachwissen und Rechtsanwendungswissen bei einzelnen Richtern

34 Vgl in diesem Sinne etwa den Kommentar zu § 25a VwGG idF BGBl I 551/2012 bei *Eder/Martschin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte (2013) 201 ff.

35 „Fall-Management“ soll hier insbesondere ansprechen, dass es den Gerichten möglich sein soll, die Schritte für die Vorgangsweise zur Entscheidung eines Falls sachlich und zeitlich zu planen.

36 Die Verwaltungsgerichte wenden nicht nur die österreichische (Verfassungs-) Rechtsordnung an, es ist ihnen nach dem Recht der EU auch aufgetragen, gemeinsam mit dem EuGH die volle Anwendung des Unionsrechts und den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsen, vgl Gutachten 1/09 des EuGH vom 8.3.2011, Slg 2011, I-1137, Rz 65 ff, insb Rz 69.

37 Angesichts einer fortgeschrittenen Spezialisierung der berufsmäßigen Parteienvertretung ist die Aus- und Weiterbildung eine nicht zu unterschätzende Aufgabe.

38 Es griffe daher zu kurz, die Aufgabenbesorgung lediglich nach dem Aspekt der kürzestmöglichen Entscheidungsdauer zu beurteilen.

rinnen und Richtern, die sich über längere Zeiträume mit konkreten Verwaltungsfachbereichen beschäftigen.^{39,40}

Wenn auch Richterinnen und Richter angesichts der zentralen Bedeutung ihrer Entscheidungen als Produkte der Verwaltungsgerichte organisatorisch eine Schlüsselposition einnehmen, kommt es doch maßgeblich auch darauf an, die **Produktionskomplexe** für die Entscheidungserstellung organisatorisch näher zu modellieren. Hier sind sicherlich mehrere funktional äquivalente Lösungen denkbar, etwa die Zusammenfassung der Produktionskomponenten in einer **Abteilung** unter richterlicher Leitung, oder die Organisation von Diensten, wie für Schreib- oder Recherchetätigkeiten, in der Form von Linien, die dann von richterlichen Organen herangezogen werden können, oder auch eine Mischung dieser Konzepte. Maßgeblich ist allerdings, dass für diese Dienste so ausreichend vorgesorgt wird, dass sie die **zentrale Funktion**, nämlich die **Entscheidungsproduktion**, unterstützen, und nicht umgekehrt der Produktionsrhythmus (letztlich) durch zu gering

39 Der VwGH ist seit langem in diese Richtung organisiert, auch die Organisation des OGH weist fachgerichtliche Züge auf.

40 Der Begriff der Fachgerichtsbarkeit folgt in diesem Zusammenhang im Übrigen dem besagten internen Aufgabenzuweisungskonzept, nicht aber einem Begriffsverständnis, mit dem die Funktionen eines Verfassungsgerichtshofes von denen anderer Höchstgerichte (den „Fachgerichten“) unterschieden werden. Letzteres übersieht, dass auch Verfassungsgerichte – mit ihrer auf die Verfassung konzentrierten Prüfperspektive – ein Fach vertreten, und nimmt weiters nicht darauf Bedacht, dass die Wirksamkeit und damit die Anwendung eines größeren Teils des Unionsrechts nicht vor der mitgliedstaatlichen Verfassung Halt macht. Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, kann die Geltung des Unionsrechts in einem Mitgliedstaat nicht durch Vorschriften des nationalen Rechts, auch wenn diese Verfassungsrang haben, beeinträchtigt werden (vgl etwa EuGH 26.2.2013, Rs C-399/11, *Melloni*, Rz 59 mwH), soll nicht die Rechtsgrundlage der Union selbst in Frage gestellt werden (EuGH 17.12.1970, Rs 11/70, Slg 1970, 1125, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rz 3). Zudem ist nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht als Organ eines Mitgliedstaats verpflichtet, in Anwendung des in Art 4 Abs 3 AEUV niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit das unmittelbar geltende Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen verleiht, zu schützen, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig ob sie früher oder später als das Unionsrecht ergangen ist, aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt (vgl etwa das Urteil in der Rs *Winner Wetten*, Rz 55, ferner EuGH 24.6.2011, Rs C-476/10, Slg 2011, I-5615, *projektart*, Rz 48, Urteil ANAFE, Rz 73). Insbesondere angesichts der damit von jedem Gericht verlangten Zuständigkeit zur Verwerfung nationalen (Verfassungs-)Rechts erscheint es aus der Perspektive einer nützlichen Begriffsbildung zweifelhaft, einem eine „Fachgerichtsbarkeit“ dem Verfassungsgericht gegenüberstellenden Begriffsverständnis zu folgen.

ausgestattete Dienste oder durch eine nicht sachgerechte Gerichtsorganisation bestimmt wird.⁴¹

Neben der Unterstützung zur Entscheidungsfindung durch Recherchen und sonstige **juristische Assistenz** durch einem richterlichen Organ direkt zugeordnete Juristinnen und Juristen sind die Stellen zu nennen, bei denen **Wissensbestände** bei den Gerichten grundsätzlich in Organisationseinheiten konzentriert werden, nämlich für wissenschaftliche Literatur die Bibliothek und für gerichtliche Entscheidungen ein Evidenzbüro, das nicht nur die eigene Judikatur evident hält, sondern auch die sonst maßgebliche Judikatur für das Gericht aufbereitet.⁴² Auch für Verwaltungsgerichte scheinen diese Einrichtungen zweckmäßig, zumal sie es erleichtern, den Verfahrensparteien auf Augenhöhe zu begegnen.⁴³ Von selbst versteht sich, dass für das Einlangen, den Ausgang sowie den innergerichtlichen Lauf von Geschäftsstücken organisatorisch vorgekehrt werden muss. Werden dafür oder für andere Bereiche IT-Lösungen verwendet, sollte das Gericht seinen Bereich durch eigene Organe betreuen können.

Überhaupt braucht ein Verwaltungsgericht als Indiz für seine Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit seiner richterlichen Organe **Distanz zur Verwaltung** und ihrer **Organisation**. Das bedeutet unter anderem, dass die Verwaltung des Gerichts von richterlichen Organen besorgt bzw. geleitet wird. Bisherige Erfahrungen in der österreichischen Gerichtsbarkeit zeigen, dass die Unterstützung einer Präsidentin oder eines Präsidenten eines Verwaltungsgerichts durch weitere Richterinnen und Richter – als Präsidialrichter – zweckmäßig ist.⁴⁴

Gerade angesichts der spezifischen Aufgaben von Verwaltungsgerichten könnte auch im Bereich der Eigenverwaltung eines Verwaltungsgerichts durch richterliche Einzelorgane⁴⁵ eine mögliche Einflussnahme von außen – insbesondere aus dem Bereich der Verwaltung – die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts tangieren.

41 Die sachgerechte Organisation eines Gerichtes lässt sich wohl nicht einmal für alle Zukunft festlegen. Vielmehr ist auch die Optimierung der Gerichtsorganisation eine Aufgabe, die insbesondere durch neue Aufgabenstellungen immer wieder neue Herausforderungen findet. Auch für die Gerichtsorganisation gilt der Grundsatz der permanenten Reformwürdigkeit.

42 Vgl dazu etwa § 17 VwGG und Art 6 GO-VwGH, BGBl 45/1965.

43 Besondere Bedeutung haben die von einem Evidenzbüro erstellten Rechtssätze für die gerichtlichen Entscheidungen; diese können im Übrigen auch im Rechtsinformationssystem des Bundes RIS veröffentlicht werden und juristische Tätigkeiten generell unterstützen.

44 Vgl Art 1 GO-VwGH.

45 Sofern diese Organe nicht weisungsfrei gestellt sind (vgl die sich aus Art 87 Abs 2 B-VG ergebende Weisungsbindung).

Streng vorbehalten sind den richterlichen Organen die Entscheidungen über die **Verteilung der richterlichen Geschäfte** sowie im Rahmen der **Dienst- und Disziplinargerichtsbarkeit**. Da sich solche Entscheidungen unmittelbar auf die richterliche Kompetenz zur Streitentscheidung in Einzelfällen auswirken können, werden sie nicht von richterlichen Einzelorganen, sondern gremial getroffen.⁴⁶

Ist nicht ohnehin die Vollversammlung der Richterinnen und Richter eines Gerichts oder ein Obergericht zuständig, fällt die Entscheidung zumindest einem Richtergremium zu, in dem die von der Richterschaft des Gerichts gewählten Mitglieder die Mehrheit vertreten. Für die Beachtung dieses Standards auch im Bereich der Verwaltungsgerichte spricht der funktionale Zusammenhang solcher Entscheidungen mit der richterlichen Streitentscheidungskompetenz. Eine umgekehrte Mehrheit oder auch nur ein Dirimierungsrecht in richterlichen Gremien führt letztlich zu Zweifeln an der Unparteilichkeit im Fall der einzelnen Entscheidung⁴⁷ und kann über die Vorgabe der Verfahrensgarantien bei der Entscheidungskontrolle releviert werden.

Die Verteilung der Fälle auf die Richterinnen und Richter sollte dem Grundsatz der möglichst **gleichmäßigen Auslastung** folgen. Dies ergibt sich schon aus der Gleichrangigkeit der Richterinnen und Richter bei der Fallentscheidung. Werden dazu Fallklassifikationen oder ähnliches getroffen, stehen diese im unmittelbaren Zusammenhang mit der Geschäftsverteilung und fallen damit in den Bereich, für den die Richter gremial verantwortlich sind.

Die Mitwirkung an der Bestellung neuer richterlicher Organe durch richterliche Gremien ist ebenfalls ein besonderer Hinweis für die Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit der Mitglieder eines Gerichts.⁴⁸ Dabei darf nicht übersehen werden, dass das Personalmanagement für das richterliche Personal funktionsbezogen Besonderheiten aufweist.⁴⁹ So lässt sich angefallene Arbeit nicht so einfach von einem richterlichen Organ zum anderen transferieren wie im administrativen Kontext.

46 Vgl §§ 7 und 10 VwGG.

47 Eine solche Zusammensetzung indiziert einen gegen eine authentische richterliche Selbstbindung gerichteten Anschein.

48 Vgl § 10 Abs 2 Z 1 VwGG.

49 Diese Besonderheiten können sachgerecht am ehesten durch die Richterinnen und Richter selbst beurteilt werden.

Zur **Ablauforganisation** bezüglich der Entscheidung eines Streitfalles muss erwähnt werden, dass die Fragen, mit welchem Inhalt, in welcher Verfahrensgestaltung und zu welchem Zeitpunkt ein Fall erledigt wird, Teil der Gerichtsbarkeit selbst, nicht aber der Verwaltung eines Verwaltungsgerichts sind. Insofern ist – wie schon erwähnt – die Organisation eines Verwaltungsgerichtes darauf auszurichten. Eine funktional äquivalente Lösung außerhalb dieses Rahmens ist nicht zu erkennen. Das bedeutet nicht, dass richterliche Organe keiner Kontrolle unterlägen, allerdings ist diese Kontrolle der Gerichtsbarkeit selbst – namentlich bei der Überprüfung richterlicher Entscheidungen im Rechtsmittelzug – vorbehalten.

Auch **mittelbare Einflussmöglichkeiten**, etwa durch richterliche Berichtspflichten, insbesondere betreffend konkrete Fälle, nach außen bzw richterliche Justizverwaltungsorgane, über die mittelbar Einfluss genommen werden könnte, sind geeignet, die funktionelle Unabhängigkeit zu beeinträchtigen, die die Unparteilichkeit gewährleisten soll. Insofern muss aus funktionaler Perspektive schon jeder Anschein vermieden werden. Dies gilt etwa auch für die Heranziehung von Sachverständigen⁵⁰ oder die Vornahme von Ortsaugenscheinen einschließlich der damit entstehenden Kosten im Rahmen der Gestaltung konkreter gerichtlicher Verfahren. Die richterliche Eigenverwaltung ist im Übrigen ebenso wenig wie die richterlichen Garantien ein Privileg richterlicher Organe, diese dienen vielmehr insgesamt der Institutionalisierung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zugunsten der Parteien und ihrer Anliegen und bilden so einen Eckpfeiler für eine wirksame und sichtbare Gewährleistung des Rechtsstaates.⁵¹

IV. Schlussbemerkung

1. Die Überlegungen aus funktioneller Perspektive zeigen, dass für die Organisation eines Verwaltungsgerichts hierarchische Strukturen wohl eine geringere Rolle spielen als die richterliche Kooperation in gremialen Strukturen bzw einem entscheidenden Senat oder die Streitentscheidung eines einzelrichterlichen Organes. Zur Sicherung

50 Siehe dazu auch den Beitrag von *Pürgy* in diesem Band.

51 Die richterliche Eigenverwaltung bedeutet auch eine Belastung, der sich Richterinnen und Richter im Interesse der Sicherung rechtsstaatlicher Garantien freilich stellen müssen.

der Unparteilichkeit folgt die Organisation mehr Überlegungen einer **Balance** zwischen den Elementen der gerichtlichen Struktur.⁵²

2. Zum zweiten soll nicht übersehen werden, dass Eingriffe von außen in die Eigenverwaltung von Gerichten weniger dazu beitragen werden, die **Effizienz** des Gerichts zu verbessern, sondern vielmehr letztlich eine Beeinträchtigung richterlicher Unabhängigkeit zur Folge haben. Sie tangieren damit die Effektivität des Rechtsstaates. Die Sicherstellung der effizienten Geschäftsbesorgung liegt in erster Linie bei der **Eigenverwaltung** der Gerichte, wobei Anleitung im Wege der Rechtskontrolle durch gerichtliche Rechtsschutzebenen erfolgt.

3. Verwaltungsgerichte – so wie andere Gerichte auch – erscheinen in ihrer Position insofern **fragil**, als einer von politischer Seite öffentlich vorgenommenen Entscheidungskritik in aller Regel nicht in der gleichen Weise begegnet werden kann, in der andere Staatsfunktionen auf analoge Kritik reagieren, zumal eine solche Reaktion grundsätzlich den Eindruck von gerichtlicher Befangenheit vermitteln kann. Außerdem nehmen Verwaltungsgerichte im Rahmen ihrer richterlichen Tätigkeit nicht an politischen Entscheidungsprozessen teil. Diese Fragilität kann insbesondere für Fragen der richterlichen Eigenverantwortung bedeutsam sein.

4. Zum vierten sollte – auch aus Anlass von Organisationsfragen – nicht vergessen werden, dass die Einrichtung von Verwaltungsgerichten die **Verwaltung** in ihrer Dimension als **Rechtsfunktion** nicht beeinträchtigt. Vielmehr setzt eine die Verwaltung kontrollierende Verwaltungsgerichtsbarkeit voraus, dass bereits die Verwaltung ihre Entscheidungen rechtlich fundiert (das heißt gesetzesgebunden) in rechtsstaatlich geordneten Verfahren trifft.⁵³

5. Schließlich noch ein Wort zur **funktionalen Perspektive**: Ihr wurde hier auch deshalb gefolgt, weil die bloße Orientierung an konkreten grundrechtlichen Vorgaben dazu einladen kann, aus welchen Erwägungen auch immer (oft werden es bloße Praktikabilitätsüberlegungen sein) Lösungen zu präferieren, die damit gerade noch vereinbar sein könnten. Damit begibt man sich aber in die peripheren Bereiche der Grundrechte. Phänomene der Peripherie werden inadäquat ins Zentrum rechtspolitischer Überlegungen gestellt. Eine qualitativ bedeutsame Abweichung von funktionalen Anforderungen kann

52 Die Gerichtsstruktur manifestiert sich für ein richterliches Mitglied damit eher als Netzwerk als als hierarchisch organisierte Pyramide oder Phalanx.

53 Insofern ändern Verwaltungsgerichte nichts an der österreichischen Tradition der Rechtsstaatlichkeit.

aber so bedeutsam erscheinen, dass sie die Stellung eines Verwaltungsgerichts als Gericht erschüttert. Das impliziert einen Vertrauensverlust, der dann in aller Regel nicht ohne Auswirkung auf den Rechtsstaat bleibt.⁵⁴

54 Etwas vereinfacht mit anderen Worten: Dort wo „Gericht“ draufsteht, soll auch „Gericht“ drin sein.

Das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte*

I. Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

Nach Art 136 Abs 1 B-VG¹ wird die Organisation der Verwaltungsgerichte der Länder durch Landesgesetz geregelt. Damit wird den Ländern die Organisationskompetenz hinsichtlich ihrer Landesverwaltungsgerichte eingeräumt.

Jedes Land ist daher gehalten, innerhalb des dafür bundesverfassungsgesetzlich vorgegebenen Rahmens² bis zum Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 die Organisation und das Dienstrecht für das jeweilige Landesverwaltungsgericht einschließlich der Überführung der Mitglieder des jeweiligen Unabhängigen Verwaltungssenates in das Landesverwaltungsgericht³ landesgesetzlich zu regeln. Die erforderlichen Landesgesetze müssen dabei so rechtzeitig erlassen werden, dass auf ihrer Grundlage die Erstbesetzung und die Konstituierung der neun Landesverwaltungsgerichte so rechtzeitig erfolgen kann, dass diese ihre Arbeit am 1. Jänner 2014 aufnehmen können.⁴

* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasser wieder. Die Rechtsentwicklung auf Landesebene wurde bis Ende Juli 2013 berücksichtigt.

1 IdF der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51/2012. Zitate auf das B-VG beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf diese ab dem 1.1.2014 geltende Rechtslage.

2 Allgemein dazu etwa *Pürgy*, Die Landesverwaltungsgerichte erster Instanz: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 49 (62 ff), und *Ranacher*, Organisation und Dienstrecht: Anforderungen und Spielräume für die Gesetzgeber, ibidem 163.

3 Vgl Art 151 Abs 51 B-VG, insbesondere dessen Z 5. Diese personellen Überleitungsfragen bleiben in der Folge ausgeklammert, näher dazu etwa *Mayr*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz: Rechtsfragen des Übergangs, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 267 (269 ff, insb 274 f), oder *Soder*, Auswirkungen der Reform auf die Verwaltung, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Justizstaat: Chance oder Risiko – Verwaltungsgerichtsbarkeit neu (in Druck).

4 Näher zu den in diesem Zusammenhang erforderlichen externen und internen organisatorischen Maßnahmen *Fischer*, Die Einrichtung von Verwaltungsgerichten 1. Instanz, JRP 2012, 170 (insb 173 ff).

Diesem bundesverfassungsgesetzlichen Regelungsauftrag sind zwischenzeitlich⁵ alle Länder nachgekommen, indem überall Landesverwaltungsgerichtsgesetze erlassen wurden.⁶ Die Erstbesetzung der Landesverwaltungsgerichte (Ernennung des Präsidenten und des Vizepräsidenten sowie der sonstigen Mitglieder einschließlich Übernahme der Mitglieder der Unabhängigen Verwaltungssenate) sowie zum Teil auch deren Konstituierung wird in fünf Ländern ergänzend in eigenen, zeitlich vor dem eigentlichen Organisationsgesetz erlassenen Landesgesetzen geregelt;⁷ in den übrigen Ländern erfolgt auch dies im Rahmen des jeweiligen Landesverwaltungsgerichtsgesetzes.⁸ In den meisten Ländern wurde die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes darüber hinaus auch landesverfassungsgesetzlich verankert.⁹

Dieser landes(verfassungs)gesetzliche Rechtsbestand konstituiert nunmehr – aufbauend auf die diesbezüglichen Vorgaben des B-VG, auf die sogleich noch näher einzugehen sein wird – das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte, das bis zum 1. Jänner 2014 noch um die von den in der Konstituierungsphase zu erlassenden Geschäftsordnungen und Geschäftsverteilungen der einzelnen Landesverwaltungsgerichte ergänzt werden wird.¹⁰ Inhaltlich umfasst dieses Organisationsrecht in allen Ländern im Wesentlichen die folgenden Regelungsaspekte:

-
- 5 Stand: 31.7.2013. Im Vorfeld der Gesetzeswerdung der einzelnen Landesverwaltungsgerichtsgesetze haben die Länder in einer Länderarbeitsgruppe, die im ersten Halbjahr 2012 mehrfach getagt hat, wesentliche Fragen der Organisationsgesetzgebung gemeinsam beraten.
 - 6 Bereits kundgemacht sind die Landesverwaltungsgerichtsgesetze in Kärnten (LGBl 55/2013), Niederösterreich (LGBl 0015-0), Oberösterreich (LGBl 9/2013), Salzburg (LGBl 16/2013), Tirol (LGBl 148/2012), Steiermark (LGBl 57/2013), Vorarlberg (LGBl 19/2013) und Wien (LGBl 83/2012). Im Burgenland gibt es einen Gesetzesbeschluss vom 27.6.2013. Auf die einzelnen Landesverwaltungsgerichtsgesetze wird im Folgenden – ungeachtet ihres allfälligen authentischen Kurztitels – einheitlich mit der Abkürzung „LVwGG“, jeweils mit vorangestelltem Landeskürzel, Bezug genommen.
 - 7 Bgld Landesverwaltungsgerichts-Übergangsgesetz, LGBl 6/2013; Ktn Landesverwaltungsgerichts-Überleitungsgesetz, LGBl 119/2012; NÖ Landesverwaltungsgerichts-Übergangsgesetz, LGBl 0014-0; OÖ Landesverwaltungsgerichts-Übergangsgesetz, LGBl 61/2012 und Landesverwaltungsgerichts-Vorbereitungsgesetz, LGBl 10/2013; Stmk Landesverwaltungsgerichts-Überleitungsgesetz, LGBl 115/2012.
 - 8 Vgl zB den 3. Abschnitt des Tir LVwGG über die Konstituierung des Landesverwaltungsgerichts.
 - 9 Siehe dazu gleich im Folgenden II.A.
 - 10 Rechtlich handelt es sich dabei aufgrund der Erlassung durch ein richterliches Kollegialorgan nach Art 87 Abs 2 B-VG nicht um Durchführungsverordnungen, sondern um generelle Akte der Gerichtsbarkeit.

- Einrichtung, Zusammensetzung und Sitz des Landesverwaltungsgerichts,
- Ernennung des Präsidenten, des Vizepräsidenten und der sonstigen Mitglieder des Landesverwaltungsgerichts einschließlich Ernennungsvoraussetzungen, Angelobung, Beginn und Enden des Amtes,
- Stellung der Landesverwaltungsrichter, richterliche Unabhängigkeit, Unvereinbarkeiten,
- Ernennung von fachkundigen Laienrichtern einschließlich der erforderlichen Begleitregelungen wie allgemeine Ernennungsvoraussetzungen, unabhängige Stellung, Angelobung, Beginn und Ende des Amtes,
- Einrichtung, Kreation und Aufgaben der Organe des Landesverwaltungsgerichts (Präsident, Vollversammlung, sonstige monokratische und kollegiale Organe) samt erforderlichen Begleitregelungen,
- Ausstattung des Landesverwaltungsgerichts mit dem erforderlichen Personal sowie mit den erforderlichen Geld- und Sachmitteln,
- Geschäftsgang des Landesverwaltungsgerichts, darunter allgemein Regelungen über die Spruchkörper (Einzelrichter, Senate), die Geschäftsordnung, die (feste) Geschäftsverteilung, die Zuweisung der Geschäftsfälle sowie im Besonderen auch über den Geschäftsgang innerhalb der Senate,
- Einrichtung, Organisation und Aufgaben von Geschäftsapparaten des Landesverwaltungsgerichts (insbesondere Geschäfts- und Evidenzstellen),
- (gegebenenfalls) Ernennung und Aufgaben von Rechtspflegern samt erforderlichen Begleitregelungen.

Da es nicht möglich ist, alle diese Aspekte des Organisationsrechts der Landesverwaltungsgerichte im hier vorgegebenen Rahmen zu behandeln, sollen im Folgenden die aus unserer Sicht zentralen Regelungsfelder herausgegriffen werden. Dabei soll in einem ersten Schritt (II) der Fokus auf eine Reihe von wesentlichen verfassungsrechtliche Grundsatzfragen gelegt werden, bevor dann in einem zweiten Schritt (III) die Organisation der Landesverwaltungsgerichte im Überblick dargestellt wird, wobei auch hier wiederum die Perspektive auf zentrale Institute gelegt werden muss und nicht allen organisationsrechtlichen Verästelungen bis ins Detail nachgespürt werden kann. Am Ende des Beitrags soll schließlich versucht werden, ein erstes Fazit über die organisationsgesetzliche Umsetzung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 durch die Länder zu ziehen (IV).

Im Rahmen der folgenden Ausführungen sind immer wieder auch dienstrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.¹¹ Zwar zählt das – schon nach Art 21 B-VG in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende¹² – Dienstrecht der Landesverwaltungsrichter und der sonst dort tätigen nichtrichterlichen Bediensteten streng genommen nicht zum Organisationsrecht, steht aber vor allem auf Grund der Stellung der Landesverwaltungsrichter als „Richter“ im Sinn des B-VG¹³ und den sich daraus ergebenden Anforderungen mit diesem in engem Zusammenhang. Für das Personal der Landesverwaltungsgerichte gelten in allen Ländern die allgemeinen Bestimmungen für Landesbedienstete, wobei hinsichtlich der Landesverwaltungsrichter jeweils die im Interesse der Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit erforderlichen Abweichungen normiert werden.¹⁴ Die zu diesem Zweck notwendigen dienstrechtlichen Sonderbestimmungen wurden dabei durchwegs in die Landesverwaltungsgerichtsgesetze integriert.¹⁵ Einzig Wien hat zu diesem Zweck ein eigenes Dienstrechtsgesetz für seine Landesverwaltungsrichter und die beim dortigen Landesverwaltungsgericht tätigen Landesrechtspfleger erlassen.¹⁶

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Nun aber zunächst zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Organisationsrechts der Landesverwaltungsgerichte und einigen sich daraus ergebenden wichtigen verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen.

11 Siehe insbesondere unten II.C und III.D.

12 Vgl auch die RV 1618 BlgNr 24. GP, 19. Nach Art 21 Abs 1 B-VG obliegt den Ländern (vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen, die hier nicht relevant sind) die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des Dienstrechtes einschließlich des Dienstvertragsrechtes und des Personalvertretungsrechtes der Bediensteten der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände. Zur Kompetenzlage vgl nur Weichselbaum, Dienst- und Personalvertretungsrecht der Länder und Gemeinden, in: Pürgy (Hg), Das Recht der Länder, Band II/1 (2012) Rz 13 ff.

13 Näher dazu gleich unten II.C.1.

14 Im Einzelnen dazu unten III.D.

15 Vgl zB den 2. Abschnitt des Tir LVwGG betreffend das Dienstrecht der Landesverwaltungsrichter.

16 Wr Verwaltungsgericht-Dienstrechtsgesetz, LGBl 84/2012.

A) Regelungen im B-VG und in den Landesverfassungen

1. Vorgaben des B-VG und Ausmaß der bundesverfassungsgesetzlich verlangten Homogenität

Das B-VG normiert in seinen Art 134 bis 136 – wie auch in der folgenden Übersicht deutlich wird – vergleichsweise detaillierte Vorgaben für die Organisation der Verwaltungsgerichte erster Instanz und des Verwaltungsgerichtshofes sowie für die Stellung der Verwaltungsrichter. Spezifisch für die Organisation der Landesverwaltungsgerichte sind hiervon folgende Bestimmungen maßgeblich:

- Zusammensetzung der Verwaltungsgerichte (Art 134 Abs 1 B-VG),
- Ernennung des Präsidenten, des Vizepräsidenten und der sonstigen Mitglieder der Verwaltungsgerichte einschließlich Ernennungsverfahren und Festlegung grundlegender Ernennungsvoraussetzungen (Art 134 Abs 2 B-VG),
- Unvereinbarkeiten mit der Mitgliedschaft zu einem Verwaltungsgericht bzw mit der Funktion des Präsidenten oder Vizepräsidenten eines Verwaltungsgerichts (Art 134 Abs 5 und 6 B-VG),
- Stellung der Verwaltungsrichter als Richter, sinngemäße Anwendung des Art 87 Abs 1 und 2 B-VG (richterliche Unabhängigkeit, kollegiale Justizverwaltung) und des Art 88 Abs 1 und 2 B-VG (Garantien der richterlichen Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit, gesetzliche Bestimmung einer Altersgrenze für die Pensionierung der Verwaltungsrichter) (Art 134 Abs 7 B-VG),
- Grundsatz der Einzelrichterständigkeit, Gesetzgebungskompetenz zur Festlegung von Senatszuständigkeiten und Senatsgröße, Senatsbildung, Mitwirkung fachkundiger Laienrichter (Art 135 Abs 1 B-VG),
- Grundsatz der festen Geschäftsverteilung, Abnahme von Geschäften (Art 135 Abs 2 und 3 B-VG),
- Ermächtigung zum Einsatz von Rechtspflegern für die Besorgung einzelner gesetzlich zu bestimmender und genau zu bezeichnender Arten von Geschäften (Art 135a B-VG),
- Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung der Organisation der Landesverwaltungsgerichte (Art 136 Abs 2 B-VG),
- Geschäftsordnung der Verwaltungsgerichte (Art 136 Abs 5 B-VG).

Für die nähere Ausgestaltung der Organisation und des Dienstrechts der Landesverwaltungsgerichte sind zudem natürlich auch die verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen des Art 6 EMRK und des

Art 47 GRC an ein unabhängiges Tribunal bzw Gericht relevant, auf die hier allerdings nicht näher eingegangen zu werden braucht.

Gegenstand von Diskussionen ist, ob und inwieweit sich dem B-VG – zumindest implizit – spezifische Homogenitätsanforderungen für die gesetzliche Regelung der Stellung der Verwaltungsrichter und der Ausgestaltung ihres Dienstrechts entnehmen lassen, die die Landesgesetzgeber insbesondere verpflichten würden, das Organisationsrecht für die Landesverwaltungsgerichte und das Dienstrecht für die Landesverwaltungsrichter – ungeachtet der inhaltlich in keiner Weise eingeschränkten Kompetenzzuweisung in Art 136 Abs 1 und Art 21 Abs 1 B-VG – weitestgehend im Einklang mit den einfachgesetzlichen organisatorischen und dienstrechtlichen Regelungen des Bundes für die ordentliche Gerichtsbarkeit auszugestalten und davon nur abzuweichen, wenn dies sachlich gerechtfertigt scheint.¹⁷

Es wurde schon an anderer Stelle eingehend dargelegt,¹⁸ dass sich solche weitreichenden Homogenitätsverpflichtungen weder aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen des B-VG, insbesondere der Art 87 und 88 B-VG, erschließen lassen noch diesen bundesverfassungsgesetzlichen Bestimmungen (historisch oder aktuell) ein in diese Richtung weisendes Verfassungsverständnis unterstellt werden kann (Stichwort: „einheitliches Richterbild“), das durch sie mediatisiert implizite Bindungswirkungen für nachrangiges Recht entfalten könnte. Letztlich wären derart weitreichende Bindungen der Landesgesetzgeber an einfachgesetzliche Regelungen des Bundes auch mit der vom Bundesverfassungsgesetzgeber bewusst verwirklichten bundesstaatlichen Organisation der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz samt Zuweisung der dafür erforderlichen Gesetzgebungskompetenzen an die Länder nicht vereinbar.¹⁹

17 In diese Richtung etwa *Öhlinger*, Landesgesetzgeber müssen Unabhängigkeit der Verwaltungsrichter gewährleisten, ZUV 2012, 99 (101 f).

18 Vgl *Segalla*, Die Stellung des Verwaltungsrichters, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 145 (150 ff und 159 ff); weiters *Ranacher*, Organisation 167 f und 184.

19 Vgl wiederum *Segalla*, Stellung 152, der zutreffend darauf hinweist, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber, wenn er die Gesetzgebung der Organisation der Landesverwaltungsgerichte und des Dienstrechts ihrer Mitglieder den Ländern zuordnet, dies mangels gegenteiligen Anhaltspunkten im selben Umfang tut wie bei sonstigen Landesgesetzgebungszuständigkeiten: Nämlich unter Bindung an die Vorgaben der Bundesverfassung, aber ohne darüber hinausgehende Bindung an ein einfaches Bundesrecht.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der von den Ländern als Organisations- und Dienstrechtsgesetzgeber ihrer Landesverwaltungsgerichte zu beachtende bundesverfassungsgesetzliche Rahmen ausschließlich die aus Art 6 EMRK und Art 47 GRC abzuleitenden Anforderungen im Allgemeinen sowie die zuvor genannten grundlegenden Vorgaben des B-VG über die Stellung der Verwaltungsrichter, ihre richterliche Unabhängigkeit und die Grundlagen der Organisation der Verwaltungsgerichte, vor allem der Justizverwaltung, im Besonderen umfasst. Diese garantieren – wie auch die folgenden Ausführungen zeigen werden – eine weitestgehende Einheitlichkeit der Organisation der Landesverwaltungsgerichte und der (dienst-)rechtlichen Stellung der Landesverwaltungsrichter.²⁰

2. *Regelungen in den Landesverfassungen*

Die einzelnen Landesverwaltungsgerichtsgesetze könnten an sich unmittelbar auf Basis dieser grundlegenden Regelungen und Vorgaben des B-VG, die insofern nicht zwingend einer landesverfassungsgesetzlichen Ausführung oder Präzisierung bedürfen, erlassen werden.

Ungeachtet dessen ist es natürlich jedem Landesverfassungsgesetzgeber unbenommen, ganz grundsätzliche Regelungen über die Einrichtung und die Organisation des Landesverwaltungsgerichts innerhalb der Landesrechtsordnung auf die Ebene der Landesverfassung zu heben. So haben – soweit ersichtlich – sieben Länder, namentlich Kärnten,²¹ Oberösterreich,²² Salzburg,²³ Steiermark,²⁴ Tirol²⁵ und Vorarlberg,²⁶ die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes auch in ihren Landesverfassungen verankert. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Länder mit der Einführung einer erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit erstmals Anteil an der Staats-

20 In diesem, auf die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltungsrichter und die Art ihrer Tätigkeit bezogenen Sinn ist das gegenwärtig immer wieder als rechtspolitische Forderung postulierte „einheitliche Richterbild“ bundesverfassungsgesetzlich an sich bereits verwirklicht (vgl. *Segalla*, Stellung 160).

21 Vgl. den durch das Landesgesetz LGBl 55/2013 eingefügten Art 59a Ktn LV.

22 Vgl. den durch die Oö Landes-Verfassungsgesetz-Novelle 2012, LGBl 8/2013, eingefügten Art 54a Oö L-VG.

23 Vgl. den durch das Landesverfassungsgesetz LGBl 15/2013 eingefügten Art 43a Sbg L-VG.

24 Vgl. den durch das Landesgesetz LGBl 56/2013 eingefügten Art 44a Stmk L-VG 2010.

25 Vgl. die durch das Landesverfassungsgesetz LGBl 147/2012 eingefügten Art 70b bis 70e TLO 1989.

26 Vgl. den durch das Landesverfassungsgesetz LGBl 14/2013 eingefügten Art 71a VlbG LV.

funktion Gerichtsbarkeit erhalten, sodass ihre Vollziehung künftig die Verwaltung des Landes einerseits und die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes andererseits umfasst. Es ist daher mehr als naheliegend, dies auch in der jeweiligen Landesverfassung abzubilden und in deren Regelungssystem auch das neue Landesverwaltungsgericht einzubauen. Zudem scheint es auch im Hinblick auf die Bedeutung der künftigen Landesverwaltungsgerichte im System des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes im Allgemeinen und im Gefüge der Staatsfunktionen des Landes im Besonderen angezeigt, deren Einrichtung und wesentliche organisatorische Grundlagen – ebenso wie hinsichtlich der anderen Verfassungsorgane des Landes in Gesetzgebung und Verwaltung – (auch) landesverfassungsgesetzlich zu regeln.²⁷

Alle Landesverfassungen, die dies tun, richten das Landesverwaltungsgericht als Organ der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes ein und wiederholen – in unterschiedlicher Ausführlichkeit – deklarativ grundlegende bundesverfassungsgesetzliche Regelungen über die Zusammensetzung des Landesverwaltungsgerichts, die Ernennung seiner Mitglieder und deren Stellung als Richter.²⁸ Die Tiroler Landesverfassung, die sich als einzige nicht mit einem einzigen Artikel über die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes begnügt, legt darüber hinaus auch bereits den Sitz des Landesverwaltungsgerichts in der Landeshauptstadt fest²⁹ und enthält weiters Unvereinbarkeitsbestimmungen für die Landesverwaltungsrichter,³⁰ grundlegende Bestimmungen über die Organe des Landesverwaltungsgerichts und die Justizverwaltung³¹ einschließlich einer ausdrücklichen Ermächtigung zur Einrichtung weiterer Organe (neben dem Präsidenten und der Vollversammlung) durch Landesgesetz³² sowie grundsätzliche Regelungen über die Aufgaben³³ und den Geschäftsgang³⁴ des Landesverwaltungsgerichts. In

27 Zu dieser Motivenlage vgl etwa die Erläuternden Bemerkungen zur Novelle der Tiroler Landesordnung 1989, LGBl 147/2008, RV 562/12, 1 f.

28 Art 59a Abs 1 Ktn LV, Art 54a Abs 1 und 2 OÖ L-VG, Art 43a Abs 1 und 2 Sbg L-VG, Art 44a Abs 2 Stmk L-VG 2010, Art 70b Abs 2 und 70c Abs 1 TLO 1989, Art 71a Abs 2 und 3 VlbG LV.

29 Art 70b Abs 1 TLO 1989. Derartige landesverfassungsgesetzliche Festlegungen gibt es in Tirol auch für den Sitz des Landtages und seiner Organe Landesvolksanwalt und Landesrechnungshof sowie für den Sitz der Landesregierung.

30 Art 70b Abs 4 und 70c Abs 3 TLO 1989.

31 Art 70b Abs 3 und 70c Abs 2 TLO 1989.

32 Zur – implizit auch schon aus dem B-VG, insbesondere aus dessen Art 87 Abs 2 ableitbaren – Befugnis des Organisationsgesetzgebers zur Einrichtung weiterer Organe siehe unten II.D.1).

33 Art 70d Abs 1 und 2 TLO 1989.

Kärnten und in Oberösterreich finden sich besondere landesverfassungsgesetzliche Gewährleistungen für die im Hinblick auf die Aufgabenbesorgung hinreichende Ausstattung des Landesverwaltungsgerichts mit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern und nichtrichterlichen Bediensteten sowie mit den dafür erforderlichen Sach- und Geldmitteln.³⁵ Landesverfassungsgesetzliche Regelungen wie diese, die über den Regelungsbestand des B-VG hinausgehen bzw diesen präzisieren, haben einen selbstständigen normativen und damit konstitutiven Charakter.³⁶

Im Übrigen wird die nähere Regelung der Organisation des Landesverwaltungsgerichts in allen genannten Ländern landesverfassungsgesetzlich ausdrücklich einem (einfachen) Landesgesetz überlassen.

B) Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen

Im Zusammenhang mit der Organisation der Landesverwaltungsgerichte stellen sich eine Reihe von – durchaus komplexen – kompetenzrechtlichen Abgrenzungsfragen zwischen der Organisationsgesetzgebungskompetenz einerseits und der Verfahrens- bzw Materiensetzgebungskompetenz andererseits.

1. Festlegung der Senatsgröße im Organisationsgesetz versus Bestimmung der Zahl fachkundiger Laienrichter im Materiengesetz

Die erste dieser Abgrenzungsfragen stellt sich angesichts des in Art 135 Abs 1 B-VG hinsichtlich der Einrichtung von Senatszuständigkeiten und der Senatsbildung vorgesehenen Zusammenspiels von Verfahrens- bzw Materiengesetzgebung einerseits und Organisationsgesetzgebung andererseits:

34 Art 70d Abs 3 bis 6 TLO 1989 (im Einzelnen über die Spruchkörper, die Senatsgröße und Senatsbildung, die feste Geschäftsverteilung und deren Erlassung sowie die Geschäftsordnung).

35 Art 59a Abs 2 Ktn LV, Art 54a Abs 3 OÖ L-VG. Im Burgenland wird die Verfügungsgewalt des Präsidenten des Landesverwaltungsgerichts über die im Landesvoranschlag veranschlagten Einnahmen und Ausgaben für den Sachaufwand des Landesverwaltungsgerichts durch die Verfassungsbestimmung des § 6 Abs 9 erster Satz Bgl LVwGG besonders abgesichert.

36 Ein weiteres Beispiel dafür ist das in Tirol schon landesverfassungsgesetzlich normierte Verbot der Ausübung einer Tätigkeit, die Zweifel an der unabhängigen Ausübung des Amtes als Landesverwaltungsrichter hervorrufen könnte (Art 70c Abs 3 TLO 1989). Ein solches Verbot enthalten im Übrigen alle Landesverwaltungsgerichtsgesetze.

Im Art 135 Abs 1 B-VG ist diesbezüglich – im Anschluss an die Normierung des Grundsatzes der Einzelrichterzuständigkeit im ersten Satz – nacheinander Folgendes bestimmt:

- Nach dem zweiten Satz kann im Verfahrensgesetz (des Bundes) oder materiengesetzlich in Bundes- oder Landesgesetzen vorgesehen werden, dass die Verwaltungsgerichte durch Senate entscheiden.
- Nach dem dritten Satz wird die Senatsgröße durch das Gesetz über die Organisation des Verwaltungsgerichtes festgelegt.
- Der vierte Satz regelt die Zuständigkeit kollegialer Organe der Justizverwaltung (Vollversammlung oder Ausschuss) zur Senatsbildung und sieht überdies vor, dass die Senate, soweit in Bundes- oder Landesgesetzen die Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern an der Rechtsprechung vorgesehen ist, auch aus der in diesen Gesetzen zu bestimmenden Anzahl von fachkundigen Laienrichtern zu bilden sind.
- Nach dem fünften Satz können für die Landesverwaltungsgerichte Senatszuständigkeiten bundesgesetzlich nur mit Zustimmung der Länder vorgesehen werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Senate mit oder ohne Laienrichterbeteiligung handelt.

Vor dem Hintergrund dieses bundesverfassungsgesetzlichen Regelungsgefüges ist nun insbesondere fraglich, wie sich die Kompetenz des Organisationsgesetzgebers zur Regelung der Senatsgröße und die Kompetenz des Materiengesetzgebers zur Bestimmung der Anzahl der fachkundigen Laienrichter zueinander verhalten. Grundsätzlich sind die folgenden beiden Auslegungsvarianten denkbar:³⁷

1. Der Organisationsgesetzgeber darf die Senatsgröße insgesamt bestimmen (worauf die grundsätzlich unbeschränkte Einräumung der diesbezüglichen Regelungskompetenz im dritten Satz hindeutet) und kann dabei (mittelbar) auch eine Grenze für die maximal zulässige Zahl fachkundiger Laienrichter festlegen.³⁸
2. Der zur Anordnung der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter zuständige Materiengesetzgeber ist hinsichtlich der Bestimmung der Zahl dieser Laienrichter grundsätzlich frei (arg „in dieser zu bestimmenden Anzahl“ im fünften Satz), sodass er dadurch auch

37 Vgl auch *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 64 ff.

38 So im Ergebnis *Wolf*, *Ausgewählte Organisations-, Zuständigkeits- und Verfahrensfragen der Verwaltungsgerichte erster Instanz*, in: *Kärntner Verwaltungsakademie* (Hg), *Bildungsprotokolle*, Band 21: 10. Klagenfurter Legistikgespräche 2012 (2013) 183 (187 f).

mittelbar die Größe der Senate beeinflussen kann.³⁹ Die Befugnis des Organisationsgesetzgebers zur Regelung der Senatsgröße wird dadurch im Ergebnis auf die Bestimmung der Zahl der richterlichen Mitglieder eines Senates eingeschränkt.

Von Bedeutung ist die Beantwortung dieser Frage in Bezug auf die Senatsbildung bei den Landesverwaltungsgerichten im Fall einer bundesgesetzlichen Anordnung der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter, weil dann die Kompetenz zur Regelung der Senatsgröße (Organisationsgesetzgeber ist das Land) und jene zur Bestimmung der Anzahl der mitwirkenden fachkundigen Laienrichter (Materiengesetzgeber ist der Bund) auseinanderfallen.⁴⁰ Die Organisationsgesetze der Länder gehen hier unterschiedliche Wege:

Von einem Primat des Organisationsgesetzgebers im Sinn der ersten Auslegungsvariante gehen die Landesverwaltungsgerichtsgesetze von Oberösterreich, Salzburg und Tirol aus, indem sie die Mitwirkung fachkundiger Laienrichter zahlenmäßig mit der organisationsgesetzlich festgelegten Senatsgröße (in allen drei Ländern ist das ein Dreiersenat, sodass die Mitwirkung von höchstens zwei fachkundigen Laienrichtern und in diesem Fall auch eine – bundesverfassungsgesetzlich zulässige⁴¹ – Majorisierung des einzigen im Senat verbleibenden Landesverwaltungsrichters möglich ist) begrenzen.⁴²

Die anderen Länder entscheiden sich in ihren Organisationsgesetzen zwar ebenfalls für einen Dreiersenat als Regelmodell, sehen aber für den Fall der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter – im Sinn der zweiten Auslegungsvariante – Öffnungsklauseln vor, die die Festlegung der Zahl dieser fachkundigen Laienrichter (theoretisch nach oben hin unbegrenzt) allein dem Materiengesetzgeber überlassen und dabei (generell oder je nach Anzahl der fachkundigen Laienrichter)

39 Vgl. Thienel, Verwaltungsgerichtsbarkeit 17.

40 Diese Konstellation tritt spiegelverkehrt im Fall von Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte des Bundes in landesgesetzlich geregelten Angelegenheiten auf (Organisationsgesetzgeber Bund, Materiengesetzgeber Land), die auf der Grundlage der diesbezüglichen Ermächtigung im Art 131 Abs 5 B-VG mit Zustimmung der Bundesregierung landesgesetzlich geschaffen werden können.

41 RV 1618 BlgNR 24. GP, 18.

42 Vgl. § 8 Abs 3 OÖ LVwGG, § 12 Abs 3 Sbg LVwGG und § 12 Abs 3 Tir LVwGG (vgl. diesbezüglich auch Art 70d Abs 3 TLO 1989, wonach die Größe der Senate durch Landesgesetz festzulegen ist und die Senate aus den Landesverwaltungsrichtern und, soweit gesetzlich die Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern an der Rechtsprechung vorgesehen ist, aus der im Rahmen der festgelegten Senatsgröße gesetzlich bestimmten Anzahl von fachkundigen Laienrichtern zu bilden sind).

größere Senate als einen Dreiersenat zulassen. Im Einzelnen lassen sich hier die folgenden drei Regelungsmodelle unterscheiden:

- So ist im Burgenland, in Kärnten und in Vorarlberg vorgesehen, dass im Fall einer Laienrichterbeteiligung der Senat aus ebenso vielen Landesverwaltungsrichtern wie fachkundigen Laienrichtern, mindestens jedoch aus zwei Landesverwaltungsrichtern besteht,⁴³ womit eine Majorisierung der Landesverwaltungsrichter durch die fachkundigen Laienrichter vermieden wird. Dies hat zur Konsequenz, dass es im Fall der Mitwirkung von zwei fachkundigen Laienrichtern einen 4er-Senat, bei drei fachkundigen Laienrichtern einen 6er-Senat usw. gibt.
- In Niederösterreich und in Wien verstärken die fachkundigen Laienrichter den aus drei Landesverwaltungsrichtern gebildeten Senat, wobei bei Fehlen einer zahlenmäßigen Festlegung durch den Materiengesetzgeber angeordnet wird, dass zwei fachkundige Laienrichter beizuziehen sind.⁴⁴ Hier gibt es also im Fall einer Laienrichterbeteiligung abhängig von deren Anzahl einen 4er-, 5er- oder 6er-Senat usw.
- Wieder anders ist die Regelung in der Steiermark, wo es bei bis zu zwei Laienrichtern beim Dreiersenat (wie in Oberösterreich, Salzburg und Tirol) mit Majorisierung des gegebenenfalls einzig verbliebenen Landesverwaltungsrichters bleibt, im Fall der Mitwirkung von mehr als zwei Laienrichtern aber der Senat entsprechend zu vergrößern ist.⁴⁵

Alle diese Regelungsvarianten liegen innerhalb des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums der Länder als Organisationsgesetzgeber ihres jeweiligen Landesverwaltungsgerichts. Dieser umfasst unseres Erachtens auch die organisationsgesetzliche Normierung einer fixen Senatsgröße, die auch im Fall der bundesgesetzlich angeordneten Mit-

43 § 9 Abs 2 Bgld LVwGG, § 11 Abs 3 Ktn LVwGG, § 9 Abs 3 VlbG LVwGG.

44 § 12 Abs 3 NÖ LVwGG, § 21 Abs 3 Wr LVwGG.

45 § 19 Abs 3 Stmk LVwGG.

wirkung fachkundiger Laienrichter nicht überschritten werden darf.⁴⁶ Dafür sprechen neben dem klaren Wortlaut des Art 135 Abs 1 dritter Satz B-VG vor allem auch systematische⁴⁷ und teleologische Erwägungen.⁴⁸ Tatsächlich scheint es wenig einsichtig, dass die Kompetenz des Organisationsgesetzgebers zur Regelung der Senatsgröße bloß einen der insgesamt nur zwei denkbaren Anwendungsfälle (reiner Richtersenaat – Senaat mit fachkundigen Laienrichtern) erfassen soll, obwohl in beiden Fällen das hinter dieser Regelungskompetenz stehende berechnete Interesse der Vermeidung eines durch größere Senate verursachten zusätzlichen Verfahrens- und Koordinationsaufwandes im Gerichtsbetrieb samt den damit verbundenen Kostenfolgen gegeben ist, und obwohl die den Aufwand des Verwaltungsgerichts tragende Gebietskörperschaft bei einer von der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft gesetzlich angeordneten Mitwirkung fachkundiger Laienrichter über keine andere unmittelbare Steuerungsmöglichkeit hinsichtlich der Zahl dieser fachkundigen Laienrichter verfügt.⁴⁹ Zudem kann die vom Bundesverfassungsgesetzgeber ausdrücklich dem Organisationsgesetzgeber zugewiesene Kompetenz zur Regelung der Senatsgröße denkmöglich nur dann wirksam ausgeübt werden, wenn man diese auf beide möglichen Konstellationen der Senatszusammensetzung bezieht. In den – insgesamt freilich wenig ergiebigen – Materialien zu Art 135 Abs 1 B-VG⁵⁰ finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass dem

46 Zweifelnd hingegen *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 65 f, mit Darlegung der für die Gegenposition sprechenden Gründe. Der Umstand, dass der Bund die Anzahl der in den Senaten der Landesverwaltungsgerichte tätig werdenden fachkundigen Laienrichter ggf. länderweise unterschiedlich festlegen müsste, wenn man von einem Primat des Organisationsgesetzgebers ausgeht und die organisationsgesetzlichen Regelungen der Länder diesbezüglich erheblich differieren sollten (was tatsächlich nicht der Fall ist, weil – wie gezeigt – alle Länder vom Regelmodell eines Dreiersenates ausgehen), scheint für die Lösung der hier in Rede stehenden Kompetenzfrage indes nicht relevant; vielmehr handelt es sich dabei (lediglich) um die mögliche Konsequenz einer (verfassungsrechtlich zulässigen) länderweise differenzierten Ausübung einer durch das B-VG zugewiesenen Landesgesetzgebungskompetenz.

47 Wie insbesondere, dass Art 135 Abs 1 vierter Satz B-VG, der unmittelbar anknüpfend an den dritten Satz über die Zuweisung der Kompetenz zur Regelung der Senatsgröße an den Organisationsgesetzgeber die materiengesetzlich allenfalls angeordnete Mitwirkung fachkundiger Laienrichter (bloß) als einen bei der *Senatsbildung* zu berücksichtigenden Umstand regelt. Regelungen über die *Senatsbildung* sind aber etwas anderes als Festlegungen hinsichtlich der Senatsgröße; schon vor diesem Hintergrund ist daher uE davon auszugehen, dass Erstere Letztere nicht berühren.

48 Vgl. dazu im Einzelnen die Erläuternden Bemerkungen zum Tir LVwGG, RV 558/12, 30 ff, zusammenfassend wiedergegeben bei *Wolf*, Verwaltungsgerichte 187 f und bei *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 65.

49 Eine solche wird auch durch das Zustimmungsrecht der Länder im Art 135 Abs 1 fünfter Satz nicht vermittelt.

50 RV 1618 BlgNR 24. GP, 18.

nicht so sein soll. Auch dieser Umstand spricht unseres Erachtens letztlich gegen ein eingeschränktes Verständnis der im dritten Satz des Art 135 Abs 1 B-VG erfolgenden Kompetenzzuweisung an den Organisationsgesetzgeber.

Unbestritten ist, dass auch im Fall der Annahme eines Primats des Organisationsgesetzgebers dessen tatsächliche Kompetenzausübung hinsichtlich der Festlegung der Senatsgröße selbstverständlich die sich aus dem bundesstaatlichen Berücksichtigungsgebot ergebenden Anforderungen⁵¹ berücksichtigen muss. Mit anderen Worten: Der Organisationsgesetzgeber darf durch die Normierung einer zu kleinen Senatsgröße den Regelungsspielraum des Materiengesetzgebers zur Bestimmung der Zahl der fachkundigen Laienrichter nicht derart einschränken, dass diesem keine zweckmäßige Regelung einer von ihm intendierten Laienrichterbeteiligung mehr möglich scheint.⁵² Die Länder Oberösterreich, Tirol und Salzburg reizen diesen verfassungsgesetzlichen Rahmen mit der auch für den Fall der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter fix vorgegebene Senatsgröße von drei Mitgliedern sicherlich aus. Allerdings dürfte die sich daraus ergebende Möglichkeit der Bestimmung von höchstens zwei Laienrichtern dem Materiengesetzgeber mit Blick auf die typischen Zwecke einer Laienrichterbeteiligung (wie Integration von spezifischem, insbesondere technischem Sachverstand, Herstellung eines Interessenausgleiches, Mitwirkung von Berufsvertretungen in standesrechtlichen Angelegenheiten) dennoch einen ausreichenden Gestaltungsspielraum belassen.⁵³ Abwägend ist dabei auch zu berücksichtigen, dass den Interessen des Materiengesetzgebers an einer zweckmäßigen Regelung der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter die ebenso berechtigten Interessen des Organisationsgesetzgebers, durch eine – wie hier – relativ strikte Regelung der Senatsgröße sowohl ein unverhältnismäßiges An-

51 Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf der jeweils zuständige Gesetzgeber die Regelungen der jeweils anderen Gebietskörperschaft bekanntlich nicht in sachlich nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigen und somit die gesetzliche Regelung des anderen Gesetzgebers unterlaufen (zB VfSlg 15.552/1999; 17.854/2006; 18.096/2007).

52 Vgl auch *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 66, *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 17 f, *Wolf*, Verwaltungsgerichte 187.

53 So war es etwa für die Gewährleistung einer wirksamen Beteiligung sowohl der Interessensvertretung der Dienstnehmer als auch der Dienstgeberseite in dienst- und disziplinarrechtlichen Angelegenheiten in Tirol völlig ausreichend, dass jede Seite durch einen von ihr nominierten fachkundigen Laienrichter im Senat mitwirkt (vgl dazu die Hinweise in FN 138). Auch für die Integration von Sachverstand in den Spruchkörper werden zwei fachkundige Laienrichter regelmäßig ausreichen (vgl auch die diesbezüglichen Erwägungen in den Erläuternden Bemerkungen des Tir LVwGG, RV 558/12, 32 f). Kritisch hingegen *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 66.

wachsen der Anzahl der Senatsmitglieder zu unterbinden als auch eine im Interesse der Objektivität der Entscheidungsfindung nur beschränkte Majorisierung der Landesverwaltungsrichter im Senat zuzulassen, gegenüberstehen.⁵⁴ Auch unter diesen Gesichtspunkten erweist sich also eine Auslegung des Art 135 Abs 1 B-VG dahingehend, dass der Materiengesetzgeber bei der Bestimmung der Anzahl der fachkundigen Laienrichter an den durch die organisationsgesetzliche festgelegte Senatsgröße vorgegebenen Rahmen gebunden ist, als durchaus ausgewogen und sachgerecht.

2. *Regelung der organisatorischen und der materienspezifischen Voraussetzungen für die Mitwirkung fachkundiger Laienrichter*

Ebenfalls mit der Regelung der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter hängt die nächste Abgrenzungsfrage auf verfassungsrechtlicher Ebene zusammen. Wie dargelegt hat der Materiengesetzgeber nach Art 135 Abs 1 vierter Satz B-VG die Zahl der mitwirkenden fachkundigen Laienrichter zu bestimmen. Damit ist freilich noch nichts darüber ausgesagt, wem die Regelung der Bestellung, der Qualifikation, der Funktionsdauer, der Abberufung etc. von fachkundigen Laienrichtern obliegt.

Die zu Art 135 Abs 1 B-VG ergangene Ausschussfeststellung,⁵⁵ wonach die „Kompetenz der Bundes- oder Landesgesetzgebung, eine Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern an der Rechtsprechung vorzusehen, [...] insbesondere auch deren Zuständigkeit [beinhaltet], die Bestellung und Abberufung der fachkundigen Laienrichter und die für diese geltenden Qualifikationserfordernisse näher zu regeln“, hilft hier nur bedingt weiter, sind doch Regelungen über die Bestellung und Abberufung von Organen typische Angelegenheiten des Organisationsrechts⁵⁶ und damit hinsichtlich der Mitwirkung fachkundiger Laienrichter bei den Landesverwaltungsgerichten von der Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art 136 Abs 1 B-VG umfasst. Dies gilt in gleicher Weise für Regelungen über allgemeine Bestellungs Voraussetzungen (wie etwa volle Handlungsfähigkeit und österreichische Staatsbürgerschaft), die Angelobung und die Funktionsdauer, den Charakter des Amtes als Ehrenamt, die Unabhängigkeit in Ausübung

54 In diesem Sinn schon *Wolf*, Verwaltungsgerichte 188.

55 AB 1771 BlgNR 24. GP.

56 Zutreffend *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 64, und *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 13 f bei FN 36, jeweils unter Berufung auf VfSlg 8466/1978.

des Amtes,⁵⁷ den Beginn und das Ende des Amtes, die Amtsenthebung und die Bestellung von Ersatzrichtern.

Alle Landesverwaltungsgerichtsgesetze (mit Ausnahme jenem von Oberösterreich) enthalten in Bezug auf die soeben genannten Regelungsaspekte organisationsgesetzliche Regelungen allgemeiner Art über die Mitwirkung fachkundiger Laienrichter. Diese verfolgen insbesondere auch den Zweck, die einzelnen Materiengesetze von derart allgemeinen Bestimmungen zu entlasten, und sind regelmäßig subsidiär ausgestaltet, um für gegebenenfalls doch erforderliche materienspezifische Abweichungen durch Landesgesetz einen hinreichenden Spielraum einzuräumen.⁵⁸ In Bezug auf eine allenfalls bundesgesetzlich angeordnete Mitwirkung fachkundiger Laienrichter beim Landesverwaltungsgericht schaffen sie zudem überhaupt erst die notwendigen organisationsrechtlichen Voraussetzungen.

In die Kompetenz des Materiengesetzgebers fallen nach dem vorhin Gesagten neben der Entscheidung, ob Laienrichter überhaupt mitzuwirken haben und der Bestimmung ihrer Anzahl alle damit im Zusammenhang stehenden materienspezifischen Belange, wie insbesondere die Festlegung besonderer Bestellungs Voraussetzungen (zB bestimmte fachliche Qualifikationsanforderungen) oder die Normierung von Vorschlagsrechten von Interessensvertretungen für die Bestellung einzelner fachkundiger Laienrichter.⁵⁹

3. Innergerichtlicher Instanzenzug

Kompetenzrechtliche Fragen stellen sich schließlich in Bezug auf die Einrichtung eines innergerichtlichen Rechtszuges in Angelegenheiten der Verwaltungsrichter (Disziplinar- und Personalsachen), wie er mitunter gegen erstinstanzliche Entscheidungen der dafür zuständigen richterlichen Kollegialorgane⁶⁰ im Interesse der Gewährleistung hin-

57 Zum sich diesbezüglich aus Art 6 EMRK und Art 47 GRC ergebenden zwingenden Regelungsbedarf vgl etwa *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 13.

58 Für Tirol vgl § 7 Tir LVwGG; die Regelungen der meisten anderen Länder sind diesem Gesetz ähnlich. Ausführlich dazu *Wolf*, Verwaltungsgerichte 188 f.

59 In diesem Sinn auch *Pürgy*, Landesverwaltungsgerichte 64, und *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 14.

60 Zum aus verfassungsrechtlicher Sicht im Interesse der Gewährleistung hinreichender Unabhängigkeit auch dem äußeren Anschein nach bestehenden Erfordernis der Zuweisung derartiger Angelegenheiten, die die richterliche Stellung und Unabhängigkeit der Verwaltungsrichter unmittelbar berühren, in die (weisungsunabhängige) kollegiale Justizverwaltung vgl *Ranacher*, Organisation 186, und *Wolf*, Verwaltungsgerichte 189; siehe dazu auch unten II.D.2).

reichenden Rechtsschutzes noch vor der Anrufung des VwGH⁶¹ vorgesehen ist. So wird etwa im Tir LVwGG gegen Entscheidungen des Personal- und Geschäftsverteilungsausschusses über das Vorliegen einer Unvereinbarkeit oder die Dienstbeschreibung sowie gegen Disziplinarentscheidungen des Disziplinarausschusses die Erhebung einer Beschwerde an die Vollversammlung eröffnet.⁶²

Die Schaffung derartiger Regelungen ist auf Grund des evidenten Zusammenhangs der betreffenden Angelegenheiten mit der Organisation des Verwaltungsgerichts Bestandteil der Organisationskompetenz, die insbesondere auch die Befugnis zur Einrichtung kollegialer Organe der Justizverwaltung einschließlich der Regelung ihrer Aufgaben umfasst.⁶³ Betrachtet man sie hingegen (schon) als zum Verfahrensrecht gehörige Bestimmungen, so wären sie wohl als zur Regelung des Gegenstands erforderliche Sonderverfahrensnormen im Sinne des Art 136 Abs 2 B-VG zu qualifizieren.⁶⁴

Eine andere sich in diesem Zusammenhang stellende Frage ist, ob die Entscheidung über Beschwerden, die gegen dienstbehördliche Bescheide des Präsidenten von Mitgliedern des Landesverwaltungsgerichts an dieses erhoben werden, gesetzlich richterlichen Kollegialorganen, die hier gleichsam als Senat des Landesverwaltungsgerichts tätig werden, zugewiesen werden darf, wie das aus nachvollziehbaren Gründen in einigen Landesverwaltungsgerichtsgesetzen vorgesehen

61 Zwar werden von Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG ausweislich der Materialien (RV 1618 BlgNR 24. GP, 17) auch Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte in dienst- und disziplinarrechtlichen Angelegenheiten ihrer Mitglieder erfasst, allerdings gilt naturgemäß auch für Revisionen in derartigen Rechtssachen die absolute Revisionsschranke des Art 133 Abs 4 B-VG, wonach der Zugang zum VwGH nur gegeben ist, wenn eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Die betreffenden organisationsgesetzlichen Regelungen wollen daher einem sich daraus allenfalls ergebenden Rechtsschutzdefizit vorbeugen.

62 § 9 Abs 3 lit b und c Tir LVwGG. Eine vergleichbare Regelung enthält § 9 Abs 3 Z 2 Sbg LVwGG.

63 Siehe dazu auch unten II.D.

64 Vgl auch *Ranacher*, Organisation 193, und *Wolf*, Verwaltungsgerichte 190.

ist.⁶⁵ Auch dies liegt unseres Erachtens innerhalb des zulässigen Gestaltungsspielraums des Organisationsgesetzgebers.⁶⁶ Als alternative Lösung begründen einige Länder diesbezüglich eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts unter Inanspruchnahme der Ermächtigung nach Art 131 Abs 5 B-VG.⁶⁷

Ähnliche Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Amtsenthebung von Landesverwaltungsrichtern, für die Art 88 Abs 2 B-VG ein förmliches richterliches Erkenntnis verlangt und die von nahezu allen Landesverwaltungsgerichtsgesetzen der Vollversammlung oder anderen richterlichen Kollegialorganen zugewiesen wird.⁶⁸

C) Stellung der Landesverwaltungsrichter und Diensthoheit

1. Die Landesverwaltungsrichter als Richter im Sinn des B-VG

Nach Art 134 Abs 7 B-VG sind die Landesverwaltungsrichter Richter. Art 87 Abs 1 und 2 und Art 88 Abs 1 und 2 B-VG sind auf sie mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass die Altersgrenze, mit deren Erreichung sie in den dauerenden Ruhestand treten oder ihr Dienstverhältnis endet, durch Landesgesetz bestimmt wird. Damit unterscheiden sich die Landesverwaltungsrichter von den Mitgliedern der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 noch bestehenden Unabhängigen Verwaltungssenate, bei denen es sich um sonderdienstrechtlich mit besonderen Unabhängigkeitsgarantien ausgestattete Verwaltungsbeamte handelt.

65 § 9 Abs 8 Z 8 NÖ LVwGG; § 10 Abs 9 Tir LVwGG; § 7 Abs 2 lit f VlbG LVwGG. Die Erläuternden Bemerkungen zum Tir LVwGG, RV 558/12, 27 f, begründen dies damit, dass es „im Hinblick auf eine gewichtige Betrachtung der zu erledigenden Angelegenheiten (bei den angefochtenen Entscheidungen handelt es sich um solche des Präsidenten gegenüber einem Landesverwaltungsrichter, die diesen unmittelbar in seiner dienstrechtlichen Stellung betreffen)“ nicht zweckmäßig scheine, „dafür die Zuständigkeit eines ‚gewöhnlichen‘ Dreier-Senats vorzusehen, sondern vielmehr angezeigt, die Entscheidung hier ebenfalls dem für Personalangelegenheiten der Landesverwaltungsrichter zuständigen und – im Weg der Wahl seiner (weiteren) Mitglieder durch die Vollversammlung – durch alle Mitglieder des Landesverwaltungsgerichts legitimierten richterlichen Kollegialorgan zu übertragen, wobei den Interessen eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebs durch die ex lege bestehende Ausschusszugehörigkeit des Vizepräsidenten, der insofern als Leitungsorgan an der Entscheidung mitwirkt, ebenso entsprochen werden kann.“

66 Mit näherer Begründung *Ranacher*, Organisation 193, sowie die in FN 65 bezogenen Erläuternden Bemerkungen zum Tir LVwGG.

67 Vgl § 33 Abs 1 Bgld LVwGG; § 27 Ktn LVwGG; § 25 Abs 1 OÖ LVwGG; § 32 Stmk LVwGG.

68 Siehe unten III.D.

Art 87 Abs 1 und 2 B-VG garantiert den Landesverwaltungsrichtern die volle richterliche Unabhängigkeit im Rahmen ihres richterlichen Amtes und der ihnen obliegenden kollegialen Justizverwaltungsgeschäfte. Sie sind dabei an keinerlei Weisungen gebunden, weder gerichtsintern noch gegenüber externen Organen, wie insbesondere der Landesregierung. Art 88 Abs 2 B-VG schützt die Landesverwaltungsrichter davor, willkürlich abgesetzt oder versetzt zu werden. Sie dürfen nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen und Formen und auf Grund eines förmlichen richterlichen Erkenntnisses ihres Amtes entsetzt oder wider ihren Willen an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden.⁶⁹

2. *Diensthoeheit*

Anders als hinsichtlich der Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes, denen nach Art 134 Abs 8 B-VG bzw 147 Abs 8 B-VG die Diensthoeheit über die Bediensteten des jeweiligen Gerichtshofes übertragen ist, ist eine solche Durchbrechung der Diensthoeheit der obersten Organe⁷⁰ hinsichtlich der Verwaltungsgerichte erster Instanz nicht vorgesehen. Die Ausübung der Diensthoeheit über die bei den Landesverwaltungsgerichten tätigen Bediensteten einschließlich der Landesverwaltungsrichter obliegt daher nach der allgemeinen Regel des Art 21 Abs 3 B-VG der Landesregierung (was freilich die gesetzliche Zuweisung einzelner Befugnisse der Diensthoeheit, soweit nicht in deren Kernbereich eingegriffen wird, an Organe des Landesverwaltungsgerichts nicht ausschließt⁷¹).

69 Näher zu all dem auch unten III.D in Bezug auf die landesgesetzliche Ausgestaltung und Gewährleistung dieser Garantien.

70 Diese umfasst nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH alle Rechtsakte, die sich auf die Begründung und nähere Ausgestaltung des Dienstverhältnisses beziehen (zB VfSlg 14.896/1997).

71 VfSlg 14.896/1997; vgl auch *Ranacher*, Organisation 184 f. Näher dazu auch unten II.D.2 hinsichtlich der gesetzlichen Zuweisung solcher Angelegenheiten an richterliche Kollegialorgane und III.C hinsichtlich der dem Präsidenten regelmäßig gesetzlich übertragenen dienstbehördlichen Befugnisse.

Insbesondere wird dadurch das Erkenntnis VfSlg 15.762/2000⁷² vom Bundesverfassungsgesetzgeber ausdrücklich nur für die beiden Höchstgerichte nachvollzogen.⁷³ Schon vor diesem Hintergrund scheidet daher eine – verschiedentlich erwogene⁷⁴ – Heranziehung dieses Erkenntnisses für die Annahme einer ungeachtet dessen impliziten bundesverfassungsgesetzlichen Zuweisung der Diensthoheit an den Präsidenten auch in Ansehung der Verwaltungsgerichte erster Instanz aus,⁷⁵ auch wenn die nunmehrige Bundesverfassungsrechtslage in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den das Erkenntnis VfSlg 15.762/2000 tragenden Gründen stehen mag.⁷⁶

Im Übrigen begegnet die Zuweisung der Diensthoheit an die Landesregierung auch im Hinblick auf die aus Art 6 EMRK bzw Art 47 GRC erfließenden Anforderungen an ein unabhängiges Tribunal bzw Gericht unseres Erachtens keinen Bedenken, zumal durch diesen Umstand die Tribunal- bzw Gerichtsqualität der Landesverwaltungsgerichte – ebenso wenig wie bisher jene der Unabhängigen Verwaltungssenate – nicht in Frage gestellt wird. An diesem Befund vermag auch das rezente Urteil des EuGH in der Rs C-614/10 betreffend die Datenschutzkommission⁷⁷ nichts zu ändern, weil dieses allein die Auslegung spezifisch sekundärrechtlicher Anforderungen an die „volle Unabhängigkeit“ einer – im Ausgangsfall in die staatliche Verwaltung organisatorisch eingegliederten und bloß funktionell weisungsfrei gestellten – mitgliedstaatlichen Kontrollstelle für den Datenschutz betrifft, nicht aber – was vom EuGH selbst hervorgehoben wird

72 In diesem Erkenntnis hat der VfGH bekanntlich ausgesprochen, dass unter den im Art 21 Abs 3 B-VG bezogenen abweichenden Anordnungen nicht bloß vom Einflussbereich eines obersten Organs explizit ausnehmende Vorschriften zu verstehen sind (wie sie etwa hinsichtlich des Präsidenten des Nationalrates, des Präsidenten des Rechnungshofes und des Vorsitzenden der Volksanwaltschaft bestehen), sondern auch solche Anordnungen, die sich – wie in Ansehung des Präsidenten des VwGH – „aus dem verfassungsmäßig festgelegten Kontrollsystem des B-VG bezüglich der gesamten öffentlichen Verwaltung als notwendig vorausgesetzt ergeben“, und daraus angeleitet, dass die Diensthoheit über die beim VwGH tätigen Bediensteten dem Präsidenten des VwGH zukommt.

73 RV 1618 BlgNR 24. GP, 18.

74 Vgl. Öhlinger, ZUV 2012, 100.

75 Mit näherer Begründung Ranacher, Organisation 181. Zum in dieser Hinsicht gegebenen Antwortcharakter der Art 134 Abs 8 und 147 Abs 8 B-VG vgl. auch Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz – Legislativer und organisatorischer Handlungsbedarf der Länder, in: Kärntner Verwaltungsakademie (Hg), Bildungsprotokolle, Band 19: 8. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2010 (2011) 123 (125).

76 Auf dieses Spannungsverhältnis weist etwa Thienel, Verwaltungsgerichtsbarkeit 15 FN 39, hin.

77 EuGH 16.10.2012, Rs C-614/10, *Kommission/Österreich*, noch nicht in der Slg veröffentlicht.

– die unionsrechtlichen Anforderungen an Gerichte im Sinne des Art 267 AEUV.⁷⁸

D) Justizverwaltung

1. Organausstattung – Geschäftsapparate

Art 134 Abs 1 B-VG sieht als monokratische Justizverwaltungsorgane zwingend den Präsidenten und den Vizepräsidenten vor. Kollegiale Justizverwaltungsorgane sind dagegen anders als der Präsident und der Vizepräsident nur implizit, und zwar über den Umweg verschiedener verfassungsgesetzlicher Aufgabenzuweisungen vorgesehen. So bestimmt Art 134 Abs 2 B-VG, dass die Landesregierung vor der Ernennung der sonstigen Mitglieder des Landesverwaltungsgerichts Dreivorschläge entweder der Vollversammlung oder eines aus ihrer Mitte zu wählenden Ausschusses, bestehend aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und fünf sonstigen Mitgliedern, einzuholen hat. Ähnliches gilt nach Art 135 Abs 1 zweiter und dritter Satz B-VG für die Senatsbildung und nach Art 135 Abs 2 erster Satz B-VG für die Geschäftsverteilung. Die Senatsbildung obliegt ebenso wie die Erlassung der Geschäftsverteilung wiederum der Vollversammlung oder einem Ausschuss, bestehend aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und der (organisations-)gesetzlich zu bestimmenden Zahl sonstiger Mitglieder. Dagegen obliegt die Beschlussfassung über die Geschäftsordnung nach Art 136 Abs 5 B-VG stets der Vollversammlung.

Bundesverfassungsgesetzlich besteht kein *numerus clausus der im B-VG vorgegebenen Organtypen*.⁷⁹ Daher ist der Organisationsgesetzgeber grundsätzlich frei, weitere monokratische oder kollegiale Justizverwaltungsorgane einzurichten. Die Organisationsgesetze der Länder machen, wenngleich in unterschiedlichen Ausmaß, von dieser Möglichkeit auch Gebrauch.⁸⁰ Hinsichtlich der Kreation sonstiger kollegialer Organe dürfte dem B-VG, wie bereits ein Blick auf die vor-

78 Ausführlich dazu Lienbacher in diesem Band; vgl auch Ranacher, Organisation 181 ff. Ungeachtet dessen eine Relevanz der Erwägungen des EuGH auch für die Verwaltungsgerichte erster Instanz *prima facie* nicht ausschließend hingegen Jabloner, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich: 1867 – 2012 und darüber hinaus, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 15 (23), Öhlinger, ZUV 2012, 100, und Thienel, Verwaltungsgerichtsbarkeit 15 FN 39.

79 Vgl Ranacher, Organisation 172 ff.

80 Siehe dazu im einzelnen unten III.B.

stehend genannten bundesverfassungsgesetzlichen Grundlagen zeigt, das Konzept zugrunde liegen, dass deren Mitglieder durch die Vollversammlung zu wählen sind,⁸¹ ohne dass dem B-VG konkrete Vorgaben für den genauen Wahlmodus zu entnehmen wären.⁸² Wie gleichfalls ein Blick auf diese Grundlagen zeigt, scheinen dadurch dennoch ex-lege-Mitgliedschaften monokratischer Organe nicht ausgeschlossen; sofern diese bundesverfassungsgesetzlich nicht unmittelbar vorgegeben sind,⁸³ bedarf es dafür freilich einer entsprechenden sachlichen Rechtfertigung mit Bezug zu Funktion und Aufgaben des betreffenden Organs.

Keine ausdrücklichen bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben bestehen hinsichtlich der Geschäftsapparate. Die Landesverwaltungsgerichte benötigen jedoch ebenso wie die ordentlichen Gerichte und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zur Besorgung ihrer Aufgaben einen Geschäftsapparat, und zwar für die unmittelbar rechtssprechende Tätigkeit ebenso wie für die Justizverwaltungsaufgaben. Bundesverfassungsgesetzlich sind die Landesverwaltungsgerichte erkennbar als selbstständige Einrichtungen der Gerichtsbarkeit vorausgesetzt, was das Vorhandensein eines eigenen Geschäftsapparates impliziert. Eine Aufgabenbesorgung durch externe Stellen wäre mit diesem Organisationskonzept ebenso unvereinbar wie mit der Unabhängigkeit des Gerichts insgesamt und seiner Mitglieder.⁸⁴

2. Kollegiale versus monokratische Justizverwaltung

Wie bereits erwähnt, kommt dem Organisationsgesetzgeber bei der näheren Ausgestaltung der monokratischen und der kollegialen Justizverwaltung ein Gestaltungsspielraum zu, der jedoch nicht als Schrankenfreiheit verstanden werden kann. So wird es schon im Hinblick auf das Organisationskonzept der kollegialen Justizverwaltung nach Art 87 Abs 2 B-VG geboten sein, dass die Angelegenheiten des „innersten Gerichtsbetriebes“ kollegial besorgt werden. Zu diesen Angelegenheiten gehören ex *constitutione* die Senatsbildung, die Erlassung der Geschäftsverteilung und der Geschäftsordnung sowie

81 Insofern kann man uE auf ein entsprechendes Strukturprinzip der kollegialen Justizverwaltung schließen.

82 Ebenso wenig wie etwa für die Funktionsperiode solcher richterlichen Kollegialorgane; hier bestehen also im Rahmen allgemeiner Sachlichkeitserfordernisse durchaus erhebliche Gestaltungsspielräume für die Organisationsgesetzgeber; näher dazu *Ranacher, Organisation* 174 f.

83 Vgl Art 135 Abs 1 dritter Satz und Art 135 Abs 2 erster Satz B-VG.

84 Näher dazu *Ranacher, Organisation* 177 ff.

weitere die Abnahme von Geschäften.⁸⁵ Überdies werden alle sonstigen Angelegenheiten der kollegialen Justizverwaltung vorzubehalten sein, die die richterliche Unabhängigkeit der Landesverwaltungsrichter unmittelbar berühren. Zu diesen gehören jedenfalls die Disziplinarsachen, die Entscheidung über das Vorliegen einer Unvereinbarkeit und die Dienstbeschreibung.

Dem Organisationskonzept des Art 87 Abs 2 B-VG folgend sind die Angelegenheiten der kollegialen Justizverwaltung der richterlichen Tätigkeit zuzuordnen und dementsprechend weisungsfrei zu besorgen. Eine solche Garantie besteht im Rahmen der monokratischen Justizverwaltung nicht, weshalb die monokratischen Justizverwaltungsorgane, insbesondere also Präsident und Vizepräsident, bei der Besorgung von Angelegenheiten der Justizverwaltung grundsätzlich gegenüber der Landesregierung weisungsgebunden sind. Allerdings stellen die Organisationsgesetze von Burgenland,⁸⁶ Kärnten,⁸⁷ Oberösterreich,⁸⁸ Steiermark⁸⁹ und Vorarlberg⁹⁰ den Präsidenten bei der Besorgung von Aufgaben der Justizverwaltung gestützt auf Art 20 Abs 2 B-VG (zur Gänze oder zum Teil) ausdrücklich weisungsfrei. Ob diese ganz offenkundig im Interesse der Hintanhaltung jedes auch nur denkmöglichen Einflusses der – selbst der Kontrolle durch das Landesverwaltungsgericht unterworfenen – Landesregierung auf die Justizverwaltung stehenden landesgesetzlichen Weisungsfreistellungen des Präsidenten mit dem Art 87 Abs 2 B-VG zugrunde liegenden dualen Konzept der (weisungsfreien) kollegialen und (weisungsgebundenen) monokratischen Justizverwaltung tatsächlich vereinbar ist, mag hier

85 Vgl Art 135 Abs 1 vierter Satz, 2 erster Satz und 3 B-VG.

86 § 6 Abs 3 Bgld LVwGG.

87 § 6 Abs 8 Ktn LVwGG (hier sind dem Präsidenten übertragenen dienstbehördlichen Aufgaben von der Weisungsfreistellung nicht erfasst).

88 § 4 Abs 3 OÖ LVwGG.

89 § 8 Abs 3 Stmk LVwGG.

90 § 6 Abs 3 VlbG LVwGG (die Weisungsfreistellung bezieht sich hier ausschließlich auf dienstbehördliche Angelegenheiten).

dahinstehen,⁹¹ ändert aber nichts daran, dass es sich dabei um eine aus verfassungspolitischer Sicht äußerst bemerkenswerte, initiativ Oberösterreich zuzuschreibende Innovation im Rahmen der Justizverwaltung der Landesverwaltungsgerichte⁹² handelt.

III. Die Organisation der Landesverwaltungsgerichte im Überblick

Im Folgenden wird in Bezug auf wesentliche organisationsrechtliche Aspekte ein Überblick über die Rechtslage auf Landesebene gegeben.

A) *Ernennung der Landesverwaltungsrichter*

Wie vorhin bereits erwähnt, werden die Landesverwaltungsrichter einschließlich des Präsidenten und des Vizepräsidenten nach Art 134 Abs 2 B-VG durch die Landesregierung ernannt; ein Vorschlagsrecht (Dreiervorschläge) der Vollversammlung oder eines Ausschusses, dem nebst dem Präsidenten und den Vizepräsidenten zumindest fünf weitere Landesverwaltungsrichter angehören müssen, besteht hinsichtlich der weiteren Landesverwaltungsrichter, jedoch nicht hinsichtlich des Präsidenten und des Vizepräsidenten. Auch ist dieses Vorschlagsrecht nicht bindend, wie sich schon aus den Materialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ergibt.⁹³ Damit ist es aber dem Organisationsgesetzgeber verwehrt, dieses Vorschlagsrecht einfachgesetzlich

91 Eingehend zu den sich in diesem Zusammenhang im Hinblick auf das Erkenntnis VfSlg 15.762/2000 und auf das Verhältnis von Art 20 Abs 2 B-VG zu Art 87 Abs 2 B-VG stellenden verfassungsrechtlichen Fragen *Ranacher*, Organisation 188 ff, der im Ergebnis weder von einer Übertragbarkeit von VfSlg 15.762/2000 auf die neue Rechtslage ausgeht noch das durch Art 87 Abs 2 B-VG konstituierte Ordnungssystem der Justizverwaltung (kollegial: weisungsfrei; monokratisch: weisungsgebunden), welches durch Art 134 Abs 7 B-VG auch für die Verwaltungsgerichte übernommen wird, durch Art 20 Abs 2 B-VG verändert sieht. Von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer auf Art 20 Abs 2 B-VG gestützten gesetzlichen Weisungsfreistellung des Präsidenten (insbesondere für Personalangelegenheiten) ausgehend und diese gegebenenfalls für verfassungs- und unionsrechtlich geboten erachtend hingegen *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 15. Mit gleicher Tendenz *Jablonec*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 23.

92 Der Bundesgesetzgeber bleibt in Bezug auf das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesfinanzgericht – ebenso wie die anderen Länder – beim „klassischen“ Konzept der Justizverwaltung.

93 RV 1618 BlgNR 24. GP; vgl auch den Wortlaut: während nach Art 134 Abs 2 B-VG vor der Ernennung der Landesverwaltungsrichter ein Vorschlag „einzuholen“ ist, werden die weiteren Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes nach Art 134 Abs 4 B-VG „aufgrund“ von Dreiervorschlägen ernannt.

bindend auszugestalten, würde er sich damit doch über Art 19 und 94 B-VG hinwegsetzen.

Im Übrigen gehen die Organisationsgesetze der Länder hier unterschiedliche Wege. Während in Salzburg, Tirol und Vorarlberg das Vorschlagsrecht der Vollversammlung zukommt,⁹⁴ ist es in den anderen Ländern entweder dem jeweiligen Personal- bzw Personal- und Geschäftsverteilungsausschuss übertragen. Einige Länder sehen eine öffentliche Ausschreibung vor, wobei in Kärnten, Oberösterreich, Salzburg und Wien ausdrücklich ein Objektivierungsverfahren vorge-schaltet ist.⁹⁵

In den Grundsätzen bundesverfassungsgesetzlich vorgegeben sind auch die Ernennungsvoraussetzungen. Nach Art 134 Abs 2 letzter Satz B-VG müssen Landesverwaltungsrichter die rechts- und staatswissen-schaftlichen Studien abgeschlossen haben und über eine fünfjährige juristische Berufserfahrung verfügen. Ausweislich der Materialien⁹⁶ dürfen diese Anforderungen einfachgesetzlich präzisiert werden, wo-von alle Länder mit Ausnahme von Vorarlberg Gebrauch gemacht haben. Ähnlich dem § 2 Abs 3 Tir LVwGG wird überall neben dem juristischen Studium die mindestens fünfjährige Ausübung eines Berufes, der ein solches Studium voraussetzt und weiters die Able-gung einer entsprechenden staatlichen Berufsprüfung verlangt. Durch-lässigkeit besteht außer zu den „klassischen“ Rechtsberufen wie Richter, Rechtsanwalt und Notar auch zur wissenschaftlichen Lauf-bahn. So wird anstelle der Berufsprüfung eine rechtswissenschaftliche Lehrbefugnis an einer österreichischen Universität anerkannt, mit-unter genügt in diesem Zusammenhang auch eine Assistenzpro-fessur.⁹⁷

94 Vgl § 2 Abs 2 Sbg LVwGG, § 2 Abs 2 Tir LVwGG und § 3 Abs 4 VlbG LVwGG.

95 Freilich bedeutet das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung nicht, dass nicht dennoch eine öffentliche Ausschreibung verbunden mit einem Objektivierungsverfahren erfolgen kann; dies war etwa in Tirol der Fall, wo sämt-liche nicht mit den Mitgliedern des Unabhängigen Verwaltungssenates besetzten Planstellen öffentlich ausgeschrieben wurden; auch wurden alle Bewerber einem Hearing vor einer Kommission unter dem Vorsitz des Landesamtsdirektors unter-zogen; vgl im Einzelnen Soder, Auswirkungen (in Druck).

96 RV 1618 BlgNR 24. GP, 17.

97 Vgl im Einzelnen § 21 Abs 2 Bgld LVwGG; § 2 Abs 5 Ktn LVwGG; § 2 Abs 5 NÖ LVwGG; § 18 Abs 2 OÖ LVwGG; § 2 Abs 3 Sbg LVwGG; § 3 Abs 2 Stmk LVwGG; § 3 Abs 3 Wr LVwGG.

B) Organe des Landesverwaltungsgerichts

Wie bereits dargetan, sind als monokratische Justizverwaltungsorgane nur der Präsident und der Vizepräsident⁹⁸ sowie inzidenter als kollegiales Justizverwaltungsorgan die Vollversammlung bundesverfassungsgesetzlich vorgegeben,⁹⁹ und haben die Länder von der Möglichkeit, einfachgesetzlich weitere Organe einzurichten, durchwegs Gebrauch gemacht.

Nach § 21 Abs 2 Tir LVwGG kann etwa der Präsident die Leitung der Geschäftsstelle und der Evidenzstelle dem Vizepräsidenten oder einem anderen Landesverwaltungsrichter übertragen. Als kollegiale Justizverwaltungsorgane sieht das Tir LVwGG den Personal- und Geschäftsverteilungsausschuss¹⁰⁰ und den Disziplinarausschuss¹⁰¹ vor. Dem Personal- und Geschäftsverteilungsausschuss obliegt neben der Beschlussfassung über die Geschäftsverteilung die Entscheidung über jene Personalangelegenheiten der Landesverwaltungsrichter, die zur Sicherstellung ihrer Unabhängigkeit von richterlichen Organen weisungsfrei besorgt werden müssen („innerste Angelegenheiten“ des Gerichts): diese sind die Entscheidung über das Vorliegen einer Unvereinbarkeit, die Abnahme von Geschäften bzw Aufgaben und weiters die Entscheidung über die Amtsenthebung von fachkundigen Laienrichtern bzw Ersatzrichtern.¹⁰² Der Personal- und Geschäftsverteilungsausschuss ist weiters gerichtsinterne Beschwerdeinstanz gegen (dienstbehördliche) Bescheide des Präsidenten.¹⁰³ Der Disziplinarausschuss entscheidet erstinstanzlich in den Disziplinarangelegenheiten der Landesverwaltungsrichter.

Die Organisationsgesetze der anderen Länder sind in diesen Bereichen größtenteils jenem Tirols sehr ähnlich. Einen Geschäftsverteilungsausschuss sehen alle Länder mit Ausnahme von Burgenland und Vorarlberg, die die kollegiale Justizverwaltung bei der Vollversammlung konzentrieren,¹⁰⁴ vor. Teilweise handelt es sich dabei um aus-

98 Vgl Art 134 Abs 1 und 2 und 135 Abs 1 und 2 B-VG.

99 Vgl Art 134 Abs 2, 135 Abs 1 und 2 und 136 Abs 5 B-VG.

100 § 10 Tir LVwGG.

101 § 11 Tir LVwGG.

102 Dagegen obliegt die Entscheidung über die Amtsenthebung von Landesverwaltungsrichtern nach § 9 Abs 3 lit a Tir LVwGG der Vollversammlung, die mit Rücksicht auf Art 88 Abs 2 iVm Art 134 Abs 7 zweiter Satz B-VG hierbei als unmittelbar richterliches Organ entscheidet.

103 Siehe dazu auch oben II.B.3.

104 Vgl § 7 Abs 2 lit a Bgld LVwGG; § 7 Abs 2 lit a VlbG LVwGG.

schließliche Geschäftsverteilungsausschüsse; in Kärnten und Niederösterreich gibt es dagegen wie Tirol einen kombinierten Personal- und Geschäftsverteilungsausschuss,¹⁰⁵ in Oberösterreich einen Geschäftsverteilungs- und Leistungssicherungsausschuss.¹⁰⁶ Eigene Personalausschüsse bestehen in Oberösterreich, der Steiermark und Wien.¹⁰⁷ Disziplinarausschüsse bestehen in Kärnten, Niederösterreich, der Steiermark und Wien,¹⁰⁸ in Salzburg besteht ein Personal- und Disziplinarausschuss.¹⁰⁹ Einen eigenen Controllingausschuss gibt es in Niederösterreich.¹¹⁰

Die Landesverwaltungsgerichtsgesetze sehen als weitere monokratische Justizverwaltungsorgane zumindest fakultativ die Leiter der Geschäftsstellen und der Evidenzstellen vor. Niederösterreich hat sich als einziges Bundesland (nach dem Vorbild der bestehenden Außenstellen des dortigen Unabhängigen Verwaltungssenates) für die Einrichtung von Außenstellen des Landesverwaltungsgerichts entschieden, denen ein Leiter der Außenstelle vorsteht.¹¹¹

Alle Organisationsgesetze sehen als Geschäftsapparate weiters die Einrichtung von Geschäftsstellen und Evidenzstellen vor. Verschiedentlich bestehen auch weitere spezielle Geschäftsapparate, so in der Steiermark eine Kostenstelle und ein Präsidialbüro,¹¹² in Wien eine Revisionsstelle¹¹³ und ähnlich in Niederösterreich eine Controllingabteilung.¹¹⁴

C) *Der Präsident des Landesverwaltungsgerichts als Leitungsorgan*

Wenngleich die Leitungsbefugnis des Präsidenten bundesverfassungsgesetzlich nicht ausdrücklich verankert ist, so darf diese doch als

105 Vgl § 8 Ktn LVwGG; § 9 NÖ LVwGG.

106 § 7 OÖ LVwGG.

107 Vgl § 6 OÖ LVwGG; § 10 Stmk LVwGG; § 16 Wr LVwGG, LGBl 83/2012.

108 Vgl § 10 Ktn LVwGG; § 10 NÖ LVwGG; § 12 Stmk LVwGG; § 19 Wr LVwGG.

109 Vgl § 10 Sbg LVwGG.

110 Vgl § 11 NÖ LVwGG.

111 Vgl § 7 Abs 8 und § 39 NÖ LVwGG; die Außenstellen des derzeit noch bestehenden Unabhängigen Verwaltungssenates werden damit zu Außenstellen des Landesverwaltungsgerichts.

112 Vgl §§ 17 und 18 Stmk LVwGG.

113 Vgl § 11 Wr LVwGG.

114 Vgl § 7 Abs 6 NÖ LVwGG.

implizit vorausgesetzt angesehen werden.¹¹⁵ Organisationsgesetzlich wird sie diesem jedenfalls überall explizit eingeräumt.¹¹⁶ Einige Organisationsgesetze normieren darüber hinaus ausdrücklich, dass der Präsident das Landesverwaltungsgericht nach außen vertritt.¹¹⁷

Als Leitungsorgan obliegen dem Präsidenten typische Leitungsaufgaben. Die einzelnen Organisationsgesetze sind sich hier sehr ähnlich. So obliegt dem Präsidenten durchwegs¹¹⁸ die nähere Regelung des Dienstbetriebs (dazu gehören etwa die Regelung des Postlaufs, die Bestimmung der Verhandlungstage oder die Regelung der Dienstzeiten der Landesverwaltungsrichter und des sonstigen Personals, letzteres hinsichtlich der Landesverwaltungsrichter allerdings nur in jenen Ländern, die das richterliche Personal einem Dienstzeitregime unterwerfen), weiters die Leitung der Geschäftsstelle und der Evidenzstelle, wobei teilweise ausdrücklich vorgesehen ist, dass diese Aufgaben dem Vizepräsidenten oder auch einem anderen Landesverwaltungsrichter übertragen werden können. Schließlich hat der Präsident naturgemäß Aufgaben als Dienstvorgesetzter über das richterliche und das sonstige Personal, was die Handhabung der Dienstaufsicht impliziert.

Länderweise relativ große Unterschiede bestehen in Bezug auf die dem Präsidenten gesetzlich übertragenen dienstbehördlichen Befugnisse. Nach dem Tir LVwGG kommen ihm derartige Befugnisse über das richterliche und das sonstige Personal vor allem insoweit zu, als es sich um regelmäßig anfallende Aufgaben, deren Handhabung notwendige Voraussetzung zur Gewährleistung eines funktionierenden Gerichtsbetriebes ist und die umgekehrt auch dessen genaue Kenntnis voraussetzen, handelt.¹¹⁹ So obliegt dem Präsidenten beispielsweise die Untersagung und Genehmigung von Nebenbeschäftigungen, die Entbindung von der Amtsverschwiegenheit, die Anordnung von Überstunden, die Gewährung von Dienstfreistellungen, die Urlaubsgewährung und dergleichen.¹²⁰ Vergleichsweise weitreichende Übertragung

115 Vgl *Ranacher*, Organisation 172 und 187; *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 14.

116 Vgl stellvertretend für alle etwa § 8 Abs 1 Tir LVwGG.

117 Vgl etwa § 6 Abs 1 und 5 Ktn LVwGG, § 4 Abs 1 und 5 OÖ LVwGG; siehe auch die Regierungsvorlage eines 2. Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetzes (RV 388/13), nach dessen Art 1 das Tir LVwGG in einigen Punkten geändert werden soll; nach § 8 Abs 1 idF der Z 1 leg cit vertritt der Präsident das Landesverwaltungsgericht nach außen, nach § 8 Abs 4 idF der Z 2 leg cit sind ihm Presseaussendungen und dergleichen ausdrücklich vorbehalten.

118 Vgl exemplarisch § 8 Abs 2 Tir LVwGG.

119 Vgl dazu auch die Erläuternden Bemerkungen zum Tir LVwGG, RV 558/12, 20 f.

120 Vgl im Einzelnen die taxative Aufzählung in § 8 Abs 3 Tir LVwGG.

gen dienstbehördlicher Befugnisse finden sich auch in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen von Kärnten, Oberösterreich und Vorarlberg.¹²¹ Grundsätzlich ist es dabei dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des jeweiligen Organisationsgesetzgebers überlassen, ob und in welchem Ausmaß dem Präsidenten dienstbehördliche Befugnisse übertragen werden. Die maßgebende verfassungsgesetzliche Schranke bildet jedoch die nach Art 21 Abs 3 B-VG zwingend vorgegebene Diensthoheit der Landesregierung, in deren Kernbereich dadurch nicht eingegriffen werden darf.¹²²

D) Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit – Sonderdienstrecht

Wie bereits erwähnt, haben Landesverwaltungsrichter anders als Richter im Rahmen der Gerichtsbarkeit des Bundes ein (Richter-) Dienstverhältnis zum betreffenden Land. Auch wenn mit dem Richteramt üblicherweise ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis assoziiert wird, ist dies bundesverfassungsrechtlich nicht zwingend. Für die Landesverwaltungsrichter ergibt sich dies nicht zuletzt auf Grund des Art 134 Abs 7 zweiter Satz B-VG, der im Zusammenhang mit der gesetzlich festzulegenden Altersgrenze nicht nur auf den Übertritt in den dauernden Ruhestand, was ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis impliziert, sondern alternativ auch auf das Enden des (privatrechtlichen) Dienstverhältnisses abstellt.¹²³

Tatsächlich sehen jedoch die einschlägigen Landesgesetze durchwegs ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vor, womit dem tradierten „Richterbild“ entsprochen wird. Eine Ausnahme bildet in gewisser Weise Vorarlberg, das – wie schon derzeit für die Mitglieder des dortigen Unabhängigen Verwaltungssenates – für Landesverwaltungsrichter, die im Zeitpunkt ihrer Ernennung nicht bereits in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land stehen, ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis „sui-generis“ vorsieht. Das Dienstverhältnis dieser Landesverwaltungsrichter besteht nämlich unbeschadet seines öffentlich-rechtlichen Charakters nur für die Dauer der Ernennung.¹²⁴

121 Vgl im Einzelnen § 6 Abs 1 lit f Ktn LVwGG, § 4 Abs 2 OÖ LVwGG, § 18 Abs 2 und § 19 Abs 2 VlbG LVwGG.

122 Vgl dazu auch oben II.C.2.

123 Dazu auch *Ranacher*, Organisation 180, und *Segalla*, Stellung 152.

124 Vgl im Einzelnen § 17 Abs 2 iVm § 19 VlbG LVwGG.

Freilich bedarf es selbst im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses einer Reihe von dienstrechtlichen Sondervorschriften, um die richterliche Unabhängigkeit der Landesverwaltungsrichter zu gewährleisten. Diese betreffen insbesondere die Beförderung, soweit eine solche vorgesehen ist, das Disziplinarrecht und die Dienstbeurteilung. Während auf die Beförderung ein Rechtsanspruch bestehen muss,¹²⁵ was „Ermessensbeförderungen“ ausschließt, zählen die Handhabung des Disziplinarrechtes und die Dienstbeurteilung zu den bereits erwähnten „innersten Gerichtsangelegenheiten“, die dementsprechend von kollegialen Justizverwaltungsorganen des jeweiligen Landesverwaltungsgerichts zu besorgen sind.¹²⁶

Ebenso offenkundig ist, dass im Rahmen eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses noch weit umfangreichere Sondervorschriften zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit notwendig wären (diese würden insbesondere einen absoluten Kündigungsschutz und die Bindung der Entlassung an eine vorherige kollegiale Justizverwaltungsentscheidung über die Amtsenthebung erfordern¹²⁷).

Der Versetzungsschutz relativiert sich bei Landesverwaltungsrichtern insofern, als eine Versetzung anders als im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Grund der Organisation der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit praktisch nicht in Betracht kommt. Landesverwaltungsrichter haben nämlich ein Dienstverhältnis zum jeweiligen Land, was einer Versetzung an das Landesverwaltungsgericht eines anderen Landes per se ausschließt. Da in jedem Land weiters nur ein Landesverwaltungsgericht besteht, kommt eine Versetzung auch im Bereich des jeweiligen Landes praktisch nicht in Betracht.¹²⁸ Dagegen gilt der Schutz davor, abgesetzt zu werden, für Landesverwaltungsrichter uneingeschränkt. Stellvertretend kann hier auf § 6 Abs 3 Tir LVwGG verwiesen werden, der einen taxativen Katalog der in Betracht

125 Vgl etwa § 28 Abs 1 Tir LVwGG.

126 Eine alternative Lösung besteht darin, einzelne dieser Angelegenheiten, wenn sie sich ihrem Wesen nach für eine monokratische Aufgabenbesorgung eignen, dem insofern gesetzlich weisungsfrei gestellten Präsidenten zu übertragen, wie das zB in ÖÖ hinsichtlich der Dienstbeschreibung geschehen ist (vgl § 4 Abs 2 Z 3 ÖÖ LVwGG); zur gesetzlichen Weisungsfreistellung allgemein siehe schon oben II.D.2.

127 Vgl in diesem Zusammenhang etwa die §§ 16 Abs 2 und 22 Abs 2 und 3 des Gesetzes über den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol, LGBl 74/1990, zuletzt geändert durch LGBl 52/2007; allerdings verfügten dessen Mitglieder stets über öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse.

128 Anderes mag gelten, wenn etwa wie in NÖ Außenstellen bestehen; es ist davon auszugehen, dass in diesem Fall der Versetzungsschutz des Art 88 Abs 2 B-VG greift, und zwar im Verhältnis (zentrales) Gericht/Außenstelle ebenso wie im Verhältnis der Außenstellen zueinander.

kommenden Amtsenthebungsgründe vorsieht.¹²⁹ Eben diese Amtsenthebung darf nur die Folge eines „förmlichen richterlichen Erkenntnisses“ sein, was eine gerichtliche Entscheidung im Rahmen des jeweiligen Landesverwaltungsgerichtes erfordert. Alle Landesverwaltungsgerichtsgesetze außer Wien¹³⁰ weisen diese Zuständigkeit auf Grund der Tragweite dieser Entscheidung – dem Vorbild des VwGG folgend¹³¹ – der Vollversammlung¹³² oder dem Personalausschuss bzw Personal- und Geschäftsverteilungsausschuss¹³³ zu.¹³⁴

Auch eine vorzeitige Ruhestandsversetzung aus Gründen des Alters kommt bei Landesverwaltungsrichtern nicht in Betracht. Hier greift Art 88 Abs 1 B-VG in Verbindung mit Art 134 Abs 7 zweiter Satz B-VG. Wie für „Bundesrichter“ ist einfachgesetzlich die Altersgrenze zu bestimmen, mit deren Erreichung Landesverwaltungsrichter in den dauernden Ruhestand treten oder ihr Dienstverhältnis endet. Die „Besonderheit“ besteht bei Landesverwaltungsrichtern aber darin, dass diese Altersgrenze nicht bundesgesetzlich, sondern eben landesgesetzlich bestimmt wird. Die einzelnen Landesverwaltungsgerichtsgesetze setzen diese Altersgrenze durchwegs mit dem derzeitigen Regelpensionsalter für Landesbeamte, das ist der Ablauf des Jahres bzw Monats, in dem der betreffende Landesverwaltungsrichter das 65. Lebensjahr vollendet hat, fest. Vorarlberg hat sich hingegen als Altersgrenze für den Ablauf jenes Monats entschieden, in dem das Mitglied des Landesverwaltungsgerichts das 68. Lebensjahr vollendet.¹³⁵

E) Spruchkörper, Geschäftsverteilung, Rechtspfleger

Nach Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG erkennen die Landesverwaltungsgerichte durch Einzelrichter. Dieses Primat der Einzelrichterent-

129 Dazu kommt nur der Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses nach § 6 Abs 2 lit a, die jedoch – außer im Fall der Auflösung aufgrund eines Willensaktes des betreffenden Landesverwaltungsrichters – nur die Folge einer disziplinären Verurteilung sein kann (Disziplinarstrafe der Entlassung).

130 Hier bedarf es eines Erkenntnisses des nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senates (vgl § 8 Abs 1 Z 2 Wr LVwGG).

131 § 7 Abs 2 VwGG.

132 § 7 Abs 2 Z 6 Bgld LVwGG, § 9 Abs 2 Z 1 Sbg LVwGG, § 9 Abs 3 lit a Tir LVwGG, § 7 Abs 2 lit e VlbG LVwGG.

133 § 8 Abs 4 lit d Ktn LVwGG, § 9 Abs 8 Z 2 NÖ LVwGG, § 6 Abs 2 Z 2 OÖ LVwGG, § 10 Abs 10 Z 3 Stmk LVwGG.

134 Zur Problematik dieser Aufgabenzuweisung aus verfassungsrechtlicher Sicht vgl Ranacher, Organisation 191 f mwN.

135 § 5 Abs 2 lit a VlbG LVwGG.

scheidung ist jedoch durch die nach dem zweiten Satz leg cit eingeräumte Möglichkeit der Schaffung von Senatszuständigkeiten durch Verfahrens- oder Materiengegesetz, gegebenenfalls auch mit einer Beteiligung von fachkundigen Laienrichtern, durchbrochen.¹³⁶

Das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz¹³⁷ sieht keine Senatszuständigkeiten vor. Wohl aber ist dies materiengesetzlich verschiedentlich der Fall. In Tirol gibt es Senatszuständigkeiten etwa im Rahmen des Dienst- und des Disziplinarrechtes, wobei diesen Dienstrechtssenaten jeweils auch ein auf Vorschlag des zuständigen Personalvertretungsorganes bzw der Gewerkschaft zu bestellender fachkundiger Laienrichter angehört.¹³⁸ Darüber hinaus sieht die Regierungsvorlage eines 2. Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetzes im Bereich der Vergabenachprüfung eine Senatszuständigkeit vor, allerdings ohne Laienrichterbeteiligung.¹³⁹

Unabhängig von der Art des Spruchkörpers (Einzelrichter oder Senat) gilt der Grundsatz der festen Geschäftsverteilung.¹⁴⁰ In diesem Sinn darf nach Art 135 Abs 3 B-VG eine nach der Geschäftsverteilung einem Landesverwaltungsrichter zufallende Sache diesem nur durch das gemäß Abs 2 zuständige Organ – das ist die Vollversammlung oder ein Ausschuss – und nur im Fall seiner Verhinderung oder dann abgenommen werden, wenn er wegen des Umfangs seiner Aufgaben an deren Erledigung innerhalb einer angemessenen Frist gehindert ist. Die Organisationsgesetze haben diese verfassungsgesetzliche Garantie umzusetzen.¹⁴¹

Nach Art 135a B-VG kann organisationsgesetzlich nach dem Vorbild der Zivilgerichtsbarkeit der Einsatz von Rechtspflegern für bestimmte

136 Zum Inhalt des Art 135 Abs 1 B-VG und zu den sich daraus ergebenden schwierigen Fragen zur Reichweite der Kompetenz des Organisationsgesetzgebers zur Festlegung der Senatsgröße und ihrer Abgrenzung zur Kompetenz des Materiengegesetzgebers zur Festlegung der Anzahl der in einem Senat ggf mitwirkenden fachkundigen Laienrichter siehe schon oben II.B.1.

137 BGBl I 33/2013, idF BGBl I 122/2013.

138 Vgl § 87a Landesbeamtengesetz 1998, §§ 70a und 72 Beamten- und Lehrer- Kranken- und Unfallfürsorgegesetz 1998, § 17a Gemeindebeamtengesetz 1970, § 87a Gemeindebeamtengesetz 1970 sowie § 20a Tiroler Landeslehrer-Diensthoheitsgesetz 1998, alle idF des Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetzes, LGBl Nr 150/2012. Dazu auch *Ranacher*, Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform als Verwaltungsstrukturreform und legitistische Herausforderung, ZfV 2013, 359 (364).

139 § 2 Abs 2 des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2006 idF des Art 67 Z 4 des 2. Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetzes (RV).

140 Vgl dazu etwa *Thienel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 19 ff.

141 Vgl etwa § 5 Abs 3 iVm § 10 Abs 8 lit d Tir LVwGG.

Angelegenheiten vorgesehen werden. Von dieser Möglichkeit hat bislang nur Wien Gebrauch gemacht.¹⁴² Noch nicht gänzlich geklärt scheint, welche Art von Aufgaben Rechtspflegern bei Rechtsmittelgerichten, wie es die Landesverwaltungsgerichte sind, überhaupt übertragen werden dürfen und in welchem Ausmaß dies – im Verhältnis zu den dem Landesverwaltungsgericht insgesamt zukommenden Aufgaben – verfassungsrechtlich zulässig ist.¹⁴³ Diese Fragen sind aktuell Gegenstand eines Normprüfungsverfahrens zum Wr LVwGG vor dem Verfassungsgerichtshof, dessen Ausgang diesbezüglich wegweisend sein dürfte.¹⁴⁴

IV. Fazit und Schlussbemerkungen

Der vorstehende Überblick hat gezeigt, dass das einleitend dargestellte, relativ enge bundesverfassungsgesetzliche Korsett für die Organisation der Verwaltungsgerichte erster Instanz auf die Organisationsgesetze der Länder durchschlägt. Folglich gleichen sich alle Landesverwaltungsgerichtsgesetze in ihren grundlegenden Strukturen, was zum Teil auch dem Umstand geschuldet sein dürfte, dass sie sich durchwegs auch am bewährten Organisationsrecht für die Unabhängigen Verwaltungssenate, das in seinen grundlegenden Strukturen ebenfalls recht homogen ist, orientieren. Zu dieser Homogenität im Grundsätzlichen dürfte schließlich auch die gemeinsame Beratung von grundlegenden Fragen der Organisation der Landesverwaltungsgerichte in der bereits genannten Länderarbeitsgruppe beigetragen haben.¹⁴⁵

Unterschiedliche Wege werden von den Ländern vor allem bei der organisationsgesetzlichen Lösung von Fragen beschritten, die sich vor dem Hintergrund einer mitunter (noch) nicht ganz klaren Bundes-

142 Vgl § 2 Abs 1, § 4 und §§ 25 und 26 Wr LVwGG.

143 Hier sei insbesondere auf die umfassende Untersuchung von *Kolonovits*, Die „neuen“ Rechtspfleger bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz (Art 135a B-VG) im Lichte des Art 6 EMRK, in: *GedS Walter* (2013) 321, verwiesen; zur Thematik und jeweils einzelnen damit zusammenhängenden Fragestellungen vgl auch *Ranacher*, Organisation 194 ff, *Segalla*, Stellung 158, *Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 29 (46).

144 VfGH G 46/2013; das Normprüfungsverfahren geht auf einen sog „Drittelantrag“ nach Art 140 B-VG von Abgeordneten des Wiener Landtages zurück. Mit einer Entscheidung des VfGH wird wohl noch im Lauf des Jahres 2013 zu rechnen sein.

145 Siehe oben in FN 5. Auch diese Beratungsergebnisse sind naturgemäß in die jeweiligen Entwürfe eingeflossen.

verfassungsrechtslage stellen (wie zB hinsichtlich der Senatsgröße oder einzelnen Aspekten der Organisation der Justizverwaltung). Das scheint uns aber – wie die durchwegs innovativen Zugänge der Landesgesetzgeber zu diesen Fragen zeigen – im Hinblick auf die Suche nach der besten Lösung gerade kein Nachteil bzw Regelungsdefizit zu sein. Unterschiede finden sich darüber hinaus in zahlreichen Regelungsdetails, die freilich zum Teil wiederum auf bereits länderspezifisch gewachsene Strukturen im Bereich der Unabhängigen Verwaltungssenate zurückzuführen sind (wie zB die Einrichtung von Außenstellen in Niederösterreich oder unterschiedliche Verfahren für die Wahl richterlicher Kollegialorgane oder die Erlassung der Geschäftsverteilung).

Unterschiede zeigen sich naturgemäß auch in den seit der Aufhebung des sogenannten dienstrechtlichen Homogenitätsgebots insbesondere durch die Einführung funktionsbezogener und leistungsorientierter Entlohnungssysteme in nahezu allen Ländern modernisierten und weiterentwickelten Dienstrechten.¹⁴⁶ Allerdings gehen diese Unterschiede hinsichtlich der Landesverwaltungsrichter kaum substanziell über die vor diesem Hintergrund an sich gegebenen Unterschiede der einzelnen Dienstrechte zueinander hinaus.

Der verschiedentlich geäußerten Kritik an den – organisations- wie dienstrechtlich – festzustellenden Regelungsunterschieden ist entgegenzuhalten, dass diese letztlich Ausfluss der konsequent bundesstaatlichen Organisation der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz durch den Bundesverfassungsgesetzgeber und damit in gewisser Weise „systemimmanent“ sind. Verfassungsrechtlich relevante Regelungsdefizite ergeben sich (allein) aus diesem Umstand weder unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten¹⁴⁷ noch im Hinblick auf die erforderliche Gewährleistung der Garantien der richterlichen Unabhängigkeit der Landesverwaltungsrichter.¹⁴⁸ Dies gilt gerade auch für die bisweilen im Zentrum rechtspolitischer Kritik stehende unterschiedliche Besoldung der Verwaltungsrichter erster Instanz im Bund und in den einzelnen Ländern, die eben auch in Bezug auf diese

146 Vgl dazu *Bußjäger* (Hg), Dienstrechtsreformen im Bundesstaat (2007) und *Weichselbaum*, Dienst- und Personalvertretungsrecht Rz 154 ff.

147 Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH sind bekanntlich länderspezifische Regelungen einem bundesstaatlichen System immanent, sodass daraus nicht die Unsachlichkeit einer landesgesetzlichen Regelung abgeleitet werden kann, die für sich betrachtet sachlich ist (zB VfSlg 9804/1983).

148 Entscheidend ist hier allein, ob die jeweils in Betrachtung gezogene landesgesetzliche Regelung den durch Art 87 und 88 B-VG vorgegebenen Anforderungen genügt oder nicht.

Gruppe von öffentlich Bediensteten die allgemein zu beobachtenden Unterschiede der Besoldungssysteme von Bund und Ländern einschließlich des jeweiligen Entlohnungsniveaus widerspiegelt.¹⁴⁹

Das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte ist rechtzeitig vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 am 1. Jänner 2014 durch die entsprechenden landesgesetzlichen Ausführungsregelungen konstituiert worden. In Bezug auf – zum Teil auch in diesem Beitrag aufgezeigte – offene Fragen bleibt wohl eine Klärung durch die Höchstgerichte bzw den Bundesverfassungssetzgeber abzuwarten. Ungeachtet dessen stellt das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte für diese eine taugliche Grundlage dar, um ihre Konstituierung rechtzeitig bis Jahresende 2013 abzuschließen und am 1. Jänner 2014 ihre Arbeit aufnehmen zu können.

¹⁴⁹ Auf die Gruppe der Verwaltungsrichter erster Instanz reduzierte bundesweite Vergleiche des Besoldungsniveaus sagen daher über die Sachgerechtigkeit einer bestimmten Entlohnungshöhe für sich genommen nichts aus, lässt sich diese doch immer nur im Rahmen des jeweiligen Besoldungssystems und seiner für die Entlohnung maßgeblichen Determinanten sowie unter Einbeziehung des dadurch vorgegebenen Besoldungsgefüges im Bundes- bzw im jeweiligen Landesdienst insgesamt beurteilen.

Das Amt der Landesregierung und seine (neue) Rolle

I. Einleitung

Auf die Bedeutung der – unter nicht unwesentlicher Mitwirkung der Länder zustande gekommenen – Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51/2012, und die mit dieser einhergehenden Änderungen der österreichischen Rechtsordnung – handelt es sich bei dieser Novelle doch um eine der grundlegendsten Staats- und Rechtsschutz-reformen seit Inkrafttreten der österreichischen Bundesverfassung – wurde bereits vielerorts hingewiesen. Gegenstand dieser Beiträge waren dabei insbesondere die durch die Novelle bedingten verfas-sungsrechtlichen Neuerungen, wie die Einführung einer Gerichts-barkeit der Länder oder des Revisionsmodells an den Verwaltungsge-richtshof sowie Fragen des Organisations- und Verfahrensrechts der Verwaltungsgerichte.¹ Dass diese Rechtsschutzreform darüber hinaus einen Systemwandel in dem Sinn mit sich bringt, dass die Relation zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit grundlegend verändert wird, fand in der Diskussion bisher hingegen kaum Beachtung.² Doch die Einrichtung von prinzipiell allzuständigen Verwaltungsgerichten und das – prinzipielle – Absehen vom administrativen Instanzenzug fordern ein Überdenken der Funktion Verwaltung. Sowohl das von der Verwaltung als auch von der Gerichtsbarkeit wahrzunehmende Aufgabenspektrum gestaltet sich neu; mit der Konsequenz, dass auch die Rolle des Amtes der Landesregierung beginnend mit 1. Jänner 2014 neu zu definieren ist.

Bei all dem ist hervorzuheben, dass die Zeitschiene von der end-gültigen Beschlussfassung über die notwendigen legislatischen und faktischen Umsetzungsmaßnahmen überaus ambitioniert war und ist. Vor allem vor dem Hintergrund von vier Landtagswahlen und der

1 Vgl statt vieler zB *Fischer*, Die Einrichtung von Verwaltungsgerichten I. Instanz, JRP 2012, 170, *Hauer*, Die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 27, *Leeb*, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kog-nitionsbefugnis, *ibidem* 85; zur Entstehungsgeschichte vgl *Steiner*, Das Projekt „zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit“, *ibidem* 1.

2 Vgl dazu einige wenige Anmerkungen von *Öhlinger*, Abschied von den UVS, ZUV 2012, 51 (55 f).

Nationalratswahl im Jahr 2013 und dem mit dem Enden der Gesetzgebungsperioden verbundenen engen Zeitkorsett standen und stehen wir in einem „Megaprojekt“.

Um den gerade angesprochenen Rollenwechsel besser nachvollziehen zu können, sollen den nachstehenden Ausführungen einleitend einige grundlegende Informationen zum Amt der Landesregierung vorangestellt werden.

II. Das Amt der Landesregierung als Geschäftsapparat

Anders als etwa für den Bereich der Bundesministerien und den diesen unterstellten Ämtern (vgl Art 77 B-VG) oder für den Bereich der Bezirkshauptmannschaften (§ 8 Abs 5 lit b ÜG 1920) findet sich für die Ämter der Landesregierungen keine Umschreibung ihrer Funktion in den bundesverfassungsgesetzlichen Bestimmungen; weder Art 106 B-VG noch § 8 Abs 5 lit a ÜG 1920 oder das BVG ÄmterLReg enthalten eine solche. Die vom Amt der Landesregierung wahrzunehmenden Aufgaben lassen sich jedoch indirekt aus den beiden letztgenannten Vorschriften ableiten: Das Amt der Landesregierung ist der gemeinsame, einheitliche und einzige Geschäftsapparat der Landesregierung (oder des sachlich zuständigen Regierungsmitglieds³) und des Landeshauptmannes zur Besorgung aller Angelegenheiten, die in deren jeweilige Zuständigkeit fallen⁴. Dem Amt der Landesregierung obliegen demzufolge unter der Leitung der Landesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder die Besorgung der Geschäfte der Landesverwaltung und unter der Leitung des Landeshauptmannes die Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung;⁵ es stellt damit den (administrativen) Hilfsapparat der Landesregierung und des Landeshauptmannes dar.⁶

3 Die Zulässigkeit der monokratischen Aufgabenerledigung ist aus § 3 BVG Ämter LReg abzuleiten.

4 Das Amt der Landesregierung ist auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung der durch die Bundesverfassung vorgegebene Geschäftsapparat; so *W. Pesendorfer*, Der Landeshauptmann (1986) 178 (FN 558) und diesem folgend *Wielinger*, § 8/5 lit a und b ÜG 1920, in: *Korinek/Holoubek* (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2011) Rz 8 (FN 6).

5 Statt vieler *Pernthaler*, Der Landesamtsdirektor als „Leiter des inneren Dienstes“ des Amtes der Landesregierung, JBl 1982, 337 (337), *Bauer*, Amt der Landesregierung, in: *Pürgy* (Hg), Das Recht der Länder, Band I (2012) 423 (Rz 10).

6 Zur Frage der Zulässigkeit der „Ausgliederung“ einer Besorgung von Angelegenheiten vgl die ausführliche Darstellung bei *Wielinger*, § 8/5 lit a und b ÜG 1920 Rz 16 ff.

Vorstand des Amtes der Landesregierung ist der Landeshauptmann (vgl § 1 Abs 1 und 2 B-VG ÄmterLReg).⁷ Die Leitung des inneren Dienstes⁸ obliegt – unter der Aufsicht des Landeshauptmannes – gemäß Art 106 B-VG hingegen dem Landesamtsdirektor; einem rechtskundigen⁹ Verwaltungsbeamten. Anders als die Ministerien auf Bundesebene haben die Ämter der Landesregierungen somit eine „beamtete Spitze“¹⁰, die Einrichtung eigener „Landesministerien“ wäre verfassungsrechtlich unzulässig.

III. Die (neue) Rolle des Amtes der Landesregierung

Soll die (neue) Rolle der Ämter der Landesregierungen näher beleuchtet werden, ist zunächst eine Differenzierung in zweierlei Hinsicht wie folgt vorzunehmen: Zum einen ist auf den Umstand hinzuweisen, welche Chance die durch bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben – ursprünglich nur als Provisorium¹¹ geschaffene – Einheits„behörde“ im Bereich der Verwaltungsreform eröffnet, und zum anderen gilt es das – zumindest zum Teil – geänderte „Rollenverständnis“ des Amtes der Landesregierung beginnend mit der Einführung der Verwaltungsgerichte ab 1. Jänner 2014 darzustellen.

A) *Das Amt der Landesregierung und seine Bedeutung für die Realisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Landesebene*

Die eingangs beschriebenen bundesverfassungsgesetzlichen Vorgaben lassen den Ländern nur geringen Spielraum zur Regelung organisatorischer Fragen des Amtes der Landesregierung. Wegen ihrer Regelungsdichte – insbesondere im Vergleich zu jener betreffend die

7 Zum Inhalt dieser Funktion vgl *Wielinger*, § 8/5 lit a und b ÜG 1920 Rz 29 ff, *Bauer*, Amt Rz 17 ff.

8 Der innere Dienst umfasst den Einsatz aller personeller und sachlicher Mittel, die zur Besorgung der Aufgaben erforderlich sind; *W. Pesendorfer*, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung (1981) 43 ff.

9 Rechtskundig bedeutet, den erfolgreichen Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Studiums; vgl dazu näher *Wielinger*, Art 106 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2011) Rz 29.

10 Als Ausgleich zu dieser „beamteten Spitze“ dient die Funktion des Landeshauptmannes als Vorstand des Amtes der Landesregierung. Seine Vorstandsfunktion soll die Letztverantwortung für den inneren Dienst durch ein demokratisch legitimes Leitungsorgan sicherstellen (*Bauer*, Amt Rz 18, *Wielinger*, Art 106 B-VG Rz 32).

11 Vgl dazu *Wielinger*, § 8/5 lit a und b ÜG 1920 Rz 3.

Ministerien auf Bundesebene, dort fehlen solche Vorgaben gänzlich – wurden diese mitunter kritisiert und deren – zumindest teilweiser – Entfall gefordert.¹² Letztlich ist diesem Korsett aber die Schaffung eines einheitlichen Apparates zur Besorgung der Angelegenheiten der Landesverwaltung sowie der mittelbaren Bundesverwaltung zu entnehmen, die sich im Fall einer Verwaltungsreform im Ausmaß wie jener der Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit von erheblichem Vorteil erweist.

Anders als die Bundesebene, die durch das Ressortsystem aus mehreren nebeneinander bestehenden Ministerien besteht, können die Länder auf eine zentrale Einheit zurückgreifen, die vom Landeshauptmann und dem Landesamtsdirektor geleitet wird und bei der daher die geforderten Umsetzungsmaßnahmen konzentriert werden können. Sowohl bei der Realisierung des Projekts Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Landesebene auftretende administrative Fragestellungen – zB wie kann eine solch umfassende Novelle des Landesrechtes bestens bewerkstelligt werden – als auch Aufgabenstellungen fachlicher Natur – zB welche Änderungen sind in welchem Umfang in den Rechtsvorschriften vorzunehmen – können ebenso zentralisiert wahrgenommen und beantwortet werden wie allenfalls mit dieser Novelle einhergehende notwendige innerdienstliche (organisatorische und personelle) Maßnahmen. Gerade die dem Landesamtsdirektor von Verfassungen wegen zuerkannte Rolle als Leiter des inneren Dienstes, womit diesem die Wahrung der Einheitlichkeit des Amtes sowie die Sicherstellung des Funktionierens der Aufgabenbesorgung in den Organisationseinheiten und den nachgeordneten Dienststellen obliegt, erweist sich diesfalls als hilfreich. Unübersichtlichkeiten, Doppelgleisigkeiten und unterschiedliche Lösungen und Formulierungen, die bei Gesetzen sogar zu rechtlichen Schwierigkeiten (auf Grund unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten) führen können, können hintangehalten und die Vergeudung von Ressourcen vermieden werden.¹³ Ein Nutzen, der angesichts des Ausmaßes der durch die B-VG-Novelle, BGBl I 51/2012, bedingten Anpassungen – in Oberösterreich sind ca 120 Landesgesetze betroffen – keineswegs außer Acht gelassen werden darf.

12 Von Seiten der Länder wurde etwa der Entfall der Zustimmungsrechte der Bundesregierung bei Erlassung und Änderung der Geschäftseinteilung und der Geschäftsordnung des Amtes der Landesregierung gefordert; *Wielinger*, § 8/5 lit a und b ÜG 1920 Rz 77.

13 *Bauer*, Amt Rz 28.

B) Die neue Rolle des Amtes der Landesregierung

1. Entfall des administrativen Instanzenzuges und der aufsichtsbehördlichen Vorstellung

Wie bereits eingangs erwähnt, erfolgt die Aufgabenbesorgung der Angelegenheiten der Landesregierung, ihrer einzelnen Mitglieder sowie jene des Landeshauptmannes durch das Amt der Landesregierung. Veränderungen im Aufgabenbereich der Landesregierung oder des Landeshauptmanns wirken sich damit unmittelbar auf den Aufgabenbereich des Amtes der Landesregierung aus und können folglich die Rolle des Amtes der Landesregierung modifizieren. Letzteres ist durch die Einführung des Modells der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und dem damit einhergehenden Bekenntnis zum grundsätzlichen – im Bereich des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde ist ein innergemeindlicher Instanzenzug noch vorgesehen, der vom Materiengesetzgeber jedoch ausgeschlossen werden kann (vgl Art 118 Abs 4 B-VG) – Entfall des administrativen Instanzenzuges in der Landes- und der Bundesverwaltung geschehen:

Gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit. Ein dem bisherigen Einleitungssatz des Art 129a B-VG bei den Unabhängigen Verwaltungssenaten vorgesehener vergleichbarer Passus *„nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges soweit ein solcher in Betracht kommt“* fehlt. Obwohl für die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz nicht zwingend erforderlich, bekannte sich der Bundesverfassungsgesetzgeber – zu Recht – zum Entfall des administrativen Instanzenzuges, zumal dessen Beibehaltung mit finanziellen Mehrbelastungen und einer Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden gewesen wäre.¹⁴ Beginnend mit 1. Jänner 2014 wird es demnach – außer im eigenen

14 RV 1618 BlgNR 24. GP, 4. Gründe der Verwaltungsvereinfachung und der Verfahrensbeschleunigung lagen etwa auch der B-VG-Novelle, BGBl 444/1974, zu Grunde, mit der in der mittelbaren Bundesverwaltung ein in der Regel zweigliedriger Instanzenzug eingeführt wurde (RV 182 BlgNR 23. GP, 8 f, 23 f). Bis dahin war zB in Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereichs der Gemeinde ein vergliedriger Instanzenzug (Bürgermeister – Bezirkshauptmannschaft – Landeshauptmann – Bundesminister) keine Seltenheit. Angelegenheiten, die wegen ihrer Bedeutung unmittelbar vom Bundesminister zu vollziehen waren, wurden hingegen von nur einer Instanz entschieden. Diese nicht immer offenkundig nachvollziehbare Differenzierung – betrachtet man diese Konstellationen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes – entfiel mit BGBl 444/1974. Die Einführung allzuständiger Verwaltungsgerichte bei gleichzeitigem Entfall administrativer Instanzenzüge führt diese Gedanken ebenso fort.

Wirkungsbereich der Gemeinde – nur eine einzige Verwaltungsinstanz geben. Jede Verwaltungsbehörde entscheidet als erste und zugleich letzte Instanz; ihr Bescheid ist mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht und nicht länger mit Berufung an eine übergeordnete Verwaltungsbehörde zu bekämpfen.

Dieser bundesverfassungsgesetzlich verankerte Systemwechsel bedingt ein Umdenken, zumal bisher für den Bundes- und Landesbereich jahrzehntelang bestehende Instanzenzüge entfallen. War bisher unter Zugrundelegung des Art 103 Abs 4 B-VG¹⁵ in der Regel der Landeshauptmann Berufungsbehörde in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung, so ist diese Zuständigkeit ebenso beseitigt wie jene der Landesregierung im Bereich der Landesverwaltung. Der sowohl in der mittelbaren Bundesverwaltung als auch in der Landesverwaltung grundsätzlich bestehende zweigliedrige Instanzenzug entfällt; sämtliche Berufungszuständigkeiten des Landeshauptmannes sowie der Landesregierung werden obsolet. Neben den behördlichen Entscheidungsträgern Landeshauptmann und Landesregierung wirkt sich der Wegfall dieser Zuständigkeiten unmittelbar auf das Amt der Landesregierung aus, das – wie oben dargelegt – mit der Aufgabenbesorgung der beiden Organe betraut ist, zumal behördliche Berufungsentscheidungen beim Amt der Landesregierung für diese Entscheidungsträger nicht länger auszuarbeiten sind.¹⁶

Ähnliches gilt für den Bereich der Gemeindeverwaltung. Auch hier kommt es infolge der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 zu „Zuständigkeitsverlusten“ und zwar sowohl im Bereich des übertragenen als auch des eigenen Wirkungsbereiches. Die erstinstanzliche Zuständigkeit für Angelegenheiten des übertragenen Wirkungsbereiches der Gemeinde ist bereits von Verfassungs wegen festgelegt; Art 119 Abs 2 B-VG überträgt diese dem Bürgermeister. Nach bisheriger Rechtslage konnten dessen Rechtsakte direkt bei den staatlichen Behörden angefochten werden, wobei sich der administrative Instanzenzug primär nach der Zugehörigkeit der Angelegenheit zur Bundes- oder Landesvollziehung richtete.¹⁷ Für den Bereich der Bundesverwaltung ging der Verfas-

15 In konsequenter Fortführung dieses Systemwechsels tritt Art 103 Abs 4 B-VG mit 1.1.2014 außer Kraft; also jene Bestimmung, die den administrativen Instanzenzug in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung regelte und die Basis für die Rechtsmittelzuständigkeit des Landeshauptmannes in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung bildete.

16 Die Vorbereitung behördlicher Entscheidungen durch das Amt erfolgt künftig ausschließlich in Fällen einer erst- und damit zugleich letztinstanzlichen Zuständigkeit des Landeshauptmannes oder der Landesregierung.

17 *Oberndorfer*, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts, in: Klug/Oberndorfer/Wolny (Hg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) Rz 149.

sungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung¹⁸ davon aus, dass der Grundsatz der mittelbaren Bundesverwaltung auch in jenen Fällen gilt, in denen in erster Instanz ein Selbstverwaltungskörper entscheidet. Soweit daher ein Instanzenzug an ein Organ der staatlichen Verwaltung eröffnet wurde und kein abweichender Rechtszug bestimmt wurde, ging dieser an den Landeshauptmann. Ähnliches galt für den Landesvollzugsbereich; auch in diesem war die Landesregierung – gegebenenfalls nach einer ausdrücklichen „Zwischeninstanz“ wie der Bezirkshauptmannschaft gemäß § 95 Abs 2 Oö GemO 1990 – vorgesehen. Bedenkt man, dass ausschließlich für den eigenen Wirkungsbereich eine Ausnahme vom Entfall des administrativen Instanzenzuges festgelegt wurde, entfallen künftig auch diese Berufungszuständigkeiten des Landeshauptmannes und der Landesregierung und damit folglich deren Aufgabenbesorgung durch das Amt der Landesregierung.

Weiterhin bestehen bleibt der administrative Instanzenzug im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde, wenn dieser vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.¹⁹ Allerdings handelt es sich hierbei um den innergemeindlichen Instanzenzug, das heißt dem Instanzenzug im Selbstverwaltungskörper Gemeinde. Derartige „letztinstanzliche“ Gemeindebescheide konnten zwar auch nach bisheriger Rechtslage nicht mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Berufung bekämpft werden, zumal gemäß Art 118 Abs 4 B-VG die Besorgung der Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches den Gemeinden im Rahmen der Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes in eigener Verantwortung frei von Weisungen unter Ausschluss eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde obliegt, Art 118 Abs 4 B-VG ordnete hievon aber insofern selbst Abweichendes an, als das Rechtsmittel der Vorstellung an die Aufsichtsbehörde (Art 119a Abs 5 B-VG) gegen solche Bescheide bestimmt war. Aufsichtsbehörde bei Agenden aus dem Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung war gemäß § 3 Abs 1 BdGemAufsG der Landeshauptmann; bei Angelegenheiten der Landesverwaltung je nach Gemeindeordnung die Bezirksverwaltungsbehörde²⁰ oder die Landesregierung.²¹ Infolge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle ist das Rechtsmittel der Vorstellung entfallen. Auch gegen „letztinstanzliche“ Bescheide des eige-

18 VfSlg 8478/1979.

19 Tirol hat von dieser bundesverfassungsgesetzlichen Ermächtigung bereits Gebrauch gemacht (vgl § 17 Abs 2 TGO 2001 idF des Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-AnpassungsG, LGBl 150/2012).

20 ZB § 86 Abs 3 Bgld GemO.

21 ZB § 99 Oö GemO 1990.

nen Wirkungsbereichs steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht offen. Letztinstanzliche Gemeindebescheide können daher künftig nicht länger bei der Gemeindeaufsichtsbehörde bekämpft werden, sodass auch diese bislang bestehenden Zuständigkeiten des Landeshauptmannes und der Landesregierung und somit letztlich deren Aufgabenbesorgung durch das Amt der Landesregierung auf die Verwaltungsgerichte verlagert worden sind.

Die Einführung einer erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit unter Entfall des administrativen Instanzenzuges bedingt demnach eine nicht unbeachtliche Reduktion der Zuständigkeiten des Landeshauptmannes und der Landesregierung zu Gunsten der Verwaltungsgerichte und damit eine Verlagerung von Aufgaben von der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit. Bisher traditionellerweise von der Verwaltung, nämlich dem Amt der Landesregierung, zu besorgende Berufungs- bzw. aufsichtsbehördliche Vorstellungsverfahren werden künftig durch das Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten ersetzt. Die Relation von Verwaltung und Gerichtsbarkeit in Österreich wird damit grundlegend verändert.²² Insbesondere der Umstand, dass die Verwaltungsgerichte (bereits von Verfassungen wegen²³) sowohl mit umfassender Kognitionsbefugnis als auch reformatorischer Entscheidungsbefugnis ausgestattet wurden, lässt die Definitionen von Verwaltung und Gerichtsbarkeit neu überdenken.

2. *Die (neuen) Aufgaben des Amtes der Landesregierung*

a) Sicherstellung eines einheitlichen Gesetzesvollzugs

Öhlinger²⁴ zufolge bestehe auf der oberen Ebene die Aufgabe der Verwaltung in der „Gesetzesvorbereitung mit allen ihren analytischen, empirischen und planenden Implikationen und [der] laufende[n] Beobachtung der Gesetzesvollziehung durch die Verwaltungsgerichte“ sowie in der Wahrnehmung der fördernden Verwaltung, wobei erstere die wesentliche Aufgabe dieser Verwaltungsebene bilde. Entscheidungen über hoheitliche Ansprüche und Verpflichtungen in Einzelfällen werde es auf dieser Ebene nicht mehr geben. Die Aufgabe der Verwaltungsbehörden auf unterer Ebene sieht Öhlinger in einer „juristischen Erstversorgung“. Strittige und komplizierte Fälle werden seines

22 So auch bereits Öhlinger, ZUV 2012, 55.

23 Art 130 Abs 4 B-VG.

24 Öhlinger, ZUV 2012, 55 f.

Erachtens hingegen sogleich zu „einer judiziellen Angelegenheit mutieren“.

Öhlinger ist insofern zuzustimmen als sich die Funktion der Verwaltung im System der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheidend verändern wird und wesentliche Aufgabe des Amtes der Landesregierung künftig die Beobachtung der Gesetzesanwendung durch die Verwaltungsgerichte sein wird. Dies vor dem Hintergrund, dass zwar übergeordnete behördliche Entscheidungsbefugnisse auf dieser Verwaltungsebene in Anbetracht der prinzipiellen Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte und der Abschaffung des administrativen Instanzenzuges beseitigt wurden, die Stellung als „Oberbehörde“ davon aber unberührt bleibt. Diese Stellung findet auch weiterhin in der Weisungsbefugnis gem Art 20 B-VG des Landeshauptmannes (Art 102 Abs 1 B-VG) und der Landesregierung, letztere als oberstes Organ der Landesverwaltung (Art 101 B-VG), gegenüber nachgeordneten Dienststellen Ausdruck. In Ausführung dieser oberbehördlichen Funktion obliegt es dem Amt der Landesregierung auf die Wahrung der Einheitlichkeit des Gesetzesvollzugs hinzuwirken. Aufgabe des Amtes der Landesregierung ist es, sowohl den Gesetzesvollzug der nachgeordneten Dienststellen als auch die Judikatur der Verwaltungsgerichte zu beobachten, zu analysieren und zu evaluieren. „Leading cases“ sowie Kernaussagen der Verwaltungsgerichte sind herauszuarbeiten, zusammenzufassen und den nachgeordneten Dienststellen zeitnah zur Verfügung zu stellen.

Die Wahrnehmung dieser Funktion trägt entscheidend zum Erfolg des Projekts Verwaltungsgerichtsbarkeit bei. Denn den Erstbehörden mangelt es in der Regel an den nötigen Ressourcen – sowohl in zeitlicher als auch fachlicher, personeller Hinsicht –, um sich diesen Spezialaufgaben im gewünschten Maße widmen zu können. Insofern ist diese unterstützende oberbehördliche Tätigkeit auch nicht als bewusstes Eingreifen in die Rechtsprechung der nachgeordneten Behörden, sondern vielmehr als Serviceleistung zu verstehen, dient diese doch gerade dazu, Beschwerden an die Verwaltungsgerichte sowie anderslautende Entscheidungen der Verwaltungsgerichte von vornherein zu vermeiden und damit behördliche Entscheidungen in ihrem Bestand zu stärken. Im Bestreben der Sicherstellung eines einheitlichen Gesetzesvollzugs und im Sinne ständig weiterer Qualitätsverbesserungen sind die Erstbehörden durch die Etablierung eines Wissensmanagements etwa durch Zur-Verfügung-Stellen von Mustern, durch Weiterbildungen etc zu unterstützen. Freilich muss diese Leistung für das Gesamtsystem nicht zwingend beim Amt der Landesregierung angesiedelt werden. Die Funktion könnte für die ge-

samte Landesverwaltung jeweils auch zB materienspezifisch von einzelnen Bezirkshauptmannschaften als „Wissens-Kompetenzzentren“ stellvertretend für alle anderen wahrgenommen werden. Ein solches System der „Materienkompetenzen“ – in der Form von für bestimmte Themenfelder federführend zuständigen Bezirkshauptmannschaften – ist in der oberösterreichischen Landesverwaltung bereits seit längerer Zeit etabliert und hat sich überaus bewährt.

Unter Berücksichtigung der zur Verfügung gestellten Informationen können Verfahren – obwohl diese nunmehr nachfolgend von den Gerichten und damit außerhalb des Weisungsprinzips vollzogen werden – vorausschauend und effizient geführt werden. Kurze Verfahrensdauern sowie frühzeitige Rechtssicherheit sind die Folge und damit – und insofern wird der Ansicht *Öhlingers* widersprochen – können die Verwaltungsbehörden auf unterer Ebene dank dieser oberbehördlichen Vollzugssteuerung mehr als eine „juristische Erstversorgung“ leisten.

Dabei gilt es zu betonen, dass die Grundmotivation der Verwaltungsbehörden im Bestehen ihrer Bescheide vor dem Verwaltungsgericht zu sehen sein muss. Denn anders als die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof entscheiden die Verwaltungsgerichte – in Verwaltungsstrafsachen jedenfalls – auch reformatorisch, das heißt in der Sache selbst, sodass im Fall einer abweichenden Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts die Angelegenheit nicht länger von der Verwaltung, sondern der Gerichtsbarkeit entschieden wird. Künftig ist es demnach denkbar, dass die Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung durch das Verwaltungsgericht – und nicht länger von einer Verwaltungsbehörde – erfolgt. Diese doch grundlegende Rechtsfolge vor Augen ist auf das Führen der Verwaltung durch die zum Vollzug berufenen Verwaltungsbehörden verstärkt besonderes Augenmerk zu legen und zwar in zweierlei Hinsicht: zum einen durch die vollziehenden Behörden selbst und zum anderen durch das Amt der Landesregierung in der oben beschriebenen unterstützenden Tätigkeit (die sich letztlich wiederum nutzbringend für die Gesetzesvorbereitung erweist).

Vor diesem Hintergrund – das heißt der Motivation, möglichst wenige Fälle durch das Verwaltungsgericht entscheiden zu lassen – wird sich zudem die im VwGVG neu ausgestaltete Beschwerde-vorentscheidung (§§ 14 ff VwGVG) von Nutzen erweisen. Denn entgegen der bisherigen Rechtslage tritt eine Beschwerdevorentscheidung infolge eines Vorlageantrages nicht länger außer Kraft. Die „Beschwerdevorentscheidung neu“ bietet insofern die Möglichkeit

einer nochmaligen Nachbesserung durch die Verwaltungsbehörde mit dem Anreiz, dass die verwaltungsbehördliche Entscheidung ungeachtet eines Vorlageantrages bestehen bleibt, sodass letztlich die Chancen des „Bestehens“ vor dem Verwaltungsgericht erhöht werden. Im System der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die Beschwerdeverentscheidung damit erheblich an Bedeutung gewonnen; vorausgesetzt in das Instrument der Beschwerdeverentscheidung wird entsprechend – sowohl zeitlich als auch fachlich, das heißt gegebenenfalls unter Heranziehung von zusätzlichem juristischen „Know-how“ – „investiert“.²⁵ Unter Berücksichtigung dieser Eventualität erlauben wir uns, *Öhlinger* ein weiteres Mal zu widersprechen, zumal in Anbetracht dieser Überlegungen strittige und komplizierte Fälle nicht jedenfalls sogleich zu judiziellen Angelegenheiten mutieren müssen.

In jenen Fällen, in denen dem Landeshauptmann oder der Landesregierung selbst behördliche Entscheidungsbefugnisse eingeräumt sind, ändert sich an den Aufgaben des Amtes der Landesregierung bloß insoweit etwas, als auch das Amt bei seiner Entscheidungsfindung sich des Umstandes bewusst zu sein hat, dass im Fall einer anderslautenden Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts eine verwaltungsrechtliche Angelegenheit von den Gerichten entschieden wird, das heißt eine bislang „klassische“ Aufgabe der Verwaltungsführung durch ein Gericht, das sich eben nicht jedenfalls auf eine Verwaltungskontrolle zu beschränken hat, wahrgenommen wird.

Gebündelt notwendige Servicefunktionen werden – etwa im Bereich von Mustern, der Weiterbildung und des Wissensmanagements insgesamt – verstärkt von Bedeutung sein. Ziel ist eine unternehmensweite (also Behörden aller „Ebenen“ und die Landesverwaltung mitumfassende) effiziente Verfahrensführung, dies sowohl im Sinn des Rechtsschutzes und einer fairen und angemessenen Verfahrensdauer – ein Aspekt, der uns in Österreich vor dem Hintergrund der Entscheidungen auf europäischer Ebene noch vor Herausforderungen stellen wird²⁶ – und/bzw im Zusammenhang mit den kunden- und dienstleistungsorientierten Aspekten, die aus dem Konzept der Wirkungsorientierung kommen. Dieser Gedanke findet sich zB im § 13 Oö Landesverwaltungsgerichtsg, demzufolge dem Landesverwal-

25 Ähnliche Überlegungen gelten für Verfahren wegen Verletzung der Entscheidungspflicht. Auch in diesen Verfahren räumt das VwGVG nunmehr den Verwaltungsbehörden die Möglichkeit der Nachholung des Bescheides ein und sieht anders als bisher beim Devolutionsantrag (§ 73 AVG) von einem Zuständigkeitsübergang *ex lege* ab (§§ 16, 28 Abs 7 VwGVG).

26 Vgl *Fischer/Fischerlehner*, Die (künftige) Realisierung des Rechts auf angemessene Verfahrensdauer in Verwaltungsverfahren, ZfV 2012, 211 ff.

tungsgericht die bei den Dienststellen des Landes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen. Alle diese Aspekte der Gesetzesanalyse und -evaluierung führen als Teil des Kreislaufs bzw des Netzwerks guter Gesetzgebung (Stichwort: „Wirkungsorientierte Gesetzgebung“²⁷) zu einer (verbesserten) Gesetzesvorbereitung, die auch weiterhin Kernaufgabe des Amts bleibt.

b) (Neue) Aufgaben nach dem VwGVG

Die Bedeutung der oben beschriebenen und künftig wesentlichen Aufgabe der oberen Verwaltungsebene steht in Relation zum Verlust des Steuerungsinstrumentes der Weisung im Hinblick auf den Gesetzesvollzug durch das Verwaltungsgericht.²⁸ Der Verlust der Einflussnahme durch (die in der Praxis ja ohnehin meist nur potentiell bestehende und praktisch kaum erteilte) Weisung als Konsequenz der Entscheidung durch unabhängige Gerichte in zweiter Instanz bildete das Motiv einiger verfahrensrechtlicher Begleitregelungen. So findet sich im Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte zum einen eine Nachfolgeregelung des § 67h AVG (§ 28 Abs 2 VwGVG) und zum anderen die Grundlage für die Vorsehung eines Eintrittsrechts oberster Organe in das verwaltungsgerichtliche Verfahren (§ 19 VwGVG). Beiden Bestimmungen liegt die Intention zu Grunde, die Einflussnahme auf Entscheidungen durch demokratisch legitimierte oberste Verwaltungsorgane zu wahren.

Bereits anlässlich des VerwaltungsreformG 2001, BGBl I 65/2002, mit dem zahlreiche Administrativmaterien, wie zB das gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigungsverfahren den Unabhängigen Verwaltungssenaten übertragen wurden, normierte der Gesetzgeber – als Zugeständnis an die Länder – ein Widerspruchsrecht der Behörde, das gewähren sollte, dass ausgewählte Entscheidungen unter der Verantwortung der demokratisch legitimierten obersten Verwaltungsorgane getroffen werden.²⁹ Auch wenn die Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte anders ausgestaltet wurde (vgl § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG) als jene der Unabhängigen Verwaltungssenate – die UVS hatten grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden (§ 66 Abs 4

27 Vgl Hörtenhuber/Steiner, Normsetzung und qualitative Deregulierung, JRP 2002, 7 ff.

28 So schon Öhlinger, ZUV 2012, 56.

29 AB 885 BlgNR 21. GP, 4. Konkret hatte man dabei etwa Vorhaben wie etwa im Bereich des Naturschutzes vor Auge – als Beispiel kann das Kraftwerk Lambach genannt werden –, bei denen neben den vom Gesetz determinierten Rechtsfragen Zweckmäßigkeitserwägungen eine Rolle spielen, die letztlich von den demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern weiterhin entschieden werden sollten.

AVG) –, so liegt der Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte dennoch das Bestreben zu Grunde, Kassationskaskaden zu vermeiden,³⁰ sodass erneut in einer beachtlichen Anzahl von Verfahren eine reformatorische Entscheidung ergehen wird. Wenig verwunderlich war daher der Wunsch, diese Einflussnahmemöglichkeit der Behörden auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren beizubehalten.

Ergänzend dazu findet sich im § 19 VwGVG die Ermächtigung, ein Eintrittsrecht der obersten Organe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorzusehen. Gemäß § 19 VwGVG kann – soweit nicht in einer Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde oder eines sonstigen Selbstverwaltungskörpers ein Organ des Selbstverwaltungskörpers (Z 1) oder ein weisungsfrei gestelltes Organ (Z 2) belangte Behörde ist – durch Bundes- oder Landesgesetz bestimmt werden, dass an Stelle eines anderen beschwerdeführenden staatlichen Organs oder einer anderen belangten Behörde ein oberstes Organ – je nach Zugehörigkeit der Angelegenheit der Bundesminister oder die Landesregierung – jederzeit in das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht eintreten kann. Auch diese Regelung dient der Wahrung des Einflusses der obersten Organe. Im Gegensatz zur Regelung des § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG wurde die Einführung dieses umfassenden Eintrittsrechts von Seiten der Länder abgelehnt, weil ein solches als nicht erforderlich erachtet wurde. Dies zum einen, weil bereits Art 136 Abs 2 dritter Satz B-VG die Normierung abweichender Bestimmungen zum VwGVG ermöglicht – diesfalls jedoch nur soweit sich diese zur Regelung des Gegenstands als erforderlich erweisen – und zum anderen, weil im Hinblick auf Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG – arg: die *belangte Behörde* des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht kann Revision an den Verwaltungsgerichtshof erheben und sei daher zwingend Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens – teils verfassungsrechtliche Bedenken erhoben wurden. Es überrascht daher nicht, dass von Seiten der Länder – soweit uns bekannt – die Einrichtung solcher Eintrittsrechte auf Landesebene derzeit nicht geplant ist.

Zusammengefasst geht es um vorausschauendes Verfahrensmanagement, das eine enge Information und Kommunikation mit den Behörden, aber auch mit den Verwaltungsgerichten voraussetzt.

c) Erfahrungs- und Wissensaustausch durch Kooperation

Der Kern- und Leitsatz – „mission statement“ – des oberösterreichischen Konzepts der Wirkungsorientierten Verwaltungsführung 2021 (WOV 2021)³¹ lautet: „Dienstleistungsunternehmen Land OÖ als lernende Verwaltung“. Dieser Grundsatz und viele der davon abgeleiteten Handlungsfelder und Maßnahmen sind zweifellos auch für das Landesverwaltungsgericht als Teil der Landesvollziehung anwendbar und werden schon bisher vom Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich gelebt. Als konkretes Beispiel ist in diesem Zusammenhang auf eine Maßnahme zur Sicherung und Steigerung einer erfolgreichen und qualitätsbewussten Verwaltungsführung geblieben – seit dem 1. Februar 2011 sogar institutionalisierten – Kooperation zwischen der Direktion Verfassungsdienst als Kompetenzzentrum Verfassungsdienst/Landtagsdirektion (VerfD), dem Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich und dem Fachbereich Öffentliches Recht der Johannes Kepler Universität Linz hinzuweisen. Durch einen wechselseitigen Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis sollen Synergien zwischen den Kooperationspartnern genutzt werden.³²

Darüber hinaus praktiziert der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich bereits seit Jahren ein vorausschauendes Verfahrensmanagement. Zur bestmöglichen Optimierung der Verfahrensabläufe setzt dieser auf Kommunikation sowohl mit den Verfahrensparteien bzw zwischen den Instanzen als auch mit den Höchstgerichten; selbstverständlich bei Wahrung jeglicher Transparenz und Rollenklarheit. Die Erfahrungen des Unabhängigen Verwaltungssenats zeigen, dass frühzeitige Information ein proaktives Agieren und damit ein ressourcenschonendes Planen ermöglichen und somit frühzeitig Rechtssicherheit gewähren kann. Dieses Modell wird auf den künftigen „Netzwerkpartner“ auszubauen sein.

Dieser Informations- und Erfahrungsaustausch – der sich in der Praxis überaus bewährte – soll weiterhin nunmehr unter Einbeziehung des Landesverwaltungsgerichts gelebt werden. Bei Beibehaltung völli-

31 Management- und Unternehmenskonzept des Landes Oberösterreich für eine wirkungsorientierte Landesverwaltung, abrufbar unter <www.land-oberoesterreich.gv.at>, vgl dazu zB auch E. Pesendorfer/Steiner, Das Verwaltungshandeln, in: Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hg), Österreichische Verwaltungslehre³ (2013) 219.

32 Dazu Stolzlechner, Die Landtage der österreichischen Bundesländer und die österreichischen Rechtsfakultäten, in: Kriechbaumer/Bußjäger (Hg), Das Februarpatent 1861 (2011) 63 (66 ff), Fischer, Der UVS des Landes Oberösterreich stellt sich den Herausforderungen der Zukunft, in: FS 20 Jahre UVS (2011) 1 (4).

ger Transparenz und im Bewusstsein der unterschiedlichen Rollen werden diese Formen der Kooperation sich künftig ebenso nutzbringend erweisen. Einwände im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit sind dabei stets ernst zu nehmen – bedenkt man etwa die restriktive Judikatur des EuGH zur Datenschutzkommission.³³ Ein Wissensaustausch in Form gemeinsamer Seminar- und Weiterbildungsveranstaltungen ist wohl aber ebenso in Betracht zu ziehen wie allfällige wechselseitige Personalentwicklungsmaßnahmen im Zuge der Ausbildung und das Modell des vorausschauenden Verfahrensmanagements; letzteres insbesondere im Bezug auf die bescheid-erlassende Behörde, das Materienkompetenzzentrum und das Verwaltungsgericht.

Darüber hinausgehende Kooperationsfelder bestehen derzeit schon und werden beibehalten bzw. ausgebaut, so etwa besondere Lehrveranstaltungen an den Universitäten und Fachhochschulen, die von einem Austausch mit der Praxis profitieren (Moot Court, Verwaltungslehre, Aktuelle Fragen der Landespolitik), aber auch bei der Konzentration von Ressourcen, etwa kostspieliger Spezialliteratur.

d) Weitere Handlungsfelder

Auf weitere Handlungsfelder kann in diesem Zusammenhang nur mehr blitzlichtartig hingewiesen werden, sie werden aber in den nächsten Wochen und Monaten zu lösen sein. So ist etwa zu klären, wie das Landesverwaltungsgericht in die gewohnten Planungs- und Steuerungskreisläufe optimal einbezogen werden kann, wobei gegebenenfalls der Landesrechnungshof Vorbild sein könnte. Konkret geht es dabei jedenfalls um die Budget- und die Dienstpostenplanerstellung sowie die Frage, mit wem der Präsident des Landesverwaltungsgerichts diese Aspekte verhandelt. Dies führt wiederum zu der Fragestellung, wem – welcher Abteilung und welchem politischen Referenten – einerseits die Angelegenheiten des Landesverwaltungsgerichts (im Sinn eines Justizminister/ium/s), andererseits die Angelegenheiten der Entscheidung über Amtsrevisionen gegen Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichts an den Verwaltungsgerichtshof zugeordnet sind. Einen weiteren zu klärenden Themenbereich stellen die Funktionen rund um den sonstigen Kontakt zum bzw. mit den Verwaltungsgerichten und das koordinierte Auftreten der Landesverwaltung diesen gegenüber dar. Dabei wird unter anderem zu entscheiden sein, ob diese Funktionen in einer Abteilung des

33 EuGH 16.10.2012, Rs C-614/10.

Amtes gebündelt werden sollen, wofür gute Gründe sprechen, zumal dies bisher – jedenfalls in Oberösterreich – im Verhältnis zu den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts in Form einer zentralen Zuständigkeit der Abteilung „Direktion Verfassungsdienst“ so gehandhabt wurde und sich überaus bewährt hat. Ob dies auch für die zahlenmäßig und inhaltlich wohl doch vielfältigeren Fälle mit den Verwaltungsgerichten die optimale Lösung ist und welche Alternativen hiezu bestehen, wird zu prüfen sein und sich zeigen.

IV. Zusammenfassende Bewertung

Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde die Rolle des Amtes der Landesregierung neu definiert. Der Entfall „echter“ Rechtsmittelverfahren bedingt eine Verlagerung von bisher von der Verwaltung wahrgenommenen Agenden zur Gerichtsbarkeit und definiert das vom Amt der Landesregierung wahrzunehmende Aufgabenspektrum neu. Anstelle behördlicher Entscheidungsbefugnisse hat die obere Ebene der Verwaltung künftig ihren Fokus auf eine Analyse und Evaluierung der Gesetzesanwendung durch die Erstbehörden und Verwaltungsgerichte zu konzentrieren, um eine einheitliche Gesetzesvollziehung und eine vorausschauende und effiziente Verfahrensführung sicherzustellen. Denn die wesentliche Motivation der Verwaltung muss künftig verstärkt darin gesehen werden, dass die von ihr getroffenen Entscheidungen bestehen, bedenkt man, dass infolge der den Verwaltungsgerichten zukommenden erstinstanzlichen Allzuständigkeit und deren Entscheidungsbefugnis Verwaltungsführung auch von diesen – und damit von der Gerichtsbarkeit – wahrgenommen werden kann. Diesen Systemwechsel vor Augen gilt es die erforderlichen Anpassungen im Amt der Landesregierung wahrzunehmen und in diese rechtzeitig zu „investieren“.

Das Zusammenspiel von Landesverwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden

I. Einleitung

Mit der Erlassung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹ und des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes, des VwGVG,² im Februar 2013 liegt ein Modell vor uns, aus dem wir die Grundparameter des Zusammenspiels der Verwaltungsgerichte und der Verwaltungsbehörden ableiten können. Wenn im Weiteren von Verwaltungsgerichten und nicht von Landesverwaltungsgerichten die Rede ist, dann ist dies keiner zentralistischen Gesinnung geschuldet, sondern dem Umstand, dass das Verfahrensrecht sieht man vom Sonderfall des Abgabenverfahrens³ und bestimmten Abweichungsmöglichkeiten⁴ ab – dem Anspruch nach – ein bundeseinheitliches ist.⁵ Im Folgenden soll gezeigt werden, welche Funktionen wir im Zusammenspiel der beteiligten Protagonisten ausmachen können und in welcher Weise durch die Verfassung und das einfachgesetzliche Verfahrensrecht diese Rollen im Einzelnen – aus Sicht des Gesamtsystems im Sinne eines „Miteinander“ – verteilt werden.

* Für ihre engagierte und sachkundige Hilfe danke ich *Julia Kolar, LL.M.* und *Emmanuel Manolas, LL.M.* sehr herzlich. Stand des Manuskripts: 30.6.2013.

1 BGBl I 51/2012.

2 BGBl I 33/2013.

3 Siehe dazu Art 136 Abs 2 B-VG und §§ 243 bis 291 BAO idF BGBl I 14/2013.

4 Siehe dazu im Detail *Thienel*, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 53 ff.

5 Art 136 Abs 2 B-VG.

II. Veränderte Parameter von Rechtsstaat und Gewaltenteilung durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz

Ein sehr grundlegender Parameter des zuvor angesprochenen Zusammenspiels reicht tief in das Gefüge des Zusammenwirkens der Staatsgewalten hinein. Immerhin spielt sich die Interaktion von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten zwischen der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit ab. Sie ist damit an jener Schnittstelle angesiedelt, die bislang nur zwischen den Gerichten des öffentlichen Rechts und der von ihr kontrollierten Verwaltung gebildet wurde. In der Tat gestaltet das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte eben jene „Transgewaltenkonstellation“ aus. Dies geschieht allerdings nicht in Form eines ausschließlich am bisherigen Verfahrensrecht des VwGH orientierten Prozessrechts, sondern in Gestalt eines Mischsystems, das gewiss auch Elemente des verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrechts, aber vor allem und schwerpunktmäßig Züge des verwaltungsbehördlichen Verfahrens mit versprengten Einzügen des Zivilprozessrechts enthält. Immerhin statuiert das B-VG eine Bundeskompetenz für die Regelung des Verfahrens mit der Möglichkeit von Abweichungen durch bundes- oder landesgesetzliche Regelungen, die im Wesentlichen an jene strikten Kriterien⁶ gekoppelt werden, die für das einheitliche Verwaltungsverfahren vor allem des AVG und des VStG⁷ gelten.⁸ Daneben – das heißt ohne Relevanz dieser strengen Kriterien – gibt es auch explizite Abweichungsermächtigungen im VwGVG selbst.⁹ Dieses einheitliche, also auch für die Landesverwaltungsgerichte geltende Recht im VwGVG enthält in seinem § 17 einen Verweis, wonach subsidiär zu den in diesem Gesetz normierten Regelungen jene des AVG, reduziert um jene für das Berufungsverfahren, an dessen Stelle das verwaltungsgerichtliche Verfahren tritt, gelten. Das AVG ist damit das maßgebliche Verfahrensrecht in jenen Zusammenhängen, die vom VwGVG – im Sinne einer „Kodifikation“¹⁰ – nicht geregelt werden. Die gleiche Regelungstechnik mit einem Verweis auf das VStG findet sich mit Blick auf das Verwaltungsstraf-

6 Dazu Thienel, Neuordnung 55.

7 Art 11 Abs 2 B-VG.

8 Art 136 Abs 2 B-VG.

9 Art 136 Abs 2 B-VG. Dazu Leeb, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 85 (88 ff), Thienel, Neuordnung 55 f. Siehe etwa § 24 Abs 4 VwGVG („Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist“).

10 Leeb, Verfahrensrecht 87 f.

verfahren.¹¹ Insoweit zeigt sich darin ein starkes verwaltungsbehördliches Element des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.¹²

Dies ist – zumindest von der Grundstruktur – nun nicht etwas wesentlich Neues. Wir kennen diese Regelungstechnik bereits vom vielgescholtenen Vorgänger der ab 2014 maßgeblichen Struktur an Verwaltungsgerichten, nämlich dem Asylgerichtshof.¹³ Ein Blick um etwa fünf Jahre zurück offenbart frappierende Parallelen zur jetzigen Diskussion, ob das Verfahrensrecht denn nun ein „gerichtliches“ oder eher ein „verwaltungsbehördliches“ wäre.¹⁴ Die Situation war beim AsylGH freilich insoweit eine andere, als die spezifisch verfahrensrechtlichen Bestimmungen nicht in einem Gesetz zentralisiert waren, sondern sich im AsylGHG, im AsylG 2005 und schließlich durch einen Verweis schwerpunktmäßig im AVG gefunden haben. Freilich: Was die sinngemäße Anwendung des AVG im Einzelnen wirklich bedeutet hat, war stets höchst umstritten. Worauf *Öhlinger*¹⁵ hingewiesen hat, ist der Umstand, dass das AVG als „Verfahrensordnung eines Gerichtes“ nur mit vielen Friktionen funktionieren kann. So sei hier nur an eines der ersten Erkenntnisse des VfGH¹⁶ zum Ausmaß der Begründungspflicht des AsylGH erinnert, die angesichts des Gerichtscharakters des AsylGH eine andere ist als jene einer Berufungsbehörde, und sei sie auch ein UVS, also eine unabhängige Behörde.

Die hier nicht im Einzelnen nachzuzeichnende Problematik des AsylGH hat aber unter anderem auch eines bewirkt, und das sollte man – auch um die Vergangenheit ruhen zu lassen – konzedieren: Sie hat zur nunmehrigen umfassenden Reform, die im Jahr 2007 ja schon in der Zielgeraden war und hinsichtlich deren die Expertengruppe für Staats- und Verwaltungsreform unter der Leitung von *Georg Lienbacher* ein fertiges und ausgereiftes Konzept erarbeitet hatte, geführt. Für unseren vorliegenden Zusammenhang könnte man in Anlehnung an *Richard von Weizsäcker* auch sagen: Geschichte wiederholt sich nicht, aber sie wiederholt ihre Lehren. Denn die Geschichte hat bei der vorliegenden umfassenden Reform mit Blick auf das Zusammenspiel

11 § 38 VwGVG.

12 Dazu etwa *Grof*, Die wesentlichsten Neuerungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und vor dem Verwaltungsgerichtshof nach dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, SPRW 2013 V&V A, 1 (3).

13 § 23 AsylGHG.

14 Siehe anstatt vieler *Feik/Klaushofer*, Die Einrichtung eines Asylgerichtshofes, in: *Lienbacher/Wielinger* (Hg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2008 (2008) 133 (137 ff), *Muzak/Rohrböck*, Der Asylgerichtshof (2008) 148 ff.

15 *Öhlinger*, Entscheidungsbesprechung VfSlg 18.632/2008, *migraLex* 2009, 21 (21).

16 Grundlegend VfSlg 18.614/2008, 18.632/2008, seither ständige Rechtsprechung: siehe etwa VfGH 26.9.2012, U 741/12.

von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten zu einer Regelung geführt, die wir – sehen wir von auch jetzt bestehenden abweichenden materiengesetzlichen Regelungen ab¹⁷ – aus einer Zusammenschau von VwGVG und AVG einigermaßen valide beschreiben können. Das nunmehr „eigene“ Verfahrensrecht emanzipiert gewissermaßen das verwaltungsgerichtliche Verfahren vom administrativen Berufungsverfahren in einer auch nach außen sichtbaren Weise.

Hier drängt sich das Bild einer rechtsstaatlichen Verschiebung der Gewichte auf: Mit der erstinstanzlichen Entscheidung einer Verwaltungsbehörde liegt mit Ausnahme des Sondermodells der Gemeinde-selbstverwaltung sofort ein Zugang zu einem Gericht im Vollsinn dieses Begriffes vor. Mit dieser „Vorverlagerung“ der Gerichtseigen-schaft im Rechtsschutzweg ist wohl der deutlichste Entwicklungsschritt der „Tribunalisierung“ des Rechtsschutzes verbunden.¹⁸

Um im Bild des Zusammenspiels zu bleiben bedeutet dies aber Folgendes: Rechtsschutz wird im regulären Fall ab 2014 von der Staatsgewalt Gerichtsbarkeit geleistet – sei es über die Verwaltungs-gerichte und in weiterer Folge über die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts, sei es über den hier nicht weiter im Mittelpunkt stehenden Rechtsmittelzug zu den ordentlichen Gerichten, wie er durch den ebenfalls mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 geänder-ten Art 94 Abs 2 B-VG¹⁹ „in einzelnen Angelegenheiten“ zur Verfügung steht.²⁰

Die Verwaltung als Staatsgewalt entscheidet in diesem neuen System in erster und letzter Instanz. Sie bietet – in den prägnanten Worten von *Jabloner*²¹ und *Wiederin*²² – wohl weiterhin eine „Erst-

17 Art 136 Abs 2 B-VG.

18 Dazu die Beiträge von *Gamper* und *Lienbacher* in diesem Band.

19 *Muzak*, Die zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZfV 2012, 14 (20 f.).

20 „Durch Bundes- oder Landesgesetz kann in einzelnen Angelegenheiten anstelle der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde an die ordentlichen Gerichte vorgesehen werden. In den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die nicht unmittelbar von Bundes-behörden besorgt werden, sowie in den Angelegenheiten der Art. 11, 12, 14 Abs. 2 und 3 und 14a Abs. 3 und 4 dürfen Bundesgesetze gemäß dem ersten Satz nur mit Zustimmung der Länder kundgemacht werden. Für Landesgesetze gemäß dem ersten Satz gilt Art. 97 Abs. 2 B-VG sinngemäß.“

21 *Jabloner*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich: 1867 – 2012 und darüber hinaus, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 15 (19).

22 *Wiederin*, Grundfragen der Neuorganisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Walter/Zeleny* (Hg), Reflexionen über Demokratie und Recht (2009) 33 (41).

versorgung mit Recht“,²³ aber eben nicht mehr im Sinne einer Kontrollinstanz, sondern nur mehr als erstes Glied einer potenziellen Kette von Entscheidungsträgern und damit als Instanz, die eine Entscheidung trifft, die – was den subjektiven Rechtsschutz betrifft – ausschließlich von Organen einer anderen Staatsgewalt kontrolliert wird. Diese Funktionsverschiebung, wie sie mit der Neuregelung einhergeht, sollte bei allen Fragen des Verfahrensrechts stets mitbedacht werden, weil sich das Verfahren im Wesentlichen als Instrument dieser jeweiligen Funktionen erweist.

III. Aspekte des Zusammenspiels mit Blick auf die Verwaltungsbehörden

Im Folgenden soll das Zusammenspiel getrennt nach den jeweiligen Protagonisten heruntergebrochen werden. In den Blick genommen werden sollen zunächst die Verwaltungsbehörden.

A) Die Bedeutung des erstinstanzlichen Verfahrens

Mit dem In-Kraft-Treten der Reform am 1. Jänner 2014 werden die administrativen Instanzenzüge mit Ausnahme der Instanzenzüge im eigenen Wirkungsbereich der Gemeindeselbstverwaltung abgeschafft. Das ist in der Tat – wie auch die Materialien²⁴ konzedieren – ein „grundsätzlicher Systemwechsel“. Die Stellung der Verwaltungsbehörde als in der Regel in erster und letzter Instanz entscheidende Behörde führt zunächst einmal dazu, dass die im Lichte der demokratischen Legitimation der Verwaltung getroffene Entscheidung auf Verwaltungsebene die einzige ist, die – wenn keine Fälle der Weisungsfreistellung vorliegen²⁵ – durch eine Weisung der jeweils obersten Organe inhaltlich gesteuert werden kann. Das erstinstanzliche Verfahren ist damit die Arena auch des politischen Einflusses.²⁶ Denn Verwaltungsentscheidungen sind – worauf mehrfach²⁷ treffend hingewiesen wurde – in vielen Fällen mit Abwägungsentscheidungen und

23 Richtig Öhlinger, Abschied von den UVS, ZUV 2012, 51 (56).

24 RV 1618 BlgNR 24. GP, 4.

25 Art 20 Abs 2 B-VG.

26 Zur Verstärkung dieser Tendenz näherhin Jabloner, Verwaltungsgerichtsbarkeit 21 f.

27 Siehe anstatt vieler treffend Öhlinger, Die Verwaltung zwischen Gesetz, Billigkeit und Bürgernähe, ZfV 1999, 678 (680 ff), Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 557, 573 ff, 604 f.

Verhältnismäßigkeitserwägungen verbunden. Inwieweit dies zum verstärkten Einsatz der Weisung als Steuerungsinstrument führen wird, bleibt abzuwarten und soll hier nicht weiter vertieft werden. Jeder gestaltende Einfluss bei wertenden Entscheidungen materialisiert sich aber in Hinkunft im erstinstanzlichen Verfahren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das entsprechende Verfahrensrecht des AVG in seinen wesentlichen Zügen durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz²⁸ unberührt bleibt. Die Mehrzahl der hier nicht zu erörternden Änderungen ist jedenfalls nicht unmittelbar dem Zusammenspiel mit den Verwaltungsgerichten geschuldet. Erst das Zusammenspiel mit den Verwaltungsgerichten entscheidet aber darüber, ob dieser Funktion des erstinstanzlichen Verfahrens im Rechtsmittelverfahren durch die jeweiligen Kontrollmaßstäbe und die Kontrolldichte Rechnung getragen wird, worauf im Zusammenhang mit der Ermessenskontrolle²⁹ noch näher eingegangen wird.

B) *Sonderstellung der Gemeindeselbstverwaltung*

Hinsichtlich eines möglichen Instanzenzuges sticht die Sonderregelung für die Bescheide im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde hervor. Hier soll sich die „Erstversorgung“ auch auf die Rechtsmittelinstanz erstrecken. Ein Gedanke, der 2007 durchaus noch breiter war, weil in den Vorentwürfen³⁰ auch eine Ausnahme für die Bescheide im eigenen Wirkungsbereich von sonstigen Selbstverwaltungsträgern neben der Gemeinde vorgesehen war, wovon man in weiterer Folge abgesehen hat.

Die Gemeindeselbstverwaltung bleibt damit – bei entsprechender Regelung durch die jeweiligen Materiengesetze³¹ – in gewisser Weise das Reservat der aktuellen Verhältnisse. Es ist weiterhin der jeweilige Instanzenzug (in der Regel zum Gemeinderat oder zum Gemeindevorstand) zu beschreiten, die Vorstellung³² an die Gemeindeaufsichtsbehörde wurde allerdings abgeschafft.³³ Die Erhebung einer Be-

28 BGBl I 33/2013.

29 Siehe Punkt IV.B.

30 Art 130 Abs 4 B-VG idF 94/ME 23. GP.

31 Art 115 Abs 2 B-VG.

32 Art 119a Abs 5 B-VG.

33 *Pabel*, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – Grundlagen und Stand der Reform, RFG 2012, 160 (164), *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten am Beispiel des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens, RdU 2013, 93 (94).

schwerde vor dem jeweiligen Verwaltungsgericht kommt somit erst nach Erschöpfung des gemeindeinternen Instanzenzuges in Frage.³⁴

C) Die Bedeutung des Vorverfahrens

Bemerkenswert wird das Zusammenspiel im Wesentlichen mit dem Zeitpunkt der Erhebung der Beschwerde, die – und das ist schon eine erste Funktionsentscheidung³⁵ – bei der Verwaltungsbehörde einzu- bringen ist.³⁶ Ab diesem Zeitpunkt wird gleichzeitig deutlich, dass die Weichen in Richtung der potenziellen Entscheidung einer anderen Staatsgewalt gestellt sind. Umso mehr kommt dem Verfahrensrecht hier die Schnittstellenfunktion zu. Diese Schnittstelle zeigt aber nun, dass es einen Aktionsradius der Verwaltungsbehörde bei erhobenen Beschwerden gibt, weil das VwGVG in diesem Zusammenhang ein Vorverfahren vorsieht.³⁷

Dies zeigt sich zunächst an den Prozessvoraussetzungen, die im Sinne eines Schnittstellencharakters sowohl verwaltungsverfahrensrechtliche als auch verwaltungsgerichtliche Elemente aufweisen. So sind sie in Anknüpfung an das Verfahrensrecht vor dem VwGH formuliert, erfordern aber in ihrer Gesetz gewordenen Fassung³⁸ keine Beschwerdepunkte,³⁹ sondern im Wesentlichen neben der Angabe des Bescheides, der belangten Behörde und den Angaben über die Rechtzeitigkeit lediglich die Beschwerdegründe und ein Begehren. Darin wird nicht mehr und nicht weniger zu sehen sein als jener begründete Berufungsantrag im Sinne des § 63 Abs 3 AVG, wie wir ihn aus dem

34 Art 118 Abs 4 und 132 Abs 6 B-VG.

35 Diesen strukturellen Zusammenhang hebt treffend *Herbst*, Das Verfahren der Verwaltungsgerichte, ZVR 2012, 433 (434) hervor.

36 § 12 VwGVG.

37 Zu diesem Schnittstellencharakter siehe etwa *Pabel*, Verwaltungsprozessrecht, JRP 2007, 287 (295).

38 Zu den Vorfassungen mit berechtigter Kritik *Leeb*, Verfahrensrecht 119 ff.

39 § 28 Abs 1 Z 4 VwGG („Beschwerdepunkte“), der idF ab 1.1.2014 das Erfordernis der Angabe von „Revisionspunkten“ vorsieht.

Verwaltungsverfahren kennen.⁴⁰ Hier steht sehr deutlich die angesichts des Fehlens einer Anwaltpflicht in rechtsstaatlicher Hinsicht⁴¹ begrüßenswerte Kontinuität zum verwaltungsbehördlichen Berufungsverfahren im Vordergrund. Dem entspricht auch die Einschränkung des Prüfungsumfangs auf die Verletzung subjektiver Rechte.⁴²

D) Aufschiebende Wirkung von Beschwerden

Eine deutliche Interaktion zwischen den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten zeigt sich auch in der Frage der Wirkungen einer Beschwerde. In diesem Zusammenhang ordnet das VwGVG im Fall einer rechtzeitig eingebrachten und zulässigen Bescheidbeschwerde deren aufschiebende Wirkung an.⁴³ Diese aufschiebende Wirkung kann von der belangten Behörde nach den aus dem AVG⁴⁴ bekannten Kriterien auch ausgeschlossen werden.⁴⁵ Das ist an sich bekanntes Allgemeingut des Verfahrens nach dem AVG. Und es trägt hier sehr eindeutige Elemente des vorläufigen Rechtsschutzes als Aspekt des rechtsstaatlichen Rechtsschutzsystems,⁴⁶ weil funktional keine Schlechterstellung zum bisherigen Berufungsverfahren bewirkt werden sollte. Daraus erklärt sich auch die flächendeckende Einräumung der aufschiebenden Wirkung in Verwaltungsstrafsachen.⁴⁷

40 In diesem Sinn etwa *Hesse*, Das Bescheid- und Säumnisbeschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz: Anforderungen und Spielräume für das Verwaltungsprozessrecht, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 289 (294); siehe im gleichen Sinn auch die Feststellung des Verfassungsausschusses (AB 2112 BlgNR 24. GP, 7: „Der Verfassungsausschuss geht davon aus, dass die inhaltlichen Anforderungen an eine Beschwerde gemäß § 9 Abs. 1 VwGVG jenen des § 63 Abs. 3 AVG materiell entsprechen. Aus der Beschwerdebegründung muss der Wille des Beschwerdeführers erkennbar sein, im Beschwerdeverfahren ein für ihn vorteilhafteres Verfahrensergebnis zu erreichen. Die inhaltlichen Anforderungen sind so zu verstehen, dass ein durchschnittlicher Bürger sie auch ohne Unterstützung durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter erfüllen kann.“). Eher enger *Herbst*, ZVR 2012, 435, *Dunser*, Beschwerde und Vorverfahren bei der Behörde, ZUV 2013, 12 (13 f.), *Pabel*, RdU 2013, 94.

41 Zu diesem Aspekt *Jabloner*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 22, *Muzak*, ZfV 2012, 18.

42 § 27 VwGVG. Sinn eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist daher aus dieser Sicht ausschließlich der Schutz subjektiver Rechte: dazu treffend *Larcher*, Das Verfahren vor dem LVG, ZUV 2013, 8 (9).

43 § 13 Abs 1 VwGVG.

44 § 64 Abs 2 AVG.

45 § 13 Abs 2 VwGVG.

46 *Pabel*, JRP 2007, 295 f.

47 § 41 VwGVG.

Im Fall der Weisungsbeschwerde⁴⁸ und der typenfreien Beschwerde⁴⁹ wird die *ex lege* aufschiebende Wirkung demgegenüber ausgeschlossen, kann aber über Antrag zuerkannt werden.⁵⁰ Daran wird zunächst deutlich, dass das Vorverfahren unter der Oberhoheit der Verwaltung steht. Diesem Vorverfahren kann freilich mit Blick auf die bescheidförmige Entscheidung über die aufschiebende Wirkung auch ein schnelles Ende blühen: Beschwerden gegen eine beantragte Entscheidung über die aufschiebende Wirkung bewirken nämlich, dass die Beschwerde sofort dem Verwaltungsgericht vorzulegen ist.⁵¹ Hier greift dann bereits das verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht des VwGVG: Das Verwaltungsgericht kann über die aufschiebende Wirkung gegebenenfalls neu⁵² und auch anders als die Behörde entscheiden und schon in diesem frühen Stadium eine Korrektur vornehmen. Gleiches gilt nach allgemeinen Regeln auch im Fall der Änderung der Verhältnisse.⁵³ Das wiederum kennen wir aus dem Verfahrensrecht der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.⁵⁴ Nach einem derartigen Provisorialverfahren verlagert sich das Verfahren zur Erledigung in der Hauptsache wieder an die Verwaltungsbehörde, der das Recht zur Erlassung einer Beschwerdeentscheidung zukommt.⁵⁵ Insgesamt kommt es in dieser Hinsicht zu einem signifikanten Zusammenspiel zwischen Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht.

Bei Maßnahmenbeschwerden, die – ohne Vorverfahren – unmittelbar beim Verwaltungsgericht einzubringen sind und die keine aufschiebende Wirkung *ex lege* besitzen, kann eine solche vom Verwaltungsgericht zuerkannt werden.⁵⁶ Hier werden jene Verhältnisse wiederhergestellt, wie sie vor der seit 1991⁵⁷ bestehenden Zuständigkeit der UVS geherrscht haben, denn bis dahin galt in diesem Zusammenhang das Verfahrensrecht des VwGH.⁵⁸

48 Art 130 Abs 1 Z 4 B-VG.

49 Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG. Dazu *Pabel*, Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012: Überblick über die mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit, *ecolex* 2013, 492 (495).

50 § 13 Abs 3 VwGVG.

51 § 13 Abs 5 iVm Abs 2 bzw 3 VwGVG. Dazu *Dünser*, ZUV 2013, 14.

52 § 22 Abs 2 VwGVG.

53 § 22 Abs 3 VwGVG.

54 § 30 Abs 2 VwGG, § 85 Abs 2 VfGG.

55 Dazu *Dünser*, ZUV 2013, 15.

56 § 22 Abs 1 VwGVG.

57 BGBl 685/1988.

58 Dazu näherhin *Eisenberger*, Gegenstand der Maßnahmenbeschwerde, in: *Eisenberger/Ennöckl/Helm* (Hg), Die Maßnahmenbeschwerde (2006) 21 (21 f).

E) *Beschwerdevorentscheidung*

Das Kernstück des Vorverfahrens vor der Verwaltungsbehörde ist die Möglichkeit der Erlassung einer Beschwerdeverentscheidung im Bescheidbeschwerdeverfahren: Innerhalb von zwei Monaten steht es der Behörde frei, den angefochtenen Bescheid in Bindung an das Beschwerdevorbringen⁵⁹ aufzuheben, abzuändern oder die Beschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen.⁶⁰

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beschwerdeverentscheidung, der die Funktion einer „Eigenreflexion“⁶¹ oder „Selbstkontrolle“⁶² der Verwaltung zukommt, steht im Lichte der Materialien⁶³ zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 außer Frage. Verfassungsrechtliche Bedenken wurden aber zuletzt von *Storr*⁶⁴ an der Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten der Verwaltungsbehörde vorgetragen: So fällt in der Tat auf, dass die Beschwerdeverentscheidung nach dem VwGVG insofern weiter⁶⁵ geht als die Berufungsvorentscheidung nach dem AVG, als sie auch eine vollständige Abweisung (und damit eine Begründungsergänzung⁶⁶) ermöglicht, die im Rahmen des AVG nicht Betracht käme.⁶⁷ Ob dies im Sinne der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist, die ausweislich der Materialien⁶⁸ nur die Aufhebung oder Abänderung vor Augen haben dürften, ist mit einem Fragezeichen zu versehen, zeigt aber, dass hier ein Verfahren geschaffen wurde, das sich als Substitut für ein Rechtsmittel an eine höhere Verwaltungsinstanz erweist. Es soll der Verwaltung im Rollenspiel mit den Verwaltungsgerichten bestimmte Zuständigkeiten erhalten, die sonst allesamt an die Gerichtsbarkeit übergehen würden. Dass die Beschwerdeverentscheidung mit der Möglichkeit der Abweisung auch einen entlastenden Effekt für die Verwaltungsgerichte haben sollte, soll dabei nicht außer Acht gelassen werden. Das könnte dann aber wiederum ein Indiz für die Verfassungskonformität sein.

59 § 14 Abs 1 letzter Satz iVm § 27 VwGVG.

60 § 14 VwGVG.

61 *Storr*, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, ZfV 2012, 911 (912), *Grof*, SPRW V&V A 2013, 10.

62 *Pabel*, RdU 2013, 96.

63 RV 1618 BlgNR 24. GP, 14.

64 *Storr*, ZfV 2012, 912.

65 *Herbst*, ZVR 2012, 435.

66 *Dünser*, ZUV 2013, 17.

67 *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht⁹ (2011) Rz 534/1, 534/4, *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2009) 266.

68 RV 1618 BlgNR 24. GP, 14.

Gegen die Beschwerdeverentscheidung steht binnen zwei Wochen der Vorlageantrag offen, über den zunächst abermals – wir befinden uns noch im Vorverfahren – die Verwaltungsbehörde entscheidet.⁶⁹ Ein derartiger Vorlageantrag hat – wie schon die Beschwerde zuvor⁷⁰ – aufschiebende Wirkung, die nach den zuvor angesprochenen Regelungen ausgeschlossen werden kann. Ist der Vorlageantrag nicht zurückzuweisen, erfolgt längstens jetzt der Systemwechsel zum Verwaltungsgericht, dem daher die Beschwerde, die nicht außer Kraft tretende⁷¹ Beschwerdeverentscheidung und der Vorlageantrag zu übermitteln sind.⁷²

F) Äquivalenzstellung von Beschwerdeführer und Verwaltungsbehörde

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zeigt sich sodann erstmals die volle Auswirkung des Systemwechsels in verfahrensrechtlicher und organisatorischer Sicht. Die belangte⁷³ Verwaltungsbehörde ist Partei,⁷⁴ und sie ist dies auf gleicher Ebene wie die beschwerdeführende Partei.⁷⁵ Die aus dem UVS-Verfahren bekannten Grundsätze⁷⁶ werden in diesem Zusammenhang nunmehr generalisiert und gelten für jedes Verfahren vor einem erstinstanzlichen Verwaltungsgericht. Der Wechsel der Gewalten wird hier auch im Verfahrensrecht vollends sichtbar: Kontrolliert wird nunmehr die Verwaltungsentscheidung von einem Gericht, das weder die Interessen der einen noch die der anderen Seite vertritt. Formell liegt damit jene Konstellation vor, wie sie in materieller Hinsicht schon im Rahmen des bisherigen UVS-Verfahrens gegeben war.⁷⁷ Nicht nur, aber vor allem auch in dieser Hinsicht ist das UVS-Verfahrensrecht die „Basis des VwGVG“.⁷⁸ Die Verwaltungs-

69 § 15 VwGVG.

70 § 13 Abs 1 VwGVG.

71 Dünser, ZUV 2013, 17 f, Larcher, ZUV 2013, 9.

72 Diese Vorlage an das Verwaltungsgericht hat dabei zuständigkeitsbegründende Wirkung; dazu näherhin Larcher, ZUV 2013, 8 f.

73 Was im Lichte des Art 130 Abs 2 B-VG nicht nur die bescheiderlassende Behörde ist, sondern auch jene Behörde, die in anderer Weise von den entsprechenden Tatbeständen erfasst ist, etwa als Auftraggeber im Vergaberecht (Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG).

74 § 18 VwGVG.

75 Dazu Pöschl, Parteistellung und Stellung der belangten Behörde im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 267 (282 ff).

76 §§ 67a ff AVG.

77 Siehe § 67b AVG; § 51d VStG.

78 Treffend Leeb, Verfahrensrecht 114 ff.

behörde kann sich – wie es etwa *Storr*⁷⁹ prägnant auf den Punkt gebracht hat – ab diesem Zeitpunkt zur Zulässigkeit und Begründetheit der Beschwerde äußern, sie kann aber nicht mehr formal über sie entscheiden. Alle Parteirechte kommen nun diesen beiden Parteien, allenfalls auch – was hier nicht zu vertiefen ist⁸⁰ – auch den sonstigen Parteien des vorangegangenen Verwaltungsverfahrens zu. In jenem Zusammenhang gewinnt der Verweis auf die Regelungen des AVG seine primäre Bedeutung, weil die Parteirechte im Einzelnen im VwGVG nicht normiert sind. Eine Koinzidenz der AVG und der VwGVG-Regelungen zeigt sich in dieser Hinsicht etwa bei der Bestimmung über die Akteneinsicht,⁸¹ bei der es ebenfalls zu einem Hineinwirken der Verwaltungsbehörde in das verwaltungsgerichtliche Verfahren kommt.

G) *Eintrittsrechte der obersten Organe und Amtsbeschwerderechte*

Verwaltungsrechtliche Elemente und Einwirkungsmöglichkeiten sieht das VwGVG mit der Möglichkeit des Eintritts oberster Organe anstelle der belangten Verwaltungsbehörde vor. Diese Möglichkeit besteht bislang nur im Verfahren vor dem VwGH⁸² und sollte im höchstgerichtlichen Verfahren bestimmte Steuerungsmöglichkeiten der obersten Organe schaffen. In diesem Element zeigt sich damit auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine klare Tendenz, die Zügel der Verwaltung auf höchster Ebene doch wieder selbst in die Hand zu nehmen. Ausnahmen bestehen hier – und auch dies folgte der seit dem Jahr 2008⁸³ bestehenden Regelung im VwGG – für Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde- und sonstigen Selbstverwaltung sowie für sonstige weisungsfreie Behörden im Sinne des Art 20 Abs 2 B-VG. In diesen Zusammenhängen besteht kein Eintrittsrecht. Im Übrigen zeigt sich aber eine sehr weitreichende Möglichkeit der Einwirkung auf das Verfahren, weil der obersten Verwaltungsbehörde schon mit Blick auf die Befugnisse nach § 68 AVG jeweils mehr Rechte als der belangten Behörde zukommen werden, zumal sie nicht von nur die bescheiderlassende Behörde bindenden Rechtskraftwirkungen betroffen sein wird. Auch diese Facette des Zusammenspiels von Verwaltungsbehörden an sich – nicht nur der

79 *Storr*, ZfV 2012, 912.

80 Siehe dazu näherhin *Herbst*, ZVR 2012, 435 f.

81 § 21 VwGVG. Dazu *Hesse*, Bescheid- und Säumnisbeschwerdeverfahren 294.

82 § 22 VwGG.

83 BGBl I 4/2008.

belangten Behörde im jeweiligen Verfahren – und den Verwaltungsgerichten wird erst ab 2014 mit Leben erfüllt werden. Und es steht zu erwarten, dass diese Ermächtigung durchaus eine Bedeutungssteigerung erfahren wird.⁸⁴

In engem Zusammenhang damit stehen auch Amtsbeschwerde- und Amtsrevisionsrechte, die die Verfassung in allgemeiner Weise ermöglicht⁸⁵ und damit eine entsprechende Ermächtigung für den einfachen Materiengesetzgeber schafft.

H) Fragen der Rechtskraft der Verwaltungsentscheidung

Nimmt man die verfahrensrechtlichen Regelungen über die Stellung von Verwaltungsbehörden an sich gesamthaft nochmals in den Blick, dann zeigt sich, dass mit dem Systemwechsel der Einführung der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit eine fundamentale Frage offen bleibt: Welche Rechtsqualität hat eine Verwaltungsentscheidung mit Blick auf die Rechtskraft? Immerhin zählt die Rechtskraft zu den zentralen verfassungsrechtlichen⁸⁶ Parametern des Verwaltungsdenkens und ist in § 68 AVG, also der Regelung über die amtswegige Aufhebung oder Abänderung von Bescheiden, auch in das einfachgesetzliche Verfahrensrecht implementiert. Mit anderen Worten: Gibt es diese Rechtskraft von Bescheiden eigentlich noch und wenn ja, wann tritt sie ein?

In diesem Zusammenhang gilt es zunächst zwischen der formellen und der materiellen Rechtskraft zu differenzieren: Unter „formeller Rechtskraft“ versteht man, dass ein Bescheid nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann.⁸⁷ Dieser auch im Verständnis des § 68 Abs 1 AVG maßgebliche Gesichtspunkt, der durch die dortige – auch ab 1. Jänner 2014 aufrechte – Bezugnahme auf das Rechtsmittel der „Berufung“ zum Ausdruck kommt, legt es nahe, das Rechtsmittel der Beschwerde an die Verwaltungsgerichte nicht als ein derartiges ordentliches Rechtsmittel anzusehen, sodass Bescheide, die

84 Siehe etwa die Änderungen des Marktordnungsgesetzes 2007 idF des Beschlusses 747/BNR: § 19 Abs 2 bis 4 i. g. S. Für diesen Hinweis danke ich Florian Herbst (Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst) sehr herzlich.

85 Art 132 Abs 5 und Art 133 Abs 8 B-VG.

86 Dazu näherhin Öhlinger, „Rechtskraft“ – Die verfassungsrechtliche Dimension. Eine Problemskizze, in: Holoubek/Lang (Hg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (2008) 27 (30 ff.).

87 Dazu mwN Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht 233, Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 453 f.

– wie etwa im Gemeinderecht – nicht einer Berufungsmöglichkeit unterliegen, formell rechtskräftige Bescheide sind.

In der formellen Rechtskraft erschöpfen sich aber die Bescheidwirkungen nicht, denn auch die Bindungswirkungen für die Behörden sowie die Parteien und damit in der Regel die Unwiderrufbarkeit, Unwiederholbarkeit und Verbindlichkeit des Bescheides werden mit den „materiellen Rechtskraftwirkungen“⁸⁸ auf einen – wenn auch durchaus differenziert verstandenen⁸⁹ – Begriff gebracht. Maßgeblich sind hier wiederum die Regelungen des § 68 AVG und die an ihn anknüpfenden Bestimmungen in den Materiengesetzen. Aus diesen ergibt sich im Ergebnis, dass die Abänderungsmöglichkeiten eine Ausnahme von diesen Wirkungen sind, womit eine lückenlose materielle Rechtskraft in diesem „materiellen“ Sinn bei verwaltungsbehördlichen Entscheidungen, die keinem Instanzenzug mehr unterliegen, aus den folgenden Erwägungen nicht anzunehmen ist. Soweit es also Aufhebungs- und Abänderungsmöglichkeiten für die Verwaltungsbehörde gibt, besteht keine materielle Rechtskraft der entsprechenden Verwaltungsentscheidung im zuvor verstandenen Sinn.

Auszugehen ist dabei davon, dass – sieht man von den Regelungen über die Berufung ab – § 68 AVG die einzige Bestimmung aus dem nicht „sinngemäß“ für die Verwaltungsgerichte geltenden IV. Teil des AVG ist, die keine Entsprechung im gerichtlichen Verfahrensrecht des VwGVG findet. Die Regelungen dieses IV. Teiles über die Wiederaufnahme, die Wiedereinsetzung und die Säumnisschutz, das heißt die §§ 69 bis 73 AVG, begegnen uns bekanntlich im neuen Gewand der §§ 32 bis 34 VwGVG als auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren maßgebliche Elemente wieder. § 68 AVG bleibt aber das weiterhin offenbar exklusiv entweder der entscheidenden Verwaltungsbehörde oder der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde zur Verfügung stehende Instrumentarium zur Beseitigung oder Änderung von Bescheiden außerhalb eines Rechtsmittelverfahrens, welches fortan bei den Verwaltungsgerichten abzuführen sein wird. Diese Maßgeblichkeit des § 68 AVG hat zur Folge, dass sämtliche Änderungs- und auch Rücknahmemöglichkeiten, wie sie § 68 Abs 6 AVG⁹⁰ geradezu

88 Siehe anstatt vieler *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 234 ff, *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 458 ff.

89 Zum Problemkreis siehe etwa *Eberhard/Lachmayer*, „Bindungswirkung“ und „Verbindlichkeit“ als Rechtskraftwirkung, in: *Holoubek/Lang* (Hg), *Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren* (2008) 79 (91 ff).

90 „Die der Behörde in den Verwaltungsvorschriften eingeräumten Befugnisse zur Zurücknahme oder Einschränkung einer Berechtigung außerhalb eines Berufungsverfahrens bleiben unberührt.“

idealtypisch und für viele Verwaltungsentscheidungen relevant normiert, für die Verwaltungsbehörden auch weiterhin in Betracht kommen.

Angesichts des Umstandes, dass diese im Wesentlichen unveränderte Bestimmung – wie zuvor angesprochen – weiterhin auf die Nichterhebung der Berufung abstellt, ist davon auszugehen, dass eine erst- und zugleich letztinstanzliche verwaltungsbehördliche Entscheidung sogleich formell rechtskräftig wird. Bemerkenswert ist freilich, dass es sich in der Parallelbestimmung des § 52a VStG anders verhält und dort ab 1. Jänner 2014 auf die Erhebung einer Beschwerde (und nicht auf die Berufung) abgestellt wird.⁹¹ Im Verwaltungsstrafrecht würden die Rechtskraftwirkungen somit später eintreten, was mit der dort uneingeschränkten und nicht ausschließbaren Einräumung der aufschiebenden Wirkung⁹² in einem sinnhaften Zusammenhang steht. Aber auch im Verwaltungsstrafrecht würde mit der Anwendbarkeit der Aufsichtsrechte nach § 68 Abs 4 AVG⁹³ eine Möglichkeit bestehen, Entscheidungen der Verwaltungsbehörde bzw die an deren Stelle tretenden Entscheidungen der Verwaltungsgerichte⁹⁴ abzuändern, was eine Einschränkung der materiellen Rechtskraft bedeutet.

Außerhalb des Verwaltungsstrafverfahrens unterliegt die verwaltungsbehördliche Entscheidung damit – und zwar: was das Zusammenspiel von Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht betrifft – parallel zu einem bereits anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren oder eben auch danach bestimmten korrigierenden Aufhebungs- und Abänderungsmöglichkeiten der Staatsgewalt Verwaltung.⁹⁵ Sie ist formell, aber nicht in jeder Hinsicht materiell rechtskräftig.

Verwaltungsgerichte entscheiden damit außerhalb des Verwaltungsstrafverfahrens stets über formell rechtskräftige verwaltungsbehördliche Entscheidungen, was auch im Lichte der eingangs angesprochenen Gewaltenteilungsperspektive und der Parallele zur Konstellation der bisherigen Schnittstelle der letztinstanzlichen Verwaltungs-

91 § 52a VStG idF BGBl I 33/2013.

92 § 41 VwGVG.

93 § 24 VStG.

94 Zum Verhältnis von kontrolliertem Bescheid und nachfolgender verwaltungsgerichtlicher Entscheidung siehe differenzierend *Grof*, SPRW V&V A 2013, 9, der davon ausgeht, dass diese je nach Sachentscheidung des Gerichts im Verhältnis der Komplementarität stehen.

95 Zu diesem Zusammenspiel näherhin *Herbst*, Die Rechtswirkungen der erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im fortgesetzten Verfahren, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 239 (245 ff).

behörde und der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts konsequent ist. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass eine eingebrachte Bescheidbeschwerde *ex lege* aufschiebende Wirkung besitzt. Der mögliche Aufschub von Wirkungen des Bescheides, der im Weiteren zur Disposition des Verwaltungsgerichts steht, vermag nicht den klaren Wortlaut des § 68 AVG vom Tisch zu wischen, der Durchbrechungen ausschließlich formell rechtskräftiger Bescheide vorsieht und dies eben mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Berufung in einen sinnhaften Zusammenhang setzt, das es ja – wenn auch in den erörterten⁹⁶ Grenzen – auch weiterhin gibt. Angesichts dieser Verschiebungen im Rechtsschutzkonzept kann man sich die Frage stellen, ob der Begriff der Rechtskraft hier überhaupt noch eine Bedeutung besitzt. Bekanntlich wurde doch im Schrifttum⁹⁷ immer wieder die Relativität des Rechtskraftkonzepts an sich betont. Diese Ansätze sind überzeugend, ist doch sowohl der Begriff der formellen ebenso wie jener der materiellen Rechtskraft eine Schöpfung der Wissenschaft gewesen und hat nominell in den Regelungen des Verwaltungsverfahrenrechts nur eine fragmentarische Basis und ergibt sich erst in Zusammenschau mit den Bestimmungen in den jeweiligen Materiengesetzen.

Der Grundidee der Rechtskraft an sich bleibt hingegen auch im neuen System unverändert relevant: Verwaltungsentscheidungen sollen auch in Zukunft weiterhin Rechtssicherheit schaffen, und diese soll in bestimmten Fällen mit dem Parameter der Rechtsrichtigkeit auch weiterhin abgewogen werden, Letzterem in bestimmter Hinsicht auch zum Durchbruch verholfen werden können. Nur: An die Stelle der Verwaltungsentscheidung tritt nun nach dem ab 1. Jänner 2014 maßgeblichen Konzept eine Entscheidung eines erstinstanzlichen Verwaltungsgerichts, für die ein eigenes Verfahrensrecht gilt. Dieses Verfahrensrecht aktiviert aber in einem Rückverweis auch die Regelungen des AVG und des VStG, nimmt von diesem Verweis im allgemeinen Verwaltungsverfahren des IV. Teil des AVG (§§ 63 bis 73 AVG) und im Verwaltungsstrafverfahren den 5. Abschnitt des II. Teiles des VStG (§§ 51 bis 51i VStG) aus. Isoliert betrachtet bedeutet dies, dass § 68 AVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch das zuständige Verwaltungsgericht nicht, § 52a VStG hingegen schon anzuwenden wäre. Im letzteren Fall bliebe aber immer noch die Reichweite dieser Verwei-

96 Siehe oben Punkt III.B.

97 Siehe eingehend *Raschauer*, Rechtskraftdurchbrechungen von Amts wegen im Verwaltungsverfahren, in: Holoubek/Lang (Hg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (2008) 277 (281 ff).

sung offen, die in den Worten der entsprechenden Regelung⁹⁸ „sinngemäß“ erfolgt.

In diesem Zusammenhang stellen sich freilich massive Legitimationsprobleme: Denn vor dem Hintergrund des Umstandes, dass es die Verwaltungsbehörde und nicht das Verwaltungsgericht sein wird, das die Entscheidung vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts verteidigen wird müssen,⁹⁹ steht die Rolle der Verwaltungsgerichte im Rechtsschutzsystem insgesamt auf dem Prüfstand. Es spricht vieles dafür, sie als „intermediäre Rechtsschutzinstanzen“ anzusehen, die die Verwaltungsentscheidung einerseits kontrollieren sollen, sie auch abändern können, sich aber andererseits gefallen lassen müssen, dass es auch Ingerenzmöglichkeiten der an oberster Stelle, nämlich vor VwGH und VfGH, verantwortlichen Verwaltungsbehörden gibt. Hier lässt die Rechtslage, wie sich derzeit schon recht konkret abzeichnet, vorsichtig formuliert doch einiges an Fragen offen. Diese Offenheit ist ein Problem für alle jene materiengesetzliche Regelungen, die derzeit adaptiert werden.

Man tut – wie immer die Lösung dieser Probleme aussehen wird – gut daran, sich im Lichte des Systemwechsels zur erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit der Auswirkungen auch auf diesen Aspekt, der durchaus Fernwirkungen auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu zeitigen vermag, bewusst zu sein.

IV. Aspekte des Zusammenspiels mit Blick auf die Verwaltungsgerichte

A) *Rollenverständnis der Verwaltungsgerichte und anwendbares Verfahrensrecht*

Im Weiteren soll die Perspektive von der Verwaltungsbehörde zum Verwaltungsgericht geändert werden.

Die Rolle des Verwaltungsgerichts besteht in der Kontrolle des verwaltungsbehördlichen Handelns anhand einer im Wesentlichen den bisherigen UVS-Kompetenzen folgenden Zuständigkeitsstruktur. Neben der Bescheidbeschwerde, der Maßnahmenbeschwerde und der Säumnisbeschwerde kommt den Verwaltungsgerichten auch die Ent-

98 § 38 VwGVG.

99 § 21 Abs 1 Z 2 VwGG und § 83 Abs 1 VfGG („Beschwerdegegner“).

scheidung über die hier nicht weiter zu erörternde Weisungsbeschwerde im Schulrecht zu.¹⁰⁰

Daneben ermächtigt Art 130 Abs 2 B-VG auch zur Schaffung weiterer Zuständigkeiten im Vergaberecht, im Dienstrecht und – im Sinne einer „Öffnungsklausel“¹⁰¹ – für sonstiges nicht-bescheidförmiges Verhalten von Verwaltungsbehörden,¹⁰² die – was hier nicht weiter vertieft werden kann¹⁰³ – eine veritable Weiterentwicklung der Handlungsformenlehre der Verwaltung bewirken könnte.

Das alles soll hier nicht im Mittelpunkt stehen. Entscheidend ist nämlich: Diese weitgehende Kontinuität der Zuständigkeiten spricht eine fundamentale Frage an, die auch mit dem Verfahrensrecht in einem inneren Zusammenhang steht. Treten die Verwaltungsgerichte bloß an die Stelle der bisherigen Berufungsinstanzen, im Besonderen der UVS, oder werden sie als Verwaltungsgerichte agieren? *Merli*¹⁰⁴ hat in diesem Zusammenhang das Diktum von der Systementscheidung zwischen *Verwaltungsgerichten* und *Verwaltungsgerichten* geprägt.¹⁰⁵ Das damit angesprochene Rollenverständnis hängt auch und vor allem mit der verfahrensrechtlichen Regelung für die Verwaltungsgerichte zusammen. Diese Regelungen haben jenen Beitrag zum Entstehen eines richterlichen Selbstverständnisses, wie es in den UVS schon vorhanden war,¹⁰⁶ zu leisten. Und dieses Selbstverständnis erfordert, dass sich ein Verwaltungsgericht nicht nur organisatorisch,¹⁰⁷ sondern eben auch funktionell als Gericht begreift.¹⁰⁸

Es wäre nun zu vordergründig, in der subsidiären Anwendbarkeit der Regelungen des AVG und des VStG einen Hemmschuh für diese Entwicklung zu sehen. Immerhin zählen jene verfahrensrechtlichen

100 Im Einzelnen Art 130 Abs 1 B-VG.

101 Treffend *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in: *Holoubek/Lang* (Hg), *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 127 (140 f), *Pabel*, RdU 2013, 95.

102 Dazu näherhin *Eberhard*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269 (272 f).

103 Siehe dazu eingehend *Thienel*, Neuordnung, 40 ff; zu den Vorentwürfen *Fuchs*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz, JRP 2007, 276 (280 ff).

104 *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in: *Holoubek/Lang* (Hg), *Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2008) 65 (70).

105 Ihm folgend etwa auch *Storr*, ZfV 2012, 912.

106 Dazu *Öhlinger*, ZUV 2012, 54.

107 Dazu und vor allem zu den richterlichen Garantien der Mitglieder *Thienel*, Neuordnung 9 ff.

108 *Öhlinger*, *migraLex* 2009, 22.

Garantien, die ein Gericht ausmachen, die öffentliche mündliche Verhandlung und Beweisaufnahme,¹⁰⁹ die eigenständige und korrigierende Entscheidungsbefugnis auch über den vorläufigen Rechtsschutz¹¹⁰ und die im Prinzip wohl breitflächige – und darüber hinaus verfassungsrechtlich abgesicherte¹¹¹ – reformatorische Entscheidungsbefugnis,¹¹² zu den zentralen Inhalten des VwGVG, die zu jenen des AVG hinzutreten. Sie belegen, dass das AVG in seiner jetzigen Gestalt nicht nur, aber auch und vor allem im Lichte der Regelungen des UVS-Verfahrens in mancher Hinsicht durchaus als rechtsschutzfreundlicherer Pate für die Neuregelung des Verfahrens der Verwaltungsgerichte angesehen werden kann und in diesem Zusammenhang den Regelungen des Verfahrens vor dem VwGH vorzuziehen sind, das nicht zuletzt deswegen eine Anwaltpflicht¹¹³ vorsieht.

Damit soll in den verbleibenden Schritten einigen dieser zentralen Parameter nachgegangen werden.

B) Kontrollmaßstäbe und Ermessenskontrolle

Setzt man zunächst an der Bandbreite möglicher Verwaltungsentscheidungen an, die in unterschiedlichem Maß gesetzlich gebunden sind, so stellt sich die Frage, mit welcher Dichte diese Entscheidungen vom Verwaltungsgericht kontrolliert werden dürfen. Im Mittelpunkt steht damit die Frage des verwaltungsrechtlichen Ermessens.¹¹⁴ Ins Bild des Rollenspiels gebracht ist dabei zu fragen, ob bestimmte Standpunkte der Verwaltung – als Prärogative – unverrückbar sind, weil sie vom Verwaltungsgericht akzeptiert werden müssen.

Klargestellt ist in dieser Hinsicht auf verfassungsrechtlicher Ebene, dass die Verwaltungsgerichte eine Ermessenskontrolle nur im Hinblick auf Verwaltungsstrafsachen und im Bereich der Zuständigkeiten des Bundesfinanzgerichts vornehmen dürfen, im Übrigen aber eine solche nicht in Betracht kommt.¹¹⁵ Verfahrensrechtlich umgesetzt wurde diese Anordnung dadurch, dass in jenen Fällen, in denen kein Er-

109 §§ 24 f; §§ 44-46 VwGVG. Dazu näher *Pabel*, RdU 2013, 96 f, *Grof*, SPRW V&V A 2013, 10 ff.

110 § 22 VwGVG.

111 Art 130 Abs 4 B-VG.

112 § 28 Abs 2 VwGVG.

113 § 24 Abs 2 VwGG.

114 Dazu näherhin *Pabel*, JRP 2007, 290 ff.

115 Art 130 Abs 3 B-VG.

messensfehler¹¹⁶ unterlaufen und keine Sachentscheidung zulässig ist, aber auch keine Zurück- bzw Abweisung vorzunehmen ist, nur die Aufhebung und Zurückverweisung an die Verwaltungsbehörde in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang soll freilich eine Bindung an eine rechtliche Beurteilung seitens des Verwaltungsgerichts bestehen.¹¹⁷ Die Regelung geht insoweit einen Mittelweg.

Eine Ermessensübung durch das Gericht etwa in politischen Gestaltungsfragen wäre nichtsdestotrotz ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger.¹¹⁸ Denn Ermessensfälle markieren auch angesichts der dabei bestehenden fließenden Grenzen¹¹⁹ Spielräume der Verwaltung auf Grund ihrer Rückbindung an dem Parlament verantwortliche Organe.¹²⁰ Solche liegen freilich mit den Verwaltungsgerichten nicht vor. Entscheidend wird daher sein, welchem Kontrollmaßstab in der Praxis Ermessensentscheidungen unterworfen werden.

Eine Verringerung der Kontrolldichte bei den Verwaltungsgerichten gibt es demgegenüber im Hinblick darauf, dass anders als im Berufungsverfahren¹²¹ der Bescheid nicht nach allen Richtungen überprüft wird, sondern mit Ausnahme der Frage der Zuständigkeit nur auf Grund der Angaben in der Beschwerde bzw in der Erklärung über den Umfang der Anfechtung bei Amtsbeschwerden.¹²² Damit zeigt sich eine Fokussierung auf den Schutz behaupteter subjektiver Rechte, der durch die Verwaltungsgerichte gewährleistet werden soll.¹²³ Einmal mehr wird deutlich, dass der tragende Gedanke der Einführung der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit die subjektive Seite des Rechtsschutzes ist, aber nicht oder jedenfalls nicht vordergründig jene der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung.

116 Zu diesen Konstellationen näherhin *Leeb*, Verfahrensrecht 106 ff.

117 § 28 Abs 4 VwGVG.

118 Zur Problematik eingehend und differenziert *Merli*, Rechtsschutz neu: Die Verwaltungsgerichte, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), *Der Österreich-Konvent. Zwischenbilanz und Perspektiven* (2004) 174 (178 ff).

119 Dazu näherhin *Pöschl*, Parteistellung 277 f.

120 In diese Richtung auch *Storr*, ZfV 2012, 914.

121 § 66 Abs 4 AVG.

122 § 27 VwGVG.

123 *Larcher*, ZUV 2013, 9.

C) *Reformatorsche und kassatorische Entscheidungsbefugnis*

Ein zentraler Aspekt des Zusammenspiels von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten besteht auch in der Frage, in welcher Weise die Verwaltungsgerichte entscheiden dürfen. Man kann hier ohne Übertreibung von einem Dauerbrenner in der langjährigen Diskussion sprechen¹²⁴ und aus rechtsstaatlicher Sicht in den Worten von *Pabel*¹²⁵ auch von einer „wesentlichen Stellschraube für die Effektivität, mit der die Verwaltungsgerichte ihren Rechtsschutzauftrag werden erfüllen können“. Die letztendlich gefundene Lösung¹²⁶ hat wohl deswegen sogar Verfassungsweihen¹²⁷ erfahren und wird einfachgesetzlich¹²⁸ zunächst nur wiederholt: In Verwaltungsstrafsachen hat jedenfalls eine Sachentscheidung zu ergehen.¹²⁹ Im Übrigen hat eine solche dann zu ergehen, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht¹³⁰ oder dessen Feststellung durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.¹³¹ Mit diesen Kriterien besteht – worauf in der Lehre kritisch hingewiesen wurde¹³² – eine eher unklare Vorgabe für die Entscheidung in der Sache. Diese Regelung findet sich seit 1. Juli 2012 auch im Verfahrensrecht des VwGH¹³³ und strahlt von dort ab dem Jahr 2014 in das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte hinein.

Daraus kann man zunächst ableiten, dass die Gerichte – und das aus Rechtsschutzgründen vorzugsweise¹³⁴ – im Regelfall nicht kassatorisch, sondern meritorisch, das heißt in der Sache selbst, entscheiden werden. Liegen die Voraussetzungen für eine meritorische Entscheidung vor, darf das Verwaltungsgericht nicht kassatorisch entscheiden.¹³⁵ Außerhalb davon wird mit einem Widerspruchsrecht, das ersichtlich dem mit dem Verwaltungsreformgesetz 2001¹³⁶ ein-

124 Dazu *Storr*, ZfV 2012, 914.

125 *Pabel*, RdU 2013, 98.

126 Dazu eingehend *Leeb*, Verfahrensrecht 95 ff, *Thienel*, Neuordnung 33 f, *Pabel*, RdU 2013, 97 f; *Grof*, SPRW V&V A 2013, 12 f.

127 Art 130 Abs 4 B-VG.

128 § 28 Abs 2 VwGVG.

129 Dazu näherhin *Leeb*, Verfahrensrecht 97 f.

130 *Leeb*, Verfahrensrecht 98 f.

131 *Leeb*, Verfahrensrecht 99 f.

132 *Muzak*, ZfV 2012, 18; ähnlich auch *Grof*, SPRW V&V A 2013, 13.

133 § 42 Abs 3a VwGG.

134 Treffend *Lienbacher*, Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz, JRP 2011, 328 (333).

135 Siehe dazu auch RV 1618 BlgNR 24. GP, 14.

136 BGBl I 65/2002.

geführten § 67h AVG nachgebildet wurde, totes Recht in anderem Gewand wiederbelebt: Im Fall eines Widerspruchs der belangten Behörde soll nur eine kassatorische Entscheidung des Verwaltungsgerichts ergehen dürfen.¹³⁷ Hier wird im Zusammenspiel wiederum bekanntes Allgemeingut der Verwaltung fruchtbar gemacht. Die Verwaltung kann damit – wogegen etwa von *Storr*¹³⁸ auch schon Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität vorgetragen wurden – die Entscheidungsmodalität des Verwaltungsgerichts beeinflussen. Dass dies verfassungsrechtlich ausgeschlossen sein sollte, legt freilich der Wortlaut des Art 130 B-VG nicht nahe: Er sagt nur, wann das Gericht auf jeden Fall meritorisch zu entscheiden hat. Im Übrigen belässt er einen Gestaltungsspielraum des einfachen Verfahrenssetzgebers.

In keinem Fall soll es demgegenüber eine Beeinträchtigung der Effektivität des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens durch mangelhafte Sachverhaltsermittlungen im verwaltungsbehördlichen Verfahren geben: In diesen Fällen wird eine – im Wesentlichen¹³⁹ dem bisherigen § 66 Abs 2 AVG nachgebildete – zurückverweisende Entscheidung des Verwaltungsgerichts vorgesehen, die mit einer Verbindlichkeit der ausgesprochenen rechtlichen Beurteilung verbunden wird.¹⁴⁰ Der Hintergrund dieser Regelung besteht offenbar darin, dass man es den Verwaltungsgerichten ersparen will, aufwändige Sachverhaltsermittlungen anstatt der erstinstanzlichen Behörde vornehmen zu müssen. Dies ist ein im Sinne der Verfahrensökonomie zulässiger Parameter, der freilich erst durch die Praxis und vor allem durch die Judikatur mit Leben erfüllt werden muss.

Umgekehrt muss im Rollenspiel auch das Verwaltungsgericht die notwendige Dichte der Begründung liefern, die in den Fällen der Aufhebung und Zurückverweisung gegenüber der Verwaltungsbehörde,¹⁴¹ aber auch mit Blick auf die Revisionsmöglichkeit gegenüber dem VfGH¹⁴² die Rationalität seiner Entscheidung offen legt. Bei alledem wird man an jener mittlerweile ständigen Judikatur des VfGH¹⁴³ zur Begründungspflicht des AsylGH Anleihen nehmen kön-

137 § 28 Abs 3 VwGG.

138 *Storr*, ZfV 2012, 915 f.

139 Auf das Kriterium der Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung wird nicht abgestellt: dazu *Thienel*, Neuordnung 33, *Larcher*, ZUV 2013, 10.

140 § 28 Abs 3 VwGVG.

141 § 29 Abs 1 zweiter Satz VwGVG.

142 § 25a VwGG.

143 Siehe zuvor FN 16.

nen, die angesichts des Gerichtscharakters der nunmehrigen Verwaltungsgerichte wohl weiterhin maßgeblich sein wird. So fügt sich die Vergangenheit in zukünftige Entwicklungen hinein und zeigt sich, dass der AsylGH – ob geplant oder ungeplant – in mehrfacher Hinsicht ein im Endeffekt nützlicher Testlauf war.

V. Ausblick

Mit der Jahrhundertreform der Einführung der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit ab dem Jahr 2014 verschieben sich Parameter auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene. Dies geschieht allerdings nicht unbedacht und – blickt man auf die Historie der Diskussion¹⁴⁴ – schon gar nicht unvermittelt. Im Mittelpunkt steht nunmehr ein System, mit dem die „Vergerichtlichung“ des Rechtsschutzsystems auf eine neue Stufe gehoben wird, dabei aber verfahrensrechtlich durchaus jenen rechtsstaatlichen Elementen zum Durchbruch verhilft, die aus dem bisherigen Verwaltungsverfahrenrecht stammen. Dies belegt zugleich, dass das Niveau des Verwaltungsrechtsschutzes derart beachtlich ist, sodass eine Orientierung daran kein ernsthaftes rechtsstaatliches Defizit mit sich bringt, auch wenn dieses Verfahrensrecht von Gerichten angewendet wird. Das ist gewiss eine Konstante im Zusammenspiel von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten, das sich wohl auch deshalb insgesamt als Miteinander darstellt, wie es insgesamt das Gesamtsystem als unverändert erscheinen lässt.

Strukturen verschieben sich demgegenüber vor allem im Zusammenspiel der Protagonisten: Die Verwaltung wird dabei mit Ausnahme der Gemeindeselbstverwaltung auf eine erst- und letztinstanzliche Entscheidungskompetenz beschränkt und in einem gestuften System sodann von Gerichten kontrolliert. Diese Verschiebungen finden sich nur zum Teil im einfachgesetzlichen Verfahrensrecht wieder, dem deutlich abzulesen ist, dass bestimmte Schutzmechanismen der Staatsgewalt Verwaltung Ingerenzmöglichkeiten auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren bieten. Es wäre zu vordergründig, darin bloß Bedingungen einer politischen Konsensfähigkeit zu sehen, auch wenn diese mit Blick auf das Gesamtprojekt bekanntlich eine große Rolle spielten. Die Dinge liegen hier tiefer: Mit der Kontrolle der Verwaltung

144 Dazu eingehend *Steiner*, Das Projekt „zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit“, in: *Janko/Leeb* (Hg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 1 (2 ff), *Lienbacher*, JRP 2011, 328 f, *Öhlinger*, ZUV 2012, 54 f.

durch eine unabhängige Gerichtsbarkeit steht auch die demokratische Legitimation und die Eigenart der Verwaltung als Staats- und Rechtsfunktion auf dem Scheideweg. Mit der Rückkoppelung dieser Funktion zum Parlament geht es letztlich um nichts weniger als jene Tradition, die Österreich lange Zeit als „Verwaltungsstaat“¹⁴⁵ ausgewiesen hat, und – mit allen Vorbehalten gegenüber bloßen Begrifflichkeiten – um eine Verschiebung dieser Tradition zum „Justizstaat“.¹⁴⁶ Mit der Freiheit der Gerichtsbarkeit auf der einen Seite gibt man – so banal dies klingen mag – auf der anderen Seite auch Bindungen auf, was nach entsprechenden Sicherungen verlangt. Und von *Erich Fromm* haben wir gelernt, dass es auch so etwas wie eine „Furcht vor der Freiheit“¹⁴⁷ gibt. Zur Überwindung dieser Furcht vermögen aber gerade die dargestellten Parameter des Zusammenspiels von Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht einen wichtigen Beitrag zu leisten.

145 Siehe etwa *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 65.

146 *Öhlinger*, ZUV 2012, 55 f.

147 *Fromm*, Die Furcht vor der Freiheit (1941).

Das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten – das VwGVG aus der Perspektive der Vorgaben des B-VG

I. Einleitung

Anders als für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten finden sich im B-VG – so wie generell für die Verwaltungsgerichtsbarkeit – zahlreiche Vorgaben für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, damit auch für das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten. Erklärbar ist diese hohe verfassungsrechtliche Determinierung nicht primär durch die rechtsstaatlichen Anforderungen, die zweifellos mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihrer Ausgestaltung verknüpft sind,¹ sondern vor allem durch das jahrelange politische Tauziehen, das der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorausgegangen ist.

Im Folgenden wird auf einige dieser Vorgaben oder Rahmenbedingungen im B-VG² und den Umgang mit ihnen eingegangen; es wird näher ausgeführt, in welcher Art und Weise sie im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)³ Niederschlag gefunden haben.

1 Zur rechtsstaatlichen Perspektive siehe *Eberhard*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269 ff.

2 In der Fassung BGBl I 51/2012; auf (verfassungsrechtliche) Vorgaben, die sich nicht aus dem B-VG, sondern aus anderen Rechtsquellen – wie der EMRK oder der EU-Grundrechte-Charta – ergeben, wird im Folgenden nicht eingegangen. Auch wird nicht auf alle einschlägigen Vorgaben des B-VG eingegangen, zB nicht auf jene betreffend Rechtspfleger (siehe Art 135a B-VG, siehe auch § 54 Abs 1 VwGVG), zumal diese vorerst nur beim Landesverwaltungsgericht Wien zum Einsatz gelangen sollen.

3 BGBl I 33/2013.

II. Die Regelungskompetenz und die Mitwirkung der Länder

A) *Regelungskompetenz des Bundes (VwGVG)*

Die Regelungskompetenz für das Verfahrensrecht vor den Verwaltungsgerichten (und damit auch vor den Landesverwaltungsgerichten) liegt beim *Bund*; der Bund hat das Verfahrensrecht (mit Ausnahme des Verfahrens des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen und des Abgabenverfahrens vor den Landesverwaltungsgerichten) grundsätzlich „*durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich*“ zu regeln (Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG und 136 Abs 2 B-VG). Dieses besondere Bundesgesetz ist das VwGVG.

Den Ländern ist – abgesehen vom Verfahren des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen und vom Abgabenverfahren vor den Landesverwaltungsgerichten⁴ (Art 136 Abs 3 B-VG) und dem Revisionsverfahren (das im VwGG geregelt wird⁵ – Art 133 Abs 9 B-VG) – verfassungsrechtlich ein Mitwirkungsrecht an der Ausarbeitung des Verfahrensrechts eingeräumt; es ist ihnen „*Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung solcher Gesetzesvorhaben mitzuwirken*“ (Art 136 Abs 2 B-VG).⁶

Unklar ist, in welchem Verhältnis die Befugnis des Bundes zur Regelung des Verfahrens vor den Landesverwaltungsgerichten zur Befugnis der Länder zur Regelung der *Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen* der ihnen zuzurechnenden Auftraggeber steht. Es ist davon auszugehen, dass die spezielle Befugnis der Länder zur

4 Siehe §§ 243ff BAO idF BGBl I 14/2013.

5 Siehe §§ 25a ff VwGG idF BGBl I 33/2013.

6 Das Mitwirkungsrecht orientiert sich am Mitwirkungsrecht der Länder am Vergaberecht nach Art 14b Abs 4 B-VG, allerdings ist kein formelles Zustimmungsrecht vorgesehen. Siehe näher dazu *Leeb*, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in: *Janko/Leeb* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 93 f.

Regelung der Vergabenachprüfung nach Art 14b Abs 3 B-VG – soll sie nicht praktisch ins Leere gehen – unberührt bleibt.⁷

B) Mitwirkung der Länder

Im Sinne des Mitwirkungsrechtes der Länder hat das Bundeskanzleramt eine *Arbeitsgruppe* eingerichtet, an der von Länderseite Vertreter der Länder Oberösterreich, Steiermark, Vorarlberg und Wien beteiligt waren. Bereits im Vorfeld wurden in einer – in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 erwähnten⁸ – *Punktation* zwischen Bund und Ländern wesentliche Grundzüge des Verfahrens der Verwaltungsgerichte festgehalten.⁹

Dieser Punktation folgend ist im VwGVG – insbesondere durch die Anordnung der subsidiären Anwendbarkeit der im Administrativverfahren maßgeblichen Verfahrensvorschriften¹⁰ (§§ 17 und 38 VwGVG) – festgelegt, dass das Verfahren sich weitgehend an jenem nach AVG und VStG orientiert, womit vor allem ein bürgernahes und kostengünstiges Verfahren gewährleistet werden soll. Die Orientierung an AVG und VStG zeigt sich etwa darin, dass kein Anwaltszwang besteht, die Beschwerde bei der belangten Behörde einzubringen ist und die einschlägigen Regeln über die Parteistellung (einschließlich

7 Anders als *Wiesinger*, Vergaberechtsschutz durch die neuen Verwaltungsgerichte, ZVB 2012, 137 (139), meint, ist Art 136 B-VG im Verhältnis zu Art 14b Abs 3 B-VG nicht als *lex posterior derogat legi priori* zu betrachten; den Ländern verbleibt gestützt auf die Spezialbestimmung des Art 14b Abs 3 B-VG nicht nur die Befugnis zur Regelung der Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren, sondern auch zu sonstigen Regelungen des Vergabenachprüfungsverfahrens (zB betreffend Zuständigkeit, Antragsgegenstand, Fristen, Parteien, Entscheidungen, Gebühren) – und zwar ohne sich auf die Möglichkeit nach Art 136 Abs 2 letzter Satz stützen zu müssen, wonach vom zuständigen Materiengesetzer vom einheitlichen Verfahrensgesetz des Bundes zur Regelung des Gegenstands erforderliche abweichende Regelungen getroffen werden können. Auch der Bundesgesetzgeber dürfte von diesem Verständnis ausgegangen sein, zumal sich in dem durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich zu regelnden Verfahrensrecht (VwGVG) keine (besonderen) auf die Vergabenachprüfung anwendbaren Regelungen finden.

8 RV 1618 BlgNR 24. GP, 19.

9 Siehe dazu *Steiner*, Das Projekt „zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit“, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 13 ff; die dortige Aufzählung orientiert sich weitgehend an der Punktation, ist jedoch ausführlicher.

10 Das gilt für alle Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG (betreffend Bescheide, faktische Amtshandlungen, Säumnis, schulrechtliche Weisungen), aber auch für Beschwerden gegen sonstiges Verhalten einer Behörde in Vollziehung der Gesetze (Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG): siehe § 54 VwGVG.

der Präklusion), die Mängelbehebungsaufträge, die Sachverständigenmitwirkung¹¹ und die Kostentragung zur Anwendung gelangen.

In einzelnen Punkten wurde der Punktation (und den diesbezüglichen Länderwünschen) nicht oder nicht voll Rechnung getragen, insbesondere beträgt die *Beschwerdefrist* für die Einbringung einer Bescheidbeschwerde vier (statt zwei) Wochen.¹² Das ist zum einen bürgerfreundlich, zum anderen auch nicht, wird doch die Entscheidung – auch wenn gar keine Beschwerde eingebracht wurde – erst später rechtskräftig bzw verbindlich.¹³ In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass die sechsmonatige *Entscheidungsfrist* des Verwaltungsgerichts – anders als bisher jene des UVS – erst mit „Vorlage der Beschwerde“ beim Verwaltungsgericht, und nicht schon mit Einlangen der Beschwerde bei der belangten Behörde beginnt (§ 34 Abs 1 VwGVG).¹⁴ Unter Umständen werden Verfahren daher auch länger als

11 Durch § 17 VwGVG wird auch auf § 52 AVG verwiesen; diese Regelung geht von der gesetzlichen Präferenz der Heranziehung von Amtssachverständigen aus, die der verfahrensführenden Behörde beigegeben sind oder zur Verfügung stehen; die Organisationsgesetze der Länder (vgl § 8 Abs 4 LVwG-G, VlbG LGBl 19/2013) sehen durchwegs vor, dass die Amtssachverständigen des Landes dem Landesverwaltungsgericht zur Verfügung stehen; soweit es zur Regelung des Gegenstands erforderlich ist, können auch von § 52 AVG abweichende Regelungen erlassen werden (zB dahingehend, dass auch in zusätzlichen Fällen nicht-amtliche Sachverständige herangezogen werden können und die diesbezüglichen Kosten nicht vom Antragsteller zu tragen sind).

12 Auf Grund eines Abänderungsantrages zu AB Blg 2112, XXIV. GP wurde § 7 Abs 4 VwGVG idF der Regierungsvorlage dahingehend abgeändert, dass die Beschwerdefrist gegen Bescheide, Weisungen und sonstiges hoheitliches Verhalten einer Behörde vier statt zwei Wochen beträgt; die Beschwerdefrist betreffend die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt blieb unverändert.

13 Gemeint ist hier die formelle Rechtskraft im bisherigen Verständnis, das heißt dass die Entscheidung nicht mehr anfechtbar ist (außer durch Rechtsbehelfe an die Höchstgerichte); ein mit der Entscheidung eingeräumtes Recht darf grundsätzlich erst ab diesem Zeitpunkt konsumiert werden.

14 Hingegen beginnt die für die Verjährung eines Straferkenntnisses maßgebliche Frist von 15 Monaten mit Einlangen der Beschwerde „bei der Behörde“ (§ 43 VwGVG).

bisher dauern bzw Entscheidungen erst später verbindlich werden, insbesondere auch im Gemeindebereich.¹⁵

C) *Möglichkeiten der Abweichung*

Das B-VG (Art 136 Abs 2) sieht zwei Möglichkeiten der Abweichung von den einheitlichen Verfahrensregelungen des VwGVG vor, und zwar

- erstens: wenn der Materiengesetzgeber solche abweichenden Regelungen vorsieht, weil „*sie zur Regelung des Gegenstands erforderlich sind*“ (das können zB Regelungen im Agrarverfahren,¹⁶ Regelungen über die Heranziehung nicht-amtlicher Sachverständ-

15 Im Gemeindebereich wurde eine Entscheidung bisher spätestens nach ca 12,5 Monaten rechtskräftig bzw verbindlich, künftig spätestens nach ca 21,5 Monaten: sechs Monate für die erste Gemeindeinstanz, zwei Wochen Berufungsfrist, sechs Monate für die zweite Gemeindeinstanz, vier Wochen Beschwerdefrist, zwei Monate für eine allfällige Beschwerdeentscheidung, dann sechs Monate für das Verwaltungsgericht; die Verlängerung der Beschwerdefrist stellt insofern freilich nur einen Mosaikstein dar (insbesondere könnte durch die Abschaffung des administrativen Instanzenzuges innerhalb der Gemeinde Zeit gewonnen werden); die kürzere – der bisherigen Rechtslage nach dem AVG entsprechende – Beschwerdefrist von zwei Wochen wäre zumutbar, zumal bei einer mangelhaften Begründung in Anwendung des § 13 Abs 3 AVG mit Verbesserungsauftrag vorzugehen ist und ergänzende Begründungen auch im Zuge des Beschwerdeverfahrens vorgetragen werden können (vgl Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht⁹ [2011] Rz 522); einen „echten“ Nachteil bedeutet die Verlängerung der Beschwerdefrist in jenen Fällen, in denen eine Beschwerde gar nicht eingebracht wird und der Zeitpunkt der Rechtskraft um zwei Wochen hinausgeschoben wird.

16 Siehe zB § 7 Abs 4 Agrarverfahrensgesetz idF RV 2291 BlgNR 24. GP.

diger,¹⁷ Regelungen über ein Verschlechterungsverbot¹⁸ oder die Unzulässigkeit eines Beschwerdeverzichts¹⁹ etc sein) und

- zweitens: soweit das VwGVG ohne jede Bindung an ein Erforderlichkeitskriterium „dazu ermächtigt“ (insofern geht die Befugnis zur Abweichung zumindest dem Wortlaut nach über jene nach Art 11 Abs 2 B-VG hinaus²⁰).

Derartige Ermächtigungen im Sinne der zweitgenannten Möglichkeit sieht das VwGVG an mehreren Stellen vor,²¹ auf eine wird im Folgenden näher eingegangen: das *Eintrittsrecht oberster Organe nach § 19 VwGVG*.

D) Eintrittsrecht

Nach § 19 VwGVG kann durch Bundes- oder Landesgesetz „bestimmt werden, dass in einer Angelegenheit der Bundesverwaltung der zuständige Bundesminister und in einer Angelegenheit der Landesverwaltung die zuständige Landesregierung *an Stelle eines anderen*

17 Siehe zB § 20 Abs 6 des VlbG Raumplanungsgesetzes idF der RV der Landesverwaltungsgerichts-Anpassungsgesetz – Sammelnovelle, PrsG-020.01 vom 4.6.2013; mit dieser Bestimmung wird – über das AVG hinausgehend – die Verpflichtung zur Heranziehung nicht-amtlicher Sachverständiger im Entschädigungsverfahren geregelt.

18 Aus der Befugnis des Verwaltungsgerichts, „die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen“, folgt – grundsätzlich wie für die Berufungsbehörde nach § 66 Abs 4 AVG, allerdings unter Beachtung der abweichenden Regelung in Ermessensfragen (Art 130 Abs 3 B-VG und § 28 Abs 4 VwGVG) – die Befugnis, die angefochtene Entscheidung nach jeder Richtung abzuändern und damit auch eine Änderung zum Nachteil des Beschwerdeführers herbeizuführen (kein Verbot der „reformatio in peius“) – daran ändert auch die Regelung des § 27 VwGVG über den Prüfungsumfang nichts. Eine abweichende Regelung im Sinne eines Verschlechterungsverbotes (abgesehen von der unmittelbar im § 42 VwGVG vorgesehenen Regelung betreffend das Strafverfahren) sieht zB § 113 Abs 8 LBedG 1988, VlbG LGBl 1/1988, idF der RV der Landesverwaltungsgerichts-Anpassungsgesetz – Sammelnovelle, PrsG-020.01 vom 4.6.2013, vor.

19 Zur an sich (nicht aber während einer Anhaltung im Strafverfahren - § 39 VwGVG) bestehenden Möglichkeit des Beschwerdeverzichts siehe § 7 Abs 2 VwGVG; eine davon abweichende Regelung über die Unzulässigkeit des Beschwerdeverzichts enthält § 39 Abs 3 Mindestsicherungsgesetz, VlbG LGBl 64/2010, idF der RV der Landesverwaltungsgerichts-Anpassungsgesetz – Sammelnovelle, PrsG-020.01 vom 4.6.2013.

20 Solche Ermächtigungen wurden hinsichtlich der bisherigen, auf Art 11 Abs 2 B-VG gestützten Regelungen des Verwaltungsverfahrenrechts als problematisch angesehen: siehe die Hinweise bei *Herbst*, Das Verfahren der Verwaltungsgerichte, ZVR 2012, 433 (434 [FN 9]); näher und differenzierter: *Leeb*, Verfahrensrecht 88 ff.

21 Siehe zB §§ 24 Abs 4 und 44 Abs 4 (Absehen von einer Verhandlung), 34 Abs 1 (Entscheidungsfrist) und 53 (Verfahren bei Beschwerden gegen ein sonstiges Verhalten einer Behörde in Vollziehung der Gesetze).

beschwerdeführenden staatlichen Organs oder einer anderen belangten Behörde jederzeit in das Verfahren eintreten“.

Ein solches Eintrittsrecht ist in Entwürfen des Bundes vereinzelt vorgesehen (zB ein Eintrittsrecht des Bundesministers in allen Angelegenheiten des AWG²²). Dieses Eintrittsrecht ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch: Das B-VG enthält insofern eine Regelung über die Parteistellung, als Art 132 B-VG die Beschwerdeberechtigung regelt und diese hinsichtlich der obersten Organe auf den zuständigen Bundesminister in jenen Fällen einschränkt, in denen dem Bund zwar die (Grundsatz)Gesetzgebung zukommt, nicht aber die Vollziehung (Art 11, 12, 14 Abs 2 und 3, 14a Abs 3 und 4 B-VG); in diesen Fällen kommt dem Bundesminister (auch) die Revisionsberechtigung zu (Art 133 Abs 6 Z 3 B-VG). Davon abgesehen kann der Materiengesetzgeber auch sonst Amtsparteien (und damit auch dem obersten Organ) das Recht auf Beschwerde bzw Revision einräumen (Art 132 Abs 5 und Art 133 Abs 8 B-VG).²³ Im Übrigen wurde die Revisionsberechtigung aber – und damit auch die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses – ganz bewusst der belangten Behörde (zB im AWG-Verfahren der Bezirkshauptmannschaft oder dem Landeshauptmann) eingeräumt (Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG); der belangten Behörde kommt folgerichtig – und verfassungsrechtlich wohl vorausgesetzt – auch Parteistellung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu (§ 18 VwGVG).

Die Ausübung des Eintrittsrechtes bewirkt davon abweichend einen Parteiwechsel: eine neue Partei (der Bundesminister) tritt an die Stelle der ausscheidenden Partei (der belangten Behörde); es kommt zur Rechtsnachfolge in der Parteistellung. Der Eintretende übernimmt

22 Siehe § 87c AWG idF der RV 2290 BlgNR 24. GP bzw des AB 2315 BlgNR 24. GP, wonach der Bundesminister in allen Angelegenheiten des AWG anstelle eines anderen beschwerdeführenden staatlichen Organs oder einer anderen belangten Behörde jederzeit in das Verfahren eintreten kann (vergleichbare Eintrittsrechte sind mit Art 5 Z 5 und 6 Z 5 der genannten RV im Chemikaliengesetz 1996 und im Altlastensanierungsgesetz vorgesehen); überdies steht dem Bundesminister – siehe die folgende FN – nach § 87c leg cit ein Amtsbeschwerderecht zu; mit diesen Regelungen korrespondierend sieht § 87d leg cit umfangreiche Übermittlungspflichten der bescheiderlassenden Behörde vor.

23 Entsprechende – sehr breit angelegte – Rechte des Bundesministers sieht zB die RV 2290 BlgNR 24. GP im Bereich des AWG (§ 87c) vor; die damit korrespondierenden umfangreichen Übermittlungspflichten der bescheiderlassenden Behörde stehen mit der mit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit intendierten Entlastung der administrativen Bürokratie sowie dem Ziel einer Verfahrensbeschleunigung und Verwaltungsvereinfachung in einem Widerspruch.

dabei das Verfahren in jener Lage, in der es sich zum Zeitpunkt der Eintrittserklärung befunden hat.²⁴

Es ist fraglich, ob das Verwaltungsgericht der belangten Behörde überhaupt noch die Entscheidung zustellen muss bzw darf, wenn der Bundesminister sein Eintrittsrecht wahrgenommen hat (weil die belangte Behörde mit dem Eintritt des obersten Organs ihre Parteistellung ja verloren hat). In verfassungskonformer Interpretation wird davon auszugehen sein, dass das Revisionsrecht der belangten Behörde nach Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG auch im Falle eines Eintritts des obersten Organs im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehen bleibt²⁵ und der belangten Behörde daher die Entscheidung des Verwaltungsgerichts zwecks Wahrnehmung des Revisionsrechtes zuzustellen ist. Dem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingetretenen obersten Organ steht in dieser Funktion²⁶ keine Revisionsberechtigung zu. Unter der Annahme, dass die Regelung des Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG die Parteistellung der belangten Behörde auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht voraussetzt, bleibt die einen Parteiwechsel bewirkende Regelung des Eintrittsrechts dennoch problematisch.

Zu erwähnen ist, dass der Bund als Materiengesetzgeber in seinen Entwürfen nicht nur Eintrittsrechte vorsieht, sondern (zB betreffend AWG, WRG) auch Amtsbeschwerde- und Amtsrevisionsbefugnisse des zuständigen Bundesministers. Solche – verfassungsrechtlich zulässigen²⁷ – Befugnisse müssen auf ihre Zweckmäßigkeit kritisch hinterfragt werden, weil sie – je nach Ausgestaltung – mit einer erheblichen Bürokratie (bedingt durch Übermittlungspflichten, Aktenstudium etc) verbunden sind und zu Verfahrensverzögerungen führen können.

24 Siehe dazu auch *Storr*, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, ZfV 2012, 911 (913); dessen Meinung, dass das eintretende oberste Organ mit dem Eintritt – über die Befugnis der belangten Behörde hinaus – auch die Befugnis erhalten könnte, den Bescheid in jeder Richtung abzuändern oder aufzuheben, wird nicht geteilt, da das oberste Organ „an Stelle“ der belangten Behörde eintritt und daher in gleicher Weise wie die belangte Behörde gebunden ist.

25 Das VwGG sieht keine ausdrückliche Einschränkung der Revisionsberechtigung der belangten Behörde oder einer Amtspartei für den Fall vor, dass das oberste Organ im verwaltungsgerichtlichen Verfahren an Stelle der belangten Behörde oder der Amtspartei eingetreten ist (siehe § 21 Abs 1 Z 1 und 2 VwGG); es sieht seinerseits allerdings – spiegelbildlich zum § 19 VwGVG – vor, dass das zuständige oberste Organ anstelle der belangten Behörde oder der Amtspartei ins Revisionsverfahren des VwGH eintreten kann (siehe § 22 VwGG).

26 Ein solches Recht kann sich freilich aus Art 133 Abs 6 Z 3 B-VG oder aus einer Regelung nach Art 133 Abs 8 B-VG ergeben.

27 Siehe Art 132 Abs 5 und Art 133 Abs 8 B-VG.

E) Offene Bereiche

Das VwGVG enthält Regelungen zur Beschwerde gegen Bescheide, schulrechtliche Weisungen, die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, sonstiges hoheitliches Verhalten einer Behörde und gegen Säumnis; es sieht damit grundsätzlich die nötigen Verfahrensregelungen im Hinblick auf die nach Art 130 Abs 1 und 2 B-VG in Betracht kommenden *Beschwerdegegenstände* vor.

Keine besonderen Regelungen sind – wie bereits erwähnt²⁸ – für den Sonderfall der Vergabenachprüfung vorgesehen, was durchaus konsequent ist. Das VwGVG enthält jedoch auch keine Verfahrensregelungen für eine allenfalls materiengesetzlich vorgesehene Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Entscheidung über „*Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten*“ (Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG). Wollte ein Land das Verwaltungsgericht auch für dienstrechtliche Streitigkeiten mit Landes- oder Gemeindeangestellten²⁹ zuständig machen, müsste es – gestützt auf das Erforderlichkeitskriterium des Art 136 Abs 2 B-VG – auch die entsprechenden verfahrensrechtlichen Regelungen erlassen.

III. Die Einzelrichter- bzw die Senatszuständigkeit

Das B-VG normiert den Grundsatz der Einzelrichterzuständigkeit, sieht jedoch vor, dass der Verfahrens- oder Materiengesetzgeber eine Senatszuständigkeit vorsehen kann (Art 135 Abs 1 B-VG).

Das VwGVG sieht in seinem § 2 überhaupt *keine Senatszuständigkeit* vor;³⁰ auch nicht – wie in der Punktation noch ins Auge gefasst – bei Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung; eine solche Regelung hätte zu Abgrenzungsschwierigkeiten geführt, die auch das Recht

28 Siehe dazu FN 7.

29 Eine Einschränkung der Zuständigkeitsregelung auf Bedienstete, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen (Beamte), macht keinen Sinn und kann dem Verfassungsgesetzgeber nicht unterstellt werden, weil sich eine solche Zuständigkeit schon aus anderen Tatbeständen ergibt (insbesondere Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, aber auch Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG); siehe auch *Pabel*, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – Grundlagen und Stand der Reform, RFG 2012, 160 (162 [FN 27]).

30 Auch in Abgabenangelegenheiten besteht eine Senatszuständigkeit grundsätzlich nur dann, wenn dies durch Materiengesetz vorgesehen ist (siehe § 272 BAO), wobei die nähere Konkretisierung (Senatszuständigkeit nur im Falle eines Antrags einer Partei oder eines Verlangens des Berichterstatters) in der BAO erfolgt.

auf den gesetzlichen Richter berührt hätten. Es liegt daher am Materiengesetzgeber, eine allfällige Senatszuständigkeit vorzusehen.

Fraglich ist, ob dann, wenn der Bund³¹ eine Senatszuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts vorsieht, das Land als Organisationsgesetzgeber³² festlegen kann, dass bestimmte Teilbereiche (wie verfahrensleitende Anordnungen) durch Einzelmitglied erledigt werden können. Dies ist zu bejahen, da mit „Entscheiden“ im Sinne des Art 135 Abs 1 zweiter Satz B-VG nur die erkennende Tätigkeit des Verwaltungsgerichts gemeint ist, nicht aber verfahrensleitende Beschlüsse bzw der Entscheidung in der Sache bloß dienende akzessorische Akte (wie Beschlüsse über die aufschiebende Wirkung).³³

IV. Der Beschwerdegegenstand des Bescheids und die Möglichkeit der Beschwerdeverentscheidung

Jeder Bescheid ist grundsätzlich – abgesehen von den Fällen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte³⁴ oder des Verfassungsgerichtshofes³⁵ – beim Verwaltungsgericht bekämpfbar (Art 130 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit 130 Abs 4 B-VG, Art 131 Abs 1 B-VG). Nur in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde kann Beschwerde beim Verwaltungsgericht erst nach Erschöpfung des allfälligen Instanzenzuges erhoben werden (Art 132 Abs 6 B-VG); nur in diesen Angelegenheiten kann der administrative Instanzenzug aufrecht bleiben.³⁶

Es könnte daher zweifelhaft sein, ob eine Entscheidung über eine Beschwerde gegen einen Bescheid durch eine andere Behörde als das Verwaltungsgericht im Sinne einer Beschwerdeverentscheidung überhaupt zulässig ist. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ist jedoch ausdrücklich festgehalten, dass eine Beschwerdeverentschei-

31 Solche Vorschriften können auf Art 135 Abs 1 B-VG gestützt werden und bedürfen nach der genannten Bestimmung der Zustimmung der Länder; zB sah der Entwurf des BMLFUW vom 4.3.2013, GZ BMLFUW-LE-4.1.7./0002-1/4/2013, für den Bereich der Bodenreform eine solche Senatszuständigkeit vor.

32 Siehe zB § 13 Abs 2 LVwG-G, VlbG LGBI 19/2013; nicht ausgeschlossen ist, dass auch der die Senatszuständigkeit anordnende Verfahrens- oder Materiengesetzgeber von vornherein anordnet, dass bestimmte Teilaspekte von einem Einzelmitglied wahrgenommen werden können (§ 272 Abs 4 BAO).

33 Vgl VfSlg 12381/1990 (Zuständigkeit des Berichters im VwGH-Verfahren); siehe auch *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 548/5.

34 Art 94 Abs 2 iVm Art 130 Abs 5 B-VG.

35 Art 130 Abs 5 B-VG.

36 RV 1618 BlgNR 24. GP, 4.

„... nach Art einer Berufungsvorentscheidung (§ 64a AVG) ...“ nicht ausgeschlossen ist.³⁷ Im Hinblick auf diese Erläuterung wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beschwerde vorentscheidung zu bejahen sein, zumal und solange die belangte Behörde (vor)entscheidet (eine – in Deutschland vorgesehene – Zuständigkeit eines übergeordneten Organs wäre wohl mit dem Ziel der Abschaffung des Instanzenzugs nicht vereinbar) und letztendlich die Befugnis zur Entscheidung „über die Beschwerde“ beim Verwaltungsgericht verbleibt (Art 131 Abs 1 B-VG).

In den §§ 14 und 15 VwGVG ist eine Beschwerde vorentscheidung durch die belangte Behörde vorgesehen,³⁸ die sich freilich von der Berufungsvorentscheidung des § 64a AVG in mehrfacher Hinsicht unterscheidet:

- Für die Beschwerde vorentscheidung gilt – auf Grund der vorgenommenen Änderungen im parlamentarischen Verfahren³⁹ – *ein eingeschränkter Prüfungsumfang* (§ 14 Abs 1 in Verbindung mit § 27 VwGVG); die belangte Behörde kann den angefochtenen Bescheid – abgesehen von der (Un)Zuständigkeit – nur im Hinblick auf das Begehren des Beschwerdeführers und die darin geltend gemachten Gründe prüfen; der Prüfungsumfang geht daher grundsätzlich nicht weiter als der des Verwaltungsgerichts; die belangte Behörde erhält daher – auf Grund des Verweises auf § 27 – keine vollumfängliche „zweite Chance“; sie wird allerdings eine Ermessensentscheidung auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit ändern können, soweit das Begehren des Beschwerdeführers darauf gerichtet ist.⁴⁰
- Im Rahmen des Prüfungsumfanges kann die belangte Behörde den Bescheid *aufheben, abändern* oder die Beschwerde auch *zurückweisen oder abweisen*. Letzteres ist – im Vergleich zur AVG-Regelung – neu⁴¹; damit kann (so wie schon bisher nach § 276 Abs 1 BAO⁴²) – auch die Begründung geändert werden. Der Umstand, dass die belangte Behörde auch über die Zulässigkeit und Be-

37 RV 1618 BlgNR 24. GP, 14.

38 Vgl zur Beschwerde vorentscheidung: *Pabel*, Verwaltungsprozessrecht, JRP 2007, 287 (293 f); konkret zu jener nach dem VwGVG: *Storr*, ZfV 2012, 912 f; sofern es um Abgaben geht, kommen die – abweichenden – Regelungen der §§ 262 ff BAO zur Anwendung.

39 AB 2112 BlgNR 24. GP; die RV enthält in § 14 noch nicht den Zusatz, wonach „§ 27 ... sinngemäß anzuwenden [ist].“

40 Nur § 27 VwGVG gilt für die belangte Behörde sinngemäß, nicht aber – der an das Verwaltungsgericht gerichtete – Art 130 Abs 3 B-VG.

41 Siehe auch *Herbst*, ZVR 2012, 435.

42 Siehe nunmehr § 263 Abs 1 BAO.

gründetheit der Beschwerde (vor)entscheiden kann, erscheint verfassungsrechtlich nicht problematisch,⁴³ da auch im Falle einer Vorentscheidung auf Grund eines Vorlageantrags letztendlich ausschließlich das Verwaltungsgericht über die Zulässigkeit oder Begründetheit der Beschwerde im Sinne des Art 131 Abs 1 B-VG entscheidet.

- Im Falle des Vorlageantrags tritt die Beschwerdeentscheidung *nicht außer Kraft*.⁴⁴ Auch das ist – im Vergleich zur AVG-Regelung – neu; der Umstand, dass die Beschwerdeentscheidung nicht außer Kraft tritt, ist nicht ausdrücklich im VwGVG festgelegt, geht aber aus den Erläuterungen hervor und ist (unter anderem) daraus abzuleiten, dass der Vorlageantrag (unter denselben Voraussetzungen wie die Beschwerde) aufschiebende Wirkung hat (§ 15 Abs 2 VwGVG).⁴⁵
- Der *Vorlageantrag einer anderen Partei als dem Beschwerdeführer* muss – wie die Beschwerde selbst – begründet sein und ein Begehren enthalten (§ 15 Abs 1 zweiter Satz VwGVG)⁴⁶.

Der Systemwechsel, der darin besteht, dass die Beschwerdeentscheidung mit dem Vorlageantrag nicht außer Kraft tritt, wirft im *Mehrparteienverfahren* die Frage auf, ob das Verwaltungsgericht noch nach Prüfung des „angefochtenen Bescheides“ und „auf Grund der Beschwerde“ entscheidet – wie das das B-VG,⁴⁷ aber eigentlich auch die §§ 27 und 28 Abs 1 VwGVG verlangen. In Wahrheit entscheidet das Gericht im Falle eines Vorlageantrags einer anderen Partei als dem Beschwerdeführer nach Prüfung der „Beschwerdeentscheidung“⁴⁸

43 Anderer Ansicht Storr, ZfV 2012, 912.

44 Auch die Entscheidung des Rechtspflegers nach § 54 VwGVG tritt im Falle der Erhebung einer Vorstellung (auf Grund eines im parlamentarischen Verfahrens beschlossenen Abänderungsantrags) nicht außer Kraft.

45 Vgl RV 2009 BlgNR 24. GP, 5; auf Grund des Initiativantrags Blg 2294/A, 24. GP, wurden die Voraussetzungen der aufschiebenden Wirkung des Vorlageantrags mit Gesetzesbeschluss vom 13.6.2013 näher konkretisiert.

46 Fehlt die Begründung oder das Begehren, wird es sich dabei wohl um einen verbesserungsfähigen Mangel handeln, sodass die belangte Behörde mit Verbesserungsauftrag vorzugehen hat (§ 11 VwGVG iVm § 13 Abs 3 AVG). Wird dieser nicht befolgt, ist der Vorlageantrag als unzulässig zurückweisen (§ 15 Abs 3 VwGVG).

47 Art 131 Abs 1 iVm Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.

48 In diesem Sinne auch RV 2009 BlgNR 24. GP, S 5.

(und nicht des ursprünglich angefochtenen Bescheids) und zwar „auf Grund des Vorlageantrags“ (und nicht auf Grund der Beschwerde).⁴⁹

Mit der im VwGVG verankerten Beschwerdeverentscheidung wird der belangten Behörde eine – auch im Sinne einer Entlastung des Verwaltungsgerichts – (zwar nicht vollumfängliche) zweite Chance zur Entscheidung eingeräumt; die dabei gewählte Konstruktion, dass eine Beschwerdeverentscheidung im Falle eines Vorlageantrages nicht außer Kraft tritt, mag dazu beitragen, einen „frustrierten Aufwand“ der belangten Behörde zu vermeiden, erscheint im Mehrparteienverfahren verfassungsrechtlich jedoch nicht unproblematisch.

V. Die Entscheidung „in der Sache selbst“

A) Reformatorische bzw. kassatorische Entscheidungsbefugnis

Der Bundesverfassungsgesetzgeber entschied sich grundsätzlich für die *reformatorische Entscheidung*,⁵⁰ nämlich in Fällen von Bescheidbeschwerden in Verwaltungsstrafsachen immer, in anderen Fällen von Bescheidbeschwerden immer dann, wenn der Sachverhalt feststeht oder die Feststellung durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Art 130 Abs 4 B-VG).⁵¹

Das VwGVG trägt dieser Vorgabe zur reformatorischen Entscheidung Rechnung, und zwar mit der Regelung des § 28 Abs 2 VwGVG (bzw. für das Strafverfahren mit § 50 VwGVG). Aus § 28 Abs 4 VwGVG folgt, dass auch in Ermessensentscheidungen das Verwaltungsgericht in der Sache zu entscheiden hat, sofern der Sachverhalt feststeht oder die Feststellung durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Was das Vorliegen der Voraussetzungen für eine reformatorische Entscheidung betrifft, wird man auf die Judikatur des VwGH zu § 66 Abs 2 und 3 AVG zurückgreifen können, sodass das Verwaltungs-

49 Wird zB auf Grund einer Beschwerde des Nachbarn A ein Bewilligungsbescheid zugunsten des beschwerdeführenden Nachbarn A, aber zulasten des Nachbarn B abgeändert und stellt der benachteiligte Nachbar B einen Vorlageantrag, dann hat sich sowohl der Prüfgegenstand geändert (geänderte Bewilligung) als auch der Prüfantrag (jener des Nachbarn B anstelle der Beschwerde des Nachbarn A).

50 Zur rechtspolitischen Bewertung zuletzt Storr, ZfV 2012, 914 f mwH.

51 Siehe dazu Eberhard, JRP 2012, 273 f.

gericht im Falle einer kassatorischen Entscheidung jedenfalls darlegen müssen wird, warum eine Entscheidung durch das Gericht nicht mit einer Ersparnis von Zeit und Kosten verbunden wäre.⁵²

Soweit das B-VG nicht zwingend eine Entscheidung in der Sache verlangt, ist der Verfahrensgesetzgeber frei, ob er eine Entscheidung in der Sache oder die Kassation vorsieht.⁵³ In diesem verbleibenden – relativ kleinen – Bereich hat sich der Gesetzgeber des VwGVG weitgehend für die *Kassation* entschieden, und zwar für die zwingende Kassation, wenn die Behörde der Sachentscheidung widersprochen hat (§ 28 Abs 3 erster Satz VwGVG)⁵⁴ oder in – nicht in der Sache zu erledigenden – Ermessensentscheidungen (§ 28 Abs 4 VwGVG).⁵⁵ Im übrigen Bereich – wenn die belangte Behörde notwendige Sachverhaltsermittlungen unterlassen hat – steht es dem Verwaltungsgericht frei,⁵⁶ ob es in der Sache oder kassatorisch – entscheidet (§ 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG).

Was *Ermessensentscheidungen*⁵⁷ betrifft, bestimmt Art 130 Abs 3 B-VG, dass Rechtswidrigkeit nicht vorliegt, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des

52 Siehe VwGH 22.5.2012, 2008/04/0076; zu Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG siehe näher Leeb, Verfahrensrecht 98 ff.

53 Vgl RV 1618 BlgNR 24. GP, 14.

54 Aus § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG folgt zwar nur, dass das Verwaltungsgericht im Falle eines Widerspruchs nicht in der Sache zu entscheiden „hat“ und aus dem nächsten Satz folgt lediglich, dass das Verwaltungsgericht im Falle unterbliebener Sachverhaltsermittlungen kassatorisch entscheiden „kann“. Dennoch ist davon auszugehen, dass im Falle eines Widerspruchs kassatorisch zu entscheiden ist: Dies folgt auch daraus, dass in der RV 2009 BlgNR 24. GP, 7 (zu § 28) zum Widerspruch auf § 67h Abs 1 AVG verwiesen wird und der Widerspruch nach dieser Bestimmung die zwingende Kassation zur Folge hatte. Im Übrigen wäre ansonsten der erste Satz überflüssig.

55 Entgegen Storr, ZfV 2012, 915, wird ein Widerspruch zwischen § 28 Abs 3 und § 28 Abs 4 VwGVG nicht gesehen: der Grundsatz der Sachentscheidung bei Nichterhebung eines Widerspruchs gilt nicht bei einer Ermessensentscheidung nach § 28 Abs 4 VwGVG; insofern ist der Abs 4 die *lex specialis*.

56 Bei diesem gerichtlichen Ermessen wird sich das Gericht nach § 17 VwGVG iVm § 39 Abs 2 letzter Satz AVG von „Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten ... lassen“. Im Sinne der in FN 52 zitierten Judikatur (VwGH 22.5.2012, 2008/04/0076) wird das Gericht im Falle einer Kassation darzulegen haben, warum eine Entscheidung in der Sache durch das Gericht nicht mit einer Ersparnis an Zeit und Kosten verbunden wäre.

57 Beispiele für Ermessensentscheidungen (das heißt Entscheidungen, in denen der Gesetzgeber von der bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und die Bestimmung des Verhaltens der Behörde selbst überlässt) sind zB: Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses während der Probezeit mangels gesundheitlicher Eignung (VwGH 26.5.1993, 92/12/0120); Karenzurlaubsgewährung (VwGH 22.3.1995, 94/12/0261); Dauer des Entzuges einer Jagdkarte (VwGH 15.11.2007, 2007/03/0178) oder die Bewilligung zur Errichtung einer Ferienwohnung außerhalb entsprechend gewidmeter Flächen (§ 16 Abs 1 RPG, VlbG LGBl 39/1996 idgF).

Gesetzes geübt hat. Die Bestimmung stellt somit klar, dass eine lediglich unzumutbare Ermessensausübung keine Rechtswidrigkeit darstellt und vom Verwaltungsgericht nicht (im Sinne einer abweichenden Sachentscheidung) aufzugreifen ist.⁵⁸ Dies gilt nicht im Verwaltungsstrafverfahren und in Abgabenverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (wo also auch die Unzumutbarkeit der Entscheidung aufgegriffen werden kann), sehr wohl aber – kurioserweise – in Abgabenverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht.⁵⁹ Die BAO freilich, die generell in Abgabenangelegenheiten anzuwenden ist, differenziert diesbezüglich nicht.⁶⁰

B) Zur Rechtsnatur der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes

Das Verwaltungsgericht „erkennt“ über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, siehe auch Art 131 B-VG), es „entscheidet“ in der Sache selbst (Art 130 Abs 4 B-VG). Über Revisionen gegen das „Erkenntnis“ des Verwaltungsgerichts (Art 133 Abs 1 bis 5 B-VG) oder gegen einen „Beschluss“ des Verwaltungsgerichts (Art 133 Abs 6 B-VG) erkennt der Verwaltungshof.

Während also die Verwaltungsbehörde in den ihr eigenen Entscheidungsformen, insbesondere durch „Bescheid“ entscheidet, entscheidet das Verwaltungsgericht *durch „Erkenntnis“ oder „Beschluss“, jedenfalls nicht durch „Bescheid“*. Die näheren Regelungen zu Erkenntnissen und Beschlüssen des Verwaltungsgerichts finden sich im

58 Rechtswidrigkeit ist immer Voraussetzung für eine (abweichende) Entscheidung in der Sache durch das Gericht nach Art 130 Abs 4 B-VG; insofern stellt Art 130 Abs 3 B-VG keine *lex specialis* zu Art 130 Abs 4 B-VG dar (aa Storr, ZfV 2012, 915), sondern eine nähere Bestimmung dazu, wann Rechtswidrigkeit im Sinne des Art 130 Abs 1 und 2 B-VG vorliegt, die bei einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts aufgegriffen werden kann. Siehe näher Leeb, Verfahrensrecht 103 ff.

59 Das Landesverwaltungsgericht entscheidet in Abgabenangelegenheiten, die nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen fallen (insbesondere Angelegenheiten der Landes- und Gemeindeabgaben); besonders kurios erscheint, dass dann, wenn Abgabenangelegenheiten, für die an sich nach der B-VG-Systementscheidung das Landesverwaltungsgericht zuständig ist, mit Landesgesetz nach Art 131 Abs 5 B-VG auf das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen übertragen werden, – entsprechend der Regelung des B-VG – auch der Entscheidungsspielraum in Ermessensfragen ein anderer wird.

60 Die sowohl für das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen als auch für das Landesverwaltungsgericht maßgeblichen Verfahrensvorschriften der §§ 243 ff BAO differenzieren nicht; vielmehr sieht § 279 Abs 1 BAO undifferenziert vor, dass das Verwaltungsgericht „seine Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen (berechtigt ist)“.

4. Abschnitt des VwGVG, zB auch zu Begründung, Verkündung und Ausfertigung sowie zur Beschwerde- und Revisionsbelehrung (§§ 29 und 30 VwGVG).

Unzweifelhaft ist, dass die belangte Behörde auch dann, wenn sie im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens Entscheidungen trifft, sie diese – insbesondere auch die Beschwerdeverentscheidung selbst – mit „Bescheid“ trifft;⁶¹ die Entscheidungen der Verwaltungsbehörde sind, auch wenn sie im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens getroffen werden, der Staatsfunktion der Verwaltung zuzurechnen und können daher Bescheide sein.⁶² Die von den Gerichten in Ausübung ihrer richterlichen Tätigkeit erlassenen Entscheidungen sind jedoch der Staatsfunktion der Gerichtsbarkeit zuzuordnen und sind gerichtliche Entscheidungen – Erkenntnisse und Beschlüsse –, nicht aber Bescheide.

Anders als das ordentliche Gerichtsverfahren baut das Verwaltungsgerichtsverfahren im Bescheidprüfungsverfahren auf einer hoheitlichen Entscheidung der Verwaltungsbehörde – einem Bescheid – auf, wobei vorgesehen ist, dass das Gericht über die Bescheidbeschwerde grundsätzlich „in der Sache selbst“ zu entscheiden hat (Art 130 Abs 4 B-VG, § 28 Abs 1 bis 4 VwGVG).

Das Verwaltungsgericht entscheidet in einem Verfahren, das ursprünglich auf Bescheiderlassung gerichtet war, mit Bescheid (unter Umständen auch mit Beschwerdeverentscheidung) von der Verwaltungsbehörde (zwischen)erledigt wurde, auf Grund einer Beschwerde in ein gerichtliches Verfahren überführt wurde und – im Falle einer Sachentscheidung – durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichts abgeschlossen wird.⁶³

Wie bisher im Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörde erster Instanz und Berufungsbehörde⁶⁴ wird man grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass *die vom Verwaltungsgericht getroffene Sachentscheidung an die Stelle der Entscheidung der Verwaltungsbehörde tritt*, sodass die Entscheidung der Verwaltungsbehörde dadurch jede Wirkung verliert.⁶⁵ Das wird bei jeder Sachentscheidung⁶⁶ anzu-

61 Das geht auch ausdrücklich aus den Regelungen des § 33 Abs 3 und 4 VwGVG über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hervor.

62 Siehe auch *Herbst*, ZVR 2012, 435 (FN 22).

63 Vgl auch die Textierung des § 32 Abs 1 VwGVG betreffend die Wiederaufnahme.

64 Siehe dazu *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 543.

65 Siehe auch *Leeb*, Verfahrensrecht 111.

66 Nicht aber bei Zurückweisung oder Einstellung der Beschwerde; in diesen Fällen wird der Bescheid der Verwaltungsbehörde verbindlich.

nehmen sein, also auch dann, wenn der angefochtene Bescheid nur teilweise abgeändert wird oder die Beschwerde als unbegründet abgewiesen wird;⁶⁷ die nicht abgeänderten Teile ebenso wie die abgeänderten Teile (zB einer Betriebsanlagengenehmigung) werden damit zum Inhalt der gerichtlichen Entscheidung, die zwar aus einem Bescheid hervorgegangen ist, aber nicht mehr Bescheid, sondern eben gerichtliche Entscheidung ist.

Dieser Verlust des Bescheidcharakters, indem das Gericht die ursprüngliche Bescheidentscheidung durch eine Sachentscheidung in eine gerichtliche Entscheidung umwandelt, hat in mehrfacher Hinsicht⁶⁸ Auswirkungen, zB auch die folgenden:

- Materiengesetze knüpfen vielfach an „rechtskräftige Bescheide“ oder an „Bescheide“ als Sachverhalts- oder Tatbestandselement an, indem zB Verstöße gegen Bescheide als Widerrufsgrund oder als Strafgrund festgelegt werden;⁶⁹ solche Bestimmungen sollten angepasst werden, und zwar so, dass auch Verstöße gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen erfasst sind.
- Das AVG, aber auch Gemeindegesetze der Länder,⁷⁰ sehen Regelungen vor, wonach Bescheide nach Rechtskraft unter bestimmten Voraussetzungen von bestimmten Verwaltungsbehörden abgeändert oder aufgehoben werden dürfen, so zB die Aufhebung und Abänderung von bloß belastenden Bescheiden (§ 68 Abs 2 AVG), die Abänderung von Bescheiden zur Wahrung des öffentlichen Wohls (soweit dies zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig

67 Vor dem Hintergrund des Erkenntnisses VfSlg 18.632/2008 bleibt abzuwarten, ob ein Spruch, mit dem eine Beschwerde abgewiesen oder mit dem der Beschwerde teilweise Rechnung getragen wird (indem der Spruch der Verwaltungsbehörde teilweise abgeändert bzw mit einer bestimmten Maßgabe bestätigt wird), dem Erfordernis der Entscheidung „der Rechtssache“ bzw den rechtsstaatlichen Erfordernissen entspricht; zur möglichen Spruchgestaltung der Verwaltungsgerichte: Leeb, Verfahrensrecht 108 ff.

68 Einschlägige Fragen stellen sich auch im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme eines Verfahrens; es ist davon auszugehen, dass ein durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichts abgeschlossenes Verfahren nur vom Verwaltungsgericht nach Maßgabe des § 32 VwGVG wieder aufgenommen werden kann, nicht aber von der Verwaltungsbehörde (selbst wenn sich der Wiederaufnahmegrund im vorangegangenen verwaltungsbehördlichen Verfahren ereignet hat); auch wird das Verwaltungsgericht – anders als bisher der UVS – mangels Anwendbarkeit des § 70 Abs 1 AVG – nicht verfügen können, dass das Verfahren von der vorgeschalteten Administrativinstanz wieder aufzunehmen ist.

69 Siehe zB § 7 des VlbG Veranstaltungsgesetzes oder § 15 Abs 1 des VlbG Wetten-gesetzes.

70 Siehe zB § 85 des VlbG Gemeindegesetzes.

und unvermeidlich ist) (§ 68 Abs 3 AVG) oder die Nichtigkeitserklärung von Bescheiden bei Vorliegen von gesetzlichen Nichtigkeitsgründen (§ 68 Abs 4 AVG).

Mit der AVG-Novelle, die gleichzeitig mit dem VwGVG beschlossen wurde⁷¹, blieben – abgesehen davon, dass die bisherigen Befugnisse des Unabhängigen Verwaltungssenates nach § 68 Abs 2 und 3 AVG beseitigt und nicht zu Gunsten der Verwaltungsgerichte ersetzt wurden – die genannten Bestimmungen inhaltlich unverändert, das heißt dass sich die Befugnisse zur Abänderung nach wie vor nur auf „Bescheide“ erstrecken.

Folgt daraus, dass eine Betriebsanlagengenehmigung, die letztlich durch Sachentscheidung des Verwaltungsgerichts erteilt wurde, (anders als eine Betriebsanlagengenehmigung, die nicht beim Verwaltungsgericht bekämpft wurde) einer Abänderung nach § 68 Abs 3 AVG nicht unterliegt? Folgt daraus auch, dass eine Baubewilligung, die letztlich durch Sachentscheidung des Verwaltungsgerichts erteilt wurde, (anders als eine Baubewilligung, die nicht beim Verwaltungsgericht bekämpft wurde) – auch bei Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes einer Widmungswidrigkeit – einer Nichtigkeitsklärung nach § 68 Abs 4 AVG bzw der entsprechenden Gemeindegesetzregelung nicht unterliegt?

Solange – so wie auch jetzt nach Erlassung des VwGVG – die einschlägigen Regelungen auf die Abänderung von „Bescheiden“ abstellen und unter Zugrundelegung des Verlusts des Bescheidcharakters mit der Sachentscheidung des Verwaltungsgerichts, wird die Abänderbarkeit wohl zu verneinen sein^{72 73}. Zu bedenken ist

71 BGBl I 33/2013.

72 Interessant ist in diesem Zusammenhang die jüngere Judikatur des VwGH (17.12.2009, 2009/06/0212), wonach die Aufsichtsbehörde nicht nur einen rechtskräftigen Berufungsbescheid über die Erteilung einer Baubewilligung aufheben kann, sondern auch und gleichzeitig die erstinstanzliche Baubewilligung. Der VwGH folgte damit der Auffassung, dass „beide Bescheide, nämlich jener des Bürgermeisters und der Berufungsbescheid, eine ‚kompakte Einheit‘ dar[stellten]“. Im vorliegenden Zusammenhang hilft diese Argumentation nicht weiter, weil zwar auch die „kompakte Einheit“ von Administrativbescheid und gerichtlichem Erkenntnis vorliegt, damit aber nicht gesagt ist, dass die Aufsichtsbehörde auch etwas anderes als einen Bescheid, nämlich ein – aus einem Bescheid hervorgegangenes – gerichtliches Erkenntnis aufheben kann.

allerdings, dass das Verwaltungsgericht nach § 27 VwGVG einen eingeschränkten Prüfungsumfang hat (nämlich eingeschränkt durch das Beschwerdebegehren und die geltend gemachten Gründe), sodass es – in Relation zu jenen Fällen, in denen der zugrundeliegende Bescheid gar nicht beim Verwaltungsgericht bekämpft wird bzw die Beschwerde zurückgewiesen wird – sachlich unbefriedigend erscheint, wenn auch Gründe, die das Verwaltungsgericht bei seiner Sachentscheidung gar nicht aufgreifen konnte,⁷⁴ nicht zur Abänderung nach § 68 AVG bzw einer entsprechenden gemeindeaufsichtsbehördlichen Vorschrift führen können.⁷⁵

VI. Resümee

Der Verfahrensgesetzgeber des VwGVG hatte einige spezifische Vorgaben des B-VG zu beachten. Er hat dem – und der im Vorfeld mit den Ländern erarbeiteten Punktation – im Wesentlichen auch entsprochen. In manchen Teilbereichen (zB betreffend die Beschwerde-vorentscheidung im Mehrparteienverfahren oder das Eintrittsrecht oberster Organe) verbleibt ein verfassungsrechtliches Spannungsver-

73 Als Argument für das Nicht-Bestehen der Möglichkeit der Aufhebung oder Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung nach den Regeln des § 68 Abs 3 und 4 AVG kann auch angeführt werden, dass nach § 17 VwGVG „auf das Verfahren über Beschwerden“ zwar grundsätzlich die Bestimmungen des AVG, nicht aber jene „des IV. Teiles“ (daher unter anderem auch nicht der § 68 Abs 3 und 4 AVG) sinngemäß anzuwenden sind. Was jedenfalls zulässig erscheint, sind materiengesetzliche Regelungen, die – wie zB § 5 Abs 4 des VlbG Kanalisationsgesetzes – vorsehen, dass „Entscheidungen“ auf Grund geänderter Sachlage zu ändern oder neu zu erlassen sind; diesfalls wird nämlich nicht mehr über dieselbe Rechtssache entschieden.

74 ZB bei einer Beschwerde des Bauwerbers oder eines Nachbarn, bei der die Frage der Widmungswidrigkeit überhaupt keine Rolle spielte. Zu bedenken ist, dass sich die eingeschränkte Prüfbefugnis des Verwaltungsgerichts nicht nur aus der Regelung des § 27 VwGVG ergeben kann, sondern auch aus der eingeschränkten Parteistellung bzw der Präklusion des Beschwerdeführers.

75 Es stellt sich die Frage, ob in verfassungskonformer Interpretation zur Vermeidung einer solchen Unsachlichkeit bei Vorliegen einschlägiger Gründe im Kontext mit der nachträglichen Aufhebung oder Abänderung auch bei einer Entscheidung, die vom Verwaltungsgericht getroffen wurde, von einem abänderbaren „Bescheid“ im Sinne des § 68 AVG bzw einer entsprechenden gemeindeaufsichtsbehördlichen Vorschrift auszugehen ist. Fraglich erschiene dann freilich immer noch, wer diesfalls als „Behörde, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat“ oder als „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“ im Sinne des § 68 Abs 3 und 4 AVG anzusehen ist; da der Grund, der zur Abänderung oder Nichtigerklärung führt, der Ingerenz des Verwaltungsgerichtes entzogen war, könnte als bescheiderlassende Behörde jene angesehen werden, die den Administrativbescheid erlassen hat, und als Oberbehörde die dieser übergeordnete Behörde. Einer solchen Interpretation könnten freilich der enge Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen als auch Gründe der Gewaltentrennung entgegen gehalten werden.

hältnis. Mit besonderem Interesse bleibt abzuwarten, welche Erfordernisse bzw Konsequenzen aus der Rechtsnatur der – auf dem Bescheid einer Verwaltungsbehörde aufbauenden – gerichtlichen Entscheidung abgeleitet werden, zB im Hinblick auf die Spruchgestaltung und die Begründung der Entscheidung⁷⁶, aber auch auf die Änderbarkeit der gerichtlichen Entscheidung. Am zuletzt genannten Punkt zeigt sich eine mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit verbundene Akzentverschiebung von der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses zum subjektiven Rechtsschutz. Soweit es um die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses geht, ist zu beachten, dass – insbesondere bei der Verankerung von Eintritts-, Amtsbeschwerde- und Amtsrevisionsrechten – nicht unnötig bürokratische Abläufe geschaffen werden.

76 Siehe VfSlg 18.632/2008 (Begründungspflicht des Asylgerichtshofs) und dazu im Folgenden der Beitrag von *Thalhammer* in diesem Band.

Das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten – interessante Neuerungen im Vergleich zum Verfahren vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten¹

I. Einleitung

Wie bereits dargelegt,² bestehen für das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten zahlreiche verfassungsgesetzliche Vorgaben. Im Folgenden werden ein paar interessante Unterschiede des Verfahrens vor den Landesverwaltungsgerichten im Vergleich zum Verfahren vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten dargelegt. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der örtlichen Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte³ sowie der Möglichkeit von Verweisen auf die Begründung des angefochtenen Bescheides.

II. Zuständigkeit

A) Sachliche Zuständigkeit

1. Bescheidbeschwerden (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG idF BGBl I 51/2012)

Die sachliche Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte ist von der Verfassung vorgegeben. Auf Grund dieser Vorgaben kommt es bei Bescheidbeschwerden zu Zuständigkeitsverschiebungen von den bisherigen Berufungs- und Aufsichtsbehörden zu den Landesverwaltungsgerichten (so gehen etwa Wasserrechtsverfahren vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Verfahren aus dem Bereich der Bodenreform von den Landesagarsenaten oder Vorstellungsverfahren von den Aufsichtsbehörden auf

1 Der Beitrag gibt im Wesentlichen den am 12.4.2013 im Rahmen der Tagung „Die neuen Landesverwaltungsgerichte“ in Innsbruck gehaltenen Vortrag wieder, wurde allerdings auf aktuellen Stand (11.7.2013) gebracht.

2 Siehe insbesondere die Beiträge von *Eberhard* und *Germann* in diesem Band.

3 Zur zwischenzeitlich erfolgten Änderung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen siehe Punkt IV.

die Landesverwaltungsgerichte über). Im Zusammenhang mit Vorstellungsverfahren erscheint erwähnenswert, dass Bescheide im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde bislang mit der zweitinstanzlichen Entscheidung auf Gemeindeebene rechtskräftig bzw vollstreckbar wurden, in Zukunft allerdings erst mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts.⁴ In der Phase des Übergangs kann dies dazu führen, dass bereits rechtskräftige Bescheide ihrer Rechtskraft wieder verlustig gehen⁵.

Andererseits gehen aber auch Zuständigkeiten verloren und gehen auf das Bundesverwaltungsgericht über, etwa im Bereich des Fremdenrechts, da dieses ab 1. Jänner 2014 vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (also einer Bundesbehörde) vollzogen wird. Weiters haben die Landesverwaltungsgerichte (im Gegensatz zu den Unabhängigen Verwaltungssenaten) keine grundsätzliche Zuständigkeit als Rechtsmittelinstanz gegen Strafbefehle (mehr), sondern teilen diese mit dem Bundesverwaltungsgericht.

2. Maßnahmenbeschwerden (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG [neu])

Im Bereich der Maßnahmenbeschwerden haben die Landesverwaltungsgerichte (im Gegensatz zu den Unabhängigen Verwaltungssenaten) keine ausschließliche Zuständigkeit (mehr), sondern teilen diese mit den Bundesverwaltungsgerichten; so ist etwa das Bundesverwaltungsgericht künftig für Schubhaftbeschwerden (nach dem Fremdenpolizeigesetz) zuständig.

4 Die von Eberhard in seinem Beitrag vertretene Auffassung, dass die Rechtskraft (im Sinne von Vollstreckbarkeit) bereits mit Erlassung des (letztinstanzlichen) behördlichen Bescheides eintrete und durch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde „kompensiert“ werde, wird nicht geteilt. (Folgte man seiner Auffassung, so wäre eine [in letzter Instanz] erteilte behördliche Bewilligung bis zur Erhebung einer Beschwerde konsumierbar.) Vielmehr bin ich mit Köhler, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 42, der Auffassung, dass die Rechtskraft (im Sinne von Vollstreckbarkeit) erst mit dem ungenützten Verstreichen der Beschwerdefrist bzw dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes eintritt. Dies ergibt sich aus der Systematik des AVG (neu) und des VwGVG, die sich nicht wesentlich von der bisherigen Systematik des AVG unterscheidet. § 68 Abs 1 AVG idF BGBl I 33/2013 regelt dagegen lediglich die „entschiedene Sache“. Wie sich aus § 28 Abs 1 VwGVG bzw den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ergibt (siehe RV 2009 BlgNR 24. GP, 6), ist eine solche Anordnung aber gar nicht notwendig. Der Verweis im § 68 Abs 1 AVG (neu) auf die Abs 2 bis 4 führt allerdings zu gewissen Ungereimtheiten.

5 So können etwa Bauführungen die auf Grund eines rechtskräftigen Baubefehls getätigt wurden, ab 1.1.2014 rechtswidrig werden, wenn der rechtskräftige Befehl bei der Aufsichtsbehörde bekämpft wurde und diese nicht bis zum 1.1.2014 über die Vorstellung entschieden hat.

3. Säumnisbeschwerden (Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG [neu])

Zu einem weiteren Zuständigkeitszuwachs der Landesverwaltungsgerichte kommt es durch ihre Zuständigkeit für Säumnisbeschwerden. Alle bei den bisherigen Berufungsbehörden anhängigen Devolutionsanträge (mit Ausnahme des Gemeindebereichs) gehen mit 1. Jänner 2014 auf die Landes- und Bundesverwaltungsgerichte über.⁶ In diesem Zusammenhang ist auch auf § 5 des Verwaltungsgerichtsbarkeit-Übergangsgesetzes, BGBl I 33/2013, hinzuweisen, der einen „Zuständigkeitsübergang“ der beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Säumnisbeschwerdeverfahren auf die Verwaltungsgerichte zum Gegenstand hat.⁷

B) Örtliche Zuständigkeit

Zur örtlichen Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte ist zunächst näher auf § 3 Abs 1 Z 1 VwGVG, BGBl I 33/2013, einzugehen. Im Hinblick auf Bescheid- und Säumnisbeschwerden wird in dieser Bestimmung auf § 3 Z 1, 2 und 3 (mit Ausnahme des letzten Halbsatzes) AVG verwiesen.⁸ Die örtliche Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte richtet sich daher in Sachen, die sich auf ein unbewegliches Gut beziehen: nach der Lage des Gutes, in Sachen, die sich auf den Betrieb einer Unternehmung oder sonstigen dauernden Tätigkeit beziehen: dem Ort, an dem ein Unternehmen betrieben oder eine sonstige dauernde Tätigkeit ausgeübt wird, und in sonstigen Sachen: zunächst nach dem Hauptwohnsitz (Sitz) des Beteiligten, dann nach seinem Aufenthalt, dann nach seinem letzten Hauptwohnsitz (Sitz) im Inland, schließlich nach seinem letzten Aufenthalt im Inland, wenn aber keiner dieser Zuständigkeitsgründe in Betracht kommen kann oder Gefahr im Verzug ist, nach dem Anlass zum Einschreiten.

Sofern sich die Zuständigkeit nicht nach diesen Regelungen bestimmen lässt, ist nach § 3 Abs 2 VwGVG das Landesverwaltungsgericht Wien zuständig.

6 Siehe Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG (neu).

7 Nach Abs 1 dieser Bestimmung gelten am 31.12.2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Säumnisbeschwerdeverfahren, denen die Säumnis einer unabhängigen Verwaltungsbehörde zugrunde liegt, als Fristsetzungsanträge; nach Abs 2 sind sonstige zu diesem Zeitpunkt beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Säumnisbeschwerdeverfahren an das zuständige Verwaltungsgericht abzutreten.

8 Zur zwischenzeitlich erfolgten Änderung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen siehe Punkt IV.

Anders als § 3 AVG gilt allerdings § 3 VwGVG nicht subsidiär. Der Materiengesetzgeber kann daher nur zur Regelung des Gegenstandes erforderliche (abweichende) Regelungen treffen.⁹

Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zur bisherigen Rechtslage. Die örtliche Zuständigkeit der Unabhängigen Verwaltungssenate richtet sich – abgesehen von Verwaltungsstrafangelegenheiten – nämlich primär nach den Vorschriften über den Wirkungsbereich der Unabhängigen Verwaltungssenate und den Verwaltungsvorschriften (§ 1 AVG) und nur subsidiär nach § 3 AVG. Zudem ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mit der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides die Zuständigkeit der Berufungsbehörde fixiert. Nach diesem Zeitpunkt eintretende Änderungen betreffend die Zuständigkeit der Erstbehörde können an der einmal gegebenen Zuständigkeit der Rechtsmittelbehörde nichts mehr ändern.¹⁰ Daher ist grundsätzlich immer der Unabhängige Verwaltungssenat jenes Bundeslandes zuständig, in dem die belangte Behörde ihren Sitz hatte. Im Verwaltungsstrafverfahren ergibt sich dasselbe aus der ausdrücklichen Regelung des § 51 Abs 1 VStG.¹¹

Bei Bundesländergrenzen oder Staatsgrenzen überschreitenden Sachverhalten kann dieser Unterschied dazu führen, dass die Verwaltungsbehörde des einen Landes, aber das Landesverwaltungsgericht eines anderen Landes zuständig ist (siehe dazu die folgenden Ausführungen).

1. *Örtliche Zuständigkeit in Verwaltungsverfahren mit Ausnahme von Verwaltungsstrafverfahren*

In Verwaltungsverfahren betreffend die Verleihung oder den Entzug persönlicher Berechtigungen, bei denen sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Hauptwohnsitz, Aufenthalt etc richtet, kann der angesprochene Unterscheid etwa dann zu Schwierigkeiten führen, wenn der Hauptwohnsitz verlegt wird oder eine Berechtigung nach landesgesetzlichen Bestimmungen Verfahrensgegenstand ist.

Ich darf dies kurz anhand von zwei Beispielen illustrieren:

- Verlegt etwa eine Person mit Hauptwohnsitz in der Steiermark, der die Lenkberechtigung durch eine Bezirksverwaltungsbehörde in

9 Siehe Art 136 Abs 2 B-VG (neu).

10 Siehe zuletzt etwa das Erkenntnis vom 28.8.2012, 2012/21/0092, mwN.

11 Nach dieser Bestimmung steht den Parteien im Verwaltungsstrafverfahren das Recht der Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat jenes Landes zu, in dem die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, ihren Sitz hat.

der Steiermark entzogen wurde, ihren Hauptwohnsitz nach der behördlichen Entscheidung nach Niederösterreich, so wäre zur Entscheidung über die Beschwerde gegen den Bescheid nicht das Landesverwaltungsgericht Steiermark, sondern jenes des Landes Niederösterreich zuständig.

- Oder etwas kurioser: Beantragt eine Person mit Hauptwohnsitz in Tirol eine Konzession als Schillehrer in Vorarlberg, wäre zunächst die Vorarlberger Landesregierung, im Beschwerdefall aber das Landesverwaltungsgericht Tirol zur Entscheidung über die Konzessionserteilung zuständig.¹² Wird die Konzession von einer Person mit Hauptwohnsitz im Ausland beantragt, wäre im Beschwerdefall das Landesverwaltungsgericht Wien zuständig. Es könnte auch hinterfragt werden, ob dies mit Art 129 erster Satz B-VG (neu) vereinbar ist, nach dem für jedes Land ein Verwaltungsgericht des Landes besteht.¹³

2. Örtliche Zuständigkeit in Verwaltungsstrafverfahren

In Verwaltungsstrafsachen kann die neue Zuständigkeitsregelung zu einem bedeutenden Mehraufwand führen. Die Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörde richtet sich weiterhin danach, wo die Verwaltungsübertretung begangen wurde.¹⁴ Dagegen muss das Landesverwaltungsgericht – sofern nicht § 3 Z 1 und 2 AVG zur Anwendung gelangt – zur Feststellung seiner Zuständigkeit zunächst (aufwändig) prüfen, ob der Beschuldigte einen Hauptwohnsitz, Aufenthalt etc im Inland hat oder hatte und wenn ja, wo dieser liegt.¹⁵

Sofern keiner der genannten Anknüpfungspunkte für die örtliche Zuständigkeit vorliegt (Hauptwohnsitz etc), ist auf den Anlass zum Einschreiten abzustellen. Es erscheint allerdings fraglich, was unter „Anlass zum Einschreiten“ zu verstehen ist. Nach der Judikatur des VwGH in einem Verfahren betreffend die Entziehung der Lenkbe-

12 Siehe das Erkenntnis des VwGH vom 18.5.1994, 92/03/0083, nach dem sich die örtliche Zuständigkeit nicht nach dem Ort der Konzessionsausübung richtet.

13 Vgl auch Hauer, Die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 27 (41 f).

14 Siehe § 27 Abs 1 VStG.

15 Diese Zuständigkeitsregelung führt etwa dazu, dass jemand mit Hauptwohnsitz in Vorarlberg, der in Oberösterreich eine Geschwindigkeitsübertretung begeht, zunächst von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde in Oberösterreich, in Folge aber vom Landesverwaltungsgericht Vorarlberg zu bestrafen ist. Dies ist zwar für den Beschuldigten mitunter bequemer; es können aber beträchtliche Kosten entstehen: Zeugen, die anreisen müssen, haben nämlich – im Gegensatz zum Beschuldigten – Anspruch auf Auslagenersatz.

rectigung ist der Anlass zum Einschreiten der Behörde dort gegeben, wo der Lenkerberechtigte die strafbaren Handlungen begangen hat und ihm der Führerschein von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorläufig abgenommen wurde.¹⁶ Kann aber auch dann von einem „Einschreiten“ die Rede sein, wenn eine Verwaltungsübertretung lediglich von einer Radarbox oder im Rahmen von Section Control aufgezeichnet wird und nicht unmittelbar Anlass für eine Amtshandlung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist? Verneint man dies, wäre – auf Grund der Regelung des § 3 Abs 2 VwGVG – in all diesen Fällen die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Wien gegeben. Es darf bezweifelt werden, ob dies vom Verfahrensgesetzgeber intendiert war.

3. *Örtliche Zuständigkeit mehrerer Landesverwaltungsgerichte*

Die Regelung über die örtliche Zuständigkeit ist aber auch in Fällen interessant, in denen sich auf Grund der Bestimmung des § 3 Abs 1 Z 1 VwGVG in Verbindung mit § 3 Z 1 AVG die Zuständigkeit mehrerer Landesverwaltungsgerichte ergibt, etwa weil sich die bewilligte Betriebsanlage über zwei Bundesländer erstreckt. In diesem Fall ist wohl nicht davon auszugehen, dass sich die Zuständigkeit nicht bestimmen lässt und daher das Landesverwaltungsgericht Wien zuständig ist (§ 3 Abs 2 VwGVG).¹⁷ Im Unterschied zum AVG enthält das VwGVG keine Bestimmung für den Fall der örtlichen Zuständigkeit mehrerer Landesverwaltungsgerichte; eine dem § 4 Abs 1 und 2 AVG vergleichbare Regelung – zunächst Gebot zum einvernehmlichen Vorgehen und wenn kein Einvernehmen erzielbar ist, Übergang der Zuständigkeit auf die jeweils sachlich in Betracht kommende Oberbehörde – verbietet sich schon auf Grund der Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter bzw der mangelnden sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde. In diesen Fällen werden spezielle Regelungen des Materiengesetzgebers über die territoriale Anknüpfung (etwa das Abstellen auf den flächenmäßig überwiegenden Teil der Anlage) als zur „Regelung des Gegenstandes erforderlich“ im Sinne des Art 136 Abs 2 B-VG ange-

16 Siehe das Erkenntnis des VwGH vom 25.6.1996, 95/11/0330.

17 Dies ist schon daraus abzuleiten, dass das AVG zum einen eine Regelung für den Fall trifft, dass sich eine Zuständigkeit nicht bestimmen lässt (siehe § 3 Z 3 letzter Halbsatz), zum anderen aber auch für den Fall, dass die örtliche Zuständigkeit mehrerer Behörden gegeben ist (§ 4).

sehen werden können.¹⁸ Es ist allerdings bedauerlich, dass der Verfassungsgesetzgeber für diesen Fall keine Vorsorge getroffen hat.

III. Verweise auf die Begründung des angefochtenen Bescheids

Weiters erscheint die Frage interessant, inwiefern vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes¹⁹ die teils geübte Praxis der Unabhängigen Verwaltungssenaten, in ihren Erkenntnissen auf die Begründung des angefochtenen Bescheides zu verweisen, von den Landesverwaltungsgerichten beibehalten werden kann.

Bekanntlich vertritt der Verfassungsgerichtshof die Ansicht, dass die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Berufungsbehörde berechtigt ist, näher bezeichnete Teile des angefochtenen Bescheides zum Inhalt ihrer Entscheidung zu erheben, ohne sie wiederholen zu müssen, nicht auf Entscheidungen des Asylgerichtshofes übertragbar ist. Er führt dazu aus, dass diese verfahrensökonomische Begründungstechnik dann nicht mehr hinnehmbar sei, wenn die verweisende Entscheidung von einem (nicht im Instanzenzug übergeordneten) Gericht erlassen werde, welches seinerseits nicht mehr der Kontrolle durch ein weiteres Gericht unterliege. Eine Verweisung ohne wörtliche Wiedergabe der Begründung widerspreche den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an die Begründung der Entscheidung eines (insoweit erstinstanzlich entscheidenden) Gerichts. Die für die bekämpfte Entscheidung maßgeblichen Erwägungen müssten aus der Begründung der Entscheidung hervorgehen, da nur auf diese Weise die rechtsstaatlich gebotene Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof möglich sei.

Zwar besteht zwischen den Erkenntnissen des Asylgerichtshofes und jenen der Landesverwaltungsgerichte ein wesentlicher Unterschied; im Gegensatz zu den Erkenntnissen des Asylgerichtshofes unterliegen jene der Landesverwaltungsgerichte der nachprüfenden Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes – zumindest wenn eine Revision zulässig ist. Trotz dieses Unterschieds ist davon auszugehen, dass der Verfassungsgerichtshof auch im Hinblick auf die Verwaltungsge-

18 Vgl etwa § 32a des Bundesstraßengesetzes idF BGBl I 96/2013, § 13a des Straßentunnel-Sicherheitsgesetzes idF BGBl I 96/2013 oder § 101 Abs 5 des Wasserrechtsgesetzes 1959 idF BGBl I 97/2013.

19 Beginnend mit VfSlg 18.614/2008.

richte an seiner Rechtsprechung festhalten wird.²⁰ Fraglich ist, ob der VfGH diese Ansicht nur bei Pauschalverweisungen auf die behördliche Entscheidung (wie in den genannten Erkenntnissen) oder auch bei Verweisen auf einzelne Punkte der behördlichen Entscheidung vertreten wird. Sofern er auch Verweise auf einzelne Punkte als unzulässig ansieht, wären freilich nicht nur Verweisungen auf den Sachverhalt und die sonstige Begründung der bekämpften Bescheide unzulässig, auch Plan- und Beschreibungsunterlagen – etwa in Betriebsanlagenverfahren – müssten in den Erkenntnissen der Landesverwaltungsgerichte detailliert wiedergegeben werden. Es erscheint fraglich, ob damit der Rechtsstaatlichkeit besser gedient ist. Man darf gespannt sein – freilich nunmehr auch auf die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes.

Exkurs: Vor dem Hintergrund der dargelegten Problematik kann auch hinterfragt werden, ob sich das Verwaltungsgericht auf die Abweisung der Beschwerde beschränken darf, wenn es zu Ansicht gelangt, dass der angefochtene Bescheid inhaltlich rechtmäßig ist, oder ob es den Spruch des Bescheides der belangten Behörde ebenfalls wiederholen muss.²¹

IV. Resümee

Zusammenfassend kann man festhalten, dass es bereits in den wenigen angeführten Punkten einige Unterschiede im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten im Vergleich mit jenem vor den Unabhängigen Verwaltungssenaten gibt. Bei meinem Vortrag am 12. April 2013 habe ich ausgeführt, dass es im Zusammenhang mit diesen Unterschieden – wie aufgezeigt – noch einige Fragen gibt, die entweder vom Gesetzgeber oder der Rechtsprechung zu beantworten sind.

In einem wesentlichen Punkt ist dies mittlerweile bereits erfolgt: Der Bundesgesetzgeber als Verfahrensgesetzgeber hat eine Änderung von § 3 VwGVG zur örtlichen Zuständigkeit der Landesverwaltungs-

20 Siehe *Holzinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, in: *Holoubek/Lang* (Hg), *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 381 (390).

21 Siehe *Leeb*, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in: *Janko/Leeb* (Hg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 85 (109).

gerichte vorgenommen.²² Auf Grund dieser Änderung ist in Rechts-
sachen in den Angelegenheiten, in denen die Vollziehung Landes-
sache ist, das Verwaltungsgericht im jeweiligen Land zuständig (sofern
nicht die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gegeben
ist).²³ Damit sind die unter Punkt II.B.1 dargelegten Schwierigkeiten für
den Bereich der Landesvollziehung entschärft. Zudem wurde vorge-
sehen, dass sich die örtliche Zuständigkeit in Verwaltungsstrafsachen,
die nicht zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes gehören,
nach dem Sitz der Behörde richtet, die den Bescheid erlassen bzw
nicht erlassen hat.²⁴ Damit sind auch die unter Punkt II.B.2 darge-
stellten Probleme behoben.

Es ist erfreulich, dass der Gesetzgeber derart rasch und deutlich
reagiert hat. Ob eine Klärung der anderen aufgezeigten Problembe-
reiche ebenso schnell und klar erfolgen wird, bleibt abzuwarten.

22 Siehe Art 2 Z 3 des Bundesgesetzes, mit dem das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Aus-
führungsgesetz 2013, das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, das Verwaltungs-
gerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, das
Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, das Amtshaftungsgesetz und das Bundes-
ministeriengesetz 1986 geändert werden, BGBl I 122/2013.

23 Siehe § 3 Abs 1 VwGVG idF BGBl I 122/2013.

24 Siehe § 3 Abs 2 Z 1 letzter Teilsatz VwGVG idF BGBl I 122/2013.

Sachverständige im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten

I. Einleitung

Wie Verwaltungsbehörden und andere Gerichte auch, werden die Verwaltungsgerichte erster Instanz zur Klärung des maßgebenden Sachverhalts der Einbindung sachverständiger Expertise – vor allem in Form von Sachverständigengutachten – bedürfen. Die Frage der Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises bildet daher auch im Verfahren vor den neuen Verwaltungsgerichten einen wesentlichen Aspekt. Im Vorfeld der Erlassung des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2013¹ wurde vor allem darüber diskutiert, ob das in Österreich seit dem Jahr 1925 bestehende System der Amtssachverständigen auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommen soll. Zwar weisen die im Begutachtungsverfahren geäußerten Vorbehalte² deutliche interessenpolitische Implikationen auf, sie geben aber doch Anlass, diese Frage noch einmal aus verfassungsrechtlicher Sicht, insbesondere in Hinblick auf die in Art 6 EMRK und Art 47 GRC normierten Anforderungen an ein faires Verfahren, genauer zu beleuchten. Es geht hier im Wesentlichen darum, ob die Fortschreibung des Primats der Amtssachverständigen mit den Grundsätzen der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit vereinbar ist oder ob ein von der Verwaltung getrenntes und unabhängiges Rechtsschutzsystem³ nicht eher für eine gänzliche Neuregelung des Sachverständigenbeweises sprechen würde.

Ich möchte den grundrechtlichen Überlegungen aber im Folgenden eine auch organisationsrechtliche Perspektive zur Seite stellen. So zählte es schon in der Vergangenheit zu den schwierigen Fragen, welche Amtssachverständigen der Behörde im Sinne des § 52 Abs 1 AVG „zur Verfügung stehen“. Diese, den Grundsatz der Trennung der

* Dieser Beitrag wurde am 1.5.2013 abgeschlossen.

1 BGBl I 33/2013.

2 Vgl zB die Stellungnahme des Hauptverbandes der Gerichtssachverständigen vom 19.10.2012, abrufbar unter <www.parlament.gv.at>.

3 Storr, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, ZfV 2012, 911 (912).

Vollziehungsbereiche berührende Frage stellt sich nunmehr auch und mit etwas anderen Facetten im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten.

Bevor ich mich diesen beiden verfassungsrechtlichen Themenkreisen zuwende (Punkt V und VI), gilt es zunächst die neuen verfahrens- und organisationsrechtlichen Regelungen näher in den Blick zu nehmen (Punkt IV). Einleitend möchte ich den Bogen aber etwas weiter spannen und die Rolle bzw Bedeutung des Sachverständigen im verwaltungsbehördlichen Verfahren und insbesondere im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten herausarbeiten (Punkt II und III).

II. Sachverständiger im verwaltungsbehördlichen Verfahren

Die Vollziehung von Gesetzen im Verwaltungsverfahren setzt die Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts voraus. Bei den von der Behörde zu ermittelnden Tatsachen handelt es sich oft nicht bloß um einfache Fakten, deren Vorliegen ohne größeren Aufwand festgestellt werden kann. Häufig erweisen sich die für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalte⁴ als so komplex, dass deren Ermittlung besonderen Sachverstand erfordert.⁵ Die Gründe dafür sind vielschichtig; sie liegen zum einen in der wachsenden Komplexität der Lebensverhältnisse und zum anderen in der Entfaltung der wissenschaftlichen Einsichten zur Bewältigung der damit verbundenen Schwierigkeiten.⁶ Durch die zunehmende Vielfalt und Komplexität der vom Verwaltungsrecht erfassten Lebensbereiche ergibt sich ein steigender Bedarf an sachverständiger Kompetenz.⁷ Kurzum: Dem auch nichtjuristischen Fachwissen kommt bei der Vollziehung des Verwaltungsrechts regelmäßig hoher Stellenwert zu.⁸

4 Siehe die Formulierung in § 37 AVG.

5 Vgl zB *Pürgy*, Rechts- und Sachfragen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), *Sachverständiger im Wirtschaftsrecht* (2013) 17, *derselbe*, *Das Sachverständigen-gutachten im Verwaltungsverfahren*, ZTR 2012, 4 (4), *Attlmayr*, *Grundlagen der Sachverständigentätigkeit*, in: *derselbe/Walzel von Wiesentreu* (Hg), *Handbuch des Sachverständigenrechts* (2006) 1 (1).

6 *Hofer-Zeni*, *Der Sachverständige in der rechtsstaatlichen Wirtschaftsverwaltung*, ÖZW 1976, 12 (12), *Aigner*, *Der (Amts)sachverständige im Lichte der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes*, JBl 1983, 352 (252), *Pürgy*, *Rechts- und Sachfragen* 22 f.

7 *Funk*, *Die Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen – Verfassungsfragen der Sachverständigentätigkeit*, in: *Aicher/Funk* (Hg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 1 (8).

8 *Mayer*, *Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren*, in: *Aicher/Funk* (Hg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 131 (132).

Da der – zumeist juristisch gebildete – behördliche Organwalter in aller Regel nicht über die notwendige fachliche Expertise verfügt, hat der Gesetzgeber den in bestimmten Verfahren notwendigen Sachverstand auf andere Art sicherzustellen. Dies kann dadurch erfolgen, dass die Behörde selbst mit besonderem Sachverstand ausgestattet wird. Ein Beispiel bildet hier die Mitwirkung sachverständiger Organwalter an der Willensbildung von Kollegialbehörden. Der sogenannte „behördeneigene“ Sachverstand spielt im Verwaltungsrecht vor allem im Bereich der Bodenreform⁹ und des Regulierungsrechts¹⁰ eine wichtige Rolle.

Das herausragende Instrument zur Generierung der notwendigen fachlichen Expertise bildet freilich die Einholung von Fachgutachten im Weg der Beiziehung Sachverständiger zum Verwaltungungsverfahren.¹¹ Sachverständige sind besonders qualifizierte Personen, die von der Behörde dem konkreten Verfahren beigezogen werden, um durch Erstellung von Befund und Gutachten zur Ermittlung der materiellen Wahrheit beizutragen. Sachverständige wirken an der Feststellung des Sachverhalts mit, indem sie aus bestimmten Tatsachen – die bereits bekannt oder von ihnen zu erheben sind – auf Grund ihrer besonderer Fachkunde Schlüsse auf das (Nicht-)Vorliegen bestimmter, für die Behörde entscheidungserheblicher Umstände ziehen.¹² Damit kommt den Sachverständigen *de facto* erheblicher Einfluss auf den Ausgang eines Verwaltungsverfahrens zu.¹³

Die formelle Einbeziehung des Sachverständigenbeweises in das Verwaltungungsverfahren erfolgt durch § 52 AVG; dieser bestimmt in Abs 1, dass die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen sind, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig wird. Steht ein Amtssachverständiger nicht zur Verfügung oder ist es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten, kann die Behörde ausnahmsweise andere geeignete Personen, sogenannte nichtamtliche Sachverständige, heranziehen (§ 52 Abs 2 AVG). Damit

9 Für die Angelegenheiten der Bodenreform ist eine solche Form der Bereitstellung von Sachverstand durch Art 12 Abs 2 B-VG sogar verfassungsrechtlich geboten (VfSlg 16.827/2003). Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl I 51/2012) wird Art 12 Abs 2 B-VG allerdings aufgehoben (ab 1.1.2014).

10 Siehe zuletzt *Fuchs*, Sachverstand im Regulierungsrecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 189.

11 *Pürgy*, Rechts- und Sachfragen 23.

12 *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2009) 199.

13 *Bußjäger/Kraft*, Sachverstand, Privatisierung und Kostentragung, ZfV 1999, 12 (12); vgl. zuletzt auch *Wenusch*, Wenn Gutachter statt Richtern urteilen: Ein einziges Glücksspiel, in: Die Presse vom 2.12.2012.

normiert das AVG den bereits angesprochenen Grundsatz des „Primats der Amtssachverständigen“¹⁴. Die Beweisaufnahme durch Sachverständige im Verwaltungsverfahren unterliegt also – im Vergleich zu der ansonsten sehr flexiblen Gestaltung des Beweisrechts im AVG – einer relativ strikten Regelung.¹⁵ Am Vorrang des Amtssachverständigen hat auch der mit der AVG-Novelle 1995¹⁶ neu hinzugekommene § 52 Abs 3 AVG nichts geändert; dieser, in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle spielende Tatbestand ermöglicht die Heranziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen, wenn davon eine wesentliche Beschleunigung des Verfahrens zu erwarten ist. Eine solche Heranziehung ist jedoch nur zulässig, wenn sie von demjenigen, über dessen Ansuchen das Verfahren eingeleitet wurde, angeregt wird und die daraus entstehenden Kosten einen von dieser Partei bestimmten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten.

In der Verwaltungspraxis läuft es häufig – abseits der eher unproblematischen „beigegebenen“ Sachverständigen – auf die Frage hinaus, wann ein Sachverständiger der Behörde „zur Verfügung steht“.¹⁷ Gemeint sind damit sachkundige Organwalter, die organisatorisch einer anderen als der zur Entscheidung berufenen Behörde angehören. Bei dieser anderen Behörde kann es sich allerdings nicht um jede beliebige handeln. Nach der Judikatur des VwGH muss sie vielmehr zu der zur Entscheidung berufenen Behörde in einem Verhältnis stehen, das es letzterer erlaubt, sich des Amtssachverständigen der anderen Behörde zu bedienen.¹⁸ Die Anwendung dieses Kriteriums bereitet vor allem in jenen Fällen Schwierigkeiten, in denen auf Amtssachverständige zugegriffen werden soll, die einer Behörde der jeweils anderen Gebietskörperschaft angehören. Auf das hier bestehende Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Trennung der Vollziehungsbereiche des Bundes und der Länder wird im Folgenden noch einmal zurückzukommen sein.¹⁹

Gestützt auf Art 11 Abs 2 B-VG kann der Materiengesetzgeber vom Primat der Amtssachverständigen abweichen. Ein Beispiel für eine solche Abweichung findet sich im Umweltverträglichkeitsprüfungsge-

14 Hengstschläger/Leeb, AVG (2005) § 52 Rz 22.

15 Mayer, Sachverständige 134.

16 BGBl 471/1995.

17 Siehe dazu weiterführend Pürgy, ZTR 2012, 9 mwN.

18 VwGH 25.4.2003, 2002/12/0109. Die geforderte Nahebeziehung wird jedenfalls innerhalb ein und derselben Organisationseinheit oder zumindest innerhalb ein und desselben Vollziehungsbereiches angenommen (Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 26).

19 Siehe die Ausführungen unter Punkt V.

setz 2000 (UVP-G 2000).²⁰ § 12 Abs 2 leg cit lässt in UVP-Verfahren die Beiziehung von nichtamtlichen Sachverständigen auch ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 Abs 2 und 3 AVG zu. Zudem dürfen auch fachlich einschlägige Anstalten, Institute und Unternehmen als Sachverständige bestellt werden (§ 12 Abs 2 zweiter Satz UVP-G 2000). Mit dieser Regelung versucht der Materiengesetzgeber, den für die Umweltverträglichkeitsprüfung typischen umfassenden Fragestellungen und der durch das konzentrierte Verfahren zumeist großen Zahl betroffener Sachbereiche zu begegnen und das Verfahren zu beschleunigen.²¹

III. Sachverstand und Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz

A) *Sachverhaltskontrolle und Sachverhaltsfeststellung durch die Verwaltungsgerichte*

Die Frage des notwendigen Sachverstandes stellt sich aber nicht nur für die Verwaltungsbehörden, sondern auch für die Verwaltungsgerichte erster Instanz. Dies hängt mit der den neuen Verwaltungsgerichten eingeräumten Kognitionsbefugnis²² zusammen, also deren Befugnis, selbst Sachverhaltsfeststellungen zu treffen bzw den von den belangten Behörden festgestellten Sachverhalt zu kontrollieren.²³ Während nämlich dem VwGH eine Tatsachenkognition nur sehr eingeschränkt zukommt²⁴ und daher Fragen der Beiziehung von Sachverständigen nur eine untergeordnete Rolle spielen, bildet sie im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz einen fixen Bestandteil.

Die Verwaltungsgerichte erster Instanz sollen grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden.²⁵ Dies leitet sich hinsichtlich der Bescheidbeschwerden (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG [neu]) aus Art 130 Abs 4 B-VG

20 BGBl 697/1993 idF BGBl I 77/2012.

21 Vgl dazu weiterführend *Pürgy*, ZTR 2012, 10 mwN.

22 Zum Begriff vgl zB *Pabel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel, ZÖR 2012, 61 (64).

23 *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 65 (67) und *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in: derselbe/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 127.

24 Vgl zuletzt *Pürgy*, Rechts- und Sachfragen 32.

25 So ausdrücklich RV 1618 BlgNR 24. GP, 4 und AB 1771 BlgNR 24. GP, 2.

(neu) sowie in der einfachgesetzlichen Ausgestaltung aus § 28 Abs 2 bis 5 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)²⁶ ab. Die reformatorische Entscheidungsbefugnis ergibt zwar nicht zwingend die Tatsachenkognition, sie ist jedoch regelmäßig mit ihr verknüpft.²⁷ Auch im vorliegenden Fall machen die genannten Bestimmungen die Sachverhaltskontrolle uneingeschränkt zur Aufgabe der Verwaltungsgerichte erster Instanz.²⁸ Aber auch die Sachverhaltsfeststellung fällt letztlich in die Verantwortung des Verwaltungsgerichts, auch wenn es diese nach der Systematik des § 28 Abs 2 und 3 VwGVG nicht notwendig selbst vornehmen muss.²⁹ Eigene Sachverhaltsermittlungen sind zudem dann unvermeidlich, wenn die Verwaltungsgerichte über Maßnahmenbeschwerden (§ 28 Abs 6 VwGVG) oder die Verletzung der Entscheidungspflicht von Verwaltungsbehörden (§ 28 Abs 7 VwGVG) entscheiden. In diesen Fällen liegt nämlich noch keine behördliche Sachverhaltsfeststellung vor, auf die sich die Verwaltungsgerichte stützen könnten.³⁰ Dies gilt in gleicher Weise für Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG (neu), also für Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze. § 53 VwGVG erklärt hier die Bestimmungen über die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für sinngemäß anwendbar. Die Parallele zur Maßnahmenbeschwerde – auch was die Tatsachenkognitionsbefugnis betrifft – wird vor allem bei jenen Fällen offenkundig sein, die dem Muster des § 88 Abs 2 SPG folgen.³¹

B) Sachverstand durch die Mitwirkung fachkundiger Laienrichter

Dem mit der Befugnis zur Sachverhaltskontrolle und Sachverhaltsfeststellung einhergehenden Bedarf an Sachverstand versucht der Gesetzgeber aber nicht nur durch den Einsatz von Sachverständigen Rechnung zu tragen. So ermächtigt Art 135 Abs 1 B-VG (neu) den Materiengesetzgeber, die Mitwirkung fachkundiger Laienrichter an der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vorzusehen. Eine Beteiligung solcher Laienrichter kommt vor allem in jenen Bereichen in

26 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl I 33/2013.

27 Pabel, Verwaltungsprozessrecht, JRP 2007, 287 (292).

28 Merli, Kognitionsbefugnis 67.

29 Holoubek, Kognitionsbefugnis 129 ff.

30 Merli, Kognitionsbefugnis 67.

31 Holoubek, Kognitionsbefugnis 131 unter Hinweis auf Eberhard, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz, JRP 2012, 269 (272).

Betracht, in denen schon bisher fachkundige Personen als Mitglieder von Kollegialbehörden mitgewirkt haben.³² Fachkundige Laienrichter sind keine Sachverständigen im Sinne des § 52 AVG, sondern sachkundige Organwalter des Verwaltungsgerichts. Ähnlich wie im Fall der Kollegialbehörden könnte man also von „gerichtseigenem“ Sachverständigen sprechen; dies setzt allerdings voraus, dass die betreffenden Personen auf Grund ihrer besonderen Sachkunde zur Mitwirkung an der gerichtlichen Willensbildung berufen sind. So wäre etwa im Bereich der Bodenreform eine Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern denkbar, die über eine spezielle Qualifikation auf dem Gebiet der Agrartechnik, Forstwirtschaft oder Landwirtschaft verfügen. Die damit mögliche enge Zusammenarbeit von Juristen und Technikern ließe sich mit der besonderen Komplexität bodenreformatorischer Verfahren begründen.³³ Aus methodischer Sicht birgt das Mitwirken der Techniker an der gerichtlichen Willensbildung aber auch die Gefahr, dass Rechts- und Sachfragen nicht entsprechend auseinander gehalten werden.³⁴

In der Praxis beschränkt sich die Funktion der Laienrichter aber häufig nicht bloß auf die Einbringung fachlicher Expertise. Dies gilt vor allem dann, wenn es sich bei den Laienrichtern – in Fortsetzung der Tradition vieler Kollegialbehörden – um Personen handelt, die bestimmten Interessenvertretungen angehören oder zumindest von diesen nominiert werden.³⁵ Auch wenn sie als Laienrichter natürlich weisungsfrei sind, schwingt aus rechtsstaatlicher Sicht zumindest ein

32 Pürgy, Die Landesverwaltungsgerichte erster Instanz: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 29 (44) unter Hinweis auf Ennöckl, Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform, JRP 2007, 256 (261) und Stöger, Das „9+1“-Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 2007, 231 (233 ff). Im Ausschussbericht zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (AB 1771 BlgNR 24. GP, 8) werden hier beispielsweise die Angelegenheiten des Disziplinarrechts der freien Berufe, des Dienstrechts, des Hochschulwesens, des Zivildienstes, des Behinderteneinstellungsrechts, des öffentlichen Auftragwesens, des Grundverkehrs und des Jagdrechts genannt.

33 Vgl den aktuellen Ministerialentwurf (486/ME 24. GP) betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Agrarbehördengesetz 1950 aufgehoben und das Agrarverfahrensgesetz 1950, das Flurverfassungs-Grundsatzgesetz 1951, das Grundsatzgesetz 1951 über die Behandlung der Wald- und Weidenutzungsrechte sowie besonderer Felddienstbarkeiten, das Güter- und Seilwege-Grundsatzgesetz 1967 und das Landwirtschaftliche Siedlungs-Grundsatzgesetz geändert werden.

34 Pürgy, Rechts- und Sachfragen 24 und 26 sowie Fuchs, Sachverständigen 201 f.

35 Vgl zB die aktuelle Regierungsvorlage zur Änderung des Bundesvergabegesetzes 2006 (RV 2170 BlgNR 24. GP) und die dort vorgesehene Laienrichterbeteiligung.

gewisses Unbehagen mit, wenn Interessenvertreter auf der Richterbank Platz nehmen.³⁶

IV. Gesetzliche Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten

Im Regelfall erfolgt die Bereitstellung des erforderlichen Sachverständigen daher auch im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten durch die Einholung von Fachgutachten im Weg der Beiziehung von Sachverständigen. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises wird hier aus legistischer Sicht in zweifacher Weise vorgenommen, nämlich zum einen – naheliegenderweise – auf verfahrensrechtlicher Ebene, zum anderen aber auch in den neuen Verwaltungsgerichtsorganisationsgesetzen.

A) Verfahrensrechtliche Ausgestaltung

Gemäß Art 136 Abs 2 B-VG (neu) wird das Verfahren der Verwaltungsgerichte³⁷ durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt. Das hier normierte Kodifikationsgebot schließt freilich nicht aus, dass ein solches Verfahrensgesetz anderes Prozessrecht für anwendbar erklärt, wie dies auch im VwGG und im VfGG hinsichtlich des AVG, der ZPO, der StPO und des RStDG der Fall ist.³⁸ Auch das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) sieht in § 17 – wie schon in den Erläuterungen zu Art 136 B-VG (neu) gefordert – eine subsidiäre Geltung des AVG – mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles – für Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG (neu) vor.³⁹

Nachdem das VwGVG keine gesonderte Bestimmung zum Sachverständigenbeweis vorsieht, gilt für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten folglich § 52 AVG.⁴⁰ Damit wird der Vorrang des Amts-

36 Stöger, JRP 2007, 234 ff; kritisch gegenüber der Mitwirkung fachkundiger Laien äußern sich zB auch Ennöckl, JRP 2007, 261 und Beusch, Die Mitwirkung der Laien, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 349 (369).

37 Ausdrücklich ausgenommen ist hier das Bundesfinanzgericht.

38 Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz – Legislativer und organisatorischer Handlungsbedarf der Länder, in: Kärntner Verwaltungsakademie (Hg), Bildungsprotokolle, Band 19: 8. Klagenfurter Legistik-Gespräche 2010 (2011) 123 (133).

39 Kritisch dazu Storr, ZfV 2012, 912.

40 Vgl dazu auch Herbst, Das Verfahren der Verwaltungsgerichte, ZVR 2012, 433 (436).

sachverständigen auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren übernommen. Die Landesverwaltungsgerichte haben daher – wie schon bisher die Verwaltungsbehörden – zunächst Amtssachverständige beizuziehen und dürfen nur in Ausnahmefällen nichtamtliche Sachverständige bestellen.

Fraglich ist allerdings, wie die durch § 17 VwGVG angeordnete sinngemäße Anwendung des § 52 AVG im Detail zu verstehen ist. Da den Verwaltungsgerichten keine Amtssachverständigen „beigegeben“ sein werden, bleibt nur der zweite Tatbestand des § 52 Abs 1 AVG, der eine Beiziehung der (der Behörde) „zur Verfügung stehenden“ Amtssachverständigen vorsieht. Welche Amtssachverständigen hier in Betracht kommen, bleibt durch den Verweis in § 17 VwGVG allerdings offen. Nach der Judikatur zu § 52 AVG wird die Behörde, der die in Frage kommenden Amtssachverständigen angehören, in einem gewissen Naheverhältnis zu dem zur Entscheidung berufenen Verwaltungsgericht stehen müssen. Wo hier die Grenze verläuft, war schon im verwaltungsbehördlichen Verfahren strittig.⁴¹ Im Fall der Verwaltungsgerichte kommt hinzu, dass diese nicht in die Verwaltungsorganisation des Landes einbezogen sind. Diese Problematik scheint von den Landesgesetzgebern, aber auch vom Bundesgesetzgeber in Bezug auf das Bundesverwaltungsgericht erkannt worden zu sein, da im Bundesverwaltungsgerichtsgesetz und in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen explizit darauf Bezug genommen wird.

B) Organisationsrechtliche Ausgestaltung

Die bereits erlassenen Landesverwaltungsgerichtsgesetze der Länder Oberösterreich⁴², Salzburg⁴³, Tirol⁴⁴ und Wien⁴⁵ ordnen an, dass dem Verwaltungsgericht die bei den Dienststellen des Landes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen. Daneben wird auf die Möglichkeit der Beiziehung von anderen Sachverständigen nach Maßgabe der Verfahrensvorschriften bzw im Weg der Amtshilfe nach Art 22 B-VG hingewiesen (und zwar im Normtext!).⁴⁶ Auch der Bundesgesetzgeber hat eine ähnliche Regelung getroffen: § 14 des Bundesver-

41 Siehe die obigen Ausführungen unter Punkt II.

42 § 13 des Oö Landesverwaltungsgerichtsgesetzes (Oö. LVwGG), LGBl 9/2013.

43 § 19 des Salzburger Landesverwaltungsgerichtsgesetzes (S.LVwGG), LGBl 16/2013.

44 § 17 des Tiroler Landesverwaltungsgerichtsgesetzes (TLVwGG), LGBl 148/2012.

45 § 24 des Gesetzes über das Verwaltungsgericht Wien (VGWG), LGBl 83/2012.

46 Im Oö Landesverwaltungsgerichtsgesetz fehlt ein solcher Hinweis.

waltungsgerichtsgesetzes⁴⁷ bestimmt, dass dem Bundesverwaltungsgericht in den Fällen des Art 131 Abs 1 erster Satz und Abs 4 Z 2 B-VG die im Bereich der Vollziehung des Bundes tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen.

Damit steht fest, dass die Landesverwaltungsgerichte die Amtssachverständigen der Bezirkshauptmannschaften und des Amtes der Landesregierung beiziehen können. In der Praxis wird dies vor allem in jenen Fällen eine Rolle spielen, in denen das Landesverwaltungsgericht über Beschwerden gegen Bescheide der Bezirkshauptmannschaft, der Landesregierung und des Landeshauptmannes entscheidet. Das Landesverwaltungsgericht kann hier – jedenfalls aus organisationsrechtlicher Sicht⁴⁸ – auf die bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren im Einsatz gewesenen landeseigenen Amtssachverständigen zugreifen. Die ausdrückliche gesetzliche Anordnung, wonach die bei den Dienststellen des Landes tätigen Amtssachverständigen den Landesverwaltungsgerichten zur Verfügung stehen, soll den Erläuterungen zufolge in erster Linie der Klarstellung dienen.⁴⁹ Es wurde nämlich in Zweifel gezogen, ob die Landesverwaltungsgerichte auf die bei den Dienststellen des Landes vorhandenen Amtssachverständigen zugreifen können; dies deshalb, weil die Landesverwaltungsgerichte auf Grund ihrer Gerichtseigenschaft zwar der Vollziehung, nicht jedoch der Verwaltung des Landes zuzurechnen sind und damit nicht innerhalb der Verwaltungsorganisation des Landes stehen.⁵⁰ Es fehlt somit auch innerhalb des Vollziehungsbereiches des Landes an einem

47 Bundesgesetz über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG), BGBl I 10/2013.

48 Inwieweit dies mit den Anforderungen an ein faires Verfahren vereinbar ist, siehe die Ausführungen unter Punkt VI.

49 Vgl die Erläuterungen zu § 17 TLVwGG (RV 558/12 BlgLT 15. GP 34) und zu § 19 S.LVwGG (RV 304 BlgLT 14. GP 33).

50 Die in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen vorgesehene Beiziehung von Amtssachverständigen verstößt nicht gegen den in Art 94 B-VG normierten Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung (vgl die diesbezüglich aufgeworfene Frage bei *Herbst*, ZVR 2012, 437). Zwar handelt es sich beim Amtssachverständigen um einen zur Staatsfunktion Verwaltung zählenden Organwalter, der von einem (Verwaltungs)Gericht beigezogen wird. Dies stellt aber schon auf Grund der Art der Tätigkeit des Amtssachverständigen kein Gewaltenteilungsproblem dar. Der Amtssachverständige wirkt als Hilfsorgan des Verwaltungsgerichts an der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts mit, selbständige hoheitliche Befugnisse kommen ihm somit nicht zu. Die Rechtsanwendung obliegt allein dem Verwaltungsgericht. Im Übrigen gilt es zu beachten, dass mit der Einführung der Verwaltungsgerichte erster Instanz, aber auch mit dem durch Art 94 Abs 2 B-VG ermöglichten Instanzenzug zu den ordentlichen Gerichten eine funktionelle Verschränkung dieser beiden Staatsgewalten erfolgt ist.

– den bisherigen administrativen Instanzenzug kennzeichnenden – Verhältnis von Unter- und Oberbehörde.⁵¹

Die von den Ländern hier im Rahmen ihrer Organisationskompetenz⁵² vorgenommene Klarstellung beschränkt sich allerdings auf die landeseigenen Amtssachverständigen. Welche Amtssachverständige von den Landesverwaltungsgerichten darüber hinaus im Wege der Amtshilfe oder nach Maßgabe der Verfahrensvorschriften beigezogen werden können, ist damit nicht geklärt.

V. Der Kreis der zur Verfügung stehenden Amtssachverständigen

A) *Beiziehung von Amtssachverständigen nach § 52 Abs 1 AVG*

Nicht zu den Dienststellen des Landes zählen etwa die Gemeinden. Die ausdrückliche gesetzliche Anordnung in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen gilt daher nicht für gemeindeeigene Amtssachverständige, die beispielsweise in einem baubehördlichen Verfahren beigezogen werden oder in Städten mit eigenem Statut im Rahmen der Bezirksverwaltung tätig sind. Folglich stehen dem Landesverwaltungsgericht diese Amtssachverständigen nicht zur Verfügung. Auch die sehr pragmatische, im Schrifttum⁵³ aber zu Recht kritisierte Judikatur des VwGH⁵⁴ zu § 52 Abs 1 AVG, wonach Amtssachverständige, die der Landesregierung oder den örtlich zuständigen Bezirkshauptmannschaften beigegeben sind, den Gemeindebehörden auch im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zur Verfügung stehen, erweist sich hier als nicht einschlägig. Durch die ausschließliche Bezugnahme auf die Dienststellen des Landes sind überdies die Amtssachverständigen des Bundes nicht erfasst. Demnach stehen den Landesverwaltungsgerichten die einem Bundesministerium angehörenden Amtssachverständigen nicht zur Verfügung, was vor allem im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung von praktischer Bedeutung sein kann. Eine Beiziehung dieser Amtssachverständigen ist auch nicht von § 52 Abs 1 AVG gedeckt, da es hier an dem, von Lehre und Judikatur geforderten,

51 Vgl zB *Zellenberg*, Der Sachverständige im Bereich des Verwaltungsrechts, in: *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hg), *Handbuch des Sachverständigenrechts* (2006) 65 (74).

52 Siehe Art 136 Abs 1 B-VG (neu).

53 Vgl zB *Mayer*, Sachverständige 136 und *Zellenberg*, Sachverständige 74.

54 VwGH 6.9.2011, 2008/05/0242; 25.2.2010, 2005/06/0370 sowie VwSlg 9370 A/1977.

organisatorischen Zusammenhang fehlt.⁵⁵ Den Landesverwaltungsgerichten wäre es folglich etwa verwehrt, in einem baurechtlichen Verfahren den Experten der Wildbach- und Lawinenverbauung⁵⁶ als Amtssachverständigen beizuziehen.⁵⁷

B) Beiziehung von Amtssachverständigen im Weg der Amtshilfe

Eine Beiziehung der Amtssachverständigen der Gemeinden und des Bundes würde für die Landesverwaltungsgerichte allerdings möglicherweise im Weg der Amtshilfe nach Art 22 B-VG in Betracht kommen. Diese Variante wird durch die bereits erwähnten Bestimmungen in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen ausdrücklich für zulässig erklärt. Im Bundesverwaltungsgerichtsgesetz findet sich dieser Hinweis zwar nicht im Normtext; die Erläuterungen⁵⁸ zu § 14 BVwGG betonen aber ebenfalls, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht nur auf die im Vollziehungsbereich des Bundes tätigen Amtssachverständigen zugreifen kann, sondern auch die Möglichkeit der Beiziehung von sonstigen Amtssachverständigen gemäß Art 22 B-VG besteht.⁵⁹ Dies ist insofern bemerkenswert, als ein „Zur-Verfügung-Stellen“ von Amtssachverständigen im Weg der Amtshilfe von Teilen der Lehre⁶⁰ und zuletzt vom Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst⁶¹

55 Beurteilt man das Erfordernis des § 52 Abs 1 zweiter Fall AVG nach organisatorischen Gesichtspunkten, so standen den Landesbehörden – wie etwa dem Landeshauptmann und dem UVS – in der mittelbaren Bundesverwaltung die Amtssachverständigen des Bundesministeriums schon bisher nicht zur Verfügung (vgl. *Ennöckl*, Der Sachverständige im Verfahren vor den UVS, *ecolex* 2004, 822 [823] und *Bußjäger/Kraft*, *ZfV* 1999, 13). Im Fall der Landesverwaltungsgerichte ist der geforderte organisatorische Zusammenhang noch viel weniger gegeben.

56 Damit sind die Mitarbeiter des forsttechnischen Dienstes der Wildbach- und Lawinenverbauung gemeint (§ 102 Forstgesetz 1975, BGBl 440/1975 idF BGBl I 55/ 2007). Dieser bildet einen bundesunmittelbaren, dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft unterstellten Dienstzweig, der seine Aufgaben überwiegend in Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes erfüllt (vgl. *Brawenz/Kindl/Reindl*, *ForstG*³ [2005] Anm 6 zu § 102).

57 Wie dies etwa § 25 Abs 4 Tiroler Bauordnung 2011, LGBl 57/2011 idF LGBl 150/2012, vorsieht.

58 RV 2008 BlgNR 24. GP, 6.

59 In den Erläuterungen zu § 14 BVwGG wird zudem darauf hingewiesen, dass in den Fällen des Art 131 Abs 4 Z 2 B-VG dem Bundesverwaltungsgericht auch jene Sachverständigen zur Verfügung stehen, die dem Verwaltungsgericht eines Landes zur Verfügung stehen würden. Die aktuelle Regierungsvorlage zur Änderung des UVP-G 2000 (RV 2252 BlgNR 24. GP) nimmt darauf Bezug und sieht in § 40 Abs 6 vor, dass dem Bundesverwaltungsgericht die im Bereich der Vollziehung des Bundes und jenes Landes, dessen Bescheid überprüft wird, tätigen Amtssachverständigen zur Verfügung stehen. Die Regelung wird für erforderlich gehalten, um im konzentrierten Genehmigungsverfahren die Einhaltung der durch § 34 Abs 1 VwGVG vorgegebene Verfahrensdauer bei überschaubaren Kosten sicherzustellen.

60 *Zellenberg*, Sachverständige 75.

abgelehnt wurde. Der Frage der Beiziehung von Amtssachverständigen über die Amtshilfe kommt deshalb besondere Bedeutung zu, weil es durch den Grundsatz der Trennung der Vollziehungsbereiche des Bundes und der Länder⁶² grundsätzlich ausgeschlossen ist, dass amtliche Organe einer Gebietskörperschaft Behörden der jeweils anderen Gebietskörperschaft „zur Verfügung stehen“. Diese bundesverfassungsrechtliche Schranke könnte durch Art 22 B-VG überwunden werden, da dieser eine gewisse Verknüpfung verschiedener Vollziehungsbereiche über die verfassungsrechtlich festgelegten Kompetenzgrenzen hinweg zulässt.⁶³ Die Amtshilfe verpflichtet die Gebietskörperschaften ungeachtet der bestehenden föderalen, gewaltenteiligen und dezentralen Gliederungen zu wechselseitigen Hilfeleistungen.⁶⁴ Die Beiziehung von Amtssachverständigen auf der Grundlage des Art 22 B-VG führt freilich zu einer extensiven Deutung des Kriteriums des „Zur-Verfügung-Stehens“.⁶⁵ Den Landesverwaltungsgerichten stünde es danach frei, sich der Amtssachverständigen sämtlicher Behörden und Dienststellen – also auch gebietskörperschaftsübergreifend – zu bedienen.⁶⁶ Dies wurde auf der Grundlage des § 52 Abs 1 AVG bisher als nicht zulässig erachtet.⁶⁷ Eine Einschränkung erfährt die Beiziehung von Amtssachverständigen im Weg der Amtshilfe freilich dadurch, dass sie nicht den Regel-, sondern nur den Ausnahmefall bilden darf. Zweck der Amtshilfe ist es nämlich, eine möglichst ökonomische Vollziehung zu ermöglichen, ohne jedoch das bestehende Kompetenzsystem zu beseitigen.⁶⁸ Da der Amtshilfe somit bloß subsidiärer Charakter zukommt, kann sie auch keine Grundlage für eine institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Organen bilden.⁶⁹

61 Vgl das Schreiben vom 12.1.2012, GZ BKA-600.127/0010-V/1/2011.

62 Siehe zB VfSlg 4413/1963.

63 Mayer, Sachverständige 137.

64 Wiederin, Art 22 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 7 ff.

65 Zellenberg, Sachverständige 75.

66 Thienel, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992) 111.

67 Vgl zB Walzel von Wiesentreu, Die Stellung des Sachverständigen im Gefüge der Verfassung, in: Attlmayr/Walzel von Wiesentreu (Hg), Handbuch des Sachverständigenrechts (2006) 39 (61) unter Hinweis auf VwGH 26.4.1990, 87/06/0142. Eine solche weite Auslegung wäre nur dann möglich, wenn man mit Mayer (Sachverständige 138) § 52 Abs 1 AVG als einfachgesetzliche Ausführungsbestimmung zu Art 22 B-VG ansieht.

68 Walter, Bundesverfassungsrecht (1972) 403 und Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 80.

69 Hiesel, Art 22 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2012) Rz 33.

Umstritten bleibt dabei jedoch, inwieweit die Beiziehung von Amtssachverständigen im Weg der Amtshilfe überhaupt mit dem Konzept des Art 22 B-VG vereinbar ist. Bedenken entstehen hier insbesondere dann, wenn man mit *Wiederin*⁷⁰ und dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst⁷¹ davon ausgeht, dass bei der Amtshilfe die jeweils ersuchte Behörde die erbetene Handlung stets in ihrem eigenen Vollziehungsbereich setzt und nicht funktionell als Organ eines anderen Vollziehungsbereiches tätig wird.⁷² Amtssachverständige werden hingegen als Hilfsorgane des jeweils verfahrensleitenden Organs in dessen Vollziehungsbereich qualifiziert.⁷³ Amtssachverständigen käme damit eine Stellung zu, die ihnen im Weg des Art 22 B-VG gar nicht vermittelt werden kann.⁷⁴

Diese Sichtweise scheint jedoch keineswegs zwingend. Jedenfalls ist nicht leicht ersichtlich, warum die bisher aus § 52 Abs 1 AVG abgeleitete Stellung der Amtssachverständigen als Hilfsorgane der Behörde deren Beiziehung im Weg der Amtshilfe entgegen stehen sollte.⁷⁵ Der Amtssachverständige des Bundes ist im konkreten Verfahren zwar für das verfahrensleitende Landesorgan tätig und auch an dessen Vorgaben – insbesondere was das Beweisthema betrifft – gebunden. Die Erstellung des Gutachtens erfolgt entsprechend dem dargelegten Verständnis des Art 22 B-VG allerdings im Vollziehungsbereich des ersuchten Organs. Da dem ersuchenden Landesverwaltungsgericht hier kein – einen Haftungszusammenhang rechtfertigendes – Weisungsrecht zukommt, müsste für einen Fehler des Amtssachverständigen auch der Bund als dessen Rechtsträger eintreten.⁷⁶ Die Stellung des Amtssachverständigen steht demnach auch nicht im Widerspruch zum Konzept der Amtshilfe.

Folgt man der gegenteiligen Auffassung und nimmt man an, dass Amtssachverständige nicht im Weg des Art 22 B-VG beigezogen

70 *Wiederin*, Art 22 B-VG Rz 16; vgl auch *Zellenberg*, Sachverständige 75 und *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 423 sowie zuletzt auch *Hiesel*, Art 22 B-VG (FN 69) Rz 46; aA zB *Walter*, Bundesverfassungsrecht 403.

71 Siehe FN 61.

72 Die Zurechnung der Amtshilfehandlung zur ersuchenden Behörde würde hingegen bedeuten, diese für Akte verantwortlich zu machen, die sich durch Weisung nicht beeinflussen kann. Das Band indirekter demokratischer Legitimation wäre durchtrennt (*Wiederin*, Art 22 B-VG Rz 16).

73 *Pürgy*, ZTR 2012, 11 unter Hinweis auf *Klecatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (310).

74 *Zellenberg*, Sachverständige 75.

75 Von der Zulässigkeit der Beiziehung von Amtssachverständigen im Weg der Amtshilfe scheint auch der VwGH (13.12.2004, 2001/06/0111) auszugehen.

76 *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 423 unter Hinweis auf VfSlg 3237/1957.

werden können, so wären die genannten Verweise in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen wohl verfassungswidrig oder müssten jedenfalls verfassungskonform darauf reduziert werden, dass eine Beiziehung der Amtssachverständigen nur innerhalb des Vollziehungsbereiches des Landes zulässig ist. Damit wären konsequenterweise die Amtssachverständigen des Bundes nicht erfasst, was der Intention der neuen landesrechtlichen Bestimmungen sichtlich zuwider laufen würde.

VI. Amtssachverständige und die Anforderungen an ein faires Verfahren

Die durch den Verweis in § 17 VwGVG und die erwähnten Bestimmungen in den Landesverwaltungsgerichtsgesetzen vorgenommene Fortschreibung des Primats der Amtssachverständigen wirft die Frage auf, ob eine solche Form der Regelung des Sachverständigenbeweises mit den Grundsätzen der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit vereinbar ist und damit vor allem den Anforderungen an ein faires Verfahren entsprochen wird. Wie bereits einleitend erwähnt, wurde im Begutachtungsverfahren gegen den Vorrang der Amtssachverständigen eingewendet, dass eine Übernahme dieser Präferenz die Erfüllung der rechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Tribunalqualität der Verwaltungsgerichte erster Instanz und die Leistungsfähigkeit ihres Verfahrens in Frage stelle.⁷⁷ Die Beiziehung von Amtssachverständigen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedeute eine evidente Verletzung der Waffengleichheit und des fairen Verfahrens.⁷⁸

A) Art 6 EMRK und Art 47 GRC

Die hier angesprochenen Verfahrensgarantien ergeben sich aus Art 6 EMRK und Art 47 GRC. Was die allgemeinen Vorgaben dieser beiden Verfahrensgrundrechte betrifft, kann auf die Ausführungen von *Georg Lienbacher* in diesem Band verwiesen werden. Das durch Art 6 EMRK garantierte Recht auf ein faires Verfahren vermittelt dem Einzelnen insbesondere einen subjektiv öffentlich-rechtlichen Anspruch auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Die

⁷⁷ *Funk*, Sachverständigenbeweis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Punktuation, SV 2012, 2 (2).

⁷⁸ *Kerschner*, Gewährleisten die neuen Verwaltungsgerichte ausreichenden Rechtsschutz?, RdU 2012, 133.

Unabhängigkeit muss sowohl gegenüber allen anderen Staatsorganen als auch gegenüber den Parteien des Verfahrens bestehen. Bei der Beurteilung der Unabhängigkeit geht es nicht nur um objektive Gegebenheiten, sondern auch um den äußeren Anschein.⁷⁹ Die Unparteilichkeit steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der Unabhängigkeit und ist von dieser nicht klar unterscheidbar.⁸⁰ Nach den Grundsätzen eines fairen Verfahrens ist dem Einzelnen weiters die Möglichkeit garantiert, dem Gericht seine Sache in einem Verfahren vorzutragen, das die Waffengleichheit der Parteien und die Prinzipien eines ordnungsgemäßen Beweisverfahrens gewährleistet.⁸¹

Durch den Vertrag von Lissabon und die damit verbindlich gewordene EU-Grundrechte-Charta werden nach Art 47 Abs 2 GRC alle Rechtsstreitigkeiten, soweit sie auf Unionsrecht zurückzuführen sind, von den Garantien des Art 6 EMRK erfasst.⁸² Damit wird der Anwendungsbereich dieser Garantien deutlich erweitert, weil Art 6 EMRK bekanntlich nur auf zivilrechtliche Ansprüche (*civil rights and obligations*) und strafrechtliche Anklagen (*criminal charges*) Anwendung findet.⁸³ Die Anforderungen an ein faires Verfahren gelten somit auch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, soweit es sich um eine Entscheidung über unionsrechtlich gewährleistete Rechte handelt.⁸⁴

Auf den Sachverständigenbeweis wird weder in Art 6 EMRK noch in Art 47 GRC ausdrücklich Bezug genommen. In keiner der beiden Bestimmungen erfolgt eine nähere Determinierung der Stellung des Sachverständigen in einem fairen Verfahren. Auch die Auswahl des Sachverständigen ist an keiner Stelle geregelt. Dennoch ergeben sich aus Art 6 EMRK und Art 47 GRC zumindest mittelbar gewisse Vorgaben,

79 Vgl zB Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 961 und Berka, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 1589; im Detail Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 402 ff und Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2009) 211 ff.

80 Mayer, B-VG⁴ (2007) Art 6 MRK II.3.

81 Berka, Verfassungsrecht Rz 1604.

82 Lienbacher, Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz, JRP 2011, 328 (330).

83 Berka, Verfassungsrecht Rz 1581 und Pabel, Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unabhängiges Gericht, in: Grabenwarter/Pöcherstorfer/ Rosenmayr-Klemenz (Hg), Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon (2012) 153 (155).

84 Vgl zB Eser, Art 47, in: Meyer (Hg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Rz 26.

die bei der Auswahl und Zulassung von Sachverständigen zu beachten sind.⁸⁵

B) Doppelfunktionelle Stellung der Amtssachverständigen

Die seit Jahren geführte Diskussion zur verfassungsrechtlichen Problematik der Amtssachverständigen hängt mit ihrer besonderen Stellung im Verwaltungsverfahren zusammen. Durch das in § 52 Abs 1 AVG festgeschriebene Primat der Amtssachverständigen darf die Behörde und nunmehr auch das Verwaltungsgericht erster Instanz nichtamtliche Sachverständige nur in Ausnahmefällen beiziehen. Die Bestellung von „Gegensachverständigen“ durch die Parteien sieht das AVG – jedenfalls explizit – nicht vor.⁸⁶ Besonders ins Gewicht fällt im vorliegenden Zusammenhang die institutionelle Nähe der Amtssachverständigen zum Staat, weshalb in der Lehre mehrfach Zweifel an deren Unabhängigkeit und Unparteilichkeit geäußert wurden.⁸⁷ Der Amtssachverständige nimmt gewissermaßen eine Doppelfunktion ein. Zum einen gehört er in dienst- und organisationsrechtlicher Hinsicht einem bestimmten Organapparat an und ist somit in die hierarchisch strukturierte Verwaltungsorganisation eingebunden. Zum anderen steht er als beigezogener Amtssachverständiger in einem vom Verfahrensrecht geprägten Verhältnis zur verfahrensführenden Behörde bzw gleichermaßen zum verfahrensführenden Verwaltungsgericht.⁸⁸ Diese organisatorische Verflechtung, aber auch die umstrittene Frage der Weisungsbindung der Amtssachverständigen, wird im Anwendungsbeereich des Art 6 EMRK seit Jahren kritisch gesehen.⁸⁹

Bereits vor geraumer Zeit hat der EGMR im bekannten Fall *Bönisch*⁹⁰ ausgesprochen, dass die nach dem österreichischen Lebensmittelgesetz vorgesehene Einbindung des „Anzeigegutachters“ in das Strafverfahren dem Grundsatz des fairen Verfahrens zuwiderläuft, weil das Strafverfahren in der konkreten Konstellation sowohl auf dessen Antrag hin eingeleitet wurde, als auch der Amtssachverständige im

85 *Walzel von Wiesentreu*, Stellung 63.

86 *Thienel*, Verfahren 112.

87 *Funk*, Aufgaben 21.

88 *Pürgy*, ZTR 2012, 11 unter Hinweis auf *Zellenberg*, Sachverständige 76 und *Mayer*, Zur Frage der Weisungsgebundenheit von Amtssachverständigen – Eine Antwort, ÖZW 1983, 97 (100).

89 Vgl zB bereits *Kopetzki*, Art 5 und 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht, EuGRZ 1983, 187.

90 EGMR 6.5.1985, 6/1984/78/122 (EuGRZ 1986, 127).

Verfahren selbst als (einziger) Sachverständiger fungierte.⁹¹ Der VfGH ist der Auffassung des EGMR gefolgt und hat die entsprechende Bestimmung im Lebensmittelgesetz aufgehoben.⁹² Er strich dabei hervor, dass es bei der Fairness des Verfahrens auch auf den äußeren Anschein ankommt (Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit). Unter Berufung darauf wurde in der weiteren Folge von mehreren Seiten die Auffassung vertreten, das Institut des Amtssachverständigen sei mit den Vorgaben des Art 6 EMRK *per se* nicht vereinbar.⁹³ Indem nämlich das AVG die Bestellung eines amtlichen Gegengutachtens nicht vorsehe, werde die Waffengleichheit verletzt. Zudem erwecke die Organisationsform des Amtssachverständigen schon als solche in hohem Maße den äußeren Anschein der Verflechtung zwischen Behörde und Sachverständigem.⁹⁴

Der VwGH⁹⁵ und die herrschende Lehre⁹⁶ halten derartigen Bedenken zu Recht entgegen, dass Gutachten von Amtssachverständigen keinen höheren Beweiswert haben, sondern – wie andere Beweise auch – der freien Beweiswürdigung unterliegen. Den Parteien stehe es im Verfahren frei, Privatgutachten vorzulegen, mit denen sie einem Amtsgutachten entgegentreten können.⁹⁷ Den Amtssachverständigen kommt im Verwaltungsverfahren somit – anders als im Fall *Bönisch* – keine derart privilegierte Stellung zu, dass dadurch der Grundsatz der Waffengleichheit verletzt würde.⁹⁸

Die Heranziehung von Amtssachverständigen wird also nicht schon deshalb als unzulässig erachtet, weil sie in die Verwaltungsorgani-

91 Siehe *Walzel von Wiesentreu*, Stellung 63 mwN, *Frowein/Peukert*, Menschenrechtskonvention 201 sowie insbesondere *B. Davy*, Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens, ZfV 1986, 310.

92 VfSlg 10.701/1985.

93 Vgl zB *B. Davy*, ZfV 1986, 318 und *Funk*, Aufgaben 20 ff.

94 Es wird hier auch von „latenter und habitueller Abhängigkeit“ sowie von „struktureller Befangenheit“ gesprochen (vgl die Nachweise bei *B. Davy*, ZfV 1986, 318).

95 VwGH 31.5.1999, 98/10/0008; 28.6.2004, 2003/10/0277.

96 *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht 202 mwN.

97 Nicht mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens im Sinne des Art 6 EMRK vereinbar ist es hingegen, wenn ein Organwalter in einem Verfahren sowohl als Sachverständiger tätig wird als auch an der behördlichen Willensbildung mitwirkt (VfSlg 11.131/1986). Ebenso wurde die Verknüpfung der Stellung des Amtssachverständigen mit der einer Amtspartei als verfassungswidrig erachtet (VfSlg 16.029/2000). Diese Fälle bilden jedoch Sonderkonstellationen, die das Institut des Amtssachverständigen als solches nicht in Frage stellen.

98 *Hengstschläger/Leeb*, AVG §52 Rz 41.

sation eingebunden sind.⁹⁹ Die Sicherung der Einhaltung der Verfahrensgarantien gemäß Art 6 EMRK und des insofern inhaltlich vergleichbaren Art 47 GRC hängt damit aber im Wesentlichen von der Vollziehung ab. Dies gilt freilich und insbesondere auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: Der beigezogene Amtssachverständige wird hier häufig demselben Organapparat angehören wie die belangte Behörde, wodurch der Eindruck einer – aus der Sicht der Partei schwer zu überwindenden – „Phalanx“ entstehen könnte, wie dies *Stefan Storr* jüngst zum Ausdruck brachte.¹⁰⁰ Es liegt hier also umso mehr am Verwaltungsgericht, das Gutachten des Amtssachverständigen streng auf seine Schlüssigkeit und seinen inneren Wahrheitsgehalt zu prüfen. Stellt sich im Rahmen der freien Beweiswürdigung heraus, dass der Amtssachverständige etwa im Interesse „seiner“ Behörde parteilich agierte, so ist das Gutachten unbrauchbar und das Verwaltungsgericht hat einen anderen Sachverständigen beizuziehen. In einem solchen Fall stünde es dem Verwaltungsgericht dann konsequenterweise offen, über § 52 Abs 2 AVG einen nichtamtlichen Sachverständigen zu bestellen.¹⁰¹

C) Amtssachverständige und Weisungsfreiheit

Einen besonderen Aspekt, der sich aus der Einbindung der Amtssachverständigen in die Verwaltungsorganisation ergibt, bildet die Frage der Weisungsfreiheit dieser Organwalter.¹⁰² Ohne jetzt auf die hier seit Jahrzehnten geführte Diskussion näher eingehen zu wollen,¹⁰³ lässt sich festhalten, dass dieser Punkt zweifellos seit jeher eine offene Flanke der Amtssachverständigenkonstruktion darstellt. Aus meiner Sicht hätte man die insofern bestehenden Unsicherheiten im Zuge der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz durch eine ausdrückliche Weisungsfreistellung der Amtssachverständigen

99 So hat auch der VwGH ausgesprochen, dass die Einbindung eines Amtssachverständigen in die Amtshierarchie ein wesentliches Kennzeichen des Amtssachverständigen ist und für sich alleine eine Befangenheit nicht zu begründen vermag (VwGH 7.7.2010, 2009/12/0096); einschränkend *Lachmayer*, Sachverstand oder Interessensvertretung? (Teil 1), ZTR 2012, 74 (82).

100 *Storr*, ZfV 2012, 914.

101 *Thienel*, Verfahren 117. *Hengstschläger/Leeb* (AVG § 52 Rz 41) halten eine solche (verfassungskonforme) Interpretation des § 52 Abs 2 AVG hingegen für nicht geboten.

102 So auch *Thienel*, Verfahren 14.

103 Siehe zuletzt *Pürgy*, ZTR 2012, 12 sowie die Übersicht der vertretenen Standpunkte bei *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 51 und *Zellenberg*, Sachverständige 76.

digen gut bereinigen können.¹⁰⁴ Auch wenn damit die strukturelle Verflechtung mit der Behörde nicht gänzlich aufgelöst würde und eine dienstlich-organisatorische Einflussnahme auf den Amtssachverständigen nach wie vor möglich wäre,¹⁰⁵ könnte doch mit einer expliziten Weisungsfreistellung die Unabhängigkeit der Amtssachverständigen – vor allem in Hinblick auf das Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit – deutlich gestärkt werden. Durch eine solche punktuelle legistische Maßnahme hätte nicht zuletzt auf die jüngst laut gewordenen Stimmen, die eine Beiziehung gerichtlich beeideter Sachverständiger im verwaltungsrechtlichen Verfahren fordern,¹⁰⁶ reagiert werden können.

VII. Schlussbemerkungen

Durch die ihnen eingeräumte Kognitionsbefugnis sind die Verwaltungsgerichte erster Instanz zur Sachverhaltenskontrolle und Sachverhaltensfeststellung berufen. Dem damit einhergehenden Bedarf an Sachverstand soll durch die Mitwirkung fachkundiger Laienrichter, aber vor allem durch den Einsatz von Sachverständigen entsprochen werden. Im Zuge der einfachgesetzlichen Ausgestaltung hat man sich für eine Fortschreibung des Primats der Amtssachverständigen entschieden. Die Verwaltungsgerichte erster Instanz haben daher in erster Linie Amtssachverständige beizuziehen. Die Mitwirkung nichtamtlicher Sachverständiger ist auf bestimmte Ausnahmefälle beschränkt.

Die Heranziehung der Amtssachverständigen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist aus verfahrensökonomischer Sicht jedenfalls zu begrüßen. Ein Sachverständiger, dem das fachliche „Amtswissen“ zur Verfügung steht und der durch die Mitwirkung am verwaltungsbehördlichen Verfahren bereits mit dem Sachverhalt vertraut ist, kann ohne Zweifel zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen. Schließlich zählt es auch zu den wesentlichen Zielen der neuen zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, raschen und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Ein weiteres Argument für den Vorrang der Amtssach-

104 Fraglich ist, ob eine solche Weisungsfreistellung auch einfachgesetzlich erfolgen könnte (siehe dazu bereits *Pürgy*, ZTR 2012, 12 f).

105 In diesem Sinne auch *B. Davy*, ZfV 1986, 318.

106 Siehe zB die Stellungnahme des Hauptverbandes der Gerichtssachverständigen vom 19.10.2012 (FN 2) sowie *Krammer*, Der Sachverständigenbeweis in einer künftigen Verwaltungsgerichtsbarkeit, SV 2012, 3 (6 ff), *derselbe*, Sachverständige und Sachverständigenbeweis, in: *derselbe/Schiller/Schmidt/Tanczos* (Hg), Sachverständige und ihre Gutachten (2012) 1 (23) und *Kerschner*, RdU 2012, 133. Demgegenüber *Wielinger*, Unabhängig genug für die Wahrheitsfindung, in: *Die Presse* vom 16.7.2012.

verständigen bildet der Kostenfaktor.¹⁰⁷ Die Bereitstellung des Sachverständigen durch ein Amtsorgan hat zur Folge, dass auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Großteil der Kosten für den Sachverständigenbeweis von Amts wegen getragen wird und nicht auf die antragstellende Partei zu überwälzen ist.¹⁰⁸ Damit wird dem bereits im Österreich-Konvent formulierten Anliegen entsprochen, wonach für die Zukunft sichergestellt sein sollte, dass „die Verwaltungsgerichte erster Instanz nicht mit externen Gutachtern arbeiten müssen, sondern auf Sachverständige der Gebietskörperschaften zurückgreifen können und durch eine Überwälzung der Sachverständigenkosten auf die Parteien der Zugang zum Recht keinesfalls verschlechtert werden dürfe“.¹⁰⁹

Diesen Vorteilen stehen die aufgezeigten Unsicherheiten, die das Institut des Amtssachverständigen in Hinblick auf Art 6 EMRK und Art 47 GRC mit sich bringt, gegenüber. Die mit der Amtssachverständigenkonstruktion verbundenen strukturellen Defizite müssen daher auf der Ebene der Vollziehung, insbesondere durch eine sorgfältige Beweismwürdigung, abgefedert werden. Hier kommt gerade den neuen Verwaltungsgerichten eine besondere Verantwortung zu.

107 Auch *Herbst* (ZVR 2012, 436 f) weist darauf hin, dass das VwGVG – entsprechend seinem Grundkonzept, den Zugang zum Verwaltungsgericht so einfach und für den Rechtsschutzsuchenden so kostensparend wie möglich zu gestalten – der Heranziehung von Amtssachverständigen gegenüber der Heranziehung von nichtamtlichen Amtssachverständigen den Vorzug gegeben hat.

108 Das VwGVG sieht keine gesonderte Kostenregelung vor; damit kommen über den Verweis in § 17 VwGVG die Bestimmungen des AVG zur Anwendung. Die Kosten des Amtssachverständigen sind folglich von Amts wegen zu tragen (§ 75 Abs 1 AVG), während die dem nichtamtlichen Sachverständigen zustehenden Gebühren (§ 53a Abs 1 AVG) Barauslagen darstellen (§ 76 Abs 1 AVG). Vgl dazu *Walzel von Wiesentreu*, Die Vergütung des Sachverständigen, in: *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hg), *Handbuch des Sachverständigenrechts* (2006) 275 (297) und zuletzt *Hengstschläger*, Der nichtamtliche Sachverständige – insbesondere in wasserrechtlichen Verfahren, RdU 2012, 93 (97).

109 Bericht des Österreich-Konvents, Teil 3 (2005) 215.

Die neue Rolle des Verwaltungsgerichtshofes im Verhältnis zu den Landesverwaltungsgerichten¹

I. Einleitung

Als man zu Beginn der 1870er Jahre daran ging, die Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen, schufen die damit befassten Legisten eine eigenständige Lösung, die sich von Konstruktionen in anderen Staaten unterschied.² Eine Justifizierung der Verwaltung sollte nach Möglichkeit vermieden werden; der VwGH sollte die Verwaltung kontrollieren, nicht aber die Verwaltung führen. Es ging also nicht nur um rechtsstaatliche Garantien, sondern auch um die Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung, namentlich um die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle gegenüber der Verwaltung. Zentrale Strukturelemente der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere die Zentralisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei einem einzigen VwGH, gehen auf dieses Verständnis zurück.

Das damit geschaffene System ruht auf zwei Säulen:³ Die Rechtsdurchsetzung erfolgt zunächst auf der Ebene der Verwaltung in einem mehrstufigen administrativen Instanzenzug. Erst nach Erschöpfung dieses Instanzenzuges kann der VwGH angerufen werden, der jedoch auf die Rechtskontrolle beschränkt ist und im Falle der Rechtswidrig-

1 Der folgende Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

Da ich wiederholt zu Beiträgen über das gegenständliche Thema eingeladen wurde und werde, ist es unvermeidlich, dass sich Inhalt und Formulierungen dieser Beiträge wiederholen. Zum gegenständlichen Thema vgl. eingehend *Thienel*, Die Kontrolle der Verwaltungsgerichte erster Instanz durch den Verwaltungsgerichtshof, in: *Holoubek/Lang* (Hg.), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 331 ff. (auf dieser Untersuchung baut der vorliegende Vortrag auf), *Thienel*, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) insbesondere 64 ff., vgl. ferner insbesondere *Sutter*, Das neue Revisionsmodell für den VwGH, in: Österreichische Juristenkommission (Hg.), Justizstaat: Chance oder Risiko? Verwaltungsgerichtsbarkeit neu (in Druck), *Beck*, Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZVR 2012, 438 ff., *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 84 ff., 151 ff., *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts^F (2013) Rz 293 ff.

2 Vgl. insbesondere *Lemayer*, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, *GrünhutsZ* 22 (1895), 353 ff.

3 Vgl. näher *Thienel*, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996) 72 ff. (mwN).

keit den verwaltungsbehördlichen Bescheid nur kassieren darf. Das Schwergewicht der Rechtsverwirklichung liegt damit herkömmlich auf der administrativen Ebene, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist bloß nachgeschaltet.

Dieses System wurde im Kern bis heute beibehalten und hat sich lange Zeit durchaus bewährt, doch sind die Schwächen der Entscheidung für eine einstufige, bei einem einzigen Gericht zentralisierte Verwaltungsgerichtsbarkeit in den letzten Jahren immer deutlicher geworden: Einerseits kam es immer wieder zu einem Anstieg der Beschwerdezahlen beim VwGH und daraus resultierend zu einem Anstieg der Erledigungsrückstände und der Verfahrensdauer; andererseits geriet die österreichische Konstruktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit angesichts ihrer „Verwaltungslastigkeit“ zunehmend in ein Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des Europäischen Rechts, insbesondere zu den Tribunalgarantien des Art 6 EMRK und neuerdings des Art 47 GRCh. Als man 1988 unter dem Eindruck dieses Spannungsverhältnisses Reformen in Angriff nahm, beließ man es allerdings zunächst bei der Einrichtung Unabhängiger Verwaltungssenaten, die zwar organisatorisch den Gerichten angenähert sind, jedoch ausdrücklich als Verwaltungsbehörden qualifiziert werden. Damit blieb es beim alten Paradigma des administrativen Instanzenzuges und der einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Zuständigkeiten der UVS waren auch nie umfassend, vielfach wurden statt der Betrauung der UVS Sonderbehörden geschaffen, die die Einhaltung der Tribunalgarantie sicherstellen sollten.

Erst die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 hat mit dieser Tradition gebrochen und ein substanziell neues System inauguriert: In Zukunft soll nur mehr eine Verwaltungsinstanz entscheiden, deren Erledigung unmittelbar bei einem Verwaltungsgericht angefochten werden kann; ein verwaltungsinterner Instanzenzug besteht nur mehr im Bereich der Gemeinden, für den er aber durch den Materiengesetzgeber ebenfalls ausgeschlossen werden kann (Art 118 Abs 4 B-VG). In jedem Bundesland besteht ein Verwaltungsgericht des Landes, für den Bund ein als Verwaltungsgericht des Bundes bezeichnetes Verwaltungsgericht sowie ein Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen (Art 129 B-VG). Die Verwaltungsgerichte sollen im Falle der Anfechtung eines Bescheides in der Regel in der Sache selbst entscheiden (Art 130 Abs 4 B-VG). Gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts können sodann sowohl der VwGH wie auch der VfGH angerufen werden.

Im Gegenzug zur Schaffung der neuen Verwaltungsgerichte werden die UVS und die sonstigen Sonderbehörden des Bundes und der Länder – zB das BVA, der UFS, die Vergabekontrollsenate einzelner Länder – aufgelöst (Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG in Verbindung mit der Anlage).

In diesem neuen System ändern sich die Rollen des VwGH und des VfGH: Die unmittelbare Kontrolle der Verwaltung obliegt den Verwaltungsgerichten, die Kontrolle der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bezieht sich auf deren Tätigkeit und nur mittelbar auf die Verwaltung. An die Stelle eines mehrstufigen administrativen Instanzenzuges und einer anschließenden einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit tritt somit ein einstufiges Verwaltungsverfahren und danach eine mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Zuständigkeiten des VwGH in diesem neuen System sind auf Verfassungsebene – relativ eingehend – in Art 133 B-VG geregelt, die einfachgesetzlichen Ausführungsregelungen wurden durch Änderungen des VwGG getroffen.⁴ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf einen Überblick über die neuen verfassungsrechtlichen Regelungen und signifikante Neuerungen der einfachgesetzlichen Rechtslage.⁵

II. Zuständigkeit des VwGH und Prüfungsgegenstand

A) Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte; Bescheide

Nach Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG ist der VwGH zuständig zur Entscheidung über Revisionen gegen „das Erkenntnis“ eines Verwaltungsgerichts. Gemäß Art 133 Abs 9 B-VG sind die Bestimmungen dieses Artikels betreffend die Erkenntnisse sinngemäß auch für die Beschlüsse der Verwaltungsgerichte anzuwenden. Inwieweit gegen Beschlüsse Revision erhoben werden kann, ist durch das VwGG zu bestimmen.

Nach Art 133 Abs 2 B-VG kann durch einfache Bundes- oder Landesgesetze zudem die Zuständigkeit des VwGH zur Entscheidung über

4 BGBl I 33/2013 und BGBl I 122/2013.

5 Zitate des B-VG ohne nähere Angabe beziehen sich auf die Fassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Zitate des VwGG auf die Fassung der Novellen BGBl I 33/2013 und BGBl I 122/2013.

Anträge eines ordentlichen Gerichts auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Bescheides oder eines Erkenntnisses eines Verwaltungsgerichts vorgesehen werden; solche Feststellungsanträge können wegen Art 133 Abs 9 B-VG auch hinsichtlich der Beschlüsse der Verwaltungsgerichte vorgesehen werden.

Der Verfassungsgesetzgeber hat sich mit den Begriffen „Erkenntnis“ und „Beschluss“ an der für die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts üblichen Terminologie orientiert. Beide Begriffe bezeichnen üblicherweise förmliche individuelle rechtsgestaltende Akte im Rahmen der Gerichtsbarkeit, nicht hingegen verwaltungsbehördliche Erledigungen im Rahmen der Justizverwaltung: Individuelle rechtsgestaltende Erledigungen, die durch Einzelrichter (Gerichtspräsident) im Rahmen der Justizverwaltung erlassen werden, insbesondere in dienst- und disziplinarrechtlichen Sachen, haben in Bescheidform zu ergehen. Eine unmittelbare Anfechtung derartiger Bescheide beim VwGH (oder beim VfGH: Art 144 B-VG) ist ausgeschlossen.

Bescheide können nach dieser Rechtslage somit nur mehr im Wege eines Feststellungsantrages eines ordentlichen Gerichts einer unmittelbaren Prüfung durch den VwGH zugeführt werden. Eine Revision gegen einen Bescheid – welcher Behörde immer – an den VwGH ist hingegen nicht zulässig.⁶

Der Ausdruck „Erkenntnis“ bezeichnet üblicherweise die Sachentscheidung, mit der über die Anfechtung eines Rechtsaktes meritorisch entschieden wird, „Beschlüsse“ sind nach dem üblichen Verständnis verfahrensrechtliche Erledigungen. Nach Art 133 Abs 9 B-VG sind Beschlüsse der Verwaltungsgerichte allerdings nur nach Maßgabe einfachgesetzlicher Regelung – im VwGG – mit Revision anfechtbar. Im Übrigen gelten für die Revision gegen Beschlüsse aber dieselben

6 Anderes gilt nur im Rahmen des Übergangsregimes nach Art 151 Abs 51 Z 11 B-VG iVm dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbkÜG) BGBl I 33/2013 idF BGBl I 122/2013, dessen § 4 in bestimmten Fällen, in denen die Frist für eine Bescheidbeschwerde am 31.12.2013 noch nicht abgelaufen ist, die Erhebung einer Revision gegen einen Bescheid an den VwGH bzw die Behandlung erhobener Bescheidbeschwerden als Revisionen vorsieht. Dieses Übergangsregime bleibt hier ausgeklammert; vgl dazu näher Mayr, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz: Rechtsfragen des Übergangs, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 267 (283 ff). Auf die am 31.12.2013 beim VwGH anhängigen Verfahren sind im Übrigen – soweit das VwGbkÜG nichts anderes bestimmt – die bis zum Ablauf dieses Tages geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden, das heißt anhängige Bescheidbeschwerdeverfahren sind nach den bisherigen Regelungen zu Ende zu führen.

Regelungen wie für Revisionen gegen Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte.

§ 25a VwGG macht von dieser Ermächtigung in der Weise Gebrauch, dass grundsätzlich alle Beschlüsse der Verwaltungsgerichte als anfechtbar qualifiziert werden; jene Beschlüsse, gegen die eine Revision ausgeschlossen ist, sind taxativ aufgezählt (zB solche betreffend die Verfahrenshilfe, soweit die Verwaltungsgerichte darüber zu entscheiden haben); „verfahrensleitende Beschlüsse“ – die im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens jederzeit abänderbar sein sollen – können erst in der Revision gegen das die Angelegenheit erledigende Erkenntnis angefochten werden.⁷

Sonstige Rechtsakte der Verwaltungsgerichte – die nicht Erkenntnisse und Beschlüsse im vorbezeichneten Sinn sind – können nicht mittels Revision beim VwGH bekämpft werden. Das gilt – neben den Bescheiden im Rahmen der Justizverwaltung – für *privatrechtliche Akte* im Rahmen der Justizverwaltung⁸ sowie für die generellen Rechtsakte der Verwaltungsgerichte (Geschäftsordnung, Geschäftsverteilung).

Zu den in Art 133 Abs 2 B-VG vorgesehenen *Feststellungsanträgen* verweisen die Erläuterungen auf die im AHG, im OrgHG und im FERG vorgesehenen Feststellungsanträge an den VwGH. Solche Feststellungsanträge können sich nicht nur auf Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte beziehen, sondern auch auf Bescheide. Durch diese Ermächtigung ist sichergestellt, dass solche Feststellungsanträge unmittelbar an den VwGH auch hinsichtlich von Bescheiden weiterhin möglich sind.

7 Besonderes gilt für Erledigungen, die durch einfaches Gesetz den Rechtspflegern (Art 135a B-VG) übertragen sind: Gegen deren Entscheidungen steht nach § 54 VwGGV das Rechtsmittel der Vorstellung an den zuständigen Richter des Verwaltungsgerichts offen; *Hauer*, Gerichtsbarkeit Rz 306, leitet daraus ab, dass auf Grund dieser einfachgesetzlichen Rechtslage gegen Entscheidungen der Rechtspfleger eine Revision nicht zulässig ist; in diesem Sinne auch – mit Bezug auf Art 6 EMRK und Art 47 GRC – *Kolonovits*, Die „neuen“ Rechtspfleger bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz (Art 135a B-VG) im Lichte des Art 6 EMRK, in: *GedS Walter* (2013) 321 (339 [FN 84], 343 ff).

8 ZB *privatrechtliche Akte* gegenüber vertraglich Bediensteten.

B) Verletzung der Entscheidungspflicht durch ein Verwaltungsgericht

Nach Art 133 Abs 1 Z 2 B-VG ist der VwGH zuständig zur Entscheidung über Fristsetzungsanträge „wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch ein Verwaltungsgericht“. Die Formulierung – „Verletzung der Entscheidungspflicht“ – entspricht jener des bisherigen Art 132 B-VG, der damit eine Voraussetzung für die Erhebung der Säumnisbeschwerde normierte. Der VwGH hat dazu judiziert, dass eine Säumnisbeschwerde nur zulässig ist, wenn die versäumte Handlung in der Erlassung eines Bescheides besteht; die Säumnis bei der Setzung anderer Akte – zB „Realakte“ oder Verordnungen – kann nach ständiger Rechtsprechung nicht im Wege einer Säumnisbeschwerde bekämpft werden.⁹ Da die Formulierungen aus der bisherigen Regelung betreffend die Säumnisbeschwerde übernommen wurden, gilt dieses Konzept auch für die neue Regelung. Ein Fristsetzungsantrag kommt daher nur in Betracht, wenn und soweit eine gesetzlich normierte Pflicht zur Erlassung eines Erkenntnisses oder eines Beschlusses missachtet wird. Die Säumnis bei der Vornahme von „schlichten“ Verfahrenshandlungen, aber auch bei der Erlassung von Bescheiden in der Justizverwaltung, kann hingegen mit Fristsetzungsantrag nicht bekämpft werden.

§ 34 VwGVG sieht eine Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte bezüglich der an sie gestellten verfahrenseinleitenden Anträge sowie eine subsidiäre Entscheidungsfrist von sechs Monaten vor; kommt das Verwaltungsgericht seiner Entscheidungspflicht nicht nach, kann nach § 38 VwGG ein Fristsetzungsantrag gestellt werden.

C) Kompetenzkonflikte

Art 133 Abs 1 Z 3 B-VG beruft den VwGH zur Entscheidung über „Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungsgerichten oder zwischen einem Verwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof“. Über Kompetenzkonflikte zwischen einem Verwaltungsgericht oder dem VwGH einerseits und ordentlichen Gerichten oder dem VfGH andererseits wie auch Kompetenzkonflikte zwischen den ordentlichen Gerichten und

9 Vgl dazu insbesondere *Jabloner*, Art 132 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2009) Rz 16 ff (mwN).

dem VfGH hat hingegen nach Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG der VfGH zu entscheiden.

D) Ausnahmen von der Kompetenz des VwGH

Von der Zuständigkeit des VwGH ausgeschlossen sind nach Art 133 Abs 5 B-VG „Rechtssachen, die zur Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes gehören“. Damit wurde die bisher in Art 133 Z 1 B-VG getroffene Regelung übernommen.¹⁰

Die in Art 133 Abs 5 B-VG vorgesehene Ausnahme hinsichtlich der Zuständigkeiten des VfGH bezieht sich in erster Linie auf die in Art 144 Abs 1 B-VG vorgesehenen Beschwerden gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte I. Instanz: Nach den Erläuterungen soll im Verhältnis des VwGH zum VfGH keine Änderung eintreten, der VfGH soll vielmehr weiterhin eine „Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit“ ausüben, allerdings nicht mehr gegenüber den Verwaltungsbehörden, sondern gegenüber den Verwaltungsgerichten.¹¹ Diese Vorrangregel kommt im Verhältnis zur Kompetenz des VwGH zur Entscheidung über Revisionen gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte nach Art 133 Abs 1 Z 1 in Verbindung mit Abs 9 B-VG zum Tragen. Dass das Rechtsmittel an den VwGH nunmehr als Revision bezeichnet und in Anlehnung an die Regelungen der ZPO ausgestaltet ist, während das Rechtsmittel an den VfGH weiterhin als „Beschwerde“ bezeichnet ist, ist ohne Bedeutung: Man kann dem Verfassungsgesetzgeber angesichts der klaren Aussagen in den Erläuterungen nicht zusinnen, mit dieser Zuständigkeitsabgrenzung eine inhaltsleere Regelung getroffen und im Ergebnis eine Parallelkompetenz geschaffen zu haben.

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten richtet sich daher auch weiterhin nach der Beschwerdebehauptung:¹² Der VfGH ist nach Art 144 Abs 1 B-VG zuständig, wenn in der Beschwerde die Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts oder die Verletzung in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet wird; die Zuständigkeit des VwGH ist wie nach der bisherigen Rechtslage dann gegeben, wenn die Verletzung sonstiger

¹⁰ RV 1618 BlgNR 24. GP, 17.

¹¹ RV 1618 BlgNR 24. GP, 20.

¹² Vgl näher *Grabenwarter*, Art 133 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999) Rz 12 (mwN).

Rechte behauptet wird (Art 133 Abs 6 B-VG). Soweit es um sogenannte „Feinprüfungsgrundrechte“ geht – bei denen jede Verletzung des einfachen Gesetzes zugleich auch das Grundrecht verletzt – besteht jedoch entsprechend dem bisherigen Verständnis eine ausschließliche Kompetenz des VfGH.¹³

Auch nach der neuen Rechtslage besteht die (Wahl-)Möglichkeit, gleichzeitig Parallelbeschwerde an VfGH und VwGH zu erheben oder zuerst den Weg zum VfGH zu gehen und erst im Falle der Ablehnung oder Abweisung die Abtretung der Beschwerde an den VwGH zu beantragen. Eine Abtretung der Beschwerde durch den VfGH an den VwGH ändert aber mangels diesbezüglicher Differenzierung im Verfassungstext nichts daran, dass der VwGH nur mittels Revision angerufen werden kann und dass eine solche nur unter den Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist; auch im Falle der Abtretung einer Beschwerde durch den VfGH hat der VwGH eine danach erhobene Revision zurückzuweisen, wenn die Voraussetzungen für ihre Zulassung nicht vorliegen.

Ein gewisses Spannungsverhältnis besteht freilich darin, dass die Rechtsmittelwege an VwGH und VfGH nunmehr unterschiedlich gestaltet sind: Eine Sonderregelung für das Verfahren des VwGH für den Fall der Abtretung der Beschwerde durch den VfGH ist auf Verfassungsebene nicht vorgesehen, sodass der VwGH auch nach der Beschwerdeabtretung ein Revisionsverfahren durchzuführen hat. Um die beiden Verfahrenssysteme zu akkordieren, sieht § 26 Abs 4 VwGG vor, dass die Revisionsfrist mit der Zustellung des Beschlusses des VfGH über die Beschwerdeabtretung neu zu laufen beginnt. Bedeutung hat die Ausnahmeregelung des Art 133 Abs 5 B-VG seit der B-VG-Novelle BGBl I 115/2013 auch in Wahlrechtsangelegenheiten: Nach Art 130 Abs 5 in Verbindung mit Art 141 Abs 1 lit g B-VG können die Verwaltungsgerichte durch Bundes- oder Landesgesetz auch zur Entscheidung über Beschwerden in den Fällen des Art 141 Abs 1 lit a bis f B-VG berufen werden; diese Entscheidungen können beim VfGH angefochten werden, die Zuständigkeit des VwGH ist durch Art 133 Abs 5 B-VG ausgeschlossen. Solche Kompetenzen des (Bundes)Verwaltungsgerichts sind in § 32 NRWO, § 20 EuWO, § 10 EuWEG und § 8 WählerevidenzG vorgesehen.

13 Vgl näher *Thienel*, Kontrolle 349 (mwN).

III. Rechtsmittel- und Antragslegitimation

A) *Legitimation zur Erhebung von Revisionen gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte; Feststellungsanträge*

Die Legitimation zur Erhebung von Revisionen gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist in Art 133 Abs 6 sowie Art 119a Abs 9 B-VG geregelt:

Das Recht zur Erhebung einer Revision „wegen Rechtswidrigkeit“ hat nach Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG, „wer durch das Erkenntnis in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet“. Soweit nach dem VwGG Revisionen gegen Beschlüsse offen stehen, besteht unter dieser Voraussetzung auch die Legitimation zur Erhebung einer Revision gegen einen Beschluss.

Die weiteren Ziffern des Art 133 Abs 6 B-VG regeln verschiedene Fälle der „Amtsrevisionen“:

- Z 2 räumt der belangten Behörde „des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht“ das Recht der Revision ein. „Belangte Behörde“ ist im Sinne der üblichen Terminologie jene Verwaltungsbehörde, deren Verwaltungsakt vor dem Verwaltungsgericht angefochten bzw deren Untätigkeit mit Säumnisbeschwerde bekämpft wurde (Art 130 Abs 1 B-VG).¹⁴
- Art 133 Abs 6 Z 3 B-VG räumt dem zuständigen Bundesminister das Recht der Revision in den in Art 132 Abs 1 Z 2 genannten Rechts-sachen ein, das sind jene Angelegenheiten, in denen dem Bund die Gesetzgebung bzw Grundsatzgesetzgebung zukommt, die Vollziehung hingegen den Ländern; in diesen Angelegenheiten kann der zuständige Bundesminister gegen Bescheide der Landes-behörden Beschwerde an das Verwaltungsgericht und in weiterer Folge Revision an den VwGH erheben.¹⁵
- Gegen Weisungen nach Art 81a Abs 4 B-VG kann der Landes-schulrat Beschwerde gemäß Art 132 Abs 4 B-VG an das Verwal-tungsgericht erheben, gegen deren Entscheidung wiederum nach Art 133 Abs 6 Z 4 Revision an den VwGH.

14 Näher dazu *Thienel*, Kontrolle 352 f.

15 Damit wird die diesbezüglich schon bisher verfassungsrechtlich in Art 131 Abs 1 Z 2 vorgesehene Möglichkeit der Amtsbeschwerde an den VwGH in diesen Angelegenheiten fortgeschrieben.

- Schließlich haben die Gemeinden nach Art 119a Abs 9 B-VG das Recht, gegen aufsichtsbehördliche Bescheide Beschwerde an die Verwaltungsgerichte und gegen deren Entscheidung Revision an den VwGH sowie Beschwerde an den VfGH zu erheben.

Auf Grund des Art 133 Abs 8 B-VG kann der einfache Bundes- und Landesgesetzgeber weitere Fälle der Revision vorsehen.¹⁶ Damit können insbesondere Amtsrevisionen von Gebietskörperschaften oder Verwaltungsorganen sowie Revisionen nichtstaatlicher Einrichtungen vorgesehen werden.

Von diesen Amtsrevisionen zu unterscheiden sind die in Art 133 Abs 2 B-VG vorgesehenen Feststellungsanträge der ordentlichen Gerichte: Bei Letzteren handelt es sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut nicht um „Revisionen“, sondern um „Feststellungsanträge“; für diese Feststellungsanträge gelten daher nicht die verfassungsrechtlichen Regelungen betreffend die Revisionszulassung (Art 133 Abs 4 B-VG), ferner sind – mangels diesbezüglicher Einschränkung in Art 133 Abs 2 B-VG – Feststellungsanträge auch gegen solche Beschlüsse der Verwaltungsgerichte zulässig, für die eine Anfechtung mittels Revision nicht vorgesehen ist (Art 133 Abs 9 B-VG). Es handelt sich um zwei unterschiedliche Formen von Anträgen, die sich insbesondere hinsichtlich der Antragsvoraussetzungen unterscheiden. Die Befugnis zu solchen Feststellungsanträgen darf ausschließlich den ordentlichen Gerichten eingeräumt werden.

B) Legitimation zur Stellung eines Fristsetzungsantrages

Einen Fristsetzungsantrag „wegen Verletzung der Entscheidungspflicht“ kann nach Art 133 Abs 7 B-VG stellen, „wer im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet“.

Ein amtswegiger Fristsetzungsantrag kann durch die Volksanwaltschaft gestellt werden: Nach Art 148a Abs 3 B-VG kann sich jedermann wegen der behaupteten Säumnis eines Gerichts bei der Volksanwaltschaft beschweren, diese kann aber auch von Amts wegen von ihr vermutete Säumnis der Gerichte prüfen. Nach Art 148c B-VG ist die Volksanwaltschaft berechtigt, in einem bestimmten Fall oder aus

¹⁶ Vgl die schon bisher in Art 131 Abs 2 B-VG enthaltene Ermächtigung zur Schaffung von Amtsbeschwerderechten.

Anlass eines bestimmten Falles einen auf die Beseitigung der Säumnis eines Gerichts gerichteten Fristsetzungsantrag zu stellen sowie Maßnahmen der Dienstaufsicht anzuregen. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist weit gefasst und erfasst daher nicht nur die im GOG vorgesehenen Fristsetzungsanträge, sondern auch solche nach anderen Bestimmungen wie eben nunmehr nach Art 133 Abs 1 Z 2 B-VG.

C) *Legitimation zur Beantragung einer Entscheidung über einen Kompetenzkonflikt*

Von wem das Verfahren zur Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes im Sinne des Art 133 Abs 1 Z 3 B-VG zwischen den Verwaltungsgerichten untereinander oder mit dem VwGH eingeleitet werden kann, ist im B-VG nicht geregelt, diese Regelung hat im VwGG zu erfolgen.¹⁷ § 71 VwGG erklärt diesbezüglich die §§ 43 bis 46, 48, 49, 51 und 52 VfGG für sinngemäß anwendbar. Bei positiven Kompetenzkonflikten ist danach ein Verfahren vorrangig auf Anzeige eines involvierten Verwaltungsgerichts oder von Amts wegen durch den VwGH einzuleiten, dies verbunden mit einem subsidiären Antragsrecht der Parteien des Verfahrens, bei negativen Kompetenzkonflikten besteht ein Antragsrecht der Parteien.

IV. Ausgestaltung der Rechtsmittel und Anträge

Das Verfahren vor dem VwGH ist durch ein besonderes Bundesgesetz zu regeln (Art 136 Abs 4 B-VG). Allerdings ergeben sich schon aus dem B-VG selbst verschiedene Vorgaben, insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeit des VwGH und die Legitimation zur Antragstellung.

Detaillierte Regelungen auf Verfassungsebene bestehen für die Revisionen gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte. Um die Funktionsfähigkeit des VwGH als Höchstgericht zu erhalten, strebt der Verfassungsgesetzgeber mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 die Entlastung des VwGH an, die in den Erläuterungen als eine „dringende Notwendigkeit“ bezeichnet wird.¹⁸ Diese Entlastung erfordert angemessene Zugangsschranken, insbesondere so-

17 RV 1618 BlgNR 24. GP, 17.

18 RV 1618 BlgNR 24. GP, 3.

weit es um die Bekämpfung von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte geht.

Im Zuge der Vorbereitung standen diesbezüglich zwei Modelle in Diskussion: Einerseits die Fortschreibung des schon bisher zum Zwecke der Entlastung des VwGH vorgesehenen Modells der Beschwerdeablehnung nach dem Muster des bisherigen Art 131 Abs 3 B-VG, wenn auch erweitert auf alle Angelegenheiten, und andererseits das Modell einer Revisionszulassung in Anlehnung an Vorbilder aus anderen Verfahrensordnungen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 hat die Entscheidung zugunsten des Modells der Revisionszulassung getroffen, und zwar eines solchen, das „sich an der Revision nach den §§ 500 ff ZPO orientieren“ soll.¹⁹ Die näheren Einzelheiten sollen einfachgesetzlich geregelt werden, doch sind zentrale Fragen schon unmittelbar in der Verfassung selbst geregelt. Das gilt insbesondere für die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Revision, die in Art 133 Abs 4 B-VG umschrieben sind; ganz allgemein ist davon auszugehen, dass das Leitmodell der Grundsatz- und Zulassungsrevision nach dem Muster der ZPO systemprägend auch für die Revision an den VwGH ist und dass daher die prägenden Systemgrundsätze dieses Modells als verfassungsrechtlich vorgegeben anzusehen sind.

Zentrale Bedeutung hat die Umschreibung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Revisionen in Art 133 Abs 4 B-VG: Eine Revision gegen ein Erkenntnis oder einen Beschluss (Art 133 Abs 9 B-VG) eines Verwaltungsgerichts ist danach nur dann zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis oder der Beschluss von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

Diese Formulierung orientiert sich an § 502 Abs 1 ZPO, ähnlich formuliert waren auch die Voraussetzungen für die Ablehnung einer Beschwerde in Art 131 Abs 3 B-VG. Zur Auslegung des Art 133 Abs 4 B-VG – die hier nicht im Einzelnen behandelt werden kann – kann daher auf die Rechtsprechung zur ZPO und zum bisherigen Art 131

¹⁹ RV 1618 BlgNR 24. GP, 16.

Abs 3 B-VG zurückgegriffen werden.²⁰ Ein wesentlicher Unterschied zum bisherigen Ablehnungsmodell liegt darin, dass der bisherige Art 131 Abs 3 B-VG (in Verbindung mit dem bisherigen § 33a VwGG) einen weitgezogenen Spielraum richterlichen Ermessens eingeräumt hat (arg „kann“), was im Ergebnis bedeutete, dass der VwGH trotz Vorliegens der Ablehnungsvoraussetzungen eine Beschwerde in der Sache behandeln konnte.²¹ Art 133 Abs 4 B-VG begründet kein solches Ermessen: Liegen die darin umschriebenen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision nicht vor, ist es dem VwGH daher verwehrt, die Beschwerde dennoch in der Sache zu behandeln und die angefochtene Entscheidung aufzuheben oder abzuändern. Zwar eröffnet die Umschreibung der Zulässigkeitsvoraussetzungen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen einen gewissen Spielraum, im Ergebnis ist dieser aber gegenüber der früheren Rechtslage eingeschränkt, weil es jedenfalls nicht zulässig wäre, trotz Verneinung der Zulässigkeitsvoraussetzungen in eine Sachprüfung einzutreten.

Diese Änderung ist Ausdruck einer Weichenstellung des Verfassungsgesetzgebers, durch die die Rolle des VwGH gegenüber der bisherigen Rechtslage modifiziert wird: Das Modell der Revisionszulassung nach der ZPO, das Vorbild für die Neugestaltung des Zugangs zum VwGH war, ist das Ergebnis einer durch mehrere Jahrzehnte geführten Diskussion über die Rolle des OGH im Rahmen des Zivilprozesses.²² Auslöser dieser Diskussion war die Überlastung des OGH, der durch angemessene Zugangsschranken begegnet werden sollte. Die als Ergebnis dieser Diskussion getroffene Lösung manifestiert sich in der Umschreibung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Revision: § 502 Abs 1 ZPO legt die Rolle des OGH derart fest, dass seine primäre Aufgabe nicht mehr die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit ist, sondern die Wahrung der Rechtseinheit, der Rechtssicherheit und der Rechtsentwicklung. Gerade in der Umschreibung der Zulässigkeitsvoraussetzungen manifestiert sich somit das Rollenbild des OGH.

Bezüglich des VwGH ging das traditionelle Verständnis – mehr oder minder deutlich – hingegen bisher dahin, dass der VwGH als einzige gerichtliche Instanz zur Kontrolle der Verwaltung zur Sicherung der

20 Vgl dazu näher insbesondere *Sutter*, Revisionsmodell (in Druck) mwN.

21 Vgl *Grabenwarter*, Art 131 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2007) Rz 67 (mwN).

22 Vgl dazu insbesondere *Zechner*, Vor § 502 ff, in: Fasching/Konecny (Hg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Band IV/1 (2005) Rz 1 ff (mwN).

Rechtmäßigkeit der Verwaltung (vgl den bisherigen Art 129 B-VG) und damit zumindest tendenziell zur Sicherstellung der Einzelfallgerechtigkeit berufen ist. Die Schaffung der Ablehnungsmöglichkeit bei Beschwerden gegen Bescheide der UVS und später auch anderer Behörden hat zwar punktuell eine Akzentverschiebung im Verhältnis zu diesen gerichtsähnlichen Behörden bewirkt, ohne aber das grundsätzliche Verständnis aufzugeben (Stichwort: Ermessen des VwGH bei der Ablehnung). Mit der Einführung des Modells der Revisionszulassung in Anlehnung an die ZPO kommt dem VwGH nunmehr aber von Verfassungs wegen eine ähnliche Rolle zu wie dem OGH nach der ZPO: Im Vordergrund steht für den VwGH nicht mehr die Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit – das ist nunmehr Sache der Verwaltungsgerichte – sondern die Entscheidung „grundsätzlicher“ Rechtsfragen: Dadurch, dass die Revision bei Nichtvorliegen einer solchen grundsätzlichen Rechtsfrage unzulässig ist, kommt gerade zum Ausdruck, dass der VwGH den konkreten Fall nur entscheiden soll, wenn damit eine solche grundsätzliche Rechtsfrage zu lösen ist.

Besonderes gilt für Verwaltungsstrafverfahren: Art 133 Abs 4 letzter Satz B-VG ermächtigt den einfachen Bundesgesetzgeber, die Revision absolut auszuschließen, wenn „das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand“ hat. Damit kann der einfache Gesetzgeber eine „Wertgrenze“ für Revisionen in Verwaltungsstrafsachen festlegen. Damit kann die Revision bei Unterschreiten dieser Wertgrenze absolut ausgeschlossen werden, ungeachtet der Frage, ob der konkrete Fall eine grundsätzliche Rechtsfrage aufwirft.

Das Modell der Revisionszulassung in Verwaltungsstrafsachen steht mit der Rechtswegegarantie des Art 2 7. ZPEMRK grundsätzlich in Einklang: Dieser garantiert in Strafsachen im Falle der Verurteilung durch ein Gericht einen Rechtszug an ein höheres Gericht, wovon nur bestimmte taxativ genannte Ausnahmen zulässig sind. Der EGMR vertritt dazu in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass sich die Ausübung des Rechts gemäß Art 2 7. ZPEMRK nach dem nationalen Recht richtet, womit dem nationalen Gesetzgeber ein Ermessensspielraum zukommt. Eine ausreichende Überprüfung durch eine höhere gerichtliche Instanz sieht der EGMR schon dann als gegeben an, wenn ein Rechtsmittelwerber die Möglichkeit hat, die Zulassung eines Rechts-

mittels an ein übergeordnetes Gericht zu beantragen.²³ Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Modell der Zulassungsrevision nach Art 133 B-VG auch in Verwaltungsstrafsachen mit Art 2 7. ZPEMRK jedenfalls vereinbar.

Problematischer ist allerdings die Möglichkeit des gänzlichen Ausschlusses einer Revision in Fällen, in denen nur eine „geringfügige Geldstrafe“ verhängt wurde. Art 2 Abs 2 7. ZPEMRK erlaubt zwar in bestimmten Fällen den Ausschluss eines Rechtsmittels gegen eine Verurteilung; für den gegebenen Zusammenhang kommt dabei die Ausnahme für „strafbare Handlungen geringfügiger Art“ in Betracht. Nach den Erläuterungen zum 7. ZPEMRK²⁴ und der darauf Bezug nehmenden ständigen Rechtsprechung des EGMR kommt es aber nicht auf die Höhe der konkret verhängten Strafe, sondern auf die abstrakte Strafandrohung an; eine „strafbare Handlung geringfügiger Natur“ liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn eine Freiheitsstrafe angedroht ist,²⁵ dies selbst dann, wenn letztlich nur eine geringe Geldstrafe verhängt wurde.²⁶ Die Revision an den VwGH darf daher wegen Art 2 7. ZPEMRK in jenen Strafsachen nicht ausgeschlossen werden, in denen eine primäre Freiheitsstrafe angedroht ist; auch soweit es um Geldstrafen geht, kommt es aber im Lichte dieser Rechtsprechung nicht auf die Höhe der verhängten Strafe im Einzelfall an, sondern auf die Strafandrohung.

Das VwGG trifft die näheren Regelungen über die Zulässigkeit der Revision in § 25a VwGG: Danach hat das Verwaltungsgericht in seinem Erkenntnis oder Beschluss auszusprechen, ob eine Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist;²⁷ dieser Ausspruch ist „kurz“ zu begründen, das heißt sowohl eine positive wie auch eine negative Entscheidung erfordern eine Begründung. Es muss also auch im Falle der Zulassung der Revision angegeben werden, welche „grundsätzliche“

23 Vgl schon EKMR *EM/Norwegen*, 26.10.1995, 20087/92. Die im Zuge der Ablehnung einer Beschwerde durch den VwGH vorzunehmende Prüfung der angefochtenen Entscheidung sei einem Zulassungsverfahren gleichzuhalten: Vgl schon EKMR *Hauser*, 16.1.1996, 26.808/95; *Horst*, 28.2.1996, 25.809/94; *HS/Österreich*, 28.2.1996, 26.510/95; EGMR *Hubner*, 31.8.1999, 34.311/96; *Ludwig Weh und Evi Weh*, 4.7.2002, 38.544/97; *Karg*, 6.5.2008, 29.749/04; *Müller (2)*, 18.9.2008, 28.034/04; näher dazu auch *Thienel*, Kontrolle 156.

24 Explanatory Report, HRLJ 5, 1985, 85.

25 EGMR *Grecu*, 30.11.2006, 75.101/01; *Kamburov*, 23.4.2009, 31.001/02; *Stanchev*, 1.10.2009, 8682/02; *Zhelyazkov*, 9.10.2012, 11.332/04.

26 EGMR *Gurepka (2)*, 8.4.2010, 38.789/04.

27 Die Zulassungsentscheidung ist daher wie nach dem Vorbild der ZPO (§ 500 Abs 2 Z 3 ZPO) eine Nebenentscheidung zum jeweiligen Erkenntnis oder Beschluss.

Frage dafür ausschlaggebend war, womit das Prozessthema vor dem VwGH umschrieben ist. § 25a Abs 2 VwGG enthält eine taxative Liste von Beschlüssen, gegen die eine Revision nicht zulässig ist, gegen „verfahrensleitende“ Beschlüsse ist eine abgesonderte Revision ausgeschlossen.

In Verwaltungsstrafsachen ist die Revision generell nur ausgeschlossen, wenn „im Erkenntnis“ eine 400 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde und wenn weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 750 Euro übersteigende Geldstrafe angedroht sind. Mit dieser Einschränkung soll den dargestellten Schranken des Art 2 7. ZPEMRK für den absoluten Ausschluss der Revision Rechnung getragen werden.

Hat das Verwaltungsgericht ausgesprochen, dass die Revision nicht zulässig ist, steht dagegen eine außerordentliche Revision offen; darin muss gesondert begründet werden, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts die Revision als zulässig erachtet wird (§ 28 Abs 2 VwGG). Zusätzlich muss das Rechtsmittel in der Sache ausgeführt werden (§ 28 VwGG). Die außerordentliche Revision verbindet somit – wie nach dem Vorbild der ZPO – die Funktion einer Zulassungsbeschwerde mit jener eines Rechtsmittels gegen das Erkenntnis oder den Beschluss; eine gesonderte Anfechtung der Zulässigkeitsentscheidung ist nicht zulässig.²⁸

Der VwGH ist nach § 34 Abs 1a VwGG nicht an die Beurteilung der Zulässigkeitsvoraussetzungen durch das Verwaltungsgericht gebunden. Liegen die Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG nicht vor, hat der VwGH die Revision zurückzuweisen (§ 34 Abs 1 VwGG), und zwar auch dann, wenn sie vom Verwaltungsgericht zugelassen worden war; umgekehrt kann der VwGH die Revision auch dann in Behandlung nehmen, wenn sie vom Verwaltungsgericht nicht zugelassen wurde, der VwGH sie aber einer Behandlung für zugänglich erachtet (§ 36 Abs 1 VwGG).

Im Übrigen trifft das VwGG die näheren Regelungen für das Verfahren über Revisionen, Fristsetzungsanträge und Anträge auf Entscheidung von Kompetenzkonflikten.

28 Durch Art 144 Abs 5 B-VG ist auch eine Beschwerde an den VfGH ausgeschlossen, soweit das Erkenntnis oder der Beschluss des Verwaltungsgerichts die Zulässigkeit der Revision zum Inhalt hat.

V. Kontrollmaßstab und Entscheidungsbefugnis

A) *Entscheidung über Revisionen*

Entscheidungen der Verwaltungsgerichte sind auf Grund einer (zulässigen) Revision nach Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG auf ihre Rechtswidrigkeit zu prüfen. Damit sind Verstöße gegen alle Vorschriften erfasst, die die Erlassung der angefochtenen Entscheidung determinieren, gleichgültig, ob es sich um Gesetze, Verordnungen, Staatsverträge oder unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Vorschriften handelt. Nur bei behaupteter Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte (Art 144 Abs 1 B-VG) ist die Prüfung dem VfGH vorbehalten und eine solche durch den VwGH ausgeschlossen (Art 133 Abs 5 B-VG).

Rechtswidrigkeit liegt nach Art 133 Abs 3 B-VG allerdings nicht vor, soweit das Verwaltungsgericht Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat. Diese Regelung entspricht dem bisherigen Art 130 Abs 2 B-VG.²⁹ Art 133 Abs 3 B-VG bezieht sich nach seinem systematischen Zusammenhang primär auf Revisionen gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte: Soweit das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung Ermessen üben durfte, ist die Prüfungsbefugnis des VwGH darauf beschränkt, zu kontrollieren, ob die Grenzen des Ermessens eingehalten, das Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt wurde und das Verfahrensrecht, insbesondere die Begründungspflicht, nicht verletzt wurde.

Besonderes gilt freilich, soweit dem VwGH durch § 42 Abs 4 VwGG die Befugnis zu einer reformatorischen Entscheidung eingeräumt wird: Ist die mit Revision angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtmäßig, ist die Revision abzuweisen (oder allenfalls zurückzuweisen), die Befugnis des VwGH zur reformatorischen Entscheidung kommt in diesem Fall nicht zur Anwendung; erweist sich die Entscheidung des Verwaltungsgerichts jedoch als rechtswidrig, ist der VwGH nicht nur befugt, diese aufzuheben, sondern er kann – unter bestimmten Voraussetzungen – anstelle des Verwaltungsgerichts in der Sache selbst entscheiden. In diesen Fällen kommt dem VwGH

29 RV 1618 BlgNR 24. GP, 17.

dann freilich auch die Befugnis zu, das gesetzlich eingeräumte Ermessen zu üben.³⁰

Der Prüfungsumfang des VwGH bezüglich der bei ihm angefochtenen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte I. Instanz ist verfassungsrechtlich nicht determiniert; das VwGG schreibt die Beschränkung auf den geltend gemachten Beschwerdepunkt – nunmehr „Revisionspunkt“ – ebenso fort wie das traditionelle Neuerungsverbot (§ 41 VwGG). Auch die Entscheidungsbefugnis des VwGH auf Grund einer Revision ist verfassungsgesetzlich nicht ausdrücklich geregelt; sie ist daher – wie bisher – durch den einfachen Gesetzgeber zu regeln und nicht auf die Kassation beschränkt.³¹ Das VwGG schreibt auch in diesem Punkt die bisherige Rechtslage weiter: Der VwGH hat – wenn die Revision nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist oder das Verfahren einzustellen ist – prinzipiell kassatorisch zu entscheiden (§ 42 Abs 2 VwGG), er kann aber „in der Sache selbst entscheiden, wenn sie entscheidungsreif ist und die Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt“. In diesem Fall ist der maßgebliche Sachverhalt vom VwGH selbst festzustellen, wobei das Verwaltungsgericht mit einer Ergänzung des Ermittlungsverfahrens beauftragt werden kann.³²

B) Feststellung der Rechtswidrigkeit von Erkenntnissen, Beschlüssen und Bescheiden

Für die in Art 133 Abs 2 B-VG vorgesehenen Feststellungsanträge der ordentlichen Gerichte wird als Prüfungsmaßstab ebenfalls die „Rechtswidrigkeit“ des Erkenntnisses, Beschlusses (Art 133 Abs 9 B-VG) oder Bescheides festgelegt. Die Entscheidungsbefugnis ist schon durch den Verfassungstext insoweit vorgegeben, als das Erkenntnis – so nicht

30 Vgl dazu näher *Sutter*, Ablehnungsrecht und Sachentscheidung – neue Entscheidungsbefugnisse für den VwGH, in: *Holoubek/Lang* (Hg), *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 199 (222 ff), *Thienel*, Kontrolle 374 f, *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 133 B-VG Rz 39, ebenso zur gleichartigen Rechtslage bei den Verwaltungsgerichten *Leeb*, *Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis*, in: *Janko/Leeb* (Hg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 85 (106 ff), *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 60.

31 Vgl zur bisherigen Rechtslage VfSlg 8202/1977; *Thienel*, Mehrpolige Rechtsverhältnisse und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2001) 27 ff (mwN), *Rill/Schäffer*, Vorbem Siebentes Hauptstück, in: *Kneihs/Lienbacher* (Hg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2010) Rz 47.

32 Vgl dazu näher *Sutter*, Revisionsmodell 217 ff.

eine Zurückweisung aus prozessualen Gründen zu erfolgen hat – feststellender Natur ist. Das VwGG behält die bisherigen Regelungen über die Feststellungsverfahren vor dem VwGH mit geringen terminologischen Änderungen bei.

C) *Entscheidung über Fristsetzungsanträge*

Im Fall eines (zulässigen) Fristsetzungsantrages hat der VwGH zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht eine gesetzliche Entscheidungspflicht verletzt hat. Die Entscheidungsbefugnis des VwGH ist verfassungsgesetzlich insoweit vorgegeben, als er im Falle einer Verletzung der Entscheidungspflicht dem Verwaltungsgericht eine Frist für die Erlassung der ausstehenden Entscheidung zu setzen hat. Eine Verpflichtung oder auch nur Ermächtigung des VwGH, anstelle des säumigen Verwaltungsgerichts die ausstehende Entscheidung nachzuholen und in der Sache selbst zu entscheiden, ist damit ausgeschlossen.

§ 38 VwGG sieht vor, dass der VwGH dem Verwaltungsgericht zunächst den Auftrag zu erteilen hat, binnen einer Nachfrist die ausstehende Entscheidung nachzuholen, in diesem Fall ist das Verfahren über den Fristsetzungsantrag einzustellen (§ 38 Abs 4 VwGG). Erfolgt keine solche Nachholung, hat der VwGH dem Verwaltungsgericht eine angemessene Frist zur Nachholung der ausstehenden Entscheidung zu setzen (§ 42a VwGG). Die Missachtung hat keine unmittelbaren Folgen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, kann aber amtschaftungs-, disziplinar- und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

D) *Entscheidung über Kompetenzkonflikte*

Hinsichtlich der Entscheidungen über Kompetenzkonflikte lässt sich aus der Formulierung, dass der VwGH „über“ Kompetenzkonflikte entscheidet, schließen, dass er nur die Frage der Zuständigkeit zu entscheiden hat; die Einräumung einer Befugnis zu einer Sachentscheidung ist damit nicht zulässig. Das VwGG erklärt diesbezüglich die Bestimmungen des VfGG betreffend Entscheidungen des VfGH über Kompetenzkonflikte für sinngemäß anwendbar. Der VwGH ist danach zur bindenden Feststellung berufen, welches Gericht zuständig ist, verbunden mit der Befugnis, entgegenstehende Entscheidungen der im Konflikt verfangenen Verwaltungsgerichte und des VwGH selbst aufzuheben.

VI. Schluss

Überblickt man die Reform, so zeigt sich eine deutliche Änderung des Rollenbildes des VwGH: Den Verwaltungsgerichten werden durch Art 130 B-VG genau jene Kompetenzen übertragen, die bis zur Schaffung der UVS dem VwGH zukamen, nämlich die Entscheidung über Beschwerdebeschwerden, Maßnahmenbeschwerden, Säumnisbeschwerden und Weisungsbeschwerden, zuzüglich bestimmter durch einfaches Gesetz einzuräumende Aufgaben.³³ Der VwGH erfüllte in diesem System zwei Funktionen: Einerseits hatte er die Rechtsrichtigkeit der Verwaltungsentscheidungen sicherzustellen, zugleich aber – als einziges Verwaltungsgericht über allen Verwaltungsbehörden – auch die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung. Diese beiden Aufgaben sind nunmehr zwischen den Verwaltungsgerichten und dem VwGH geteilt: Die Sicherung der Rechtsrichtigkeit ist Aufgabe der Verwaltungsgerichte; dem VwGH kommt – jedenfalls was den Kern seiner Kompetenzen betrifft, nämlich die Entscheidung über Revisionen – nun primär eine andere Aufgabe zu: Gerade das Modell der Revisionszulassung zeigt, dass seine Aufgabe nicht darin besteht, die Kontrolle der Verwaltungsgerichte gegenüber der Verwaltung zu duplizieren, sondern vielmehr darin, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch die elf Verwaltungsgerichte sicherzustellen, damit gleichzeitig aber auch die Rechtssicherheit und die Rechtsentwicklung zu gewährleisten. Der VwGH ist gerade nicht ein Berufungsgericht, das in jedem einzelnen Fall die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in jeder Richtung zu überprüfen hat. Der VwGH ist im neuen System vielmehr die Klammer über den elf Verwaltungsgerichten, mit der sichergestellt wird, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit über die föderalen Grenzen hinweg nach einheitlichen Standards erfolgt – nicht mehr, aber auch nicht weniger.

33 Vgl zu den Kompetenzen der Verwaltungsgerichte zB *Thienel*, Neuordnung 23 ff, *Hauer*, Die Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 27 ff, *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 1 ff sowie die Beiträge von *Wiederin*, *Pürgy*, *Starlinger* und *Köhler* in *Holoubek/Lang* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit 29 ff.

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

Univ.-Doz. Dr. Peter Bußjäger, Direktor des Instituts für Föderalismus, Mitglied des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein und Forschungsbeauftragter am Liechtenstein-Institut Bendern

Univ.-Prof. Dr. Harald Eberhard, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck

Dr. Matthias Germann, Vorstand der Abteilung Gesetzgebung, Amt der Vorarlberger Landesregierung, Bregenz

Hon.-Prof. Dr. Meinrad Handstanger, Verwaltungsgerichtshof, Wien

Univ.-Prof. Dr. Georg Lienbacher, Verfassungsgerichtshof, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien

Dr. Eduard Pesendorfer, Landesamtsdirektor, Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, Linz

Ing. Dr. Erich Pürgy, Hofrat des Verwaltungsgerichtshofes, Wien

Dr. Christian Ranacher, MAS, Vorstand der Abteilung Verfassungsdienst, Amt der Tiroler Landesregierung, Innsbruck

Dr. Niklas Sonntag, Institut für Föderalismus, Innsbruck

Dr. Wolfgang Steiner, Landtagsdirektor des Oö. Landtags, Leiter der Direktion Verfassungsdienst, Amt der Oö. Landesregierung, Linz

Mag. Heidemarie Thalhammer, LL.M., Abteilung Gesetzgebung, Amt der Vorarlberger Landesregierung, Bregenz

Univ.-Prof. Dr. Rudolf Thienel, Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofes, Wien

Mag. Dr. Johanna Weilguni, Direktion Verfassungsdienst, Amt der Oö. Landesregierung, Linz

Dr. Dieter Wolf, Abteilung Verfassungsdienst, Amt der Tiroler Landesregierung, Innsbruck

SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTS FÜR FÖDERALISMUS

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976. ISBN 3-7003-0479-X (€ 7,21)
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976. ISBN 3-7003-0129-4 (€ 4,94)
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976. ISBN 3-7003-0144-8 (vergriffen)
- Bd. 4 **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977. ISBN 3-7003-0478-X (vergriffen)
- Bd. 5 **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977. ISBN 3-7003-0482-X (vergriffen)
- Bd. 6 **Fried Esterbauer/Guy Heraud/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung. 1977. ISBN 3-7003-0161-8 (vergriffen)
- Bd. 7 **Manfried Gantner**, Der abgestufte Bevölkerungsschlüssel als Problem der Länder und Gemeinden. 1978. ISBN 3-7003-0181-2 (vergriffen)
- Bd. 8 **Siegbert Morscher**, Rechtliche Probleme bei der Schaffung innerstaatlicher grenzüberschreitender Einrichtungen und Organe durch die österreichischen Bundesländer. 1978. ISBN 3-7003-0182-0 (€ 17,44)
- Bd. 9 **Theo Öhlinger**, Verträge im Bundesstaat. 1978. ISBN 3-7003-0183-9 (vergriffen)
- Bd. 10 **Erich Thöni**, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich. 1978. ISBN 3-7003-0184-7 (vergriffen)
- Bd. 11 **Georg Schmitz**, Der Landesamtsdirektor. 1978. ISBN 3-7003-0203-7 (vergriffen)
- Bd. 12 **Felix Ermacora**, Die bundesstaatliche Kostentragung gemäß § 2 F-VG. 1979. ISBN 3-7003-0214-2 (€ 7,99)
- Bd. 13 **Peter Pernthaler/Karl Weber**, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich. 1979. ISBN 3-7003-0215-0 (€ 12,21)
- Bd. 14 **Peter Pernthaler**, Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates. 1979. ISBN 3-7003-0226-6 (€ 21,66)
- Bd. 15 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Direkte Demokratie in den Ländern und Gemeinden. 1980. ISBN 3-7003-0245-2 (€ 14,39)
- Bd. 16 **Peter Häberle**, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. 1980. ISBN 3-7003-0247-9 (vergriffen)

- Bd. 17 **Bernd-Christian Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung. 1980. ISBN 3-7003-0250-9 (vergriffen)
- Bd. 18 **Karl Weber**, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. 1980. ISBN 3-7003-0251-7 (vergriffen)
- Bd. 19 **Peter Pernthaler**, Das Forderungsprogramm der österreichischen Bundesländer. 1980. ISBN 3-7003-0252-5 (€ 28,34)
- Bd. 20 **Wilhelm Kundratitz** (Herausgeber), Staat, Recht, Politik. Eine Befragung Jugendlicher zum Bildungshintergrund. 1981. ISBN 3-7003-0270-3 (€ 20,35)
- Bd. 21 **Siegbert Morscher**, Land und Provinz. Vergleich der Befugnisse der autonomen Provinz Bozen mit den Kompetenzen der österreichischen Bundesländer. 1981. ISBN 3-7003-0282-7 (vergriffen)
- Bd. 22 **Wolfgang Pesendorfer**, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung. 1981. ISBN 3-7003-0299-1 (vergriffen)
- Bd. 23 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Dezentralisation und Selbstorganisation. Theoretische Probleme und praktische Erfahrungen. 1982. ISBN 3-7003-0308-4 (€ 24,20)
- Bd. 24 **Theo Öhlinger**, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat. 1982. ISBN 3-7003-0320-3 (€ 13,44)
- Bd. 25 **Harald Stolzlechner**, Republik – Bund – Land. Fragen der Vermögensaufteilung in einem Bundesstaat. 1982. ISBN 3-7003-0318-1 (€ 14,39)
- Bd. 26 **Peter Pernthaler/Irmgard Kathrein/Karl Weber**, Der Föderalismus im Alpenraum. Voraussetzungen, Zustand, Ausbau und Harmonisierung im Sinne eines alpenregionalen Leitbildes. 1982. ISBN 3-7003-0341-6 (€ 49,42)
- Bd. 27 **Peter Pernthaler**, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts. 1982. ISBN 3-7003-0347-5 (€ 11,63)
- Bd. 28 **Peter Pernthaler/Karl Weber**, Landesbürgerschaft und Bundesstaat. Der Status des Landesbürgers als Kriterium des Bundesstaates und Maßstab der Demokratie in den Ländern. 1983. ISBN 3-7003-0364-5 (€ 20,35)
- Bd. 29 **Irmgard Kathrein**, Der Bundesrat in der Ersten Republik. Studie über die Entstehung und die Tätigkeit des Bundesrates der Republik Österreich. 1983. ISBN 3-7003-0365-3 (€ 14,54)
- Bd. 30 **Richard Schmidjell/Karl Fink/Werner Plunger/Hans Moser**, Regionalpolitik der österreichischen Bundesländer. 1983. ISBN 3-7003-0524-9 (vergriffen)
- Bd. 31 **Siegbert Morscher** (Herausgeber), Föderalistische Sozialpolitik. 1983. ISBN 3-7003-0519-2 (vergriffen)
- Bd. 32 **Josef Werndl**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920. 1984. ISBN 3-7003-0566-4 (€ 26,96)

- Bd. 33 **Peter Pernthaler**, Österreichische Finanzverfassung. Theorie – Praxis – Reform. 1984. ISBN 3-7003-0606-7 (€ 33,07)
- Bd. 34 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Die Rolle der Länder in der Umfassenden Landesverteidigung. 1984. ISBN 3-7003-0607-5 (vergriffen)
- Bd. 35 **Christian Smekal/Manfried Gantner**, Die längerfristige Entwicklung der öffentlichen Finanzwirtschaft in Österreich im Zeitraum 1950 – 1983. 1985. ISBN 3-7003-0608-3 (vergriffen)
- Bd. 36 **Georg Schmitz**, Die Anfänge des Parlamentarismus in Niederösterreich. Landesordnung und Selbstregierung 1861 – 1873. 1985. ISBN 3-7003-0636-9 (€ 47,96)
- Bd. 37 **Bernd Stampfer**, Recht der Abfallwirtschaft in Österreich. Analysen einer komplexen Verwaltungsaufgabe zwischen Bund und Ländern. 1986. ISBN 3-7003-0687-3 (vergriffen)
- Bd. 38 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte. 1986. ISBN 3-7003-0685-7 (vergriffen)
- Bd. 39 **Siegbert Morscher**, Die Gewerbekompetenz des Bundes. 1987. ISBN 3-7003-0810-1 (€ 23,26)
- Bd. 40 **Peter Pernthaler**, Zivilrechtswesen und Landeskompentenz. 1987. ISBN 3-7003-0723-3 (vergriffen)
- Bd. 41 **Karl Weber**, Die mittelbare Bundesverwaltung. 1987. ISBN 3-7003-0738-1 (€ 59,59)
- Bd. 42 **Klaus Berchtold**, Die Verhandlungen zum Forderungsprogramm der Bundesländer seit 1956. 1988. ISBN 3-7003-0752-7 (€ 20,35)
- Bd. 43 **Peter Pernthaler**, Föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken. 1988. ISBN 3-7003-0781-1 (vergriffen)
- Bd. 44 **Stefan Huber/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus und Regionalismus in europäischer Perspektive. 1988. ISBN 3-7003-0763-2 (vergriffen)
- Bd. 45 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Kulturpolitik. 1988. ISBN 3-7003-0798-5 (€ 18,17)
- Bd. 46 **Peter Pernthaler**, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich. 1989. ISBN 3-7003-0811-6 (€ 24,71)
- Bd. 47 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen eines EG-Beitrittes auf die föderalistische Struktur Österreichs. 1989. ISBN 3-7003-0848-5 (€ 21,08)
- Bd. 48 **Wolfgang Burtscher**, EG-Beitritt und Föderalismus. Folgen einer EG-Mitgliedschaft für die bundesstaatliche Ordnung Österreichs. 1990. ISBN 3-7003-0864-7 (vergriffen)
- Bd. 49 **Fried Esterbauer/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Europäischer Regionalismus am Wendepunkt - Bilanz und Ausblick. 1991. ISBN 3-7003-0907-4 (€ 23,98)
- Bd. 50 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Außenpolitik der Gliedstaaten und Regionen. 1991. ISBN 3-7003-0930-9 (€ 23,26)

- Bd. 51 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Neue Wege der Föderalismusreform. 1992. ISBN 3-7003-0949-X (€ 23,26)
- Bd. 52 **Bernd-Christian Funk/Joseph Marko/Peter Pernthaler**, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG., 1992. ISBN 3-7003-0974-0 (vergriffen)
- Bd. 53 **Peter Pernthaler**, Das Länderbeteiligungsverfahren an der europäischen Integration. 1992. ISBN 3-7003-0976-7 (€ 15,26)
- Bd. 54 **Stefan Hammer**, Länderstaatsverträge. Zugleich ein Beitrag zur Selbständigkeit der Länder im Bundesstaat. 1992. ISBN 3-7003-0984-8 (€ 31,61)
- Bd. 55 **Peter Pernthaler**, Der differenzierte Bundesstaat. Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche in der Reform des österreichischen Bundesstaates. 1992. ISBN 3-7003-0988-0 (vergriffen)
- Bd. 56 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1993. ISBN 3-7003-1011-0 (€ 42,44)
- Bd. 57 **Heinz Schäffer/Harald Stolzlechner** (Herausgeber), Reformbestrebungen im Österreichischen Bundesstaatssystem. 1993. ISBN 3-7003-1015-3 (€ 17,49)
- Bd. 58 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Raumordnung – eine europäische Herausforderung. 1994. ISBN 3-7003-1041-2 (€ 15,99)
- Bd. 59 **Gerhard Thurner**, Der Bundesstaat in der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzverteilung. 1994. ISBN 3-7003-1042-0 (€ 35,61)
- Bd. 60 **Michael Morass**, Regionale Interessen auf dem Weg in die Europäische Union. Strukturelle Entwicklung und Perspektiven der Interessenvermittlung österreichischer und deutscher Landesakteure im Rahmen der Europäischen Integration. 1994. ISBN 3-7003-1048-X (€ 37,79)
- Bd. 61 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Reform der föderalistischen Finanzordnung. 1994. ISBN 3-7003-1075-7 (€ 23,26)
- Bd. 62 **Karl Weber/Martin Schlag**, Sicherheitspolizei und Föderalismus. Eine Untersuchung über die Organisation der Sicherheitsverwaltung in Österreich. 1995. ISBN 3-7003-1082-X (€ 23,26)
- Bd. 63 **Peter Bußjäger**, Die Naturschutzkompetenzen der Länder. 1995. ISBN 3-7003-1084-6 (€ 23,26)
- Bd. 64 **Klaus Eisterer**, Die Schweiz als Partner. Zum eigenständigen Außenhandel der Bundesländer Vorarlberg und Tirol mit der Eidgenossenschaft 1945 – 1947. 1995. ISBN 3-7003-1116-8 (€ 13,08)
- Bd. 65 **Peter Pernthaler/Georg Lukasser/Irmgard Rath-Kathrein**, Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen. Drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes- und Landeskompetenzen im Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht. 1996. ISBN 3-7003-1135-4 (€ 20,35)
- Bd. 66 **Fritz Staudigl/Renate Fischler** (Herausgeber), Die Teilnahme der Bundesländer am europäischen Integrationsprozeß. 1996. ISBN 3-7003-1162-1 (€ 13,44)
- Bd. 67 **Karl Weber/Irmgard Rath-Kathrein** (Herausgeber), Neue Wege der Allgemeinen Staatslehre. 1996. ISBN 3-7003-1167-2 (€ 20,35)

- Bd. 68 **Peter Pernthaler**, Kammern im Bundesstaat. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Gesichtspunkte einer stärkeren Föderalisierung der Kammern in Österreich. 1996. ISBN 3-7003-1170-2 (€ 16,42)
- Bd. 69 **Fridolin Zanon**, Das 2. Verstaatlichungsgesetz 1947 im Lichte der europarechtlichen Entwicklung. 1996. ISBN 3-7003-1171-0 (€ 15,99)
- Bd. 70 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Bundesstaatsreform als Instrument der Verwaltungsreform und des europäischen Föderalismus. 1997. ISBN 3-7003-1190-7 (€ 31,83)
- Bd. 71 **Josef Unterlechner**, Die Mitwirkung der Länder am EU-Willensbildungs-Prozeß: Normen – Praxis – Wertung. 1997. ISBN 3-7003-1206-7 (vergriffen)
- Bd. 72 **Sigrid Buchsteiner**, Die Verpflichtung der Gebietskörperschaften zur Tragung ihres Aufwandes. Eine Analyse des bundesstaatlichen Kostentragungsgrundsatzes und der Kostenregelungskompetenz. 1998. ISBN 3-7003-1218-0 (€ 23,26)
- Bd. 73 **Peter Pernthaler/Nicoletta Bucher/Anna Gamper**, Bibliographie zum österreichischen Bundesstaat und Föderalismus 1998. ISBN 3-7003-1224-5 (€ 27,62)
- Bd. 74 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Das Recht des Wassers in nationaler und internationaler Perspektive. 1998. ISBN 3-7003-1226-1 (€ 27,62)
- Bd. 75 **Peter Bußjäger**, Die Organisationshoheit und Modernisierung der Landesverwaltungen. 1999. ISBN 3-7003-1261-X (€ 45,78)
- Bd. 76 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder. 1999. ISBN 3-7003-1209-3 (€ 27,62)
- Bd. 77 **Peter Pernthaler/Helmut Schreiner** (Herausgeber), Die Landesparlamente als Ausdruck der Identität der Länder. 2000. ISBN 3-7003-1320-9 (€ 21,66)
- Bd. 78 **Andreas Rosner**, Koordinationsinstrumente der österreichischen Länder. 2000. ISBN 3-7003-1321-7 (€ 40,70)
- Bd. 79 **Karl Weber/Magdalena Pöschl**, Die Haftung der Länder in der mittelbaren Bundesverwaltung. 2000. ISBN 3-7003-1326-8 (€ 20,35)
- Bd. 80 **Peter Bußjäger**, Die Zustimmungsrechte des Bundesrates. 2001. ISBN 3-7003-1357-8 (€ 20,35)
- Bd. 81 **Sigrid Lebitsch-Buchsteiner**, Die bundesstaatliche Rücksichtnahmepflicht. 2001. ISBN 3-7003-1358-6 (€ 18,89)
- Bd. 82 **Peter Bußjäger/Friedrich Lachmayer** (Herausgeber), Rechtsbereinigung und Landesrechtsdokumentation. 2001. ISBN 3-7003-1361-6 (€ 18,00)
- Bd. 83 **Peter Pernthaler/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Ökonomische Aspekte des Föderalismus. 2001. ISBN 3-7003-1369-1 (€ 21,00)
- Bd. 84 **Peter Bußjäger/Christoph Kleiser** (Herausgeber), Legistik und Gemeinschaftsrecht. 2001. ISBN 3-7003-1370-5 (€ 20,00)
- Bd. 85 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Vollzug von Bundesrecht durch die Länder. 2002. ISBN 3-7003-1401-9 (€ 26,00)
- Bd. 86 **Christian Ranacher**, Die Funktion des Bundes bei der Umsetzung des EU-Rechts durch die Länder. 2002. ISBN 3-7003-1420-5 (€ 49,90)

- Bd. 87 **Stefan Mayer**, Regionale Europapolitik. Die österreichischen Bundesländer und die europäische Integration. Institutionen, Interessendurchsetzung und Diskurs bis 1998. 2002. ISBN 3-7003-1396-9 (€ 47,90)
- Bd. 88 **Harald Stolzlechner**, Zur rechtlichen Behandlung von Sportanlagen. 2002. ISBN 3-7003-1425-6 (€ 10,90)
- Bd. 89 **Peter Bußjäger**, Katastrophenprävention und Katastrophenbekämpfung im Bundesstaat. 2003. ISBN 3-7003-1431-0 (vergriffen)
- Bd. 90 **Gernot Meirer**, Die Verbindungsstelle der Bundesländer oder Die gewerkschaftliche Organisation der Länder. 2003. ISBN 3-7003-1435-3 (€ 42,90)
- Bd. 91 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Moderner Staat und innovative Verwaltung. 2003. ISBN 3-7003-1445-0 (€ 21,00)
- Bd. 92 **Peter Bußjäger/Anna Gamper** (editors), The Homogeneity of Democracy, Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems. 2003. ISBN 3-7003-1453-1 (€ 24,90)
- Bd. 93 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens. 2004. ISBN 3-7003-1486-8 (€ 13,90)
- Bd. 94 **Peter Bußjäger/Jürgen Weiss** (Herausgeber), Die Zukunft der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung. 2004. ISBN 3-7003-1487-6 (€ 20,90)
- Bd. 95 **Helmut Kramer**, Ökonomische Aspekte der Bundesstaatsreform. 2004. ISBN 3-7003-1491-4 (vergriffen)
- Bd. 96 **Peter Bußjäger/Rudolf Hrbek** (Herausgeber), Projekte der Föderalismusreform – Österreich-Konvent und Föderalismuskommission im Vergleich. 2005. ISBN 3-7003-1528-3 (vergriffen)
- Bd. 97 **Ulrich Willi**, Die Bundesverfassungskonformität der Vorarlberger „Volksgesetzgebung“, 2005. ISBN 3-7003-1563-5 (€ 22,90)
- Bd. 98 **Anna Gamper/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union. La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea. 2006. ISBN 3-7003-1580-5 (€ 32,90)
- Bd. 99 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Finanzausgleich und Finanzverfassung auf dem Prüfstand. 2006. ISBN 3-7003-1589-9 (€ 20,90)
- Bd. 100 **Peter Bußjäger**, Homogenität und Differenz – Grundlegung einer Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich vor dem Hintergrund der Europäischen Union. 2006. ISBN 3-7003-1595-3 (€ 32,90)
- Bd. 101 **Werner Schroeder/Karl Weber**, Die Kompetenzrechtsreform. Aus österreichischer und europäischer Perspektive. 2006. ISBN 3-7003-1608-9 (€ 29,90)
- Bd. 102 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Katastrophenschutz als Aufgabe und Verantwortung im Bundesstaat. 2007. ISBN 978-3-7003-1631-2 (€ 22,90)
- Bd. 103 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Beiträge zum Länderparlamentarismus. Zur Arbeit der Landtage. 2007. ISBN 978-3-7003-1632-9 (€ 27,90)
- Bd. 104 **Gerhard Lehner**, Länderausgaben. Tendenzen in wichtigen Aufgabenbereichen. 2007. ISBN 978-3-7003-1653-4 (€ 19,90)

- Bd. 105 **Peter Bußjäger/Stefan Hammer** (Herausgeber), Außenbeziehungen der Länder im Bundesstaat. 2007. ISBN 978-3-7003-1668-8 (€ 22,90)
- Bd. 106 **Peter Bußjäger/Felix Knüpling** (Herausgeber), Können Verfassungsreformen gelingen? 2008. ISBN 978-3-7003-1671-8 (€ 32,90)
- Bd. 107 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Sozialkapital, regionale Identität und Föderalismus. 2008. ISBN 978-3-7003-1675-6 (€ 22,90)
- Bd. 108 **Astrid Berger**, Netzwerk Raumplanung – im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung. 2008. ISBN 978-3-7003-1685-5 (€ 32,90)
- Bd. 109 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Die Zukunft der parlamentarischen Kontrolle. 2009. ISBN 978-3-7003-1708-1 (€ 26,90)
- Bd. 110 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung. 2009. ISBN 978-3-7003-1738-8 (24,90)
- Bd. 111 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Kooperativer Föderalismus in Österreich. Beiträge zur Verflechtung von Bund und Ländern. 2010. ISBN 978-3-7003-1748-7 (€ 27,90)
- Bd. 112 **Andreas Rosner/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Im Dienste der Länder – im Interesse des Gesamtstaates. Festschrift 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer. 2011. ISBN 978-3-7003-1787-6 (€ 49,90)
- Bd. 113 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Esther Happacher/Jens Woelk** (Herausgeber), Der Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (ETVZ): Neue Chancen für die Europaregion Tirol-Südtirol-Trentino. 2011. ISBN 978-3-7003-1811-8 (€ 26,90)
- Bd. 114 **Martin C. Wittmann**, Der Senat der Italienischen Republik und der Bundesrat der Republik Österreich. Ein rechts- und politikwissenschaftlicher Vergleich. 2012. ISBN 978-3-7003-1831-6 (€ 58,00)
- Bd. 115 **Peter Bußjäger/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Gemeindekooperationen. Chancen nutzen – Potenziale erschließen. 2012. ISBN 978-3-7003-1852-1 (€ 20,00)
- Bd. 116 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Multi-Level-Governance im Alpenraum – Die Praxis der Zusammenarbeit im Mehrebenensystem. 2013. ISBN 978-3-7003-1853-8 (€ 32,00)
- Bd. 117 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Die neuen Landesverwaltungsgerichte. Grundlagen – Organisation – Verfahren. 2013. ISBN 978-3-7003-1879-8

SCHRIFTENREIHE VERWALTUNGSRECHT

- Bd. 1 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht I. Das Recht der Grundzusammenlegung, Flurbereinigung und des landwirtschaftlichen Siedlungsverfahrens. 1989. ISBN 3-7003-0809-4 (€ 26,16)
- Bd. 2 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht II. Das Recht der Einforstungsrechte (Wald- und Weideservituten) und der agrargemeinschaftlichen Grundstücke. 1991. ISBN 3-7003-0922-8 (vergriffen)
- Bd. 3 **Peter Pernthaler/Evelyn Maria Stefani**, Der autonome Sektor der Sozialpolitik in Vorarlberg. Modell einer Entwicklung des Sozialstaates auf der Grundlage von Subsidiarität und Solidarität. 1990. ISBN 3-7003-0860-4 (€ 19,62)
- Bd. 4 **Günter Reimeir**, Rechtsprobleme der Planung von Einkaufszentren. 1992. ISBN 3-7003-0950-3 (€ 26,16)
- Bd. 5 **Helmut Schwamberger/Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht III. Bringungsrechte. 1993. ISBN 3-7003-0995-3 (€ 21,08)
- Bd. 6 **Eugen Kanonier**, Rechtliche Aspekte der Wegefreiheit im Bergland. 1997. ISBN 3-7003-1209-1 (€ 28,34)
- Bd. 7 **Harald Kraft**, Das Vorarlberger Abgabenrecht. Praxiskommentar.
Teil I: Abgabenverfahrensrecht. 2001. ISBN 3-7003-1383-7.
Harald Kraft, Das Vorarlberger Abgabenrecht. Praxiskommentar.
Teil II: Materielles Abgabenrecht. 2001. ISBN 3-7003-1384-5 (€ 58,--)
- Bd. 8 **Klaus Heißenberger**, Das NÖ Landesgesetzblatt – Ein Modell für eine Konsolidierung von Rechtsvorschriften. 2005. ISBN 3-7003-1537-6 (€ 39,90)
- Bd. 9 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Verwaltungsmodernisierung in den Ländern 2000-2010 – Prozesse und Resultate. 2011. ISBN 978-3-7003-1789-0 (€ 26,90)

SCHRIFTENREIHE POLITISCHE BILDUNG

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Föderalismus – Bundesstaat – Europäische Union. 25 Grundsätze. 2000. ISBN 3-7003-1324-1 (€ 10,76)
- Bd. 2 **Peter Bundschuh**, Vergleichende Untersuchung der Organisation und Funktion der 2. Kammer im föderalen System. 2000. ISBN 3-7003-1327-6 (€ 10,76)
- Bd. 3 **Peter Bußjäger**, Föderale und konföderale Systeme im Vergleich: Basisdaten und Grundstrukturen. 2003. ISBN 3-7003-1469-8 (€ 9,90)
- Bd. 4 **Anna Gamper**, Legislative and Executive Governance in Austria. 2004. ISBN 3-7003-1504-X (vergriffen)
- Bd. 5 **Peter Bußjäger/Andreas Rosner**, Mitwirken und Mitgestalten – Europa und die österreichischen Länder. 2005. ISBN 3-7003-1564-3, 978-3-7003-1564-3 (€ 12,90)
- Bd. 6 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), 60 Jahre Länderkonferenzen 1945 – Die Länder und die Wiederbegründung der Republik. 2006. ISBN 3-7003-1582-1, 978-3-7003-1582-7 (€ 12,90)
- Bd. 7 **Peter Bußjäger/Ferdinand Karlhofer/Günther Pallaver** (Herausgeber), Die Besten im Westen? Die westlichen Bundesländer und ihre Rolle seit 1945. 2008. ISBN 978-3-7003-1703-6 (€ 16,90)
- Bd. 8 **Peter Bußjäger/Günther Pallaver/Ferdinand Karlhofer**, Föderalistisches Bewusstsein in Österreich. Regionale Identitätsbildung und Einstellung der Bevölkerung zum Föderalismus. 2010. ISBN 978-3-7003-1751-7 (€ 9,90)

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS

6020 Innsbruck, Maria-Theresien-Straße 38b

Tel. +43 / 512 / 574594, e-mail: institut@foederalismus.at

www.foederalismus.at

Direktor: Univ.-Doz. Dr. Peter BUSSJÄGER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Dr. Eduard PESENDORFER, Oberösterreich

Landtagsdirektor Mag. Dr. Wolfgang STEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor-Stellvertreter Dr. Peter SONNBERGER, Oberösterreich

Hofrat Dr. Gerald GRABENSTEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor Dr. Josef LIENER, Tirol

Landesamtsdirektor-Stellvertreter Dr. Dietmar SCHENNACH, Tirol

Dr. Christian RANACHER, Tirol

Landtagsdirektor Dr. Thomas HOFBAUER, Tirol

Landesamtsdirektor Dr. Günther EBERLE, Vorarlberg

Dr. Matthias GERMANN, Vorarlberg

Landtagsdirektorin Dr. Borghild GOLDGRUBER-REINER, Vorarlberg

Dr. Harald SCHNEIDER, Vorarlberg

Das Institut für Föderalismus ist eine Einrichtung der Länder Tirol, Vorarlberg und Oberösterreich. Es befasst sich mit der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiet des Föderalismus, darüber hinaus will es die Verbreitung und Pflege der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung fördern.

Zur Erreichung dieser Ziele gibt das Institut eine Schriftenreihe für wissenschaftliche Veröffentlichungen, einen alljährlichen Bericht über den Föderalismus in Österreich sowie eine periodisch erscheinende Föderalismus-Info heraus, veranstaltet Fachtagungen und unterhält eine Dokumentation zum Thema Föderalismus.