

Peter Bußjäger/Anna Gamper
Christian Ranacher (Hg.)


new academic press

Landesverwaltungs- gerichtsbarkeit

Funktionsbedingungen und
internationaler Vergleich

123. Schriftenreihe

Institut für Föderalismus



Peter Bußjäger/Anna Gamper
Christian Ranacher (Hg.)

Landesverwaltungs- gerichtsbarkeit

Funktionsbedingungen und
internationaler Vergleich

Institut für Föderalismus - Schriftenreihe
Band 123

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



Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck

**Landesverwaltungsgerichtsbarkeit:
Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich**

herausgegeben von
Peter Bußjäger / Anna Gamper / Christian Ranacher



new academic press

Zitiervorschlag: *Autor* [Titel], in: Bußjäger/Camper/Ranacher (Hg),
Landesverwaltungsgerichtsbarkeit (2017) [Seite]

Bibliographische Information der deutschen Bibliothek

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

© 2017 by new academic press, Wien
www.newacademicpress.at

ISBN: 978-3-7003-2050-0

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

Vorwort

Die am 13. Oktober 2016 in Innsbruck abgehaltene Tagung „Landesverwaltungsgerichtsbarkeit: Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich“ zog eine Zwischenbilanz über den mit der Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich im Jahre 2014 vollzogenen Systemwechsel hin zu einem justizförmigen Verwaltungsrechtsschutz. Die Auswirkungen der neuen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit auf das Verhältnis von Verwaltung und Gerichtsbarkeit und die neue Rolle des Verwaltungsgerichtshofes wurden dabei ebenso untersucht wie die Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland, Italien und der Schweiz aus rechtsvergleichender Perspektive.

Der vorliegende Band vereinigt alle im Rahmen dieser von der Euroregionalen Vereinigung für vergleichendes öffentliches Recht und Europarecht, dem Institut für Föderalismus und dem EVTZ Europa-region Tirol – Südtirol – Trentino veranstalteten Tagung gehaltenen Referate.

Die Gliederung folgt dem Tagungsablauf. In einem ersten Teil werden in einer Reihe von Beiträgen Fragen der Zuständigkeit und des Rollenverständnisses behandelt:

Wolfgang Steiner, Leiter der Direktion Verfassungsdienst des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung und Landtagsdirektor von Oberösterreich, behandelt die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus Sicht der Verwaltung. Der Beitrag zeigt auf, dass es eine wichtige Aufgabe der Fachstellen in den Ämtern der Landesregierungen ist, die belangte Behörde, das ist typischerweise die Bezirksverwaltungsbehörde, auf eine aktive Funktion im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorzubereiten.

Patrick Segalla, Präsident des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich, betrachtet die belangte Behörde aus Sicht der Verwaltungsgerichte und stellt dar, dass diese Rolle aktiv dazu genutzt werden kann, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstützen und die der Behörde auferlegten öffentlichen Interessen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu vertreten

Der Verwaltungsgerichtshof als Höchstgericht in der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Thema von *Meinrad Handstanger*, Richter des Verwaltungsgerichtshofes, der sich mit der veränderten Rolle des Verwaltungsgerichtshofes, der nunmehr auch reformatorisch

entscheiden kann, befasst. Dabei werden auch die neuen Zugangsbeschränkungen zum Verwaltungsgerichtshof untersucht.

Die Schaffung einer Landes- und Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit wirft verschiedene Abgrenzungsfragen auf, die nicht zuletzt auch einer hochkomplexen Kompetenzverteilung nicht nur im legislativen, sondern auch im exekutiven Bereich geschuldet sind. Diesen widmet sich *Harald Eberhard*, Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien, in seinem Beitrag. Der Autor geht dabei auf zahlreiche Problemkonstellationen ein, die zum Teil auch schon in aktuelle Rechtsprechung eingeflossen sind.

Der zweite Abschnitt ist aktuellen Problemstellungen im neuen Verfahrensrecht gewidmet:

Gerhard Baumgartner, Professor an der Universität Klagenfurt, setzt sich mit der Sachentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte vor dem Hintergrund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auseinander. Die vor der Einführung der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit jahrzehntelang umstrittene Frage der Entscheidungsbefugnis ist nunmehr zwar geklärt, aber in einer durchaus komplexen Weise geregelt. Der Beitrag zeigt die verschiedenen Varianten eindrucklich auf.

Dem differenzierten Rechtskraftverständnis im neuen System der Verwaltungsgerichtsbarkeit widmet sich *Stefan Storr*, Professor an der Universität Graz. Der Autor zeigt auf, welche Metamorphosen das Institut der Rechtskraft durch die neue reformatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit erfahren hat. Er stellt auch aus rechtstheoretischer Perspektive dar, welche Konsequenzen es hat, wenn ein Gericht Bescheide von Verwaltungsbehörden abändert.

Die Thematik der verfahrensrechtlichen Problemstellungen wird mit dem Beitrag von *Nikolaus Brandtner*, Präsident des Landesverwaltungsgerichts Vorarlberg, abgeschlossen. *Brandtner* befasst sich mit Bewährung und Reformbedarf im verwaltungsgerichtlichen Verfahrensrecht. Sein grundsätzlich positives Resümee scheint typisch für die Gesamtbewertung der Reform: Das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) bildet eine solide Grundlage, die in einzelnen Punkten verbesserungsfähig sein mag, aber sich im Grundsatz bewährt.

Der dritte Abschnitt widmet sich einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Funktionsbedingungen regionaler Verwaltungsgerichtsbarkeit:

Veith Mehde, Professor an der Universität Hannover, beleuchtet die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese ist im Gegensatz zu Österreich sogar dreistufig organisiert. Dabei sind die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben weniger kasuistisch und lassen den Ländern wesentlich mehr Spielraum.

Es überrascht nicht, dass dieser Befund auch auf die Schweiz zutrifft. Die Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes auf Kantons-ebene stellt *Daniela Thurnherr*, Professorin an der Universität Basel, dar. Die Kantone genießen vor allem in der Organisation des Verwaltungsrechtsschutzes große Freiräume, was auch zu entsprechend differenzierten Rechtsschutzsystemen führt.

Den Abschluss bildet der Beitrag von *Aldo Travi*, Professor an der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien ist zwar dezentral organisiert, doch unterfallen die regionalen Verwaltungsgerichte einer zentralstaatlichen Zuständigkeit. Sonderbestimmungen bestehen für Sizilien und Trentino-Südtirol.

Die Herausgeberin und die Herausgeber bedanken sich bei allen Mitwirkenden der Tagung für ihre gehaltvollen Referate und die zeitnahe Ausarbeitung ihrer Beiträge. Besonderer Dank gilt *Matthias Fink* vom Büro des EVTZ Europaregion Tirol – Südtirol – Trentino für die Unterstützung dieser Tagung, der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck sowie der Tiroler Juristischen Gesellschaft.

Für die Unterstützung bei der Drucklegung sei *Christoph Schramek* und *Claudia Zung* vom Institut für Föderalismus herzlichst gedankt.

Innsbruck, im April 2017

Peter Bußjäger
Anna Gamper
Christian Ranacher

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX

Zuständigkeiten und Rollenverständnis

Wolfgang Steiner

Die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus Sicht der Verwaltung	3
---	---

Patrick Segalla

Die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus Sicht des Verwaltungsgerichtes	17
---	----

Meinrad Handstanger

Der Verwaltungsgerichtshof als Höchstgericht in der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit	29
--	----

Harald Eberhard

Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bundesverwaltungs- gericht und Landesverwaltungsgerichten und die Kompetenz- gerichtsbarkeit des Verwaltungsgerichtshofes	43
---	----

Aktuelle Problemstellungen im neuen Verfahrensrecht

Gerhard Baumgartner

Die Sachentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte vor dem Hintergrund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung	65
--	----

Stefan Storr

Differenziertes Rechtskraftverständnis im neuen System der Verwaltungsgerichtsbarkeit	85
--	----

Nikolaus Brandtner

Das verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht: Bewährung und Reformbedarf	105
--	-----

Funktionsbedingungen regionaler Verwaltungsgerichtsbarkeit in ausgewählten Nachbarstaaten Österreichs

Veith Mehde

Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland 119

Daniela Thurnherr

Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz 139

Aldo Travi

Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien 161

Verzeichnis der Autoren 171

Zuständigkeiten und Rollenverständnis

Die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus Sicht der Verwaltung¹

I. Einführung

Der folgende Beitrag versucht einen Überblick über die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus Sicht der Verwaltung sowie der damit zusammenhängenden ausgewählten praktischen Fragen zu geben. Ziel ist nicht eine detaillierte und vollständige Darstellung der Rechtsgrundlagen und Judikatur über die Möglichkeiten der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren,² sondern ein Aufzeigen von auch faktischen Rahmenbedingungen und Punkten, die – aus der Sicht meiner Erfahrungen und Praxis – zu beachten sind.

Vorbemerkungen:

- Mit Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012³ kamen einige Behörden (zT erstmals) in die Situation, dass die von ihnen erlassenen Bescheide einer unmittelbar nachfolgenden gerichtlichen Überprüfung unterlagen bzw unterliegen. Vor allem für Behörden aus dem Bereich der kommunalen Selbstverwaltung und außerhalb des Kernbereichs der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung (wie zB Kammern und Sozialversicherungsträgern) war und ist das mit gewissen Herausforderungen verbunden.

1 Überarbeitete Fassung des Vortrags bei der Tagung „Landesverwaltungsgerichtsbarkeit: Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich“ am 13. Oktober 2016 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck. Der Vortragsstil wurde beibehalten; die Ausführungen wurden lediglich geringfügig um Anmerkungen erweitert. Der Verfasser dankt Mag. Dr. *Sonja Neudorfer* und *Klara Babler* für ihre wertvolle Mitarbeit. Die Druckversion des Beitrags wurde mit 15. Dezember 2016 abgeschlossen.

2 Zum Verfahren aus rechtlicher Sicht siehe etwa *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in: *Fischer/Pabel/Raschauer* (Hg), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (2014) 379 ff oder *Fischer/Steiner*, *Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*, in: *Bergthaler/Grabenwarter* (Hg), *Musterhandbuch Öffentliches Recht* (2014).

3 BGBl I 51/2012.

- Die Verwaltungsgerichte werden aufgrund der (idR) Zuständigkeit der Einzelrichter⁴ mit ihren je unterschiedlichen persönlichen Formen und Kulturen der Verfahrensführung (und trotz der in den Organisationsgesetzen regelmäßig dem Präsidenten übertragenen Obliegenheit zur Sicherstellung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung⁵) von den Behörden meist nicht als „einheitliches Gericht“ wahrgenommen, sodass es auch insoweit zu „Einstellungsschwierigkeiten“ kommt.
- Auf der anderen Seite werden die Verfahren auf Behördenseite aufgrund der auch dort bestehenden sachlichen Spezialisierung und Arbeitsteilung von unterschiedlichen Bearbeitern geführt (nämlich idR von jenen, die das behördliche Verfahren geführt haben), sodass auch hier ein einheitliches Auftreten nicht gesichert ist. Auch aus der Sicht der Gerichte können sich daher mehrere Verfahren mit *einer* belangten Behörde sehr unterschiedlich darstellen.
- Wenn hier die „Sicht der Verwaltung“ angesprochen werden soll, so sind jedenfalls zwei Ebenen zu unterscheiden: Einerseits die Sicht der belangten Behörde an sich und andererseits die Sicht einer allenfalls bestehenden Ober- bzw sogar auch Aufsichtsbehörde. Für diese steht vielleicht gar nicht der Einzelfall so sehr im Vordergrund, als vielmehr generelle und strukturelle Fragen, die etwa zu Gesetzesänderungen oder Amtsrevisionen Anlass geben.

II. Die Rolle der belangten Behörde

Die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist im Prinzip klar: Ihr ist die bestmögliche Verteidigung des angefochtenen Verwaltungsakts, im Hauptfall der Bescheidbeschwerde also des erlassenen Bescheids, aufgetragen, allenfalls schon in der (verbesserten) Fassung einer Beschwerdeentscheidung.

Auf allfällige Besonderheiten der anderen Verfahrensarten kann hier nicht weiter eingegangen werden; hinzuweisen ist lediglich darauf, dass vor allem in Maßnahmenbeschwerdeverfahren Besonderheiten zu beachten sind.

4 Personenbezogene Bezeichnungen in diesem Beitrag umfassen – auch dort, wo dies aus Gründen der leichteren Lesbarkeit und Kürze oder, weil es sich um ein Originalzitat handelt, nicht ausdrücklich angeführt ist – jeweils Frauen und Männer gleichermaßen.

5 ZB § 4 Abs 4 und § 17 Abs 3 Oö LVwGG.

Aus der Umschreibung „Verteidigung“ folgt der Umstand, die Rolle grundsätzlich eher als eine „defensive“ anzulegen. Wie aus dem Kulturbereich bekannt, ist die konkrete Gestaltung der Rolle aber jeweils auch von anderen Akteuren wie etwa „Regisseuren“, anderen „Mitwirkenden“ oder dem „Publikum“ abhängig – also etwa der Frage: Gibt es eine öffentliche mündliche Verhandlung oder nicht. Ein weiterer Faktor ist auch, wie der jeweilige für die belangte Behörde in der Verhandlung handelnde Organwalter die Rolle in der konkreten Situation „anlegt“.

Für das gesamte verwaltungsgerichtliche Verfahren ist zu betonen, dass dessen rechtsrichtiger Ablauf auch im Interesse der belangten Behörde gelegen ist, um deren aktuelle Entscheidung bzw Verhalten und Verfahren bei zukünftigen Entscheidungen es materiell idR geht.

Wesentlich ist, sich mit den damit in einer ersten Runde grob skizzierten Phänomenen auseinanderzusetzen und sich mit ihnen vertraut zu machen. Dazu werden in den weiteren Ausführungen ein paar Hinweise gegeben.

A) *Oberösterreichischer Leitfaden*

Für Oberösterreich wurde versucht, die Fragen für die Behörden im Verantwortungsbereich des Landes in einer Richtlinie zusammenzufassen, die mit allen Beteiligten – einschließlich der Interessenvertretungen der Gemeinden und des Landesverwaltungsgerichts – erstellt wurde. Sie befasst sich möglichst konkret mit den sich stellenden Themen, enthält Klarstellungen bzw Festlegungen zu einigen Bereichen und sogar entsprechende Mustervorlagen. Der Leitfaden wird ständig evaluiert und hat sich sehr bewährt.

B) *Rollenwechsel der Verwaltung*

Schon aus der grundsätzlichen Gerichtskonstruktion, in welcher – anders als im behördlichen Verfahren – der Beschwerdeführer und die belangte Behörde gleichrangige Positionen vor dem erkennenden Gericht innehaben, ist der Rollenwechsel ganz plakativ ersichtlich.

Dieser Rollenwechsel ist daher auch das zentrale Thema aus der Sicht der belangten Behörde selbst: Im behördlichen Verfahren führt die Behörde das Verfahren; sie gestaltet aktiv. Sie hat dabei nach dem AVG von Amts wegen vorzugehen und den Gang des Ermittlungsver-

fahrens zu bestimmen, wobei sie sich bei allen Verfahrensarrordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen hat.⁶

Aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht und aus jener des Verwaltungsmanagements ist interessant, dass dabei vor dem Hintergrund wirkungsorientierter Ansätze und Governance-Forderungen auch in hoheitlichen Verfahren zunehmend Aspekte und Methoden der Kundenorientierung eingesetzt werden, die mitunter gegenläufig zu der von der Behörde dann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zugeordneten Rolle stehen. Mit anderen Worten: Eine im behördlichen Verfahren allzu sehr um „Vermittlung“ und „Ausgleich“ bemühte Behörde könnte sich damit im gerichtlichen Verfahren einen Vorwurf der Parteilichkeit oder mangelnden Durchsetzungskraft einhandeln. Gerade im typischen Mehrparteienverfahren sind die Interessen der Parteien des behördlichen Verfahrens uU ja auch divergent und ist in diesem Verfahrensstadium noch nicht klar, auf welcher Seite die Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dann steht oder, ob es sogar mehrere Beschwerdeführer mit durchaus unterschiedlichen Interessenslagen gibt, die den Bescheid bekämpfen, wenngleich auch aus verschiedenen Gründen.

Im gerichtlichen Vorverfahren führt die belangte Behörde das Verfahren allerdings nicht mehr allein im eigenen Interesse, sondern auch in einer Funktion, die das Verwaltungsgericht unterstützen soll.

Mit der Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht endet die aktive verfahrensführende Rolle der belangten Behörde. Sie wird zur Partei des gerichtlichen Verfahrens.⁷

C) *Eckpunkte der Rolle*

Die Eckpunkte dieser Rolle bilden zunächst die (verfassungs-)gesetzlichen Rahmenbedingungen einschließlich des konkreten Verhältnisses zum zuständigen Gericht: Gerade hat die Behörde noch für das Verwaltungsgericht Verfahrensschritte im Vorverfahren gesetzt und Fakten beurteilt, jetzt könnte plötzlich jeder für die übrigen Parteien intransparente Kontakt zwischen Behörde und Gericht schädlich sein.

Die konkrete Verfahrenssituation ist dabei ganz wesentlich auch von den handelnden Personen auf allen Seiten geprägt. Dabei sind die

6 § 39 Abs 2 AVG.

7 § 18 VwGVG.

Motivation und Erwartungen sowie die Unsicherheit über den Ablauf und das Ergebnis nicht zu unterschätzende Faktoren. Quasi „hinter“ dem Bearbeiter der Behörde stehen dabei mitunter (uU auch im Weisungszusammenhang legitimer Weise transportierte) Erwartungen von Vorgesetzten, von Oberbehörden bis hin zur politisch verantwortlichen Ebene.

In Fällen von besonderem „öffentlichen Interesse“ kommen dabei noch die Erwartungen, Beobachtungen und die Kritik der Öffentlichkeit und der Medien hinzu.

Schon aus diesen wenigen Punkten wird klar, dass sich die belangte Behörde auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in einer besonderen organisatorischen und vor allem kommunikationstechnischen Situation wiederfindet.

Einen weiteren wesentlichen zu beachtenden Faktor stellt die Frage nach der mehr oder minder gegebenen Erfahrung des Bearbeiters der belangten Behörde in verwaltungsgerichtlichen Verfahren dar. Je nach Materie und Behörde kann es schon vorkommen, dass hier extreme Routine und Erfahrung auf Seiten des Gerichts und womöglich auch auf Seiten der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers in einer – wenn überhaupt – punktuellen Vorerfahrung auf Seiten der belangten Behörde gegenüberstehen. Das sollte den Verantwortlichen in den Behörden jedenfalls bewusst sein.

D) Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die belangte Behörde ist – abgesehen von wenigen Ausnahmen – der allenfalls im Rahmen einer Beschwerdeverentscheidung verbesserte „beste Bescheid der Welt“, der aufgrund eines – aus ihrer Sicht unzweifelhaft – einwandfrei abgeführten Verfahrens von ihr erlassen wurde und den es zu verteidigen gilt.

Für die belangte Behörde bedeutet das – uU nicht wirklich nachvollziehbare, aus ihrer Sicht ja unbegründete – Rechtsmittel einen gewissen Mehraufwand. Je nach Persönlichkeit und persönlichem Zugang kann ein Rechtsmittel als sportliche Herausforderung oder persönliche Beleidigung oder gar Niederlage angesehen werden.

Auch in dieser Hinsicht gilt es, die betroffenen Bearbeiter entsprechend vorzubereiten und professionell zu schulen, uU sogar eine Art Supervisionsmöglichkeit anzubieten. Gerade auch im – oben schon angesprochenen – Verhältnis zum Gericht und zu den Parteienver-

tretern, die diese Dinge gezielt in ihrer Ausbildung und der ständigen Praxis mitbekommen, werden diese Aspekte mitunter bei Behörden immer noch unterschätzt. Dies gilt gerade auch für Kommunikationstechniken und die Technik der Verhandlungsführung. Es gibt immer wieder fachlich hervorragende Bearbeiter von Behörden, die nicht in der Lage sind, diese Kenntnisse in der Verhandlungssituation unter Beweis zu stellen, weil sie der Situation einfach methodisch nicht gewachsen sind.

In diesem Sinn sollte die belangte Behörde auch die Möglichkeit nutzen, zu den öffentlichen mündlichen Verhandlungen auch Bearbeiter zu Schulungszwecken mitzunehmen, um so – außerhalb eines sie betreffenden Ernstfalls – die Abläufe und das Gericht selbst kennen zu lernen. Auch im Rahmen der Aus- und Fortbildung sollten Besuche von Verhandlungen obligatorisch sein. Wir praktizieren das etwa in Oberösterreich regelmäßig bei entsprechenden Trainings mit Kollegen aus dem eigenen Haus, aber auch aus dem kommunalen Bereich und selbstverständlich auch mit den Studierenden, wo an der Johannes Kepler Universität Linz im Studiengang Öffentliche Verwaltung ein Schwerpunkt auch auf die Vermittlung von Fertigkeiten im Bereich Kommunikation, Argumentation und Verfahrensführung gelegt wird.

Außerdem wird versucht, potenziellen Irritationen dadurch zu begegnen, dass den Sachbearbeitern Hilfe und Feedback in einer strukturiert abgestuften Form (unmittelbar Vorgesetzte – Dienststellenleitung – Direktion Verfassungsdienst) angeboten werden.

E) *Kommunikation*

Mit der Stellung als Partei ergibt sich für die belangte Behörde ein Bündel von Kommunikationserfordernissen. Abgesehen davon, dass für das gesamte Gefüge ein Umgang auf sachlicher Basis und „gleicher Augenhöhe“ gelten sollte, steht fest, dass im Verhältnis zum Gericht letztlich dieses die Kommunikationshoheit hat. Dies beginnt etwa bei der Frage der mündlichen Kommunikation mit dem Richter oder dem Mitarbeiter der Geschäftsstelle des Gerichts, geht über die Sitzordnung und die Anrede in der Verhandlung bis zu sonstigen „Übungen und Gepflogenheiten“ und die genaue Einhaltung von Formalitäten. Sofern diese Punkte – eben aus der Erfahrung – für die jeweilige Situation nicht bekannt sind, muss die Vertretung der belangten Behörde sehr flexibel mit diesen Fragen umgehen und sich rasch auf die Verhältnisse einstellen können.

Aus der Sicht der belangten Behörde sollte es dazu insbesondere in der öffentlichen mündlichen Verhandlung klare Positionen oder Signale der Vorsitzführung geben bzw sollte diese Verständnis für die insofern durchaus „schwierige“ Situation der belangten Behörde aufbringen.

Wichtig scheint auch, dass die belangte Behörde von sich aus das Gericht auch über Tatsachen informiert, die uU über den konkreten Beschwerdefall hinaus wichtig sind. Unter dem – schon zu Zeiten des Unabhängigen Verwaltungssenats Oberösterreich dort geprägten und eingeführten – Begriff „Vorausschauendes Verfahrensmanagement“⁸ wären das etwa Hinweise auf Annexsachen, also Verfahren, die in irgendeiner Weise mit dem konkreten Beschwerdefall zusammenhängen und entweder schon bei Gericht anhängig sind oder potenziell kommen könnten. Solche Zusammenhänge, die eben für das Gericht mitunter nicht erkennbar sind, können sich insbesondere auf personeller Ebene (zB mehrere Delikte eines Beschwerdeführers), auf Sachverhaltsebene (eine Anlage braucht Genehmigungen nach verschiedenen Materien) oder auch bei gleichen Rechtsfragen (die in mehreren Fällen zu klären sind) ergeben. Auch für Information im Hinblick auf den Massenansturm von Rechtssachen, die uU den Einsatz der „Pilotfall“-Regelung des § 34 Abs 3 VwGVG erfordern könnten, ist das Verwaltungsgericht sicher dankbar.⁹

Im Verhältnis zum Beschwerdeführer und dessen Vertretung besteht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – anders als im vorgelegerten behördlichen Verfahren – für die belangte Behörde eine völlige Gleichordnung und „Waffengleichheit“.

Aufgabe der belangten Behörde ist im Speziellen die Weitergabe der Informationen innerhalb der Behördenorganisation. Die Gestaltung bzw Regelung dieses Wissensmanagements fällt auch in den Bereich der Oberbehörden bzw kann oder sollte – etwa für den kommunalen Bereich – auch von den Interessenvertretungen der Gemeinden (Art 115 Abs 3 B-VG) und gegebenenfalls den zentralen Einrichtungen der Selbstverwaltung (etwa dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger) koordiniert werden.

8 Vgl Steiner, Die UVS als Impulsgeber für die Rechtsentwicklung, in: Fachbereich Öffentliches Recht der JKU Linz (Hg), 20 Jahre UVS (2011) 187 (199).

9 Vgl in diesem Zusammenhang etwa auf der Ebene des VfGH das Erkenntnis E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016 vom 15. Oktober 2016 und die in diesem Verfahren gemäß § 86a VfGG ergangene Kundmachung des Bundeskanzlers BGBl I 57/2016.

F) Aktenvorlage

Die Rolle der belangten Behörde wird dann einerseits gut erfüllt und andererseits respektiert werden, wenn sie professionell auftritt. Dazu gehört auch eine optimale Aktenführung und -vorlage, die alle für das Gericht notwendigen Informationen entsprechend aufbereitet enthält. Zusatzinformationen für das Gericht können in der Form bzw. im Rahmen einer Gegenschrift, Äußerung, sonstiger Mitteilungen oder Hinweise erfolgen. Formal wesentliche Schritte sind auch formal ordnungsgemäß und mit der nötigen Klarheit zu setzen.¹⁰

Den Aufforderungen und Aufträgen des Gerichts ist genau und zeitgerecht zu entsprechen bzw. nachzukommen.

Für die belangte Behörde ist die Sache eigentlich ganz einfach: Sie sollte sich so verhalten, wie sie es sich vorstellt, dass sich eine Partei in einem von ihr geführten Verfahren verhält.

G) Mündliche Verhandlung

Bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung als „Höhepunkt“ des gerichtlichen Verfahrens stellen sich eine ganze Reihe interessanter Fragen, die für die konkrete Rolle der belangten Behörde prägend sein können.

Auf die Frage der Motivation für die Vertretung wurde schon kurz hingewiesen. In der Praxis sollte vor dem Hintergrund einer ausreichenden Professionalisierung dieses zentralen Verfahrensschritts für die belangte Behörde durchaus auch die Frage der Spezialisierung der Vertretung (etwa eine Art „Generalprokuratur“ der Länder für Verfahren vor den Verwaltungsgerichten) geprüft werden. Sind mehrere Personen für die Vertretung der belangten Behörde nötig, sollten jedenfalls deren Rollen klar abgesprochen sein, damit sichergestellt ist, dass diese sprichwörtlich „mit einer Stimme“ spricht.

Überlegt werden sollte auch das Verhältnis zu den übrigen Parteien, insbesondere im Mehrparteienverfahren können sich hier ja auch mit anderen Parteien Koalitionen ergeben oder könnten Argumente vorweg ausgetauscht werden. Auch das ohnehin schon verfahrensrechtlich kritische Verhältnis zu Sachverständigen und Zeugen sollte durchdacht werden.

¹⁰ Etwa ein Widerspruch nach § 28 Abs 3 VwGVG.

Wie schon gezeigt, hängt die Ausgestaltung der Rolle der belangten Behörde auch vom Umfeld und den sonstigen Akteuren ab. Für alle Beteiligten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gilt als Basis die gegenseitige Wertschätzung und die damit verbundene positive Grundeinstellung unter Respekt der uU sachlich völlig gegenläufigen Rollen. Personen, die die Sache nicht von den handelnden bzw sie vertretenden Personen unterscheiden können, disqualifizieren sich selbst; allerdings sollte man auch auf solche Situationen vorbereitet sein.

Die belangte Behörde erwartet sich – zu Recht – von der Vorsitzführung eine „starke“ Verhandlungsführung, die von Beginn an für „klare Verhältnisse“ sorgt. Das bedeutet nicht, dass Anregungen und Wünsche zum Ablauf verboten wären; es wird der belangten Behörde gerade auch dazu geraten, solche Anliegen rechtzeitig – und nicht erst in der Schlussrunde – vorzubringen. Die Behörde ist es ja, die etwa beurteilen kann, ob eine Verhandlung vor Ort – also verbunden mit einem Augenschein – notwendig ist oder Sinn macht.

Eine gute Verhandlungsführung zeichnet sich auch dadurch aus, dass sie klare Orientierung über den vorgesehenen Ablauf gibt, transparent die nächsten Schritte ankündigt und durch Worterteilung für eine strikte Ordnung sorgt. Die Parteien sind angehalten, sich daran zu halten und insbesondere eine entsprechende Rede- und auch Argumentationsdisziplin einzuhalten.

Der Vorsitzführung obliegt auch die „Sitzungspolizei“ im weitesten Sinn einschließlich des Schutzes bzw – wenn nötig – auch der „Verteidigung“ insbesondere der Beweispersonen vor unsachlichen oder persönlichen Angriffen. Da davon ausgegangen werden kann, dass idR allen Beteiligten taktische Tricks bekannt sind, sollte auf diese verzichtet werden. Auch insoweit kann es bei Bedarf angebracht sein, die Verhandlungspartner oder – sollte das nicht fruchten – auch die Vorsitzführung an die Einhaltung dieser Spielregeln zu erinnern, zB mit dem sanften Hinweis an den Vorsitz, solche Fragen oder Unterstellungen an Zeugen nicht zuzulassen.

1. *Im Gerichtssaal*

In dieser kommunikationstechnisch hochkomplexen Situation stellen sich über die schon angedeuteten hinaus etwa folgende Fragen: Ist die Situation eher gespannt, emotional oder sachlich? Wer von den handelnden Personen kennt wen mit welchem Hintergrund? Wer ist das erste Mal in dieser Situation bzw Rolle, für wen ist das Routine? Wie

viel steht „auf dem Spiel“? Mit welchen Erwartungen erscheinen die Personen zur Verhandlung?

Es sei an dieser Stelle auch auf – nicht zu unterschätzende – Faktoren hingewiesen, die gänzlich außerhalb der Verhandlungssituation bzw des Verfahrens an sich liegen, wie etwa auch solche aus dem höchstpersönlichen Bereich der Personen, die die Stimmung und die Gedanken mit beeinflussen oder die Person vom eigentlichen Geschehen ablenken können.

Besondere Situationen können sich auch bei der gleichzeitigen Anwesenheit von Beschwerdeführer und Rechtsvertretung ergeben, weil dabei mitunter die verschiedenen Argumentationsbereiche – Emotion auf der einen Seite und Recht auf der anderen Seite – nicht unterschieden werden und mitunter auch die Rechtsvertretung Gefahr läuft, dort und da die rein sachliche Ebene zu verlassen, um gegenüber der Mandantschaft das Einschreiten zu rechtfertigen.

2. *Weitere Themen*

Für die Vertretung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gibt es weitere zu beachtende Themen, die hier als Stichworte genannt werden sollen:

- Ein Mindestmaß an Grundkenntnissen der Kommunikationstechnik ist unumgänglich.
- Ebenso eine entsprechende Vorbereitung.
- Klar ist, dass auch bei der Verhandlung – wie im sonstigen Leben – der erste Eindruck entscheidet, er ist daher bewusst zu gestalten.
- Sachgerechtes und nicht personen-konzentriertes Verhandeln wurde schon kurz genannt und stellt einen der Schlüsselfaktoren dar.
- Sicherheit kann man vor allem durch Erfahrung und Vorbereitung gewinnen.
- Auf taktische Mätzchen, Killerphrasen und uU auftretende echte Konflikte sollte man vorbereitet sein, sie gehören aber nicht zum aktiven Repertoire der belangten Behörde; nicht alles davon sollte aber ohne Reaktion „ertragen“ werden.

3. *Kommunikation konkret*

Auf die Grundregeln effektiver und effizienter Kommunikation wurde jetzt schon mehrmals hingewiesen, weil sie mir persönlich ganz wich-

tig scheinen und meiner Erfahrung nach noch immer unterschätzt werden.

Neben dem aktiven Zuhören sind mir die Zeugen bei Gericht ein besonderes Anliegen, da es für sie eine ganz spezielle Situation darstellt: Man kommt nach mehr oder weniger langer Wartezeit in einen idR fremden Raum, zu einer Vielzahl fremder Personen, die nur selten vorgestellt werden und daher auch nur zum Teil bekannt sind; man muss im Zentrum des Geschehens auf einen von allen gut einsehbaren Sitz Platz nehmen und wird so über Rechte und Pflichten belehrt, dass man das meiste nicht versteht, ausgenommen, dass man seinerseits strafrechtlich verfolgt wird, wenn man nicht die Wahrheit sagt. Der Zeuge weiß nicht, was vorher gesprochen wurde, wird mehrmals zu Dingen befragt, an die er sich meist nicht mehr erinnern kann, weil sie zeitlich so weit zurück liegen und wird dann mit einem wieder kaum verständlichen Hinweis auf ihm zustehende Gebühren hinausgeschickt, ohne dass er weitere Information bekommt.

Zur Rolle der belangten Behörde gehört hier auch, verständlich zu fragen und dabei Struktur zu geben bzw auch einzufordern.

Die belangte Behörde sollte auch alle Möglichkeiten der lebendigen Vermittlung in ihrem Repertoire haben, wobei der Einsatz allfälliger Hilfsmittel, wie Pläne, Skizzen, Fotos etc, jedenfalls zeitgerecht mit dem Gericht vorabgestimmt werden sollte. Auch dafür gilt: Wenn solche Hilfsmittel zur Präsentation herangezogen werden, sollte man sich darauf vorbereiten. Manchmal scheitert so etwas an ganz banalen Dingen, etwa, dass das Gericht einen mitgebrachten „fremden USB-Stick“ nicht akzeptiert und daher die darauf vorhandenen Dateien dann nicht zur Verfügung stehen.

4. *Teilnahme an der Verhandlung*

Die Teilnahme an der öffentlichen mündlichen Verhandlung sollte für die belangte Behörde¹¹ absolut der Regelfall sein, insbesondere weil der rechtsrichtige Ablauf der Verhandlung auch im Interesse der belangten Behörde liegt. Auch können nur so potenziellen Verzögerungen durch andere Parteien wirksam entgegen gewirkt werden und

11 Oder ein allenfalls eingetretenes oberstes Organ; vgl § 19 VwGVG.

der vollständige Informationsstand für ein allfälliges weiteres Verfahren einschließlich der Revision aufrecht erhalten werden.¹²

Im Übrigen besteht bei nur einseitiger Vertretung in der Verhandlung auch die Gefahr der „einseitigen“ Information und Interpretation, wie etwa von Beweismitteln, weil bestimmte (Nach-)Fragen nicht gestellt werden.

5. *Hilfsmittel*

Zur optimalen Gestaltung der Rolle der belangten Behörde gehört die generelle und die konkrete Vorbereitung, wofür verschiedene Hilfsmittel empfohlen werden. Ein solcher persönlicher „Bauchladen“ – der ständig upgedatet wird – enthält alle Informationen und Strategien, etwa alle nur denkbaren „Anträge“ rechtlich ordnungsgemäß vorformuliert abrufbereit.

In einer Checkliste oder auf Kärtchen werden für die öffentliche mündliche Verhandlung konkret jene Themen und Punkte vorbereitet, die jedenfalls unterzubringen sind, wonach etwa die einzelnen Zeugen zu befragen sind. Immer wieder sieht man in Verhandlungen auch Vertreter der Behörden, die ständig alles mitschreiben und sich darauf, nicht aber auf die Verhandlung an sich konzentrieren. Es wird davon dringend abgeraten: Dazu gibt es die Niederschrift des Gerichts und die Möglichkeit, dort bestimmte Aussagen auch „wörtlich“ festhalten zu lassen.

Zur inhaltlichen Vorbereitung gehört natürlich auch das Aktenstudium und das formelle Präparieren des Akts, etwa nach einem Farbsystem, damit in der Verhandlungssituation jedenfalls die wichtigsten Passagen im Notfall zielgerichtet gefunden werden; auch dazu dient ein übersichtliches Aktenverzeichnis. So ist man dann nicht darauf angewiesen, dass man dem Zeugen vorhalten muss, dass er die Sache „wenn ich mich richtig erinnere“, in der Vernehmung bei der Behörde anders dargestellt hat als jetzt vor Gericht, sondern kann unmittelbar aus der seinerzeitigen Verhandlungsschrift mit Datum und unter Hinweis auf die entsprechende Ordnungsnummer im Akt X zitieren. Eine solche Vorgangsweise zeugt von einer professionellen Vorbereitung.

12 Vgl zu der in diesem Zusammenhang jüngst durch die Entscheidung des EGMR im Fall *Karelin gegen Russland* (vom 20.09.2016, Appl no 926/08) entstandenen Diskussion etwa den Beitrag von *Segalla* in diesem Band.

Je nach konkreter Situation wird auch empfohlen, sich eine „Übersicht“ über den Verhandlungssaal anzufertigen, in die vor allem die Namen der anwesenden Personen (um sie jeweils korrekt anzusprechen) und die sonst wichtigsten Daten in Kurzform eingetragen werden können; auch das kann man sich weitgehend vorbereiten.

G) *Nachbereitung der Verhandlung*

Neben der persönlichen Erfahrungsebene gilt es auch, wesentliche Informationen innerhalb der Verwaltungsorganisation auf gleicher oder übergeordneter Ebene weiterzugeben. Im Sinn einer lernenden Verwaltung umfasst das sowohl die jeweiligen materiellen, als auch die formellen Aspekte. Zur Sicherstellung dieses Wissensmanagements empfehlen sich auch bestimmte formalisierte Vorgaben und Themenschwerpunkte. So besteht etwa bei den oberösterreichischen Bezirkshauptmannschaften eine materienbezogene Aufteilung, die eine unverzügliche Informationsweitergabe in diesem Netzwerk ermöglicht.

Besonders durch das Zusammenwirken zwischen belangter Behörde und Oberbehörde können strukturelle Fragen erkannt und etwa auf Fehleinschätzungen oder -entscheidungen (zB mit Amtsrevision) reagiert werden.

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das gerichtliche Verfahren uU (sofern etwa das Erkenntnis nicht am Ende der öffentlichen mündlichen Verhandlung verkündet wurde)¹³ mit der Verhandlung noch nicht beendet ist und daher auch nach diesem Zeitpunkt der belangten Behörde bekannt werdende (für das konkrete oder im Zusammenhang stehende Verfahren) wesentliche Informationen von dieser dem Gericht mitzuteilen sind.

III. *Resümee*

Aus der Sicht der Verwaltung ist die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren abstrakt mehr oder minder klar vorgegeben bzw klar.

Die konkrete Ausgestaltung dieser Rolle hängt von externen Faktoren und – insbesondere bei Abhaltung einer öffentlichen münd-

13 § 29 VwGVG.

lichen Verhandlung – von der Erfahrung, den Kenntnissen und der Persönlichkeit des Bearbeiters ab.

Erfahrung und Vorbereitung auf das gerichtliche Verfahren schaffen Klarheit und Sicherheit. Die Basis dafür ist eine positive Grundeinstellung dem Rechtsmittelverfahren und den damit verbundenen Lern- und Weiterentwicklungschancen gegenüber.

Die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus Sicht des Verwaltungsgerichtes

I. Die neue Rolle der Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Mit der Anfang 2014 in Kraft getretenen Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform hat sich auch die Rolle der belangten Behörde im Vergleich zum früheren Berufungsverfahren radikal gewandelt. Im früheren öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystem befand sich – zumindest in der typischen und traditionellen Fallkonstellation – die erstinstanzliche Behörde in einem Weisungszusammenhang zur Berufungsbehörde, welche in der Regel die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde war.¹ Dies bedeutete, die Berufungsbehörde konnte im Weisungsweg der erstinstanzlichen Behörde Vorgaben bezüglich des Inhalts der von ihr zu treffenden Entscheidung machen. Kam es in der Folge zu einem Berufungsverfahren, entschied darüber eben jene Behörde, die zunächst der erstinstanzlichen Behörde gegenüber weisungsberechtigt war.

Damit korrelierte – wiederum auf die traditionelle Fallkonstellation umgelegt –, dass der erstinstanzlichen Behörde kein Recht zukam, sich gegen die Entscheidung der Berufungsbehörde im Wege eines Rechtsmittels zur Wehr zu setzen. Dies war im damaligen System nur konsequent: Konnte die erstinstanzliche Behörde bereits in ihrem Verfahren durch eine Weisung ihrer Oberbehörde (und gleichzeitig Berufungsbehörde) inhaltlich determiniert werden, hätte es das Weisungsrecht geradezu konterkariert, dieser Behörde gegenüber einer Entscheidung der Berufungsbehörde/Oberbehörde ein Rechtsmittel einzuräumen.

Seit 2014 hat sich die Situation komplett gewandelt: Zwar ist – im Regelfall der weisungsgebundenen Verwaltung und soweit die Entscheidung nicht einem obersten Organ zukommt – die zuständige Behörde weiterhin einer Oberbehörde gegenüber weisungsgebunden,

¹ Diese „typische Fallkonstellation“ war freilich schon vor 2014, spätestens seit der Einführung der Unabhängigen Verwaltungssenate auf dem Rückzug.

dieser Oberbehörde kommt jedoch keine Rechtsmittelzuständigkeit mehr zu. Vielmehr entscheidet über das – nunmehr Beschwerde genannte – Rechtsmittel ein Verwaltungsgericht. Damit ist eine Stärkung der Rolle der erstinstanzlichen Behörde verbunden: Sie ist nunmehr – dies ergibt sich aus § 18 VwGVG – gleichwertige Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Jedes verwaltungsgerichtliche Verfahren ist daher – auch wiederum anders als viele frühere Berufungsverfahren – zumindest ein Zweiparteienverfahren, in der sich der Beschwerdeführer und die belangte Behörde auf gleicher Ebene gegenüberstehen. Damit geht einher, dass die belangte Behörde in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht auch sämtliche, jeder anderen Partei des Verfahrens gleichermaßen zukommende Parteienrechte ausüben kann, zB Akteneinsicht, die Stellung von Anträgen im Verfahren und insbesondere die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung. Zuletzt kommt ihr in jedem Verfahren die Befugnis zu, Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichts im Wege der Revision zu bekämpfen.² Die belangte Behörde kann sich also, ebenso wie jede andere Partei, gegen eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtes zur Wehr setzen.³

II. Verschiedene „Hüte“ der belangten Behörde im Verfahren

Diese starke Stellung der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren geht jedoch auch einher mit einer hohen Komplexität ihrer Rolle. Der belangten Behörde kommen mehrere Aufgaben zu: Zunächst einmal wird es ihr vordringlichstes Ziel sein – vergleichbar mit der früheren Aufgabe der belangten Behörde im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof – den angefochtenen, von ihr erlassenen Bescheid zu verteidigen. Sie muss jedoch ganz generell im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – neben dem Verwaltungsgericht selbst, welches zur amtswegigen Tätigkeit verpflichtet ist⁴ – ganz spezifisch die Wahrung der öffentlichen Interessen wahrnehmen.

2 Dadurch unterscheidet sich die nunmehrige Konstellation auch von jener vor dem UVS: Ein Beschwerderecht an den VwGH kam der erstinstanzlichen Behörde nämlich nur in wenigen, ausdrücklich geregelten Fällen zu. Damit wurde die Stellung der Behörde vor dem Verwaltungsgericht im Vergleich zum UVS deutlich gestärkt.

3 Anzumerken ist, dass sich – sofern die belangte Behörde nicht als unabhängige Behörde eingerichtet ist – das Weisungsrecht der Oberbehörde selbstverständlich auch auf die Rolle der belangten Behörde als Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bezieht. So kann zB die Erhebung einer Amtsrevision im Weisungsweg angeordnet werden.

4 Der Fall der Erhebung einer Beschwerde durch eine Partei mit eingeschränkten subjektiv-öffentlichen Rechten (zB Nachbar im Bauverfahren) sei an dieser Stelle ausgeklammert.

Dem kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn das Verwaltungsgericht aufgrund einer Änderung der Sach-, aber auch der Rechtslage während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ohnehin nicht umhin kommen wird, den angefochtenen Bescheid in einem gewissen Rahmen abzuändern; hier wird es für die belangte Behörde mit der bloßen Verteidigung ihres Bescheides nicht getan sein.

Zu diesen beiden ohnehin schon sehr anspruchsvollen Aufgaben – Verteidigung des Bescheides, Vertretung der öffentlichen Interessen – kommt aber hinzu, dass die Behörde selbstverständlich auch als Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu Objektivität verpflichtet ist und nicht etwa einseitig ausschließlich zu Lasten einer anderen Partei agieren darf.⁵ Denn auch die Tätigkeit einer Behörde als Partei eines Verwaltungsgerichtsverfahrens ist gesetzesgebundene und der Rechtsstaatlichkeit verpflichtete Verwaltungstätigkeit. Die Behörde muss also einerseits ihren Bescheid verteidigen, andererseits sind ihr durch ihre Verpflichtung zur Objektivität, was die Wahl ihrer Instrumente und ihres Vorbringens angeht, zwangsläufig Grenzen auferlegt; eine ähnlich schwierige Konstellation wie für einen Staatsanwalt, der die Verurteilung eines Beschuldigten oder Angeklagten erreichen will, gleichzeitig aber die notwendige Objektivität dabei nie aus den Augen verlieren darf.

III. Die Ausübung der Parteistellung durch die belangte Behörde in der Praxis

Betrachtet man das bisher Gesagte, wird klar, dass der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine wichtige Stellung zukommt. Zumindest in der Theorie! In der Praxis der Verwaltungsgerichte ist demgegenüber zu beobachten, dass sich die belangte Behörde selten am Verfahren beteiligt. In den wenigsten Fällen nimmt sie zum Inhalt der Beschwerde selbst bzw zu ihr im Laufe des Gerichtsverfahrens im Wege des Parteiengenhörs übermittelten Unterlagen Stellung. Noch seltener nimmt sie an der mündlichen Verhandlung teil. Dies ist aus Sicht des Verwaltungsgerichtes bedauerlich: Zwar ist aus richterlicher Perspektive festzuhalten, dass die aktive Teilnahme der Behörde am Verfahren und insbesondere in der Verhandlung geeignet ist, den Aufwand für das Gericht zu erhöhen, insbesondere wenn eigene Beweisanträge gestellt oder ein rechtliches Vorbringen

5 Damit korreliert die Befugnis der belangten Behörde, eine Revision auch *zugunsten* ihres „Gegners“ im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu erheben.

erstattet wird. Bei einem (zumindest) zweiseitigen gerichtlichen Verfahren ist aber die adäquate Vertretung beider Seiten gerade in der mündlichen Verhandlung am besten geeignet, das Gericht bei der Wahrheitsfindung zu unterstützen. Soweit es um die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes geht, sollte das Gericht nämlich idealerweise alle beteiligten Standpunkte hören und nicht bloß jene des Beschwerdeführers oder anderer „normaler“ Verfahrensparteien. Ein entsprechendes Vorbringen der belangten Behörde, die Ausübung von Fragerechten an Zeugen etc können die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes maßgeblich unterstützen. Jedenfalls bei komplexen bzw noch nicht ausjudizierten Rechtsfragen kann ein Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung ebenfalls von Vorteil sein. Auch hierbei kommt der belangten Behörde, die in vielen Fällen ausgewiesene Expertin für das verfahrensgegenständliche Rechtsgebiet, aber zB auch für die historische Entwicklung einer Betriebsanlage sein wird, eine wichtige Rolle zu. Dass, wie erwähnt, eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung durch die Behörde so selten ist, ist vor diesem Hintergrund bedauerlich. Ganz besonders ärgerlich aus Sicht des Verwaltungsgerichtes – und auch dies kommt in der Praxis immer wieder vor – ist es, wenn die belangte Behörde nicht zur mündlichen Verhandlung erscheint, bzw sich gar nicht am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligt, jedoch im Anschluss an die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Amtsrevision erhebt, zumal zu rechtlichen Fragen oder zu Fragen des festgestellten Sachverhaltes, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren und bei denen die Behörde bereits vor Erlassung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in ihrem Sinne hätte argumentieren können. Es wäre zu überlegen, ob die Zeit und Mühe einer Revisionserhebung nicht lohnender in eine Teilnahme am verwaltungsgerichtlichen Verfahren investiert werden sollte.

Vor dem Hintergrund der großen Zahl verwaltungsgerichtlicher Verfahren und an den Verwaltungsgerichten stattfindenden mündlichen Verhandlungen ist freilich anzuerkennen, dass eine lückenlose Verhandlungsteilnahme durch die Behörden wegen ihrer beschränkten Personalressourcen nicht möglich sein wird. In einfachen Fällen, bei klarer und ausjudizierter Rechtslage, bei unkompliziertem Sachverhalt oder bei Bagatellfällen mag eine Nichtteilnahme auch gerechtfertigt sein. Ich kann jedoch nur ausdrücklich jeder Behörde empfehlen, die in die Situation kommt, Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu sein und Aufforderungen zum Parteigehör oder eine Ladung zur mündlichen Verhandlung erhält, sich zu überlegen, ob entweder der jeweils betroffene Einzelfall besonders bedeutsam ist oder

aber das Verfahren im Sinne einer Präjudizwirkung nicht nur auf den Einzelfall, sondern möglicherweise auch auf andere, gleichgelagerte zukünftige Verfahren Auswirkungen haben könnte. In beiden Fällen ist eine aktive Teilnahme der Behörde am verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausgesprochen sinnvoll.

IV. Mitwirkungspflicht der belangten Behörde im Verfahren?

Das Verwaltungsverfahrensrecht und damit auch das verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht kennt, in seiner Ausprägung durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, seit jeher Mitwirkungspflichten der Parteien. Sie sind verpflichtet, insbesondere Umstände, die von Amts wegen kaum oder nicht ermittelbar sind, auch selbständig vorzubringen und – die Intensität der Mitwirkungspflicht ist je nach Sachgebiet durchaus unterschiedlich ausgeprägt – hierfür auch entsprechende Beweise anzubieten. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht, sofern und soweit sie besteht, kann sich zulasten der betroffenen Partei auswirken.

Wenn nun die belangte Behörde, wie vorher ausgeführt, gleichwertige Partei im Verfahren ist, stellt sich die Frage, ob auch sie im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht entsprechende Mitwirkungspflichten trifft. Dies wird meines Erachtens jedenfalls dann der Fall sein, wenn es sich um Umstände handelt, die in der Sphäre der Behörde liegen und auf die das Verwaltungsgericht keinen Zugriff hat. Dazu zählen natürlich die vollständige Aufbereitung und Vorlage des Verwaltungsaktes und nachträgliches Vorlegen von weiterem Schriftverkehr, welcher der Behörde zugeht und Auswirkungen auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren haben könnte. Die aus Sicht des Verwaltungsgerichtes weitaus interessantere Frage wäre aber, ob mit dem VwGVG als Grundlage der Behörde auch Ermittlungsaufträge in bestimmten Angelegenheiten erteilt werden könnten, wie dies das andere verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht, die BAO in ihrem § 269 Abs 2 ausdrücklich vorsieht. Mangels ausdrücklicher Rechtsgrundlage und dem grundsätzlichen Unmittelbarkeitsprinzip vor dem Verwaltungsgericht wird dies meines Erachtens in dieser Allgemeinheit zu verneinen sein.

Eine abgemilderte Form eines solchen Ermittlungsauftrags könnte in Situationen zweckmäßig sein, in denen Berechnungen zB zur Höhe von Beiträgen oder Geldansprüchen durchgeführt werden müssen. Solche Berechnungen können in der Praxis höchst komplex sein. Die

Behörden verfügen typischerweise über viel Erfahrung dabei und werden regelmäßig durch automationsunterstützte Berechnungssysteme unterstützt, die den Gerichten nicht zur Verfügung stehen. Der Verwaltungsgerichtshof hat eine solche abgemilderte Mitwirkungspflicht in einem Fall sachte bejaht und ausgesprochen, dass die Behörde bei einer Neuberechnung durch das Verwaltungsgericht „mitzuwirken“ habe.⁶

Dies ist aus zweierlei Gründen zu begrüßen: Zum einen wurde bereits darauf hingewiesen, dass insbesondere durch automationsunterstützte Berechnungssysteme eine Berechnung komplexer Angelegenheiten durch die darauf spezifizierte Behörde im Regelfall sparsamer und rascher vonstattengehen kann als durch das Verwaltungsgericht. Zum anderen stellt eine solche Vorgangsweise sicher, dass eine solchen Berechnung – bei der man sich bekanntlich leicht irren kann – zweifach kontrolliert wird: Einmal durch die Behörde bei der Berechnung selbst, einmal durch das Verwaltungsgericht, welches eine solche Berechnung selbstverständlich noch einer eigenen Beurteilung zu unterziehen haben wird.

Nimmt man diese reduzierte Form einer Mitwirkungspflicht als gegeben an, wie das der Verwaltungsgerichtshof in der genannten Entscheidung zumindest andeutet, stellt sich freilich die Frage, wie dem Fall zu begegnen ist, in dem die Behörde dieser Pflicht nicht nachkommt. Da das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht auf dem Grundsatz der Officialmaxime und der amtswegigen Wahrheitsermittlung beruht und keine ausdrückliche, anderslautende gesetzliche Grundlage existiert, wird in einem solchen Fall eine Entscheidung basierend lediglich auf dem Vorbringen des Beschwerdeführers nicht möglich sein. Eine solche Verweigerung einer Mitwirkungspflicht durch die Behörde sollte aber, soll diese Pflicht überhaupt wirksam durchsetzbar werden, zumindest bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Aufhebung und Zurückverweisung mitberücksichtigt werden. Auch die Entscheidung durch das Verwaltungsgericht dem Grunde nach und eine Zurückverweisung an die Behörde zur Berechnung wäre eine denkbare und vor dem Hintergrund der Sparsamkeit und

6 VwGH 6.4.2016, Ra 2015/08/0071: *„Die Präzisierung der Arbeitstage, die Ermittlung der exakten Beitragsgrundlagen sowie die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht über kein entsprechendes EDV-Programm verfügt, ist kein Grund für die Zurückverweisung im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Sollten Neuberechnungen notwendig sein, wird die Gebietskrankenkasse aber im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht entsprechend mitzuwirken haben.“*

Raschheit des Verfahrens zweckmäßige Möglichkeit, wenn die Behörde ihre Mitwirkungspflicht verletzt.⁷

V. Die belangte Behörde und die Revision

Am stärksten kommt die Parteistellung der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in ihrer Befugnis zum Ausdruck, selbst Revision gegen die verwaltungsgerichtliche Entscheidung erheben zu dürfen. Die belangte Behörde hat also auch in diesem Belang Waffengleichheit mit allen übrigen Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Die sogenannte Amtsrevision ist eine scharfe Waffe, die auch regelmäßig genutzt wird. Sie sichert tatsächlich maßgeblich die Zweiseitigkeit des Gerichtsverfahrens, muss doch das Verwaltungsgericht von Vornherein mit der Möglichkeit rechnen, dass seine Entscheidung nicht bloß vom Beschwerdeführer, sondern – bei einer Entscheidung zu dessen Gunsten – auch von der Behörde bekämpft werden wird. Anders als eine Revision wegen Verletzung in Rechten, die von einer Partei zur Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte in Anspruch genommen wird, dient die Amtsrevision der Sicherung der objektiven Richtigkeit der Anwendung des Rechtes. Entsprechend unterscheidet das Verfahrensrecht beim Inhalt der Revision zwischen einer „normalen Revision“ und einer Amtsrevision; insbesondere ist im Falle einer Amtsrevision gemäß § 28 Abs 2 VwGG anstelle der Revisionspunkte eine Erklärung über den Umfang der Anfechtung in die Revisionschrift aufzunehmen. Aus dieser Funktion der Amtsrevision, die objektive Rechtsrichtigkeit durchzusetzen, ergibt sich folgerichtig auch die Befugnis der belangten Behörde – und anderer Amtsrevisionsberechtigter –, auch gegen Entscheidungen vorzugehen, die wegen der geringen Strafhöhe an sich gemäß § 25a Abs 4 VwGG einer Revision nicht zugänglich sind.⁸ Ebenso ergibt sich daraus, dass eine Behörde auch zugunsten einer anderen Partei des Verfahrens Revision erheben kann, wenn aus ihrer Sicht das objektive Recht nicht richtig angewendet wurde. Freilich gelten die allgemeinen Zulässigkeitsbeschränkungen – insbesondere die Notwendigkeit, dass eine Rechts-

7 Freilich setzt eine solche Vorgangsweise voraus, dass diese Absprachen – dem Grunde und der Höhe nach – als trennbar angesehen werden, denn § 28 Abs. 3 VwGG spricht nur von der Aufhebung „des Bescheids“ und der Zurückverweisung „der Angelegenheit“.

8 Vergleichbar der Nichtigkeitsschwerde zur Wahrung des Gesetzes im strafgerichtlichen Verfahren.

frage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegen muss – auch für Amtsrevisionen.

Um diese Revisionsbefugnis wirksam zu gestalten, kann die Behörde ihre Amtsrevision auch durch einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ergänzen. An die Stelle des Erfordernisses eines unverhältnismäßigen Nachteils für den Revisionswerber tritt dann eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der von der Amtspartei zu vertretenden öffentlichen Interessen als Folge einer Umsetzung des angefochtenen Erkenntnisses in die Wirklichkeit.⁹

Bringt eine andere Partei als die belangte Behörde eine Revision ein, ist die Behörde ebenfalls dem Revisionsverfahren beizuziehen und kann bzw soll auch eine eigene Revisionsbeantwortung vorlegen. Wichtig ist dabei, dass es nicht Aufgabe der belangten Behörde im Revisionsverfahren sein soll, unter allen Umständen die verwaltungsgerichtliche Entscheidung zu verteidigen. Sie wird dies zweckmäßigerweise nur dann tun, wenn sie die angefochtene verwaltungsgerichtliche Entscheidung für richtig hält, insbesondere wenn durch diese ihr Bescheid bestätigt wurde. Teilt sie diese Entscheidung hingegen nicht, weil sie möglicherweise von der ursprünglichen behördlichen Entscheidung abweicht, wird eine Verteidigung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung durch die Behörde nicht in Betracht kommen.¹⁰ Es ist der Behörde in diesem Fall nicht verwehrt, in ihrer Revisionsbeantwortung dem Revisionswerber Recht zu geben und ihn in seiner Argumentation zu unterstützen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Behörde nicht im Wege einer Revisionsbeantwortung einer von einer anderen Partei eingebrachten Revision mit einem eigenen Erledigungsanspruch beitreten oder gar den Anfechtungsumfang ausdehnen kann.¹¹ Dies ist ihr nur möglich, wenn sie selbst innerhalb der Revisionsfrist Revision erhebt.

9 Siehe zB VwGH 3.11.2014, Ra 2014/04/0035.

10 Freilich ist es im Revisionsverfahren auch nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichtes selbst, seine Entscheidung zu verteidigen; das Verwaltungsgericht ist im Revisionsverfahren gar nicht Partei (siehe § 21 VwGG).

11 Sinngemäß VwGH 27.7.2016, Ra 2015/17/0084, wonach es im Revisionsverfahren das Instrument eines „Streithelfers“ nicht gibt.

VI. Zusammenfassung

Lassen Sie mich an dieser Stelle kurz zusammenfassen. Der belangten Behörde kommt in der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz als Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und als Amtsrevisionsberechtigte nicht nur eine zur Rechtspflege wichtige, sondern auch eine sehr starke Rolle zu. Richtig ausgeübt, kann diese Rolle aktiv dazu genutzt werden, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstützen und die der Behörde auferlegten öffentlichen Interessen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu vertreten. Auch dem Verwaltungsgericht ist letztlich, wenn diese Rolle – und zwar nicht nur durch die Erhebung einer Amtsrevision, sondern durch sinnvolle Beteiligung schon im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – aktiv gelebt wird, in seiner durchaus anspruchsvollen Aufgabe geholfen. Die Ressourcenknappheit im öffentlichen Bereich wird es allerdings erforderlich machen, dass die Behörden gut überlegen, in welchem Verfahren sie sich verstärkt engagieren und diese Auswahl aufgrund der Bedeutung des jeweiligen Falles richtig treffen.

VII. Exkurs: Entscheidung *Karelin* des EGMR

Weil ich gerade dargestellt habe, dass nicht jedes verwaltungsgerichtliche Verfahren es erfordern wird, dass die belangte Behörde ihre Parteirechte auch umfassend ausübt, lassen Sie mich noch kurz und abschließend auf eine jüngste EGMR-Entscheidung eingehen, die dieser These für das Verwaltungsstrafverfahren möglicherweise widersprechen könnte. In seiner, Russland betreffenden, Entscheidung in der Rechtssache *Karelin* hat der EGMR eine Verletzung des Art 6 EMRK darin erblickt, dass in einem Verwaltungsstrafverfahren sowohl das Gericht erster als auch das Gericht zweiter Instanz amtswegig auch gegen den Beschuldigten ermittelt haben, ohne dass bei der mündlichen Verhandlung ein Ankläger beteiligt war.¹² Eingeleitet wurde dieses Strafverfahren aufgrund einer Anzeige der Polizei, worauf das erstinstanzliche Gericht, insbesondere durch die Einvernahme von Zeugen, Ermittlungen eingeleitet hat, die zu einer Bestrafung geführt haben.

12 EGMR 20.9.2016, *Karelin*, 926/08 (Antrag auf Verweisung an die Große Kammer anhängig).

Sollte das bloße Fehlen eines Anklägers in der mündlichen Verhandlung eines Verwaltungsstrafverfahren bereits zu einer Verletzung des Art 6 EMRK führen, hätte dies erhebliche, vor allem organisatorische Implikationen für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Denn obwohl der belangten Behörde im Verwaltungsstrafverfahren, wie oben dargestellt, selbstverständlich als Partei des Verfahrens das Recht zur Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung zukommt, ist die tatsächliche Teilnahme im Verwaltungsstrafverfahren die absolute Ausnahme. Ich persönlich bin jedoch der Ansicht, dass die vom EGMR in *Karelin* dargelegten Überlegungen – zumindest im Regelfall – nicht eins zu eins auf das österreichische Rechtsschutzsystem übertragen werden können. Das Verwaltungsstrafverfahren in Österreich unterscheidet sich nämlich durchaus erheblich vom soeben kurz dargestellten russischen System und der EGMR hatte auch in seiner früheren Entscheidung *Weh* gegen Österreich letztlich keine Bedenken gegen das österreichische System geäußert.¹³ Aus meiner Sicht ganz wesentlich für diese Unterscheidung zu Russland ist, dass in Österreich das Verwaltungsgericht erst als Rechtsschutzinstanz tätig wird und mit dem behördlichen Straferkenntnis so etwas wie eine Anklageschrift vorliegt: Es ist dem Verwaltungsgericht nämlich untersagt, den Tatvorwurf im Rechtsmittelverfahren auszutauschen bzw ist dieser Tatvorwurf jedenfalls durch die Verfolgungshandlung der Behörde und durch das angefochtene Straferkenntnis begrenzt. Das Verwaltungsgericht überprüft letztlich aufgrund der Beschwerde die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Straferkenntnisses und nimmt alle dazu erforderlichen (belastenden und entlastenden) Beweise auf. Es ermittelt jedoch nicht erstmals gegen einen einer Verwaltungsübertretung Verdächtigen. Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die gegen eine bestimmte Person gerichtete Verfolgungshandlung; diese Verfolgungshandlung wird nicht vom Verwaltungsgericht, sondern von der Verwaltungsstrafbehörde gesetzt.

Sollte jedoch ein österreichisches Höchstgericht, der EGMR oder der EuGH die Rechtsprechung *Karelin* auch auf das österreichische Verwaltungsstrafrecht übertragen, wird eine Teilnahme der Behörde an den allermeisten mündlichen Verhandlungen in Verwaltungsstrafsachen erforderlich sein. Um diesen enormen Mehraufwand bewältigen zu können, wären organisatorische Maßnahmen zu treffen. Es erscheint, auf Niederösterreich bezogen, nicht unbedingt sinnvoll, wenn zB ein Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Gänserndorf zu

13 EGMR 4.7.2002, *Weh und Weh*, 38544/97 zu einem Berufungsverfahren vor einem UVS, in dem es freilich primär um Rechtsfragen ging.

jeder einzelnen Strafverhandlung nach St. Pölten kommen muss. Die Einrichtung von Kompetenzzentren oder einer Art Bezirksanwaltschaft an den Standorten der Landesverwaltungsgerichte, welche die Vertretung der jeweils belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung übernehmen, erschiene in einer solchen Konstellation zweckmäßig und könnte darüber hinaus auch losgelöst vom Fall *Karelin* überlegt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof als Höchstgericht in der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit¹

I. „Rolle“ und „Höchstgericht“

Einleitend erscheinen zwei kurze Vorbemerkungen zu den Begriffen „Rolle“ und „Höchstgericht“ zweckmäßig. Aus dem Theatergeschehen entlehnt, fokussiert das in der Soziologie entwickelte Konzept der Rolle die Position – den Status – einer Entität und die damit verbundenen Erwartungen an ihr Verhalten.² Für den rechtlichen Bereich ergibt sich die Position einer Behörde, damit auch eines Gerichtes, aus ihren rechtlichen Zuständigkeiten. Rollenstatus sollte im Feld des Rechts insofern mit Zuständigkeitsübertragung zusammenfallen. Die Begriffe Rolle und Zuständigkeit werden daher hier in dieselbe Richtung verwendet.

Als Höchstgerichte gelten in Österreich drei Gerichte: Die beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, der Verfassungsgerichtshof (VfGH) und der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) sowie der Oberste Gerichtshof (OGH). Als Höchstgericht erachtet sich der Verwaltungsgerichtshof zweifellos auch selbst, wenn er in ständiger Rechtsprechung darauf hinweist, dass gegen seine Entscheidungen ein Rechtsmittel nur an ihn selbst im Rahmen der Wiederaufnahme offensteht, wobei auch damit eine Überprüfung einer einmal gefällten VwGH-Entscheidung nicht möglich ist.³ Vergleichbares gilt für die Aufhebung einer Entscheidung des VwGH aufgrund eines Kompetenzkonfliktes, im Rahmen des Art 133 Abs 1 Z 3 B-VG durch den VwGH,⁴ im Rahmen des Art 138 Abs 1 B-VG durch den VfGH. Allerdings verhält es sich mit der Höchstgerichts-Position ähnlich wie mit der völkerrechtlichen Souveränität:⁵ Letztere stellt infolge der rechtlichen Vernetzung der Staa-

1 Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten, der Text wurde um einige Fußnoten ergänzt. Der Verfasser gibt lediglich seine persönliche Auffassung wieder.

2 Zum Rollenbegriff vgl. Jordan, Rolle, in: Farzin/Jordan (Hg), Lexikon Soziologie und Sozialtheorie (2015) 247.

3 Etwa VwGH 13.9.2016, 2016/03/0003 mwN.

4 Vgl. etwa VwGH 19.5.2015, Ko 2014/03/0001.

5 Vgl. Schöbener/Knauff, Allgemeine Staatslehre³ (2016) 91 (§ 3, Rz 35).

ten keine absolute, sondern nur eine Position relativer Unabhängigkeit und Selbstbestimmung dar. Auch Höchstgerichte sind in ein „Konzert“ einer ganzen Reihe von – wie das österreichische Beispiel zeigt – nationaler und internationaler, vor allem europäischer gerichtlicher Grenzorgane eingebunden, was einerseits auf dieser Ebene ein gewaltenteiliges Moment *iSd checks and balances* konstituiert, was aber andererseits ohne die höchstgerichtliche Berücksichtigung der Judikatur anderer Höchstgerichte nicht auskommen kann.⁶

II. Zum Systemwechsel

Mit der Einführung der Verwaltungsgerichte wurde in der Frage des administrativen Instanzenzugs insofern ein grundsätzlicher Systemwechsel vollzogen, als dieser mit einer einzigen Ausnahme (dieser betrifft den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde) abgeschafft wurde.^{7, 8} Dieser Systemwechsel bedeutet, dass ein Rechtsmittel gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde nunmehr an ein Verwaltungsgericht erhoben werden kann.⁹ Gleiches gilt für die Möglichkeit, bei einem Verwaltungsgericht eine Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde¹⁰ bzw gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit¹¹ zu erheben. Der Rechtsschutz gegenüber Bescheiden von Verwaltungsbehörden wird somit nunmehr auf der ersten Rechtsmittelebene funktional durch Verwaltungsgerichte effektiert, die nach den Bestimmungen der Art 129 ff B-VG vom Bund und von den Ländern einzurichten sind.

Eine zentrale Änderung zur früheren Rechtslage liegt im gerichtlichen Charakter der Verwaltungsgerichte.¹² Die Reform folgt hier nach den Gesetzesmaterialien Zielsetzungen, die mit den weisungsbundenen administrativen Berufungsbehörden nicht zweifelsfrei er-

6 Die Übertreibung „Über dem Höchstgericht nur der Himmel!“ stimmt heute weniger denn je.

7 Die folgende Darstellung folgt textlich weitgehend VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027.

8 Vgl die Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 3 f („Hauptgesichtspunkte des Entwurfes“); AB 1771 BlgNR 24. GP, 2; siehe auch VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.

9 Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.

10 Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG.

11 Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG.

12 Damit wurde die zuvor bestehende Organisationsverflechtung der Verwaltungs-tribunale mit der Verwaltung – als deren Teil – grundsätzlich beendet.

reicht werden konnten,¹³ nämlich jedenfalls sicherzustellen, dass das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Vorgaben des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EU-GRC gerecht wird.¹⁴ Insofern basiert das System auf einer neuen Wertung, die es vom bisherigen System deutlich abhebt.

Die Länder erhalten mit dieser Reform erstmals einen Anteil an der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit, womit ein Defizit im Bundesstaatskonzept des B-VG verringert wird. Einher geht damit die Abschaffung der früher als Berufungsbehörden fungierenden Verwaltungstribunale, was als bedeutsamer verwaltungsreformatorischer Schritt zu qualifizieren ist.¹⁵

Sowohl die beiden vom Bund als auch die von den Ländern eingerichteten Verwaltungsgerichte können in Bereichen tätig werden, in denen Behörden des Bundes, der Länder und der Gemeinden verwaltungsbehördliche Bescheide erlassen, respektive säumig werden.¹⁶ Nach diesem Konzept ist die Tätigkeit eines Verwaltungsgerichtes daher grundsätzlich nicht auf den Vollziehungsbereich jener Gebietskörperschaft beschränkt, die zu seiner organisatorischen Einrichtung¹⁷ zuständig ist. Die durchgängige Kontrolle der Verwaltungsgerichte gegenüber Bescheiden und Säumnis von Verwaltungsbehörden ist so ausgebildet, dass die Tätigkeit eines Verwaltungsgerichts funktional jeweils jenen Vollziehungsbereich erfasst, in welchem der Bescheid erlassen wurde bzw eine Säumnis vorliegt.¹⁸ Damit ergibt sich hinsichtlich der Verwaltungsgerichte eine Ausnahme vom Grundsatz der Trennung der Vollziehungsbereiche, wonach Bund und Länder die ihnen übertragenen Aufgaben durch ihre eigenen Organe zu besorgen haben.¹⁹ Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden stehen somit in einem den Grundsatz der Trennung der Vollziehungsbereiche überschreitenden Kontrollzusammenhang, der sich aus dem B-VG ergibt, indem sie funktional nicht bloß in jenem Vollzugsbereich tätig werden können, in welchem sie eingerichtet sind. Die Zuordnung ihrer Tätigkeit richtet sich nicht nach dem Vollzugsbereich ihrer orga-

13 Vgl etwa VfGH 5.3.2012, KI-5/11, und VwGH 30.9.2010, 2010/03/0051. Vgl jüngst mwN *Olechowski*, Marksteine in der Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2017, 19 (25 f).

14 Vgl *Holzinger*, Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2014, 209. Vgl ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 3.

15 Vgl *Holzinger*, ZVG 2014, 209.

16 Vgl Art 130 B-VG (insbesondere Abs 3 bis 5).

17 Siehe dazu insbesondere Art 136 B-VG.

18 Entsprechendes gilt für die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt iSd Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG.

19 Vgl etwa VfSlg 1030/1928, VfSlg 4413/1963, VfSlg 16.739/2002.

nisatorischen Einrichtung, sondern funktional nach dem Vollzugsbereich, in welchem ihre Tätigkeit in Anspruch genommen wird. Als Gerichte erfüllen sie ihre Aufgaben allerdings in jedem Vollzugsbereich völlig unabhängig von den in ihren Verfahren belangten Verwaltungsbehörden bzw den diesen vorgeordneten Verwaltungsbehörden.²⁰ Organisatorisch eingerichtet als Institution des Landes oder des Bundes wird ein Verwaltungsgericht somit funktional jeweils für die Vollziehung beider Gebietskörperschaften tätig, was ihm den Charakter eines gemeinsamen gesamtstaatlichen Organes verleiht.²¹

Auf der zweiten Rechtsmittelebene wird dafür die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes auf die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen fokussiert und damit beschränkt.²² Die Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des Verfassungsgerichtshofes wird auf dieser Ebene allerdings auch für die Verwaltungsgerichte beibehalten.²³ Damit wird eine Grenze für die Änderung deutlich, die die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012²⁴ bewirken soll. In den Gesetzesmaterialien wird dies damit begründet, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform am Verhältnis zwischen dem VfGH und dem VwGH nichts ändern soll.²⁵ Die zweite Stufe der sogenannten zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit nehmen der Verfassungsgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof gemeinsam wahr.

III. Zuständigkeit des VwGH

Für die Rolle des Verwaltungsgerichtshofes selbst im Rahmen der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit war es zum einen erforderlich, mit dem Rechtsmittel der Revision verbundene Fragen zu klären. Zentral dafür ist der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

20 Vgl dazu etwa Art 129 und Art 134 Abs 7 B-VG.

21 Der funktionalen Zuordnung der Tätigkeit des Verwaltungsgerichtes korrespondiert die Zuordnung der Tätigkeit von Amtssachverständigen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten; vgl VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027.

22 Art 133 Abs 4 B-VG.

23 Der Text des Art 144 B-VG wurde lediglich daran angepasst, dass nunmehr Verwaltungsgerichte bestehen, die mit Erkenntnissen und Beschlüssen entscheiden; auch die Abtretung einer an den VfGH gerichteten Beschwerde an den VwGH ist in Art 144 Abs 3 B-VG weiterhin vorgesehen.

24 BGBl I 51/2012.

25 Vgl ErIRV 1618 BlgNR 24. GP, 20 („Zu Z 65“ ua). Dass die Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH im Abschnitt „Verfassungsgerichtsbarkeit“ des 7. Hauptstückes und damit systematisch außerhalb des Abschnittes „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ normiert wird, nimmt ihr damit ihren bisherigen Charakter nicht.

Die Zuständigkeit des VwGH beschränkt sich nach Art 133 Abs 1 und 4 B-VG auf die Lösung von Rechtsfragen, die in die Sphäre des Grundsätzlichen reichen. Das sind Rechtsfragen jedenfalls dann, wenn sie in der Rechtsprechung des VwGH noch nicht geklärt wurden, wenn die Judikatur nicht einheitlich ist oder wenn das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung von dieser Rechtsprechung abgewichen ist. Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist als Zugangsschwelle zum VwGH aufzufassen. Im Rahmen seiner Leitfunktion kommt dem VwGH die Entscheidung solcher Rechtsfragen zu.²⁶ Bei einer (ordentlichen und außerordentlichen) Revision handelt es sich um ein nach Rechtskraft der Entscheidung²⁷ des Verwaltungsgerichtes erhobenes Rechtsmittel, das dem zum Verfassungsgerichtshof offenstehenden Rechtsmittel gleichgelagert ist.²⁸

Um das Kalkül der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu operationalisieren, hat der VwGH insbesondere seine Leitlinienjudikatur entwickelt, die ein gewisses Pendant in der Revisionsrechtsprechung des OGH findet.²⁹ Indem der VwGH grundsätzliche Rechtsfragen im Einzelfall löst, gibt er die Leitlinien und Grundsätze vor, innerhalb derer sich die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bewegen soll. Der VwGH hat wiederholt ausgesprochen, dass eine Revision zurückzuweisen ist und so keinen Erfolg haben kann, wenn das Verwaltungsgericht mit seiner Entscheidung die Leitlinien seiner Rechtsprechung beachtet hat und es daher keiner neuen Leitlinien höchstgerichtlicher Rechtsprechung bedarf.³⁰ Im Fokus steht bei der Kontrolle der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte daher die Leitlinienkonformität, die eine besondere Ausformung der Recht- bzw Gesetzmäßigkeitskontrolle darstellt, die dem VwGH aufgetragen ist. Zur Form des Rechtsmittels der Revision entwickelte der VwGH eine differenzierte Judikatur zur Darlegung des grundsätzlichen Charakters der Rechtsfrage.³¹ Die vom VwGH vorzunehmende Kontrolle stützt sich für außerordentliche und ordentliche Revisionen in gleicher Weise jeweils auf

26 Kleiser, Die neue Rolle des Verwaltungsgerichtshofes, ZVG 2014, 40.

27 Vgl dazu § 30 VwGG und § 85 VfGG sowie VwGH 31.1.2017, Ra 2017/03/0001 und VwGH 24.5.2016, Ra 2016/03/0050.

28 Vgl dazu ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 20. Der VfGH stellt im Rahmen seiner Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit einen Teil der neuen zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit dar.

29 VwGH 26.2.2014, Ro 2014/04/0016; VwGH 24.3.2014, Ro 2014/01/0011.

30 Vgl etwa VwGH 18.11.2014, Ra 2014/05/0008; VwGH 27.11.2014, Ra 2014/03/0036; VwGH 17.4.2015, Ra 2015/02/0044; VwGH 27.6.2016, Ra 2016/18/0045.

31 Vgl dazu jüngst Zorn, Leitentscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs zur neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2017, 34 (44 ff).

eine gesonderte Darlegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen iSd Art 133 Abs 4 B-VG.³²

Neuland musste bezüglich der Amtsrevision der Verwaltungsbehörden betreten werden. Mangels subjektiver Beschwer eröffnet die Amtsrevision die Möglichkeit, jeglichen Mangel einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung aufzugreifen,³³ aufgrund des im Institut der Amtsrevision zum Ausdruck kommenden Richtigkeitsanspruches der Verwaltungsbehörde kann diese auch die Säumnis eines Verwaltungsgerichtes mittels eines Fristsetzungsantrages beim VwGH bekämpfen.³⁴ Insgesamt trägt das Amtsrevisionsverfahren die Züge eines Organstreites, wie er so vor dem VwGH nicht existierte.

Weiters musste der VwGH sowohl für seine Kompetenz für Fristsetzanträge als auch für seine neue Kompetenzgerichtsbarkeit für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit Routinen schaffen. Erwähnenswert zur Kompetenzgerichtsbarkeit ist, dass der bloße Verweis auf das VfGG im VwGG eine Reihe von verfahrensrechtlichen Klarstellungen verlangte, etwa betreffend die Prozessbeteiligten, mündliche Verhandlungen und Verfahrenskosten.³⁵ Zudem setzt das Kompetenzstreitverfahren, anders als im Rahmen des Art 138 B-VG, grundsätzlich rechtskräftige Unzuständigkeitsentscheidungen der beteiligten Gerichte voraus.³⁶

Beim Fristsetzungsantrag erfolgt im Gegensatz zur (früheren) Säumnisbeschwerde keine Entscheidung durch den VwGH selbst, das Verfahren endet mit der förmlichen Setzung einer Entscheidungsfrist.³⁷

IV. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art 130 B-VG sind nach den Gesetzesmaterialien so zu verstehen, dass die neue Konstruktion den

32 Im Fall einer außerordentlichen Revision trifft die Verpflichtung zur gesonderten Darlegung der Revisionszulässigkeit nach § 28 Abs 3 VwGG die revisionswerbende Partei alleine, sonst das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Begründungspflicht nach § 25a Abs 1 VwGG, wobei auch bei einer ordentlichen Revision den Revisionswerber insoweit eine Darlegungsverpflichtung trifft, als er die Begründung des Verwaltungsgerichtes als nicht ausreichend bzw andere Rechtsfragen für grundsätzlich erachtet. Vgl VwGH 31.1.2017, 2017/03/0001.

33 Vgl etwa VwGH 6.4.2016, Fr 2015/03/0011; VwGH 15.4.2016, Ra 2014/02/0058.

34 VwGH 6.4.2016, Fr 2015/03/0011.

35 Vgl etwa VwGH 19.5.2015, Ko 2014/03/0001.

36 VwGH 18.2.2015, Ko 2015/03/0001.

37 § 42a VwGG.

Erfordernissen des Art 6 EMRK und des Art 47 EU-GRC gerecht werden muss.³⁸ Die Verwaltungsgerichte nehmen damit in der neuen Struktur der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Schlüsselposition ein.

Vor diesem Hintergrund war zur Zuständigkeit der neuen Verwaltungsgerichte manch „gordischer Knoten“ zu lösen.³⁹

Eine solche Verschlingung charakterisierte die zentrale Frage, welchen Beitrag die neuen Verwaltungsgerichte zur Erledigung der Angelegenheit leisten, die Gegenstand des Verfahrens der vom Gericht kontrollierten Verwaltungsbehörde war. Ist Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens lediglich die Erledigung der Beschwerde gegen den verwaltungsbehördlichen Bescheid oder geht die Kontrollaufgabe darüber hinaus, indem das Gericht auch die Angelegenheit erledigt, die die Verwaltungsbehörde beschäftigte. Aufgehängt ist diese Problematik in den Rechtsvorschriften zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Verwaltungsgericht in der Sache zu entscheiden hat.

Auf dem Boden einer breit angelegten Inhaltsanalyse unter Heranziehung sämtlicher Auslegungskanons – das heißt, ausgehend vom Wortlaut der maßgeblichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Art 130 und 131 B-VG, unter Beachtung der Gesetzesmaterialien dazu sowie zu dem diese Verfassungsbestimmungen umsetzenden Verfahrensrecht ebenso wie der für diesen erkennbaren Zielsetzungen und der Systematik dieser Regelungen – kam der Verwaltungsgerichtshof letztlich zum selben Ergebnis wie der Verfassungsgerichtshof, dass die Verwaltungsgerichte nämlich regelmäßig in der Sache selbst und damit bezüglich der Verwaltungssache entscheiden.^{40, 41} Dies bedeutet, dass sich Verwaltungsgerichte grundsätzlich nicht bloß nachprüfend aus einer „Vogelschauperspektive“ mit dem Fall auseinandersetzen dürfen, wie dies den beiden Gerichtshöfen vorbehalten ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat dies – wie sich aus Systematik, Materialien und Zielsetzung der Rechtsvorschriften letztlich ergibt – dahin präzisiert, dass das Verwaltungsgericht grundsätzlich nur in Ausnahmefäl-

38 MwN VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038.

39 Vgl. *Wiederin*, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeswerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149 (153).

40 Etwa VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 27.8.2014, Ro 2014/05/0062; VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066; VwGH 26.3.2015, Ra 2014/07/0077; VwGH 30.6.2015, Ra 2015/03/0022; VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032; VwGH 30.6.2016, Ra 2016/11/0044.

41 Gemeint ist damit insbesondere, dass die Verwaltungsgerichte in der Regel nicht bloß kassatorisch entscheiden. Auch im Fall einer bloß kassatorischen Entscheidung wird im Übrigen eine funktionale Verflechtung mit der Verwaltung nicht hintangehalten, zumal auch dann die Behörde der Rechtsauffassung des Gerichtes zu folgen hat.

len die Angelegenheit an die Verwaltungsbehörde zurückverweisen darf.⁴²

Diesem Grundsatz der Sachentscheidung korrespondiert im Ergebnis die Lösung der damit in einem entscheidungsfunktionalen Zusammenhang stehenden Frage, wie förmlich und konzis eine Beschwerde gegen die verwaltungsbehördliche Entscheidung gestaltet sein muss und welche Prüfpflicht das Verwaltungsgericht trifft. Wiederum anhand einer historischen, insbesondere einer entwicklungsgeschichtlichen Analyse, aber auch grammatikalischer, systematischer und teleologischer Überlegungen folgen die Anforderungen an das Rechtsmittel der Beschwerde an das Verwaltungsgericht grundsätzlich dem für eine administrative Berufung normierten Niveau.⁴³ Ferner hat das Verwaltungsgericht die Aufgabe, eine umfassende inhaltliche Prüfung vorzunehmen, ohne an das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei streng gebunden zu sein, und dabei auch unbekämpft gelassene, aber untrennbare Teile der verwaltungsbehördlichen Entscheidung – wie etwa Auflagen – einzubeziehen.⁴⁴ Zudem gilt grundsätzlich das Amtswegigkeitsprinzip des § 39 Abs 2 AVG iVm § 17 VwGVG.⁴⁵ Die Prüfungsbefugnis ist aber keine unbegrenzte: Der äußerste Rahmen ist die Sache des bekämpften Bescheides, das heißt jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde gebildet hat; bei trennbaren Absprüchen schränkt sich der Rahmen auf den bekämpften Spruchteil ein. In diesem Rahmen obliegt es dem Verwaltungsgericht, zu prüfen, ob der bekämpfte Bescheid auf dem Boden der subjektiven öffentlichen Parteirechte in der Rechtsordnung Deckung finden kann.⁴⁶ Anders als einer administrativen Berufsbehörde steht es dem Verwaltungsgericht nicht offen, darüber hinausgehend den Bescheid in jede Richtung zu ändern, wie dies § 66 Abs 4 AVG für diese normiert.

Klarzustellen war im Lichte des Rechtsschutzes auch der Standard für die Begründung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen. Vom Verwaltungsgerichtshof wurde festgehalten, dass das Verwaltungsgericht in der Begründung seiner Entscheidung den zu Grunde gelegten Sachverhalt samt den für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen sowie die darauf gestützte rechtliche Beurteilung klar und

42 Etwa VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 26.3.2015, Ra 2014/07/0077; VwGH 31.1.2016, Ra 2016/03/0063.

43 Etwa VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066, mwN; VwGH 28.4.2016, Ra 2015/07/0057.

44 Etwa VwGH 27.4.2015, Ra 2015/11/0022; VwGH 9.9.2015, Ro 2015/04/0012; VwGH 19.4.2016, Ra 2016/12/0039.

45 Etwa VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.

46 VwGH 26.3.2015, Ra 2014/03/0067; VwGH 26.3.2015, Ra 2014/03/0077.

übersichtlich darlegen muss.⁴⁷ Gerade im Fall widerstreitender Sachvorbringen und widerstreitender Beweisergebnisse ist eine eingehende Begründung erforderlich. Die tragenden Überlegungen der Begründung müssen sich aus der Entscheidung des Verwaltungsgerichts (angesichts seiner Rolle als Gericht) selbst ergeben, Verweise auf den Bescheid reichen dazu nicht hin.⁴⁸ Ein Verwaltungsgericht wird seiner Begründungsverpflichtung nur gerecht, wenn es seine Erwägungen derart offenlegt, dass eine revisionswerbende Partei in die Lage versetzt wird, diesen vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts entgegenzutreten. Dieser Verpflichtung wird schon dann nicht entsprochen, wenn das Verwaltungsgericht in seiner Entscheidungs begründung die für den zu entscheidenden Fall relevante Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (obwohl etwa Parteien ohnehin auf einschlägige Judikatur verwiesen) nicht nannte, sich damit nicht näher auseinandersetzte und es derart ferner auch unterließ, seine Abweichung von der Rechtsprechung näher zu begründen.⁴⁹ Dann erweist sich aber auch sein Ausspruch gemäß § 25a VwGG, dass die ordentliche Revision gegen die vorliegende Entscheidung nicht zulässig sei, als unzutreffend. Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung unter anderem dann gegeben, wenn das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. In einem solchen Fall der Abweichung besteht für einen Ausspruch dahin, dass die Revision nicht zulässig sei, kein Raum. Die Rechtslage geht dahin, dass das Verwaltungsgericht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (bzw ihren Leitlinien und Grundsätzen) folgt, was dann die Zulassung der Revision entbehrlich macht.⁵⁰

Vergleichbares gilt für die Verhandlungspflicht der Verwaltungsgerichte. Auch diesbezüglich war vom VwGH folgende prinzipielle Linie zu entwickeln: Werden der Sachverhalt vor dem Verwaltungsgericht bestritten bzw die verwaltungsbehördliche Beweiswürdigung substantiiert bekämpft, ist auch außerhalb des Verwaltungsstrafrechtes grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Dann hat das

47 Etwa VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03/0076; VwGH 28.11.2014, Ra 2014/01/0085; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/04/0068; VwGH 17.12.2014, Ra 2014/03/0038; VwGH 13.1.2015, Ra 2014/02/0130; VwGH 20.5.2015, Ra 2015/10/0023; VwGH 16.6.2015, Ra 2015/19/0036; VwGH 26.4.2016, Ra 2015/09/0137; VwGH 27.4.2016, Ra 2015/10/0082; VwGH 22.5.2016, Ra 2016/11/0038; VwGH 25.5.2016, 2013/06/0097; VwGH 30.6.2016, Ra 2016/11/0061.

48 VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03/0076; VwGH 28.11.2014, Ra 2014/01/0085; VwGH 28.1.2015, Ra 2014/18/0097.

49 VwGH 27.11.2014, Ra 2014/03/0036.

50 Vgl ErIRV 1618 BlgNR 12. GP, 1 zu den Zielsetzungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012.

Verwaltungsgericht (selbst bei anwaltlich Vertretenen) auch ohne Antrag von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen,⁵¹ zumal die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ohne Parteienantrag nicht im Belieben, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Verwaltungsgerichts steht.⁵² Eine Verhandlung ist insbesondere dann durchzuführen, wenn es um „civil rights“ oder „strafrechtliche Anklagen“ im Sinn des Art 6 EMRK oder um die Möglichkeit der Verletzung einer Person eingeräumter Unionsrechte (Art 47 EU-GRC) geht und eine inhaltliche Entscheidung in der Sache selbst getroffen wird.⁵³ Da das Ermittlungsverfahren als Handhabung des Verfahrensrechts und zudem mit Blick auf materielle Rechtslagen erfolgt, lassen sich im Übrigen die Erörterungen einer Verhandlung nicht von den damit gegebenen Rechtsfragen gelöst durchführen.⁵⁴

Wenn der VfGH und der VwGH eine Konsumption der verwaltungsbehördlichen Entscheidung durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichts annehmen, stößt dies auf Kritik.⁵⁵ Allerdings basiert die Konsumption konsequent auf folgenden Überlegungen: Weist das Verwaltungsgericht eine Beschwerde als unbegründet ab und ändert es den Bescheid nicht, erlässt es ein neues, inhaltlich mit dem Bescheid übereinstimmendes Erkenntnis. Da dieses Erkenntnis im Rechtsmittelweg die Sache erledigt, über die mit dem Bescheid abgesprochen wurde, handelt es sich um eine gerichtliche Enderledigung, neben der die frühere administrativbehördliche keine eigenständige Existenz hat. Gleiches muss konsequenterweise für die Entscheidung eines Verwaltungsgerichts gelten, mit dem eine den Inhalt des Bescheides aufhebende oder abändernde Entscheidung getroffen wird. VfGH und VwGH nehmen daher an, dass die verwaltungsgerichtliche Sachentscheidung an die Stelle des Bescheides tritt, der damit aus dem Rechtsbestand ausscheidet. Weist das Verwaltungsgericht die gegen einen verwaltungsbehördlichen Bescheid erhobene Beschwerde als unbegründet ab und lässt es den Bescheid unverändert, ist seine Entscheidung derart zu werten, dass das Verwaltungsgericht ein mit dem verwaltungsbehördlichen Bescheid übereinstimmendes Erkenntnis erlässt.⁵⁶ Angesichts seiner Sachentscheidungs- und Sacherledigungskompetenz tritt aber nicht nur ein solches Erkenntnis, sondern jede Entscheidung des Verwaltungsgerichtes, die – allenfalls unter

51 Vgl dazu *Lehofer*, Die Verhandlungspflicht der Verwaltungsgerichte, ÖJZ 2014, 849.

52 VwGH 9.9.2014, Ro 2014/09/0049.

53 Vgl VwGH 19.5.2015, Ro 2015/05/0004.

54 VwGH 20.12.2016, Ra 2016/03/0113.

55 Vgl den Beitrag von *Stefan Storr* in diesem Band.

56 VwGH 24.3.2015, Ro 2014/15/0042; VfGH 11.6.2015, E 1286/2014.

Rückgriff auf den Inhalt bzw Abspruch eines (in Beschwerde gezogenen) verwaltungsbehördlichen Bescheides – die Angelegenheit erledigt, die zunächst von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden war, an die Stelle des beim Verwaltungsgericht bekämpften Bescheides. In diesem Sinn hat der VfGH schon festgehalten, dass (spätestens) mit der „(Sach-)Entscheidung“ des Verwaltungsgerichtes der angefochtene Bescheid aus dem Rechtsbestand beseitigt wurde und damit die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes an die Stelle des Bescheides getreten ist.⁵⁷ Im Übrigen tritt durch eine Aufhebung die Rechtssache in die Lage zurück,⁵⁸ in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Beschlusses befunden hat; allfällige auf der Basis der aufgehobenen Entscheidung gesetzte Individualrechtsakte treten damit außer Kraft, wenn sie in derselben Rechtssache ergangen sind.⁵⁹

Aus dem weiten Feld höchstgerichtlicher Klarstellungen zur Rolle der Verwaltungsgerichte können noch kurz zwei Punkte genannt werden, die funktional bedeutsam sind: Da es der Verfassungsgesetzgeber offenbar für entbehrlich hielt, die Frage der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zu normieren, wurden beide Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts vor diese Frage gestellt und lösten sie – wenngleich mit verschiedenen Argumenten – dahin, dass diese Entscheidungen rechtskräftig werden.⁶⁰ Keine besondere Regelung im Verfahrensrecht erfuhr ferner die Möglichkeit der Verwaltungsgerichte, in ihren Verfahren Amtssachverständige beizuziehen, die organisatorisch den Verwaltungsbehörden beigegeben sind. Der VfGH und in der Folge der VwGH sehen die Beiziehung für rechtmäßig, sofern keine Befangenheit entgegensteht;⁶¹ ferner steht aus funktionellen Überlegungen dem Gericht jener Kreis der Amtssachverständigen zur Verfügung, den schon die Verwaltungsbehörde heranziehen konnte.⁶² Der Kreis ist damit in der Regel größer als derjenige, den schon die Organisationsgesetzgeber den von ihnen eingerichteten Verwaltungsgerichten hinsichtlich der Amtssachverständigen ihrer Gebietskörperschaft eröffneten.

57 VfGH 6.5.2014, B 320/2014; VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032.

58 § 42 Abs 3 VwGG.

59 VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031.

60 Vgl VwGH 24.5.2016, Ra 2016/03/0050; VfGH 18.6.2014, G 5/2014 (VfSlg 19.882/2014).

61 VfGH 7.10.2014, E 707/2014; VwGH 14.4.2016, Ra 2015/06/0037; VwGH 26.7.2016, Ra 2016/05/0062.

62 VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027.

V. Beitrag zur Dogmatik

Zur Charakterisierung der dogmatischen Linien dieses Fallrechts ergibt sich skizzenhaft, dass VwGH und VfGH immer wieder schon vorhandene Rechtsprechung auf die neuen Gegebenheiten der Verwaltungsgerichte übertragen bzw adaptieren.⁶³ Dabei kann partiell auf Überlegungen in der Lehre zurückgegriffen werden, die vor allem zur Zeit der Einführung der Verwaltungsgerichte entwickelt wurde. Möglicherweise werden in der Lehre die Unterschiede zum „alten System“ tendenziell stärker herausgestrichen, während die Gerichtshöfe schon entwickelte Problemlösungsmodelle eher in Anspruch nehmen. Auch der VwGH hat die mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle verbundene Systemänderung herausgestrichen, allerdings in Kontexten zu denen die Systemunterschiede bislang weniger Beachtung fanden, wie den verwaltungsbehördlichen Rechtsmittelmöglichkeiten gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen (Amtsrevision)⁶⁴, dem Einsatz von Amtssachverständigen durch die Verwaltungsgerichte⁶⁵ oder der Kompetenzgerichtsbarkeit des VwGH⁶⁶. Ein umfassendes Eingehen auf Auslegungsgesichtspunkte und Auslegungsmaterial in der Rechtsprechung zur Rekonstruktion der rechtlichen Vorgaben (etwa zu zentralen Systemfragen⁶⁷) lässt im Ergebnis die besseren Argumente in komplexen und komplizierten Entscheidungssituationen klarer identifizieren. In diesem Zusammenhang wurde mitunter über das übliche Format höchstgerichtlicher Entscheidungen hinausgegangen. Einer Kritik an dieser Judikatur muss freilich eingeräumt werden, dass sich die Rechtsprechung Fall um Fall entwickelt und sie sich daher mitunter nur auf eine noch nicht voll ausgebaute Rechtsprechungslinie beziehen kann. Zur akademisch originierten Dogmatik⁶⁸ mit ihrer Rolle als systematisiertes Norminhalts- und Normanwendungswissen, die Judikatur verarbeitet und damit dann wieder Judikatur prägt,⁶⁹ tritt zur neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem derzeitigen Stand die

63 Vgl. *Faber*, Konstitutionelle Rahmenbedingungen für die Umsetzung der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2017, 27 (insbesondere 32).

64 Etwa VwGH 6.4.2016, Fr 2015/03/0011.

65 VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027.

66 Etwa VwGH 19.5.2015, Ko 2014/03/0001.

67 Etwa VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.

68 Die Bindung an das geltende Recht scheint einen dogmatischen Charakter der juristischen Erkenntnispraxis zu verlangen; vgl. näher *Albert*, Traktat über rationale Praxis (1978) 69.

69 Zur Steuerungsfunktion von Dogmatik siehe etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie⁹ (2016) Rz 321 ff, insbesondere Rz 325.

höchstgerichtliche institutionalisierende Rechtsprechung als richterlich geprägte Dogmatik.

VI. Schlussbemerkung

In den letzten drei Jahren gab es von beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts zu einer Reihe von Zweifelsfragen judikative Klarstellungen. Im Sinn des stufenweisen Fortschreitens der Rechtsprechung reichen die gesetzten Schritte in der Regel zur Lösung des anstehenden Falles und sind oft genauso recht überschaubar wie die verbleibenden Spielräume relativ größer. Auch die in den grundsätzlichen Entscheidungen, wie etwa zur Sachentscheidung aufgestellten Kalküle bedürfen der konkreteren Entfaltung für einzelne Rechtsbereiche wie für typische Entscheidungslagen. Das kann nur gemeinsam geschehen, so wie *Tom Bingham*, Senior Law Lord, einer der bekanntesten Richter des Vereinigten Königreiches, meinte: „*In the law, nothing is the work of one Court, or one man.*“⁷⁰ Weder im Kosmos des Verwaltungsgerichtshofs selbst noch im Makrokosmos der Verwaltungsgerichtsbarkeit lässt sich rechtlich ohne den Handlungszusammenhang mit anderen Beteiligten agieren.

Die von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts geklärten Punkte verlangen freilich Beachtung seitens der Verwaltungsgerichte, was sich gerade aus der Leitlinienjudikatur ergibt.⁷¹

⁷⁰ *Bingham*, *The Business of Judging* (2011) 34.

⁷¹ Eine Kritik dieser Rechtsprechung wird in der Regel zu kurz greifen, wenn sie einer Auseinandersetzung mit ihren Argumenten und Argumentationsfolgen aus dem Weg geht.

Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bundesverwaltungsgericht und Landesverwaltungsgerichten und die Kompetenzgerichtsbarkeit des Verwaltungsgerichtshofes

I. Kompetenzverteilungen im Bundesstaat

Zuständigkeitsfragen sind auch in einem demokratischen Verfassungsstaat stets Machtfragen. Umso wichtiger ist es, dass die Regeln dieser Machtverteilung, wie sie vor allem in Bundesstaaten als „System der Trennung und Verflechtung“¹ große Relevanz haben, klar und eindeutig sind. Die österreichische Kompetenzverteilung ist auch in rechtsvergleichender Sicht sehr kleinteilig, sie gilt nicht zuletzt deshalb als reformbedürftig.² Einen nicht unwesentlichen Teil einer solchen „Bundesstaatsreform“ stellt die Einführung erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte dar, bekamen damit die Länder doch erstmals Anteil an der dritten Gewalt, der Gerichtsbarkeit. Die Bundesverfassung erhielt damit aber auch eine neue Ausprägung der Kompetenzverteilung. Erstmals stellte sich die Frage, welche Gebietskörperschaft für die gesetzliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig ist,³ maW welche Grenze zwischen der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) und der Verwaltungsgerichte der Länder zu

* Ich danke Philipp Haas, LL.M. (WU), und Julia Kolar, LL.M. (WU), herzlich für ihre sachkundige und engagierte Unterstützung.

1 Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 306 ff.

2 Dazu etwa Gamper, Aktuelle Herausforderungen an ein „bewegliches System“ der österreichischen Bundesverfassung (2008) 37 ff; Khol/Konrath, Bilanz des Österreich-Konvents und Fortsetzung der Verfassungsreform, in: Khol et al (Hg), Österreichisches Jahrbuch für Politik 2005 (2006) 431; Holzinger, Aktuelle Fragen des Bundesstaatsprinzips, in: Berka et al (Hg), Verfassungsreform. Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents (2004) 71 (72 ff).

3 Art 10 Abs 1 Z 1 und Art 136 Abs 1 B-VG. Öhlinger, Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung, in: Fischer/Pabel/Raschauer (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) Rz 50, 57 ff. Zum Organisations- und Verfahrensrecht etwa Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 650 ff; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 927/12 ff; Berka, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 909 ff; Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2016) Rz 1063 ff.

ziehen ist. Bei allen Unterschieden zwischen der „großen“⁴ – die Gesetzgebung und Verwaltung betreffenden – und der „kleinen“⁵ – die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz betreffenden – Kompetenzverteilung ist ein Grundgedanke der gleiche: die Normierung einer Generalklausel zugunsten der Länder.⁶ Genauer gesagt sind es deren bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit gleich zwei: die eine gilt für die zentralen obligatorischen Zuständigkeiten, wie vor allem das Bescheidbeschwerdeverfahren, das Maßnahmenbeschwerdeverfahren und jenes der Säumnisbeschwerde,⁷ die zweite gilt für das fakultativ vorgesehene, freilich bislang nur in Ansätzen eingerichtete Institut⁸ der „Verhaltensbeschwerde“.⁹ Damit ist zunächst einmal klargestellt, dass es für die anderen Verfahrensarten keine allgemeine Generalklausel gibt, sondern spezielle Regelungen,¹⁰ vor allem für das Vergaberecht¹¹ oder das Dienstrecht.¹²

4 Dazu etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 235 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 247 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 394 ff; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht Rz 151 ff; *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht 313 ff.

5 Dazu *Janko*, Bundesfinanzgericht, Bundesverwaltungsgericht oder Landesverwaltungsgerichte?, in: *Janko/Leeb* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 47 (49 ff); *Öhlinger*, Verwaltungsgerichte Rz 68 ff; *Fischer/Zeinhofer*, Organisation, Besetzung und Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte, in: *Fischer/Pabel/Raschauer* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) Rz 95 ff; *Madner*, Organisation, Besetzung und Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, in: *Fischer/Pabel/Raschauer* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) Rz 70 ff.

6 Art 15 Abs 1 B-VG: „Soweit eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist, verbleibt sie im selbständigen Wirkungsbereich der Länder.“

7 Art 131 Abs 1 B-VG: „Soweit sich aus Abs. 2 und 3 nicht anderes ergibt, erkennen über Beschwerden nach Art. 130 Abs. 1 die Verwaltungsgerichte der Länder.“

8 Dazu näherhin *Holoubek*, Die Verhaltensbeschwerde – Das Verfahren über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit sonstigen Verhaltens einer Verwaltungsbehörde, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 113 (122 ff).

9 Art 131 Abs 6 B-VG: „Über Beschwerden in Rechtssachen, in denen ein Gesetz gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vorsieht, erkennen die in dieser Angelegenheit gemäß den Abs. 1 bis 4 dieses Artikels zuständigen Verwaltungsgerichte. Ist gemäß dem ersten Satz keine Zuständigkeit gegeben, erkennen über solche Beschwerden die Verwaltungsgerichte der Länder.“

10 Art 131 Abs 2 zweiter und dritter Satz B-VG.

11 Da die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung von Angelegenheiten der Nachprüfung von Auftragsvergaben zwischen Bund und Ländern geteilt ist, ist der Rechtsschutz zersplittert. Für Vergabeverfahren, die von Organen des Bundes bzw dem Bund zurechenbaren Auftraggebern durchgeführt werden, ist das BVwG gemäß §§ 291 und 312 BVergG 2006 zuständig und für die Nachprüfung von Auftragsvergaben durch dem Land zurechenbare öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber ist durch die jeweiligen Vergaberechtsschutzgesetze der Länder ein Rechtsschutz an das LVwG vorgesehen (siehe etwa § 3 Tiroler Vergabennachprüfungsgesetz 2006).

Aber gerade in den genannten Fällen wirft diese Zuständigkeitsverteilung durchaus komplexe Fragen auf, von denen bislang durch die Judikatur nur einige gelöst wurden. Zeichnet man das Bild eines Flusses, dann kann man sich zunächst von den gesicherten Uferbereichen nähern und dann die weniger befestigten Bereiche näher in Augenschein nehmen. Problemzonen unbefestigter Uferbereiche verdienen dabei besondere Aufmerksamkeit, man könnte hier durchaus sagen, dass die Dinge nach wie vor im Fluss sind.

II. Von neuen Systemen und alten Problemen

A) *Emanzipation vom „Denken im alten System“*

Die Ersetzung des früheren administrativen Rechtsschutzes durch die gerichtliche Kontrolle bedingt, dass das „Systemdenken“ der früheren administrativen Instanzenzüge nicht auf die Zuständigkeitsabgrenzung im neuen System übertragen werden kann.¹³ Dass im „alten“ System Instanzenzüge idR bis zum obersten Verwaltungsorgan gingen – in der unmittelbaren, zT auch in der mittelbaren Bundesverwaltung bis zum Bundesminister (BM), in der Landesverwaltung zur Landesregierung (LReg) – hat heute nur begrenzte Aussagekraft für die Frage, ob eine Zuständigkeit des BVwG oder des jeweiligen LVwG gegeben ist. Denn zum einen waren bekanntlich vor der Einrichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz Sonderbehörden¹⁴ eingerichtet, und ausschließlich auf Ebene der Länder gab es die UVS,¹⁵ die auch zur Kontrolle der obersten Organe berufen waren. Allein die diesbezügliche Duplizierung – durchgängiger tribunalmäßiger Rechtsschutz auf Bundes- und Landesebene – zeigt, dass das System neu zu denken ist. Gerichtliche Kontrolle durch elf Gerichte ist etwas anderes als Rechtsschutz durch insgesamt 13 BM, neun LReg, neun UVS, den UFS und die

12 Über Streitigkeiten aus vertraglichen Dienstverhältnissen von Vertragsbediensteten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbänden entscheiden gemäß Art 21 Abs 1 B-VG die ordentlichen Gerichte. Für Bundesbeamte besteht gemäß Art 131 Abs 2 letzter Satz B-VG eine Zuständigkeit des BVwG. Dazu näherhin Mayer/Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Art 130 B-VG II.4.

13 Dazu eingehend Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 428 ff.

14 Dazu etwa Kopetz, Abschaffung aller „Sonderbehörden“, JRP 2007, 239 (zu den früheren Reformplänen) und N. Raschauer, Die Auflösung (fast) aller Sonderbehörden, in: Fischer/Pabel/Raschauer (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) Rz 15 ff.

15 Art 129a ff B-VG idF vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51/2012. Dazu etwa Pernthaler, Bundesstaatsrecht 786 ff.

gesamte Palette von Sonderbehörden, die auch Rechtsschutzaufgaben hatten und mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 größtenteils aufgelöst wurden.¹⁶

B) Die Komplexität der Kompetenzverteilung

Dieses Denken in der neuen Kompetenzverteilung ist aber kein einfachgestricktes. Denn die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem BVwG und den LVwG erweist sich, auch wenn das Ansinnen des Verfassungsgesetzgebers durchaus anders intendiert war, als höchst komplex. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass über die Auslegung der maßgeblichen Verfassungsnorm des Art 131 B-VG in ihrem Kernbestand, nämlich der Kompetenzabgrenzung zwischen dem BVwG und den LVwG, bislang keine vollständige Klarheit herrscht. Der Dreh- und Angelpunkt ist dabei die Auslegung der Kompetenzzuweisung an das BVwG „in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden“, in Art 131 Abs 2 B-VG^{17,18}. Daneben – sieht man vom speziellen Zuständigkeitsbereich des Bundesfinanzgerichts (BFG) einmal ab¹⁹ – bestehen die „Flexibilitätsklauseln“, die – von der Ausnahme des UVP-Rechts abgesehen – Zuständigkeitsverschiebungen an eine Zustimmung der jeweils gegenbeteiligten Gebietskörperschaft koppeln.²⁰ Art 131 Abs 4 und 5 B-VG ermächtigen den einfachen Gesetzgeber somit –

16 Zur jüngeren Entwicklungsgeschichte etwa *Steiner*, Das Projekt „zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit“, in: *Janko/Leeb* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 1 (2 ff); *Öhlinger*, Verwaltungsgerichte Rz 39 ff; *Berka*, Verfassungsrecht Rz 896 ff.

17 „Soweit sich aus Abs. 3 nicht anderes ergibt, erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden. Sieht ein Gesetz gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 2 eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vor, erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes über Beschwerden in Rechtssachen in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 in Vollziehung Bundessache sind. Sieht ein Gesetz gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 3 eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vor, erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes über Streitigkeiten in dienstrechtlichen Angelegenheiten der öffentlich Bediensteten des Bundes.“

18 Dazu etwa *Janko*, Bundesfinanzgericht 63 ff; *Madner*, Bundesverwaltungsgericht Rz 70 ff.

19 Art 131 Abs 3 B-VG: „Das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen erkennt über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 bis 3 in Rechtssachen in Angelegenheiten der öffentlichen Abgaben (mit Ausnahme der Verwaltungsabgaben des Bundes, der Länder und Gemeinden) und des Finanzstrafrechts sowie in sonstigen gesetzlich festgelegten Angelegenheiten, soweit die genannten Angelegenheiten unmittelbar von den Abgaben- oder Finanzstraßbehörden des Bundes besorgt werden.“

20 Näherhin *Janko*, Bundesfinanzgericht 73 ff; *Madner*, Bundesverwaltungsgericht Rz 81 ff; *Öhlinger*, Verwaltungsgerichte Rz 64 ff.

unabhängig vom Kriterium der Erforderlichkeit iSd Art 136 Abs 2 B-VG²¹ – in Abweichung von Art 131 B-VG eine Zuständigkeit des jeweils anderen Verwaltungsgerichts (VwG) vorzusehen. Dieses System der „Flexibilitätsklauseln“ verhindert zwar eine allzu große Starrheit des Systems, es verlangt aber zunächst Klarheit über die Grundregel und die ist – wie sich zeigt – noch nicht in jeder Hinsicht vorhanden. Die Judikatur der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts hat freilich wichtige Klarstellungen im Hinblick auf diese Zuständigkeitsabgrenzung geleistet. Sie hat manches aber noch offen gelassen. Um beides soll es im Folgenden gehen.

III. Geklärtes und Problemzonen²²

A) *Befestigte Uferbereiche*

Die Betrachtung kann man zunächst an den befestigten Uferbereichen beginnen. Klar ist, dass die Kontrolle der Landesverwaltung den LVwG obliegt.²³ Klar ist auch – und die Materialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012²⁴ verdeutlichen dies in wünschenswerter Aus-

21 Dazu aus der Judikatur etwa VfSlg 19.905/2014, 19.921/2014, 19.969/2015, 19.987/2015; VfGH 23.2.2016, G 574/2015.

22 Teile der nachstehenden Subabschnitte finden sich in gekürzter Form auch in *Eberhard/Ranacher/Weinhandl*, Rsp-Bericht, ZfV 2016/48-2 ff.

23 *Pürgy*, Das Landesverwaltungsgericht erster Instanz: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 49 (57); *Pavlidis*, Die sachliche Zuständigkeitsabgrenzung der Verwaltungsgerichte 1. Instanz: Probleme und Widersprüche, ÖJZ 2013, 805 (807); *Fischer/Zeinhofer*, Organisation Rz 101; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahren-recht¹⁰ (2014) Rz 691.

24 ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 15: „Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes gemäß dem vorgeschlagenen Art. 131 Abs. 2 erster Satz knüpft daran an, dass eine Angelegenheit in unmittelbarer Bundesverwaltung (im Sinne des Art. 102 B-VG) besorgt wird; dies unabhängig davon, ob die betreffende Angelegenheit in Art. 102 Abs. 2 B-VG genannt ist oder sich ihre Besorgung in unmittelbarer Bundesverwaltung aus anderen Bestimmungen ergibt (siehe *Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* [Hrsg.], Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz [2008], 29 [35 ff]). Eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes besteht also auch dann, wenn die Vollziehung durch Bundesbehörden erfolgt, die gemäß Art. 102 Abs. 4 B-VG mit Zustimmung der Länder für andere als die im Abs. 2 bezeichneten Angelegenheiten errichtet wurden.

Keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes besteht hingegen,

- wenn mit der Vollziehung einer Angelegenheit gemäß Art. 102 Abs. 3 B-VG der Landeshauptmann beauftragt ist;
- wenn in einer Angelegenheit, die in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt wird, gemäß Art. 102 Abs. 1 zweiter Satz B-VG in Unterordnung unter den Landeshauptmann Bundesbehörden mit der Vollziehung betraut sind;

föhrlichkeit –, dass die mittelbare Bundesverwaltung ebenso von den LVwG kontrolliert wird. Was auf Ebene von Landesbehörden im organisatorischen Sinn vollzogen wird, soll – so der Anspruch – auch von LVwG kontrolliert werden. Aber auch in jenen Fällen, in denen der BM in der mittelbaren Bundesverwaltung erste und letzte Instanz ist, sollen die LVwG die maßgebliche Kontrollinstanz sein. Dies zeigt sehr deutlich, dass dem Konzept der Zuständigkeitsverteilung jedenfalls kein ausschließlich organisatorisches Konzept zugrunde liegt.

Umgekehrt bestehen im Bereich unmittelbarer Bundesbehörden keine größeren Schwierigkeiten, diese der Zuständigkeit des BVwG zuzuordnen.²⁵ Dies wurde für das Regulierungsrecht, etwa mit Blick auf die KommAustria²⁶ oder Fernmeldebüros im Telekommunikationsrecht,²⁷ durch die Judikatur bereits klargestellt.

B) Problemzonen

1. „Mischsysteme“ in der mittelbaren Bundesverwaltung

Schwierigkeiten bereiten nach wie vor Fälle, in denen zwar unmittelbare Bundesverwaltung nach dem System des Art 102 Abs 2 B-VG oder nach einer anderen Verfassungsbestimmung zulässigerweise eingerichtet werden kann, auf Basis der materiengesetzlich getroffenen Zuständigkeitsbegründungen aber verlässliche Aussagen darüber, ob der Tatbestand des Art 131 Abs 2 B-VG erfüllt ist, schwerfallen. Besonders deutlich wird das bei „Mischsystemen“, die Zuständigkeiten sowohl von BM als auch des jeweiligen Landeshauptmanns (LH) vorsehen. So enthalten einige Materiengesetze je nach konkretem Verfahrensgegenstand Zuständigkeiten beider Organe. Betrifft diese Konstellation nun eine Materie, für die weder Art 102 Abs 2 B-VG noch eine andere Verfassungsbestimmung die Vollziehung in unmittelbarer Bundesverwaltung ermöglichen, dann ist davon auszugehen, dass jeder Rechts-

-
- wenn in einer Angelegenheit, die in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt wird, (ausnahmsweise) eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesministers vorgesehen ist.

Andernfalls käme es nämlich in den beiden zuletzt genannten Fällen zu einer zwischen dem Verwaltungsgericht des Landes und dem Verwaltungsgericht des Bundes nach organisatorischen Kriterien geteilten Zuständigkeit in ein und derselben (kompetenzrechtlichen) Angelegenheit, was dem Gedanken widerspräche, alle Rechtssachen in einer Angelegenheit aus verfahrensökonomischen Gründen bei ein und demselben Gericht zu konzentrieren.“

25 MwN Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 690.

26 VwGH 27.11.2014, Ro 2014/03/0078.

27 VwGH 24.9.2014, Ra 2014/03/0025.

mittelzug zum LVwG geht. Das entspricht dann der Grundregel der mittelbaren Bundesverwaltung: Realisiert wird in diesen Fällen eine einheitliche Kontrolle durch das jeweilige LVwG. Klargestellt wurde dies etwa vom VwGH²⁸ für Verfahren nach dem IngenieurG, für das ZiviltechnikerG auch vom BVwG.²⁹ Beides sind Materien des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG „Ingenieur- und Ziviltechnikerwesen“, für die es keine Ermächtigung zur Einrichtung unmittelbarer Bundesverwaltung gibt.

Schwieriger wird es bei jenen Fällen, in denen der Bund an sich ermächtigt wäre, unmittelbare Bundesverwaltung einzurichten, es aber nicht oder jedenfalls nicht vollständig tut.³⁰ Ansatzpunkt ist hier wieder das Bild von Zuständigkeiten sowohl des LH als auch des BM in einem Materiengesetz. Auch derartige Fälle gibt es zuhauf: So sieht etwa das SeilbahnG 2003 Zuständigkeiten dieser beiden Organe vor.³¹ Seilbahnen, so merkwürdig dies *prima facie* anmuten mag, sind kompetenzrechtlich als Eisenbahnen zu qualifizieren und damit Teil des Tatbestandes „Verkehrswesen“ in Art 102 Abs 2 B-VG.³² Man könnte nun – wie es etwa das BVwG³³ in seiner früheren Rechtsprechung getan hat – streng auf das konkret entscheidende Organ abstellen und folglich die Zuständigkeit des BM gewissermaßen isoliert als Inanspruchnahme unmittelbarer Bundesverwaltung qualifizieren, sodass das BVwG das konkrete Rechtsmittelorgan wäre. In gleicher Weise würde man dann für den Zuständigkeitsbereich des LH eine Kontrollkompetenz des LVwG annehmen müssen. Dies erscheint freilich nicht überzeugend: Denn schon die Materialien³⁴ zu Art 131 B-VG sprechen explizit davon, dass eine „zwischen dem Verwaltungsgericht des Landes und dem Verwaltungsgericht des Bundes nach organisatorischen Kriterien geteilte Zuständigkeit in ein und derselben (kompetenzrechtlichen) Angelegenheit [...] dem Gedanken widerspräche, alle Rechtssachen in einer Angelegenheit aus verfahrensökonomischen Gründen bei ein und demselben Gericht zu konzentrieren.“³⁵

28 VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0035.

29 BVwG 12.10.2016, W195 2136358-1/3E.

30 Zum Problembereich eingehend und mwN etwa *Janko*, Bundesfinanzgericht 50 ff; *Madner*, Bundesverwaltungsgericht Rz 74 ff; *Bertel*, Fremdenpolizei und sachliche Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverwaltungsgericht und Landesverwaltungsgerichten, ZfV 2016, 421 (422 ff).

31 § 14 SeilbahnG 2003. Dazu näherhin *Schnorr*, Österreichisches Seilbahnrecht (2013) 33 ff; *Haidlen*, Das österreichische Seilbahnrecht² (2010) 42 ff.

32 VfSlg 2556/1953.

33 BVwG 19.10.2015, W219 2111328-2/3E; 19.10.2015, W219 2111328-1/7E. Anders nunmehr freilich BVwG 25.11.2016, W219 2139873-1/2E.

34 ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 15.

35 Siehe dazu weiterführend *Pavlidis*, ÖJZ 2013, 806.

Dies kann im vorliegenden Fall – bezogen auf die Angelegenheit und nicht auf die Rechtssache – wohl nur bedeuten, dass insgesamt keine Inanspruchnahme der Ermächtigung zur Einrichtung unmittelbarer Bundesverwaltung vorliegt, sondern angesichts der Zuständigkeiten des LH mittelbare Bundesverwaltung. Daher wäre eine einheitliche Zuständigkeit des LVwG gegeben.³⁶ Dass der BM sodann vom LVwG kontrolliert würde, entspricht dann eben jenen schon genannten und auch in den Materialien³⁷ zur Verfassungsnovelle explizit erwähnten Fällen, in denen eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BM in der mittelbaren Bundesverwaltung besteht. Die jüngste Judikatur des BVwG hat in diesem Zusammenhang daher sehr überzeugend einen Schwenk vollzogen und im Beschluss vom 25.11.2016, W219 2139873-1/2E, ausgesprochen, dass in Verfahren nach dem SeilbahnG 2003 eine derartige einheitliche Zuständigkeit des jeweiligen LVwG gegeben ist. Dabei geht es davon aus, dass in diesen Fällen eine Vollziehung in mittelbarer Bundesverwaltung mit nur ausnahmsweise vorgesehenen Zuständigkeiten des BM vorliegt.

Bestätigt wurde diese Sichtweise vom VwGH³⁸ etwa auch für Verfahren nach dem MineralrohstoffG in jenen Übergangsfällen, in denen die Zuständigkeit zur Erledigung der beim BM als sachlich in Betracht kommende Oberbehörde anhängig gewesenen Verfahren mit Ablauf des 31.12.2013 auf die VwG überging. Das BVwG³⁹ hat dies auch für Verfahren nach dem PsychotherapieG ausgesprochen. Insoweit ist das ein Kohärenzdenken einer bestimmten Lesart, die auf Angelegenheiten und nicht auf entscheidende Organe abstellt, denn es könnte ein Kohärenzdenken auch auf die Überlegung abstellen, dass Bundesorgane im organisatorischen Sinn durch ein Bundesgericht im organisatorischen Sinn kontrolliert werden sollen. Es geht dann um eine Abwägung zweier Kohärenzkonzepte, von dem die Verfassung ausweislich der Materialien dem einen – funktionellen und damit auf Sachbereiche abstellenden – Konzept den Vorzug gibt.

Dies bedeutet: In der Wortfolge des Art 131 Abs 2 B-VG kommt es nicht auf die einzelne „Rechtssache“, sondern auf die „Angelegenheit“ an sich an. Das ist – soll die Differenzierung dieser Begriffe Sinn machen – nicht das Gleiche.⁴⁰ Und im Rahmen der Kompetenztermi-

36 Kritisch zu diesem Ansatz *Madner*, Bundesverwaltungsgericht Rz 77.

37 ErIRV 1618 BlgNR 24. GP, 15.

38 VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0015.

39 BVwG 14.7.2016, W195 2129384-1.

40 Siehe zur terminologischen Abgrenzung dieser Begriffe *Janko*, Bundesfinanzgericht 50 ff.

nologie⁴¹ sind es gerade die „Angelegenheiten“, die den maßgeblichen Begriff ausmachen. Wieso sollte es bei der „kleinen“ Kompetenzverteilung anders sein als bei der „großen“? Die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte erfolgt daher – so formuliert es etwa die Judikatur des BVwG⁴² – „im Wesentlichen nach der verfassungsrechtlichen Verbandskompetenz“.

Es sei nicht verhehlt, dass diese Sichtweise – Kontrolle des BM durch ein LVwG – in bestimmten Fällen außerhalb der Ermächtigung zur Einrichtung unmittelbarer Bundesverwaltung zu prima facie gewöhnungsbedürftigen Ergebnissen führt. Um dies an einem Beispiel zu veranschaulichen: Das Starkstromwegerecht stellt, soweit sich die Leitungsanlage auf zwei oder mehrere Länder erstreckt, eine Bundes-sache in Gesetzgebung und Vollziehung dar,⁴³ es liegt aber keine Angelegenheit der unmittelbaren Bundesverwaltung vor. Dies bedeutet, dass bei bundesländerübergreifenden Projekten der BM folgerichtig von LVwG kontrolliert wird. Bestehen nun keine bestimmten Regelungen, die typischerweise – wie etwa im Bundesstraßenrecht⁴⁴ oder im Wasserrecht⁴⁵ – auf das Überwiegen einzelner Teile in einem Bundesland abstellen, dann ist nach der Regelung des § 3 Abs 3 VwGVG⁴⁶ das LVwG Wien zuständig, und zwar auch dann, wenn das entsprechende Projekt von der Steiermark über Oberösterreich nach Niederösterreich verläuft. Dies wurde auch vom VwGH⁴⁷ bestätigt, der die entsprechenden Zurückweisungsbeschlüsse des LVwG Wien aufgehoben hat.

41 Vgl etwa Art 10 Abs 1 B-VG am Beginn: „Bundessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten“.

42 BVwG 12.10.2016, W195 2136358-1/3E.

43 Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG.

44 § 32a BStG: „Fällt eine Angelegenheit in den örtlichen Wirkungsbereich mehrerer Verwaltungsgerichte, ist jenes Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Sprengel das längere Teilstück des festzulegenden oder aufzulassenden Straßenverlaufes liegt. Wird keine Straßenachse festgelegt, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach der Lage des durch Baumaßnahmen in Anspruch genommenen größeren Flächenanteils.“

45 § 101 Abs 5 WRG: „Fällt eine Angelegenheit in den örtlichen Wirkungsbereich mehrerer Verwaltungsgerichte und einigen sich diese nicht ohne Zeitaufschub, ist jenes Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Sprengel der qualitativ und quantitativ größere Anteil der Wassernutzung oder Einwirkung stattfindet; bei Wasserbauten richtet sich die Zuständigkeit nach der Lage des durch Baumaßnahmen in Anspruch genommenen größeren Flächenanteils.“

46 „Lässt sich die Zuständigkeit nicht gemäß Abs. 1 oder 2 bestimmen, ist das Verwaltungsgericht im Land Wien zuständig.“

47 VwGH 12.9.2016, Ro 2016/04/0014.

2. Sicherheitsverwaltung

Weitgehend geklärt ist die Implementierung der Sicherheitsverwaltung⁴⁸ in das neue System. Es handelt sich in ihren wesentlichen Zügen weder um unmittelbare noch um mittelbare Bundesverwaltung.⁴⁹ Insoweit greift – wie in den Materialien⁵⁰ zu Art 131 B-VG vorgezeichnet und auch vom VfGH⁵¹ klargestellt – die Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG. Aber auch hier lohnt der nähere Blick, der bestimmte Problemzonen offenbart. Denn gerade in diesem Bereich scheint es, als dass der organisatorische Ansatz der dominierende sein dürfte. Handeln Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Ausübung der Sicherheitspolizei als dem praktisch wichtigsten Bereich der Sicherheitsverwaltung,⁵² dann ist das jeweilige LVwG zuständig.⁵³ Dies gilt – so das BVwG⁵⁴ – auch für Akte des Bundeskriminalamtes aufgrund seiner Eingliederung in das BMI. Maßgeblich ist dies vor allem für Maßnahmenbeschwerden,⁵⁵ aber auch für die speziellen

48 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 524; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 707 ff.

49 So bereits *Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in: *Holoubek/Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 29 (39); *Pabel*, Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012: Überblick über die mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit, *ecolox* 2013, 492 (494).

50 So auch schon *ErIRV* 1618 *BIGNR* 24. GP, 15: „Da auf die Vollziehung von Angelegenheiten in unmittelbarer Bundesverwaltung abgestellt wird, fallen nach der Generalklausel des vorgeschlagenen Art. 131 Abs. 1 auch Angelegenheiten, die weder in unmittelbarer noch in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt werden, in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder; dies ist etwa bei der Sicherheitsverwaltung, dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde oder eines sonstigen Selbstverwaltungskörpers [...] oder in den (seltenen) Konstellationen der Fall, in denen auf Grund besonderer verfassungsgesetzlicher Ermächtigung im Bereich der Vollziehung des Landes eingerichtete Rechtsträger (zB Landwirtschaftskammern) mit der Vollziehung des Bundes betraut sind.“

51 *VfSlg* 19.986/2015.

52 *Vgl* § 2 Abs 2 SPG: „Die Sicherheitsverwaltung besteht aus der Sicherheitspolizei, dem Paß- und dem Meldewesen, der Fremdenpolizei, der Überwachung des Eintrittes in das Bundesgebiet und des Austrittes aus ihm, dem Waffen-, Munitions-, Schieß- und Sprengmittelwesen sowie aus dem Pressewesen und den Vereins- und Versammlungsangelegenheiten.“

53 Anderer Ansicht (allerdings noch vor der Klarstellung durch den VfGH) *Höllbacher*, Unmittelbare Bundesverwaltung (2013) 94 und *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 692, die eine unmittelbare Bundesverwaltung bei der Sicherheitsverwaltung bereits mit der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Landespolizeidirektion (LPD) bejahen, womit das BVwG zuständig wäre.

54 *BVwG* 20.9.2016, W210 2128033-1/4E.

55 Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG.

Fälle der Richtlinienbeschwerde nach § 89 SPG,⁵⁶ die einen Fall der Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG darstellt.⁵⁷

Anderes gilt, wenn es um jene Befehls- und Zwangsakte geht, die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes setzen und die dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) zugerechnet werden, oder um Bescheide dieses Bundesamtes selbst. Für diese ordnet § 7 BFA-VG⁵⁸ die Zuständigkeit des BVwG an. Es kommt damit auf eine Zurechnung letztlich zum BFA und damit zu einer unmittelbaren Bundesbehörde an. Schreiten Organe nicht im Auftrag des BFA ein und ist zum maßgeblichen Zeitpunkt kein Verfahren vor dem BFA anhängig, besteht nach der Judikatur des BVwG⁵⁹ eine Zuständigkeit des LVwG wie auch sonst in der Sicherheitsverwaltung.

Freilich wirft dies schwierige Abgrenzungsfragen auf, denn die fremdenpolizeilichen Akte nach dem FremdenpolizeiG (FPG) unterliegen nur im Hinblick auf die vom BFA gesetzten Maßnahmen, wie etwa die Schubhaft,⁶⁰ der Kontrolle durch das BVwG, sonst wiederum – der Generalklausel folgend – der Kontrolle der LVwG.⁶¹ Gleiches gilt auch für die Sonderregelungen⁶² für die Dauer der Geltung einer Asyl-Notverordnung der Bundesregierung (BReg); auch hiefür besteht trotz eindeutiger Koinzidenz mit den Regelungen eines konventionellen Asylverfahrens die Zuständigkeit des jeweiligen LVwG.⁶³ Die Grenzen

56 Vgl § 89 Abs 1 SPG: „Insoweit mit einer Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht die Verletzung einer gemäß § 31 festgelegten Richtlinie behauptet wird, hat das Landesverwaltungsgericht sie der zur Behandlung einer Aufsichtsbeschwerde in dieser Sache zuständigen Behörde zuzuleiten.“

57 So explizit auch VfSlg 19.986/2015.

58 „§ 7. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über

1. Beschwerden gegen Bescheide des Bundesamtes,
2. Beschwerden gegen Bescheide der Vertretungsbehörden gemäß dem 11. Hauptstück des FPG,
3. Beschwerden gegen Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gemäß dem 1. Hauptstück des 2. Teiles des BFA-VG und gemäß dem 7. und 8. Hauptstück des FPG,
4. Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Bundesamtes und
5. Beschwerden gegen Bescheide des Bundesministers für Inneres in Verfahren gemäß §§ 3 Abs. 2 Z 1 bis 6 und 4 Abs. 1 Z 1 und 2.

(2) Das Bundesverwaltungsgericht hat jedenfalls in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Revision oder der Verfassungsgerichtshof einer Beschwerde gegen ein Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß Abs. 1 stattgegeben hat.“

59 BVwG 19.5.2016, L508 2122328-2/7E.

60 Vgl dazu das 8. Hauptstück des FPG. Siehe auch § 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG.

61 Dazu eingehend *Diem*, Zuständigkeiten im Fremdenrecht. Überlegungen aus verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Sicht, *migraLex* 2015, 11 (16 ff).

62 §§ 36 ff AsylG 2005 idF BGBl I 24/2016.

63 Dazu *Bertel*, *ZfV* 2016, 424 ff.

im Uferbereich sind in diesem Bereich denkbar unscharf: So ging das BVwG⁶⁴ davon aus, dass ihm im Fall einer Abschiebung nur die Kontrolle von deren Anordnung unterliegt, nicht aber die Prüfung der bloßen Modalitäten der Abschiebung,⁶⁵ was etwa bei der Behauptung von Grundrechtsverletzungen durch Zwangsakte durchaus praktische Bedeutung hat. Dagegen haben einzelne LVwG⁶⁶ beachtliche Argumente vorgebracht, die mittlerweile auch vom VwGH⁶⁷ bestätigt wurden: Nach dieser Judikatur obliegt dem BVwG nicht nur die Kontrolle der Anordnung, sondern auch jene der Modalitäten der Abschiebung. Damit wird dem schon in den Materialien⁶⁸ zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 formulierten Gedanken Rechnung getragen, dass alle Rechtssachen in einer Angelegenheit aus verfahrensökonomischen Gründen bei ein und demselben Gericht zu konzentrieren sind.⁶⁹

3. UVP-Recht

Nicht minder problematisch sind Fälle, in denen es insoweit zu einer „Aufspaltung“ der Zuständigkeiten kommt, als für den Fall der Bescheidbeschwerde einerseits und der Säumnisbeschwerde andererseits unterschiedliche Rechtsmittelzüge bestehen. Dies zeigt sich sehr eindrucksvoll an einem rezenten Erkenntnis des VwGH⁷⁰ zur Reichweite der Zuständigkeitsvorschrift des § 40 UVP-G.⁷¹ Diese sieht auf Basis der expliziten Ermächtigung in Art 131 Abs 4 Z 2 lit a B-VG vor, dass bei Beschwerden über Entscheidungen nach dem UVP-G mit Ausnahme von Strafverfahren das BVwG entscheidet. Der VwGH hat dazu ausgesprochen, dass unter den Begriff der „Entscheidung“ ausschließlich Akte einer Verwaltungsbehörde subsumiert werden können, die eine anhängige Rechtssache abschließend klären, wie etwa vor allem ein Bescheid. Im Fall der Säumnis liege aber gerade keine derartige Entscheidung vor, sodass die entsprechende Säumnisbeschwerde an

64 BVwG 8.4.2016, W117 2104602-2/2E.

65 Dazu Eberhard/Ranacher/Weinhandl, Rsp-Bericht, ZfV 2016/6-51.

66 LVwG Wien 24.2.2016, VGW-102/013/1803/2016; LVwG Bgld 22.12.2015, E 047/01/2015.001/005; LVwG Stmk 29.2.2016, LVwG 20.3-3364/2015-5.

67 VwGH 17.11.2016, Ro 2016/21/0016. Unterschiedlich ausgestaltet ist hier nur der Kreis der beteiligten Parteien: Ist dies im Fall der Anordnung der Abschiebung das BFA, so ist im Verfahren betreffend die Kontrolle der Durchführung der Abschiebung die jeweilige LPD zu beteiligen.

68 EriRV 1618 BlgNR 24. GP, 15.

69 So auch schon Eberhard/Ranacher/Weinhandl, Rsp-Bericht, ZfV 2016/6-52.

70 VwGH 2.8.2016, Ro 2015/05/0008. Dazu Eberhard/Ranacher/Weinhandl, Rsp-Bericht, ZfV 2016/34-11.

71 Dazu auch VwGH 17.11.2015, Ra 2015/03/0058.

das jeweilige LVwG zu richten ist, wogegen über die Bescheidbeschwerde das BVwG zu entscheiden hat.⁷²

Vor dem Hintergrund des Wortlautes des Art 131 Abs 4 Z 2 lit a B-VG (arg: „Zuständigkeit [...] in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Umweltverträglichkeitsprüfung“) einerseits und den bereits oben angesprochenen Materialien⁷³ zu Art 131 B-VG andererseits, die explizit davon sprechen, dass eine „zwischen dem Verwaltungsgericht des Landes und dem Verwaltungsgericht des Bundes nach organisatorischen Kriterien geteilte Zuständigkeit in ein und derselben (kompetenzrechtlichen) Angelegenheit [...] dem Gedanken widerspräche, alle Rechtssachen in einer Angelegenheit aus verfahrensökonomischen Gründen bei ein und demselben Gericht zu konzentrieren“, wird ersichtlich, dass dem Verfassungsgesetzgeber die Vermeidung unterschiedlicher Zuständigkeiten in denselben Angelegenheiten ein Anliegen war. Auch eine systematische Interpretation von Art 131 B-VG spricht gegen eine derartige Zuständigkeitszersplitterung, regelt dessen Abs 1 und 2 doch eine Zuständigkeitsverteilung, die nach Abs 1 für alle Beschwerden nach Art 130 Abs 1 B-VG zur Anwendung kommen soll. Die Festlegung unterschiedlicher Zuständigkeiten der VwG in der gleichen Rechtsmaterie, je nachdem, ob die zuständige Behörde eine Entscheidung getroffen hat oder säumig ist, erscheint auch hinsichtlich des sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) ergebenden Sachlichkeitsgebotes,⁷⁴ demzufolge der Gesetzgeber nur sachlich begründbare⁷⁵ bzw gerechtfertigte⁷⁶ Differenzierungen erlassen darf, nicht unbedenklich, denn aus dem Zusammenhang von Art 130 Abs 1 und Art 131 B-VG ergibt sich, dass die Bescheidbeschwerde und die Säumnisbeschwerde im Sinne einer gleichheitsrechtlichen Betrachtung keine unterschiedlichen „Ordnungssysteme“ darstellen und insoweit der Grundgedanke eines einheitlichen Rechtsmittelzuges innerhalb einer Rechtssache auch grundrechtlich relevant ist. Denn wenn nach dem gesetzgeberischen Willen „alle Rechtssachen in einer Angelegenheit“ aus verfahrensökonomischen Gründen bei ein und demselben Gericht konzentriert werden sollen, dann wird man dies erst recht für eine einzelne Angelegenheit nicht anders beurteilen können. Es wird hier jedenfalls am Gesetzgeber liegen, ein entsprechendes Korrektiv vorzunehmen.

72 IdS auch schon *Höllbacher*, Über die sachliche Zuständigkeit im UVP-Rechtsschutz, RdU 2015, 102 (104 f).

73 ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 15.

74 Dazu mwN *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 765 ff.

75 VfSlg 7135/1973, 8169/1977, 8457/1978, 9121/1981, 17.605/2005.

76 VfSlg 8457/1978, 9144/1981.

C) *Der Begriff des „bundesnahen Organs“ als intrasystematische Fortentwicklung*

Dass die genannten Problemzonen durchaus grundsätzlicher Natur sind, wird schließlich auch dann deutlich, wenn man die Frage stellt, welchem Rechtsweg jene Angelegenheiten unterliegen, die von nicht-staatlichen Organen besorgt werden, etwa von Organen ausgegliederter Rechtsträger, vor allem aber der Gemeinde- und sonstigen Selbstverwaltung sowie den selbstverwaltungsähnlichen⁷⁷ Universitäten.⁷⁸ *Ewald Wiederin*⁷⁹ hat in diesem Zusammenhang die Auffassung entwickelt, dass auf die entsprechenden Ingerenzbefugnisse abzustellen sei. Selbstverwaltung im eigenen Wirkungsbereich sei danach nie unmittelbare Bundesverwaltung. Im übertragenen Wirkungsbereich sei entscheidend, ob der LH, das nach wie vor zentrale Organ der mittelbaren Bundesverwaltung,⁸⁰ durch das Vorliegen entsprechender Weisungszüge involviert sei. Das Gleiche gelte sinngemäß für die Aufsicht über die Selbstverwaltung.⁸¹

Unmittelbare Verwaltung durch Bundesbehörden liegt daher nach dieser Sichtweise auch in jenen Fällen vor, in denen es sich – so *Wiederin*⁸² – um „bundesnahe Organe“ und Private handelt, die der Ingerenz des Bundes unterliegen. Und genau in jenem Zusammenhang fand der Begriff des bundesnahen Organs auch Eingang in die Judikatur des VfGH:⁸³ Universitäten sind danach – gerade weil sie selbstverwaltungsähnliche Organe sind – bei strikt organisatorischer Betrachtung keine bundesunmittelbaren Organe im Wortlaut des Art 131 Abs 2 B-VG, sie sind aber vom Bund in einer Angelegenheit eingerichtet, die in Art 102 Abs 2 B-VG explizit genannt ist⁸⁴ und die dem Aufsichtsregime durch ein oberstes Organ des Bundes⁸⁵ unterliegt. Insoweit erklärte der VfGH die Zuordnung der Universitäten mit Blick

77 MWN *Berka*, Art 81c B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (8. Lfg 2011) Rz 33 ff.

78 Art 81c B-VG.

79 *Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 29 (37 f), zu Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG idF 94/ME 23. GP; gleichfalls zu Art 131 Abs 2 B-VG *Wiederin*, Bundesverwaltungsgericht (2013) 38 ff, insb 42.

80 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 305.

81 Art 119a und Art 120b Abs 1 B-VG.

82 *Wiederin*, Bundesverwaltungsgericht (2013) 42.

83 VfSlg 19.953/2015.

84 „Schulwesen“.

85 §§ 9 und 45 UG 2002.

auf die Vollziehung des Studienrechts zur Kontrolle durch das BVwG⁸⁶ als verfassungskonform, er hatte damit aber einen speziellen Fall vor Augen: Die Universitäten sind organisatorisch auf der speziellen verfassungsgesetzlichen Grundlage des Art 81c B-VG eingerichtet. Neben dem Handeln der Universitätsorgane selbst ist noch das Aufsichtshandeln des BM⁸⁷ relevant. Es gibt aber darüber hinaus keine Zuständigkeiten von Landesorganen, wie etwa dem LH, die eine Zuordnung zur mittelbaren Bundesverwaltung nahe legen würden. Es ist daher überzeugend, in diesen Fällen eine Zuordnung zum Zuständigkeitsbereich des BVwG vorzusehen. Fälle der Beleihung von Privaten, die durchaus auch der Ingerenz oberster Verwaltungsorgane des Bundes unterliegen, erreichen demgegenüber offenbar nicht jene Nähe, die für eine Zuordnung zum BVwG spricht: Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, die ein Zivilflugplatz-erhalter bei der Ausstellung, der Verlängerung und dem Entzug von Flughafenausweisen als beliehener Rechtsträger⁸⁸ setzt, werden nach der Judikatur des VwGH⁸⁹ zulässigerweise vom jeweiligen LVwG kontrolliert.

Was folgt daraus? Zunächst einmal die Einsicht, dass es durchaus Zweifelsfälle gibt, in denen nicht *prima facie* klar ist, ob der Gedanke des Nicht-Vorliegens einer unmittelbaren Bundesbehörde (iSd Art 131 Abs 2 B-VG) oder aber jener eines „bundesnahen Organs“ überwiegt. Der Begriff des „bundesnahen Organs“ ist ein „Mittlerbegriff“; er soll verdeutlichen, welche Organe nach den sie einrichtenden Rechtsgrundlagen entweder der unmittelbaren Bundesverwaltung (und in der Folge der Zuständigkeit des BVwG) oder der mittelbaren Bundesverwaltung (und damit der Zuständigkeit der LVwG) zuzuordnen

⁸⁶ § 46 Abs 2 UG 2002: „Beschwerden in Studienangelegenheiten sind bei dem Organ einzubringen, das den Bescheid erlassen hat. Dieses hat, wenn die Beschwerde nicht unzulässig oder verspätet ist, die Beschwerde mit dem gesamten Akt unverzüglich dem Senat vorzulegen. Der Senat kann ein Gutachten zur Beschwerde erstellen. Liegt ein derartiges Gutachten vor, so hat die Beschwerdeverentscheidung unter Beachtung dieses Gutachtens zu erfolgen. Wird die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt, so ist das Gutachten des Senats anzuschließen. Abweichend von § 14 Abs. 1 VwGVG hat das zuständige Organ innerhalb von vier Monaten zu entscheiden.“

⁸⁷ § 45 UG 2002.

⁸⁸ §§ 74, 134a und 140b LFG.

⁸⁹ VwGH 13.9.2016, Ro 2014/03/0062.

sind.⁹⁰ Er versucht damit aber auch ein allzu enges Verständnis des Art 131 Abs 2 B-VG zu überwinden. Insoweit kommt ihm jene Funktion zu, die dem Grundsatz der intrasystematischen Fortentwicklung⁹¹ im Zusammenhang mit der Auslegung von Bundeskompetenzen auch im Zusammenhang mit der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zukommt. Dies alles erfolgt in einem Konzept, das weniger auf Organe und damit nicht auf Ingerenzen im Hinblick auf diese Organe, sondern auf „Angelegenheiten“ abstellt.

Geklärt sind damit freilich bei weitem noch nicht alle Zuordnungen, die die Selbstverwaltung betreffen; man kann aber auch in diesem Zusammenhang aus der Judikatur gewisse Leitlinien ablesen: Das BVwG⁹² hat in einem rezenten Beschluss die Meinung vertreten, dass die Kontrolle von Bescheiden im übertragenen Wirkungsbereich der Österreichischen Ärztekammer der Kontrolle des jeweiligen LVwG unterliegt. Diese Sichtweise stellt konsequenterweise darauf ab, dass sich im Zusammenhang mit bundesweiten beruflichen Vertretungen⁹³ keine Ermächtigung zur Einrichtung unmittelbarer Bundesverwaltung findet und der BM als alleinige Verwaltungsinstanz auch nicht vorgesehen ist. Insoweit besteht daher auch kein Widerspruch zu jener Judikatur des VfGH, die eben dies für die Universitäten anders gesehen hat. Insoweit ist davon auszugehen, dass weite Bereiche der nichtterritorialen Selbstverwaltung – auch auf Ebene des Bundes – der Kontrolle der LVwG unterliegen. Von diesem Verständnis geht etwa auch das IngenieurG 2017⁹⁴ aus, welches vorsieht, dass der zuständige BM Zertifizierungsstellen mit bestimmten Aufgaben betrauen kann, wobei dabei auch eine Betrauung von Selbstverwaltungskörpern im

90 So auch VfSlg 19.953/2015: „Dass die Verfassung eine Vollzugstätigkeit für den Bund durch solche Rechtsträger schlechthin ausschließt, ist ihr aber nicht zu unterstellen (siehe Wiederin, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbe-sorgung, in: Holoubek/Lang [Hrsg.], Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, 2013, 29 [40 ff.]). Solche ‚bundesnahen Organe‘ (Wiederin, aaO, 42) sind daher nach den sie einrichtenden Rechtsgrundlagen der unmittelbaren Bundesverwaltung (und in der Folge der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts) oder der mittelbaren Bundesverwaltung (und damit der Zuständigkeit der Landesverwaltungs-gerichte) zuzuordnen.

Für die Organe der öffentlichen Universitäten folgt aus Art 81c B-VG und dem UG 2002, insbesondere den Bestimmungen über die Rechtsaufsicht (§§ 9, 45 UG 2002), dass es sich bei den Organen der öffentlichen Universitäten um bundesnahe Organe innerhalb der unmittelbaren Bundesverwaltung im Sinne des Art 131 Abs 2 1. Satz B-VG handelt, gegen deren Bescheide ‚die Beschwerde daher an das Bundesverwaltungsgericht‘ geht.“

91 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 277.

92 BVwG 13.9.2016, W136 2130972-1/2E.

93 Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG.

94 BGBl I 23/2017.

übertragenen Wirkungsbereich in Betracht kommt⁹⁵ und gegen deren Entscheidungen sodann explizit der Rechtsweg an die LVwG eingeräumt wird.⁹⁶ Ausnahmen bestehen wiederum nach der Flexibilitätsklausel des Art 131 Abs 4 Z 2 lit b B-VG dann, wenn die Länder zustimmen, etwa in den Fällen der sozialen Selbstverwaltung, in deren Rahmen nennenswerte Zuständigkeiten des BVwG bestehen.⁹⁷ Hier wird die Generalklausel des Art 131 Abs 2 B-VG damit in weiten Bereichen wirksam.

Die Regelung der jeweiligen Aufsicht über die Selbstverwaltung⁹⁸ ist davon völlig zu entkoppeln. Die jüngste Judikatur des VwGH⁹⁹ hat – in Korrektur des BVwG¹⁰⁰ – nämlich klargestellt, dass die Kontrolle von Maßnahmen der Aufsicht durchaus einem anderen Rechtsmittelzug unterliegen kann als das kontrollierte Verwaltungshandeln selbst: Die Überprüfung von hoheitlichen Entscheidungen eines Selbstverwaltungskörpers im eigenen Wirkungsbereich fällt nach der Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG in die Zuständigkeit der LVwG. Bei der Kontrolle von Aufsichtsmaßnahmen ist wiederum – und zwar im Sinne einer separaten Prüfung – danach zu differenzieren, ob die Aufsicht von einem BM oder einer unmittelbaren Bundesbehörde durchgeführt wird, ohne dass dem LH dabei Kompetenzen zukommen. In einem solchen Fall handelt es sich um eine Angelegenheit der unmittelbaren Bundesverwaltung, sodass die Zuständigkeit des BVwG gegeben ist. Dies ist etwa hinsichtlich der ÖH der Fall, deren Aufsicht vom BM sowie von der als Bundesbehörde eingerichteten Kontrollkommission¹⁰¹ vorgenommen wird. Im Ergebnis führt dies daher zu einer nicht unproblematischen Aufspaltung der Rechtsmittelzüge hinsichtlich des kontrollierten Verwaltungshandelns und des sich darauf beziehenden kontrollierenden Aufsichtshandelns. Ob dies wiederum dem Anliegen,

95 § 4 Abs 1 IngenieurG 2017: „Der Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft hat geeignete Institutionen zur Durchführung von Zertifizierungsverfahren gemäß § 5 als zuständige Behörde auf Antrag mittels Bescheid zu ermächtigen bzw. diese Aufgabe an Selbstverwaltungskörper (Art. 120a B-VG) zur Besorgung im übertragenen Wirkungsbereich gemäß Art. 120b Abs. 2 B-VG mittels Verordnung zu übertragen (Zertifizierungsstellen).“

96 § 5 Abs 8 IngenieurG 2017: „Sind die Voraussetzungen zur Verleihung der Qualifikationsbezeichnung ‚Ingenieurin‘ bzw. ‚Ingenieur‘ nicht erfüllt, hat die Zertifizierungsstelle einen Bescheid darüber zu erlassen. Gegen Bescheide der Zertifizierungsstelle steht der Antragstellerin bzw. dem Antragsteller das Recht auf Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes zu.“

97 Siehe etwa §§ 343 Abs 4, 347a und 351h ASVG.

98 Vgl dazu näherhin Eberhard, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014) 385 ff.

99 VwGH 21.12.2016, Ro 2016/10/0004.

100 BVwG 11.5.2015, W224 2002641-1/4E.

101 §§ 64 f HSG 2004.

Rechtssachen in einer Angelegenheit aus verfahrensökonomischen Gründen bei ein und demselben Gericht zu konzentrieren, zuträglich ist, darf bezweifelt werden; jedenfalls führt es zu durchaus fragwürdigen Konstellationen als Folge des neuen Systems.

IV. Die Rolle der Kompetenzgerichtsbarkeit des VwGH

Die Kompetenzgerichtsbarkeit des VwGH nach Art 133 Abs 1 Z 3 B-VG hat eine wichtige Korrektivfunktion in der Einhaltung der Zuständigkeitsordnung durch die Verwaltungsgerichte.¹⁰² Sie ist aber – und das zeigt auch die bisherige Judikatur – eine *ultima ratio*. Insoweit steht sie – bei allen sonstigen Unterschieden – in Parallele zur Kompetenzgerichtsbarkeit durch den VfGH, denn auch die Annahme von Kompetenzkonflikten durch diesen wird in der Praxis eher strikt beurteilt.¹⁰³ So fordert der VwGH¹⁰⁴ einen förmlichen Ausspruch über die Unzuständigkeit, eine bloße Weiterleitung an das jeweils andere VwG reicht dafür nicht. Umgekehrt bindet eine einmal akzeptierte Zuständigkeit auch im weiteren Verfahren, eine Zurückweisung kommt so dann – wenn sich die Rechts- und Sachlage nicht wesentlich ändert – nicht mehr in Betracht.¹⁰⁵ Entscheidend ist, dass die Zuständigkeit des VwGH in der Kompetenzgerichtsbarkeit hinter die Revisionszuständigkeit zurücktritt.¹⁰⁶ Den Löwenanteil an Klarstellungen hat der VwGH daher bislang im Revisionsweg entschieden. Dies zeigt auch, dass die Zuständigkeitsordnung insoweit auf mehreren Gleisen gesichert wird, auch das ist aber im Rechtsschutzsystem nichts Neues. Es ist davon auszugehen, dass die Klärung der grundlegenden Zuständigkeitsfragen jedenfalls für die nächste Zeit stets auch die Zulassungshürde¹⁰⁷ im Revisionsverfahren überspringt, was sich auch an der Praxis der Revisionszulassung durch die VwG zeigt. Bedeutung hat die

102 *Lehofer*, Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungsgerichten, *ÖJZ* 2015, 341; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht* Rz 1420 f; *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁵ (2016) 324 f.

103 *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht* Rz 995 ff.

104 VwGH 18.2.2015, Ko 2015/03/0001.

105 VwGH 13.9.2016, Ko 2016/03/0008.

106 VwGH 30.6.2015, Ko 2015/03/0002; 30.6.2015, Ko 2015/03/0003; 8.6.2016, Ko 2016/03/0001; 22.6.2016, Ko 2016/03/0007.

107 Art 133 Abs 4 B-VG.

Kompetenzgerichtsbarkeit des VwGH vor allem in der Frage der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit zwischen LVwG.¹⁰⁸

V. Die Sicherung der Effektivität des Mehrebenensystems gerichtlicher Kontrolle als Aufgabe der Kompetenzverteilungsregelung

Zuständigkeitsfragen sind – wie eingangs bereits angedeutet – Machtfragen. Die Einhaltung von Zuständigkeiten und deren Regelung hat aber auch eine bedeutende Stabilisierungsfunktion im Rechtsstaat. Sie gibt Rechtssicherheit und steht damit neben rechtsstaatlichen auch mit grundrechtlichen Garantien in engem Zusammenhang.

Man gewinnt den Eindruck, dass jene Kleinteiligkeit, an der die bundesstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern schon an sich leidet, bei der Regelung der Zuständigkeitsabgrenzung im Verhältnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz eine gewisse Entsprechung findet. Maßgebliche Desiderate sind daher die Schaffung von und das Festhalten an abgerundeten Kompetenzbereichen, sodass es nicht ohne Not zur Aufspaltung des Rechtsschutzes in unterschiedliche Rechtsschutzstränge kommt. Denn eine Schlüsselfrage ist auch die Homogenität der Auslegung durch die Rechtsmittelgerichte, wie sie im alten System durch den VwGH in vollem Umfang geleistet werden konnte. Durch die Verengung des Zugangs zum VwGH ist die „Mittelebene“ der VwG besonders gefordert, im Besonderen in den praktisch wichtigen Bereichen der mittelbaren Bundesverwaltung, diese Homogenität des Gesamtsystems sicherzustellen. Denn gerade bei den LVwG liegt – und das sollte in diesen Ausführungen deutlich gemacht werden – ein guter Teil an Verantwortung für die Homogenität in diesem neuen System. Auch die Schaffung einheitlicher Rechtsschutzstränge innerhalb einzelner Materiengesetze trägt diesem Anliegen Rechnung. Dass so manche derzeit gegebene Zuständigkeitslage rechtspolitisch unerwünschte Folgen hat – etwa die genannte Fokussierung bei bundesländerüberschreitenden Projekten eine Zuständigkeit des LVwG Wien nach der entsprechenden Generalklausel –, kann durch die Nutzung der genannten Flexibilitätsklauseln aus der Welt geschafft werden. Diese gewährleisten damit ebenfalls Stabilität in diesem System, die durch den Konsens der beteiligten Gebietskörperschaften erreicht wird. Art 131 B-VG sollte man – wie jedes System der Kompetenzverteilung – als Gesamtsystem betrachten und daraus auch die entsprechenden Schlüsse ziehen. Ein geordneter

108 VwGH 18.2.2015, Ko 2015/03/0001; 26.2.2016, Ko 2015/03/0004.

Fährverkehr zwischen zwei Ufern setzt zunächst einmal befestigte Uferbereiche – und das heißt: Klarheit über die Grundregel der Kompetenzverteilung – voraus. In dieser Hinsicht stehen wir eben nach wie vor am Beginn eines neuen Systems. Wie für jegliches Umdenken nach großen Reformen gelten gerade auch hier die Zeilen von *André Gide*: „*Der Mensch kann nicht zu neuen Ufern aufbrechen, wenn er nicht den Mut aufbringt, die alten zu verlassen.*“

Aktuelle Problemstellungen im neuen Verfahrensrecht

Die Sachentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte vor dem Hintergrund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

I. Einleitung

Ein wesentliches Anliegen der Reform des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes bildete die Entlastung des VwGH und damit verbunden eine Beschleunigung der Verfahren.¹ Zeitraubende Kassationskaskaden sollten der Vergangenheit angehören; die Verfahren sollten nach Möglichkeit mit einer Sachentscheidung des zuständigen Verwaltungsgerichts (VwG) enden. Dementsprechend wurde im B-VG bzw im VwGVG vorgesehen, dass die Verwaltungsgerichte in der Regel meritorisch entscheiden.² Nur in besonderen Fällen soll es ihnen möglich sein, die Angelegenheit wieder an die Verwaltungsbehörde zurückzuverweisen. Diese gesetzliche Weichenstellung wurde auch rasch von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bestätigt. Während der VfGH festhielt, dass die einschlägigen Regelungen (Art 130 Abs 4 B-VG, § 28 VwGVG) grundsätzlich verlangten, dass das VwG eine reformatorische Entscheidung treffe, sprach der VwGH alsbald vom „*prinzipiellen Vorrang einer meritorischen Entscheidungspflicht*“ der VwG.³

Die Bestimmungen betreffend die Zulässigkeit bzw das Gebot einer Sachentscheidung durch die VwG sind allerdings – wie es in einem Lehrbuch so schön heißt – „*nicht unkompliziert*“ geraten.⁴ Angesichts der praktischen Bedeutung der Frage nach dem Umfang der Entscheidungsbefugnis der VwG ist es daher nicht verwunderlich, dass die Auslegung der dafür maßgeblichen Vorschriften schon bald nach

1 ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 3, 14.

2 Siehe auch dazu die Erläuterungen der RV zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 4, wo festgehalten wird, dass die VwG 1. Instanz grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden sollen.

3 Vgl Gruber, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte – erste Klarstellungen durch VwGH und VfGH, in: Baumgartner (Hg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2016 (2016) 175 (188); VfSlg 19.882/2014; VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 26.5.2015, Ra 2014/01/0205.

4 Berka, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 932.

Inkrafttreten der Reform den VwGH beschäftigt hat. Diese Rechtsprechung gilt es zu beachten, wenn im Folgenden versucht wird, die gesetzlichen Regelungen über die Sachentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte zu erläutern. Darüber hinaus muss an dieser Stelle eine Einschränkung gemacht werden. Denn die Entscheidungsmöglichkeiten der VwG sind durchaus unterschiedlich geregelt, je nachdem ob es sich um eine Bescheidbeschwerde, eine Maßnahmenbeschwerde oder etwa eine Säumnisbeschwerde handelt.⁵ Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Sachentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte bei der Entscheidung über Bescheidbeschwerden.

II. Die Rechtslage im Überblick

Die Untersuchung nimmt ihren Ausgang bei den einschlägigen Bestimmungen des B-VG. Nach Art 130 Abs 4 S 1 B-VG hat das VwG über Beschwerden gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden in Verwaltungsstrafsachen in der Sache selbst zu entscheiden. Die korrespondierende einfachgesetzliche Regelung findet sich in § 50 VwGVG. Danach hat das VwG über Bescheidbeschwerden in Verwaltungsstrafsachen in der Sache selbst zu entscheiden, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Für das Verwaltungsstrafverfahren gilt daher, vereinfacht gesagt, der Grundsatz der meritorischen Entscheidung durch das VwG. Das ist insofern nicht Neues, als auch schon vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz in Verwaltungsstrafsachen eine Zurückweisung an die Erstbehörde ausgeschlossen war.⁶

Differenzierter gibt sich die Regelung für das Administrativverfahren. Art 130 Abs 4 B-VG verpflichtet die VwG, dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn entweder der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder „die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.“ Diese verfas-

5 Vgl. *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*⁵ (2016) 247.

6 § 24 VStG idF BGBl I 20/2009. Vgl. *Eder/Martschin/Schmid*, *Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte. Praxiskommentar zum VwGVG, VwGG und VwGbk-ÜG* (2013) 85 (§ 28 K 5).

setzungsgesetzliche Anordnung wird in § 28 Abs 2 VwGVG wiederholt.⁷ Auch bei Fehlen dieser Voraussetzungen ist das VwG nach § 28 Abs 3 VwGVG zu einer meritorischen Erledigung der Beschwerde verpflichtet, es sei denn, die Behörde hat dem „unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens“ widersprochen. Darüber hinaus „kann“ zurückverwiesen werden, wenn die Verwaltungsbehörde „notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen“ hat. In diesem Fall ist die Behörde allerdings an die dem Beschluss des VwG zu Grunde liegende rechtliche Beurteilung des VwG gebunden. Nichts anderes gilt im Falle einer Zurückverweisung nach § 28 Abs 4 VwGVG bei Ermessungsentscheidungen; auch in dieser Situation ist die rechtliche Beurteilung des VwG für die Behörde bindend. Eine Zurückverweisung ist bei Ermessensfällen dann vorgesehen, wenn das VwG nicht (gem § 28 Abs 2 VwGVG) in der Sache selbst entscheiden muss und wenn die Beschwerde weder zurückzuweisen noch abzuweisen ist. Mit dieser Regelung berücksichtigt der Verfahrensgesetzgeber die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art 130 Abs 3 B-VG. Danach liegt, außer in Verwaltungsstrafsachen und in den in die Kompetenz des Bundesfinanzgerichts (BFG) fallenden Rechtssachen, keine Rechtswidrigkeit vor, „soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat.“

Schon dieser knappe Überblick über die hier maßgeblichen Vorschriften macht deutlich, dass die für den Rechtsschutz zentrale Frage, ob das VwG kassatorisch oder reformatorisch entscheiden kann bzw. entscheiden muss, überaus komplex geregelt ist.⁸ § 28 VwGVG kennt sowohl Fälle der meritorischen als auch der kassatorischen Entscheidungskompetenz.⁹ Es empfiehlt sich daher, die hier maßgeblichen Absätze 2 bis 4 des § 28 VwGVG einer jeweils gesonderten Betrachtung zu unterziehen, wobei freilich auch das Verhältnis der betreffenden Regelungen zueinander in den Blick genommen werden muss.

⁷ Siehe dazu auch die Anmerkungen in den Erläuterungen der RV zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 7. In der Entscheidung VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038 weist der Gerichtshof darauf hin, dass der Verfassungsgesetzgeber für Ermessensentscheidungen keine von Art 130 Abs 4 B-VG (Grundsatz der Sachentscheidung) abweichende verfahrensrechtliche Regelung vorsieht. Näher dazu im Kapitel V.

⁸ So auch *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 247.

⁹ Vgl. *Gruber*, *Verfahrensrecht* 188.

III. Die Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache selbst (§ 28 Abs 2 VwGVG)

Die in § 28 Abs 2 VwGVG vorgesehene reformatorische Entscheidung des VwG bildet gewissermaßen den Regelfall,¹⁰ in dem sich der auf Verfahrensbeschleunigung abzielende Grundgedanke der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit widerspiegelt. Auch der VwGH geht davon aus, dass § 28 VwGVG für die Mehrzahl der Fälle die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte normiert, in der Sache selbst zu entscheiden. Dabei soll die meritorische Entscheidungskompetenz der VwG verhindern, *„dass die Erledigung eines vor einer Verwaltungsbehörde eingeleiteten Verfahrens erst nach einem über einen (längeren) Zeitraum hinweg in der Art eines ‚Pingpongspiels‘ erfolgenden Wechsels zwischen verwaltungsgerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen erfolgen kann“*.¹¹ Ein neuerlicher Instanzenzug aufgrund einer kassierenden Entscheidung des VwG soll möglichst vermieden werden.¹²

A) Die Sachentscheidung bei geklärtem Sachverhalt

Dementsprechend schließt § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG (iVm Art 130 Abs 4 Z 1 B-VG) die Kassation des Bescheids einer Verwaltungsbehörde aus, wenn der entscheidungsrelevante Sachverhalt feststeht. In diesem Fall hat das VwG über die Bescheidbeschwerde in der Sache selbst zu entscheiden. Nach der Rechtsprechung des VwGH besteht eine Verpflichtung des VwG zur reformatorischen Entscheidung nach § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG jedenfalls dann, *„wenn der entscheidungsrelevante Sachverhalt bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren geklärt wurde, zumal dann, wenn sich aus der Zusammenschau der im verwaltungsbehördlichen Bescheid getroffenen Feststellungen [...] mit dem Vorbringen in der gegen den Bescheid erhobenen Beschwerde kein gegenläufiger Anhaltspunkt ergibt.“*¹³ In diesem Fall hat das VwG somit über den *„Inhalt der vor der Verwaltungsbehörde behandelten Rechtssache“*¹⁴ abzusprechen. Es darf nicht bloß die gegen den Be-

10 Vgl Grabenwarter/Fister, *Verwaltungsverfahrensrecht* 248.

11 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063 unter Hinweis auf Lienbacher, *Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit* 1. Instanz, JRP 2011, 328 (333).

12 VwGH 26.3.2015, Ro 2015/22/0011.

13 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 29.1.2015, Ra 2015/07/0001. Siehe auch Grabenwarter/Fister, *Verwaltungsverfahrensrecht* 248.

14 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.

scheid erhobene Beschwerde erledigen, sondern muss über jene Angelegenheit entscheiden, die den Gegenstand der verwaltungsbehördlichen Entscheidung bildete.¹⁵

Da der maßgebliche Sachverhalt im Entscheidungszeitpunkt des VwG geklärt sein muss, haben die Parteien des Verfahrens einen gewissen Einfluss auf die Sachentscheidungsbefugnis des VwG. Sie können nämlich ein neues Vorbringen erstatten, weil im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kein Neuerungsverbot gilt, und dies kann dazu führen, dass der Sachverhalt nicht mehr als geklärt anzusehen ist. Auch eine zwischenzeitliche Änderung der Rechtslage kann zur Folge haben, dass der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht (mehr) feststeht.¹⁶ In solchen Fällen muss das VwG prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG vorliegen.

B) Die Sachentscheidung aus Gründen der Raschheit oder der Kostenersparnis

Nach § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG (iVm Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG) hat das VwG auch dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der entscheidungsrelevante Sachverhalt noch nicht feststeht, aber die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das VwG im Vergleich zu einer Zurückverweisung an die Verwaltungsbehörde im Interesse der Raschheit gelegen wäre.¹⁷ Ferner ist eine reformatorische Entscheidung des VwG dann angezeigt, wenn die Feststellung des Sachverhalts mit einer „erheblichen“ Kostenersparnis einhergeht.

In der Literatur wird richtig darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung des zeitlichen Kriteriums („Raschheit“) mit zu berücksichtigen sei, dass jede Kassation die Möglichkeit einer neuen Beschwerde schafft, weil gegen die neue verwaltungsbehördliche Entscheidung wieder der Rechtszug eröffnet ist. Das Interesse der Raschheit werde daher regelmäßig für eine Sachentscheidung des VwG sprechen.¹⁸ Im Übrigen sei bei der Beurteilung der Verfahrensdauer eine „objektive Betrachtung“ anzustellen; eine Überlastung des VwG rechtfertige daher keine Auslagerung von Ermittlungsaufgaben an die Verwaltungs-

15 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032. Siehe dazu auch *Wiederin*, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeschwerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149 (153).

16 Vgl *Eder/Martschin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte. Praxis-kommentar zum VwGVG und VwGG² (2017) 203 (§ 28 K 19).

17 Vgl *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 86 (§ 28 K 7).

18 Vgl *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 86 (§ 28 K 11).

behörde.¹⁹ Auch in der Judikatur wird zutreffend hervorgehoben, dass bei der Beurteilung der „Raschheit“ iSd § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG nicht nur die voraussichtliche Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens allein zu berücksichtigen sei. Maßgeblich sei vielmehr *„die Dauer des bis zur meritorischen Entscheidung insgesamt erforderlichen Verfahrens. Nur mit dieser Sichtweise kann nämlich ein den Vorgaben (Ausbau des Rechtsschutzsystems im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung; grundsätzliche Beseitigung des administrativen Instanzenzugs) Rechnung tragendes Ergebnis erzielt werden“*.²⁰ Sind sohin lediglich ergänzende Ermittlungen vorzunehmen, sei die (ergänzende) Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das VwG jedenfalls im Interesse der Raschheit (§ 28 Abs 2 Z 2 VwGVG) gelegen.²¹

Der VwGH hat in diesem Zusammenhang insbesondere klargestellt, dass die Ergänzungsbedürftigkeit eines Gutachtens für sich allein nicht zur Zurückverweisung berechtigt. Der Gerichtshof verweist dazu auf seine frühere Rechtsprechung zu § 66 AVG, wonach eine Zurückverweisung nicht schon deswegen zulässig ist, weil sich zeigt, dass eine Ergänzung des Verfahrens durch Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig wird.²² Diese Rechtsprechung sei auch für § 28 VwGVG von Bedeutung. Im Ausgangsfall folgte der VwGH daraus, dass das VwG die aus seiner Sicht fehlenden Ermittlungen, die im Wesentlichen aus der Ergänzung des von der Verwaltungsbehörde eingeholten und schon mehrfach ergänzten Sachverständigengutachtens bestanden hätten, gem § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG selbst durchführen hätte müssen, zumal *„dies jedenfalls im Interesse der Raschheit gelegen war“*.²³ Die Anordnung der Ergänzung eines Sachverständigengutachtens ist somit vom VwG vorzunehmen, weil dies der Beschleunigung des Verfahrens dient.²⁴

Zur Veranschaulichung des in § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG angesprochenen Aspekts der Verfahrensdauer kann außerdem auf eine Entscheidung des VwGH verwiesen werden, in der festgestellt wurde, dass die Einschau in einen gerichtlichen Strafakt oder allenfalls ergänzend in ein Strafregister (keineswegs aufwändige) Ermittlungsschritte darstel-

19 In diesem Sinne Winkler, § 28, in: Götzl et al (Hg), Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte (2015) Rz 14.

20 VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038.

21 VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038. Das Argument des VwG, dass es sich bei der befragten Behörde um eine „Spezialbehörde“ (in Medienangelegenheiten) handelte, rechtfertigte nach Ansicht des VwGH für sich allein keine andere Sichtweise.

22 VwGH 22.3.2012, 2011/09/0215 ua.

23 VwGH 17.2.2015, Ra 2014/09/0037.

24 VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031.

len, die gegebenenfalls im Interesse der Raschheit vom VwG zu setzen wären.²⁵ Und in einem anderen Fall hat der Gerichtshof ganz richtig festgehalten, dass eine Sachentscheidung durch das VwG jedenfalls im Interesse der Raschheit gelegen und daher gesetzlich geboten ist, wenn dem VwG die zur Sachverhaltsfeststellung erforderlichen Verwaltungsakten vollständig vorliegen und sich die erforderliche Ermittlungstätigkeit somit auf die Lektüre des Aktenkonvoluts beschränkt. Ein Zurückschicken der Verfahrensakten an die Verwaltungsbehörde stünde im Widerspruch zum Ziel der Verfahrensökonomie.²⁶

Was das Kriterium der Wirtschaftlichkeit anlangt („Kostenersparnis“), ist zu hinterfragen, ob es günstiger wäre, wenn das VwG selbst die Sachentscheidung trifft oder ob deutlich geringere Kosten anfallen, wenn die Verwaltungsbehörde die noch erforderlichen Schritte zur Klärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts setzt, also zB ausständige Erhebungen vornimmt.²⁷ Nach Auffassung der Lehre sind dabei nicht nur die Kosten der Parteien, sondern auch die Kosten der öffentlichen Hand zu berücksichtigen.²⁸ Das VwG muss sich daher mit der Frage der Verfahrensökonomie einerseits und der Wirtschaftlichkeit andererseits auseinandersetzen, um beurteilen zu können, ob eine reformatorische Entscheidung geboten ist.²⁹ Da die beiden Kriterien des § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG durch ein „oder“ verknüpft werden, reicht es für die Annahme einer Sachentscheidungskompetenz des VwG aus, wenn nur eine dieser Voraussetzungen erfüllt ist. Das VwG ist demnach etwa auch dann zur Entscheidung in der Sache selbst verpflichtet, wenn eine solche Entscheidung im Interesse der Raschheit liegt, aber mit höheren Kosten verbunden ist.³⁰

25 VwGH 21.8.2014, Ro 2014/11/0060.

26 VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0019.

27 Vgl *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 86 (§ 28 K 10).

28 Für eine solche Gesamtbetrachtung *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 86 (§ 28 K 10); ebenso *Winkler*, § 28 Rz 14.

29 Siehe dazu auch *Fischer*, Die Einführung von Verwaltungsgerichten in den Ländern. Konsequenzen für den Rechtsschutz, ZVR 2012, 426 (430).

30 In diesem Sinne dürfte wohl auch die Anmerkung bei *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 86 (§ 28 K 11) zu verstehen sein. Siehe zu dieser Frage auch *Winkler*, § 28 Rz 14.

C) Zusammenfassende Überlegungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem VwG in den in § 28 Abs 2 VwGVG bzw in Art 130 Abs 4 B-VG vorgesehenen Fällen eine kassatorische Entscheidung verwehrt ist.³¹ Das VwG muss selbst über die verfahrensgegenständliche Angelegenheit entscheiden, wobei ihm eine umfassende, dh auch Sachverhaltsfragen mit einschließende Kognitionsbefugnis zukommt.³² Damit sichern die genannten Bestimmungen den vom VwGH unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 angenommenen prinzipiellen „Vorrang einer meritorischen Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte“.³³ Diesen Vorrang der meritorischen Entscheidung durch die VwG will der VwGH vor allem auch durch ein weites, am Telos der Norm orientiertes Verständnis der Voraussetzungen der Z 1 und der Z 2 des § 28 Abs 2 VwGVG abgesichert wissen. Nach der Rechtsprechung sind *„die Voraussetzungen der Z 1 und Z 2 des § 28 Abs 2 VwGVG [...] so zu verstehen [...], dass einer meritorischen Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte so weitreichend entsprochen wird, als diese Voraussetzungen bei einer der Zielsetzung konformen (nicht restriktiven, sondern weiten) Deutung als gegeben angenommen werden können.“*³⁴ Ausnahmen von der (meritorischen) Entscheidung in der Sache selbst sind nach dieser Judikatur folgerichtig eng auszulegen. Mit anderen Worten: Der Anwendungsbereich der Z 1 und 2 des § 28 Abs 2 VwGVG ist angesichts der Zielsetzung dieser Bestimmung – Entscheidung in der Sache durch die VwG – weit zu ziehen.³⁵ Der VwGH begründet dies zum einen mit der gesetzgeberischen Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und zum anderen mit der Intention des Gesetzgebers, den Anforderungen der EMRK und der EU-GRC zu entsprechen. Dabei sei einerseits das grundrechtliche Erfordernis einer angemessenen Verfahrensdauer und andererseits das aus Art 6 EMRK und Art 47 EU-GRC resultierende

31 So auch VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012.

32 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063. Vgl auch Gruber, Verfahrensrecht 189; Fuchs, Die Prüf- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, ÖJZ 2013, 949 (950); Leeb, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz. Entstehung und verfassungsrechtliche Grundlagen (2013) 85 (101 ff).

33 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.

34 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

35 Siehe dazu auch VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031.

Gebot einer umfassenden Kognitionsbefugnis der VwG in Rechts- und Tatsachenfragen zu berücksichtigen.³⁶

Im Rahmen seiner Kompetenz zur meritorischen Erledigung von Beschwerden hat das VwG auch ein der Behörde eingeräumtes Ermessen auszuüben.³⁷ Auch allenfalls erforderliche Interessenabwägungen sind vom VwG vorzunehmen.³⁸ Bei Unzuständigkeit der Behörde kommt es zu einer negativen Sachentscheidung durch ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheids.³⁹ Außerdem findet sich in der verfassungsgerichtlichen Judikatur das Beispiel einer Sachentscheidung durch Zurückweisung des verfahrenseinleitenden Antrages wegen entschiedener Sache oder wegen Fehlens einer sonstigen Prozessvoraussetzung, wobei der VfGH ausdrücklich hervorhebt, dass § 28 VwGVG bezüglich des Inhalts der vom VwG zu treffenden Sachentscheidung keine Einschränkung macht.⁴⁰

In Anbetracht der weitreichenden Verpflichtung der VwG zur Entscheidung „in der Sache selbst“ bleibt die Frage, was unter der „Sache“ des Verfahrens zu verstehen ist. Der VfGH geht davon aus, dass sich diesbezüglich durch die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit nichts geändert hat.⁴¹ Sache des Beschwerdeverfahrens vor dem VwG ist demnach „nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat.“⁴² Wurde daher ein Antrag von der Verwaltungsbehörde zurückgewiesen, dann ist Sache eines Beschwerdeverfahrens vor dem VwG ausschließlich die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung. Eine inhaltliche Entscheidung über den dem Verfahren zu Grunde liegenden Antrag ist dem VwG verwehrt, weil ansonsten eine Instanz entfallen würde. Dieser schon für das administrative Berufungsverfahren entwickelte Gedanke beansprucht – wie der VfGH betont – auch im Anwendungsbereich des § 28 Abs 2 und 3 VwGVG unverändert Geltung, zumal ja die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit

36 In diesem Sinne VfGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063. Siehe zur angemessenen Verfahrensdauer und zur umfassenden Kognitionsbefugnis auch Baumgartner, Entspricht die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Anforderungen des Grundrechtsschutzes, in: ÖJK (Hg), Justizstaat: Chance oder Risiko? (2014) 99 (107 ff).

37 VfGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009. Vgl Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht 248.

38 VfGH 26.2.2015, Ra 2014/22/0103; VfGH 30.09.2014, Ro 2014/22/0021; VfGH 30.9.2014, Ro 2014/22/0022. Vgl Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht 248.

39 Vgl Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht 248. Siehe dazu VfGH 25.3.2015, Ro 2015/12/0003.

40 VfSlg 19.882/2014.

41 VfGH 18.12.2014, Ra 2014/07/0002.

42 VfGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032 mwH.

einen „Ausbau des Rechtsschutzsystems“ bezweckte (und nicht – wie hinzuzufügen ist – eine Einschränkung). Es stünde aber mit dieser Zielsetzung im Widerspruch, wenn ein VwG eine „*Entscheidung in der Sache unter Umgehung der zuständigen Behörde*“ treffen könnte.⁴³

Schließlich bleibt zu beachten, dass für die (meritorische) Entscheidung des VwG die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bestehende Sach- und Rechtslage maßgeblich ist. Hat sich seit der verwaltungsbehördlichen Entscheidung der Sachverhalt oder die Rechtslage verändert, so muss dies berücksichtigt werden.⁴⁴ Es kann daher etwa der Fall eintreten, dass ein ursprünglich zulässiger Antrag aufgrund einer Änderung der Sachlage unzulässig wird und daher zurückzuweisen ist.⁴⁵

IV. Die kassatorischen Entscheidungsbefugnisse nach § 28 Abs 3 VwGVG

§ 28 Abs 3 VwGVG regelt zwei Verfahrenskonstellationen, in denen – als Ausnahme vom Grundsatz der Sachentscheidung – eine kassatorische Entscheidung durch das VwG in Betracht kommt. Die im ersten Satz geregelte Konstellation betrifft den Fall, dass die Verwaltungsbehörde einer Sachentscheidung durch das VwG widersprochen hat. Im zweiten und dritten Satz des § 28 Abs 3 VwGVG wird sodann die Möglichkeit zur Aufhebung und Zurückverweisung wegen unzureichender Sachverhaltsermittlungen vorgesehen.⁴⁶

A) Das Widerspruchsrecht der Behörde

Nach § 28 Abs 3 S 1 VwGVG ist das VwG zwar auch dann grundsätzlich verpflichtet, über Bescheidbeschwerden in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG nicht vorliegen. Eine Sachentscheidung muss aber unterbleiben, wenn die Behörde einer solchen Entscheidung „unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens

43 VwGH 18.12.2014, Ra 2014/07/0002 unter Hinweis auf ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 3.

44 VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032 mwH; VwGH 29.1.2015, Ro 2014/07/0105. Nichts anderes gilt für kassatorische Entscheidungen der VwG; vgl Winkler, § 28 Rz 20; siehe dazu auch VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03/0076.

45 VwGH 28.5.2015, Ro 2014/07/0096.

46 Vgl Eder/Martschin/Schmid, Verfahrensrecht² 204 (§ 28 K 24).

widerspricht.⁴⁷ Eine stattgebende Entscheidung des VwG kann dann nur in Form einer Aufhebung und Zurückverweisung erfolgen; es kommt in diesem Fall also – neben der Bestätigung der behördlichen Entscheidung – nur eine Kassation in Betracht.⁴⁸ Die Voraussetzungen für dieses Widerspruchsrecht der Behörde, das erkennbar dem früheren § 67h AVG nachgebildet ist,⁴⁹ werden jedoch nur ausnahmsweise vorliegen.⁵⁰ Widerspricht die Behörde einer meritorischen Erledigung durch das VwG, obwohl die Voraussetzungen nach § 28 Abs 3 VwGVG nicht erfüllt sind, ist der Widerspruch rechtswidrig und somit vom VwG nicht zu beachten.⁵¹ Ein Widerspruch der Verwaltungsbehörde ist folglich unbeachtlich, wenn er verspätet (dh erst nach Vorlage der Beschwerde) erfolgt oder wenn er keine Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens bewirkt.⁵² Es ist daher anzunehmen, dass diese Bestimmung – so wie schon der als Vorbild dienende frühere § 67h AVG – keine praktische Bedeutung erlangen wird.

Fraglich bleibt, ob die Widerspruchsregelung nach § 28 Abs 3 VwGVG auch in Fällen des § 28 Abs 2 leg cit relevant ist. Die Textierung des Einleitungssatzes des § 28 Abs 3 VwGVG⁵³ spricht eher dafür, dass die Widerspruchsregelung nicht zum Tragen kommen soll, wenn die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG vorliegen. Oder anders formuliert: Wenn eine Sachentscheidung des VwG nach § 28 Abs 2 VwGVG geboten ist, weil der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder dessen Feststellung durch das VwG im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer beträchtlichen Kostenersparnis verbunden ist, dann kann die Verwaltungsbehörde einer Sachentscheidung nicht rechtswirksam widersprechen.⁵⁴ Im Übrigen wird bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG nur schwer zu argumentieren sein, dass eine neuerliche Befassung der Verwaltungsbehörde eine wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens (iSd § 28 Abs 3 S 1 VwGVG) mit sich brächte. Ein dennoch erhobener

47 Siehe dazu VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 18.12.2014, Ra 2014/07/0002.

48 So *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 87 (§ 28 K 15). Vgl auch *Winkler*, § 28 Rz 16.

49 Siehe dazu auch ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 7.

50 Vgl *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 87 (§ 28 K 13).

51 Vgl auch *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 249. Diese Frage offen lassend *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 87 (§ 28 K 14).

52 Vgl *Winkler*, § 28 Rz 16; *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 249.

53 „Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, [...]“.

54 Vgl *Winkler*, § 28 Rz 15. Anderer Ansicht offenbar *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht 86 f (§ 28 K 12).

Widerspruch wäre sohin in der Regel rechtswidrig und vom VwG nicht zu beachten.

B) Unzureichende Sachverhaltsermittlungen

Wie eingangs bereits kurz skizziert, gibt der zweite Satz des § 28 Abs 3 VwGVG dem VwG die Möglichkeit, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheids an die Behörde zurückzuverweisen. Diese Möglichkeit besteht allerdings nur im Falle unzureichender Sachverhaltsermittlungen. Hebt das VwG den bekämpften Bescheid auf, weil notwendige Erhebungen unterblieben sind, so ist die Verwaltungsbehörde nach dem dritten Satz des § 28 Abs 3 VwGVG an die rechtliche Beurteilung gebunden, von der das VwG bei seinem Beschluss ausgegangen ist. Diese Bindung erstreckt sich auch auf die Beurteilung, welche (ergänzenden) Ermittlungen noch notwendig sind.⁵⁵ Da das VwG nachvollziehbar begründen muss, warum es auf der Grundlage von § 28 VwGVG keine meritorische Entscheidungspflicht annimmt,⁵⁶ werden sich in der Entscheidungsbegründung regelmäßig auch entsprechende Hinweise für das weitere Ermittlungsverfahren finden.⁵⁷

In der Kommentarliteratur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das Modell der Bescheidaufhebung und Zurückverweisung der Angelegenheit an die Verwaltungsbehörde an das Konzept des § 66 Abs 2 AVG anknüpft.⁵⁸ Im Gegensatz zum vormals für die UVS maßgeblichen § 66 Abs 2 AVG setzt § 28 Abs 3 VwGVG allerdings nicht voraus, dass sich aufgrund der mangelhaften Sachverhaltsermittlung die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung durch die Verwaltungsbehörde als erforderlich erweist.⁵⁹ Angesichts einer Judikatur des VwGH, die den Anwendungsbereich der Zurückverweisung nach § 28 Abs 3 VwGVG deutlich einschränkt,⁶⁰ wird man dennoch nicht sagen können, dass nunmehr die Hürde für eine Zurückverweisung durch das VwG deutlich niedriger gelegt sei.⁶¹

55 Vgl Winkler, § 28 Rz 21.

56 Siehe FN 97.

57 Siehe dazu auch Eder/Martschin/Schmid, *Verfahrensrecht*² 205 (§ 28 K 30).

58 Vgl Fister/Fuchs/Sachs, *Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren* (2013) 153 f (§ 28 Anm 11).

59 Vgl Eder/Martschin/Schmid, *Verfahrensrecht* 87 (§ 28 K 16).

60 Siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen in diesem Abschnitt.

61 Siehe demgegenüber Larcher, *Das Verfahren vor dem LVG*, ZUV 2013, 8 (10). Wie hier auch Eder/Martschin/Schmid, *Verfahrensrecht*² 205 (§ 28 K 28).

Nicht ohne Weiteres erschließt sich das Verhältnis von § 28 Abs 3 S 1 VwGVG zu § 28 Abs 3 S 2 VwGVG. Nach *Grabenwarter/Fister* sollen diese Regelungen „*nacheinander zur Anwendung*“ gelangen. Im Falle eines berechtigten Widerspruchs stehe dem VwG stets nur die Kassation eines rechtswidrigen Bescheids offen. Erhebt die Verwaltungsbehörde hingegen keinen Widerspruch, so könne das VwG zwar reformatorisch entscheiden.⁶² Fehlen wesentliche Sachverhaltsfeststellungen, so stehe ihm aber auch die Möglichkeit offen, den bekämpften Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheids an die Behörde zurückzuverweisen.⁶³

Was das Verhältnis von § 28 Abs 2 zu § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG anlangt, ist Folgendes zu sagen: Nach Ansicht des VwGH wird § 28 Abs 3 VwGVG erst dann schlagend, wenn die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG nicht vorliegen.⁶⁴ Eine Aufhebung des Bescheids und die Zurückverweisung der Angelegenheit nach § 28 Abs 3 S 2 VwGVG komme daher nur in Betracht, wenn der maßgebliche Sachverhalt nicht feststeht und die Feststellung durch das VwG selbst nicht im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. Dafür lasse sich nicht nur der Wortlaut des einleitenden Halbsatzes des § 28 Abs 3 VwGVG, sondern auch der Umstand ins Treffen führen, dass die Zurückverweisungsbestimmung systematisch erst nach dem § 28 Abs 2 VwGVG in den zweiten Satz des § 28 Abs 3 VwGVG eingeordnet ist, weshalb sich ihre Anwendung auf § 28 Abs 3 VwGVG beschränke und nicht auf die von § 28 Abs 2 zweiter Satz VwGVG erfassten Fälle erstrecke.⁶⁵ Die Judikatur geht sohin davon aus, dass die nach § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG bestehende Zurückverweisungsmöglichkeit gegenüber der meritorischen Entscheidungszuständigkeit der VwG gewissermaßen nachrangig ist. Denn angesichts des in § 28 VwGVG „*insgesamt verankerten Systems*“ stelle die Möglichkeit zur Zurückverweisung nach § 28 Abs 3 S 2 VwGVG eine Ausnahme von der grundsätzlich meritorischen Entscheidungskompetenz der VwG dar.⁶⁶ Von der Möglichkeit der Zurückver-

62 Siehe dazu auch FN 85.

63 Vgl *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrenrecht 249. Siehe dazu auch *Winkler*, § 28 Rz 15, 17.

64 So auch *Winkler*, § 28 Rz 15, der festhält, dass § 28 Abs 3 VwGVG nur anwendbar sei, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 VwGVG nicht vorliegen. Siehe dazu auch VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031; VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0019; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

65 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063 unter Hinweis auf das Schrifttum. Siehe dazu auch VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0019; VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

66 VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0019.

weisung dürfe daher „nur bei krassen bzw besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht werden.“⁶⁷ Eine solche Zurückverweisung an die Verwaltungsbehörde zur Nachholung der erforderlichen Ermittlungen komme daher insbesondere in Betracht, „wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts (vgl. § 37 AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat.“⁶⁸ Derartige Mängel der Sachverhaltsermittlung können auch darauf beruhen, dass die Verwaltungsbehörde eine von der Rechtsauffassung des VwG abweichende Sichtweise vertreten hat und sich daher nicht veranlasst sah, die aufgrund der Rechtsansicht des VwG gebotenen Ermittlungsschritte zu setzen.⁶⁹ Demgegenüber vermag eine „dürftige“ Bescheidbegründung keinen Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss des VwG zu rechtfertigen, sofern nur „brauchbare Ermittlungsergebnisse“ vorliegen, die „im Zusammenhalt mit einer allenfalls durchzuführenden mündlichen Verhandlung“ (§ 24 VwGVG) zu vervollständigen sind.⁷⁰

Auch der Umstand, dass ein VwG mit den Überlegungen der Verwaltungsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung nicht konform geht, bewirkt für sich allein noch nicht, „dass von einem Unterlassen gebotener Ermittlungsschritte iSd § 28 Abs. 3 VwGVG gesprochen werden könnte.“⁷¹ Eine abweichende Beweiswürdigung und die sich daraus ergebende Notwendigkeit weiterer Ermittlungen rechtfertigt nach der Judikatur des VwGH sohin keine Zurückverweisung unter Berufung auf § 28 Abs 3 VwGVG. Das VwG hätte – jedenfalls im Ausgangsfall – vielmehr selbst zusätzliche Ermittlungen vornehmen und in weiterer Folge meritorisch entscheiden müssen.⁷²

67 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063. Siehe auch VwGH 27.8.2014, Ro 2014/05/0062; VwGH 10.9.2014, Ra 2014/08/0005; VwGH 30.9.2014, Ro 2014/22/0021 und Ro 2014/22/0022; VwGH 29.1.2015, Ra 2015/07/0001; VwGH 4.8.2015, Ra 2015/06/0039; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

68 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 4.8.2015, Ra 2015/06/0039. Siehe auch VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

69 Siehe dazu etwa BVwG 25.6.2014, W167 2007140-1. Vgl Winkler, § 28 Rz 20.

70 VwGH 10.9.2014, Ra 2014/08/0005; VwGH 17.2.2015, Ra 2014/09/0037; VwGH 24.3.2015, Ra 2014/09/0043; VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031.

71 VwGH 20.5.2015, Ra 2014/20/0146.

72 VwGH 12.11.2014, Ra 2014/20/0029. Das BVwG hatte in einem asylrechtlichen Verfahren eine fehlende Ermittlungstätigkeit angenommen, nachdem es bei der Beurteilung der Frage der Herkunftsprovinz von der Beweiswürdigung des Bundesasylamtes abgewichen war.

Allerdings billigt der VwGH dem VwG die Möglichkeit der Zurückverweisung nach § 28 Abs 3 S 2 VwGVG in Fällen zu, in denen aufgrund konkreter Anhaltspunkte die Annahme gerechtfertigt erscheint, dass die Verwaltungsbehörde versucht hat, ihre Verpflichtung zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts auf das VwG zu überwälzen.⁷³ Der Umstand, dass ein befangener Organwalter an der Entscheidung der Verwaltungsbehörde mitgewirkt hat, berechtigt demgegenüber nicht zu einem Vorgehen nach dem zweiten Satz des § 28 Abs 3 VwGVG.⁷⁴ Verweigert das VwG der beschwerdeführenden Partei eine Sachentscheidung, weil es zu Unrecht nach § 28 Abs 3 S 2 VwGVG vorgeht, kann der aufhebende und zurückverweisende Beschluss sowohl mittels Revision an den VwGH als auch mittels Entscheidungsbeschwerde beim VfGH (wegen Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter, Art 83 Abs 2 B-VG) bekämpft werden.⁷⁵

Im Falle der Aufhebung eines verwaltungsgerichtlichen Zurückverweisungsbeschlusses durch den VwGH tritt die Rechtssache gem § 42 Abs 3 VwGG in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung der angefochtenen Entscheidung befunden hat. Hebt der VwGH einen Zurückverweisungsbeschluss des VwG auf, treten daher allfällige auf Basis der aufgehobenen Entscheidung in derselben Rechtssache ergangene Rechtsakte *ex lege* außer Kraft.⁷⁶

V. Die Entscheidungsbefugnis der VwG bei verwaltungsbehördlichen Ermessensentscheidungen (§ 28 Abs 4 VwGVG)

§ 28 Abs 4 VwGVG regelt die Entscheidungsbefugnisse der VwG in Ermessensfällen und sieht unter gewissen Voraussetzungen eine kassatorische Entscheidung vor. Diese Bestimmung hat allerdings einen vergleichsweise engen Anwendungsbereich. Sie gelangt nur zur Anwendung, wenn die maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumen, der Beschwerde stattzu-

73 In diesem Sinne VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063; ferner VwGH 4.8.2015, Ra 2015/06/0039; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

74 VwGH 29.4.2015, Ro 2015/05/0007; vgl auch *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 250.

75 So *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrenrecht* 250 unter Hinweis auf VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063 und VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0019.

76 So *Gruber*, *Verfahrensrecht* 190. Siehe dazu VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031.

geben ist⁷⁷ und das VwG nicht gem § 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden hat.⁷⁸

War der belangten Behörde bei ihrer Entscheidung kein Ermessen eingeräumt, kommt eine auf § 28 Abs 4 VwGVG gestützte Aufhebung des bekämpften Bescheids durch das VwG von vornherein nicht in Betracht.⁷⁹ Aber auch wenn die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben hatte, ist eine Aufhebung des angefochtenen Bescheids samt Zurückverweisung der Angelegenheit an die Verwaltungsbehörde nur zulässig, wenn die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG nicht gegeben sind und die Beschwerde weder zurückzuweisen noch abzuweisen⁸⁰ ist.

Das Verhältnis der Absätze 2 und 4 des § 28 VwGVG ist somit vom Vorrang des Abs 2, also der Sachentscheidungsbefugnis des VwG, gekennzeichnet.⁸¹ Ist der bekämpfte Bescheid rechtswidrig und liegen die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG vor, weil der Sachverhalt hinreichend geklärt ist oder sich rasch bzw kostengünstiger durch das VwG klären lässt, so hat das VwG auch in Ermessenssachen reformatorisch zu entscheiden und dabei – gegebenenfalls nach Ergänzung des Ermittlungsverfahrens⁸² – das gesetzlich eingeräumte Ermessen zu handhaben.⁸³ Der Umstand, dass ein Bescheid auf einer Ermessensentscheidung beruht, ändert daher – wie auch der VwGH betont – nichts an der „*grundsätzlichen Verpflichtung des Verwaltungsgerichts, in der Sache selbst zu entscheiden.*“⁸⁴ Sind die Kriterien des § 28 Abs 2 VwGVG jedoch nicht erfüllt, so besteht im Falle des § 28 Abs 4 VwGVG

77 Arg „wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist“. Siehe dazu auch ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 7.

78 Vgl Eder/Martschini/Schmid, Verfahrensrecht² 206 (§ 28 K 31, 33).

79 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.

80 Wie der VwGH zu Recht betont, impliziert dabei auch die Abweisung einer Beschwerde eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Beschwerdesache (VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063). Wird eine Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der Bescheid somit bestätigt, ist ein solches Erkenntnis nach der Judikatur des VwGH „*derart zu werten, dass das VwG ein mit dem Inhalt des verwaltungsbehördlichen Bescheides übereinstimmendes Erkenntnis erlässt*“ (VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032).

81 VwGH 17.2.2015, Ra 2014/09/0027. Siehe ferner VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038, wo der VwGH vom „*Primat der meritorischen Entscheidung*“ spricht.

82 VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038.

83 So auch Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrensrecht 251; vgl ferner Winkler, § 28 Rz 22; Baumgartner, Reform 112 f.

84 VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038.

die Verpflichtung⁸⁵ zur Aufhebung und Zurückverweisung unabhängig davon, ob die Rechtswidrigkeit des Bescheids auf einem Ermessensfehler⁸⁶ beruht. Auch bei anderen Rechtswidrigkeiten bleibt die Ermessensübung somit der Verwaltungsbehörde vorbehalten, sofern die Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG nicht gegeben sind.⁸⁷

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Ermessensübung durch das VwG von Verfassungs wegen unzulässig ist, wenn die Verwaltungsbehörde ihr Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat und der Bescheid rechtskonform ist.⁸⁸ Denn nach Art 130 Abs 3 B-VG liegt – außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des BFG gehörenden Rechtssachen – Rechtswidrigkeit nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat. Das VwG darf eine verwaltungsbehördliche Entscheidung daher nicht allein deswegen korrigieren, weil ihm eine andere, ebenfalls innerhalb des Ermessensspielraums liegende Entscheidungsvariante zweckmäßiger erscheint.⁸⁹ Gleichwohl ist das VwG verpflichtet, zu überprüfen, ob die Ermessensübung durch die Verwaltungsbehörde auf gesetzmäßige Weise erfolgte,⁹⁰ wobei diese Frage „vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehenden Sach- und Rechtslage“⁹¹ zu beurteilen ist. Ein allfälliger Ermessensfehler, der den bekämpften Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet, ist vom VwG im Rahmen einer Sachentscheidung nach § 28 Abs 2 VwGVG oder – wenn die Voraussetzungen nach dieser Bestimmung nicht vorliegen – durch eine kassatorische Entscheidung nach § 28 Abs 4 VwGVG aufzugreifen. Wurde also das behördliche Ermessen „nicht im Sinne des Gesetzes“

85 Arg „hat [...] aufzuheben und [...] zurückzuverweisen“. So auch VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038. Insoweit unterscheidet sich § 28 Abs 4 VwGVG von § 28 Abs 3 VwGVG, zumal im Fall des Abs 3 das VwG eine Sachentscheidung treffen darf (sofern dem die Behörde nicht rechtswirksam widersprochen hat).

86 In der Entscheidung VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038 erinnert der Gerichtshof daran, dass nach seiner Rechtsprechung zur alten Rechtslage Ermessensentscheidungen daraufhin zu kontrollieren waren, „ob alle für die Ermessensübung maßgeblichen Umstände in die Abwägung einbezogen wurden, sowie ferner, ob die Behörde Umstände in die Erwägungen einbezogen hat, die bei richtiger rechtlicher Beurteilung dabei nicht hätten berücksichtigt werden dürfen“. Diese Rechtsprechung sei aufgrund von Art 130 Abs 3 B-VG auch auf die Überprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen durch ein VwG zu übertragen.

87 Vgl Winkler, § 28 Rz 22. Siehe dazu auch Eder/Martschin/Schmid, Verfahrensrecht² 206 (§ 28 K 33).

88 Vgl Baumgartner, Reform 112 f.

89 Vgl Eder/Martschin/Schmid, Verfahrensrecht² 207 (§ 28 K 36). Siehe dazu auch VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009.

90 VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009.

91 VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038.

(Art 130 Abs 3 B-VG) geübt, etwa weil die für die Ermessensübung relevanten Umstände in einem mangelhaften Verfahren oder unvollständig festgestellt wurden, so ist das VwG bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 28 Abs 2 VwGVG befugt, eigenes Ermessen zu üben.⁹²

VI. Schlussbemerkung

Eine nähere Auseinandersetzung mit den einfachgesetzlichen Bestimmungen betreffend die Sachentscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte (§ 28 VwGVG) zeigt, dass die VwG in der überwiegenden Zahl der Fälle mit einer meritorischen Entscheidungskompetenz ausgestattet sind. Dadurch wird – wie der VwGH mit gutem Grund festgehalten hat – der aus der Bundesverfassung (Art 130 Abs 4 B-VG) ableitbaren Zielsetzung Rechnung getragen, dass die VwG grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden sollen.⁹³ Angesichts dieser Rechtsprechung ist es nicht überraschend, dass der VwGH bereits in einer Reihe von Fällen Entscheidungen von VwG behoben hat, weil diese ihrer Verpflichtung zur Ergänzung der Verfahrensergebnisse bzw zur meritorischen Entscheidung nicht nachgekommen waren.⁹⁴ Der „*prinzipielle Vorrang einer meritorischen Entscheidungspflicht*“⁹⁵ wird überdies dadurch gestärkt, dass der VwGH eine Begründung verlangt, wenn das VwG von einer Sachentscheidung Abstand nehmen will.⁹⁶ Demnach erfasse der Anspruch eines von einer Entscheidung Betroffenen auf Beachtung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit angesichts des § 28 VwGVG „auch die Frage, ob das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit zur Entscheidung in der Sache selbst dem § 28 VwGVG konform wahrnimmt. Das Verwaltungsgericht hat daher insbesondere nachvollziehbar zu begründen, wenn es eine meritorische Entscheidungszuständigkeit nicht als gegeben annimmt, etwa weil es das Vorliegen der Voraussetzungen der Z 1 und Z 2 des § 28 Abs 2 VwGVG verneint bzw wenn es von der Möglichkeit des § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG nicht Gebrauch macht“.⁹⁷

92 VwGH 26.4.2016, Ro 2015/03/0038.

93 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

94 So Gruber, Verfahrensrecht 189 unter Hinweis auf VwGH 14.12.2015, Ra 2015/09/0057; VwGH 10.9.2015, Ro 2015/09/0011; VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0031.

95 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063 ua.

96 Vgl Gruber, Verfahrensrecht 189.

97 VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063. Siehe auch VwGH 26.2.2015, Ra 2014/22/0116; VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0019; VwGH 30.6.2015, Ra 2014/03/0054.

Bemerkenswert ist schließlich, dass der VwGH den weitreichenden Vorrang der Sachentscheidungsbefugnis der VwG auch als Argument für die Auslegung der Bestimmungen über den notwendigen Inhalt einer Beschwerde (§ 9 VwGVG) bzw den Prüfungsumfang der VwG (§ 27 VwGVG) heranzieht. Nach dieser Judikatur widerstreite die in § 28 VwGVG normierte Verpflichtung der VwG zur Sachentscheidung „*der Annahme, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspräche, im Wege einer erhöhten Anforderung an eine Beschwerde gleichzeitig den Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte derart zu beschränken, dass eine meritorische Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte wesentlich erschwert würde.*“⁹⁸ Die Anforderungen an eine Beschwerde beim VwG seien daher nicht höher anzusetzen als die Anforderungen an eine Berufung gem § 63 Abs 3 AVG.⁹⁹

98 VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066; VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032.

99 VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032.

Differenziertes Rechtskraftverständnis im neuen System der Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. Rechtskraft

Die Rechtskraft ist ein zentrales Rechtsinstitut des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtsdogmatik und es ist eine hervorragende Leistung der Rechtswissenschaften, die Rechtskraft als Rechtsinstitut konturiert zu haben. Sicher, es gibt nicht immer Übereinstimmung über Inhalt und Wirkungen, aber es hat sich doch ein grundsätzlicher Konsens gebildet. Unterschieden werden die formelle und die materielle Rechtskraft.

Formelle Rechtskraft bedeutet, dass die Entscheidung unanfechtbar ist.¹ Sie tritt ein, wenn ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr zulässig ist oder es kein solches Rechtsmittel mehr gibt,² zB weil die letzte Instanz entschieden hat.

Auch der Begriff des ordentlichen Rechtsmittels ist ein dogmatischer Begriff und seine Voraussetzungen sind nicht unumstritten. Es sollen die Rechtsmittel gemeint sein, die den Parteien „im regelmäßigen Gang des Verfahrens“ zur Verfügung stehen.³ Devolutiveffekt und Suspensiveffekt⁴ sind typische, aber keine zwingenden Merkmale. Vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 war der VwGH davon ausgegangen, dass der Eintritt der formellen Rechtskraft durch die Möglichkeit der Einbringung einer Beschwerde an einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts nicht gehindert wird.⁵

1 VwGH 24.5.2016, Ra 2016/03/0050.

2 VwGH 3.10.1997, 97/19/0785.

3 Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015) 245.

4 Für die Berufung zB § 64 Abs 1 AVG; anders aber zB für den Mandatsbescheid nach § 57 Abs 2 AVG.

5 VwGH 26.9.1984, 84/11/0166.

Materielle Rechtskraft bedeutet eine Bindungswirkung (Verbindlichkeit) der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung.⁶ Die Verbindlichkeit eines Bescheides tritt mit seiner Unanfechtbarkeit ein und endet erst mit seiner Beseitigung. Bindungswirkung bedeutet, dass die rechtskräftige Entscheidung auch für und gegen andere Behörden und Gerichte wirksam ist (Tatbestandswirkung) und Grundlage einer Vollstreckung sein kann. Nach dem Grundsatz *ne bis in idem* kann über ein und dieselbe Rechtssache nur einmal rechtskräftig entschieden werden. Insofern besteht auch ein Prozesshindernis: Die entschiedene Sache, *res iudicata*, steht einer nochmaligen Entscheidung entgegen (Unwiederholbarkeit).⁷ Die Entscheidung ist grundsätzlich auch unwiderruflich (Unwiderrufbarkeit).

Das Institut der Rechtskraft hat seine Wurzeln in den Verfassungsprinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.⁸ Doch so grundlegend und bedeutend dieses Rechtsinstitut für die Herstellung von Rechtssicherheit ist, so sind es gerade die geltenden Vorschriften zur Rechtskraft, die heute zu Rechtsunsicherheit führen. Dafür können drei Gründe angeführt werden:

Erstens sind Fragen nach Begriff, Inhalt und Bedeutung der Rechtskraft nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 neu zu stellen. Denn durch sie wurden der verwaltungsbehördliche Instanzenzug und damit die Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) bzw an eine höhere behördliche Instanz weitgehend abgeschafft⁹ und die Bescheidbeschwerde an das Verwaltungsgericht eingeführt. Damit stellt sich die Frage, wann nun formelle Rechtskraft eines Bescheids überhaupt eintritt: bereits mit seinem Zugang oder erst wenn eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht unzulässig geworden oder entschieden ist?

Zweitens sollen die Verwaltungsgerichte im Bescheidbeschwerdeverfahren zwar grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden, der an-

6 VwGH 19.1.2016, Ra 2015/01/0070: Inhaltlich erwächst ein Bescheid nach Maßgabe seines Spruchs in Rechtskraft. Nur er erlangt rechtliche Geltung (Verbindlichkeit) und legt dadurch die Grenzen der Rechtskraft fest. Die Bescheidbegründung dient nur der Auslegung.

7 VwGH 24.4.2015, 2011/17/0244.

8 Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht (1996) 580; Eberhard, Das Zusammenspiel von Landesverwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden, in: Bußjäger/Camper/Ranacher/Sonntag (Hg), Die neuen Landesverwaltungsgerichte (2013) 125 (140); Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴ (2014) 130; Kneihls, Rechtskraft. Eine allgemeine Untersuchung aus Anlass einer spezifischen Diskussion, ZfV 2015, 171 (174); VwGH 24.3.2015, Ra 2015/09/0011.

9 Ausnahme für Gemeinden nach Art 118 Abs 4 S 2 B-VG.

gefochtene Bescheid bzw andere Beschwerdeakte sind aber nach § 27 VwGVG „auf Grund der Beschwerde“ bzw „auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung“ zu prüfen. Damit stellt sich nicht nur die Frage, ob und inwieweit verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Teile eines Bescheides möglich ist, sondern auch, ob der andere Teil oder die anderen Teile isoliert in Rechtskraft erwachsen können.

Drittens stellt sich die Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang das verwaltungsgerichtliche Erkenntnis einen angefochtenen (Teil-)Bescheid ersetzt. Denn ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis, das den Bescheid ersetzt und in Rechtskraft erwächst, dürfte in der Konsequenz weder durch eine Behörde nach § 68 Abs 2 bis 4 AVG noch durch ein Verwaltungsgericht wegen § 17 VwGVG behoben werden können. Damit könnte sich eine Rechtslücke auftun.

Allerdings muss daran erinnert werden, dass die Gesetzgeber in Bund und Ländern selbst den Begriff der Rechtskraft schon vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nicht einheitlich verwendet haben. Mit Rechtskraft kann nur Verbindlichkeit gemeint sein oder nur Unanfechtbarkeit oder es kann beides gemeint sein, wobei Verbindlichkeit und Unanfechtbarkeit auch nicht gleichzeitig eintreten müssen.¹⁰ Der VwGH ging jedenfalls bislang davon aus, dass unter „Rechtskraft im Zweifel immer die formelle Rechtskraft verstanden werden soll“.¹¹

II. Begriff, Inhalt und Bedeutung der Rechtskraft nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012

A) Bestandsaufnahme

Tatsächlich scheint verschiedenen gesetzlichen Vorschriften nicht das gleiche Verständnis formeller Rechtskraft zugrunde zu liegen. Ein kleiner Überblick über bestehende gesetzliche Vorschriften soll einen Eindruck über das Problempotenzial verschaffen:

¹⁰ Darauf weisen Kolonovits/Muzak/Stöger, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹⁰ (2014) 270 hin.

¹¹ VwGH 2.10.1985, 85/11/0015.

1. Abänderung und Behebung eines Bescheides nach § 68 AVG

§ 68 Abs 1 AVG bestimmt, dass Anbringen von Beteiligten, die die Abänderung eines Bescheides begehren und der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegen, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen sind. Ausnahmen sind Anträge auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Außerdem kann die Behörde Anlaß zu einer Verfügung nach Maßgabe der § 68 Abs 2 bis 4 AVG finden. Obwohl sich in der Bestimmung kein ausdrücklicher Bezug zu „Rechtskraft“ bzw „formeller Rechtskraft“ findet, wird sie dennoch damit in Verbindung gebracht.

Bis zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 war klar, dass die Voraussetzung, eine Berufung zulässigerweise nicht mehr erheben zu können, mit dem Erfordernis formeller Rechtskraft gleichzusetzen war.¹² Nun stellt sich die Frage, ob § 68 Abs 2 bis 4 AVG überhaupt Anwendung finden können, wenn eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben werden kann aber noch nicht erhoben worden ist.

Grundsätzlich lassen sich zwei Ansichten vertreten. So lässt sich argumentieren, dass die Verwaltungsgerichte die UVS ablösen sollten, mithin die Beschwerde an ein Verwaltungsgericht die Berufung an den UVS. In der Folge soll formelle Rechtskraft, wie sie § 68 AVG zugrunde liegen soll, erst dann eintreten, wenn eine Beschwerde zum Verwaltungsgericht nicht mehr zulässig ist, zB weil die Rechtsmittelfrist verstrichen ist, auf ein Rechtsmittel verzichtet wurde oder dieses zurückgezogen wurde bzw weil ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts ergangen ist. Hierfür wird angeführt, dass ordentliche Rechtsmittel den Parteien „im regelmäßigen Gang des Verfahrens“ zur Verfügung stehen und dass es „bestimmend für die formelle Rechtskraft“ sei, wenn keine weitere Entscheidung „vollends an die Stelle der bisherigen“ treten könne.¹³ Dass dies nicht durch eine Verwaltungsbehörde, sondern durch ein Gericht erfolgt, soll nicht maßgeblich sein. Hinzu kommt, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat¹⁴ und dass

12 Hengstschläger/Leeb, AVG (2009) § 68 Rn 5.

13 Tanzer, Die Rechtswirkungen des erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Urteils im fortgesetzten Verwaltungsverfahren, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 293 (295).

14 So Schiffkorn, „Rechtskraft“ nach dem System der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZVG 2014, 628 (631).

sie zur „Vernichtung des Bescheids“¹⁵ führen kann und zwar unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit.

Dem steht die Ansicht gegenüber, dass formelle Rechtskraft die Unanfechtbarkeit des Bescheides durch ein ordentliches Rechtsmittel bedeute, wozu die Beschwerde an das Verwaltungsgericht nicht gezählt werden könne.¹⁶ Die formelle Rechtskraft sei in § 68 AVG „verfahrensrechtlich verankert“, stelle auf die Berufung ab und sei durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nicht verändert worden – anders als das etwa bei § 52a Abs 1 VStG geschehen ist.¹⁷

2. *Errichtung und Betrieb von Anlagen vor Rechtskraft des Genehmigungsbescheids nach § 78 Abs 1 GewO*

§ 78 Abs 1 S 1 GewO geht davon aus, dass formelle Rechtskraft nicht bereits mit dem Zugang eines Bescheids eintritt. Die Vorschrift sieht vor, dass Anlagen oder Teile von Anlagen vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides errichtet und betrieben werden dürfen, wenn dessen Auflagen bei der Errichtung und beim Betrieb der Anlage eingehalten werden. Weil es Regelungszweck der Vorschrift ist, den Betrieb der Anlage vor Rechtskraft zu erlauben, die Rechtskraft eines Bescheids aber nicht vor seiner Wirksamkeit eintreten kann, macht die Vorschrift nur Sinn, wenn die formelle Rechtskraft mit oder nach dem Zugang des Bescheids eintritt. Tritt sie mit Zugang des Bescheids ein, wäre die Vorschrift durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 überflüssig geworden. Wie aus § 78 Abs 1 S 2 GewO zu entnehmen ist, soll dieses Recht der Genehmigungsausübung mit dem Zeitpunkt der Erlassung des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses erlöschen. Folglich wird bei § 78 Abs 1 GewO davon ausgegangen, dass die Rechtskraft eine „nachgelagerte“ sein soll: Rechtskräftig ist ein Bescheid, wenn er nicht mehr mit Rechtsmitteln, also im „regelmäßigen

¹⁵ Hengstschläger/Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ (2014) 308.

¹⁶ Wielinger, *Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht und das Recht der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit* (2014) 121; siehe auch Eberhard, *Zusammenspiel* 138.

¹⁷ Storr, *Das Verfahren der Bescheid- (Administrativ-)Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht*, in: Holoubek/Lang (Hg), *Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht* (2014) 14 (29); Ennöckl, *Was bedeutet Rechtskraft nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle – am Beispiel des gewerblichen Betriebsanlagenrechts*, ZfV 2014, 795 (796); Ranacher, *Amtswegige Aufhebung und Abänderung von Bescheiden neben und nach dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren*, ZfV 2015, 15 (20).

Verfahrensgang“ mit einer Beschwerde an ein Verwaltungsgericht bekämpft werden kann.¹⁸

3. *Zurückweisung eines Antrags über Umfang einer Gewerbeberechtigung und Einreihung von Gewerben nach § 349 Abs 4 GewO*

Nach § 349 Abs 4 GewO kann der zuständige Bundesminister einen Antrag zur Entscheidung über den Umfang einer Gewerbeberechtigung sowie über die Einreihung von Gewerben unter anderem dann zurückweisen oder von der Einleitung eines Verfahrens absehen, wenn über die Frage in den letzten fünf Jahren vom zuständigen Bundesminister rechtskräftig entschieden oder vom Verwaltungsgericht des Landes erkannt oder vom Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entschieden worden ist. Indem in der zuerst genannten Alternative auf die Rechtskraft des Bescheids abgestellt wird, also auf die verwaltungsbehördliche Entscheidung des Bundesministers, und ein mögliches Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts eines Landes als zweite Alternative besonders angeführt wird, spricht das dafür, dass Rechtskraft des Bescheids in der ersten Alternative erst eintreten soll, wenn eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht nicht mehr möglich ist.

4. *Berechtigung zur Gewerbeausübung bis Rechtskraft des Lösungsbescheids nach § 363 Abs 4 S 2 GewO*

Ähnlich verhält es sich offenbar mit § 363 Abs 4 S 2 GewO: Wenn die Oberbehörde mit Bescheid die Löschung einer Eintragung in das GISA verfügt hat, darf das Gewerbe dennoch bis zum Eintritt der Rechtskraft des Lösungsbescheides ausgeübt werden. Diese gesetzliche Vorgabe macht nur Sinn, wenn die Rechtskraft nicht mit Bekanntgabe des Lösungsbescheids eintritt, weil ein Bescheid ja ohnehin erst dann wirksam wird, wenn er bekanntgegeben wurde.¹⁹

18 Wie hier Kneihls, ZfV 2015, 171 (192).

19 VfSlg 18.356/2008: „Ein auf die Erlassung eines Bescheides gerichteter Willensakt der Behörde tritt erst dann in die Rechtsordnung ein, wenn er nach außen gemäß den Regeln des AVG in Erscheinung tritt, wenn er also dem § 62 AVG entsprechend entweder mündlich verkündet oder wenn eine schriftliche Ausfertigung zugestellt wurde.“

5. *Berechtigung zur Gewerbeausübung bis Rechtskraft des Ersatzbescheides nach § 359c GewO*

Offen ist § 359c GewO: Wenn ein Genehmigungsbescheid vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wird, darf der Genehmigungswerber die betreffende Anlage unter bestimmten Voraussetzungen bis zur Rechtskraft des Ersatzbescheides, längstens jedoch ein Jahr, weiter betreiben. Das gilt jedoch nicht, wenn der Verwaltungsgerichtshof der Revision, die zur Aufhebung des Genehmigungsbescheides führte, die aufschiebende Wirkung zuerkannt hat.

Aus dem Wortlaut des § 359c S 1 GewO kann nicht eindeutig entnommen werden, ob die formelle Rechtskraft des Ersatzbescheides bereits mit Zustellung oder erst in der Gestalt eines etwaigen verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses eintritt.

Bis zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 regelte die Bestimmung folgenden Fall: wenn ein Genehmigungsbescheid in der Gestalt eines Berufungsbescheids vom VwGH aufgehoben wurde, durfte der Inhaber der Betriebsanlage diese fortführen, bis der UVS einen Ersatzbescheid erlassen hatte (bzw bis max. ein Jahr). Durch die Geweberechts-Novelle 2013 wurde lediglich das Wort „Beschwerde“ in § 359c S 2 GewO durch „Revision“ ersetzt,²⁰ weil der VwGH ja ein Revisionsgericht ist. Nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 sind Revisionen aber nur gegen Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte möglich.

*Stolzlechner*²¹ hat daraus bekanntlich drei Schlüsse gezogen: Erstens ist es ja grundsätzlich das Verwaltungsgericht, das mit Erkenntnis abzusprechen hat.²² Ein Ersatzbescheid iES wird also nicht erlassen, sondern ein „Ersatzerkenntnis“.²³ Zweitens soll das „Ersatzerkenntnis“ ein Bescheid in Gestalt des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses sein. Drittens soll die formelle Rechtskraft des „Ersatzerkenntnisses“ („Ersatzbescheides“) mit Erlass des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses eintreten.

20 Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird, BGBl I 85/2013.

21 *Stolzlechner*, Zur Rechtswirkung von Erkenntnissen der VwG auf bekämpfte Bescheide – dargestellt anhand der Interpretation des § 359 GewO, ZVG 2014, 640 f.

22 Gegebenenfalls sofern der VwGH ein Erkenntnis aufgehoben hat, weil die Rechtsache durch Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses in die Lage zurücktritt, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses befunden hat, § 42 Abs 3 VwGG; sofern der VwGH nicht von seiner Sachentscheidungsbefugnis Gebrauch macht, § 42 Abs 4 VwGG.

23 Weil Verwaltungsgerichte Erkenntnisse erlassen: § 28 Abs 1 VwGVG.

6. *Verstoß gegen rechtskräftigen Bescheid als Verwaltungsstraftat nach § 340 Abs 2 GewO*

Schließlich ist ein Beispiel anzuführen, um die grundrechtliche Brisanz und Relevanz der „richtigen“ Interpretation von Rechtskraft zu zeigen: Nach § 340 Abs 2 GewO hat die Behörde den Anmelder eines iSv § 95 GewO reglementierten Gewerbes umgehend in das GISA einzutragen, wenn der Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass die Voraussetzungen gemäß § 340 Abs 1 vorliegen, in Rechtskraft erwachsen ist. Nach § 95 S 2 GewO darf der Anmelder mit der Gewerbeausübung erst mit der Rechtskraft dieses Bescheides beginnen. Ein Zuwiderhandeln ist nach § 366 Z 1 GewO mit einer Verwaltungsstrafe bewehrt.

7. *Überblick über Regelungen in den Ländern*

Einige Länder haben sich um Klarheit zum neuen differenzierten Rechtskraftverständnis bemüht: In Tirol findet sich in den Erläuternden Bemerkungen zum 2. Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz die Ausführung, dass (weiterhin) „die formelle Rechtskraft erst mit der Unanfechtbarkeit des verwaltungsbehördlichen Bescheides bzw mit der – künftig landesverwaltungsgerichtlichen – Entscheidung über das dagegen erhobene, mit aufschiebender Wirkung ausgestattete Rechtsmittel der Beschwerde“ eintreten soll. „Verfahrensvorschriften, die an eine rechtskräftige Erledigung einer Behörde anknüpfen, sind daher auch künftig so zu verstehen, dass nicht bereits mit der Erlassung des behördlichen Bescheides Rechtskraft eintritt [...]“.²⁴

In Vorarlberg hat der Gesetzgeber des Landesverwaltungsgerichts-Anpassungsgesetzes den Begriff „Bescheid“ durch Formulierungen wie „Entscheidung“, „Bewilligung“ oder „Genehmigung“ ersetzt, um klarzustellen, dass sowohl verwaltungsbehördliche Bescheide als auch Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichtes gemeint sein sollen. Es soll davon ausgegangen werden, dass eine rechtskräftige Entscheidung nur dann vorliegt, „wenn die Entscheidung nicht mehr anfechtbar ist (außer durch Rechtsbehelfe an die Höchstgerichte)“.²⁵

24 Erläuternde Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über die aufgrund der Einrichtung von Verwaltungsgerichten erster Instanz erforderliche verfahrensrechtliche Anpassung der Tiroler Landesrechtsordnung (2. Tiroler Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz), Gesetz vom 2. Oktober 2013, LGBl 130/2013.

25 XXIX. Vorarlberger Landtag, RV Beilage 64/2013, 54 unter Hinweis auf § 12 Abs 1 Parteienförderungsgesetz, § 13 Abs 3 des Gesetzes über das Gemeindegut, § 5 Abs 1 lit c Landes-Datenschutzgesetz, §§ 24 Abs 5, 81 Abs 4 und 145 Abs 6 des Landesbedienstetengesetzes 1988, §§ 23 Abs 5, 84 Abs 4 und 152 Abs 6 Gemeinde-

In Salzburg hat der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt, dass in landesrechtlichen Bestimmungen, in denen ein rechtskräftiger Bescheid verlangt wird und dafür nicht anderes bestimmt ist, eine daran anknüpfende Wirkung erst in zwei Alternativen eintritt: erstens, wenn ein in einem Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht mehr abänder- oder aufhebbarer Bescheid vorliegt oder – zweitens –, wenn über die Beschwerde durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichts in der Sache selbst entschieden worden ist. An die Stelle eines solchen Bescheides tritt das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts, mit dem in der Sache selbst entschieden worden ist. Das soll allerdings nicht für Bescheide im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gelten, gegen die ein ordentliches Rechtsmittel zulässig ist.²⁶

Verbindlich ist auch Oberösterreich, das im Landesverwaltungsgerichts-Vorbereitungsgesetz²⁷ pointiert geregelt hat: „Soweit in einem Landesgesetz der Begriff der Rechtskraft verwendet wird, bedeutet das, [...] dass der betreffende Bescheid einer Beschwerde nach Art. 130 Abs 1 Z 1 B-VG nicht oder nicht mehr unterliegt, [...] und ansonsten, wenn es sich um eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde handelt, dass der betreffende Bescheid einer Berufung nicht oder nicht mehr unterliegt.“

B) *Neue Herausforderungen durch ein differenziertes Rechtskraftverständnis*

In der Folge heißt das – und daraus erklärt sich auch der Titel dieses Beitrags – dass es ein differenziertes Verständnis der formellen Rechtskraft gibt.²⁸

Rechtstheoretisch ist das kein gar so absonderliches Ergebnis. Es ist keine Seltenheit – ja eigentlich eine juristische Binsenweisheit –, dass dieselben Begriffe in verschiedenen Rechtsvorschriften verschiedene Bedeutung haben können. Die Bedeutung und der Inhalt von Tatbestandsmerkmalen muss für jede Vorschriften besonders ermittelt werden. Das gilt gerade für das Rechtsinstitut der Rechtskraft, das eine eigene dogmatische Entwicklung erfahren hat. Die Dogmatik aber hat

bedienstetengesetz 1988, §§ 6 Abs 1, 7 und 14 Abs 1 Veranstaltungsgesetz, § 15 Abs 1 des Wettengesetzes.

26 Art 74 Salzburger Landesverwaltungsgerichts-Begleitgesetz, StF, LGBl 106/2013.

27 § 6b Landesgesetz zur Vorbereitung der Aufnahme der Tätigkeit des Oö. Landesverwaltungsgerichts (Oö Landesverwaltungsgerichts-Vorbereitungsgesetz), StF, LGBl 10/2013.

28 Ennöckl, ZfV 2014, 795 (797).

sich an den geltenden Rechtssätzen zu orientieren und nicht umgekehrt die Rechtssätze an der Dogmatik.

Kolonovits/Muzak/Stöger unterscheiden deshalb zwischen formeller Rechtskraft im engeren und im weiteren Sinn: Formelle Rechtskraft im engeren Sinn soll vorliegen, wenn ein Bescheid „durch verwaltungsinterne, als Regelfall vorgesehene Rechtsmittel nicht oder nicht mehr bekämpft werden kann“. Gemeint sind die Berufung (§ 63 AVG), die Vorstellung (§ 57 Abs 2 AVG) und der Einspruch (§ 59 VStG). Formelle Rechtskraft im weiteren Sinn soll vorliegen, wenn der Bescheid nicht mehr durch eine Bescheidbeschwerde an ein Verwaltungsgericht bekämpft werden kann.²⁹

Ein einheitliches Rechtsinstitut der formellen Rechtskraft gibt es jedenfalls nicht (mehr). Welche Form der Rechtskraft in einer gesetzlichen Bestimmung gemeint ist, muss im Einzelfall durch Auslegung bestimmt werden.³⁰ Dafür müssen die bekannten Interpretationsgrundsätze herangezogen werden, wobei vor allem der systematischen und der teleologischen Interpretation eine besondere Bedeutung zukommen dürfte.³¹

III. Vorschläge für die Interpretation

A) *Typik*

1. Es ist davon auszugehen, dass die Gesetzgeber von Bund und Ländern seit Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 bei Erlass und Änderungen von Gesetzen auf die unterschiedliche Bedeutung von Rechtskraft Bedacht nehmen. Daraus folgt: Wenn ein Gesetzgeber nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 von der Rechtskraft eines Bescheids oder der

29 *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht* 271.

30 Das ist nicht unbedingt systembezogen. So aber wohl *Stöger*, *Die Rechtskraft von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und des Bundesfinanzgerichts*, in: *Holoubek/Lang* (Hg), *Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit* (Manuskript zur Veröffentlichung 2017) 21.

31 Ebenso *B. Raschauer*, *Auswirkungen der Reform auf die Verwaltung*, in: *Österreichische Juristenkommission* (Hg), *Justizstaat: Chance oder Risiko?* (2014) 233 (241); *Ranacher*, *ZfV* 2015, 15 (22); *Ennöckl*, *ZfV* 2014, 795 (797); allgemeiner *Trenker*, *Bindung des Zivilgerichts an verwaltungsbehördliche/-gerichtliche Entscheidungen*, *JB1* 2016, 488 (565).

Rechtskraft eines Erkenntnisses³² spricht, ist davon auszugehen, dass er dies auch so meint.

2. Wenn ein Gesetzgeber nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 die Formulierung „Rechtskraft eines Bescheids“ durch „Rechtskraft einer Entscheidung“, „Bewilligung“ oder „Genehmigung“ ersetzt, ist davon auszugehen, dass Rechtskraft dadurch und soweit eintreten soll, als eine Beschwerde an ein Verwaltungsgericht nicht erhoben werden kann oder über diese entschieden worden ist.
3. Wenn ein Gesetzgeber eine Vorschrift, die auf die Rechtskraft eines Bescheids Bezug nimmt, nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nicht abändert, kommen Systematik und Telos der Vorschrift Bedeutung zu. Der Umstand, dass das Gesetz die Formulierung „Bescheid“ verwendet, schließt nicht aus, dass auch verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse gemeint sein können.³³
4. Wenn ein Gesetzgeber für die Ausübung eines Rechts auf die Rechtskraft eines Bescheides abstellt, spricht das Eintreten der aufschiebenden Wirkung im Fall einer zulässigen Beschwerde an ein Verwaltungsgericht dafür, dass formelle Rechtskraft dann eintreten soll, wenn ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis ergangen ist.

B) Beispiele

1. § 42 Abs 3 AVG

§ 42 Abs 3 S 1 AVG lässt es zu, Einwendungen spätestens „bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung der Sache“ bei der Behörde zu erheben. *Kneihs*³⁴ meint, dass dies solange möglich sein soll, bis keine Beschwerdeentscheidung mehr möglich ist, weil die Einwendungen ja bei der Behörde erhoben und von dieser berücksichtigt werden sollen.

Zwei Argumente sprechen dafür, die Quasi-Wiedereinsetzung aber weitergehend bis zur formellen Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses zuzulassen.³⁵ Erstens stellt die Vorschrift auf die

32 Für weitere Entscheidungsformen der Verwaltungsgerichte und ihre Rechtskraftfähigkeit vgl. *Stöger*, Rechtskraft (bisher unveröffentlichtes Manuskript) 10.

33 *Stöger*, Rechtskraft (bisher unveröffentlichtes Manuskript) 17.

34 *Kneihs*, ZfV 2015, 171 (191).

35 *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht 208.

„rechtskräftige Entscheidung der Sache“ ab und nicht auf einen rechtskräftigen Bescheid und zweitens besteht für eine enge Interpretation auch deshalb kein Grund, weil § 42 Abs 3 AVG wegen § 17 VwGVG ohnehin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „sinngemäß“ Anwendung findet. Dann können Einwendungen nach Quasi-Wiedereinsetzung beim Verwaltungsgericht eingebracht und von diesem berücksichtigt werden.³⁶

2. § 68 AVG

Was § 68 Abs 1 AVG betrifft, sprechen gewichtige Gründe dafür, dass die Vorschrift „beim Wort“ zu nehmen ist,³⁷ zumal dem Bundesgesetzgeber die breite Diskussion dieser Vorschrift im Schrifttum kaum entgangen sein dürfte. Das Nichtändern dieser Bestimmung seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012³⁸ ist dann als „beredtes Schweigen“ zu verstehen. Das nimmt jedenfalls der VwGH an.³⁹ Die unterlassene Adaptierung des § 68 Abs 1 AVG ist ein Argument dafür, dass eine Abänderung oder Behebung mit Zugang des Bescheids nicht mehr möglich sein soll, sofern eine Berufung nicht mehr in Betracht kommt. Dann entfällt die Widerrufbarkeit, obwohl eine formelle Rechtskraft in vielen Fällen erst eintreten soll, wenn eine Beschwerde an ein Verwaltungsgericht nicht oder nicht mehr zulässig ist. Ob das auch für die Fälle des § 68 Abs 6 AVG iVm einer besonderen Verwaltungsvorschrift gilt, muss unter Hinzuziehung der betreffenden Verwaltungsvorschrift durch Auslegung ermittelt werden.

Es gibt gute Gründe, anzunehmen, dass die Befugnis nach § 68 Abs 2 bis 4 AVG zur Abänderbarkeit bzw Behebung mit Zugang des Bescheids auch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens besteht. Die Behörde hätte damit die Möglichkeit der Klaglosstellung.⁴⁰ Der VwGH geht davon aus, weil dem Beschwerdeführer kein Recht zukommt, dass nach Beschwerdeerhebung ausschließlich das Verwaltungsgericht entscheidet.⁴¹ Es kann aber auch angeführt werden, dass das Gesetz ein verwaltungsbehördliches Vorgehen nach § 68 Abs 2 bis

36 IE wie hier *Wiederin*, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeswerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149 (154).

37 *Eberhard*, Zusammenspiel 140; *Storr*, Bescheid- (Administrativ-)Beschwerde 29; *Ranacher*, ZfV 2015, 15 (20).

38 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl I 33/2013.

39 VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0029.

40 Vgl *Scharfe*, Klaglosstellung durch die belangte Behörde, im Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten, in: *Ehrke-Rabel/Merli* (Hg), Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 117 f.

41 VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0029.

4 AVG nicht ausschließt und ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis, das in Rechtskraft erwachsen und damit Tatbestandswirkung entfalten kann, noch nicht ergangen ist.

Ohnehin kann die belangte Behörde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach § 14 VwGVG den Bescheid aufheben oder abändern. Sicher, es gibt Unterschiede zu § 68 Abs 2 bis 4 AVG, weil das Beschwerdeverfahren eine Beschwerde voraussetzt, während § 68 Abs 2 bis 4 AVG der zuständigen Behörde die Befugnisse von Amts wegen einräumt. Aber das Beschwerdeverfahren zeigt, dass der Verwaltungsbehörde selbst dann noch Befugnisse zur Aufhebung und Abänderung des Bescheids zustehen, wenn Beschwerde erhoben ist. Es ist jedenfalls ein Argument dafür, dass die Behörde ihre Befugnisse nicht schon deshalb verliert, weil Bescheidbeschwerde erhoben wurde. Dann sollte die belangte Behörde von ihren Befugnissen nach § 68 Abs 2 bis 4 AVG solange Gebrauch machen können, wie das Verwaltungsgericht noch kein Erkenntnis erlassen hat.⁴² Diesem Mechanismus könnte erhebliche Befriedigungsfunktion zukommen und das verwaltungsgerichtliche Verfahren erleichtern bzw effektivieren.

3. § 364a ABGB

Die Frage der verwaltungsrechtlichen Rechtskraft hat auch Bedeutung für die Tatbestandswirkung gegenüber den ordentlichen Gerichten, wie § 364a ABGB zeigt. Denn danach kann ein Nachbar Schadensersatz im Fall der Beeinträchtigung seines Eigentums durch eine „behördlich genehmigte Anlage“ auf dem nachbarlichen Grund verlangen. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB sind im Anwendungsbereich des § 364a ABGB ausgeschlossen. Würde man die Voraussetzung der „behördlich genehmigten Anlage“ wörtlich nehmen und das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung bereits mit Wirksamwerden des Bescheids annehmen, müsste das ordentliche Gericht auf Schadensersatz erkennen bzw könnte das auch nur, obwohl die Verwaltungsgerichte über die Rechtmäßigkeit der behördlichen Genehmigung vielleicht noch gar nicht entschieden haben. Damit kann es nicht nur zu widersprüchlichen Entscheidungen von ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten kommen; dem Nachbar wäre vor allem die Möglichkeit genommen, den Genehmigungsbescheid zu bekämpfen. Mithin galt schon bislang, dass § 364a

42 Aber nur nach Maßgabe dieser Bestimmungen: Wenn ein Bescheid für eine Partei begünstigende, für eine andere belastende Wirkung hat, kommt § 68 Abs 2 AVG nicht in Betracht: Storr, Bescheid- (Administrativ-)Beschwerde 29.

ABGB Immissionsabwehransprüche nur dann ausschließen kann, wenn dem Nachbar im Genehmigungsverfahren eine Parteistellung mit Rechtsmittelbefugnis zukam.⁴³

4. *Revision*

Noch nicht gesagt ist, ob verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse und Beschlüsse mit Wirksamwerden in Rechtskraft erwachsen oder ob die Möglichkeit der ordentlichen und der außerordentlichen Revision den Eintritt der Rechtskraft verhindert. Davon ist aber nicht auszugehen, wie der OGH im November 2015 zutreffend argumentiert hat.⁴⁴ Zum einen ist nicht ersichtlich, dass von der bisherigen Rechtsprechungslinie abgewichen werden soll, wonach durch Rechtsbehelfe an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts der Eintritt der Rechtskraft nicht verhindert wird, zum andern würde es zu Wertungswidersprüchen im Fall der Sukzessivbeschwerde iSd Art 144 Abs 3 B-VG kommen, weil sich durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nichts daran geändert hat, dass durch Erhebung der Erkenntnisbeschwerde an den VfGH jedenfalls der Eintritt der Rechtskraft nicht gehindert wird. Ist die Rechtskraft aber eingetreten, kann sie durch eine spätere Sukzessivbeschwerde nicht *ex tunc* wieder entfallen. Denn es ist ja gerade das Wesen der Rechtskraft, Rechtssicherheit herzustellen. Allerdings kann ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis nur dann in Rechtskraft erwachsen, wenn keine aufschiebende Wirkung angeordnet wurde (§ 30 Abs 2 und 3 VwGG).⁴⁵

43 *Kerschner*, Zivilrechtliche Ansprüche und Einwendungen der Nachbarn, in: *Stolzechner/Wendl/Bergthaler* (Hg), *Die gewerbliche Betriebsanlage*⁴ (2016) Rz 286; weiter *Wagner*, Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, *RdU* 2016, 143 (148), die davon ausgeht, dass die Erhebung einer Revision an den VfGH den Eintritt von Rechtskraft hindert.

44 OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15 f; gegen *Kneihls*, Rechtskraft – Eine allgemeine Untersuchung aus Anlass einer spezifischen Diskussion, *ZfV* 2015, 171 (184); offengelassen: *Schiffkorn*, *ZVG* 2014, 628 (633).

45 *Brenn/Ballon*, Entscheidungsbesprechung, *EvBl* 2016, 602 f.

IV. Geteilte Rechtskraft

Eine zentrale Frage der Wirkung von Rechtskraft – insbesondere auch im Hinblick auf den Anwendungsbereich des § 68 AVG – ist, ob ein Bescheid, der nur teilweise vor dem Verwaltungsgericht bekämpft worden ist, durch das Erkenntnis vollumfänglich ersetzt werden kann und ob diese Ersetzung bedeutet, dass der Bescheid vernichtet wird oder ob der Bescheid durch das Erkenntnis eine neue Gestalt erfahren hat. Bekanntlich finden sich drei Auffassungen:

Namentlich *Stolzlechner* geht davon aus, dass der Bescheid, wenn er nicht behoben wird, in der Gestalt des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses fortgilt.⁴⁶ Wenn nur ein Teil vor dem Verwaltungsgericht bekämpft wird, muss es sich in der Folge so verhalten, dass der Bescheid in seiner Gänze erhalten bleibt, sein Inhalt aber zum Teil durch das verwaltungsgerichtliche Erkenntnis gestaltet wird.

Vertreten wird auch, dass der Bescheid nur soweit bestehen bleibt wie er durch das Erkenntnis nicht ersetzt wird. Bescheid und Erkenntnis sollen „*nebeneinander stehen, ineinander greifen und in der Vollstreckung ein Kompositum bilden*“.⁴⁷

Eine dritte Ansicht meint, dass der Bescheid das Beschwerdeverfahren „*keinesfalls überleben*“ kann und dass „*stets*“ ein Erkenntnis, das nicht kassatorisch ist, die Grundlage für eine bewilligungspflichtige Tätigkeit oder eine Vollstreckung bildet.⁴⁸ Dieser Auffassung schließt sich auch der VwGH an, jedenfalls soweit die Beschwerde trennbare Teile⁴⁹ des Bescheids umfasst. Denn das Verwaltungsgericht soll nicht ausschließlich an das Vorbringen der jeweiligen beschwerdeführenden Partei gebunden sein, weil dann ein für den Beschwerdeführer über den Bescheidabspruch hinausgehender nachteiliger Verfahrensausgang vor dem Verwaltungsgericht wohl ausgeschlossen wäre, obwohl ein Verbot der „*reformatio in peius*“ im VwGVG nicht

46 *Stolzlechner*, ZVG 2014, 640, 646; dem folgend *Neger*, Der gerichtlich determinierte Verwaltungsakt, ZVG 2015, 142 (145).

47 *Wiederin*, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeschwerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149 (153); wohl auch *Ranacher*, ZfV 2015, 23.

48 *Leeb*, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in: Janko/Leeb (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 85 (111). Folgend *Stöger*, Rechtskraft (bisher unveröffentlichtes Manuskript) 6.

49 Die Unterscheidung in Bekämpfung eines Teils eines Bescheids und Bekämpfung eines trennbaren Teils eines Bescheids ist insofern bedeutsam, als im zweiten Fall die Prüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts nach der VwGH Judikatur zu § 27 VwGVG entsprechend beschränkt ist.

vorgesehen ist.⁵⁰ Angesichts dieser Sachentscheidungs- und Sacherledigungskompetenz soll nicht nur das Erkenntnis, „sondern konsequenterweise jede Entscheidung des Verwaltungsgerichtes, welche – allenfalls unter Rückgriff auf den Inhalt bzw Abspruch eines (in Beschwerde gezogenen) verwaltungsbehördlichen Bescheides – die Angelegenheit erledigt, die zunächst von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden war, an die Stelle des beim Verwaltungsgericht bekämpften Bescheides“ treten.⁵¹

Damit ist freilich das von *Wielinger*⁵² sogenannte Problem der „Immunisierung“ – zunächst – nicht so virulent wie es scheint. Zwar kann eine Beschwerde mit dem Ziel erhoben werden, durch deren Abweisung eine „Transformation“ des Verwaltungsakts in einen Gerichtsakt zu erwirken und damit der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit zu nehmen, diesen Gerichtsakt abzuändern oder zu beheben. Aber eine Immunisierung durch Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses kann nur eintreten, soweit das Verwaltungsgericht über eine Sache entschieden hat.⁵³ § 27 VwGVG soll gerade nicht so ausgelegt werden, dass bezüglich einer nicht trennbaren Sache die Prüfbefugnis des Verwaltungsgerichtes von der bei ihm beschwerdeführenden Partei lediglich auf einen Teil dieser Sache eingeschränkt werden kann. Das Verwaltungsgericht kann und muss gegebenenfalls darüber hinausgehend die Sache insgesamt überprüfen.⁵⁴ Etwas anderes gilt freilich, soweit es sich um einen nicht trennbaren Streitgegenstand handelt. Zudem können Bundes- und Landesgesetzgeber vorsehen, dass Beschwerden generell auf bestimmte Rechtsfehler hin geprüft werden⁵⁵ und für Verwaltungsbehörden Befugnisse zur Zurücknahme oder Einschränkung einer Berechtigung schaffen (§ 68 Abs 6 AVG).

Allerdings stößt diese Dogmatik, die von einer weitreichenden Prüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte ausgeht, bei Mehrparteienverfahren an ihre Grenzen, jedenfalls dort, wo eine Partei nur beschränkte Parteistellung hat. Das ist zB der Fall, wenn ein Nachbar eine

50 Anders für § 42 VwGVG.

51 VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032; dem anschließend OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15 f; siehe bereits VfGH 6.6.2014, B 320/2014.

52 *Wielinger*, Verwaltungsverfahrensrecht 121.

53 *Ranacher*, ZfV 2015, 24.

54 VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032; relativierend aber bei Alternativenprüfung – zum Eisenbahnrecht: VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027.

55 *Ranacher*, ZfV 2015, 21 mit Beispielen zur Tiroler Rechtslage. ZB § 6 Abs 5 S 2 Tir AVG: „Das Landesverwaltungsgericht hat den angefochtenen Bescheid auch auf die Übereinstimmung mit dieser Bestimmung hin zu überprüfen.“

Baubewilligung bekämpft. Denn er kann nur bestimmte subjektiv-rechtliche Einwendungen geltend machen.⁵⁶ Entweder gesteht man in diesem Fall dem Verwaltungsgericht auch die Befugnis zur Prüfung (gegebenenfalls weitreichender) objektiver Interessen zu, dann würde eine Beschwerde auf Initiative des Nachbarn hin zum Erfolg führen können, obwohl seine Nachbarrechte nicht betroffen sind, oder der Bescheid würde nicht behoben oder ersetzt werden können, obwohl (vielleicht schwerwiegende) objektiv-rechtliche Rechtsverletzungen bestehen.⁵⁷ Damit ist die Lösung des VwGH bislang noch kein „Patentrezept“.

V. Die Anwendbarkeit des § 68 AVG nach Erlass eines verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses

Jedenfalls ist die Bedeutung des § 68 Abs 2 bis 4 AVG deutlich reduzierter als vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, weil eine Behörde ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis nicht aufheben kann und damit selbst die Abänderungsoption des § 68 Abs 3 AVG bei überwiegendem öffentlichen Interesse zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen oder zur Abwehr schwerer volkswirtschaftlicher Schädigungen nicht mehr besteht, wenn ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis ergangen ist.⁵⁸

Das muss auch dann angenommen werden, wenn man der Auffassung folgt, dass der Bescheid in der Gestalt des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses fortwirkt oder wenn es um einen Bescheid geht, der durch ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis bestätigt bzw reformiert wird.⁵⁹ Denn eine Änderung oder Behebung verwaltungsgerichtlicher Erkenntnisse ist Verwaltungsbehörden nicht möglich. Das folgt nicht nur aus § 68 Abs 1 AVG selbst, der nach hier vertretener Auffassung nun einmal keine Rechtsgrundlage gibt, um sich über die Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Erkenntnisse hinwegzusetzen, und aus der im VwGVG angeordneten Bindungsverpflichtung der Behörden gegenüber verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen (§ 28

56 ZB § 26 Stmk BauC.

57 Zu verschiedenen Lösungen kommen *Stöger*, Rechtskraft (bisher unveröffentlichtes Manuskript) 8 und *Merli*, Vom Verwaltungsstaat zum Justizstaat – und wieder zurück?, in: Holoubek/Lang (Hg), Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit (Manuskript zur Veröffentlichung 2017) 17.

58 VwGH 24.5.2016, Ra 2016/03/0050.

59 *Ranacher*, ZfV 2015, 26.

Abs 4 S 2 bis Abs 7 VwGVG),⁶⁰ sondern auch aus der Gewaltenteilung⁶¹ und dem Sinn von Gerichtsbarkeit überhaupt, nämlich einen Rechtsstreit abschließend zu entscheiden.⁶²

Dem Verwaltungsgericht steht eine nachträgliche Abänderungsbefugnis nicht mehr zu, weil § 17 VwGVG nicht auf § 68 AVG verweist und das VwGVG auch nicht von Amts wegen tätig werden kann.⁶³ Sieht man von der Möglichkeit der frist- und von weiteren Voraussetzungen der abhängigen Revision ab, besteht die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 32 VwGVG).⁶⁴

Die Behörde kann nur mehr tätig werden, wenn sich die „Sache“ geändert hat. Nach VwGH liegt Identität einer Sache vor, *„wenn sich gegenüber der früheren Entscheidung weder die Rechtslage noch der wesentliche Sachverhalt geändert hat und sich das neue Parteibeghären im Wesentlichen mit dem früheren deckt.“*⁶⁵ Eine Änderung des Sachverhalts liegt nicht vor, wenn nach Erlassung der rechtskräftigen Erstentscheidung Umstände hervorkommen, die eine Unrichtigkeit dieser Entscheidung dartun. Dann ist nur eine Wiederaufnahme des Verfahrens möglich.

Zwar hat sich der Sachverhalt wesentlich geändert, wenn neue Missstände für Leben und Gesundheit zu beseitigen und volkswirtschaftliche Schäden abzuwehren sind, aber die Behörde kann ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis nicht abändern oder aufheben, sondern allenfalls auf der Grundlage eines Materiengesetzes einen neuen Bescheid erlassen. Diese Rechtsgrundlagen⁶⁶ gibt es, weshalb der reduzierte Anwendungsbereich des § 68 AVG nicht so problematisch ist, wie es auf den ersten Blick scheint.

60 Im Fall von Ermessensentscheidungen, der Aufhebung von Bescheiden, bei Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt sowie bei Verletzung einer Entscheidungspflicht.

61 Merli/Ehrke-Rabel, Die belangte Behörde in der Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit – Vergleich und Bewertung, in: Ehrke-Rabel/Merli (Hg), Die belangte Behörde in der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 167 (191).

62 Anders wohl Herbst, Die Rechtswirkungen der erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im fortgesetzten Verfahren, in: Holoubek/Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 239 (249).

63 § 27 VwGVG.

64 Einen Antrag kann auch die Behörde stellen: § 21 iVm § 18 VwGVG.

65 VwGH 25.5.2016, Ra 2016/03/0050.

66 ZB §§ 79, 79b, 79c GewO; § 39 Stmk BauG.

VI. Schluss

Aus Sicht der Verwaltungsrechtswissenschaft ist das neue differenzierte Verständnis formeller Rechtskraft ein erheblicher Rückschritt in der Entwicklung der Dogmatik. Rechtskraft soll eigentlich Rechtssicherheit vermitteln. Nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wirft dieses Rechtsinstitut nun mehr Fragen auf als es Antworten gibt und ist damit selbst Quelle von Rechtsunsicherheit geworden.

Aber die Entwicklung der Rechtsdogmatik bedeutet kein stetiges Vorschreiten der Erkenntnis, gleichsam wie die Besteigung eines hohen Berges. Dafür ist der wissenschaftlich zu behandelnde Gegenstand selbst unstetig. Das berühmte Bonmot des preußischen Staatsanwalts von Kirchmann „[...] drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur“⁶⁷ sollte nicht frustrieren, sondern an die Eigentümlichkeit unserer Wissenschaft erinnern: Antworten zu finden und eine Dogmatik zu entwickeln auf eine sich ändernde Rechtslage.

Den Gesetzgeber darf das nicht entschuldigen. Wenn am Institut der Rechtskraft festgehalten werden soll – und das kann ja wohl nicht ernsthaft in Frage stehen –, müssen die Voraussetzungen über den Eintritt von Rechtssicherheit klar sein. Diese Voraussetzungen kann aber nur der Gesetzgeber bestimmen, nicht die Wissenschaft. Die Wissenschaft kann nur herausarbeiten, was Rechtskraft im konkreten Kontext bedeutet, welchen Inhalt und welche Wirkungen sie hat, helfen, Systeme zu bilden und Vorschläge unterbreiten.

67 Von Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1948) 23.

Das verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht: Bewährung und Reformbedarf

I. Einleitung

Mit Beschluss der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹ am 15. Mai 2012 im Nationalrat stand fest, dass das Verfahren der neu zu schaffenden Verwaltungsgerichte in einem eigenen Verfahrensgesetz, dem Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz² oder VwGVG, geregelt werden sollte.

Im Folgenden wird auf einzelne Bestimmungen des VwGVG eingegangen und Gelungenes aufgezeigt sowie auf Punkte hingewiesen, bei denen noch Verbesserungspotenzial vorhanden ist.

II. § 1 VwGVG, Anwendungsbereich

In den Anwendungsbereich des VwGVG fallen die Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

Schon Art 136 Abs 2 B-VG³ bestimmt, dass für die Verwaltungsgerichte – mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes – das Verfahren durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt werden soll. In den Materialien zu Art 136 Abs 2 B-VG⁴ ist festgehalten, dass sich das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten einschließlich der Kostentragung am Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) orientieren soll. Das AVG und das Verwaltungsstrafgesetz (VStG) sollen zudem subsidiär anwendbar sein.

Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist sehr zu begrüßen. Die Orientierung am AVG und dessen subsidiäre Anwendbarkeit vermeidet zum einen weitgehend Systembrüche in den jeweiligen Ver-

1 BGBl I 51/2012.

2 BGBl I 33/2013.

3 IdF BGBl I 51/2012.

4 ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, 19.

fahren. Zum andern führt die Orientierung am AVG dazu, dass die zum AVG ergangene umfangreiche Rechtsprechung der Höchstgerichte des öffentlichen Rechts zur Auslegung des VwGVG „weiterverwendet“ werden kann. Dies ist auch schon in einer Vielzahl der Fälle erfolgt und wurde von den Höchstgerichten bestätigt.

Auch die Reibungslosigkeit, mit der die Einführung der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit – insbesondere in Anbetracht der Bedeutung und des Umfanges der Veränderungen – von Statten gegangen ist, ist sicher zum Teil auf diesen Umstand zurückzuführen.

Wenn man die Tätigkeitsberichte der Verwaltungsgerichte liest, stellt man fest, dass in kürzester Zeit nach der Systemumstellung Normalbetrieb herrschte. Dies zeigt eindrucklich, dass das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte ein gelungener Wurf ist.

Wie schon erwähnt, gilt das VwGVG nach seinem § 1 nicht für das Bundesfinanzgericht. Dieses hat die Bundesabgabenordnung (BAO) anzuwenden, die Sonderbestimmungen für Verwaltungsgerichte enthält.

Wer § 1 VwGVG und in der Folge § 17 VwGVG liest, welcher unter anderem die BAO für subsidiär anwendbar erklärt, gelangt zum Schluss, dass der Gesetzgeber das VwGVG auch für Verfahren nach den Abgabengesetzen der Länder – welche von den Landesverwaltungsgerichten durchzuführen sind – vorgesehen hatte. Dem widerspricht allerdings § 2a BAO. Dieser normiert, dass die Bestimmungen der BAO im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten gelten, soweit sie im Verfahren der belangten Abgabenbehörde gelten. In solchen Verfahren ist das VwGVG nicht anzuwenden. Allgemein wird angenommen, dass es sich bei der Bestimmung des § 2a BAO um eine *lex specialis* zum VwGVG handelt, der Vorrang zukommt. Die in § 17 VwGVG erklärte subsidiäre Anwendbarkeit der BAO geht damit ins Leere und könnte gestrichen werden. Grundsätzlich scheint die Regelung des § 2a BAO gelungen, da dadurch ebenfalls Systembrüche in einem Verfahren vermieden werden.

III. § 2 VwGVG, Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch den Senat vorsehen, entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter oder Rechtspfleger. Zu dieser Bestimmung gilt es – neben der bekannten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum Einsatz

der Rechtspfleger im Verwaltungsgericht Wien⁵ – nur anzumerken, dass die Materiengesetzgeber sehr unterschiedlich von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, Senate vorzusehen. Zu unterscheiden ist zwischen Senaten, welche nur aus Richtern bestehen, und Senaten, bei denen auch die Beteiligung von Laienrichtern vorgesehen ist.

Vorarlberg war bei der Einrichtung von Senaten sehr zurückhaltend, auf Laienrichter wurde gänzlich verzichtet. Die Erfahrung zeigt, dass diese Entscheidung gut war. Betreffend eine Senatsbesetzung besteht nämlich das Problem, die Fallgruppen zu identifizieren, in denen eine Senatsbesetzung – mit den damit verbundenen Nachteilen, vor allem einer deutlich niedrigeren Effizienz – angezeigt ist.

Was damit gemeint ist, soll an einem Beispiel aus der Gewerbeordnung gezeigt werden: Wie man sich gut vorstellen kann, gibt es gerade im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren ein breites Spektrum, was die Auswirkungen und die Gefährlichkeit von Betriebsanlagen angeht. Dieses Spektrum reicht vom Würstelstand bis zur IPPC-Anlage.

Doch auch wenn es zunächst so scheinen mag, kann man aus der Größe der Anlage allein keineswegs auf die Bedeutung des Verfahrens schließen. So kann etwa ein kleiner Betrieb in der dicht besiedelten Innenstadt durchaus größere Auswirkungen haben als ein Großbetrieb im Betriebsgebiet. Zudem steht die Schwierigkeit der im Einzelfall zu lösenden Rechtsfragen und deren Bedeutung auch für andere Verfahren in keinem Zusammenhang mit irgendwelchen sonstigen Kenngrößen.

Ein Mittel, dieses Problem zu lösen, könnte sein, eine Verstärkungsmöglichkeit vorzusehen, wie sie aus dem Verwaltungsgerichtshofgesetz⁶ bereits bestens bekannt ist. Das Problem einer solchen Regelung besteht allerdings wiederum darin, dass die Frage, ob ein Einzelrichter oder ein Senat zu entscheiden hat – und hier geht es um nicht weniger als die Frage des gesetzlichen Richters – zu den Höchstgerichten getragen werden kann. So würde eine weitere Möglichkeit für Rechtsunsicherheit geschaffen. Daher ist die grundsätzliche Entscheidung für die Einzelrichterin/den Einzelrichter zu begrüßen, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass alle bedeutenderen Verfahren einer Überprüfung durch die Höchstgerichte zugänglich sind.

5 VfGH 3.3.2015, G181/2014 ua; VfGH 11.6.2015, E591/2015; VfGH 28.9.2015, G256/2015 ua; VfGH 25.11.2015, G404/2015; VfGH 25.11.2015, G403/2015 und VfGH 25.11.2015, G393/2015.

6 § 13 Abs 2 VwGG.

IV. § 6 VwGVG, Befangenheit

An der Bestimmung des § 6 VwGVG gibt es an sich nichts auszusetzen. Interessant wird diese Bestimmung erst im Zusammenhang mit Art 135 Abs 3 B-VG⁷. Dieser normiert nämlich, dass nur das nach Abs 2 für die Geschäftsverteilung zuständige Organ – sprich: die Vollversammlung bzw der Geschäftsverteilungsausschuss – die einem Mitglied nach der Geschäftsverteilung zufallende Sache wieder abnehmen darf. Man kann sich vorstellen, dass zumindest dann, wenn die Vollversammlung zur Erlassung der Geschäftsverteilung zuständig ist, dieses Prozedere umständlich ist.

V. § 7 VwGVG, Beschwerderecht und Beschwerdefrist

Eine Verbesserung gegenüber dem früher anzuwendenden AVG hat sich hier insoweit ergeben, als § 7 Abs 3 VwGVG nun klarstellt, dass von einem Beschwerdeführer schon dann Beschwerde erhoben werden kann, wenn der Bescheid nicht ihm, sondern einer anderen Partei zugestellt wurde, er jedoch von dem Bescheid Kenntnis erlangt hat. Dies erspart den Umweg, zunächst eine Bescheidzustellung zu beantragen.

Hinsichtlich der Beschwerdefristen gibt es an sich nichts anzumerken. Angesprochen werden soll allerdings eine Besonderheit bei der Einbringung von Beschwerden in elektronischer Form. Bei diesem Problem handelt es sich zwar zugegebenermaßen um ein AVG-Problem, es tritt aber bei der Erhebung einer Beschwerde ans Verwaltungsgericht mit besonderer Schärfe zu Tage.

Bescheidbeschwerden sind bei der Behörde einzubringen, die den Bescheid erlassen hat. Nach § 13 Abs 2 letzter Satz AVG können Behörden unter anderem organisatorische Beschränkungen bei der elektronischen Übermittlung von Anbringen im Internet kundmachen. Eine beliebte organisatorische Beschränkung lautet sinngemäß: Elektronische Anbringen können nur während der Amtsstunden eingebracht werden.

Nach Judikatur des VwGH⁸ führen diese organisatorischen Beschränkungen dazu, dass außerhalb der Amtsstunden eingebrachte

7 IdF BGBl I 51/2012.

8 Vgl etwa VwGH 23.5.2012, 2012/08/0102.

Anbringen, auch wenn die Empfangsgeräte eingeschaltet sind, erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden als eingebracht gelten. Also: Ein am letzten Tag der Beschwerdefrist um 17:05 Uhr eingelangtes Email ist eine verspätete Einbringung der Beschwerde, wenn die Amtsstunden um 17:00 Uhr enden.

Man stelle sich also vor: Allein in Vorarlberg gibt es 96 Gemeindeämter, vier Bezirkshauptmannschaften, ein Amt der Landesregierung, eine Landespolizeidirektion, eine Rechtsanwaltskammer usw. und usf. All diese Institutionen sind Behörden oder beherbergen Behörden. Und diese erlassen entweder keine organisatorischen Beschränkungen für den elektronischen Rechtsverkehr oder eben schon und diese Beschränkungen sind dann unterschiedlich.

Das bedeutet, dass ein Beschwerdeführer gut beraten ist, sich auf die Suche nach solchen organisatorischen Vorschriften auf der Internetseite der betreffenden Institution zu machen, will er sicher gehen, dass seine per Mail eingebrachte Beschwerde rechtzeitig ist. Das Ganze ist eine durchaus unbefriedigende Situation, wenn man bedenkt, dass etwa bei Postämtern heutzutage Sendungen an Automaten oft bis Mitternacht aufgegeben werden können. Aus meiner Sicht ist der Gesetzgeber hier gefordert, eine einheitliche Regelung zu schaffen, und wenn diese darin besteht die Möglichkeit der organisatorischen Einschränkungen zu beseitigen.

VI. § 16 VwGVG, die Nachholung des Bescheides

§ 16 Abs 1 VwGVG normiert nun neu, dass die Behörde dann, wenn eine Säumnisbeschwerde erhoben wird, noch eine Frist von bis zu drei Monaten zur Verfügung hat, um den begehrten Bescheid zu erlassen. Diese Bestimmung hat sich bewährt. Genaue Zahlen, in wie vielen Fällen von Behörden von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, können hier leider nicht genannt werden. Das rührt daher, dass das Verwaltungsgericht von einem solchen Verfahren in der Regel keine Kenntnis erlangt. Allerdings ist die Anzahl der Säumnisbeschwerden, die vorgelegt werden, sehr gering. In Vorarlberg waren es bislang sechs. Das lässt darauf schließen, dass die dreimonatige Frist von den Behörden genutzt wird.

VII. § 19 VwGVG, Eintritt oberster Organe

Gemäß § 19 VwGVG kann durch Bundes- oder Landesgesetz bestimmt werden, dass oberste Organe jederzeit in das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten eintreten können. Der Literatur ist zu entnehmen, dass von der Normierung des Eintrittsrechtes oberster Organe bislang kaum Gebrauch gemacht wurde.⁹ Beispiele finden sich im Sicherheitspolizeigesetz (§ 91 Abs 1a) oder etwa im Chemikaliengesetz 1996 (§ 75b). *Gruber* ist zuzustimmen, wenn er meint, es sei zu erwarten, dass § 19 VwGVG weitgehend totes Recht bleiben wird.

VIII. §§ 24, 25 sowie §§ 44 bis 48 VwGVG, Verhandlung

Die §§ 24 und 25 VwGVG regeln die Verhandlung in Administrativverfahren, die §§ 44 bis 48 die Verhandlung im Verwaltungsstrafverfahren. Grundsätzlich ist anzumerken, dass diese Bestimmungen große Ähnlichkeiten mit den nach dem AVG und VStG für die Unabhängigen Verwaltungssenate geltenden Bestimmungen aufweisen. Hier kann man durchaus sagen, Bewährtes wurde beibehalten. Leider wurde es aber auch unterlassen, Verbesserungen vorzunehmen. Auch die aktuelle Regierungsvorlage zur Änderung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes enthält hier keine Nachschärfung. Was ist gemeint?

Die Verhandlung stellt ohne Zweifel ein Mittel der Verfahrenskonzentration dar. Aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist bei der Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in der Verhandlung vorgekommen ist, sprich alle relevanten Beweise sind im Rahmen der Verhandlung aufzunehmen. Nun kommt es aber immer wieder vor, dass Beschwerden zwar den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung enthalten, ansonsten allerdings sehr rudimentär gehalten sind. Sprich: Sie enthalten gerade das, was notwendig ist, um einen Mängelbehebungsauftrag zu vermeiden.

Die Verhandlung beginnt in solchen Fällen regelmäßig damit, dass der Vertreter des Beschwerdeführers/der Beschwerdeführerin seine Beschwerde umfangreich ergänzt. Die Ergänzung enthält weiters Vorbringen und Beweisanbote; vornehmlich werden Zeugen angeboten und Anträge auf Einholung diverser Gutachten gestellt. Natürlich ist es

9 Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte (2014) § 19, Rz 1 und 2.

unmöglich, diese Beweise in der laufenden Verhandlung aufzunehmen, eine Vertagung wird unausweichlich. Dies ist der eine Fall.

Es gibt auch noch folgenden anderen Fall: Der Beschwerdeführer bemerkt während der Verhandlung, dass die von ihm bisher vorgebrachten Argumente nicht verfangen. Daraufhin erstattet er – wenn auch im Rahmen der Beschwerdegründe – ein zusätzliches Vorbringen und beantragt die Aufnahme zusätzlicher Beweise, obwohl ihm dies alles bereits vor der Verhandlung ohne Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Unter anderem ist dies in Vergabeverfahren schon vorgekommen, in denen ohnehin chronisch Zeitdruck herrscht.

Oder aber: Gerade in komplexen Fällen, wenn ein Erkenntnis nicht sogleich nach Schluss der Verhandlung verkündet werden kann, wird zwischen Verhandlung und schriftlichem Erkenntnis ein umfangreiches Vorbringen mit Beweisanboten erstattet. Dieses Mittel wird gerne zur Verfahrensverzögerung eingesetzt.

Eine Bestimmung entsprechend § 179 ZPO würde hier Abhilfe schaffen. Nach dieser Bestimmung können die Parteien bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung – gemeint ist: nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung – neue, auf den Gegenstand dieser Verhandlung bezogene tatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen. Auch ein solches Vorbringen kann aber vom Gericht zurückgewiesen werden, wenn es grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurde und seine Zulassung die Erledigung des Verfahrens erheblich verzögern würde.

Im Zuge der Novellierung des VwGVG wurde von der Präsidentinnen-/Präsidentenkonferenz der Verwaltungsgerichte ein entsprechender Vorschlag erstattet. Leider hat dieser in die Regierungsvorlage zur Novellierung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes keinen Eingang gefunden. Ich würde hier einen entscheidenden Beitrag zur Straffung des Verfahrens sehen. Mittlerweile liegt zumindest eine Entschließung¹⁰ zur Änderung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes vor, die in diese Richtung deutet. Widersprüche zu Verfahrensgrundsätzen des Verwaltungsverfahrens, wie etwa der Officialmaxime, sind nicht erkennbar.

Positiv zu bewerten ist die seit dem VwGVG erweiterte Möglichkeit zum Ausschluss der Öffentlichkeit in § 25 Abs 1 VwGVG. Nunmehr kann die Öffentlichkeit auch ausgeschlossen werden, wenn dies zum Schutz eines – am Verfahren direkt nicht beteiligten – Dritten geboten

10 AB 1369 BlgNR 25. GP.

ist. Nach der Bestimmung des § 67e AVG für die Unabhängigen Verwaltungssenate konnte die Öffentlichkeit nur dann ausgeschlossen werden, wenn dies – neben den sonstigen Ausschlussgründen – im Interesse des Privatlebens einer Partei oder von Zeugen geboten war. Durch den Rost gefallen sind hier Angelegenheiten des Privatlebens Dritter, die fallweise erörtert werden mussten.

Als Beispiel sei hier eine Verhandlung in einem Verfahren nach dem Pflegeheimgesetz erwähnt. Zur Ermittlung des erforderlichen Pflegeschlüssels – also wie viel Personal mit welcher Qualifikation erforderlich ist – war die Erörterung von Gutachten erforderlich, welche auf die Gebrechen und die Pflegebedürfnisse näher bezeichneter Personen im Pflegeheim eingehen mussten. Die Abwicklung in anonymisierter Form war aufgrund der Komplexität des Falles nahezu ausgeschlossen. Dies führte dazu, dass vom Gutachter die betreffenden Patienten mit Namen, Pflegestufe, Gebrechen und Pflegeanforderungen genannt werden mussten. Ein „Ausschluss der Öffentlichkeit“ war in diesem Fall nur möglich, weil alle Anwesenden Zuschauer aus Rücksicht auf die Privatsphäre der Patienten freiwillig den Verhandlungsraum verlassen haben.

IX. § 29 VwGVG, Verkündung und Ausfertigung des Erkenntnisses

Im Rahmen des Themas des Aufsatzes erscheint bei dieser Bestimmung insbesondere der letzte Satz erwähnenswert. Dieser lautet: „Eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses ist in den in Art 132 Abs 1 Z 2 B-VG genannten Rechtssachen auch dem zuständigen Bundesminister zuzustellen.“ Dieser Satz klingt zunächst recht harmlos. Er bedeutet allerdings, dass eine Zustellung der schriftlichen Ausfertigungen des Erkenntnisses an den zuständigen Bundesminister in Rechtssachen der Art 11, 12, 14 Abs 2 und 3, 14a Abs 3 und 4 B-VG und in Rechtssachen, in denen dem Bescheid eines Landes- oder Bezirksschulrates ein kollegialer Beschluss zugrunde lag, zu erfolgen hat.

Die Regelung bewirkt bei den Landesverwaltungsgerichten eine Zustellverpflichtung in 25 Materien. Am gravierendsten ist die Zustellverpflichtung betreffend die StVO, da dies mit Abstand die meisten Fälle betrifft. Dass die in Rede stehende Vorschrift einer sparsamen und zweckmäßigen Verwaltung dient, ist für mich nur schwer vorstellbar, insbesondere wenn man bedenkt, dass der belangten Behörde ohnehin in allen Fällen ein Revisionsrecht zukommt und den

Obersten Organen ein Eintrittsrecht im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof.

X. § 34 VwGVG, Entscheidungspflicht

Bei dieser Bestimmung ist positiv zu erwähnen, dass die Entscheidungsfrist für das Verwaltungsgericht nunmehr erst mit Vorlage der Beschwerde beginnt. Etwas nachgeschärft werden könnte die Regelung dahin, dass die Entscheidungsfrist erst mit der vollständigen Vorlage der Verwaltungsakten beginnt.

Leider ist es noch nicht bei allen Behörden üblich – hier sind insbesondere die Gemeinden betroffen –, die Akten vollständig im Original mit der Beschwerde vorzulegen. Es sind hier alle Fallkonstellationen denkbar, angefangen davon, dass zunächst nur die Beschwerde vorgelegt wird, dann Teile des Aktes in Kopie nachgereicht werden und es dann noch einige Zeit dauert, bis der Originalakt vollständig vorliegt. Die Erledigungsfrist für die VwG beginnt allerdings schon mit Einlangen der blanken – und manchmal schwer verständlichen – Beschwerde.

Begrüßenswert ist auch die in § 34 Abs 3 VwGVG geschaffene Möglichkeit, im Bescheidbeschwerdeverfahren das Verfahren mit Beschluss auszusetzen, wenn vom Verwaltungsgericht in einer erheblichen Anzahl von anhängigen oder in naher Zukunft zu erwartenden Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen ist und gleichzeitig beim Verwaltungsgerichtshof ein Verfahren über eine Revision gegen ein Erkenntnis oder einen Beschluss eines Verwaltungsgerichtes anhängig ist, in welchem dieselbe Rechtsfrage zu lösen ist. Gerade in Verfahren nach dem Glücksspielgesetz hat diese Bestimmung schon gute Dienste geleistet.

XI. § 40 VwGVG, Verfahrenshilfe

Diese Bestimmung hat bislang keinerlei Schwierigkeiten verursacht, sie entsprach im Wesentlichen der Vorgängerbestimmung des § 51a VStG. Allerdings hat der Verfassungsgerichtshof die Bestimmung des § 40 VwGVG im Juni 2015 als verfassungswidrig aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof hat sich daran gestoßen,¹¹ dass Verfahrenshilfe

11 VfGH 25.6.2015, G 7/2015.

nach dieser Bestimmung nur in Verwaltungsstrafverfahren gewährt werden kann. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte beschränke sich die EMRK jedoch nicht darauf, das Recht auf einen Pflichtverteidiger in Strafverfahren zu gewährleisten, sondern verpflichte auch in Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche – unter weiteren Voraussetzungen – zur Verfahrenshilfe.

Mit der Regierungsvorlage zur Änderung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes wird nunmehr in § 8a VwGVG eine Verfahrenshilfe auch in Administrativverfahren eingeführt. § 40 VwGVG enthält künftig nur mehr die für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Adaptierungen. Die nunmehr vorgesehene Bestimmung des § 8a VwGVG orientiert sich stark am Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) und den Verfahrenshilfebestimmungen der Zivilprozessordnung. Erfahrungen mit dieser Bestimmung werden erst in ein paar Jahren vorliegen.

XII. § 38 VwGG, Fristsetzungsantrag

Zum statt der Säumnisbeschwerde in § 38 VwGG neu eingeführten Fristsetzungsantrag ist aus erster Hand nicht viel zu berichten, es gab in Vorarlberg bisher nur zwei Fristsetzungsanträge, die beide unzulässig waren. Der Fristsetzungsantrag scheint aber alles in allem ein gut funktionierender Rechtsbehelf zu sein. Man kann davon ausgehen, dass die Verwaltungsgerichte in der Regel die Nachfrist von drei Monaten – mit Verlängerungsmöglichkeit – nutzen, um das Verfahren abzuschließen, bevor es überhaupt zu einer Fristsetzung nach § 42a VwGG kommt.

Der Vorteil des Fristsetzungsantrages besteht klar darin, dass das Verfahren beim Verwaltungsgericht verbleibt, das in der Regel durch Einzelrichter entscheidet, im Fall der Landesverwaltungsgerichte jedenfalls „vor Ort“ ist und dem auch die notwendigen Sachverständigen zur Verfügung stehen.

XIII. § 30a VwGG, Vorentscheidung durch das Verwaltungsgericht

Bekanntermaßen sind Revisionen nun, wie sich aus § 24 Abs 1 Z 1 VwGG ergibt, beim Verwaltungsgericht einzubringen. Dies hat den Vorteil, dass sofort bekannt wird, ob eine Entscheidung beim Verwaltungsgerichtshof angefochten wurde. Entgegen anfänglicher Befürchtungen stellt die Abwicklung dieses Vorentscheidungsverfahrens

keine bedeutende Mehrbelastung für die Verwaltungsgerichte dar. Zwar wäre im Falle der ordentlichen Revision ein breites Spektrum an Aufgaben von der Überprüfung der Rechtzeitigkeit bis zum Abspruch über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung unter Einholung der Revisionsbeantwortungen zu erledigen, allerdings wird die Revision nur in wenigen Fällen, in Vorarlberg sind es etwa 1% der Verfahren, zugelassen. Der Tätigkeitsbericht des VwGH weist im Gegensatz dazu zwar einen Anteil der ordentlichen Revisionen von 13% aus, allerdings ist anzunehmen, dass in Fällen, in denen die Revision zugelassen wird, verhältnismäßig öfter tatsächlich eine Revision eingebracht wird.

Im Fall der außerordentlichen Revision ist lediglich eine Ausfertigung der Revision den übrigen Parteien zuzustellen und die Entrichtung der Eingabegebühr zu kontrollieren. Dies stellt einen überschaubaren Aufwand dar.

XIV. Fazit

Um zum Titel des Aufsatzes „Das verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht: Bewährung und Reformbedarf“ zurückzukehren: Aus meiner Sicht hat sich das verwaltungsgerichtliche Verfahrensrecht in den ersten drei Jahren voll bewährt. Natürlich gibt es noch Raum für Verbesserungen, aber die Verfahren der Verwaltungsgerichte können auf einer durchwegs soliden Grundlage geführt werden.

**Funktionsbedingungen regionaler
Verwaltungsgerichtsbarkeit in ausgewählten
Nachbarstaaten Österreichs**

Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland

I. Einleitung

Der Begriff der „regionalen“ Gerichtsbarkeit ist in Deutschland nicht gebräuchlich. Das dürfte zunächst einmal darauf zurückzuführen sein, dass die „Region“ als politische oder administrative Einheit ein Schattendasein fristet. Der Begriff wird je nach Kontext unterschiedlich verwendet. Auf kommunaler Ebene gibt es vereinzelt Regionen, die vom Gesetzgeber ausdrücklich so bezeichnet worden sind. Die „Region Hannover“, die „StädteRegion Aachen“, der „Regionalverband Saarbrücken“ und der „Verband Region Stuttgart“ sind durch Gesetz errichtete Einheiten auf kommunaler Ebene, in welche die jeweils größte Stadt eingegliedert wurde. Darüber hinaus wird der Begriff für ganz unterschiedliche Formen der gemeinde- bzw landkreisübergreifenden Zusammenarbeit verwendet, die allerdings nicht notwendig durch Gesetz auf den Weg gebracht worden sind und deren institutionelle Verfestigung, aber auch deren Entscheidungsmöglichkeiten daher eher schwach ausfallen. Ihnen allen ist gemeinsam, dass damit Einheiten geschaffen werden sollen, die über die klassischen kommunalen Strukturen hinausreichen, aber regelmäßig unterhalb der staatlichen Ebene bleiben, zum Teil aber auch die Grenzen der Bundesländer oder auch jene der Bundesrepublik überschreiten. Insgesamt gibt es gute Gründe, die Region als eine Organisations- und Planungseinheit unterhalb der Landesebene anzusehen. Für die hier interessierenden Zwecke scheint es aber gleichwohl angemessen, die Bundesländer als Anknüpfungspunkte zu nehmen, da nur sie eine unterhalb des Bundes angesiedelte Ebene im Staatsaufbau sind, die auch über eine Justizorganisation verfügt. Mit dieser Organisation sind sie auch „in der Fläche“ präsent.

In Deutschland ist die Justiz und damit auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich Ländersache. Neben den rechtlichen Grundlagen, auf die noch einzugehen sein wird, ist auch die Empirie ganz eindeutig: Nach der offiziellen Personalstatistik des Bundesamts

für Justiz¹ gab es im Januar 2016 rund 20.300 Richterinnen und Richter in Deutschland. Davon waren lediglich 456 dem Bund zugeordnet. Ähnlich verhält es sich auch bei den Verwaltungsgerichten. Hier weist die Statistik insgesamt eine Zahl von rund 1.800 Richterinnen und Richter aus, von denen lediglich 55 beim Bund beschäftigt waren. Alle anderen arbeiteten folglich, da es in Deutschland keine Justiz auf kommunaler Ebene gibt, in einem Anstellungsverhältnis zum Land. Nebenbei macht die Personalstatistik auch deutlich, dass nicht einmal ein Zehntel der Richterinnen und Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit angehört. Die Sozialgerichtsbarkeit als ein weiterer Zweig der Justiz, der für öffentlich-rechtliche Fragestellungen zuständig ist (dazu noch unter V.), verfügt in etwa über eine identische Personalstärke. Die Finanzgerichtsbarkeit, über deren Zuständigkeiten sich dasselbe sagen lässt, ist deutlich kleiner, sie zählt ca 580 Richterinnen und Richter, also nicht einmal über ein Drittel jener der Verwaltungs- oder Sozialgerichtsbarkeit. Die drei Gerichtszweige machen zusammen nur rund ein Viertel der Justiz insgesamt aus – die ordentliche Gerichtsbarkeit kommt auf fast 15.000 Richterinnen und Richter.

Auch die Zahl der Verfahren spricht eine eindeutige Sprache: Für das Jahr 2014 verzeichnet die Justizstatistik² insgesamt rund 143.000 Hauptsacheverfahren vor den Verwaltungsgerichten und ca 14.000 Verfahren vor den Oberverwaltungsgerichten. Demgegenüber gab es nur rund 1.250 Neuzugänge bei den Revisionssenaten des Bundesverwaltungsgerichts.³ Die Gesamtzahl für das Jahr 2015 gibt das Bundesverwaltungsgericht mit 1459 anhängig gemachten Verfahren an, was einer Zunahme von 6,3% entsprochen habe.⁴ Es geht also um eine Größenordnung von rund einem Prozent der Fälle, die auf die Bundesebene gelangen.

Vor dem Hintergrund dieser Zahlen stellt sich die Frage der Regionalisierung der Justiz wohl kaum, da diese ohnehin ganz überwiegend oberhalb der kommunalen und unterhalb der Ebene des Bundes angesiedelt ist. Dabei findet sich die organisatorische Trennung zwischen der Justiz im Bund und in den Ländern an verschiedenen Stellen in den rechtlichen Grundlagen. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis nicht so sehr durch eine bundesstaatlich begründete

1 Abrufbar unter <bmjv.de/DE/Service/Statistiken/Statistiken_node.html>; zitierte Internet-Quellen wurden zuletzt am 19.12.2016 besucht.

2 <bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaeftsentwicklung_Gerichte_Staatsanwaltschaften.pdf?__blob=publicationFile>, S 8.

3 Zum Bundesverwaltungsgericht als Eingangsinstanz vgl noch VI.

4 <bverwg.de/medien/pdf/jahresbericht_2016.pdf>, S 11.

Gegenüberstellung, sondern durch die Ausgestaltung eines Instanzenzugs geprägt wird. Das Bundesverwaltungsgericht ist in diesem Sinne nicht der Gerichtshof des Bundes für Verwaltungsfragen, sondern das oberste Verwaltungsgericht für den gesamten Geltungsbereich des Grundgesetzes. Alle drei Ebenen im Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit wenden zum weit überwiegenden Teil dieselben prozess- wie materiell-rechtlichen Grundlagen an. Etwas Anderes gilt nur in den Fällen, in denen die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), die ein Bundesgesetz ist, den Ländern Spielräume zur Ausgestaltung lässt oder das der Entscheidung zugrunde zu legende materielle Recht Landesrecht ist. Letzteres bringt auch eine Verkürzung des Instanzenzugs mit sich, da dann das Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit für die Letztentscheidung haben kann (dazu unter VII.B)).

II. Kompetenzrechtliche Grundlagen

Der siebte bis neunte Teil des Grundgesetzes regelt die Kompetenzen des Bundes und der Länder, ausdifferenziert nach Staatsfunktionen. Der siebte Teil, die Art 70 ff GG, beginnt bei der Legislativfunktion und benennt die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes. Zwar ist dieser nach Art 70 Abs 1 GG nur dann zuständig, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich vorsieht. Die große Zahl der aufgeführten Sachbereiche und die auch im Übrigen nicht sehr hohen Hürden für die Annahme einer Kompetenz des Bundes führen aber dazu, dass die Gesetzgebung der Länder die Ausnahme bildet. Die großen Bereiche, in denen die Landtage tätig werden können, betreffen das Polizei- und Ordnungsrecht, das Schul- und Hochschulrecht sowie das Kommunalrecht. In diesen Bereichen handeln die Verwaltungsbehörden in den Ländern also regelmäßig auf der Grundlage von landesrechtlichen Regelungen. Letztlich geht es dabei fast ausschließlich um die Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts. Auch in diesen Fällen gelten die Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere die Grundrechte in ihrer Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht. Darin liegt mitunter eine nicht unerhebliche Einschränkung von Gestaltungsmöglichkeiten der Landeslegislative, die auch zu einer weitgehenden Einheitlichkeit der Regelungen zwischen den Ländern führen kann.⁵ Auch

5 Vgl etwa – mit Blick auf die mit der Föderalismusreform 2006 eingeführte Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Versammlungsrecht – die Darstellung bei *Waechter*, Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes für das behördliche Vorgehen gegen politisch extreme Versammlungen: Maßgaben für neue Versammlungsgesetze der Länder, *VerwArch* 2008, 73 ff.

gibt es Absprachen, etwa im Rahmen der Konferenz der Kultusminister, die zwar keine rechtliche, wohl aber eine erhebliche faktische Bedeutung erlangen und so die Ausgestaltungsfreiräume der Bundesländer einschränken.⁶

Bei der Kompetenzverteilung im Bereich der Exekutive ist die Ausgangslage eine deutlich andere. Hier lautet die – auch in der Praxis wirksame – Grundregel, dass die Länder „die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten“ ausführen (Art 83 GG). In der Konsequenz muss in Abwesenheit einer davon abweichenden Vorgabe, wann immer der Bund eine Regelung erlässt, das Land den Vollzug derselben gewährleisten – selbstverständlich unabhängig davon, ob man selbst damit einverstanden war oder sogar umgekehrt aktiv – etwa im Bundesrat – gegen die Verabschiedung vorgegangen ist. Allerdings sehen die Landesverfassungen die Möglichkeit vor, diese Vollzugsaufgabe an die Kommunen weiterzureichen, sofern dafür eine entsprechende Entschädigung vorgesehen wird („Konnexitätsprinzip“).⁷ Das Grundgesetz macht also die Verknüpfung von Landesexekutive und Bundeslegislative zur Grundregel. Schon hier zeigt sich, dass in den meisten Fällen, in denen Verwaltungshandeln von Landes- oder von kommunalen Behörden zu überprüfen ist, gleichwohl ein Verstoß gegen Bundesrecht untersucht werden muss.

Der Abschnitt über die Rechtsprechung (Art 92 bis 104 GG) ist deutlich anders strukturiert, da er nicht nur das Verhältnis von Bundes- und Landesgerichten regelt. Auch hier wird aber die Kompetenz des Bundes thematisiert. Gemäß Art 95 Abs 1 GG errichtet der Bund „(f)ür die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht“. Schon diese Aufzählung macht deutlich, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur eine von drei mit Fragen des öffentlichen Rechts befassten Gerichtsbarkeiten ist, sind doch die Sozial- und die Finanzgerichte ebenfalls diesem Rechtsgebiet zuzurechnen.

Über den „Unterbau“ dieser obersten Gerichtshöfe bestimmt das Grundgesetz nichts. Dass die Ausgestaltung desselben den Ländern

6 „[D]ie Konferenz setzt kein Gesetzesrecht, sondern gibt als Instrument des kooperativen Föderalismus lediglich Empfehlungen für eine einheitliche Verwaltungspraxis der Länder“ (VGH Mannheim, amtlicher Leitsatz 1 Satz 2, NVwZ-RR 2016, 352); vgl auch VG Düsseldorf, NVwZ-RR 2009, 334 (335).

7 Vgl dazu mit weiteren Nachweisen Mehde, Art 28 Abs 2, in: Maunz/Dürig (Hg), Grundgesetz – Kommentar (2012) Rn 24.

gleichwohl jedenfalls nicht vollständig überlassen bleibt, ergibt sich aus der Tatsache, dass dem Bundesgesetzgeber gemäß Art 72 Abs 1, 74 Abs 1 Nr 1 GG die Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren zukommt. Auf dieser Grundlage wurde auch die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) erlassen, in der, worauf zurückzukommen sein wird, auch organisatorische Vorgaben gemacht werden. Die Bezeichnungen der verschiedenen obersten Gerichtshöfe des Bundes machen bereits deutlich, dass die Frage des Umgangs mit dem Landesrecht den Instanzenzug der Verwaltungsgerichtsbarkeit betrifft, da, wie bereits erwähnt, das Landesrecht fast ausschließlich dem besonderen Verwaltungsrecht zuzurechnen ist.

Insgesamt zeigt sich somit, dass sich im deutschen Bundesstaat vielfältige Verschränkungen ergeben. Für die ebenenübergreifenden Notwendigkeiten der Zusammenarbeit und der Abstimmung hat dabei der negativ konnotierte Begriff der „Politikverflechtung“ geradezu sprichwörtlichen Charakter erlangt.⁸ Die Föderalismusreformen der Jahre 2006 und 2009 hatten das Ziel der Entflechtung.⁹ Der unmittelbare Bereich der Justiz ist sowohl von dieser Kritik wie auch von entsprechenden Reformüberlegungen unberührt geblieben. Es besteht kein Zweifel, dass der Instanzenzug in der deutschen Rechtsordnung mit den genannten obersten Gerichtshöfen an der Spitze eine große Rolle spielt. Diese gewährleisten grundsätzlich eine einheitliche Auslegung des Bundesrechts.

III. Wirksame Verfassungsprinzipien

Verfassungsprinzipien bilden die Grundlage der Ausgestaltung hinsichtlich vieler Aspekte des deutschen Verwaltungsprozesses. Sie haben sich vor allem bei der Entwicklung der Rolle der Verwaltungsgerichte als sehr wirksam erwiesen, sei es bei der grundlegenden Zuständigkeit im Verhältnis zu den Bürgerinnen und Bürgern, sei es im Verhältnis zum Bundesverwaltungsgericht.

A) Rechtsschutzgarantie

Die Wirksamkeit verfassungsrechtlicher Prinzipien zeigt sich zunächst beim System des Rechtsschutzes. Grundregel ist hier Art 19 Abs 4 GG.

8 Vgl dazu etwa *Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten (2005) 110 f.

9 BVerfGE 127, 165 (197); 137, 108 (148; Rn 93).

Er lautet: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen“. In der Praxis wird dies als die Grundentscheidung wahrgenommen, dass die Verwaltungsgerichte nicht etwa objektive Kontrollinstanzen sind, sondern ausschließlich Rechtsschutz gewährleisten sollen.¹⁰ Die Kontrolle geht also grundsätzlich nur so weit, wie es die Verletzung von Rechten erfordert.¹¹ So heben die Verwaltungsgerichte gemäß § 113 Abs 1 S 1 VwGO Verwaltungsakte nur dann und nur insoweit auf, wie diese rechtswidrig sind und zusätzlich der Kläger in seinen Rechten verletzt ist. Anders formuliert wäre also eine Feststellung in einem Urteil, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, gleichwohl aber mangels Rechtsverletzung bei dem konkreten Kläger in Kraft bleibt, ohne weiteres systemgerecht. Selbst bei der Normenkontrolle, bei der ja ein besonderes öffentliches Interesse an einer Beseitigung von rechtswidrigen Normen, auf der dann wiederum viele Einzelakte beruhen können, angenommen werden sollte,¹² ist der Antrag nur zulässig, wenn eine Rechtsverletzung geltend gemacht werden kann (§ 47 Abs 2 VwGO).

Gleichzeitig ist auch darauf hinzuweisen, dass eine Ausweitung der Kontrollfunktion der Gerichte, wie sie bereits auf der Grundlage des europäischen Rechts partiell erforderlich geworden ist,¹³ zwar durchaus rechtspolitische Fragen eines sachgerechten Einfügens in das deutsche System aufwirft, nicht aber an verfassungsrechtliche Grenzen stoßen dürfte.¹⁴ Der Rechtsschutz ist die Funktion des deutschen Verwaltungsprozesses und eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, nicht aber die absolute Grenze der Zulässigkeit der Befassung von Verwaltungsgerichten.

B) Gewaltenteilung

Für die konkrete Entscheidungsfindung der Verwaltungsgerichte hat der Gesichtspunkt der Gewaltenteilung eine erhebliche Bedeutung,

-
- 10 In der Rechtsprechung finden sich aber immer wieder Ansatzpunkte, die das Potenzial für eine Ausweitung der Kontrolle in sich tragen, vgl dazu *Mehde*, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, *Die Verwaltung* 2010, 379 ff.
 - 11 Zu den etablierten, aber punktuellen Weiterungen vgl *Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einleitung, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hg), VwGO (2012) Rn 170 ff.
 - 12 Vgl etwa *Panzer*, § 47, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hg), VwGO (Februar 2016) Rn 3.
 - 13 Vgl dazu etwa BVerwG, NVwZ 2014, 64 ff; dazu wiederum *Enders*, Subjektiv-rechtliche Fundierung des Umweltschutzes: Das Bundesverwaltungsgericht als Motor der Rechtsaktualisierung im Zeichen des Europarechts, *ZUR* 2016, 387 ff.
 - 14 In diesem Sinne etwa *Groß*, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugs, *Die Verwaltung* 2010, 349 (374).

ohne dass damit gesagt werden soll, dass jede andere Ausgestaltung der VwGO gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstieße und die entsprechende Regelung folglich verfassungswidrig wäre. Der Gesichtspunkt der Gewaltenteilung kommt zuvörderst in der Tatsache zum Ausdruck, dass die Gerichte selbst nicht nur keine allgemeine Kontrollaufgabe, sondern auch keine eigene Vollzugsaufgabe haben. Der Rechtsschutz beschränkt sich daher auf die Überprüfung der Verwaltungshandlungen auf Rechtsverletzungen.

Man unterscheidet zwischen Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklagen. Die Gestaltungsklage – die VwGO spricht in § 42 Abs 1 von Anfechtungsklage – betrifft ausschließlich die Frage der Aufhebung eines Verwaltungsakts. Mit der Rechtskraft des Urteils entfällt der rechtswidrige, den Kläger in seinen Rechten verletzende Verwaltungsakt. Das Gericht ist zwar nicht gehindert, durch die Urteilsgründe auch Hinweise für weitere Entscheidungen der Verwaltung zu geben. Das Gericht ist aber nicht befugt, außerhalb des Aufhebens selbst unmittelbar die Rechtslage zu gestalten. Das gilt für die anderen Klagearten schon aufgrund deren Zuschnitts: Die Feststellung dient ausschließlich der Herstellung von Klarheit über eine schon zuvor bestehende Rechtslage; der Urteilsspruch im Rahmen einer Leistungsklage richtet sich an die Verwaltung, die aber zunächst selbst tätig werden muss, bevor die Rechtslage im Verhältnis von Verwaltung und Bürger verändert wird. Die Rücksicht auf den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Verwaltung führt etwa bei der Verpflichtungsklage – der auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichteten Leistungsklage – dazu, dass das Verwaltungsgericht immer dann, wenn bei der Entscheidung ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum der Verwaltung besteht, keine Verpflichtung zum Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts aussprechen darf (vgl § 113 Abs 5 S 2 VwGO).¹⁵ Vielmehr ergeht dann ein sogenanntes Bescheidungsurteil, das die Behörde verpflichtet, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts neu zu bescheiden.

C) Bundesstaatsprinzip

Bei der Gerichtsorganisation und der Aufgabenverteilung zwischen Bundesverwaltungsgericht und den Verwaltungsgerichten der Länder spielt das Bundesstaatsprinzip eine erhebliche Rolle. Auch hier gilt,

¹⁵ Die Sache ist dann in der Terminologie des § 113 Abs 5 S 1 VwGO nicht „spruchreif“; zu den Anforderungen an die Spruchreife vgl Wolff, § 113, in: Sodan/Ziekow (Hg), VwGO (2014) Rn 422 ff.

dass damit nicht gesagt werden soll, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht nur diese eine Ausgestaltung zulässig wäre. Insbesondere ist dabei die schon erwähnte Ausgangssituation zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz selbst die Rolle des Bundes auf die Etablierung von obersten Bundesgerichten, im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundesverwaltungsgerichts, beschränkt. Das Bundesstaatsprinzip als solches hat aber durchaus bei der Ausgestaltung der Zuständigkeitsordnung im Verhältnis von Verwaltungsgerichten des Landes und Bundesverwaltungsgericht eine Rolle zu spielen. Konkret führt dieser Gesichtspunkt dazu, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidungstätigkeit auf die Anwendung des Bundesrechts beschränkt ist. Die Einzelheiten dazu betreffen Fragen des Rechtsmittelrechts (dazu unter VII.B)). Gleichzeitig ändert dieser Gesichtspunkt interessanterweise nichts an der Tatsache, dass die Verwaltungsgerichte der Länder auch für Klagen gegen Bundesbehörden und ganz selbstverständlich auch für die Anwendung des Bundesrechts zuständig sind – die Gerichte der Länder sind funktional eben weniger Gerichte einer vom Bund getrennten Ebene im Staatsaufbau denn die zunächst anzurufenden Instanzen innerhalb eines ebenenübergreifenden Instanzenzugs.

IV. Vorgaben der VwGO für die Gerichtsorganisation in den Ländern

Die VwGO enthält Regeln, die zu einer weitgehenden Einheitlichkeit des Aufbaus und der Struktur der Verwaltungsgerichte in den Ländern führen. So bestimmt § 2, dass die „Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit [...] in den Ländern die Verwaltungsgerichte und je ein Oberverwaltungsgericht, im Bund das Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in Leipzig“ sind. Damit wird deutlich, dass es in allen Ländern zwei Stufen der Verwaltungsgerichtsbarkeit geben muss. Die Zahl der Gerichte der Eingangsinstanz ist nicht vorgegeben. Es darf aber in jedem Land nur ein Oberverwaltungsgericht geben, die in Baden-Württemberg, Bayern und Hessen als Verwaltungsgerichtshöfe bezeichnet werden. Die Beschränkung auf ein Obergericht pro Land stellt einen markanten Unterschied zur ordentlichen Gerichtsbarkeit dar, wo es durchaus mehr als ein Oberlandesgericht pro Bundesland geben darf – insgesamt gibt es in den 16 Bundesländern 24¹⁶. Dies erklärt sich aus der

16 web.archive.org/web/20150929044703/http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Anzahl_der_Gerichte_des_Bundes_und_der_Laender.pdf?__blob=publicationFile.

Tatsache, dass – anders als die Oberlandesgerichte – die Oberverwaltungsgerichte auch in erheblichem Umfang Landesrecht anzuwenden und über deren Auslegung letztinstanzlich zu entscheiden haben, was bei einer Zersplitterung der Rechtsprechung auf verschiedene Obergerichte mögliche Auslegungswidersprüche mit sich bringen könnte.¹⁷

Gemäß § 3 Abs 2 VwGO können „[m]ehrere Länder [...] die Errichtung eines gemeinsamen Gerichts oder gemeinsamer Spruchkörper eines Gerichts oder die Ausdehnung von Gerichtsbezirken über die Landesgrenzen hinaus, auch für einzelne Sachgebiete, vereinbaren“. Die Länder Berlin und Brandenburg sind derzeit die einzigen, die ein gemeinsames Oberverwaltungsgericht haben. Demgegenüber hat Schleswig-Holstein sich aus dem in Lüneburg gemeinsam mit Niedersachsen vorgehaltenen Oberverwaltungsgericht zurückgezogen und ein nur für das eigene Land zuständiges am Gerichtsstandort Schleswig begründet.¹⁸

Die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ergibt sich in Abwesenheit von Spezialzuweisungen – sogenannten „aufdrängenden Sonderzuweisungen“ – aus der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel des § 40 Abs 1 S 1 VwGO. Danach ist die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben“. Der Bund regelt also die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, die von den Ländern errichtet werden. Dabei wird daran angeknüpft, dass die Verwaltungsgerichte die Anwendung des Bundesrechts überprüfen, wie die nachfolgende Regelung zeigt: Die Länder haben nach § 2 der Vorschrift die Möglichkeit, für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf der Ebene des Landes eine andere Zuständigkeit vorzusehen, was in der Praxis aber keine Rolle spielt.

Die VwGO enthält auch Regeln über die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte (§ 52). Dabei nennt sie Anknüpfungspunkte, nach denen die Zuständigkeit der Gerichte bestimmt wird. Über die Gerichtsbezirke und die Zahl der Verwaltungsgerichte entscheidet aber der jeweilige Landesgesetzgeber. Hier könnte man durchaus den Begriff der Region wieder ins Spiel bringen, da damit eine Ebene unterhalb jener des Bundeslandes gebildet wird, bei der zwangsläufig auch auf eine gewisse Identifizierbarkeit und eine gewisse Verbindung der kommunenübergreifenden Einheit geachtet wird. Generalisierende

17 *Kronisch*, § 2, in: Sodan/Ziekow (Hg), VwGO (2014) Rn 13.

18 *Jöhnk*, Ein eigenes Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, NVwZ 1991, 966 ff; *Schinkel*, 50 Jahre Oberverwaltungsgericht in Lüneburg, NdsVBl 1999, 107 ff.

Ausführungen verbieten sich allerdings. Die Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg sowie die Länder Saarland und Schleswig-Holstein verfügen nur über jeweils ein Verwaltungsgericht. Nordrhein-Westfalen als das bevölkerungsreichste Bundesland hat sieben Verwaltungsgerichte errichtet, Bayern als das flächenmäßig größte Bundesland sechs. Die vom Landesgesetzgeber errichteten Gerichtsbezirke sind keine politischen Einheiten mit einem wie auch immer gearteten Bestandsschutz. Gegen eine Veränderung könnte das Gericht selbst also keinen Rechtsschutz geltend machen. Der Zuschnitt der Gerichtsbezirke deckt sich auch nicht notwendigerweise mit jenem von handlungsfähigen politischen Einheiten. Vielmehr umfassen die Gerichtsbezirke typischerweise die Fläche mehrerer Landkreise.

Das Verhältnis von Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten sowie zum Bundesverwaltungsgericht ist ebenfalls ein Gegenstand der Vorgaben der VwGO. Das Gesetz regelt auch verbindlich die zentralen Elemente der Binnenorganisation, wie die Bildung von Kammern in den Verwaltungsgerichten (§ 5 Abs 2) und von Senaten bei den Oberverwaltungsgerichten (§ 9 Abs 2) sowie deren Zusammensetzung (§§ 5 Abs 3 sowie 9 Abs 3). Zusätzlich ist bei den Verwaltungsgerichten die Möglichkeit der Übertragung auf den Einzelrichter vorgesehen (§ 6), was in der Praxis tatsächlich in großem Umfang geschieht.¹⁹ Ausdrücklich vorgesehen ist eine Geschäftsstelle (§ 13). Auch die Frage, welche Richter eingesetzt werden können, wird thematisiert (§§ 15 ff). Die Rechtsverhältnisse der Richter selbst werden im Deutschen Richtergesetz festgelegt, wobei seit der Föderalismusreform 2006 die Besoldung von den Ländern selbst zu entscheiden ist. Dies hat zu teilweise erheblichen Unterschieden in deren Höhe geführt. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Fall die Richterbesoldung als mit dem Grundsatz der amtsangemessenen Besoldung, wie er sich aus Art 33 Abs 5 GG herleiten lässt, nicht mehr vereinbar angesehen.²⁰

V. Zuständigkeit anderer Gerichte, insbesondere Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit

Neben den Verwaltungsgerichten im eigentlichen Sinn gibt es weitere Zweige der Justiz, die für Klagen gegen bestimmte Verwaltungsentscheidungen zuständig sind. Dabei handelt es sich nicht um Verwal-

19 Kritisch dazu *Ramsauer*, Prozessuale Einbußen beim Rechtsschutz durch weniger Rechtsmittel, AnwBl 2015, 739 f.

20 BVerfGE 139, 64.

tungsgerichte, die als solche bezeichnet werden, sondern um Gerichte, denen die genannte – Verwaltungsrecht im weiteren Sinne betreffende – Zuständigkeit durch Spezialnormen übertragen ist, die somit auch der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel des § 40 Abs 1 S 1 VwGO vorgehen. Mit anderen Worten ist die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in diesen speziellen Fällen aufgrund einer sogenannten „abdrängenden Sonderzuweisung“ ausgeschlossen.²¹

Gemäß § 35 Abs 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) sind die Verwaltungsbehörden für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständig, sofern nicht ausnahmsweise eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts greift. Die Ahndung erfolgt regelmäßig durch Bußgeldbescheide (§ 65 OWiG). Als Rechtsbehelf steht dagegen der Einspruch zur Verfügung. Zur Entscheidung über diesen ist das Amtsgericht berufen (§ 68 OWiG). Hier wird also eine gewisse Parallelität zum Strafverfahren zum Anknüpfungspunkt gemacht, nicht aber die Nähe zu anderen – nicht auf ein Bußgeld zielenden – Entscheidungen der Verwaltungsbehörden.

§ 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) lautet: „Die Sozialgerichtsbarkeit wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte, besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt“. Es handelt sich also, wenn man so will, um Verwaltungsgerichte, die nicht als solche bezeichnet werden. In der Tat werden natürlich auch von der Sozialgerichtsbarkeit Verwaltungshandlungen überprüft. Anders als bei den so auch bezeichneten Verwaltungsgerichten gibt es hinsichtlich der Zuständigkeit keine Generalklausel. Gemäß § 51 Abs 1 SGG entscheiden die Sozialgerichte über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in dort im Einzelnen aufgeführten Fällen. Insbesondere sind dabei die Angelegenheiten der Sozialversicherungen sowie jene der Grundversicherung für Arbeitssuchende und die Arbeitsförderung zu nennen. Die Sozialgerichte gelten als ganz besonders belastet, wobei insbesondere die Auswirkungen der sogenannten „Hartz-Reformen“ aus den Zeiten der Schröder-Regierung zu Veränderungen geführt haben, die nach wie vor von den Gerichten zu bewältigen sind. So sind nach Angaben des Statistischen Bundesamts²² im Jahr 2014 rund 370.000 Klagen – was schon einen Rückgang um rund 20.000 im Vergleich zum Vorjahr bedeutete – bei den Sozialgerichten eingegangen²³, wovon

21 Kritisch zur – auch mit Blick auf andere Phänomene feststellbaren – Rechtswegspaltung: *Gärditz*, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, Die Verwaltung 2010, 309 ff.

22 <destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Tabellen/Sozialgerichte.html>.

23 Vgl demgegenüber die Zahlen für die Verwaltungsgerichte oben FN 2.

37,7% den Bereich des Sozialgesetzbuches II, also die Grundsicherung für Arbeitssuchende, betrafen. Die Landessozialgerichte sind im Grundsatz Gerichte für die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde (§ 29 Abs 1 SGG), haben aber für einzelne Fälle auch in den § 29 Abs 2 bis 4 SGG im Einzelnen aufgeführten Materien erstinstanzliche Zuständigkeiten. Das Bundessozialgericht ist gemäß § 39 Abs 1 SGG das Revisionsgericht, entscheidet gemäß Abs 2 der Vorschrift aber auch erst- und letztinstanzlich „über Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern sowie zwischen verschiedenen Ländern in Angelegenheiten des § 51“, also wenn die Zuständigkeiten nach dem SGG greifen.

Gemäß § 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) wird auch die Finanzgerichtsbarkeit „durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte, besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt“. Anders als bei den übrigen Gerichtszweigen gibt es bei ihr nur zwei Ebenen, nämlich „die Finanzgerichte als obere Landesgerichte“ und den Bundesfinanzhof (§ 2 FGO). Anders als bei der Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt es bei der Finanzgerichtsbarkeit keine Möglichkeit für den Landesgesetzgeber, die Gerichtsbezirke zuzuschneiden, da durch die Reduzierung auf ein Gericht dieser Ebene der Gerichtsbezirk zwangsläufig das gesamte Land umfasst. Auch die Zuständigkeiten der Finanzgerichte sind enumerativ aufgeführt (§ 33 FGO). Den Bürgerinnen und Bürgern begegnet dieser Zweig der Gerichtsorganisation, wenn sie gegen ihre Steuerbescheide vorgehen wollen. Gemäß § 33 Abs 1 Nr 1 ist der Finanzrechtsweg „in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über Abgabenangelegenheiten“ gegeben, „soweit die Abgaben der Gesetzgebung des Bundes unterliegen und durch Bundesfinanzbehörden oder Landesfinanzbehörden verwaltet werden“. Da der Bund nach Art 105 GG über die Gesetzgebungskompetenz für annähernd alle nennenswerten Steuerarten verfügt und praktisch nur die von den Kommunen erhobenen Abgaben nicht von den Finanzämtern der Länder verwaltet werden, geht damit eine umfassende Zuständigkeit für den Bereich des Steuerwesens einher. Gemäß § 36 FGO ist der Bundesfinanzhof ausschließlich Rechtsmittelgericht.

VI. Erstinstanzliche Zuständigkeit

Wie schon angesprochen, gibt es insgesamt 15 Oberverwaltungsgerichte in Deutschland. Ihre Größe unterscheidet sich naturgemäß je

nach Zahl der Verfahren und der Größe des Landes. Das hat auch Auswirkungen auf die Möglichkeiten der Spezialisierung.²⁴ Schon die bloße Zahl der entschiedenen – und in zunehmenden Maße auch veröffentlichten – Fälle führt zu erheblichen Unterschieden in der Wahrnehmbarkeit.²⁵ Es gibt aber, soweit ersichtlich, bislang keine Erkenntnisse darüber, dass die kleineren Oberverwaltungsgerichte ihre Aufgaben nicht erfüllen könnten.

Die Verwaltungsgerichte sind in fast allen Fällen die Eingangsinstanz. Sie entscheiden den Fall grundsätzlich abschließend. Eine Befassung von Oberverwaltungs- oder Bundesverwaltungsgericht erfolgt in diesen Fällen nur im Rahmen von Rechtsmitteln (dazu unter VII.). Eine Aussetzung und Vorlage bei einem anderen Gericht ist, wie bei allen Gerichten, nur für den Fall vorgesehen, dass der entscheidende Spruchkörper von der Verfassungswidrigkeit einer Norm überzeugt ist, auf die es bei der Entscheidung ankommt. Diese in Art 100 GG verankerte Regelung findet sich in den Landesverfassungen für die Fälle des gegen die Landesverfassung verstoßenden Landesrechts. Dass auch die Verwaltungsgerichte die Möglichkeit der Vorlage beim EuGH gemäß Art 267 AEUV haben, ist selbstverständlich.

Gemäß § 47 VwGO ist das jeweilige Oberverwaltungsgericht erstinstanzlich zuständig für die Überprüfung untergesetzlicher Rechtsnormen – also insbesondere Rechtsverordnungen und Satzungen, wenn durch diese Rechtsverletzungen möglich erscheinen, aber auch Geschäftsordnungen oder Verwaltungsvorschriften. Außerhalb des Baurechts, wo es im Wesentlichen um Bebauungspläne geht, gilt das allerdings nur, wenn das Land eine solche sogenannte „prinzipale Normenkontrolle“ ausdrücklich im Landesrecht vorsieht. Die ungewöhnliche Zuständigkeitsentscheidung entspricht der Reichweite und auch der Bedeutung der Entscheidung, mit der etwa eine Rechtsverordnung des Landes für rechtswidrig und damit für nichtig erklärt werden kann. Weitere erstinstanzliche Zuständigkeiten der Oberverwaltungsgerichte regelt § 48 VwGO. Die in dieser Norm aufgezählten Fälle haben gemeinsam, dass es sich um hochkomplexe und auch regelmäßig

24 Die Sinnhaftigkeit von Spezialisierungen bei Obergerichten hat auch das BVerfG in einer Kammerentscheidung ausdrücklich anerkannt (BVerfGE, NJW 2000, 1325 [1326]). Im konkreten Fall einer Verkleinerung eines OLG-Bezirks führte es aus, „[b]ei einem verbleibenden Bestand von 90 Richtern“ blieben „in diesem OLG Spezialisierungen offensichtlich möglich; eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege“ sei „insoweit nicht ersichtlich“.

25 Vgl. dazu die Studien von Knill/Schäfer/Winkler, All Higher Administrative Courts are Equal?, Die Verwaltung 2009, 55 ff sowie dies, Die Rechtsprechung der deutschen Oberverwaltungsgerichte im Vergleich – Ergebnisse einer Befragung unter Staatsrechtslehrern und Verwaltungsrichtern, Verwaltungsarchiv 2012, 165 ff.

technisch anspruchsvolle Verfahren handelt, namentlich um solche im Bereich der Kernenergie, um Planfeststellungsverfahren oder um Klagen gegen Vereinsverbote. Dass es dabei aber um Ausnahmen geht, macht die Justizstatistik sehr deutlich: Den schon erwähnten 143.000 erstinstanzlichen Hauptsacheverfahren vor den Verwaltungsgerichten stehen gerade einmal etwas mehr als 900 bei den Oberverwaltungsgerichten gegenüber.²⁶

Die erst- und damit auch letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist schließlich eine besondere Ausnahme. Das Gericht selbst berichtet auf seinem Internet-Auftritt²⁷, dass die Übertragung dieser Zuständigkeit „[i]n zunehmenden Maße“ geschehen sei. § 50 Abs 1 VwGO sieht dies für insgesamt sechs enumerativ aufgeführte Fallkonstellationen vor, etwa für „öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen verschiedenen Ländern“, für „Klagen, denen Vorgänge im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes zugrunde liegen“ sowie für bestimmte Maßnahmen und Entscheidungen nach dem Abgeordneten- und dem Bundesministergesetz sowie dem Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre. Von besonderer Bedeutung ist § 50 Abs 1 Nr 6 VwGO. Danach entscheidet das Bundesverwaltungsgericht „über sämtliche Streitigkeiten, die Planfeststellungsverfahren und Plangenehmigungsverfahren für Vorhaben betreffen, die in dem Allgemeinen Eisenbahngesetz, dem Bundesfernstraßengesetz, dem Bundeswasserstraßengesetz, dem Energieleitungsausbaugesetz, dem Bundesbedarfsplangesetz oder dem Magnetschwebebahnplanungsgesetz bezeichnet sind“. Hierbei handelt es sich also um eine Verweisungsnorm in die genannten Gesetze hinein. Während grundsätzlich, wie erwähnt, die Oberverwaltungsgerichte für diese Fragen zuständig sind, bezeichnen die genannten Fachgesetze bestimmte Typen von Maßnahmen, die vom Bundesverwaltungsgericht zu verhandeln sind. Insgesamt werden in den Fachplanungsgesetzen 146 Infrastrukturprojekte ausdrücklich bezeichnet, für die das Bundesverwaltungsgericht erstinstanzlich zuständig ist.²⁸ Das Bundesfernstraßengesetz etwa regelt in einer Anlage die Straßenbauprojekte, bei denen Klagen zu einer erstinstanzlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts führen. Dazu zählen insbesondere Autobahnen, aber auch einige besonders zentrale Bundesstraßen. § 17e des Gesetzes fasst die hinter diesen Vorhaben stehen-

26 <bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaeftsentwicklung_Gerichte_Staatsanwaltschaften.pdf?__blob=publicationFile>, S 8.

27 <bverwg.de/bundesverwaltungsgericht/rechtsprechung/zustaendigkeit.php>.

28 <bverwg.de/medien/pdf/jahresbericht_2016.pdf>, S 13.

den Ziele zusammen. Danach geht es um die „Herstellung der deutschen Einheit“ (Abs 1 Nr 1), die „Einbindung der neuen Mitgliedstaaten in die Europäische Union“ (Abs 1 Nr 2) oder die „Beseitigung schwerwiegender Verkehrsengpässe“ (Abs 1 Nr 5). Für diese besonders vorrangigen Aufgaben besteht also nach der Bewertung des Gesetzes ein besonderes Bedürfnis nach einer Hochzoning des Rechtsschutzes. Die Idee besteht erkennbar in der Beschleunigung,²⁹ da in diesem Fall die erste automatisch auch die letzte Entscheidung ist. Dass es sich dabei um Ausnahmen handelt, zeigen auch hier die empirischen Befunde: Das Bundesverwaltungsgericht weist in seinem Jahresbericht 2015 die Zahl von gerade einmal 49 neuen Verfahren in diesem Bereich aus – im Jahr 2014 waren es sogar nur 22 gewesen.³⁰

VII. Das Rechtsmittelrecht als Ort der Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder

Die Möglichkeit zum Einlegen von Rechtsbehelfen ist im deutschen Verwaltungsprozessrecht massiv eingeschränkt. Die zweite Instanz steht den Klägerinnen und Klägern nur noch ausnahmsweise zur Verfügung. Das gilt zunächst für die Berufung, also die Überprüfung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts durch das Obergerverwaltungsgericht.³¹ Für die Klägerin bzw den Kläger ist die Berufung deswegen besonders interessant, weil das Gericht, wenn dies der Berufungsantrag vorsieht, im gleichen Umfang wie das erstinstanzlich entscheidende Gericht überprüft (§ 128 VwGO). Da das Rechtsmittel aber ebenfalls auf eine Entscheidung des Gerichts desselben Bundeslandes – wenn auch in diesem Fall von einem Obergericht – zielt, ist dies für das vorliegende Thema weniger von Interesse. Demgegenüber wird bei der Revision die Ebene des Landes verlassen und der jeweils fachlich zuständige Gerichtshof des Bundes – in diesem Fall das Bundesverwaltungsgericht – tätig.

A) Zulassung der Revision

Die Revision richtet sich nach § 132 Abs 1 VwGO gegen Urteile des Obergerverwaltungsgerichts sowie gegen Beschlüsse der Obergerver-

29 So etwa *Stelkens/Panzer*, § 2, in: Schoch/Schneider/Bier (Hg), VwGO (2013) Rn 23.

30 Vgl den in FN 28 angeführten Link, S 12.

31 Kritisch dazu: *Ramsauer*, Prozessuale Einbußen beim Rechtsschutz durch weniger Rechtsmittel, AnwBl 2015, 739 ff.

tungsgerichte, wenn diese das Verfahren der prinzipialen Normenkontrolle abschließen. Die Revision muss zugelassen werden. Die Gründe für die Zulassung sind in § 132 Abs 2 VwGO abschließend aufgeführt: die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (Nr 1), die Abweichung von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts und wenn das angegriffene Urteil „auf dieser Abweichung beruht“ (Nr 2) oder wenn „ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann“ (Nr 3). Hintergrund der Regelung ist, dass damit „das Revisionsgericht von dem Problem, Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen, weitgehend entlastet“ wird und „sich auf die Aufgaben der Rechtsfortbildung (Grundsatzrevision) und der Wahrung der Rechtseinheit (Divergenzrevision) konzentrieren“ kann.³²

Die Zulassung kann durch das Oberverwaltungsgericht selbst erfolgen. In diesem Fall ist das Bundesverwaltungsgericht an diese gebunden (§ 132 Abs 2 VwGO). Wenn die Revision nicht zugelassen wird, kann gegen die Nichtzulassung Beschwerde erhoben werden, über die das Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden hat. Das Bundesverwaltungsgericht kann also auf die Beschwerde einer Klägerin oder eines Klägers gegen die Nichtzulassung hin selbst entscheiden, ob es über die Sache materiell urteilen wird. Allerdings ist das Gericht dabei an die eben genannten Gründe für die Zulassung gebunden. Für die Klägerin oder den Kläger, die oder der eine Revision erreichen will, wird als nicht zu unterschätzende Hürde ein Begründungserfordernis vorgesehen, das innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung des Urteils erfüllt werden muss (§ 133 Abs 3 VwGO).

Im Fall des Zulassungsgrundes der Verfahrensmängel kann das Bundesverwaltungsgericht das angefochtene Urteil durch Beschluss aufheben und den Rechtsstreit zurückverweisen (§ 133 Abs 6 VwGO). Hier wird der Bedeutung des Verfahrens für den Rechtsschutz Rechnung getragen, sodass es mit der Feststellung der Voraussetzungen eines Zulassungsgrundes auch gleich ein Bedürfnis nach einer neuen Entscheidung des Ausgangsgerichts gibt. In den beiden anderen Gründen für eine Zulassung sieht die Konstellation dagegen anders aus. Liegen die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nicht vor, so ergeht ein Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts, mit dem das angegriffene Urteil rechtskräftig wird (§ 133 Abs 5 VwGO). In den anderen Fällen ist damit natürlich noch nicht der Erfolg der Revision

32 Czybulka, § 132, in: Sodan/Ziekow (Hg), VwGO (2014) Rn 4.

selbst verbunden, sondern lediglich die Voraussetzung für den Eintritt in dieselbe geschaffen.

Ein Sonderfall ist die sogenannte „Sprungrevision“. Demnach können die Beteiligten, ohne zuvor das Berufungsgericht anrufen zu müssen, sofort Revision einlegen, „wenn der Kläger und der Beklagte der Einlegung der Sprungrevision schriftlich zustimmen und wenn sie von dem Verwaltungsgericht im Urteil oder auf Antrag durch Beschluß zugelassen wird“ (§ 134 Abs 1 S 1 VwGO). Die Zulassung kann nicht auf den Zulassungsgrund des Verfahrensmangels (§ 132 Abs 2 Nr 3 VwGO) gestützt werden (§ 134 Abs 2 S 1 VwGO). Im Falle der Ablehnung durch das Verwaltungsgericht kann die Zulassung der Berufung beantragt werden – sofern die Ablehnung nicht auf einem Mangel der Form, einem Fristversäumnis oder einer fehlenden Zustimmungserklärung beruhte (§ 134 Abs 3 S 1 VwGO).

B) Umfang der Überprüfung bei zugelassener Revision

Während mit der Berufung eine vollumfängliche erneute Prüfung des Streitfalls und sogar neuer Tatsachen und Beweismittel verbunden ist (§ 128 VwGO), dient die Revision ausschließlich der Überprüfung auf Rechtsfehler. An die tatsächlichen Feststellungen in dem angegriffenen Urteil ist das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber gebunden, „außer wenn in bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Revisionsgründe vorgebracht sind“ (§ 137 Abs 2 VwGO).

Gemäß § 137 Abs 1 VwGO kann die Revision „nur darauf gestützt werden, daß das angefochtene Urteil auf der Verletzung 1. von Bundesrecht oder 2. einer Vorschrift des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes, die ihrem Wortlaut nach mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt, beruht“. Es geht also hierbei um die Einheitlichkeit der Auslegung des Bundesrechts im Bundesstaat. Damit wird gleichzeitig deutlich, dass die Verletzung von Landesrecht mit der Ausnahme des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes kein möglicher Gegenstand einer Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist. In den wichtigen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts, wie etwa dem Kommunal-, dem Polizei- und Ordnungsrecht sowie dem Schul- und Hochschulrecht, ist das jeweilige Oberverwaltungsgericht also die letzte Instanz. Das deutsche Verwaltungsprozessrecht verzichtet in dieser Hinsicht auf eine Möglichkeit der Herstellung von Rechtseinheit, was aber natürlich in Anbetracht der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen geradezu zwangsläufig ist und durchaus auch der Idee des Bundesstaats entspricht.

Allerdings ist auch in Fällen, bei denen auf den ersten Blick ausschließlich Landesrecht zur Anwendung gelangt, der Weg zu einer Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht völlig versperrt. Nicht umsonst hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Geschäftsverteilungsplan etwa Zuständigkeiten von Revisionssenaten für das Schul-, Hochschul- und Wissenschaftsrecht (6. Revisionssenat)³³ sowie für das Kommunalrecht (10. Revisionssenat)³⁴ vorgesehen. Das ist eine Konsequenz aus der Tatsache, dass zu dem eine Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht rechtfertigenden Bundesrecht auch das Grundgesetz gehört. Ein Verstoß gegen Bundesrecht kann also auch aus der Tatsache folgen, dass bei den Entscheidungen die Auswirkungen der Grundrechte oder einer anderen Vorschrift der Verfassung, wie etwa die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und die „Homogenitätsanforderungen“ des Art 28 Abs 1 GG, nicht hinreichend beachtet wurden.³⁵ Selbstverständlich beschränkt sich dann die Prüfung auch auf diese Fragen. Die – außerhalb der verfassungsrechtlichen Fragestellung – richtige Anwendung des Landesrechts muss auch in diesem Fall vom Bundesverwaltungsgericht vorausgesetzt werden. Denkbar ist allerdings, dass das Gericht einen Verfassungsverstoß in der angegriffenen Entscheidung bejaht und dann für die Zukunft eine bestimmte – verfassungskonforme – Auslegung des Landesrechts verlangt. Ist eine solche verfassungskonforme Auslegung nicht möglich, so ist eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage beim Bundesverfassungsgericht gemäß Art 100 GG zwingend, es sei denn es kommt auf die Frage der Verfassungskonformität des Gesetzes für den konkret zu entscheidenden Fall nicht an. Das Bundesverfassungsgericht kann ohne weiteres auch Landesrecht an den Anforderungen des Grundgesetzes messen und dieses bei einem entsprechenden Verstoß für nichtig erklären.³⁶

33 <bverwg.de/medien/pdf/gvp_bverwg.pdf>, S 4.

34 <bverwg.de/medien/pdf/gvp_bverwg.pdf>, S 6.

35 Vgl etwa die Entscheidung BVerwGE 151, 179 ff, wo ein auf eine Ermächtigungsgrundlage in der rheinland-pfälzischen Gemeindeordnung gestützter Ausschluss aus dem Gemeinderat wegen eines Verstoßes gegen Art 28 Abs 1 S 2 GG für rechtswidrig erklärt wurde.

36 Vgl Art 100 Abs 1 S 2 GG; gemäß Art 100 Abs 1 S 1 ist das Gericht bei einem angenommenen Verstoß gegen die Landesverfassung zur Vorlage beim zuständigen Landesverfassungsgericht verpflichtet.

VIII. Fazit

Der Begriff der „Region“ ist in Deutschland zwar häufig in Gebrauch, einer allgemeinen, den jeweiligen rechtlichen Anknüpfungspunkt abstrahierenden Definition aber kaum zugänglich. Eine Art Regionalisierung tritt dadurch ein, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie auch jeder andere Zweig der Justiz, grundsätzlich Ländersache ist. Gleichzeitig besteht aber ein Instanzenzug bis hin zu dem für den jeweiligen Zweig zuständigen obersten Gerichtshof des Bundes. Das Bundesverwaltungsgericht handelt ganz überwiegend als Revisionsgericht, das bestimmte Grundlagen der Rechtseinheit sichern kann. Allerdings sieht das Prozessrecht trotz des in den Regeln durchaus zum Ausdruck kommenden Bedürfnisses nach einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts keine selbstverständliche Möglichkeit der Anrufung des Gerichts auf der Bundesebene vor. Vielmehr ist das Rechtsmittel der Revision von einer Zulassung abhängig, die nur unter engen Voraussetzungen erfolgt. Gerade im Bereich des Verwaltungsrechts enden aber ohnehin viele Verfahren notwendigerweise, da es um die Anwendung von Landesrecht geht, bei dem jeweiligen Obergericht. Hier wird das Bundesverwaltungsgericht nur dann aktiv, wenn und soweit auch ein bundesrechtlicher Aspekt bei der Streitigkeit zum Tragen kommt.

Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz

I. Einleitung

Die schweizerische Verwaltungsrechtspflege konstituiert sich aus verschiedenen verwaltungsinternen und gerichtlichen Instanzen im Bund und in den Kantonen, die in ihrer Gesamtheit und aufeinander abgestimmt den Rechtsschutz im Verwaltungsrecht sicherstellen. Ausdruck einer Regionalisierung im Sinne einer bundesstaatlich motivierten vertikalen Dezentralisation¹ der Verwaltungsjustiz bilden dabei die kantonalen Verwaltungsgerichte.

Der vorliegende Beitrag bietet einen Überblick über die Ausgestaltung und die Funktionsbedingungen der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zunächst wird deren historische Entwicklung seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts skizziert (II.). Sodann werden die kantonalen Regelungsspielräume mit Blick auf die Gerichtsorganisation und die Ausgestaltung des Verfahrens ausgelotet (III.). Daran anschliessend wird die Funktion der kantonalen Verwaltungsgerichte im Gesamtsystem des öffentlichen Prozessrechts beleuchtet (IV.). Schliesslich erfährt die Rolle der belangten Verwaltungsbehörde eine nähere Betrachtung, wobei der Fokus auf deren Stellung im kanto-

1 Der Begriff der vertikalen (politischen) Dezentralisation stammt aus dem Verwaltungsorganisationsrecht und bezeichnet die Aufteilung der Verwaltungsaufgaben auf die verschiedenen Ebenen im Bundesstaat; siehe *Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴ (2014) 36. Ein einheitliches Begriffsverständnis besteht indes nicht. *Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht*⁷ (2016) Rz 1598 ff, sprechen im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung durch selbständige Gebietskörperschaften (Kantone, Gemeinden) von örtlicher und sachlicher Dezentralisation. Mit dem Terminus der vertikalen Dezentralisation lässt sich auch die föderativ und demokratisch motivierte Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Justiz beschreiben. Wie nachfolgend erörtert (siehe IV. A)), entspricht der Zuständigkeitsbereich der kantonalen Verwaltungsgerichte dem Umfang der vertikalen Dezentralisation der Verwaltung, die den Vollzug sowohl von Bundesrecht (sogenannter Vollzugsföderalismus) als auch von kantonalem Recht durch die Kantone umfasst. Zu den Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenzen der Kantone siehe statt vieler *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht*⁹ (2016) Rz 1102 ff; *Jaag, § 12*, in: *Biaggini/Gächter/Kiener (Hg), Staatsrecht*² (2015) Rz 37 ff; *Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht*³ (2016) Rz 681 ff; *Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*⁴ (2016) 206 ff.

nen Verwaltungsprozess und den nachträglichen Korrekturmöglichkeiten liegt (V.).

II. Historische Entwicklung

Nach der Gründung des schweizerischen Bundesstaats im Jahr 1848 stand zunächst die politische Kontrolle der Behörden im Zentrum. Diese wurde mittels Volkswahl der Regierung sowie Initiativ- und Referendumsrechten sichergestellt.² Die Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit stiess damals im Bund ebenso wie in den Kantonen – anders als in anderen europäischen Staaten – noch weitgehend auf Ablehnung. Mit Rechtsprechungsfunktionen im Bereich des Verwaltungsrechts betraut war primär der Regierungsrat als Exekutivspitze. Daneben oblag der Entscheid über bestimmte Streitigkeiten zwischen den Bürgern und dem als Privatrechtssubjekt behandelten Fiskus, in Anknüpfung an die aus Deutschland rezipierte Fiskustheorie, den Zivilgerichten.³

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit vermochte sich in der Schweiz erst im Laufe des 20. Jahrhunderts zu etablieren, wobei in den verschiedenen Kantonen und auf Bundesebene unterschiedliche Entwicklungslinien identifizierbar sind. Die ersten Schritte in die Richtung einer unabhängigen Überprüfung von Verwaltungsentscheiden wurden auf kantonaler Ebene unternommen. Eine Pionierrolle kam dabei dem Kanton Basel-Stadt zu, der bereits 1905 ein Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege erliess. In den meisten Kantonen wurden erst ab Ende der 1950er Jahre Verwaltungsgerichte geschaffen; exemplarisch hinzuweisen ist auf Zürich (1959), Solothurn (1961) und St. Gallen (1965). Als letzte Kantone führten Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden in den Jahren 1993 bzw 1996 die gerichtliche Ver-

2 Eingehend zur Entwicklung der Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen *Herzog*, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Tschannen (Hg), Neue Bundesrechtspflege (2007) 43 ff; *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes³ (2013) Rz 287, 305 ff; *Müller*, Verwaltungsrecht – Eigenheit und Herkunft (2006) 91 f; *Schindler*, Schweiz, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hg), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band II, Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen (2010) Rz 13, 25.

3 Siehe zum Kanton Zürich *Griffel*, Einleitung, in: ders (Hg), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG)³ (2014) Rz 4 f; zum Kanton Bern *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern (1997) Einleitung Rz 3 ff.

waltungskontrolle ein.⁴ Heute bestehen, entsprechend der Anzahl Kantone, 26 kantonale Verwaltungsgerichte.

Die verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsbereiche waren in den Anfängen meist stark limitiert; zudem variierten sie von Kanton zu Kanton.⁵ Seit den 1970er-Jahren erfolgte ein schrittweiser Ausbau, der die ursprünglich bestehenden kantonalen Unterschiede weitgehend nivelliert hat. Als Triebfedern auf überkantonaler Ebene wirkten dabei die Ratifikation der EMRK im Jahr 1974, deren Art 6 auch Auswirkungen auf die Reichweite der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheiden zeitigte,⁶ sowie die 1991 beschlossene Revision des damaligen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG), welche die Kantone verpflichtete, für Streitigkeiten aus dem Vollzug von Bundesrecht richterliche Behörden zu schaffen.⁷ Der letzte Meilenstein betraf die Umsetzung der 2007 in Kraft getretenen Rechtsweggarantie von Art 29a BV,⁸ die jeder (natürlichen oder juristischen) Person⁹ Anspruch auf Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde vermittelt. Dieses Verfahrensgrundrecht gilt für alle Rechtsgebiete und verfügt damit über einen weiteren Anwendungsbereich als Art 6 EMRK. Da die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten, die erstinstanzlich vor kantonalen Behörden ausgetragen werden, in erster Linie den Kantonen selbst obliegen soll,¹⁰ verpflichtet Art 191b Abs 1 BV die Kantone, „für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen“ richterliche Behörden zu bestellen. Damit wurde die bislang vorgenommene Differenzierung nach dem zur Anwendung gelangenden Recht aufgegeben; eine gerichtliche Überprüfung ist somit unabhängig davon, ob die Kantone Bundesrecht oder ihre eigenen Normen anwenden, gefordert. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in

4 Schindler, Schweiz, Rz 25, insb FN 122.

5 Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren Rz 305 ff.

6 Siehe dazu Herzog, Art 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege (1995) 24 ff.

7 Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege sowie die Änderung des Bundesbeschlusses über eine vorübergehende Erhöhung der Zahl der Ersatzrichter und der Urteilsredaktoren des Bundesgerichts vom 18. März 1991, BBl 1991 II 465 ff, 568 (Art 98a). Dazu Errass, Einleitung, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hg), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar² (2011) Rz 148 ff.

8 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

9 Zur Frage, ob sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts auf die Rechtsweggarantie berufen können, siehe Waldmann, Art 29a, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hg), Bundesgerichtsgesetz (2011) Rz 9.

10 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff, 4225 f, 4227.

den Kantonen ist daher heute grundsätzlich umfassend. Ausnahmen von der gerichtlichen Überprüfbarkeit sind nach dem Willen des Bundesgesetzgebers zulässig, soweit Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter wie beispielsweise Begnadigungen zur Diskussion stehen (Art 86 Abs 3 BGG¹¹).

III. Kantonale Kompetenzen zur Regelung von Organisation und Verfahren

Die Kantone verfügen bei der Ausgestaltung des Verwaltungsschutzes sowohl über Organisations- als auch über Verfahrenshoheit. In der Verwaltungsrechtspflege wurde – anders als im Zivil- und Strafprozessrecht (siehe Art 122 Abs 1 und Art 123 Abs 1 BV) – auf eine schweizweite Vereinheitlichung verzichtet. Zwar stellte die Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung bereits 1977 fest, dem Föderalismus erwachse „*durch die unbegründeten Verschiedenheiten der kantonalen Prozess- und Verfahrensgesetze [...] mehr Schaden als Nutzen*“.¹² Dementsprechend sah der Vorentwurf eine Vereinheitlichung des Verwaltungsprozessrechts vor, allerdings beschränkt auf die Anwendung von materiellem Recht des Bundes.¹³ In seiner Botschaft zur jüngsten Totalrevision sprach sich der Bundesrat demgegenüber sowohl gegen die Einführung einer Bundeskompetenz zur Regelung der kantonalen Verwaltungsrechtspflege an sich als auch gegen eine solche zur Regelung des Verfahrens bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht durch die Kantone aus. Hauptargumente bildeten die verglichen mit dem Zivil- und Strafprozess geringeren Unterschiede zwischen den kantonalen Verwaltungsrechtspflegeordnungen, die aus der materiellen Gesetzgebungskompetenz des Bundes fließenden Einwirkungsmöglichkeiten sowie die bereits bestehenden bundesrechtlichen Einflussnahmen auf das kantonale Prozessrecht.¹⁴

11 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

12 Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht (1977) 103.

13 Siehe Art 40 Abs 3, abgedruckt im Bericht über die Totalrevision der Bundesverfassung (Motionen Obrecht und Dürrenmatt) vom 6. November 1985, BBl 1985 III 1 (161 ff).

14 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1999, BBl 1997 I 1, 517 f.

Die Zulässigkeit bundesrechtlicher Vorgaben, die den kantonalen Regelungsspielraum limitieren, hängt davon ab, ob Streitigkeiten aus der Anwendung von kantonalem Verwaltungsrecht oder von Verwaltungsrecht des Bundes zu beurteilen sind. In der erstgenannten Konstellation verfügen die Kantone über Organisations- und Verfahrensautonomie, deren Beschränkung eine Grundlage in der Verfassung bedingt. Bei der Anwendung von materiellem Bundesrecht ist der Bund demgegenüber zur Etablierung verfahrens- und organisationsrechtlicher Vorgaben befugt, wenn dies „für die Sicherstellung einer richtigen und rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone notwendig und verhältnismässig ist“.¹⁵

Kantonale Vielfalt besteht zunächst in organisatorischer Hinsicht. Die in Art 86 Abs 2 BGG statuierte Pflicht, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte einzusetzen, belässt den Kantonen einen grossen Spielraum bei der Ausgestaltung des innerkantonalen Instanzenzugs. Zur Disposition stehen verschiedene Möglichkeiten:¹⁶ Diese reichen vom häufigsten Modell des doppelten Instanzenzugs mit Vorschaltung eines verwaltungsinternen Verfahrens¹⁷ über die Einsetzung von zwei Gerichtsinstanzen (insbesondere im Bau- und im öffentlichen Personalrecht) bis hin zur gänzlichen oder sachgebietsbezogenen Abschaffung des verwaltungsinternen Rechtsschutzes. Gestaltungsfreiheit besteht auch in Bezug auf die Einbettung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die kantonale Justizorganisation.¹⁸ Während einzelne Kantone ihre Verwaltungsgerichte gemeinsam mit der Zivil- und der Strafgerichtsbarkeit unter dem gemeinsamen Dach des Ober-, des Kantons- oder des Appellationsgerichts platzieren und die Richter teilweise in verschiedenen Rechtsgebieten tätig sind, verzichten andere auf eine solche organisatorische Verbindung. Kantonal unterschiedlich präsentieren sich auch die gerichtsinterne Struktur und die Arbeitsverteilung. So kennen nicht alle Verwaltungsgerichte eine Aufteilung in Kammern oder Abteilungen. Differenzen bestehen sodann in Bezug auf die Zusammensetzung des Spruchkörpers (Ent-

15 BGE 128 I 254 E 3.8.2. Zum Ganzen statt vieler *Kölz/Häner/Bertschi*, *Verwaltungsverfahren* Rz 106; *Thurnherr*, *Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung*, BJM 2013, 217 (219 ff.).

16 Siehe dazu auch *Marti*, *Aktueller Stand und neue Fragen in der Verwaltungsrechtspflege*, ZBl 2009, 405 (409); *Lienhard/Kettiger*, *Geschäftslastbewirtschaftung bei Gerichten: Methodik, Erfahrungen und Ergebnisse einer Studie bei den kantonalen Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichten*, ZBl 2009, 413 (424 ff.); *Thurnherr*, BJM 2013, 230 ff.

17 Siehe *Bolz*, *Die verwaltungsinterne Rechtspflege – Bedeutung und Funktion im heutigen Umfeld*, in: *Aargauischer Anwaltsverband (Hg), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband* (2005) 83 ff.

18 Dazu *Lienhard/Kettiger*, ZBl 2009, 425 ff.

scheidfindungskompetenz von Einzelrichtern bzw Dreier- oder Fünfergerichten). Schliesslich werden auch divergierende Anforderungen an den fachlichen Hintergrund der Richter gestellt: Während in den meisten Kantonen eine juristische Ausbildung gefordert wird, amten in einzelnen, vor allem kleineren Kantonen auch Laien als Verwaltungsrichter.

Der kantonale Spielraum bei der Regelung des Verwaltungsprozessrechts wurde in der Vergangenheit zunehmend beschränkt.¹⁹ Grosser Einfluss auf die Verfahrensgestaltung in den Kantonen geht von den Verfahrensgrundrechten der Bundesverfassung aus, die dem Individuum sowohl Rechte im als auch auf ein Verfahren und bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde einräumen (Art 29 ff BV). Vereinheitlichende Folgen zeitigen sodann die in Art 110-112 BGG statuierten bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die Beschwerdegründe, die Kognition und die Beschwerdebefugnis im Verfahren vor den kantonalen Vorinstanzen: Aufgrund von Art 110 BGG, welcher der Umsetzung der Rechtsweggarantie dient, müssen die Kantone dort, wo sie nach dem BGG als letzte Instanz ein Gericht einzusetzen haben, gewährleisten, dass dieses oder eine vorgängig zuständige Behörde den Sachverhalt frei prüft und das einschlägige Recht von Amtes wegen anwendet. Art 111 BGG verfolgt unter dem Titel der „Einheit des Verfahrens“ das Ziel eines möglichst nahtlosen Anschlusses der Bundesrechtspflege an das kantonale Verfahren. In Abs 1 werden die Kantone zur Übernahme der Konzeption der Beschwerdebefugnis von Art 89 BGG verpflichtet. Gemäss Abs 2 haben beschwerdelegitimierte Bundesbehörden das Recht, auch die Rechtsmittel des kantonalen Rechts zu ergreifen und sich vor jeder Instanz am Verfahren zu beteiligen. Abs 3 erstreckt die Prüfungsbefugnis der unmittelbaren Vorinstanzen des Bundesgerichts auf mindestens die Rügen nach Art 95-98 BGG. Auch Art 112 BGG zur Eröffnung der Entscheide dient der Einheit des kantonalen und des bundesgerichtlichen Verfahrens bzw der Gewährleistung des nahtlosen Anschlusses der Bundesrechtspflege an das kantonale Verfahren.²⁰ Konsequenz bildet eine weitgehende Angleichung der kantonalen Ver-

19 Eingehend dazu *Thurnherr*, Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, BVR 2015, 74 (80 ff).

20 Die Mindestanforderungen des BGG sind nicht auf den Anwendungsbereich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beschränkt. Auch dort, wo auf Bundesebene die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen steht, sind aufgrund von Art 114 und Art 117 BGG richterliche Vorinstanzen einzusetzen, für deren Verfahren Art 110-112 BGG sinngemäss gelten.

fahren in den erwähnten Punkten.²¹ Darüber hinaus finden sich in Spezialgesetzen des Bundes zahlreiche unterschiedlich detaillierte Vorschriften, welche den Kantonen beim Vollzug der betreffenden bundesrechtlichen Materien Vorgaben hinsichtlich der zur Anwendung kommenden Organe und Verfahren machen. Dies gilt etwa für das Steuer-²², das Sozialversicherungs-²³ und das Raumplanungsrecht²⁴.

Betrachtet man die Reichweite des sogenannten gemeineidgenössischen Verwaltungsprozessrechts²⁵, fällt auf, dass mit der Legitimation, der Kognition und den Parteirechten primär für jene Aspekte Mindestvorgaben bestehen, die eine Scharnierfunktion zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht erfüllen. Diese sind für die ordnungsgemässe Um- und Durchsetzung des materiellen Rechts von zentraler Bedeutung. Demgegenüber kennzeichnet sich das kantonale Verwaltungsprozessrecht in den eher technischen Verästelungen durch eine grosse Vielfalt. Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Anforderungen an die Beschwerdebegründung, das Beweisrecht, die Kosten- und Entschädigungsfolgen, die Wirkungen kantonalen Rechtsmittel, die Bindung an die Parteibeghären oder die Rechtsmittelfristen.²⁶ Dieser Umstand erschwert den Rechtssuchenden und ihren Vertretern die Orientierung, zumal in verschiedenen Erlassen des besonderen Verwaltungsrechts punktuelle Abweichungen vom Standardverfahren statuiert werden, was letztlich zu einer erheblichen Rechtszersplitterung führt. Dazu kommt, dass die kantonalen Verwaltungsprozessgesetze teilweise lückenhaft sind und sich daher Anleihen bei anderen Erlassen aufdrängen. Gewisse Kantone fordern in diesem Kontext explizit die analoge Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen, während sich andere nicht zur Referenzordnung bei der Lücken-

21 Siehe auch *Ehrenzeller*, Art 110, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hg), Bundesgerichtsgesetz (2011) Rz 8; *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser*, Öffentliches Prozessrecht³ (2013) Rz 1912.

22 Art 104-122 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11) statuieren detaillierte Vorgaben an die Organisation und das Verfahren beim Vollzug des DBG durch die Kantone.

23 Gemäss Art 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) haben die Kantone ein kantonales Versicherungsgericht als einzige Instanz zu bestellen. Das Verfahren bestimmt sich gemäss Art 61 ATSG unter Vorbehalt von Art 1 Abs 3 VwVG nach kantonalem Recht, wobei aber die Anforderungen nach lit a-i zu beachten sind.

24 Art 25a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) verpflichtet die Kantone zur koordinierten Entscheidungsfindung und Art 33 Abs 3 lit b RPG verlangt eine Angemessenheitskontrolle bei Verfügungen und Nutzungsplänen.

25 Zu diesem Begriff statt vieler *Ehrenzeller*, Art 110 Rz 6.

26 Ausführlich dazu *Thurnherr*, BJM 2013, 236 ff.

fällung äussern und damit Raum für die analoge Anwendung des Verwaltungsprozessrechts des Bundes lassen.²⁷

Die Auseinandersetzung mit der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt vor diesem Hintergrund immer auch Binnenrechtsvergleichung dar – *nota bene* von 26 Prozessordnungen, die in drei Sprachen verfasst sind. Diese ist mit der Herausforderung konfrontiert, dass der wissenschaftliche Durchdringungsgrad je nach Kanton variiert. Erschwerend kommt hinzu, dass vor allem kleinere Verwaltungsgerichte ihre Urteile teilweise nicht oder nur punktuell publizieren.

IV. Bedeutung der kantonalen Verwaltungsgerichte im System der Verwaltungsrechtspflege

A) Zuständigkeitsbereich und Funktionen

Die kantonalen Verwaltungsgerichte sind zuständig für die Beurteilung von Streitigkeiten aus der Anwendung von Verwaltungsrecht durch kantonale (und kommunale bzw überkommunale) Behörden und vorgelagerte Rechtsmittelinstanzen. Nicht von Belang ist dabei, ob Bundesrecht oder kantonales (bzw kommunales) Recht Entscheidungsgrundlage bildet. Der Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit ist vielmehr ein organisationsrechtlicher; ausschlaggebend ist letztlich der Grad vertikaler Dezentralisation, dh der Umfang kantonaler Kompetenzen zur Setzung und – daraus abgeleitet – Anwendung von eigenem materiellem Recht bzw zur Anwendung von Bundesrecht.²⁸

Abzugrenzen ist die Zuständigkeit der kantonalen Verwaltungsgerichte von derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts mit Sitz in St. Gallen. Den kantonalen Verwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht ist gemeinsam, dass sie in der Regel als erste richterliche und dem Bundesgericht vorgelagerte Instanzen über verwaltungsrechtliche Streitigkeiten entscheiden und – Ausnahmen vorbehalten²⁹ – die Anforderungen der Rechtsweggarantie von Art 29a BV

27 Siehe dazu *Thurnherr*, Die Rezeption der ZPO im Verwaltungsprozess. Reichweite und Grenzen der Anwendung zivilprozessualer Bestimmungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm (2016) 673 ff.

28 Siehe dazu auch oben I., insb FN 1.

29 Gemäss Art 110 BGG kann auch eine dem kantonalen Verwaltungsgericht vorgelagerte richterliche Behörde mit der von der Rechtsweggarantie geforderten freien Sachverhaltsprüfung und der Rechtsanwendung von Amtes wegen betraut werden.

erfüllen. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt dabei als Rechtsmittelinstanz Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden (Art 31 VGG³⁰ iVm Art 5 und Art 1 Abs 2 VwVG³¹), wobei der Begriff der Bundesverwaltungsbehörden die gesamte funktionale Bundesverwaltung erfasst. Nicht darunter subsumiert werden kantonale Behörden, die mit der Umsetzung und dem Vollzug von Bundesrecht betraut sind.³² Abgrenzungsschwierigkeiten zum Rechtsschutz auf kantonalter Ebene treten aufgrund dieses organisationsrechtlichen Anknüpfungskriteriums kaum auf.

Dem Verwaltungsrechtsschutz ist die Erfüllung einer Aufgabentrias aufgetragen: Diese umfasst die effektive und effiziente Verwirklichung des materiellen Rechts, die Streitschlichtung sowie den individuellen Rechtsschutz.³³ Die Ausrichtung auf den Individualrechtsschutz manifestiert sich darin, dass die Legitimation zur Ergreifung eines Rechtsmittels in der Regel ein schutzwürdiges (rechtliches oder tatsächliches) Interesse sowie eine besondere Betroffenheit voraussetzt.³⁴ Den Behörden kommt demgegenüber (neben den Fällen, in denen sie wie eine Privatperson betroffenen sind) lediglich bei Betroffenheit in hoheitlichen Befugnissen, zwecks Geltendmachung von Autonomieverletzungen sowie punktuell zur Durchsetzung des einschlägigen Rechts, die Beschwerdeberechtigung zu.³⁵

Die spezifische Rolle der kantonalen Verwaltungsgerichte als gemeinhin erste gerichtliche Rechtsmittelinstanz, welche überdies die Anforderungen der Rechtsweggarantie erfüllt, widerspiegelt sich auch in ihrer Überprüfungsbefugnis: Während im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren regelmässig auch die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids überprüft werden kann, obliegt den kanto-

30 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

31 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

32 BGE 111 Ib 201 E 3a; *Mayhall*, Art 1, in: Waldmann/Weissenberger (Hg), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*² (2016) Rz 41; *Saladin*, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes* (1979) Rz 9.25.

33 Statt vieler *Kiener/Rütsche/Kuhn*, *Öffentliches Verfahrensrecht*² (2015) Rz 21 ff.

34 Von Bundesrechts wegen sind die Kantone verpflichtet, die Beschwerdeberechtigung vor den kantonalen Vorinstanzen mindestens im Umfang derjenigen vor dem Bundesgericht zu gewährleisten (Art 111 Abs 1 und Art 117 BGG). Die Beschwerdelegitimation auf kantonalter Ebene entspricht daher weitgehend Art 89 Abs 1 BGG.

35 Siehe zB § 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich; § 79 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern. Dazu auch unten V.B).

nen Verwaltungsgerichten grundsätzlich (nur) dessen Überprüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.³⁶

Die Reichweite der Entscheidungsbefugnis der kantonalen Verwaltungsgerichte richtet sich nach kantonalem Recht. In der Regel können sie reformatorisch entscheiden und selbst einen neuen Endentscheid treffen,³⁷ wobei sie über einen weiten Spielraum beim Entscheid für oder gegen eine Rückweisung verfügen. Aus prozessökonomischen Gründen wird in der Regel reformatorisch entschieden, wenn sich der Ermittlungsaufwand in Grenzen hält, kein zusätzliches Fachwissen gefordert ist und in der Beurteilung der Angelegenheit kein beträchtlicher Ermessensspielraum besteht.³⁸ Die Kantone halten sich teilweise allerdings zurück, selbst rechtsgestaltende Anordnungen zu treffen und etwa eine Baubewilligung zu erteilen, da dabei funktional nicht nur Recht gesprochen, sondern zugleich eine Verwaltungstätigkeit ausgeführt wird.³⁹

Auch die Wirkung der kantonalen Rechtsmittel richtet sich nach kantonalem Recht. In der Regel verfügen die Rechtsmittel an die kantonalen Verwaltungsgerichte über aufschiebende Wirkung, die im Einzelfall unter der Voraussetzung eines überwiegenden Interesses am sofortigen Vollzug entzogen werden kann.⁴⁰ Hat das kantonale Verwaltungsgericht entschieden, kann die angeordnete Rechtsfolge verwirklicht werden bzw wird der Entscheid vollstreckbar, da die Beschwerde an das Bundesgericht im Grundsatz keine aufschiebende Wirkung hat (Art 103 Abs 1 BGG). Der Instruktionsrichter am Bundesgericht kann allerdings eine abweichende Anordnung treffen (Art 103 Abs 3 BGG).

36 Anderes gilt, wenn dem kantonalen Verwaltungsgericht eine gerichtliche Instanz vorgelagert ist, welche diese Aufgabe erfüllt (siehe Art 110 BGG).

37 Siehe zB § 63 Abs 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich; Art 84 Abs 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern. Die Kompetenz, reformatorische Entscheide zu treffen, steht im Übrigen auch dem Bundesgericht zu (Art 107 Abs 2 BGG).

38 Siehe für den Kanton Bern *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar, Art 84 Rz 4.

39 Dies gilt zB für das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich; siehe dazu *Donatsch*, § 63, in: *Griffel* (Hg), Kommentar VRG (2014) Rz 17, 20.

40 Siehe zB § 55 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich; Art 82 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern.

B) Rechtsschutz gegen kantonale Urteile

1. Anfechtung beim Bundesgericht

Die Urteile der kantonalen Verwaltungsgerichte können mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art 82 ff BGG) weitergezogen werden, sofern die einschlägigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Der Kreis der Beschwerdegründe ist vor dem Bundesgericht enger gezogen als im Verfahren vor den kantonalen Vorinstanzen: Beanstandet werden kann primär die Verletzung von Bundesrecht, von Völkerrecht sowie von kantonalen verfassungsmässigen Rechten (Art 95 lit a-c BGG). Da im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung ein Willkürverbot verankert ist (siehe Art 9 BV), lässt sich zwar auch die willkürliche Setzung oder Anwendung von kantonalem Recht rügen. Die Gutheissung von Willkür rügen bedingt allerdings einen hohen Grad an Fehlerhaftigkeit.⁴¹

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nicht gegen sämtliche Entscheide kantonalen Verwaltungsgerichte zulässig.⁴² Art 83 BGG statuiert einen ausführlichen, nach Sachbereichen gegliederten Ausnahmekatalog, der primär der Entlastung des Bundesgerichts dienen soll. Einzelne Ausschlüsse werden zudem unter Hinweis auf den mit der betreffenden Materie verbundenen Ermessensspielraum, die Technizität des Sachbereichs oder das Bedürfnis nach Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigt.⁴³ Nur ein einstufiger gerichtlicher Rechtsschutz besteht beispielsweise bei Entscheiden über die ordentliche Einbürgerung (Art 83 lit b BGG), bei verschiedenen ausländerrechtlichen Anordnungen (Art 83 lit c BGG) oder bei Entscheiden über Subventionen, auf die kein Anspruch besteht (Art 83 lit k BGG).

Soweit Entscheide kantonalen Vorinstanzen vom Ausnahmekatalog erfasst werden, kann allerdings mittels subsidiärer Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht die Verletzung verfassungsmässiger

41 Zu den Fallgruppen des Willkürverbots statt vieler *Uhlmann*, Das Willkürverbot (Art 9 BV) (2005) Rz 11 ff; *Tschentscher*, Art 9, in: *Waldmann/Belser/Epiney* (Hg), Bundesverfassung (2016) Rz 7 ff.

42 Der Ausnahmekatalog erstreckt sich nicht nur auf kantonale Vorentscheide, sondern auch auf solche des Bundesverwaltungsgerichts.

43 Siehe dazu *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren Rz 1411; *Häberli*, Art 83, in: *Niggli/Uebersax/Wiprächtiger* (Hg), Bundesgerichtsgesetz (2011) Rz 6 ff.

Rechte gerügt werden (siehe Art 113 ff BGG).⁴⁴ Dieses Auffangrechtsmittel, das einen engeren Kreis von Beschwerdegründen als die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässt und erhöhte Anforderungen an die Legitimation stellt (gefordert wird ein rechtlich geschütztes und nicht bloss ein tatsächliches Interesse), gewährleistet eine einheitliche Grundrechtsrechtsprechung auf dem gesamten Gebiet der Schweiz.⁴⁵ Gleichzeitig wird dem Bundesgericht ermöglicht, in sämtlichen kantonalen Angelegenheiten für den Schutz der Menschenrechte zu sorgen, bevor der Weg an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg beschritten wird.

2. Aktuelle Reformdiskussionen

Die Frage, bei welchen kantonalen Entscheiden sinnvollerweise eine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht und damit ein zweistufiger gerichtlicher Instanzenzug etabliert werden soll, bildet derzeit – nur knapp zehn Jahre nach In-Kraft-Treten des heutigen Rechtsmittelsystems – wieder Anlass zu kontroversen Diskussionen. Der Bundesrat hat im November 2015 einen Vernehmlassungsentwurf zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) veröffentlicht.⁴⁶ Darin werden Massnahmen skizziert, die das Bundesgericht von weniger bedeutenden Fällen entlasten und gleichzeitig bestehende Rechtsschutzlücken schliessen sollen. Vorgeschlagen werden unter anderem ein umfassenderer Ausnahmekatalog und höhere Streitwertgrenzen bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Weiter soll auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde verzichtet werden und dafür die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten immer dann zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder wenn aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.⁴⁷

Das geltende Recht kennt die Gegen Ausnahme der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in drei Konstellationen: für Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen (Art 83 lit f Z 2 BGG), für bestimmte Entscheide über die Stundung und den Erlass von Abgaben

44 Zur – durchaus aussergewöhnlichen – Entstehungsgeschichte dieses Rechtsmittels *Misic*, Verfassungsbeschwerde, Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art 113-119 BGG) (2011) 13 ff.

45 *Biaggini*, Art 113, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hg), Bundesgerichtsgesetz (2011) Rz 8.

46 Einsehbar unter <admin.ch>.

47 Art 83 Abs 2 des Vernehmlassungsentwurfs zum BGG.

(Art 83 lit m BGG) sowie für vermögensrechtliche Angelegenheiten, deren Streitwert den massgebenden Betrag nicht erreicht (Art 85 Abs 2 BGG). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dann vor, wenn Interesse an einer höchstrichterlichen wegleitenden Entscheidung besteht, beispielsweise weil sich eine neue Rechtsfrage stellt, die von den unteren Instanzen in zahlreichen Fällen zu beantworten ist, weil die kantonalen Vorinstanzen eine divergierende Praxis verfolgen oder weil die Lehre in einer bestimmten Frage anhaltende Kritik äussert.⁴⁸ Unerheblich ist demgegenüber, welche Bedeutung der Entscheid für die involvierten Parteien hat.⁴⁹

Ein Vorbehalt für besonders bedeutende Fälle wird im Zusammenhang mit den bereits erwähnten Entscheiden über die Stundung und den Erlass von Abgaben (Art 83 lit m BGG) sowie der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Art 84 BGG) und der internationalen Amtshilfe in Steuersachen (Art 84a Abs 2 BGG) statuiert. Dieses Kriterium liegt nach Art 84 Abs 2 BGG „insbesondere vor, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass elementare Verfahrensgrundsätze verletzt“ worden sind „oder das Verfahren im Ausland schwere Mängel“ aufweist. Die nicht abschliessende Erörterung erlaubt die Berücksichtigung weiterer Konstellationen. In der Literatur wird in diesem Kontext etwa auf die besondere völkerrechtliche oder politische Brisanz, die grosse Bedeutung für den Beschwerdeführer, das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder die Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch die Vorinstanz hingewiesen.⁵⁰ Anders als die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung lässt der umfassendere Begriff des besonders bedeutsamen Falls somit Raum für eine Berücksichtigung der subjektiven Tragweite eines Entscheids. Das Bundesgericht hat beide Gegenausnahmen bisher restriktiv gehandhabt und hierauf gestützte Beschwerden nur ausnahmsweise zugelassen.⁵¹

Der Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zum Vernehmlassungsentwurf deutet an, dass der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nach der bisherigen Rechtspre-

48 Statt vieler BGE 140 I 28 E 1.1.2; 139 II 340 E 4, beide mit weiteren Hinweisen.

49 Siehe *Rudin*, Art 85, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hg), Bundesgerichtsgesetz (2011) Rz 30 mit weiteren Hinweisen.

50 *Seiler*, Art 84, in: ders/von Werdt/Güngerich/Oberholzer (Hg), Bundesgerichtsgesetz² (2015) Rz 14.

51 Siehe zB BGE 139 II 340 E 4; 138 I 143 E 1.1.2, je mit weiteren Hinweisen.

chung auszulegen ist.⁵² Ausführlicher äussert er sich zur Tragweite des besonders bedeutenden Falls. Für die Annahme eines solchen müsse „das Interesse an einer höchstrichterlichen Entscheidung eine ähnliche Intensität [wie die Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung; Anm der Verfasserin] aufweisen. Dies könnte beispielsweise zutreffen, wenn ein Entscheid direkt oder indirekt viele Personen betrifft, wenn er erhebliche Folgen für die Aufgabenerfüllung eines Gemeinwesens hat oder wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die Vorinstanz wichtige Rechtsnormen verletzt hat“⁵³.

Die offene Umschreibung der Zulässigkeitsvoraussetzungen deutet in die Richtung eines „verkappte[n] diskretionäre[n] Annahmeverfahren[s]“⁵⁴. Da sich ein Annahmeverfahren anlässlich der letzten Revisionen als nicht mehrheitsfähig erwies, dürfte sich auch gegen diesen Vorschlag Widerstand regen. Überdies ist – wenngleich gewisse, vorliegend nicht weiter erörterte Reformvorschläge durchaus unterstützungswürdig sind – fraglich, ob die Ersetzung der subsidiären Verfassungsbeschwerde durch eine grosszügigere Gegenausnahme bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Ziele der Reform tatsächlich zu erreichen vermag. Bezweckt wird unter anderem die „wirksame und nachhaltige Entlastung des Bundesgerichts und damit [die] Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit“⁵⁵. Mit Blick auf die Normenhierarchie bestehen gute Gründe, verfassungsmässige Rechte generell als wichtige Rechtsnormen zu betrachten, deren mutmassliche Verletzung die Annahme eines besonders bedeutsamen Falls rechtfertigt. Eine derartige Interpretation des Begriffs des besonders bedeutenden Falls drängt sich überdies auf, wenn an der Funktion des Bundesgerichts als im Bereich kantonalen Handelns umfassend zuständiges Verfassungsgericht festgehalten werden soll.⁵⁶ Sie würde den intendierten Entlastungseffekt allerdings deutlich relativieren, hätte sie doch lediglich zur Folge, dass die Frage nach den Anzeichen für eine Grundrechtsverletzung in das Stadium der Eintretensprüfung vorverlagert würde. Nicht ausser Acht gelassen werden darf

52 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, 5.

53 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, 6.

54 Zimmerli, Bundesrat offeriert Mogelpackung, NZZ vom 4. Dezember 2015.

55 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ, Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, 3.

56 Zu dieser Aufgabe des Bundesgerichts statt vieler Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundesstaatsrecht Rz 2023.

im Übrigen die Wirkung eines Nichteintretensentscheids auf die Rechtsunterworfenen. Wenngleich darin vergleichbare Fragen wie in einem negativen Sachentscheid erörtert werden, kann beim Beschwerdeführer der Eindruck entstehen, er würde mit seinem Anliegen nicht gehört.⁵⁷

V. Rolle der belangten Verwaltungsbehörde

Die Rolle der belangten Verwaltungsbehörde, dh jener Behörde, die den strittigen Verwaltungsakt erlassen hat, ist im Kontext der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit in zweifacher Hinsicht von Interesse: erstens mit Blick auf ihre Stellung im Prozess vor dem kantonalen Verwaltungsgericht und zweitens hinsichtlich allfälliger nachträglicher Korrekturmöglichkeiten im Anschluss an den vom Verwaltungsgericht gefällten Entscheid.

A) Stellung im kantonalen Verwaltungsprozess

Nimmt die verfügende Behörde am kantonalen Verwaltungsprozess teil, ist sie in den meisten Fällen auf die Stellung der Gegenpartei und damit auf eine passive Rolle beschränkt.⁵⁸ Grund dafür bildet, dass sie nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert ist. Wie auf Bundesebene dient der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz auch in den Kantonen in erster Linie dem Individualrechtsschutz.⁵⁹ Da die Kantone verpflichtet sind, die Beschwerdeberechtigung mindestens im Umfang derjenigen bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vorzusehen (Art 111 Abs 1 BGG), besteht ein Behördenbeschwerderecht primär bei mit einer Privatperson vergleichbarer Betroffenheit, zwecks Geltendmachung von Autonomieverletzungen, bei Betroffenheit in hoheitlichen Befugnissen oder bei spezialgesetzlicher Normierung.⁶⁰ Die Urheberin der Verfügung kann sich daher nur in

57 Zur Akzeptanz als „Schlüsselfaktor“ für Legitimation durch Verfahren statt vieler Müller, *Psychologie im öffentlichen Verfahren, Eine Annäherung* (2010) 16 ff.

58 Häner, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess* (2000) Rz 281.

59 Zu den Funktionen der Verwaltungsrechtspflege siehe oben IV.A).

60 Siehe oben IV.A) Eingehend zur Legitimation des verfügenden Gemeinwesens im Verfahren vor dem Bundesgericht unten V.B).

bestimmten Fällen gegen einen Rechtsmittelentscheid der dem Verwaltungsgericht vorgelagerten Rechtsmittelinstanz zur Wehr setzen.

Da die Parteifähigkeit an die Rechtsfähigkeit anknüpft, verfügen die einzelnen Amtsstellen – anders als die juristischen Personen des öffentlichen Rechts – nicht über Parteistellung im technischen Sinn.⁶¹ Sie haben im Prozess aber eine ähnliche Stellung wie die Parteien⁶² und können weitgehend dieselben Rechte wie diese ausüben. So steht ihnen beispielsweise das aus Art 29 Abs 2 BV abgeleitete und in den Prozessgesetzen konkretisierte Recht zu, Anträge zu stellen, Einsicht in die Akten zu nehmen und sich zur Rechtsmitteleingabe bzw zum Beweisergebnis zu äussern.

Vor diesem Hintergrund kommt der verfügenden Behörde im Verwaltungsprozess eine Doppelrolle zu: Zum einen ist sie als Organ der Rechtsanwendung zur Objektivität verpflichtet, zum anderen übernimmt sie als Subjekt des geregelten Rechtsverhältnisses vor dem kantonalen Verwaltungsgericht die Rolle einer Gegenpartei.⁶³ Als solche wird sie von der Funktion der objektiven Rechtsanwendung entbunden und auf diejenige zur Vertretung des öffentlichen Interesses verwiesen. Dabei muss sie sich in der Regel aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Sie kann nicht über das in der Verfügung Festgelegte, das der objektiven Rechtsanwendung entsprechen soll, hinausgehen.⁶⁴ Wenn Dritte gegen einen den Adressaten begünstigenden Verwaltungsakt Beschwerde führen, deckt sich die Position der verfügenden Behörde mit derjenigen des Verfügungsadressaten. In dieser Konstellation unterstützt sie daher mittelbar die Interessen des Verfügungsadressaten.

Die Urheberin der angefochtenen Verfügung ist allerdings nicht immer zur Vertretung der öffentlichen Interessen vor dem kantonalen Verwaltungsgericht befugt. Ihre Rolle ist nämlich gegenüber derjenigen von zwei weiteren Akteuren abzugrenzen: Erstens von der dem Verwaltungsgericht vorgelagerten (in der Regel verwaltungsinternen) Rechtsmittelinstanz und zweitens von dem Gemeinwesen, in dessen Vertretung die Verwaltungsbehörde agiert.

61 Siehe *Kölz/Häner/Bertschi*, *Verwaltungsverfahren* Rz 444; *Häner*, *Verwaltungsverfahren* Rz 492 ff.

62 Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zB attestiert der verfügenden Behörde eine „*mindestens parteiähnliche*“ Stellung (Urteil VB.2009.00553 E 1.3 vom 22. Oktober 2009).

63 Von der Parteiorole zu unterscheiden ist die Parteieigenschaft, die ihr nach dem Vorstehenden nicht zukommt. Siehe dazu *Bertschi*, *Vorbemerkungen zu §§ 21-21a*, in: *Griffel (Hg)*, *Kommentar VRG* (2014) Rz 18.

64 *Häner*, *Verwaltungsverfahren* Rz 281.

Bezüglich der Rollenverteilung zwischen der verfügenden Verwaltungsbehörde und der verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanz haben die schweizerischen Kantone unterschiedliche Lösungen getroffen.⁶⁵ Gilt das Hierarchieprinzip und besteht ein Weisungsrecht der verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanz, tritt in manchen Kantonen Letztere vor Gericht als Gegenpartei auf. Die Befugnis, die Anliegen des Verwaltungsverbands zu vertreten, geht dabei von der verfügenden Verwaltungsbehörde auf die verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanz über. Davon zu unterscheiden sind Konstellationen, in denen kein hierarchisches Verhältnis bzw keine Weisungsgebundenheit besteht, die verfügende Behörde und die Rechtsmittelinstanz nicht demselben Verwaltungsverband angehören oder die verfügende Behörde selbst rechtsmittelbefugt ist. In diesen Fällen kann sie vor dem kantonalen Verwaltungsgericht neben der Vorinstanz selbständig als Vertreterin ihres Verwaltungsverbandes auftreten.⁶⁶ Andere Kantone weisen die Rolle der Beschwerdegegnerin demgegenüber stets der verfügenden Behörde zu, wenn ihre Anordnung verwaltungsintern bestätigt worden ist. Wurde die Verfügung demgegenüber aufgehoben, wird die verfügende Behörde lediglich beigezogen.⁶⁷ Eine weitere, in der kantonalen Verwaltungsrechtspflege anzutreffende Lösung sieht vor, sämtliche am vorinstanzlichen Entscheid unmittelbar Beteiligten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht beizuladen und sie mit den Rechten sowie Pflichten einer Partei auszustatten.⁶⁸

Die Frage, wem vor dem kantonalen Verwaltungsgericht die Rolle der Gegenpartei zukommen soll, ist erst in Ansätzen wissenschaftlich reflektiert worden. Aufschlussreich ist dabei eine Verknüpfung des kantonalen Verwaltungsprozessrechts mit verwaltungsorganisatorischen Erkenntnissen. Die Fähigkeit zur effektiven Vertretung des öffentlichen Interesses in einem Streitfall hängt nämlich massgeblich von der Intensität der Involvierung im Prozess der Rechtsanwendung ab. Je nach verwaltungsinternem Führungsmodell bzw Entscheidungsspielraum der verfügenden Behörde ist die automatische Ablösung der Parteistellung der unteren Behörde durch die vorgesetzte Rechtsmittelbehörde daher nicht gerechtfertigt. Noch kaum ausgelotet ist auch die Situation ausgelagerter Verwaltungsträger (beispielsweise öffent-

65 Siehe dazu Häner, *Verwaltungsverfahren* Rz 282 f.

66 Häner, *Verwaltungsverfahren* Rz 283.

67 Dies ist beispielsweise im Kanton Zürich der Fall. Siehe Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil VB.2011.00808 E 2 vom 19. April 2012; dazu auch Bertschi, *Vorbemerkungen* Rz 18.

68 Siehe §§ 14 f des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt vom 14. Juni 1928.

lich-rechtlicher Anstalten), bei denen das oberste strategische Organ als erste (verwaltungsinterne) Rechtsmittelinstanz agiert. Hier wären auch Erkenntnisse der Public Corporate Governance, insbesondere zur Rollenverteilung zwischen dem strategischen und dem operativen Führungsorgan, einzubeziehen, wenn über die adäquate Vertretung des öffentlichen Interesses vor dem kantonalen Verwaltungsgericht zu befinden ist.

Abzugrenzen ist die Rolle der belangten Verwaltungsbehörde so- dann von derjenigen des Gemeinwesens, in dessen Vertretung sie agiert. Das Gemeinwesen als solches wird primär dann in den Prozess einbezogen, wenn ihm im laufenden Verfahren oder vor Bundes- gericht die Rechtsmittelbefugnis zusteht. Grund dafür bildet, dass die Legitimation aufgrund des Rechts auf vorgängige Äusserung und An- hörung, das dem Gemeinwesen in einem solchen Fall wie einem Privaten zusteht, auf das vorinstanzliche Verfahren zurückwirkt.⁶⁹

B) Nachträgliche Korrekturmöglichkeiten

Hat ein kantonales Verwaltungsgericht einen Entscheid gefällt, stellt sich die Frage, über welche – in einem weiten Sinne verstandenen – nachträglichen Korrekturmöglichkeiten die belangte Behörde verfügt. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den Anfechtungsmöglichkeiten, der Kompetenz zur Neuregelung des strittigen Verwaltungsrechts- verhältnisses infolge nachträglicher Fehlerhaftigkeit und der Nichtbe- achtung infolge Nichtigkeit.

1. Beschwerde an das Bundesgericht

Ob die verfügende Behörde den Entscheid eines kantonalen Ver- waltungsgerichts mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegen- heiten an das Bundesgericht weiterziehen kann, hängt davon ab, ob sie dazu legitimiert ist. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Ange- legenheiten an das Bundesgericht dient – wie ausgeführt – primär dem Individualrechtsschutz; die Legitimationsvoraussetzungen sind daher „auf Privatpersonen zugeschnitten, welche durch die umstrittene An- ordnung in eigenen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt wer- den“.⁷⁰

69 Häner, *Verwaltungsverfahren* Rz 284.

70 Kiener/Rütsche/Kuhn, *Verfahrensrecht* Rz 1457 mit Hinweis auf BGE 136 II 274 E 4.1.

Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften verfügen in folgenden Konstellationen über spezifische Beschwerderechte: Erstens können sie die Verletzung von Garantien, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewähren (vgl. Art 189 Abs 1 lit e BV; Art 89 Abs 2 lit c BGG), rügen. Im Zentrum steht dabei die Gemeindeautonomie.⁷¹ Zweitens sind die Gemeinden, Kantone und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zwecks Vertretung und Wahrung öffentlicher Interessen zur Beschwerde befugt, sofern ein Bundesgesetz ihnen dieses Recht einräumt (Art 89 Abs 2 lit d BGG).⁷² Darüber hinaus haben sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weitere Beschwerdemöglichkeiten herauskristallisiert, die auch den Kantonen ergänzende Rechtsmittelmöglichkeiten eröffnen: Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften sind zunächst dann zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt, wenn sie vom fraglichen Entscheid wie eine Privatperson betroffen sind.⁷³ Dasselbe gilt, wenn sie in hoheitlichen Befugnissen und Aufgaben berührt sind.⁷⁴ Nicht als legitimationsbegründend wirkt indes das allgemeine Interesse an einer richtigen Anwendung des Bundesrechts. Das Bundesgericht bejaht in seiner neueren Praxis allerdings auch die Beschwerdelegitimation des Kantons zur Geltendmachung der Bundesrechtswidrigkeit des kantonalen Rechts, sofern bedeutsame, vom Kanton zu wahrende öffentliche (auch finanzielle) Interessen betroffen sind.⁷⁵ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis des Kantons gegenüber Entscheiden der kantonal letztinstanzlichen Behörde ist allerdings noch wenig gefestigt.⁷⁶

71 Zu den Voraussetzungen der Autonomiebeschwerde im Einzelnen statt vieler *Kliener/Rütsche/Kuhn*, Verfahrensrecht Rz 1500.

72 Beispielsweise ist die kantonale Verwaltung für die direkte Bundessteuer zur Anfechtung letztinstanzlicher kantonalen Entscheide legitimiert (Art 146 DBG). Siehe auch die weiteren Exempel bei *Waldmann*, Art 89, in: *Niggli/Uebersax/Wiprächtiger* (Hg), Bundesgerichtsgesetz (2011) Rz 68.

73 Dies ist beispielsweise bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Dienstrechts der Fall. Siehe BGE 134 I 204 E 2.2. Für weitere Hinweise dazu sowie zum Folgenden siehe statt vieler *Waldmann*, Art 89 Rz 42 ff.

74 Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Konstellation, da die kostenmässig involvierte Partei Gewässerschutzmassnahmen anordnet. Siehe BGE 123 II 371 E 2c.

75 BGE 135 II 12 E 1.2.2 betreffend Zulassung einer ausserkantonalen Psychotherapeutin zur selbständigen Berufsausübung im Kanton gestützt auf die Binnenmarktgesetzgebung; zum Ganzen *Bertschi*, § 21, in: *Griffel* (Hg), Kommentar VRG (2014) Rz 110; *Pflüger*, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (2013) Rz 381 ff, beide mit weiteren Hinweisen.

76 Kritisch mit Blick auf die Diskrepanz zum Willen des Gesetzgebers siehe *Pflüger*, Legitimation Rz 491 ff.

2. Neubeurteilung aufgrund nachträglicher Fehlerhaftigkeit

Wenn ein Entscheid betreffend ein Dauerrechtsverhältnis aufgrund einer Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Umstände nachträglich fehlerhaft wird, kann die verfügende Behörde ihren Entscheid – von sich aus oder auf Gesuch eines Verfahrensbeteiligten – in Wiedererwägung ziehen und eine neue Verfügung erlassen.⁷⁷ Diese Möglichkeit besteht unabhängig davon, ob die ursprüngliche Verfügung in einem Rechtsmittelverfahren überprüft worden ist oder nicht.⁷⁸ Bei der Wiedererwägung findet keine erneute Aufnahme eines bereits abgeschlossenen Verfahrens statt; vielmehr steht die mit einer erstmaligen Anordnung vergleichbare Regelung eines Dauerrechtsverhältnisses im Zentrum.⁷⁹ In der Literatur wird daher zu Recht darauf hingewiesen, dass der Begriff der „Wiedererwägung“ insofern problematisch sei, als *„nicht etwas bereits Erwogenes wieder erwogen wird, sondern angesichts neuer Umstände neue Erwägungen vorgenommen werden“*. Zutreffender seien die Begriffe der „Neuerwägung“ oder der „Anpassung“ einer Verfügung.⁸⁰

Die Zulässigkeit der Wiedererwägung ist in zwei gedanklichen Schritten zu klären: Zunächst ist zu fragen, ob hinreichende Wiedererwägungsgründe vorliegen, namentlich, ob die Änderung der Sach- oder Rechtslage erheblich ist. Kommt es anschliessend zu einer materiellen Neubeurteilung der Angelegenheit, ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu eruieren, ob das Anliegen der nachträglichen

77 Dazu statt vieler *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren Rz 704 ff; *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Verfahrensrecht Rz 1835 ff; *Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser*, Prozessrecht Rz 646 ff, 1306 ff. – Leidet ein Entscheid an einem qualifizierten ursprünglichen Fehler, findet hingegen das ausserordentliche, nicht devolutive Rechtsmittel der Revision Anwendung (zur Charakterisierung der Revision statt vieler *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Verfahrensrecht Rz 1978). Da diese an das kantonale Verwaltungsgericht als jene Instanz, die sich zuletzt mit der fraglichen Sache befasst hat, zu richten ist, bestimmt sich die Zulässigkeit zunächst nach kantonalem Recht. Darüber hinaus vermittelt der grundrechtliche Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren nach Art 29 Abs 1 BV einen Anspruch auf Revision, wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel vorbringen kann, *„die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand“* (BGE 136 II 177 E 2.1). In der Regel hängt die Berechtigung zur Stellung eines Revisionsgesuchs von der Legitimation zur Ergreifung des ordentlichen Rechtsmittels ab (statt vieler *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Verfahrensrecht Rz 1978).

78 *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Verwaltungsrecht Rz 1278; *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren Rz 742.

79 Siehe *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Verwaltungsrecht, § 31 Rz 28.

80 *Kiener/Rütsche/Kuhn*, Verfahrensrecht Rz 2016. Zur Terminologie in diesem Kontext auch *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren Rz 712; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Verwaltungsrecht, § 31 Rz 22.

richtigen und rechtsgleichen Rechtsanwendung allfällige konträre Interessen an Rechtssicherheit und Vertrauensschutz überwiegt. Liegen hinreichende Änderungsgründe vor, wird die alte Verfügung widerrufen und eine neue erlassen.⁸¹

3. *Unbeachtlichkeit nichtiger Rechtsmittelentscheide*

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass nichtige Rechtsmittelentscheide keine Rechtswirkungen entfalten und daher auch für die verfügende Behörde unbeachtlich sind. Sie dürfen weder vollstreckt werden, noch darf ihre Missachtung sanktioniert werden.⁸² Im Sinne der Evidenztheorie⁸³ ist eine Anordnung nichtig, wenn der Mangel erstens besonders schwer wiegt, zweitens offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn drittens durch die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet wird. Sachliche oder funktionelle (nicht jedoch örtliche) Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde stellt in der Regel einen Nichtigkeitsgrund dar.⁸⁴ Bei verfahrensmässigen und inhaltlichen Mängeln ist die Praxis demgegenüber zurückhaltend in der Annahme von Nichtigkeit.⁸⁵ Fälle von Nichtigkeit sind daher selten.

VI. **Schlussbemerkungen**

Nach einer zunächst ablehnenden Haltung gegenüber der gerichtlichen Verwaltungskontrolle kommt den kantonalen Verwaltungsgerichten heute eine zentrale Rolle bei der Sicherstellung des individuellen Rechtsschutzes und der Verwirklichung des materiellen Rechts zu. Hauptindikatoren für diesen Befund bilden der Zuständigkeitsbereich, die Überprüfungsbefugnis sowie die Stellung im Instanzenzug: Die Rechtsprechungskompetenz der kantonalen Verwaltungsgerichte erstreckt sich nicht nur auf das kantonale Verwaltungsrecht, sondern auch auf die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht durch kantonale und kommunale Behörden. Konsequenz des stark

81 Siehe dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Verwaltungsrecht Rz 1280; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Verwaltungsrecht, § 31 Rz 29 ff.

82 *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Verwaltungsrecht Rz 1096; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Verwaltungsrecht, § 31 Rz 14.

83 Siehe BGE 139 II 243 E 11.2; 138 II 501 E 3.1.

84 Siehe BGE 136 II 498 E 3.3 (keine offensichtliche Unzuständigkeit der Rechtsmittelbehörde).

85 Siehe *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Verwaltungsrecht Rz 1128; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Verwaltungsrecht, § 31 Rz 16.

ausgeprägten Vollzugsföderalismus in der Schweiz bildet daher ein weiter Zuständigkeitsbereich der kantonalen Verwaltungsgerichte. Aufgrund ihrer Schlüsselfunktion bei der Umsetzung der Rechtsweggarantie verfügen sie über eine breite Prüfungsbefugnis, die sich auf sämtliche Rechts- und Sachverhaltsfragen erstreckt. In verschiedenen Sachbereichen entscheiden sie zudem letztinstanzlich, soweit nicht eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte im Raum steht, die den Zugang zur subsidiären Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht ermöglicht.

Im Vergleich zu anderen Bundesstaaten verfügen die Kantone bei der Regelung von Organisation und Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach wie vor über beachtliche Spielräume, wenngleich diese im Laufe der Zeit Einschränkungen erfahren haben. Die föderalistische Vielfalt hat – neben anderen, vorliegend nicht thematisierten Konsequenzen⁸⁶ – allerdings zur Folge, dass bestimmte Fragen im Kompetenzbereich der Kantone auf wissenschaftlicher Ebene kaum reflektiert werden. Dazu gehört beispielsweise die Rollenverteilung zwischen der verfügenden Behörde und der verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanz im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, die auch vor dem Hintergrund jüngerer verwaltungsorganisatorischer Entwicklungen zu beleuchten wäre.

Wenngleich die kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit mittlerweile etabliert ist, bedeutet dies nicht, dass ihre gegenwärtige Ausgestaltung in Stein gemeisselt wäre. Zwar ist davon auszugehen, dass der bundesweite Vereinheitlichungsprozess mit der 2007 in Kraft getretenen Justizreform sowie der Verankerung der Rechtsweggarantie in der Bundesverfassung (Art 29a BV) abgeschlossen sein dürfte. Ob künftig Anpassungen bei der Ausgestaltung der Verwaltungsrechtspflege vorgenommen werden, hängt daher primär vom Reformwillen der Kantone ab. Der Bundesrat orte derzeit vor allem Anpassungsbedarf bei der Reichweite der Weiterzugsmöglichkeit kantonalen Entscheide (und solcher des Bundesverwaltungsgerichts) an das Bundesgericht. Zu warnen ist in diesem Kontext vor vorschnellen Verheissungen beschleunigter Verfahren. Geboten ist vielmehr eine fundierte Analyse der Verfahrensfunktionen (insbesondere der effektiven und effizienten Verwirklichung des materiellen Rechts, der Streitschlichtung sowie des Individualrechtsschutzes⁸⁷) und deren gegenseitige In-Bezug-Setzung im Gesamtsystem der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

86 Siehe dazu *Thurnherr*, BJM 2013, 241 ff.

87 Zu den Funktionen öffentlich-rechtlicher Verfahren oben IV.A).

Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien

I. Allgemeiner Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz in Italien

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in Italien in zwei Instanzen ausgeübt: die Gerichte erster Instanz sind die regionalen Verwaltungsgerichte, Berufungsgericht ist der Staatsrat, wovon es nur einen mit Sitz in Rom gibt. Diese Ausgestaltung ist von Art 103 und Art 125 der italienischen Verfassung vorgegeben.¹

Die Gerichtsbarkeit ist in Italien eine dem Staat vorbehaltene Zuständigkeit: Folglich sind auch die regionalen Verwaltungsgerichte Staats- und nicht Regionalorgane. Ihr Name (regionale Verwaltungsgerichte) zeigt nur, dass sie die Gerichtsbarkeit in einem Gerichtssprengel ausüben, der das Gebiet einer Region umfasst.

Die regionalen Verwaltungsgerichte stehen daher auf institutioneller Ebene in keinem Verhältnis zu den Regionen. Im Gegenteil, die Errichtung der regionalen Verwaltungsgerichte wurde in der italienischen Verfassung von 1948 gerade zum Ausgleich für die den Regionen zugestandene Autonomie vorgesehen. Der Umstand, dass ein Verwaltungsgericht in der Hauptstadt einer jeden Region errichtet wurde, sollte die Möglichkeit zu einer wirkungsvolleren (weil „näheren“) Kontrolle der Verwaltungstätigkeit der Regionen bieten. Die Errichtung der Regionen war bei der Ausarbeitung des Verfassungstextes sehr umstritten: Im Verfassungstext wurde deshalb die Errichtung eines Verwaltungsgerichts auf regionaler Ebene als ein Mittel dafür angesehen, zu vermeiden, dass die Regionen durch die Verwaltungstätigkeit ihre Befugnisse missbrauchen können.

Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien erlaubt allerdings zwei bedeutende Ausnahmen:

* Herzlicher Dank ergeht an Frau Agnes Ladurner für die Übersetzung dieses Beitrags.

¹ Über die Ordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien vgl. Nigro, *Giustizia amministrativa*³ (1983).

Die erste Ausnahme ist die Region Sizilien. Ausgehend vom Sonderstatut der Region Sizilien, welches ein Gesetz mit gleicher Bestandskraft wie die Verfassung ist (Verfassungsgesetz), wurde in Palermo mit dem Rat der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Region Sizilien ein dem Staatsrat gleichrangiges Gericht errichtet.² Dieses Sondergericht wird, neben ordentlichen Verwaltungsrichtern, auch aus von der Region Sizilien ernannten Experten gebildet. Auch in Sizilien wurden die Verwaltungsgerichte eingerichtet: eines mit Sitz in Palermo und eine Zweigstelle in Catania. Berufungen gegen ihre Entscheidungen sind nicht an den Staatsrat zu richten, sondern an den Rat der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Es ist zu bedenken, dass sich die Rechtsprechung des Rats der Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich recht eng an der des Staatsrats orientiert: Die Fragen, die zu Abweichungen zwischen den beiden Organen führen (ebenso wie die Fragen, die zu Abweichungen zwischen den unterschiedlichen Sektionen des Staatsrats führen), werden der Plenarversammlung des Staatsrats übergeben, in der auch einige Mitglieder des Rats der Verwaltungsgerichtsbarkeit vertreten sind. Die Plenarversammlung entscheidet auch über Kompetenzkonflikte zwischen dem Staatsrat und dem Rat der Verwaltungsgerichtsbarkeit.³

Die zweite Ausnahme ist komplizierter und im Art 90 des Autonomiestatuts der Region Trentino-Südtirol vorgesehen, welches ebenfalls ein Gesetz des Staates mit Verfassungsrang ist. Das Statut, welches ein Übereinkommen zwischen dem italienischen und dem österreichischen Staat (der Ursprung ist das Abkommen De Gasperi – Gruber vom 5. September 1946) umsetzt, wurde abgeändert, um die Autonomie der Provinz Bozen (Südtirol) und somit auch jene der Provinz Trient im Verhältnis zur Region Trentino-Südtirol zu stärken. Das Statut wird mit gesetzesvertretenden Dekreten umgesetzt, die formal vom Staat erlassen werden, aber deren Inhalt mit den Provinzen Trient und Bozen abgesprochen wird. Insbesondere wurde mit dem gesetzesvertretenden Dekret Nr 426 vom 6. April 1984 das regionale Verwaltungsgericht mit Sitz in Trient und einer autonomen Sektion in Bozen⁴ errichtet; die Sektion in Bozen hat zudem eine besondere Zusammensetzung und besondere Zuständigkeiten. Sie setzt sich

2 Vgl zu diesem Thema *Raimondi*, L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia – Privilegio e condanna (2009).

3 Vgl Staatsrat, Plenarversammlung, Beschluss Nr 37 / 11. Dezember 2012, in *Foro italiano* 2013, III, 1 ff, und vor allem Staatsrat, Plenarversammlung, Beschluss Nr 2 / 9. März 2011, in *Foro italiano* 2011, III, 173 ff.

4 *Reggio d'Acì*, Prime riflessioni sul tribunale di giustizia amministrativa per la regione Trentino – Alto Adige, Consiglio di Stato II (1984) 1129 ff; *Gizzi*, L'istituzione del Tar di Trento e della sezione autonoma di Bolzano, *Le Regioni* 1985, 470 ff.

nämlich aus vier Richtern deutscher Muttersprache und aus vier Richtern italienischer Muttersprache zusammen: für die Tätigkeiten der Sektion gelten nämlich die Regelungen für die Zweisprachigkeit. Im Kollegium sind Richter deutscher und italienischer Muttersprache in gleicher Zahl vertreten: Es handelt sich um das einzige Beispiel in ganz Italien, in dem ein rechtsprechendes Kollegialorgan seine Funktion mit einer geraden Zahl an Mitgliedern und nicht mit einer ungeraden Zahl ausübt.

Zudem verfügt die Autonome Sektion Bozen über besondere Befugnisse, sowohl rechtsprechender als auch nicht-rechtsprechender Art. In diesen Fällen gilt das Prinzip nicht, dass bei Stimmengleichheit die Stimme des Präsidenten ausschlaggebend ist, sondern es braucht die Mehrheit von 3 der 4 Mitglieder im Kollegium und es ist nicht möglich, Berufung einzulegen (in diesen Fällen entscheidet die Autonome Sektion als einzige Instanz). Die rechtsprechenden Zuständigkeiten betreffen die Entscheidung über Beschwerden gegen jene Verwaltungsmaßnahmen, von denen vermutet wird, dass sie gegen das Prinzip der Gleichheit der deutschen und italienischen Sprachgruppe verstoßen (insbesondere Fragen, welche in der Verwaltungsordnung den Schutz des Prinzips der Zweisprachigkeit betreffen, das vorgesehen ist, um den Schutz der deutschen Sprache in Südtirol zu gewährleisten). Die nicht-rechtsprechenden Befugnisse betreffen den Fall, dass die Haushaltsvoranschläge der Region Trentino-Südtirol und der Autonomen Provinz Bozen nicht die Zustimmung der Mehrheit der Abgeordneten jeder Sprachgruppe erhalten. In diesem Fall steht die Genehmigung des Haushalts nach einem eigenen Verfahren der autonomen Sektion zu, welche nicht mit einem „Urteil“, sondern mit einem „Schiedsspruch“ (diesen Begriff verwendet der italienische Gesetzgeber normalerweise, um schiedsgerichtliche Entscheidungen zu bezeichnen) entscheidet. Die nicht-rechtsprechenden Befugnisse wurden, soweit ersichtlich, niemals ausgeübt, weil die Regionalrats- und Landtagsabgeordneten immer eine Übereinkunft erzielten, bevor die Frage der Genehmigung des Haushaltes der autonomen Sektion vorgelegt wurde (und ich denke, dass dies den Verwaltungsrichtern entgegenkam).

Was die anderen rechtsprechenden Befugnisse anbelangt, kann gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts beim Staatsrat Berufung eingelegt werden; der Staatsrat muss dann allerdings mit einem Kollegium entscheiden, in welchem zumindest ein Richter deutscher Muttersprache vertreten sein muss.

II. Das Verhältnis zwischen den regionalen Verwaltungsgerichten und den regionalen und lokalen Verwaltungsbehörden

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in Italien klar von der Verwaltungstätigkeit getrennt: Die italienische Tradition, die sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts entwickelte (der Staatsrat wurde mit einem Gesetz von 1889 in ein Gericht umgewandelt⁵), geht von einer klaren Trennung der beiden Tätigkeiten aus, mit der Ausnahme des Staatsrats, auf den ich anschließend eingehen werde. Das System der Rekurse an die Verwaltungsbehörden war gesetzlich geregelt: Bis zur Errichtung der regionalen Verwaltungsgerichte (1971) war der Rekurs an das Verwaltungsgericht (welches damals grundsätzlich der Staatsrat war) sogar nur zulässig, nachdem man die Rekurse an die Verwaltungsbehörde (sogenannte „Aufsichtsbeschwerde“) auf allen Ebenen der öffentlichen Verwaltung ausgeschöpft hatte. Nur nach der Entscheidung des höchsten Verwaltungsorgans (welches in der Staatsverwaltung der Minister war) war es möglich, einen Rekurs an das Verwaltungsgericht zu richten.

Das System der Aufsichtsbeschwerden ist in Italien allerdings wenig angesehen, weil oft festgestellt wurde, dass die höheren Instanzen über Rekurse nicht unparteiisch entscheiden, weil sie vermeiden wollen, den niedrigeren Instanzen Rechtswidrigkeiten nachzuweisen. Mit der Errichtung der regionalen Verwaltungsgerichte sind die Aufsichtsbeschwerden fakultativ geworden, weshalb sich der Bürger direkt an das Verwaltungsgericht wenden kann. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist keineswegs von den durch die Verwaltungsbehörden vertretenen Meinungen beeinflusst. In Italien kann man sagen, dass die von einer Verwaltungsbehörde vertretene Meinung, wenn sie überzeugend ist, gute Chancen hat, vom Verwaltungsgericht angenommen zu werden; wenn sie nicht überzeugend ist, hat sie gute Chancen, abgelehnt zu werden. Das Verwaltungsgericht nimmt selten besondere Rücksicht auf die Praxis der Verwaltungsbehörden: Die Ausnahmen betreffen vor allem die unabhängigen Verwaltungsbehörden, welche Zuständigkeiten im Bereich der Verfahren für die Verträge der öffentlichen Verwaltung haben. Für diese Verfahren sieht die italienische Gesetzgebung vor, dass gewisse Behörden (heute die nationale Antikorrupsionsbehörde) auch von Amts wegen Stellungnahmen an die öffentliche Verwaltung richten können: Diese Stellungnahmen werden oft von den Verwaltungsrichtern berücksichtigt, welche sich aber absolut nicht gebunden sehen.

5 Vgl. Nigro, *Giustizia amministrativa*³ (1983) 83 ff.

Eher erkennt man in Italien das entgegengesetzte Phänomen. Die Verwaltungsbehörden eines Gerichtssprengels verfolgen die Ausrichtung der Rechtsprechung des jeweiligen Gerichts mit großer Aufmerksamkeit. Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte haben also einen „pädagogischen“ oder „didaktischen“ Wert, vor allem gegenüber den Regionen, aber auch gegenüber den lokalen Körperschaften. Dieser Wert ist wahrscheinlich höher als jener der Entscheidungen des Staatsrats, weil die Interpretation jeglicher Fragen zuerst durch die regionalen Verwaltungsgerichte und dann erst durch den Staatsrat erfolgt.

In diesem System stellt die Ausgestaltung des Staatsrats eine Ausnahme und, nach Meinung vieler, auch einen großen Widerspruch dar. Der Staatsrat, welcher das wichtigste Organ der Verwaltungsgewalt in Italien ist, ist ein „gemischtes“ Organ nach französischer Tradition: Er besteht aus einigen Sektionen mit beratender Funktion und aus anderen Sektionen mit rechtsprechender Funktion. Die beratenden und die rechtsprechenden Sektionen bestehen aus unterschiedlichen Richtern (die Zuteilung der Staatsräte zu den einzelnen Sektionen wird periodisch beschlossen), sodass die jeweiligen Funktionen völlig autonom sein müssten. In Wirklichkeit vertreten die beratenden und rechtsprechenden Sektionen jedoch dieselben Auffassungen. Nur selten widerspricht eine rechtsprechende Sektion einer beratenden Sektion. Es sind spezielle Mechanismen vorgesehen, um zu vermeiden, dass in bestimmten Fragen die Stellungnahme durch eine beratende und die Entscheidung durch eine rechtsprechende Sektion erfolgt, weil man jede Hierarchie zwischen den verschiedenen Sektionen vermeiden will. Die beratenden Sektionen führen eine intensive Beratungstätigkeit für die Regierung durch: Dies wirft Zweifel auf, ob es dem Staatsrat gelingt, tatsächlich immer als unbeteiligter Dritter in den Streitigkeiten zwischen Bürger und Verwaltung zu fungieren.

Ein noch größeres Problem ist die Tatsache, dass viele Verwaltungsrichter rechtlich hochqualifizierte Aufträge durch die Regierung oder einzelne Minister erhalten können (als gesetzgebende Berater, Experten etc.). In diesen Fällen wird der Verwaltungsrichter von seiner rechtsprechenden Funktion entbunden: es ist allerdings umstritten, ob er bei Wiederaufnahme seiner Funktion als Richter von den Positionen beeinflusst ist, die er bei Erfüllung seines Auftrags für die Regierung vertreten hat.⁶ Der italienische Verfassungsgerichtshof⁷ hat sich immer

6 Für eine kritische Analyse der Unabhängigkeit des Staatsrates vgl. *Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia „non amministrativa“* (2005).

dagegen gewehrt, diese sich auf Art 100 und Art 103 der italienischen Verfassung stützende Position für verfassungswidrig zu erklären.

III. Das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung der regionalen Verwaltungsgerichte und derjenigen des Staatsrats

Es ist immer möglich, gegen die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz („Beschluss“) und über Rekurse („Urteil“) beim Staatsrat Berufung einzulegen. Die Berufung unterliegt keinem „Filter“, weil die italienische Verfassung sie als notwendiges Instrument der Garantie für den Rechtsschutz des Bürgers vorsieht (Art 125). Folglich könnte der Gesetzgeber nach heute herrschender Auslegung in gewissen Fällen den direkten Rekurs an den Staatsrat als einzige Instanz vorsehen (diese Möglichkeit wurde in einigen Vorschlägen vorgesehen, ist aber nie zum Gesetz geworden), er dürfte aber niemals die Möglichkeit einer Berufung an den Staatsrat gegen Beschlüsse über einstweiligen Rechtsschutz und gegen Urteile der Verwaltungsgerichte ausschließen.

Dies bedeutet natürlich eine erhebliche Arbeitsbelastung für den Staatsrat. Wie allerdings aus dem jährlichen Bericht des Präsidenten des Staatsrats⁸ über die Situation der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien hervorgeht, wird nur gegen 10% der Urteile der regionalen Verwaltungsgerichte Berufung eingelegt. Heute ist der Rückstand einiger regionalen Verwaltungsgerichte (regionales Verwaltungsgericht Latium, regionales Verwaltungsgericht Kampanien, regionales Verwaltungsgericht Sizilien) sehr viel größer als der Rückstand des Staatsrats.

Die Beziehungen zwischen den regionalen Verwaltungsgerichten (einschließlich der regionalen Verwaltungsgerichte von Bozen und Trient) und dem Staatsrat sind sehr gut: Im Allgemeinen kann man eine gewisse Kontinuität in der Rechtsprechung feststellen. Nach der Aufnahme der Arbeit durch die Verwaltungsgerichte (obwohl von der Verfassung vorgesehen, nahmen sie erst mit dem Gesetz Nr 1034 vom 6. Dezember 1971 ihre Arbeit auf) wurden einige Untersuchungen in Italien zur Frage durchgeführt, ob die Verwaltungsgerichte dieselbe

7 Verfassungsgerichtshof Urteil Nr 273/ 21. Oktober 2011, in *Foro italiano* 2012, I, 51 ff.

8 Die jährlichen Berichte des Präsidenten des Staatsrats werden auf der Internetseite der italienischen Verwaltungsgerichtsbarkeit veröffentlicht: <iustizia-amministrativa.it>.

Linie wie der Staatsrats verfolgen.⁹ Die wichtigsten Schlussfolgerungen waren:

- a) Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist im Allgemeinen auf ausgezeichnetem Niveau. Gegen die Mehrheit der Urteile wird nicht Berufung eingelegt, sondern diese werden von den Parteien akzeptiert.
- b) Die Rechtsprechung des Staatsrats wird von den Verwaltungsgerichten sehr aufmerksam verfolgt, sie passen ihre Ausrichtung entsprechend an. Die Verwaltungsgerichte scheinen sehr darauf bedacht, zu vermeiden, dass ihre Entscheidungen vom Staatsrat aufgehoben werden.
- c) Gleichzeitig sind die wichtigsten Änderungen in der Rechtsprechung oft von den Verwaltungsgerichten ausgegangen. Die Verwaltungsgerichte verhalten sich im Allgemeinen nicht „ehrfürchtig“ gegenüber den Ansichten des Staatsrats: Wenn eine Ansicht nicht überzeugend ist, folgt ihr das regionale Verwaltungsgericht nicht, wobei es dies begründet. Man muss bedenken, dass eine solche Freiheit den einzelnen Sektionen des Staatsrats gegenüber der Plenarversammlung nicht zugestanden wird: Wenn eine Sektion nicht von der Ausrichtung der Plenarversammlung überzeugt ist, kann sie diese nicht einfach ablehnen, sondern muss ihre Bedenken der Plenarversammlung vorlegen, die gemäß Art 99 Verwaltungsprozessordnung entscheidet.
- d) Fälle von klaren Konflikten zwischen Verwaltungsgericht und Staatsrat waren Einzelfälle. Der wesentlichste Konflikt ging vom regionalen Verwaltungsgericht der Lombardei aus, welches in der Vergangenheit, noch bevor das Gesetz dies zuließ, erlaubte, Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz vor dem Vorbringen des eigentlichen Rekurses gegen eine Verwaltungsmaßnahme zu stellen (sogenannte Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz „ante causam“). Der Staatsrat annullierte mit einem Verfahren „extra ordinem“ diese Entscheidungen und erklärte sie für rechtswidrig.
- e) In Fällen einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Staatsrat und einem Verwaltungsgericht stellt man immer häufiger fest, dass die Verwaltungsgerichte die Stärkung ihrer Positionen im Wege der Unterstützung durch den Verfassungsgerichtshof (falls der Gegen-

9 Besonders *Scoca*, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tar*, *Diritto processuale amministrativo* 1985, 253 ff; *Allegretti/Orsi Battaglini/Sorace* (Hg), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio in giurisprudenza* (1987).

stand des Verfahrens eine Frage mit Verfassungsrelevanz ist) oder durch den Europäischen Gerichtshof (falls der Gegenstand des Verfahrens ein Rechtsinstitut ist, das seinen Ursprung im Europarecht hat) suchen. Diese Praxis zeigt sich verstärkt und führt zu einem gewissen Zerfall der Rechtsprechung: So auch im geschilderten Fall des Konflikts zwischen dem Verwaltungsgericht der Lombardei und dem Staatsrat, in dem das Verwaltungsgericht, nachdem der Staatsrat seine Entscheidungen annulliert hatte, den Europäischen Gerichtshof anrief, um zu klären, ob die europäischen Richtlinien zum Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen die Möglichkeit eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz „ante causam“ eröffnen. Der Europäische Gerichtshof vertrat dabei die Ansicht, dass solche Anträge vom Unionsrecht vorgesehen seien. Auf diese Weise bezog der EuGH, vielleicht unbeabsichtigt, im Konflikt zwischen Verwaltungsgericht und Staatsrat Position und sprach sich dabei zugunsten des Verwaltungsgerichts aus.¹⁰ Kürzlich hat sich ein ähnlicher Fall in einem Konflikt zur Anschlussbeschwerde bei öffentlichen Aufträgen zwischen dem Verwaltungsgericht von Piemont und dem Staatsrat zugetragen.¹¹

IV. Spezifische Elemente der Rechtsprechung der regionalen Verwaltungsgerichte

Der heikelste Punkt in der Untersuchung der Rechtsprechung der regionalen Verwaltungsgerichte und des Staatsrats betrifft aber die Ausübung der gerichtlichen Kognitionsbefugnis. Die aus dem Jahre 2010 stammende Verwaltungsprozessordnung sieht in Art 38 einen vollständigen Parallelismus zwischen Verfahren erster und zweiter Instanz vor, sowohl was den Umfang der Entscheidungsbefugnis betrifft als auch in Bezug auf die Kontrolle der Verwaltungsakte und die Untersuchungsbefugnis der beiden Kategorien von Richtern: Auch auf diese Weise wurde bestätigt, dass in Italien der Staatsrat tatsächlich ein Berufungsgericht und nicht ein kassatorisches Gericht ist. Meiner Überzeugung nach legt der Staatsrat sehr viel Wert auf sein Wesen als Berufungsgericht, weil die Möglichkeit, sich sowohl zur Sachverhaltsermittlung als auch zur Bewertung der Rechtmäßigkeit der Verwal-

10 EuGH 29.4.2004, Rs C-202/03 (*Vorabentscheidungsersuchen des Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*).

11 EuGH 5.4.2016, RS C-689/13 (*Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*).

tungsmaßnahmen zu äußern, seine Befugnis als Gericht gegenüber der öffentlichen Verwaltung sehr viel wirksamer sein lässt.¹²

Viel diskutiert ist auch, ob die Verwaltungsgerichte mehr als der Staatsrat gewillt und fähig sind, die Akte der öffentlichen Verwaltung auch im Hinblick auf das Verwaltungsermessen und die technischen Bewertungen der Verwaltungsorgane zu überprüfen. Zu bedenken ist, dass die Arten von Rechtsmängeln eines Verwaltungsaktes traditionellerweise vom Gesetz festgelegt sind (sie gehen auf die Errichtung des Staatsrats als Rechtsprechungsorgan im Jahr 1889 zurück). Dem folgend ergibt sich eine umfassendere Kontrolle nicht aus den vom Gericht verwendeten Formeln (welche stets dieselben sind), sondern aus dem Inhalt des Urteils. Als Beispiel können die Urteile über die Zulassungsprüfungen zur Anwaltstätigkeit dienen, in denen die Verwaltungsgerichte häufig untersuchen, ob die vom Rekurssteller verfassten Arbeiten tatsächlich ungenügend waren und große Lücken enthielten; der Staatsrat verweigert dies, weil er der Meinung ist, dass eine solche Bewertung nur den Verwaltungsorganen zusteht (oder, besser gesagt, den Prüfungskommissionen).¹³

12 *Pototschnig/Travi*, Appello (diritto amministrativo), Enciclopedia del diritto, aggiornamento, III (1999), 151 ff.

13 Der Verfassungsgerichtshof hat im Urteil Nr 175 / 8. Juni 2011, in *Foro italiano* 2011, I, 2232 ff, der vom Staatsrat vertretenen Auffassung zugestimmt.

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

Univ.-Prof. Dr. Gerhard Baumgartner, Institut für Rechtswissenschaften, Universität Klagenfurt

Mag. Nikolaus Brandtner, Präsident des Landesverwaltungsgerichts Vorarlberg, Bregenz

Univ.-Prof. Dr. Peter Bußjäger, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck, Direktor des Instituts für Föderalismus, Mitglied des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein, Forschungsbeauftragter am Liechtenstein-Institut Benden

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

HR Univ.-Prof. Dr. Meinrad Handstanger, Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Karl-Franzens-Universität Graz, Hofrat des Verwaltungsgerichtshofes, Wien

Prof. Dr. Veith Mehde, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft, Juristische Fakultät, Leibniz Universität Hannover

Dr. Christian Ranacher, MAS, Leiter der Abteilung Verfassungsdienst, Amt der Tiroler Landesregierung, Innsbruck

Dr. Patrick Segalla, Präsident des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich, St. Pölten

Dr. Wolfgang Steiner, Landtagsdirektor des Oö. Landtags, Leiter der Direktion Verfassungsdienst, Amt der Oö. Landesregierung, Linz

Univ.-Prof. Dr. Stefan Storr, Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Karl-Franzens-Universität, Graz

Prof. Dr. Daniela Thurnherr, LL.M., Professorin für Öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, Universität Basel, Richterin am Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt

Prof. Dr. Aldo Travi, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Mailand

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 Landeskompetenz. 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 Burtcher**, 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 Stolzechner** (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 Zustimmungsmächte 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 **Stefan Hammer/Peter Bußjäger** (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 (€ 30,90)
- Bd. 118 **Peter Bußjäger/Alexander Balthasar/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Direkte Demokratie im Diskurs. Beiträge zur Reform der Demokratie in Österreich. 2014. ISBN 978-3-7003-1897-2 (€ 29,90)
- Bd. 119 **Gudrun M. Grabher/Ursula Mathis-Moser** (editors), Regionalism(s). A Variety of Perspectives from Europe and the Americas. 2014. ISBN 978-3-7003-1926-9 (€ 20,00)
- Bd. 120 **Martin P. Schennach**, Vom k.k. Ärar zum Bundesschatz? Das Staatsvermögen der Habsburgermonarchie und die Entstehung des österreichischen Bundesstaates. 2015. ISBN 978-3-7003-1936-8 (€ 32,00)
- Bd. 121 **Peter Bußjäger/Anna Gamper** (Herausgeber), Demokratische Innovation und Partizipation in der Europaregion. 2015. ISBN 978-3-7003-1949-8 (€ 23,00)

- Bd. 122 **Christoph Schramek**, Gerichtsbarkeit im Bundesstaat. Auswirkungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 auf die Länder. 2017.
ISBN 978-3-7003-1998-6 (€ 24,00)
- Bd. 123 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher** (Herausgeber), Landesverwaltungsgerichtsbarkeit: Funktionsbedingungen und Internationaler Vergleich. 2017. ISBN 978-3-7003-2050-0

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 (vergriffen)
- 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 (vergriffen)
- Bd. 6 **Eugen Kanonier**, Rechtliche Aspekte der Wegfreiheit 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)
- Bd. 10 **Alexander Balthasar/Peter Bußjäger/Manfred Matzka** (Herausgeber), Effiziente Regierungsorganisation. Das Reformvorhaben „Amt der Bundesregierung“ im internationalen Vergleich. 2015. ISBN 978-3-7003-1934-4 (29,90)
- Bd. 11 **Vereinbarungen gemäß Artikel 15a B-VG**. Ein Leitfaden für die Praxis mit Mustern, Textbausteinen und Erläuterungen. 2015. ISBN 978-3-7003-1944-3 (€ 34,90)
- Bd. 12 **Johannes Warner**, Betteln in Tirol. Vom absoluten Verbot bis zum Versuch einer Regulierung. Eine verwaltungs- und verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme und Analyse. 2016. ISBN 978-3-7003-1997-9 (€ 24,00)

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 (€ 12,90)
- Bd. 6 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), 60 Jahre Länderkonferenzen 1945 – Die Länder und die Wiederbegründung der Republik. 2006. ISBN 3-7003-1582-1 (€ 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.-Prof. Dr. Peter BUSSJÄGER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Dr. Erich WATZL, Oberösterreich

Landtagsdirektor Dr. Wolfgang STEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor-Stellv. Dr. Rudolf Ferdinand WATSCHINGER,
Oberösterreich

Dr. Gerald GRABENSTEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor Dr. Josef LIENER, Tirol

Landesamtsdirektor-Stellv. 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.

