

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG  
Maria-Theresien-Straße 38b  
6020 INNSBRUCK  
Tel. 052 22/34 594

**Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler**

Herausgeber

# **Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte**

Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung  
Band 38

WILHELM BRAUMÜLLER

Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.  
Wien 1986



Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler  
Herausgeber

Föderalistische Verwaltungsrechtspflege  
als wirksamer Schutz der Menschenrechte

**Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung  
Band 38**

**herausgegeben vom**

**Institut für Föderalismusforschung, Innsbruck**

**Wissenschaftliche Leitung: Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler**

# **Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte**

herausgegeben

von

**Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler**  
**Innsbruck**



**WILHELM BRAUMÜLLER**  
Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.  
Wien 1986

Gedruckt mit Unterstützung der Kulturabteilung  
des Amtes der NÖ Landesregierung

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Pernthaler, Peter (Herausgeber)**

Föderalistische Verwaltungsrechtspflege  
als wirksamer Schutz der Menschenrechte /  
Peter Pernthaler — Wien:  
Braumüller, 1986.

(Schriftenreihe des Instituts für Föderalismus-  
forschung, 38)  
ISBN: 3-7003-0685-7

NE: Institut für Föderalismusforschung, Innsbruck:

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, des photomechanischen Nachdrucks und der  
Speicherung in elektronische Datenanlagen, vorbehalten

© 1986 by Wilhelm Braumüller, Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.,  
A — 1092 Wien

Druck: RWF-Werbe-gesellschaft, Wattens  
ISBN: 3-7003-0685-7

# INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                                                                                                   |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Vorwort .....                                                                                                                                     | 7  |
| Landeshauptmann von Vorarlberg Dr. Herbert Kessler:<br>Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschen-<br>rechte ..... | 9  |
| Univ.Prof. Dr. Ferdinand KOPP, Passau:<br>„Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern“ .....                                             | 17 |
| Dr. Philipp Stähelin, Präsident des Verwaltungsgerichtes des Kantons Thurgau:<br>„Kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz“ .....      | 29 |
| Dr. Rudolf Machacek, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes:<br>„Europäische Menschenrechtskonvention und Verwaltungsrechtspflege“ .....           | 43 |
| Univ.Do. Dr. Klaus Berchtold, Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst:<br>„Menschenrechtskonforme Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege“ .....   | 85 |
| Univ.Prof. Dr. Peter Pernthaler, Institut für öffentliches Recht und Politikwissen-<br>schaft:<br>„Rechtsschutz und Föderalismus“ .....           | 95 |



## VORWORT

Am 7. November 1985 veranstaltete das Institut für Föderalismusforschung in Schloß Hofen/Lochau (Vorarlberg) ein internationales Symposium zum Thema „Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte“.

Die Referate dieser Tagung sind im vorliegenden Band — teilweise in erweiterter Form — veröffentlicht; von einer Drucklegung der mündlichen Diskussionsbeiträge, die im Institut lückenlos dokumentiert werden, muß aus Kostengründen abgesehen werden.

Der unmittelbare Anlaß für die Themenwahl dieses Symposiums war die Frage, welchen Einfluß internationale Menschenrechtsgarantien, darunter vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention, auf eine Reform des Verwaltungs-Rechtsschutzes in Österreich haben werden. Diese Frage, die teilweise auch am 9. Österreichischen Juristentag behandelt wurde, kann in einem föderalistischen Verwaltungssystem nicht losgelöst von der Grundfrage nach dem Verhältnis von Landes-(Gemeinde)verwaltung und zentralem oder dezentralisiertem Rechtsschutz gestellt werden. Aus diesem Grunde wurden auf der Tagung die Systeme der deutschen und schweizerischen Landes-Verwaltungsgerichte vorgestellt. Für Österreich haben alle Referenten in überzeugender Weise dargetan, daß ein **föderalistisch gegliederter Rechtsschutz** menschenrechtskonforme Lösungen verschiedener Art zuläßt. Vor allem der Ausbau einer echten Landes-Verwaltungsgerichtsbarkeit — als Ergänzung zur derzeitigen ausschließlich zentralen Prüfungsinstanz — wurde als ein optimaler Weg menschenrechtskonformer Verwaltungsrechtspflege eingehend erörtert. Die österreichischen Länder sind heute durchaus in der Lage, eigenständige und wirksame Rechtsschutzeinrichtungen zu tragen und damit den historischen Gegensatz zwischen föderalistisch gegliederter Verwaltung und zentraler Rechtskontrolle aufzuheben. Als Ergebnis der Tagung ist somit festzuhalten: Die Sicherung der vollen Wirksamkeit und jeder weitere Ausbau des Menschenrechtsschutzes in Österreich kann realistischer Weise nur in einem föderalistisch gegliederten Rechtsschutzsystem und nicht in einer weiteren Überlastung von Zentralinstanzen der Rechtskontrolle gefunden werden.

Univ. Prof. Dr. Peter Pernthaler



**Landeshauptmann Dr. Herbert Keßler**

## **Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte**

Sehr geschätzter Herr Prof. Dr. Pernthaler in der Eigenschaft als Direktor des Instituts für Föderalismusforschung, geschätzte Herren des Präsidiums, meine sehr geehrten Herren. Das 10-Jahr-Jubiläum des Instituts für Föderalismusforschung in Innsbruck ist sicher für alle jene, die um die Bedeutung föderalistischer Geisteshaltung im Gesamtstaat und in den Ländern wissen, ich glaube für alle jene Bürger, denen der Föderalismus ein echtes Anliegen ist, Anlaß zur Freude. Denn 10 Jahre Institut für Föderalismusforschung sind sicher 10 Jahre sehr wirksame und wertvolle Arbeit im Dienst aller jener, die, in welcher Funktion immer, bemüht sind, für mehr Föderalismus, für mehr Selbstverwaltung und Selbstgestaltung der Gliedstaaten in Österreich zu kämpfen. Und ich glaube, wir haben anläßlich dieses 10-Jahr-Bestandes des Instituts vielleicht doch Ursache, gemeinsam ein klein wenig Rückschau zu halten auf das, was in diesen 10 Jahren im gemeinsamen Bemühen um mehr Föderalismus, um mehr Selbstverwaltung und Selbstgestaltung in Österreich, möglich war.

Mit Vertrag vom 1. bzw. 15. Juli 1975 haben die Bundesländer Tirol und Vorarlberg das Institut gegründet. Kurze Zeit danach, am 12. September, hat in St. Anton a. A. die konstituierende Sitzung des Kuratoriums stattgefunden. Von Anfang an war Herr Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler, dem ich bei der heutigen Gelegenheit für seine umfassende, unermüdliche Arbeit im Dienst des Föderalismus in Österreich danken möchte, als Institutsleiter tätig. Das Kuratorium hat zu seinem ersten Vorsitzenden den damaligen Herrn Landesamtsdirektor von Vorarlberg Dr. Grabherr bestellt und von diesen beiden genannten Herren waren die Vorschläge zur Bildung eines solchen Instituts, einer solchen Einrichtung, seinerzeit ausgearbeitet und den Regierungen der Länder Vorarlberg und Tirol vorgelegt worden. Und ich glaube, ich darf rückblickend doch mit gewisser Befriedigung sagen, daß die Landesregierungen der beiden genannten Länder dem Vorhaben von Anfang an volle Unterstützung gewähren konnten. Mit Beginn 1980 ist dann das Bundesland Salzburg dem Institut beigetreten und mit diesem Beitritt ist zweifellos sowohl ein ideeller als auch finanzieller weiterer wertvoller Beitrag zur Arbeit der Institution geleistet worden.

Wenn wir ganz kurz zurückblicken auf das, was das Institut in den vergangenen Jahren leisten und tun konnte, und wenn wir uns vielleicht eingangs noch einmal die Ziele des Instituts vor Augen führen, dann ist vielleicht folgendes zu sagen: Im Gründungsvertrag sind sehr wichtige und entscheidende Zielsetzungen festgehalten, nämlich die Unterstützung der wissenschaftlichen Forschung und Entwicklung des Föderalismus

und die Pflege und Verbreitung der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung. Das sind fürwahr wichtige — ich möchte sagen sehr notwendige — aus der Sicht Vorarlbergs jedenfalls unabdingbare Ziele und Forderungen. Das Institut konnte im Verlauf seiner 10-jährigen Arbeit eine Schriftenreihe herausgeben, in der bisher 35 Bände erschienen sind; mit einer Fülle wissenschaftlicher Arbeiten, wissenschaftlicher Dokumentationen und Unterlagen für die praktische Arbeit im Dienst des Föderalismus in Österreich. Arbeiten, die sehr wertvoll sind für die Wissenschaft, aber auch für alle jene, die in der praktischen Politik dazu berufen sind, im Dienste des Föderalismus und im Sinne föderalistischer Geisteshaltung im Bund oder in den Bundesländern, also den Gliedstaaten der gemeinsamen Republik, tätig zu sein.

Das Institut konnte während seiner 10-jährigen Bestandszeit bisher fünf wissenschaftliche Tagungen zu sehr aktuellen Themen durchführen, auf die ich jetzt im einzelnen aus Zeitgründen nicht eingehen will, aber sie seien doch in dieser Stunde erwähnt. Das Föderalismusinstitut erstattet jährlich einen Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich, der jeweils den Landtagen der drei Trägerländer vorgelegt und in gedruckter Form publiziert wird und der immer auch Anlaß ist, leider nicht immer mit der eigentlich erwünschten und nötigen Ausführlichkeit, der aber immerhin auch in den Landtagen immer wieder Anlaß zur Diskussion über die Lage des Föderalismus in Österreich und über die Zielvorstellungen der Landespolitiker zur Verbesserung der Situation des Föderalismus in Österreich bietet. Jährlich erscheinen im Institut mehrere Nummern eines aktuellen Informationsblattes, das österreichweit an politische Mandatare, an leitende Beamte, an die Interessensvertretungen und nicht zuletzt auch an die Medien gelangt. Und ich möchte nicht unerwähnt lassen die Aktivitäten der letzten Jahre im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung aktueller Vorträge, der so wichtigen Ausarbeitung und Erstattung von Gutachten zu Föderalismusfragen und nicht zuletzt sei auch erwähnt der Aufbau einer umfassenden Föderalismusdokumentation, die das Föderalismusinstitut als seine Zielsetzung sieht. Und wenn, meine geschätzten Herren, nach 10 Jahren die Leistungen des Instituts für Föderalismusforschung für die wissenschaftliche Durchdringung des Föderalismus und für die Verbreitung dieser Idee doch — glaube ich — gesamthaft sehr positiv beurteilt werden können, dann darf vielleicht auch erwähnt werden, daß es nicht unbeachtliche finanzielle Beiträge sind, die seitens der drei westlichsten Bundesländer Vorarlberg, Tirol und Salzburg in die Einrichtung investiert werden. Aber wir meinen, Herr Professor, aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahre, wir meinen, es sind gut investierte, es sind gut angelegte Gelder.

Das Tagungsthema dieses heutigen Symposiums lautet: „Föderalistische Verwaltungspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte“. Dieses Thema geht einerseits offensichtlich von den Menschenrechten aus, andererseits von der österreichischen Bundesstaatlichkeit, die, und das muß man wohl als eine bundesstaatliche Anomalie bezeichnen, die Länder von der Gerichtsbarkeit ausschließt. Der Rechtsschutz des Bürgers gewinnt in dem Maß an Bedeutung, in dem der Staat, der Bund, die Länder und die Gemeinden, Aufgaben übernehmen und in den verschiedensten Formen

in das Leben des einzelnen eingreifen. Einerseits wurde mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihren Instanzen im freien Europa ein System des überstaatlichen Menschenrechtsschutzes geschaffen, andererseits gibt es Hinweise, daß in den einzelnen Staaten selbst zentrale Lösungen nicht mehr voll ausreichen, sodaß auch hier eine Besinnung auf die Grundsätze des Föderalismus angezeigt ist. Neue föderalistische Entwicklungen kündigen sich auch im Landesverfassungsrecht an, wenn wir im eigenen Land bleiben. So wurde gerade die Vorarlberger Landesverfassung im vergangenen Jahr um entscheidende Ziele und Grundsätze des staatlichen Handelns und durch sehr gewichtige grundrechtliche Bestimmungen erweitert. Und ich würde meinen, nicht von ungefähr findet dieses Seminar im Dreiländereck Österreich, Schweiz, Deutschland statt. Gerade aus dieser geographischen Situation und aus der daraus erwachsenden Beteiligung erwarten wir uns für das heutige Thema einen befruchtenden, grenzüberschreitenden Gedankenaustausch. Ich wünsche dieser Veranstaltung, Herr Professor, Ihnen und Ihren Mitarbeitern viel Erfolg!

Aber gestatten Sie mir, meine geschätzten Herren, nachdem ich schon am Wort bin, doch aus der Sicht Vorarlbergs, aus der Sicht der Vorarlberger Landespolitik abschließend noch einige grundsätzliche Bemerkungen zur Arbeit der Einrichtung, deren 10-Jahres-Bestandsjubiläum wir heute begehen. Als einem Land mit einer sehr alten demokratischen Tradition und einer sehr frühen Selbstverwaltung, ist die Subsidiarität immer ein Grundpfeiler des staatlichen Handelns in Vorarlberg gewesen. Ich glaube, ich darf sagen und wir bemühen uns auch immer wieder bei geeigneten Anlässen, das in den Vordergrund zu stellen: Wir meinen, daß die gesamte landespolitische Arbeit aus dem Prinzip der Subsidiarität erwachsen muß und daß sämtliche landespolitischen Aktivitäten, in welchem gesellschaftspolitischen Bereich immer, sich nach den Grundsätzen der Subsidiarität auszurichten haben. Aus diesem Bekenntnis entspringt für den Föderalismus als Konsequenz das ständige Bemühen, für mehr Bundesstaatlichkeit und, als weitere Konsequenz, für mehr dezentrale Verwaltung. Das Subsidiaritätsprinzip besagt ja als Regel für ein richtiges gemeinschaftliches Zusammenleben, daß jeder einzelne und daß jede Gemeinschaft so viel Verantwortung selbst übertragen bekommen sollen, als sie zu tragen vermögen. Und auf die österreichischen Bundesländer übertragen kann dies ja nichts anderes heißen, als daß sie grundsätzlich alle jene Aufgaben übertragen bekommen und selbst regeln sollten, die nicht notwendigerweise dem Bund zukommen, weil sie die Kräfte der Gliedstaaten, der Länder übersteigen. Das müßte ja der eigentliche Geist der Bundesverfassung aus dem Jahre 1920 sein.

Und auch im Verhältnis des einzelnen zum Staat ist das Subsidiaritätsprinzip von größter Wichtigkeit. Auch hier gilt wie beim Verhältnis zu den Ländern der Grundsatz „Jedem das Seine“. Der Staat nimmt zwar heute viele Leistungen für den einzelnen auf sich, er tut dies aber nach einem sehr mechanisiertem Prinzip. Dem einzelnen sollte eigentlich die Sorge um alle jene Dinge übertragen bleiben, wo er bei ernstem Bemühen in der Lage ist, diese Aufgaben selbst zu erfüllen. Weil in ihm so das Bewußtsein gestärkt würde, daß er für sich und den anderen Verantwortung trägt. Der Satz

„Jedem das Seine“ liegt heute vielfach brach, weil der Staat dem Subsidiaritätsprinzip viel zu wenig Rechnung trägt. Im Wissen um die grundsätzliche Bedeutung subsidiären Handelns im Gemeinschaftsleben hat der Vorarlberger Landtag in einer umfassenden Novelle zur Landesverfassung einen Verfassungsartikel normiert, von dem ich glaube, daß er nicht nur für unser eigenes Bundesland als Gliedstaat der gemeinsamen Republik, sondern daß er für alle Länder und auch für den Gesamtstaat Gültigkeit haben sollte. Es heißt dort nämlich, „das Land hat die Aufgabe, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des einzelnen sowie die Gestaltung des Gemeinschaftslebens nach den Grundsätzen der Subsidiarität und der Solidarität aller gesellschaftlichen Gruppen zu sichern, Selbstverwaltung und Selbsthilfe der Landesbürger sind zu fördern.“ Ich weiß nicht, ob ich zuviel sage, wenn ich meine, daß die Verankerung der Subsidiarität in dieser Form und mit dieser normierten Konsequenz in österreichischen Verfassungsurkunden einmalig sein dürfte.

Und wenn wir, meine Herren, dann im Anschluß an das Bekenntnis zur Subsidiarität fragen, was ist eigentlich das Wesen und das Prinzip des Föderalismus wie wir ihn sehen möchten, dann darf ich vielleicht Herrn Prof. Pernthaler selbst zitieren, der meint, daß Föderalismus ganz allgemein gesehen jene Form des gesellschaftlichen und politischen Zusammenschlusses sei, die eine Einigung von selbständigen und eigenverantwortlichen Kleinordnungen zu größeren, durch gemeinsame Ziele und Einrichtungen verbundenen, Einheiten bewirkt und daß dabei wesentlich sei, daß dieser Zusammenschluß im Wege der Gleichordnung und nicht der Über- und Unterordnung geschieht, weil nur so die Einigung nicht zur Aufhebung, sondern zum Schutz der Selbständigkeit der Glieder führe. Wir können uns aus landespolitischer Sicht Vorarlbergs einer solchen Definition des Föderalismus nur aus vollem Herzen anschließen und wenn der gleiche Rechtslehrer und Institutsdirektor den Bundesstaat als die staatsrechtliche Form des Föderalismus definiert und meint, daß der Begriff des Bundesstaates den rechtlichen Gesamtbau einer bestimmten staatlichen Organisationsform erfassen soll, die im wesentlichen drei unabdingbare Voraussetzungen hat, nämlich eine Zuständigkeitsverteilung in der Ausübung der Staatsaufgaben zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten, eine Mitwirkung der Gliedstaaten an der gesamtstaatlichen Gesetzgebung und Vollziehung und — was ja bei uns in Österreich so sehr fehlt — einen sachgerechten Finanzausgleich, dann können wir uns auch dem nur vollen Herzens anschließen. Ein anderer Staatsrechtler Österreichs hat einmal gemeint, der Bundesstaat könne nur so definiert werden, daß der Bund nur eine Funktion von Zuständigkeiten darstelle, die Länder hingegen etwas Lebendiges seien. Der Bund, meinte er, habe keinen eigenen Namen, während die Länder Träger alter Namen seien. Die Substanz des Bundes liege in den Ländern und die Länder würden eine zentrifugale Tendenz bekunden, ohne deshalb in Opportunismus zu verfallen. Darin, daß der Bund als Oberstaat möglichst viele Funktionen der Staatsgewalt für sich in Anspruch nehme, liege die Problematik des Bundes.

Das Wort Föderalismus bedeutet eine bestimmte Dynamik im Staatswesen, in Beziehung gesetzt zur Staatsgewalt. Dabei handelt es sich, wenn man Föderalismus echt

und in seinen Wurzeln sieht, nicht um ein Streben nach Emanzipation oder Separatismus, sondern um eine Bewegung, die ein Bündnis, einen Pakt voraussetzt, zudem sich die Länder zusammengeschlossen haben. Föderalismus, und das wird, glaube ich, in der praktischen Politik häufig verwechselt, Föderalismus ist zu unterscheiden von Dezentralismus, der ein reiner Zustand ist und bei dem gewisse staatliche Gewalten in bestimmter Art geordnet sind. Und wir meinen, daß der Föderalismus, echt verstanden, mit der Freiheit aufs engste verbunden ist. Und vielleicht müßte das Wesen des Föderalismus niemand besser erfassen, als der im Naturrecht verwurzelte Christ. Der deutsche Denker Konstantin Franz hat einmal gemeint, der Föderalismus sei das der Welt zugewandte Gesicht des Christentums. Denn die Grundvorstellung des Föderalismus besteht darin, die in ihrer Würde und Freiheit gesicherte menschliche Persönlichkeit in eine geordnete, sich gegenseitig stützende, vom Kleinen ins Große wachsende, Gemeinschaft einzufügen. Es ist einfach nötig, dem staatlichen Wirken Grenzen zu ziehen, um die persönlichen Bereiche des sozialen Lebens, das Ich, die Ehe, die Familie, die Gemeinde und daran anschließend die höheren Verbände gegen eine das Leben mechanisierende Staatsgewalt zu schützen. Diese Grenzziehung ist unserer Meinung nach das eigentliche Wesen des Föderalismus. Echte Selbstverwaltung, wie sie die bundesstaatlichen Gebilde im föderalistischen Bundesstaat erlangen müßten — Bund, Länder, Kantone, Gemeinden — hat nichts mit Abkapselung zu tun. Föderalismus ist im Grunde ein Denken in großen Verhältnissen und Maßstäben, und er ist eigentlich das Gegenteil von dem, was Föderalismusgegner manchmal behaupten: daß er Verengung bedeute. Jene Freiheit, die der Föderalismus fordert, hat den Zweck, die persönliche Initiative für Gemeinschaftsleistungen zu entwickeln. Echte Selbstverwaltung und Selbstregierung kennt eigentlich nur er und föderalistisches Denken, wenn es ernst gemeint ist, scheut jene Vergewaltigung, die zentralistischen Organisationsformen von Natur aus eignet, weil der Zentralismus immer Lösungen von einem Punkt aus sucht und weil er das, was nicht in sein Schema paßt, in Vorschriften einengen und damit überwinden will. Eine lebensnahe Behandlung der Dinge, und ich glaube, da kommt unsere Zeit eigentlich immer stärker darauf zurück, macht es nötig, daß man sie von allen Seiten betrachtet und weil der Föderalismus verschiedene Standpunkte zu bieten vermag, ist er zur Lösung der Gemeinschaftsaufgaben hervorragend geeignet. Und aus dem Bekenntnis zu ihm ergibt sich ganz konsequenterweise der Einsatz für möglichst viel und umfassende Bundesstaatlichkeit in Österreich. Und nur so wollen wir die Forderungsprogramme der Bundesländer, die bekanntlich zurückgehen bis in die 60-iger Jahre — ich erinnere an 1968, 1970, 1976 und nun ein neu erarbeitetes umfassendes Forderungsprogramm der Länder — nur so wollen wir sie sehen. Mir fehlt jetzt, meine sehr geehrten Herren, so gern ich das täte, die Zeit, um etwas näheres zur Volksabstimmung vom 15. Juni 1980 in unserem Land zu sagen, deren Ergebnis bekanntlich nach langer Behandlung und Beratung im Vorarlberger Landtag ein föderalistisches 10-Punkte-Programm war, von dem wir meinen, daß es zur Initiierung und Aktivierung der Föderalismusdiskussion in Österreich in den Folgejahren sehr wesentlich beigetragen hat.

Meine geschätzten Herren, ich möchte abschließend sagen: Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, daß es sehr großer Geduld und Zähigkeit bedarf, um wenigstens schrittweise Erfolge im Bemühen der Länder um mehr Bundesstaatlichkeit zu erzielen. Vorarlberg ist jedenfalls entschlossen, trotz mancher Rückschläge in den letzten Jahren, manch herber Enttäuschung, aber doch auch aufgrund manchen Hoffnungsschimmers am Horizont, den Kampf um mehr Länderrechte konsequent fortzusetzen. Erste Erfolge sind ja doch auch unverkennbar. Ich denke etwa an die jüngste Bundesverfassungsnovelle, mit der es erstmals gelungen ist, die Länderkammer, den Bundesrat, seit Bestand der Bundesverfassung im Jahr 1920 doch entscheidend aufzuwerten. Nicht so, wie wir ihn möchten, aber doch mit einem wichtigen Schritt nach vorne. Das westlichste Bundesland Vorarlberg wird die künftigen, sicher schwierigen, aber wichtigen und mit Konsequenz letztlich auch erfolgreichen Verhandlungen, im Bewußtsein des Art. 1 unserer Landesverfassung führen, in dem es nämlich heißt: Vorarlberg ist ein selbständiges Land des Bundesstaates Österreich. Es bekennt sich zu den Grundsätzen der freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialen Ordnung. Als selbständiger Staat übt Vorarlberg alle Hoheitsrechte aus, die nicht ausdrücklich dem Bund übertragen werden. Und schließlich: Alle staatliche Gewalt des Landes geht vom Landesvolk aus. Sie wird unmittelbar in Wahlen und Abstimmungen sowie mittelbar durch die Organe der Gesetzgebung und Verwaltung ausgeübt. Und, meine Damen und Herren, wenn ich mir diese Zwischenbemerkung erlauben darf, wir meinen, ohne unbescheiden zu sein, daß gerade mit der letzten großen Landesverfassungsnovelle vom vergangenen Jahr unser kleines Land vielleicht doch auch gewisse Schrittmacherdienste in Richtung mehr unmittelbarer Demokratie in Österreich leisten könnte. Und abschließend, wir haben, glaube ich, Ursache, an eine gute Zukunft des Föderalismus zu glauben, weil er ein Denken in großen Verhältnissen und Maßstäben ist. Ziel echter föderalistischer Geisteshaltung ist die Herstellung des inneren Gleichklangs zwischen dem Ich und der Gemeinschaft, zwischen Freiheit und Bindung, zwischen Menschenrechten und Staatsrechten. Und wir meinen, auch im Gegensatz eben zu manchen Zentralisten, wenn wir uns zum Föderalismus bekennen, daß wir damit durchaus sehr entscheidend und grundlegend Bekenntnis ablegen zu Österreich und zur Vielfalt seiner Länder, die gewachsene Gebilde sind, gewachsen aus der Landschaft, der Geschichte und hohen Werten der Kultur.

Damit bekennen wir uns aber zweifellos auch zu einem Vereinigten Europa, das im Rahmen des politischen Zusammenschlusses nur Bestand haben wird, wenn es seine individuelle Vielgestaltigkeit bewahrt. Europa ist ohne die Bewahrung der Individualität seiner Völker undenkbar und darin glauben wir, liegt die große Chance des Föderalismus weit über Österreich hinaus.

Ein Politiker hat einmal gesagt, Föderalist ist nicht, wer hinter der Zeit nachhinkt und, anstatt den harten Gegebenheiten des Tages ins Auge zu blicken, romantisierenden Vorstellungen nachhängt. Föderalist ist, Föderalist und damit auch Vorarlberg ist, wem die Heimat mehr als eine Provinz und das Vaterland mehr als ein Staat ist. Wer den Föderalismus so sieht, der glaube ich, sieht ihn für die Zukunft erfolverspre-

chend. Zu einem solchen Föderalismusbekenntnis stehen wir Vorarlberger jedenfalls aus vollem und überzeugtem Herzen.



**Prof. Dr. F. Kopp**

## **Der Schutz der Menschenrechte in der Verwaltungsrechtspflege der Länder in der Bundesrepublik Deutschland**

### **I. Der Schutz der Menschenrechte durch die Gerichtsbarkeit**

Es gehört zu den zum Teil in leidvoller Erfahrung gesicherten Erkenntnissen des modernen Rechtsstaates, daß den Bürgern zuerkannte Rechte nur so viel wert sind wie das Instrumentarium, das ihre Einhaltung gewährleistet. Wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren. Man könnte diesen Satz auch auf die Einrichtungen anwenden, die den Rechtsschutz in einem Staat gewähren. Im modernen Staat sind es vor allem die Gerichte, die diese Funktion erfüllen, wenn nicht ausschließlich, so doch jedenfalls in letzter Instanz. Dies gilt auch für die Menschenrechte. Da diese vor allem gegen den Staat gerichtet sind und diesen verpflichten, kann nicht ohne weiteres erwartet werden, daß weisungsgebundene staatliche Behörden allein wirksam vor staatlichen Übergriffen schützen. Dies können nur unabhängige Gerichte.

In Bundesstaaten, in denen auch die Länder über eine eigene Gerichtsorganisation verfügen, ist es naheliegend, daß auch die Gerichte der Länder Anteil an der Aufgabe haben, die Menschenrechte zu schützen. Dies gilt nicht für alle Bundesstaaten. Maßgeblich ist insoweit die in einem Staat bestehende Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern und die Organisation der Gerichtsbarkeit. Unterschiede bestehen nicht selten auch hinsichtlich der Frage, welchen Gerichten der Schutz der Menschenrechte übertragen ist, wenn unterschiedliche Gerichtszweige mit jeweils spezifischen Aufgabenbereichen vorhanden sind.

Es wäre sicher reizvoll, die Rechtsschutzsysteme in den wichtigsten Bundesstaaten im Hinblick auf den Schutz der Menschenrechte zu untersuchen. Ich möchte und muß mich hier schon aus Zeitgründen jedoch auf **einen** Staat beschränken, auf die Bundesrepublik Deutschland, und auf das hier im Bereich der Verwaltungsrechtspflege in den Ländern geltende System des gerichtlichen Rechtsschutzes, soweit es für die Wahrung der Menschenrechte von Bedeutung ist.<sup>\*)</sup>

<sup>\*)</sup> Nicht behandelt wird im vorliegenden Beitrag der Rechtsschutz in Ordnungswidrigkeitssachen, da dieser in der BRD nicht zur Verwaltungsrechtspflege gerechnet wird, sondern den Strafgerichten übertragen ist. Nach § 67 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) idF von 1975 kann ein Betroffener gegen einen Bußgeldbescheid der Verwaltungsbehörde beim zuständigen Amtsgericht — Strafgericht Einspruch einlegen. Das Amtsgericht entscheidet dann ohne Bindung an die Beurteilung der Tat als Ordnungswidrigkeit durch die Behörde aufgrund eigener Überprüfung der Sach- und Rechtslage im wesentlichen nach den Vorschriften der StPO. Für die Anordnung von Erziehungshaft bei Nichtzahlung der von der Behörde oder im Verfahren über einen Einspruch vom Gericht verhängten Geldbuße ist nach §§ 96 ff OWiG immer nur das Gericht zuständig.

## **II. Die Geltung der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland und die Rechtsquellen**

Lassen Sie mich zunächst mit einer kurzen Darstellung des Begriffs, der Funktion, der Bedeutung und der Rechtsquellen der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland im allgemeinen und in den Ländern im besonderen beginnen.

Der Begriff der Menschenrechte wird in der Bundesrepublik Deutschland ähnlich wie in Österreich und in den meisten Staaten zum Teil in einem unterschiedlichen Sinn gebraucht. Das Bonner Grundgesetz spricht in Art. 1 Abs. 2 von „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“, zu denen sich das deutsche Volk „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ bekennt. In ähnlichem Sinn erscheint der Begriff der Menschenrechte auch in einigen deutschen Landesverfassungen. Gemeint ist damit offensichtlich ein Kernbestand vor- und überstaatlicher Rechte. Davon abgesehen ist jedoch umstritten, welche Rechte hiermit im einzelnen angesprochen sind und welche juristische Bedeutung dem Bekenntnis in Art. 1 Abs. 2 GG zu den Menschenrechten — zudem einem Bekenntnis des Volkes, nicht des Staates — zukommt. Dies gilt um so mehr, als dieses Bekenntnis von der Formulierung her — es ist mit Art. 1 Abs. 1 GG, der den Schutz der Menschenwürde als Verfassungsrecht statuiert, mit der Konjunktion „darum“ verbunden — auch sonst keinen unmittelbar greifbaren juristischen Gehalt aufweist und die wesentlichen Menschenrechte ohnehin im Grundrechtskatalog des GG und in den Grundrechtskatalogen der Landesverfassungen ausdrücklich genannt und garantiert werden. In der Rechtsprechung und im Schrifttum zu den Menschenrechten spielt Art. 1 Abs. 2 GG daher bisher keine Rolle.

Unmittelbare und in der Tat sehr weitreichende Bedeutung haben die Menschenrechte für das Rechtsschutzsystem in der Bundesrepublik dagegen, soweit sie im Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes und in den Verfassungen der Länder ausdrücklich als Grundrechte oder Grundprinzipien mit Verfassungsrang gewährleistet sind. Die Art. 1 Abs. 1 - 19, 33, 34 und 101 GG gewährleisten die in Europa seit Mitte des 19. Jh. traditionellen Freiheits-, Gleichheits- und sonstigen Grundrechte sowie die Menschenwürde, ohne daß dabei Menschenrechte i.e.S. und sonstige Rechte unterschieden werden. Ähnliches gilt für die Grundrechtskataloge der Verfassungen der Länder. Das GG und die Verfassungen der Länder, insbesondere zB die bayerische Verfassung, garantieren alle wesentlichen Freiheits- und Gleichheitsrechte, die auch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UN vom 10.12.1948 und in der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 genannt werden, und gehen zum Teil — dies gilt vor allem für die Verfassungen Bayerns und Hessens — weit darüber hinaus. Nur einige Rechte, wie das Versammlungsrecht und das Vereinigungsrecht werden im GG und in einzelnen Landesverfassungen den deutschen Staatsbürgern und den ihnen in Art. 116 GG gleichgestellten Personen bzw (in den Landesverfassungen) Personen, die im Land ihren Wohnsitz haben oder

eine besondere Beziehung zum Land haben, vorbehalten (sog. Staatsbürgerrechte im Gegensatz zu „Menschenrechten“ in einem anderen Sinn). Auch insoweit aber hat dies meist keine wesentlichen Auswirkungen, weil die entsprechenden Menschenrechte jedenfalls durch einfache Gesetze geschützt sind und nach herrschender Auffassung in diesen Fällen auch die Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG bzw in den Landesverfassungen Anwendung findet. Keine Entsprechung in den Grundrechten des Bonner Grundgesetzes — anders zum Teil in den Landesverfassungen — haben die sozialen Menschenrechte der UN-Erklärung. Das Grundgesetz enthält insoweit nur eine allgemeine Entscheidung zugunsten des Sozialstaates (Art. 2 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG). Andererseits gewährleistet zB das Bonner Grundgesetz die Berufsfreiheit und den freien Zugang zu den öffentlichen Ämtern, die in der UN-Erklärung und in der MRK nicht genannt werden.

Außer im Grundgesetz und in den Landesverfassungen werden im deutschen Recht einzelne wichtige Menschenrechte auch durch Sätze des Völkerrechts, die als Bundesrecht gelten, mit unmittelbarer juristischer Geltungskraft gewährleistet. Dies gilt gemäß Art. 25 GG einmal für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts und damit auch die hier anerkannten Menschenrechte, die nach dieser Vorschrift zu Bestandteilen des Bundesrechts erklärt werden und damit nach herrschender Auffassung zwar dem Verfassungsrecht nachgeordnet sind, jedoch Vorrang vor einfachem Bundes- und Landesrecht haben, außerdem auch für die durch völkerrechtliche Verträge garantierten Menschenrechte. Letztere gelten mit dem Rang einfacher Gesetze. Dazu gehören auch die Menschenrechte der MRK und die Menschenrechte der UN-Menschenrechtspakte, soweit sie als unmittelbar geltendes, self-executing law, ins deutsche Recht übernommen worden sind.

Zu nennen sind schließlich auch die in den Europäischen Verträgen unter Beschränkung auf die Bewohner der Mitgliedsländer garantierten oder im Recht der Europäischen Gemeinschaften als ungeschriebene Rechtsgrundsätze anerkannten Menschenrechte. Ihr Rang bzw ihre Zuordnung in der Hierarchie der Rechtsnormen ist zum Teil umstritten. Vom Bundesverfassungsgericht werden sie als Recht anerkannt, das nur den Fundamentalnormen des Bonner Grundgesetzes nachgeordnet ist, außerdem aber auch den einfachen Grundrechten des GG, solange die Europäischen Gemeinschaften nicht einen eigenen geschriebenen Grundrechtskatalog in Kraft setzen.

### **III. Die mit dem Schutz der Menschenrechte befaßten Organe der Rechtspflege**

Der Schutz der Menschenrechte ist in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich Aufgabe sowohl der Verwaltung als auch der Gerichtsbarkeit aller Gerichtszweige, außerdem, soweit es sich um Menschenrechte mit Verfassungsrang oder Rang über dem einfachen Gesetz handelt, auch des Gesetzgebers. Art. 1 Abs. 3 GG spricht dies ausdrücklich für die Grundrechte des Grundgesetzes aus; Entsprechendes gilt aber

auch für die sonstigen Menschenrechte, soweit sie unmittelbar geltendes Recht darstellen. Eine Beschränkung besteht nur für die in den Landesverfassungen garantierten Grundrechte. Sie binden nur die Landesorgane einschließlich der Gerichte der Länder.

Anders als in Österreich besteht in der Bundesrepublik auf Bundes- und Länderebene keine strikte Trennung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die Wahrung der Menschenrechte. Alle Gerichte, auch die Verwaltungsgerichte, sind an die in der Verfassung gewährleisteten Menschenrechte gebunden und müssen diese auch bei ihren Entscheidungen beachten und schützen, die Gerichte des Bundes allerdings nur die Menschenrechte, die durch Bundesrecht oder diesem gleichgestelltes Recht gewährleistet sind.

Die Verfassungsgerichte sind insoweit nur zusätzliche Rechtsschutzeinrichtungen, die dann angerufen werden können, wenn ein Bürger glaubt, daß ein Grundrecht von der Verwaltung oder einem Gericht nicht beachtet wurde. Nur wenn ein Gericht ein förmliches, nachkonstitutionelles Gesetz für grundgesetzwidrig hält — es muß insoweit überzeugt sein und seine Auffassung eingehend begründen —, kann es ähnlich wie in Österreich nicht selbst abschließend entscheiden, sondern muß die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Ähnliches gilt zum Teil in den Ländern hinsichtlich der Vereinbarkeit von Landesgesetzen und Verordnungen des Landesrechts mit der Landesverfassung, und für das EG-Recht hinsichtlich der Vereinbarkeit von EG-Recht im Rang unter den Europäischen Verträgen mit diesen.

Im einzelnen ist für den gerichtlichen Rechtsschutz der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland im Bereich der Gerichtsbarkeit das hier bestehende allgemeine System des gerichtlichen Rechtsschutzes maßgeblich. Die Gerichtsbarkeit ist in der Bundesrepublik in Gerichtsbarkeit des Bundes und in Gerichtsbarkeit des jeweiligen Bundeslandes aufgeteilt. Diese Aufteilung gilt auch für den Schutz der Menschenrechte. Die unteren Gerichte sind mit Ausnahme einiger ausschließlich für Angelegenheiten des Bundes zuständiger Gerichte, wie der Wehrdienstgerichte, Gerichte der Länder. Nur die oberste Instanz, deren Zuständigkeit in der Regel auf die Entscheidung in Rechtsfragen wegen Verletzung von Bundesrecht einschließlich des Bundesverfassungsrechts, des Völkerrechts und des Europäischen Rechts beschränkt ist, ist ein Gericht des Bundes.

So gibt es zB im Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit drei Instanzen, wenn der Bürger eine Verletzung eines Menschenrechts rügt, das im Bonner Grundgesetz gewährleistet ist, das Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht (das in manchen Ländern die Bezeichnung Verwaltungsgerichtshof führt) als Gerichte des Landes und das Bundesverwaltungsgericht als Gericht des Bundes. Vorausgesetzt, wenn Gegenstand des Streits ein Verwaltungsakt ist, in der Regel ein Verwaltungsverfahren und ein Widerspruchsverfahren vor den zuständigen Landes- oder Bundesbehörden, je nachdem, ob die Verwaltungszuständigkeit beim Bund oder beim Land liegt.

Auch der Bund muß sich vor dem Verwaltungsgericht des Landes, in der Regel vor dem Verwaltungsgericht des Landes Nordrhein/Westfalen in Köln, verklagen lassen und kann, wenn er das Urteil nicht für richtig hält, nur Berufung an das OVG desselben Bundeslandes, im vorliegenden Fall an das OVG Münster einlegen. Nur über eine evtl. gegen dessen Urteil eingelegte Revision entscheidet dann das Bundesverwaltungsgericht in Berlin als Gericht des Bundes.

Auch im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit stehen die Verfassungsgerichte der Länder und das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich unabhängig nebeneinander. Das Verfassungsgericht des Landes prüft Handlungen von Landesorganen auf ihre Vereinbarkeit mit der Landesverfassung, das Bundesverfassungsgericht Akte von Landes- und Bundesorganen auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Die meisten Bundesländer — mit Ausnahme ua Berlins — haben eigene Verfassungsgerichte errichtet, die der Bürger anrufen kann, wenn er sich in einem durch die Landesverfassung gewährleisteten Recht verletzt glaubt. Der Bürger hat in diesen Fällen grundsätzlich die Wahl, ob er sich nach Erschöpfung des Rechtsweges, dh in der Regel nach erfolgloser Befassung auch des zuständigen obersten Bundesgerichts, an das Verfassungsgericht des Landes oder an das Verfassungsgericht des Bundes wenden will. Er kann sich auch an beide zugleich wenden; nicht möglich ist es dagegen in der Regel wegen der bestehenden verhältnismäßig kurzen Rechtsbehelfsfristen, daß jemand zunächst das Verfassungsgericht der Länder anruft und ggf, nachdem dieses gegen ihn entschieden hat, das Bundesverfassungsgericht, oder umgekehrt. Auch das Bundesverfassungsgericht kommt insoweit nicht als eine Art weiterer Instanz für eine Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Landesverfassungsgerichts in Betracht, sondern nur, wenn diese Entscheidung nach Auffassung des Beschwerdeführers ihrerseits gegen ein Grundrecht des Grundgesetzes verstößt.

#### **IV. Die Rechtsgrundlagen des gerichtlichen Rechtsschutzes**

##### *1. Organisation und Verfahren der Verwaltungsgerichte*

Im Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit ist der Rechtsschutz gegen Verletzungen von Menschenrechten in der Bundesrepublik allgemein durch Bundesgesetze, nämlich die VwGO, die FGO und das SozGG geregelt. Diese Gesetze verweisen zT auf die ZPO und das GVG, die ebenfalls Bundesgesetze sind. Da der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit im wesentlichen abschließenden Gebrauch gemacht hat, konnten die Länder insoweit nur Ausführungsgesetze erlassen und in diesen Fragen regeln, die der Bund ihnen zur Regelung überlassen hat, wie Fragen des Sitzes der Verwaltungsgerichte, der Benennung des OVG als VGH, sofern diese Bezeichnung auch schon vor Erlaß der VwGO eingeführt war, der Dienstaufsicht über die Richter usw. Besonders zu erwähnen ist § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, der die Länder ermächtigt, die abstrakte Normenkontrolle gegen

Rechtsvorschriften im Rang unter dem Landesgesetz einzuführen, soweit diese nicht schon nach Bundesrecht (seit 1977) gegeben ist.

Im wesentlichen durch Bundesgesetze geregelt, und zwar in den genannten Prozeßordnungen, ist auch das sog. Vorverfahren, das dem Berufungsverfahren des österreichischen Rechts entspricht. Die zT lückenhafte Regelung wird hier im Landesbereich jedoch für das Vorverfahren im Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ergänzt, die subsidiär anzuwenden sind, je nachdem, ob eine Bundes- oder Landesbehörde Widerspruchsbehörde ist.

## **2. Organisation und Verfahren der Verfassungsgerichte**

Der Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsgerichte ist für den Bereich des Bundes hinsichtlich der im Bonner Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte durch das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG), für den Bereich der Grundrechte der Landesverfassungen durch das jeweilige Gesetz über das Verfassungsgericht des Landes, also durch Landesgesetz, geregelt. Soweit das Bundesverfassungsgericht zuständig ist, gilt das BVerfGG auch für Verfassungsbeschwerden gegen Akte von Landesorganen, die nach Auffassung des Beschwerdeführers ein Grundrecht des GG verletzen.

## **V. Die Rechtsformen des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit**

### **1. Die Generalklauseln**

Soweit der gerichtliche Rechtsschutz gegen die Verletzung von Menschenrechten durch die allgemeinen Verwaltungsgerichte, die Finanzgerichte oder die Sozialgerichte gewährt wird, sind dafür die allgemeinen Vorschriften des Prozeßrechts der entsprechenden Gerichtsbarkeiten maßgeblich. Der Rechtsschutz ist danach nicht wie in Österreich an bestimmte Klage- oder Antragsarten gebunden. Vielmehr gelten dafür die sog. Generalklauseln, die allgemein den Rechtsweg für alle Streitigkeiten, die unter die generelle Rechtswegzuweisung fallen, ohne Rücksicht auf die im konkreten Fall gebotene Klage- oder Antragsart, eröffnen. In Bezug auf Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt wird der gerichtliche Rechtsschutz auch durch Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich gewährleistet. Diese Vorschrift wird von der Verfassungsrechtsprechung dahin verstanden, daß gegen alle Akte der vollziehenden Gewalt effektiver Rechtsschutz durch ein Gericht, wenn kein anderes Gericht zuständig ist, durch die Zivilgerichte, zu gewähren ist.

### **2. Die wichtigsten Klage- und Antragsarten**

Die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Finanzgerichtsbarkeit und die Sozialgerichtsbarkeit kennen außer der Anfechtungsklage, die in etwa der Be-

scheidtsbeschwerde des österreichischen Rechts entspricht, auch alle allgemeinen Klagearten des Zivilprozeßrechts, insb auch die allgemeine Leistungsklage (einschließlich der Unterlassungsklage), die Feststellungsklage, die Gestaltungsklage, außerdem als besondere Klagearten die Verpflichtungsklage auf Erlaß eines Verwaltungsakts und im Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit (mit Einschränkungen) die Normenkontrollklage gegen Vorschriften im Rang unter den Landesgesetzen. Hinzu kommen besondere Rechtsbehelfe des sog. vorläufigen oder einstweiligen Rechtsschutzes und besondere Rechtsbehelfe im Vollstreckungsverfahren entsprechend der ZPO, die von den Verfahrensordnungen pauschal für anwendbar erklärt sind.

### 3. *Klagen bei Untätigkeit einer Behörde*

Eine der Säumnisbeschwerde des österreichischen Rechts vergleichbare Klage fehlt. Die Funktion der Säumnisbeschwerde wie auch der Geltendmachung der Entscheidungspflicht wird teils durch die Regelung des § 75 VwGO und entsprechende Vorschriften in der FGO und im SGG erfüllt, wonach die Klage zum zuständigen Gericht jedenfalls nach angemessener Frist, grundsätzlich nach 3 Monaten, zulässig ist, wenn die Ausgangsbehörde bzw die Widerspruchsbehörde nicht innerhalb dieser Frist entscheidet, teils, soweit eine Sachentscheidung durch VA zugunsten des Bürgers geht, durch die Verpflichtungsklage.

### 4. *Besonderheiten des Verfahrens*

Im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich und in vielen anderen Ländern sind die Verwaltungsgerichte in der Bundesrepublik nicht auf eine reine Rechtskontrolle iS des Verwaltungshandelns beschränkt, sondern mit Ausnahme der Revisionsgerichte in vollem Umfang auch Tatsacheninstanzen mit grundsätzlich denselben Befugnissen der Beweiserhebung und Beweiswürdigung wie die Zivilgerichte.

Abgrenzungsprobleme gegenüber der Verwaltung ergeben sich vor allem dadurch, daß die Gerichte sehr weitgehende Befugnisse zu originären Sachverhaltsfeststellungen in Anspruch nehmen. So sind eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung und Verfahrensfehler grundsätzlich unerheblich, wenn der VA jedenfalls im Ergebnis in Tatsachen, die das Gericht feststellt, eine Stütze findet, wie es so schön heißt; bei Verpflichtungsklagen kommt es praktisch überhaupt nicht darauf an, aufgrund welchen Sachverhalts die Behörde entschieden hat bzw wie sie angesichts der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Entscheidung entscheiden mußte. Eine Verpflichtungsklage ist schon dann erfolgreich, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts objektiv nach der dann bestehenden Sach- und Rechtslage der Anspruch besteht. Nur bei Ermessensentscheidungen und Entscheidungen, für die das Gesetz der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum einräumt, kann das Gericht nur den fehlerhaften VA aufheben und in Verpflichtungssachen nur die Behörden verpflichten, nochmals unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zur Sache zu entscheiden.

## **VI. Die Rechtsformen des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit**

### *1. Die Verfassungsbeschwerde und die Popularklage*

Für den Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsgerichte der Länder gelten nicht wie für die Verwaltungsgerichtsbarkeit Generalklauseln, sondern das Enumerationsprinzip. Nach dem BVerfGG und nach den meisten Verfassungsgerichtsgesetzen der Länder hat der Bürger nur die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung eines Grundrechts bzw sonst verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts. Die Verfassungsbeschwerde ist gegen alle Akte der Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung gegeben, sofern eine Verletzung von Grundrechten der Verfassung gerügt wird. Sie ist auch gegen Unterlassungen möglich. Eine nur formelle Sonderstellung nimmt insoweit die Popularklage in Bayern gegen Rechtsnormen ein, die jedermann, unabhängig davon, ob er selbst rechtlich betroffen ist, erheben kann, wenn er der Auffassung ist, daß eine Rechtsvorschrift gegen Grundrechtsbestimmungen verstößt.

Außer der Verfassungsbeschwerde kennt das Verfassungsprozeßrecht verschiedene andere Rechtsbehelfe zu den Verfassungsgerichten, die jedoch dem Bürger nicht zur Verfügung stehen, so das Antragsrecht bestimmter staatlicher Organe in Organstreitigkeiten, in Bund-Länder-Streitigkeiten und in Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, außerdem auch die schon erwähnte Vorlagepflicht der Gerichte wegen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes und in einigen anderen Fällen. Auch in solchen Verfahren können die Menschenrechte als Entscheidungsmaßstab von Bedeutung sein.

### *2. Besonderheiten des Verfahrens*

Das Verfahren, die Entscheidungsmöglichkeiten und Entscheidungsvoraussetzungen sind in den Verfassungsgerichtsgesetzen des Bundes und der Länder geregelt. Inhaltlich bestehen weitgehende Übereinstimmungen. Voraussetzung der Verfassungsbeschwerde, die im vorliegenden Zusammenhang vor allem interessiert, ist insbesondere grundsätzlich, daß vorher der Rechtsweg — dh alle Möglichkeiten, durch Rechtsmittel oder auch informelle Rechtsbehelfe, Recht zu bekommen — erschöpft wurde.

Die Verfassungsgerichte sollen nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht eine weitere Instanz oder eine „Überinstanz“ sein, und wollen nach ihrem Selbstverständnis dies auch nicht sein, sondern nur Hüter der Verfassung. Deshalb prüfen das BVerfGG und die Verfassungsgerichte der Länder auch gerichtliche Entscheidungen grundsätzlich nicht in jeder Hinsicht, sondern nur im Hinblick auf Verstöße gegen spezifische Verfassungsrecht, wozu allerdings auch die Prüfung gehört, ob einfachgesetzliches Recht zutreffend im Licht der Grundentscheidungen der Verfassung gesehen und angewandt worden ist.

## VII. Wirksamkeit des Schutzes der Menschenrechte durch die Verwaltungsrechtspflege

Der Schutz der Menschenrechte durch die Verwaltungsrechtspflege ist in der Bundesrepublik wie in allen modernen Rechtsstaaten letztlich so gut wie die Gesetze, Verordnungen und Sätze des ungeschriebenen Rechts, die der Behörde und den Gerichten vorgegeben sind. Gleichwohl spielt hier auch das allgemeine Verständnis der Menschenrechte und der „Stil“ der Verwaltungsrechtspflege eine erhebliche Rolle.

Die einfachen Normen und Grundsätze des Verwaltungsrechts — Entsprechendes gilt für das Strafrecht, das Zivilrecht usw — sind insoweit nicht nur, um dieses geflügelte Wort von Fritz Werner, dem ehemaligen Präsidenten des BVerwG zu gebrauchen, „konkretisiertes Verfassungsrecht“, sondern werden auch als Ausdruck von Wertvorstellungen und Wertungen, denen es in der Auslegung und Anwendung Geltung zu verschaffen gilt, verstanden.

Da die Menschenrechte nicht erst vor den Verfassungsgerichten, sondern bereits bei den Entscheidungen der Verwaltung und dann in der Verwaltungsgerichtsbarkeit wesentliche Maßstabnormen sind, stellt sich die Verwaltungsrechtspflege insgesamt zusammen mit der Verfassungsgerichtsbarkeit zugleich als Bemühen um die Verwirklichung und Durchsetzung der Menschenrechte im Rechtsleben dar. Von erheblicher praktischer Bedeutung für die Entwicklung und Verwirklichung der Menschenrechte ist dabei nicht zuletzt auch der Dialog, der hier zwischen der Verwaltung und den Gerichten und zwischen den einfachen Gerichten und den Verfassungsgerichten über die rechte Verwirklichung der einzelnen Menschenrechte stattfindet. Die Erfahrung zeigt, daß es in einem solchen Dialog leichter und wirksamer gelingt, alle Aspekte eines Menschenrechts auszuloten, als wenn nur ein oder wenige Gerichte an der Rechtsfindung beteiligt sind.

Die Folge dieses generellen Stils der Verwaltungsrechtspflege ist, daß die Menschenrechte nicht nur ein wesentlicher und selbstverständlicher Teil der Rechtsordnung geworden sind, sondern auch, daß sie zusammen mit anderen Grundrechten eine extensive Auslegung und Entfaltung erfahren haben als in vielen anderen Ländern. So hat die Rechtsprechung zB aus dem Gleichheitsgebot sehr detailliertere Folgerungen für behördliche und gerichtliche Verfahren gezogen und daraus zB besondere Betreuungs- und Belehrungspflichten uä abgeleitet, aus der Gewährleistung von Freiheit, Leben und Gesundheit sowie des Eigentums die Verpflichtung staatlichen Eingreifens, wenn diesen Rechtsgütern von dritter Seite eine schwere und unzumutbare Beeinträchtigung droht, usw, aus der Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein Recht auf Sicherung eines menschenwürdigen Lebens durch die Gemeinschaft, aus demselben Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ein grundsätzliches Verbot rückwirkender Rechtsvorschriften und eine Beschränkung für plötzliche, nicht vorhersehbare Rechtsänderungen, das

Gebot der Fairness von behördlichen und gerichtlichen Verfahren und von Prüfungen, aus den Grundrechten insgesamt das Gebot der Verhältnismäßigkeit, um nur einige Beispiele zu nennen.

Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Ableitung von Organisations- und Verfahrensgrundsätzen aus den Grundrechten. Das Bundesverfassungsgericht hat vor allem in den letzten Jahren die Auffassung entwickelt, daß jedes materielle Grundrecht zugleich auch die organisationsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Erfordernisse für die Verwaltung und die Gerichtsbarkeit mit einschließt, die erfüllt sein müssen, damit es effektiv wird, wie Wahrung der Zuständigkeiten, die Rechtzeitigkeit der Entscheidung, des rechtlichen Gehörs der Betroffenen, eine angemessene Verteilung der Beweislast usw.

Dies alles gilt jedoch im wesentlichen nur für die Grundrechte des Verfassungsrechts im Bund und in den Ländern. Soweit die Menschenrechte nicht durch die Verfassungen garantiert sind, sondern nur in einfachen Gesetzen oder Verträgen wie der MRK, haben sie mit Ausnahme einiger Rechte des Europäischen Rechts in der Verwaltungspflege bisher keine größere Bedeutung erlangt. Gelegentliche Hinweise in der Praxis oder im Schrifttum werden oft damit abgetan, daß die deutschen Gesetze ohnehin den Anforderungen voll und ganz genügen.

Ähnliches gilt in aller Regel auch für die durch allgemeine Grundsätze des Völkerrechts gewährleisteten Grundrechte. Die Rechtsprechung erwähnt sie zwar gelegentlich, in der Regel jedoch ebenfalls nur, um festzustellen, daß die Erfordernisse erfüllt sind.

### **VIII. Aktuelle Probleme und Defizite des Schutzes der Menschenrechte in der Verwaltungsrechtspflege.**

Das Bild wäre nicht vollständig, wenn ich nicht auch die Probleme erwähnen würde, die sich bei der Gewährung des verwaltungsgerichtlichen Schutzes der Menschenrechte ergeben.

Der Rückgriff auf Grundrechte und das Bemühen, ihnen Geltung zu verschaffen, steht nicht selten im Widerspruch zu den Erfordernissen der Rechtsgewißheit. Wenn die Gerichte im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit allzu rasch und bereitwillig auf Grundrechte zurückgreifen und die positivrechtlichen Vorschriften, die nicht damit im Einklang zu stehen scheinen, einfach durch verfassungskonforme Auslegung beiseiteschieben oder für unerheblich erklären, verliert das Recht an Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit.

Vor allem aber hat mE diese Haltung der Rechtsprechung in der Bundesrepublik auch mit dazu beigetragen, daß die Gerichte dazu neigen, im Interesse der Durchsetzung des materiellen Rechts die ihnen in einem gewaltenteiligen System, das die Vollzie-

hung der Gesetze im Verwaltungsbereich primär den Behörden zuweist, gezogenen Grenzen als eher sekundär zu betrachten. Um dem rechtsuchenden Bürger nicht Steine statt Brot zu geben, wie dies einmal ein Verwaltungsrichter formuliert hat, sehen die Gerichte jedenfalls im Bereich der gebundenen Verwaltung grundsätzlich über Verfahrensfehler wie mangelhafte Sachaufklärung, unterlassene Anhörung der Betroffenen usw. hinweg und prüfen nur noch, ob das Ergebnis mit dem Recht im Einklang steht, bzw stellen fest, wie das Ergebnis sein müßte, um mit dem Recht im Einklang zu stehen, und verpflichten dann die Verwaltung zum entsprechenden Handeln. Sie greifen damit nicht selten der Verwaltung vor und übernehmen Aufgaben und Vollzugsverantwortung, die ihnen an sich nicht zukommen und für die bei ihnen auch personelle und sachliche Voraussetzungen nicht in derselben Weise gegeben sind wie in der Verwaltung.

Auch in sachlicher Hinsicht bestehen Defizite. So ist nach meiner Überzeugung die Regelung des EntlG für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die es dem Gericht erlaubt, in erster Instanz ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, auch wenn die Beteiligten diesem Vorgehen nicht zustimmen, für Verfahren, in denen es um zivile Rechte iS der MRK geht, mit Art. 5 MRK nicht vereinbar. Ähnliches gilt für die überlange Dauer vieler Verfahren, die zwar angesichts der Überlastung der Verwaltungsgerichte zumindest zum Teil erklärbar ist, global gesehen aber den Gesetzgeber und die Gerichtsverwaltungen nicht entschuldigen können, wenn sie hier nicht Abhilfe schaffen. Kaum mit den Menschenrechten vereinbar, insb. dem Recht auf Bildung und Ausbildung zu einem erwählten Beruf, von dem weitgehend auch das Lebensglück des Einzelnen abhängt, ist m.E. auch die Hinnahme der beschränkten Ausbildungskapazitäten der Hochschulen in Fachgebieten wie der Medizin. Das BVerfG hat zwar in einer seiner ersten Entscheidungen zur Zulässigkeit von Zugangsbeschränkungen eine Verpflichtung des Staates als naheliegend angesehen, bestehende Engpässe in angemessener Frist zu beseitigen. Spätere Entscheidungen haben dies jedoch nicht wiederholt, obwohl auch nach 13 Jahren bisher wenig geschehen ist, die Engpässe im Ausbildungswesen zu beheben und dem Grundrecht auf freien Zugang zur Hochschule Effektivität zu verleihen.



## Kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz

### I. Einleitung

1. Wie verhalten sich Verwaltungsgerichtsbarkeit und Föderalismus zueinander? Dienen Aufbau und Bestand einer gliedstaatlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Schutz des föderalistischen Prinzips, vermögen sie dessen Kontrolle zu gewährleisten? Legt umgekehrt der föderalistisch aufgebaute Staat der Verwaltungsgerichtsbarkeit Beschränkungen auf? Leidet schließlich der Rechtsschutz des Bürgers aus diesem Spannungsfeld Schaden? — Diesen Fragen soll anhand des schweizerischen Beispiels nachgegangen werden.
2. Dabei wird, wie dies schon Fritz Gygi in der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes<sup>1)</sup> festgestellt hat, die Darstellung der schweizerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit dadurch erschwert, daß sie keine Einheit bildet. Zwar wird die Notwendigkeit einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit heute kaum mehr bestritten. Aber neben der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes mit der Einrichtung einer verwaltungsrechtlichen und einer sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes bestehen in erstaunlicher Unterschiedlichkeit 26 kantonale Verwaltungsrechtspflegeordnungen. Diese kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit steht einerseits durchaus selbständig, ist aber auf der anderen Seite doch wieder mit der Verwaltungsjustiz des Bundes teilweise verhängt.
3. Es findet zwar der Grundsatz Anwendung, daß sich das Verfahrensrecht nach dem materiellen Recht richtet. Die Kantone haben nach diesem Grundsatz, der sich einerseits zweifellos vom föderalistischen Gedanken herleitet, andererseits aber wohl auch generell der Verwaltungsrechtspflege entspricht, das Verfahren ihrer Verwaltung und auch der Verwaltungsjustiz selbst zu ordnen und auch eigene Einrichtungen des Rechtsschutzes zu schaffen. Die Bundesinstanzen entscheiden dementsprechend keine Streitigkeiten des kantonalen Verwaltungsrechts. Überschneidungen ergeben sich indessen aus dem Umstand, daß in der Schweiz der sogenannte Vollzugsföderalismus eine stets wachsende Bedeutung hat<sup>2)</sup>. Neben dem Erlaß und Vollzug ihres eigenen Verwaltungsrechts obliegt es den Kantonen in weitem Maße, Bundesverwaltungsrecht anzuwenden. Je nach Sachgebiet regelt und vollzieht der Bund seine Aufgaben selbst umfassend oder aber beschränkt sich im wesentlichen auf die Rechtsetzung, — und auch in der Rechtset-

zung kann er sich auf die Grundsätze beschränken. Delegiert er den Vollzug an die Kantone, verbleiben ihm zumindest Kontrollmöglichkeiten, da der Rechtsweg im allgemeinen bei eidgenössischen Verwaltungsrechtspflegeinstanzen endet. Die zum Vollzug notwendigen Verwaltungsstrukturen, inbegriffen auch jene der Verwaltungsrechtsprechung, richten sich zwar grundsätzlich nach kantonalem Recht. Je nach der Notwendigkeit eines einheitlichen Vollzugs erläßt der Bund jedoch zusätzliche Verfahrensvorschriften und verpflichtet die Kantone — meist im Sinne von Minimalstandards — zur Einrichtung oder bestimmten Ausgestaltung kantonalen Verwaltungs- und Rechtsprechungsorgane. Diese Tendenzen wirken sich naturgemäß auf das gesamte Verfahrens- und Organisationsrecht der Kantone stark und in vereinheitlichendem Sinne aus, da häufig die gleichen kantonalen Organe, vor allem auch der Verwaltungsrechtspflege, mit der Anwendung sowohl kantonalen wie auch Bundesrechts befaßt sind.

4. Ein gewisser unifizierender Effekt geht sodann vom Bundesgericht als Staatsgerichtshof auch über kantonale Erlasse und Entscheide aus. Wenn auch die eigenständige Verwaltungsrechtspflege im Bereich des ausschließlichen kantonalen Rechts keiner verwaltungsgerichtlichen Bundeskontrolle unterliegt, so steht doch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen. Mit dieser kann die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, sei es aufgrund der Bundesverfassung oder der Kantonsverfassung, gerügt werden. Der Einfluß des Bundesgerichts prägt damit, vor allem auch vom Grundrechtsschutz ausgehend, doch deutlich das Verfahrens- und Organisationsrecht der Kantone.

## II. Entwicklung und Organisationsformen

5. Daß das Bild der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz dennoch von großer Vielfalt zeugt, rührt vom zögernden Werdegang her. Das heutige Bild ist eine Momentaufnahme; die Entwicklung ist noch keineswegs abgeschlossen — im Gegenteil!

Im Bund wurde 1917 eine unabhängige Sozialversicherungsgerichtsbarkeit für die Bereiche des Beamten-, Militär- und öffentlichen Unfallversicherungsrechts eingeführt. Erst 1928 entstand ein Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, dessen Grundlage, Art. 114<sup>bis</sup> BV, 1914 Eingang in die Bundesverfassung gefunden hatte. Art. 114<sup>bis</sup> sieht übrigens ein „eidgenössisches Verwaltungsgericht“ vor, das in selbständiger Form bis heute nicht ausgestaltet worden ist. Nach wie vor obliegt die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes einer verwaltungsrechtlichen Kammer der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts. Mit einzelnen Gesetzesrevisionen wurde die Zuständigkeit des Bundesgerichts ausgeweitet, bis 1969 der Übergang zur Generalklausel erfolgte, wobei für gewisse Bereiche die Verwaltungsgerichtsbe-

schwerde weiterhin ausgeschlossen bleibt. Ebenfalls 1969 wurden alle sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten des Bundes letztinstanzlich beim Eidgenössischen Versicherungsgericht zusammengefaßt, welches als organisatorisch selbständige Abteilung des Bundesgerichtes statuiert wurde.

Bei den Kantonen machte Wallis bereits 1875/77 einen noch sehr schüchternen Anfang, bevor dann 1905 Basel-Stadt mit einer auf Fritz Fleiner zurückgehenden Vorlage aufwartete und Bern 1909 folgte. 1928 wagte Basel-Stadt sogar den Schritt zur umfassenden verwaltungsunabhängigen Verwaltungsrechtspflege, blieb dann mit diesem Vorstoß aber bis in die 50-er Jahre allein. Erst die letzten dreißig Jahre haben den großen Durchbruch gebracht, und heute bestehen in 20 Kantonen (inklusive Halbkantonen) Verwaltungsgerichte. Auch die restlichen Kantone verfügen zudem wenigstens über sog. Spezialrekurskommissionen, verwaltungsunabhängige Instanzen für gewisse Gebiete, insbesondere die Steuerrechtspflege.

6. Der zögernde Übergang zur unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit macht sich auch in der Organisationsform<sup>3)</sup> der bestehenden Gerichte bemerkbar. Die ersten von der Verwaltung unabhängigen Gerichte, die Verwaltungsrechtspflege ausübten, waren neben den Spezialrekurskommissionen die Zivilgerichte — allerdings beschränkt auf besondere und im ganzen gesehen eher unbedeutende Zuständigkeiten. Sehr punktuell bestehen solche Zuständigkeiten manchenorts auch heute noch. Vor diesem Hintergrund wurde organisatorisch in einigen Kantonen der Einbezug der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die bestehende Gerichtsorganisation für Zivil- und Strafsachen gesucht.

Grob gesehen kann nun zwischen vier organisatorischen Typen kantonalen Verwaltungsgerichte unterschieden werden<sup>4)</sup>:

- dem selbständigen Verwaltungsgericht, personell und administrativ von den übrigen kantonalen Gerichten getrennt;
- dem selbständigen Verwaltungsgericht, dem auch Richter des höchsten kantonalen Zivilgerichts angehören;
- dem kantonalen Obergericht als Verwaltungsgericht, dem somit die kantonale letztinstanzliche Rechtsprechung in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen obliegt;
- dem Verwaltungsgericht als Kammer des kantonalen Obergerichts.

Die Mehrzahl der Kantone hat den Organisationstypus des selbständigen Verwaltungsgerichtes eingeführt. Der Hauptgrund hierfür liegt wohl darin, daß angesichts des Umfangs des Verwaltungsrechts eine gewisse Spezialisierung unerläßlich geworden ist und die „Aufpfropfung“ auf bestehende Gerichte größere Einführungsprobleme gebracht hätte als ein konsequenter Neubeginn.

Festzustellen ist im übrigen, daß sich die Organisationsform auf die Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte kaum auswirkt und die unabhängige Ver-

waltungsjustiz, wie sie in den Kantonen beharrlich und in aller Ruhe herangewachsen ist, im ganzen gesehen doch ein recht einheitliches Bild zeigt. Und ist die kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit einmal eingerichtet, erfreut sie sich einer regen Beanspruchung durch den Bürger, während Regierung und Verwaltung die gerichtliche Kontrolle einigermaßen gelassen akzeptieren. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer spezifisch schweizerischen Ausprägung ist heute durchaus zu einem Essentiale des schweizerischen Rechtsstaates geworden<sup>5)</sup>.

### III. Verfahren

#### 7. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich in zwei Prozeßformen herausgebildet.

Wir stellen zum einen das dem erstinstanzlichen Zivilprozeß entsprechende Klageverfahren fest, wobei die Streitparteien eine Klage unmittelbar an das Verwaltungsgericht richten. Diese ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit hat ihre Wurzeln noch in der Fiskustheorie. Sie konnte nie richtig Fuß fassen und wird mehr und mehr von der Prozeßform der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit verdrängt.

In diesem Anfechtungsstreitverfahren setzt sich ein Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde gegen eine Verfügung oder einen Entscheid der Verwaltung zur Wehr. Auch diese Prozeßform ist geschichtlich gewachsen. Vor der Ausbildung einer verwaltungsunabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit konnte sich der Bürger in aller Regel verwaltungsintern der Hierarchie folgend mit der Verwaltungsbeschwerde bis an die Regierung als Spitze der Exekutivgewalt wenden. Diesem oberinstanzlichen Rechtsmittelverfahren ist die nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit nachgebildet, ja sie folgt heute dem verwaltungsinternen Rechtsweg weitaus häufig nach und ist mit diesem im funktionellen Instanzenweg verbunden. Dabei wird die Weiche von Verwaltungsweg zu Verwaltungsgerichtsweg sehr oft schon gestellt, bevor die hierarchische Spitze der Regierung erreicht ist. In aller Regel schließt sich etwa im Kanton Thurgau die Überleitung zum Verwaltungsgericht an den Entscheid eines Departements an, also eines Ministeriums, und es wird dadurch vermieden, das Verwaltungsgericht über die Kantonsregierung zu stellen. Man mag darin einen Ausdruck des Widerstandes gegen die integrale Unterstellung der vollziehenden Gewalt unter die justizförmige Kontrolle erblicken, wie dies weit eher bei den verschiedenen Beschränkungen verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit zutrifft, auf welche noch hinzuweisen sein wird. In der „optischen“ Gleichstufigkeit von Regierung und Verwaltungsgericht ist indessen auch ein Stück Gewaltenausgleich enthalten sowie die Einsicht, daß die Regierung ihre politische Führungsverantwortung nicht mit der Judikative teilen kann. Entsprechend ist die Regierung jedoch von den rein administrativen Entscheiden zu entbinden, was bis heute zum Teil noch Postulat geblieben ist.

8. Wenn in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege trotz Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit das vorgelagerte verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren beibehalten, ja ausgebaut wird und in kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetzen umfassend Niederschlag gefunden hat, so liegt eine wichtige Begründung in der uneingeschränkten Ermessensprüfung. Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren können nicht nur Rechtsverletzungen und mangelhafte Feststellung des Sachverhaltes, sondern auch fehlerhafte Ermessensausübung gerügt werden. Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle ist demgegenüber in der Regel ausgeschlossen. Immerhin bestehen gewichtige Ausnahmen. Einmal entscheiden die kantonalen Verwaltungsgerichte bei der Anwendung von Bundesrecht jeweils dann mit unbeschränkter Überprüfungsmöglichkeit, wenn auch das übergeordnete Bundesgericht über diese verfügen kann, was ganze Bereiche der Ermessensüberprüfung öffnet, so etwa das Sozialversicherungsrecht. Sodann greift die Ermessenskontrolle beispielsweise des thurgauischen Verwaltungsgerichtes auch dann, wenn es als erste Rechtsmittelinstanz zu entscheiden hat, was insbesondere bei Beschwerden gegen ursprüngliche Verfügungen auf Departementsstufe zutrifft.
9. Von der Konzeption her geht die kantonale Verwaltungsrechtspflege jedoch von einem zweistufigen Rechtsmittelzug aus. Obwohl dieser Gedanke vielfach durchlöchert erscheint, geht die Rechtsauffassung dahin, daß die Vorteile einer kürzeren Verfahrensdauer und damit verbunden die größere Rechtssicherheit den allfälligen Vorzug einer mehrfachen Überprüfung überwiegen. Man ist daher bestrebt, einer Verwaltungsbeschwerde die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsmöglichkeit folgen und es dabei bewenden zu lassen.

Im Kanton Thurgau wird dieser Gedanke soweit getrieben, daß sogar das Verwaltungsgericht umgangen wird, wenn in einer Sache des zum Vollzug übertragenen Bundesverwaltungsrechts eine andere verwaltungsunabhängige kantonale Instanz entschieden hat und dieser Entscheid mit einem ordentlichen Rechtsmittel beim Bundesgericht angefochten werden kann. Allerdings stößt diese grundsätzlich begrüßenswerte Umgehung des kantonalen Verwaltungsgerichtes auf gewisse Schwierigkeiten. Probleme erwachsen aus der zunehmenden gegenseitigen Durchdringung von kantonalem und eidgenössischem Verwaltungsrecht. Die häufig angewandte Methode der Grundsatzgesetzgebung des Bundes verbunden mit kantonalen Ausführungserlassen hat zu konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten geführt. Daraus ergeben sich wiederum für die rechtsanwendenden Verwaltungsbehörden des Kantons „doppelte“ Zuständigkeiten, was sodann zur Gabelung des Rechtsweges führt. Nach Vorbild des Berner Verwaltungsgerichtes wird dem mittels Beizugs des Gerichtsstandes des Sachzusammenhanges begegnet. Das kantonale Verwaltungsgericht befaßt sich unter diesem Titel sowohl kantonalrechtlich wie bundesrechtlich mit der Streitsache und entscheidet umfassend<sup>6)</sup>. Das Bundesgericht hat gegen diese Praxis nichts einzuwenden, da es dadurch eine gewisse Entlastung erfährt. Aus dem gleichen Grund-

de der bundesgerichtlichen Überlastung wird heute von Bundesseite her tendenziell ein weiterer Ausbau kantonaler Verwaltungsgerichtsbarkeit angestrebt, was aber ebenfalls zu unerwünschten mehrfachen Rechtsmittelzügen führen müßte.

#### IV. Wirksamkeit

10. Das zentrale Problem sowohl bei der Einführung wie auch beim Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Zuständigkeitsfrage, die Abgrenzung der Kompetenzen also zwischen den einzelnen Trägern der Verwaltungsrechtspflege, insbesondere zwischen Regierung und Verwaltungsgericht. Es geht dabei um zwei Grundsatzfragen, einerseits um die sachliche Kompetenzaufteilung, andererseits um den Umfang der Überprüfungsbefugnis oder die inhaltliche Kompetenz.

Eine gesonderte Erwähnung unter negativen Vorzeichen muß in diesem Zusammenhang aber auch einer Erscheinung gelten, die nur noch sehr bedingt zum heutigen Bild des in strikten rechtlichen Bahnen handelnden Staates zu passen scheint. Gemeint ist die Tatsache, daß schweizerische Lehre und Praxis noch weitgehend davon ausgehen, daß sich die Verwaltung grundsätzlich auch ohne gesetzliche Ermächtigung privatrechtlicher Handlungsformen bedienen könne. Damit kann die Verwaltung in einzelnen Gebieten selbst über den Rechtsweg und damit auch die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes bestimmen, was sich vor allem auch für berührte Dritte negativ auswirken kann, die wohl vor Verwaltungsgericht, nicht aber vor dem Zivilrichter verfahrenslegitimiert erscheinen. Immerhin ist der Gebrauch privatrechtlicher Handlungsformen durch die Verwaltung in deutlichem Rückgang begriffen. Sie entspricht heutiger Vorstellung nicht mehr, und eine Zuständigkeitslücke der unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit schließt sich.

11. Die sachliche Zuständigkeit der kantonalen Verwaltungsgerichte richtet sich entweder nach der Generalklausel oder nach der Enumerationsmethode. Der Generalklausel können dabei mehr oder weniger zahlreiche Ausnahmen beigelegt werden, während der Aufzählungsgrundsatz weite Gebiete mit Teilgeneralklauseln abdecken kann. Die Unterschiede dieser Methoden sind im Ergebnis heute nicht mehr groß. Grundsätzlich verdient die Generalklausel jedoch den Vorzug, da die umfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit allen rechtsstaatlichen Anforderungen genügt und dem rechtsuchenden Bürger vollwertigen Schutz bietet. In der Praxis hat sie den Vorteil, daß auch bei der Setzung neuen Rechts das Verwaltungsgericht immer angerufen werden kann, wenn dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, mithin nichts unter den Tisch fallen kann. Wenn trotzdem in den meisten Kantonen bestimmte Materien der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung entzogen werden, so hängt dies mit der Auffassung zusammen, dem Richter nur zum Entscheid zuzuweisen, was auch wirklich justiziabel sei. Die Beurteilung

dieser Frage unterliegt einerseits politischen Überlegungen und ist damit auch zeitgebunden. Es mag deshalb nicht erstaunen, daß sich die Ausnahmenkataloge von Kanton zu Kanton recht stark unterscheiden; die politische Situation im Zeitpunkt der Gesetzgebungsarbeiten schlägt eben durch. Andererseits wird die Justiziabilität abhängig gemacht von der Dichte der förmlichen Normierung eines Sachgebietes. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird damit für jene Sachgebiete als ungeeignet erachtet, für die rechtliche Maßstäbe zu fehlen scheinen. Man kann zwar den Ausschluß der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesen Fällen als einigermaßen unbedenklich und mit keinem echten Verlust an Rechtsstaatlichkeit verbunden ansehen<sup>7)</sup>, immerhin darf aber die Aufgabe der Verwaltungsgerichte nicht allein auf die Kontrolle des geschriebenen Rechts beschränkt werden. Gerade im Bereich der nicht geschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze ist der Verwaltungsrichter aufgerufen, die maßgebenden Regeln selbst zu entwickeln und das Verwaltungsrecht damit fortzubilden. Ob der streitige Sachverhalt durchgehend normiert ist, kann daher im Grundsatz nicht Kriterium sein für die Eignung oder Nichteignung zur verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Es ist deshalb erfreulich, daß im großen ganzen die Entwicklung in den Kantonen doch in Richtung auf weitreichende Übernahme der unbeschränkten Generalklausel hin verläuft.

12. Die Überprüfungsbefugnis der kantonalen Verwaltungsgerichte ist in der Regel auf die Rechtskontrolle beschränkt. Aus Gründen der Gewaltentrennung, vor allem aber auch aus der Einsicht, daß die Verwaltung in vielen Bereichen über die höhere Sachkunde verfügt, ist es den Verwaltungsgerichten im allgemeinen verwehrt, auch das Ermessen der Verwaltung nachzuprüfen. Nur ausnahmsweise kann vor Verwaltungsgericht die Unzweckmäßigkeit der administrativen Ermessensausübung gerügt werden. Im Kanton Thurgau trifft dies in zwei Fällen zu: Einmal wird dem Verwaltungsgericht volle Überprüfungsbefugnis zugestanden, wenn ihm nur eine ursprünglich verfügende Instanz vorgelagert ist, d.h. wenn es als erste Rechtsmittelinstanz zu entscheiden hat. Sodann steht dem Verwaltungsgericht auch die Ermessenskontrolle zu, wenn sein Entscheid in Sachen des Bundesverwaltungsrechts an eine Bundesinstanz — zumeist das Bundesgericht — mit unbeschränkter Überprüfungsbefugnis weitergezogen werden kann. Es wäre unbefriedigend, wenn das Verwaltungsgericht über eine weniger weite Kognition verfügen könnte als die nachfolgende Rechtsmittelinstanz. Daneben wird dem Verwaltungsgericht ausnahmsweise in weiteren Fällen die Ermessenskontrolle spezialgesetzlich zugestanden. Im Grundsatz ist die regelmäßige Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfungsbefugnis auf die Rechtskontrolle unbestritten. Das Verwaltungsgericht wird damit nicht zur Fortsetzung der Verwaltungstätigkeit gezwungen. Hingegen erscheint die Abgrenzung von „Recht“ und „Ermessen“ in Praxis und Lehre noch nicht eindeutig und klar festgelegt.

Rechtsverletzung liegt zweifellos vor, wenn ein in einer formellen Rechtsvorschrift ausdrücklich ausgesprochener oder daraus sich ergebender Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet, wenn eine Tatsache unrichtig beurteilt oder wenn ein Entscheid auf einen ungültigen Rechtssatz abgestützt worden ist. Ebenso wird die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die unrichtige Beweiswürdigung als Rechtsverletzung aufgefaßt. Das Verwaltungsgericht muß in aller Regel von Amts wegen auf den Sachverhalt eingehen; es herrscht also Untersuchungsgrundsatz. Ebenso wird das Recht dem Satze *iura novit curia* entsprechend von Amts wegen angewendet.

Als Rechtsverletzung gelten aber auch Fehler in der Ermessensausübung. Dies sind nicht nur Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch, sondern alle Verletzungen von Verfassungsprinzipien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen<sup>8)</sup>. Die Prinzipien von Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Fairneß sowie das Willkürverbot haben angewandt auf die Handhabung des Ermessens zu dessen schon weitgehender Verrechtlichung geführt. Die verwaltungsgerichtliche Prüfung auch der Ermessenswahrung wird damit stetig verfeinert. Trotzdem bleiben die inhaltlichen Befugnisse des Richters im Bereich des Ermessens beschränkt. Einzig dann darf er einschreiten, wenn er den Ermessensgebrauch nicht nur als unzumutbar, sondern als rechtsfehlerhaft, gemessen an den erwähnten Prinzipien, erachtet.

13. Im Rahmen der Rechtskontrolle stellt sich auch das Problem der Normenkontrolle. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht in der Regel nur gegen Verfügungen und Entscheide offen. Hingegen unterliegen Rechtssätze in den meisten Kantonen nicht der verwaltungsgerichtlichen Anfechtung. Bei der Untersuchung der Rechtmäßigkeit angefochtener Verfügungen findet jedoch eine unselbständige und akzessorische Normenprüfung statt, soweit dies nicht durch ausdrückliche Vorschrift — in einigen wenigen Kantonen für die kantonalen Gesetze, nicht aber die Verordnungen — ausgeschlossen ist. Auch im Bund ist die vorfrageweise Normenkontrolle übrigens im wesentlichen auf Rechtsverordnungen beschränkt. Die Bundesverfassung läßt die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze im formellen Sinn und auch der Staatsverträge nicht zu. Umgekehrt setzt das Bundesrecht aber auch der kantonalrechtlichen Einengung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollbefugnisse Schranken. Nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung steht es nämlich dem kantonalen Gesetzgeber zwar frei, zu bestimmen, daß kantonale Gesetze und Verordnungen für das Verwaltungsgericht verbindlich sind; diese Bestimmungen haben aber dann keinen Bestand, wenn fraglich ist, ob kantonales Recht im Konflikt zum Bundesrecht steht. Die kantonalen Verwaltungsgerichte sind dann kraft Bundesverfassung verpflichtet, das kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit dem Bundesrecht zu prüfen. Dies ergibt sich aus dem föderalen Prinzip und dem Vorrang des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht<sup>9)</sup>.

Im Kanton Thurgau und einigen weiteren Kantonen können beim Verwaltungsgericht auch Vorschriften wenigstens des kommunalen Rechts losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall wegen Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit angefochten werden. Es ist aber erstaunlich, daß das Bedürfnis nach selbständiger, abstrakter Normenkontrolle in den Kantonen nicht größer ist. Es mag dies immerhin damit zusammenhängen, daß häufig ein Feststellungsverfahren zur Verfügung steht, das ähnlichen Zwecken dienbar gemacht werden kann. Wer ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse hat, kann über Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlicher Rechte und Pflichten einen Feststellungsentscheid verlangen. Dieser unterliegt dem Rechtsweg an das Verwaltungsgericht, wenn dessen sachliche Zuständigkeit gegeben ist. In diesem Rahmen kann aber vorfrageweise auch die Normenprüfung erfolgen.

14. Der Begriff des anfechtbaren Verwaltungsaktes wird auch in einer weiteren Beziehung von der Praxis schrittweise ausgeweitet. Im Übergangsbereich von der Verfügung zum Rechtssatz fällt die klare Scheidung vielfach schwer. Im Zweifelsfalle haben die Verwaltungsgerichte die Tendenz, das Rechtsschutzanliegen in den Vordergrund und formelle Bedenken hintanzustellen.

In gleicher Weise ist in den letzten Jahren im Bereich der Beschwerdebefugnis eine wesentliche Öffnung vollzogen worden. Zwar lauten die gesetzlichen Regelungen der Frage, wer zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung von Verfügungen oder Entscheiden legitimiert ist, in den Kantonen unterschiedlich. Eine ältere Schule ging davon aus, daß der Beschwerdeführer unter anderem auch in seinen subjektiven Rechten verletzt sein müsse. Dieses Erfordernis sollte vor allem die Popularbeschwerde verhindern, daß also schlichtweg jedermann Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen könnte. Heute herrscht indes die Praxis vor, vom Beschwerdeführer als Prozeßvoraussetzung lediglich ein faktisches Betroffensein und eine besonders nahe Beziehung zur Streitsache zu verlangen. Ob er in eigentlichen Rechten beeinträchtigt worden sei, wird bei der Eintretensfrage nicht mehr geprüft. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer sich über rechtlich schutzwürdige Interessen ausweisen kann. Entscheidend ist vielmehr der Umstand, daß er durch die praktischen Auswirkungen der angefochtenen Verfügung — mehr als jeder andere und damit der Popularkläger — betroffen ist. Bereits daraus fließt das aktuelle Rechtsschutzinteresse tatsächlicher Art, die Verfügung auf Rechts- und Ordnungsmäßigkeit kontrollieren zu lassen.

Diese neuere Entwicklung bringt eine wesentliche Ausweitung der verwaltungsgerichtlichen Schutzwirkung. Die Loslösung vom reinen Schutz subjektiver Rechte und Interessen bringt zudem mit sich, daß vermehrt auch die Verwaltung selber, insbesondere die Gemeinden beschwerdebefugt erachtet werden, wenn sie durch eine Verfügung oder einen Entscheid in ähnlicher oder gleicher Weise betroffen werden wie Private. Hand in Hand geht zudem die Legitimationsaus-

weitung von Organisationen und Verbänden, zu deren statutarischen Aufgaben es gehört, Beschwerdeinteressen ihrer Mitglieder oder aber von ihnen verfolgter Anliegen allgemeiner Bedeutung zu wahren.

15. Als eine gewisse Bremse für die Wirksamkeit und Leistungsfähigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit wirkt sich hingegen aus, daß im Gegensatz zum Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, wo die *reformatio in peius vel melius* zugelassen ist, die Verwaltungsgerichte in der Regel an die Parteibeghären gebunden sind. Die Verwaltungsgerichte dürfen also über die Beghären des Beschwerdeführers nicht hinausgehen, und sie dürfen ihm nicht weniger zusprechen, als dies die Vorinstanz getan hat. Diese Eingrenzung des Entscheidungsbereichs steht in einem Spannungsfeld zum Gebot einer materiell richtigen Entscheidung bei der Anwendung von zwingenden Rechtssätzen des öffentlichen Rechts. Der Grundsatz der Bindung an die Parteibeghären wird dadurch zwangsläufig relativiert, und die Verwaltungsgerichte korrigieren trotz dieser Einschränkung schwerwiegende Rechtsverletzungen der Verwaltung, auch wenn diese nicht gerügt worden sind<sup>10)</sup>.
16. Die kantonalen Verwaltungsgerichte können fehlerhafte Verfügungen und Entscheide kassieren und zu neuer Beurteilung an die Verwaltungsbehörden bzw. die Vorinstanz zurückweisen. Die Rückweisung an die untere Instanz verlängert indessen ein Verfahren regelmäßig, was dem Rechtsschutzgedanken schadet. Im Vordergrund steht deshalb die reformatorische Funktion der Verwaltungsgerichte. Ist eine Streitsache entscheidungsreif, erweist sich insbesondere der Sachverhalt als genügend geklärt und stehen nicht Gesichtspunkte zur Debatte, welche die Administration mit größerem Sachwissen zu beurteilen vermag, so entscheidet das Verwaltungsgericht in aller Regel auch in der Sache selbst. Eine gewisse Ritzung des Prinzips der Gewaltenteilung durch den reformatorischen Entscheid, indem der Richter Verwaltung und nicht Rechtsprechung ausübt, wird dabei in Kauf genommen. Allerdings darf nur über Punkte entschieden werden, über welche auch die Verwaltung verfügt hat oder hätte verfügen sollen.

In dieser reformatorischen Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte äußert sich — wie auch unter anderen Aspekten dieser Beurteilung der Wirksamkeit kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit — ein gewisser Pragmatismus sowohl seitens der Prozeßordnungen als auch seitens der richterlichen Spruchpraxis. Die Bereitschaft zur Offenheit und die Bevorzugung des rechtsuchenden Bürgers in formellen Fragen sind bisher nicht nur erhalten geblieben, sondern haben eine stete Betonung erfahren.

## V. Schutz der kantonalen Eigenstaatlichkeit

17. Soweit die Kantone ihr eigenes Recht vollziehen, sind sie in der Bestimmung von Organisation und Verfahren absolut autonom. Es steht auch, wie wir gesehen haben, allein in ihrem eigenen Erwägen, ob sie eine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit einführen oder auf eine justizmäßige Kontrolle verzichten wollen. In der Organisationsautonomie äußert sich ein Stück Eigenstaatlichkeit der Kantone. Das Verhältnis von Bund und Kantonen wird in diesem Bereich durch die Einrichtung von kantonalen Verwaltungsgerichten nur mittelbar berührt. Ganz im Gegensatz zu Österreich, wo — wie die Verfassung es ausdrückt — der Verwaltungsgerichtshof in Wien berufen ist, die Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung zu sichern<sup>11)</sup>, steht gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide in Anwendung kantonalen Rechts nur die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen. Diese kennt als Beschwerdegründe lediglich die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bundesverfassung und der Kantonsverfassung, politischer Rechte (Verletzung der demokratischen Willensbildung) sowie die Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen. Das Bundesgericht unterscheidet dabei nicht, ob die kantonale Vorinstanz eine Verwaltungsbehörde oder eine unabhängige richterliche Behörde war. Man kann mithin sagen, die Einrichtung der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit wirke im Bereich der Anwendung kantonalen Verwaltungsrechts in föderalistischem Sinne „neutral“.
18. Soweit die Kantone Bundesrechtssachen vollziehen, trifft sie nach überwiegender Auffassung ebenfalls keine allgemeine Verpflichtung, verwaltungsunabhängige richterliche Vorinstanzen der eidgenössischen Gerichte zu schaffen. Die Bundesverfassung enthält keine Aussagen zur kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Anwendung von Bundesrecht. Es fehlt aber auch eine dem Zivilrecht und dem Strafrecht entsprechende Bestimmung<sup>12)</sup>, welche die Regelung von Gerichtsorganisation und Verfahren den Kantonen zuweisen würde. Daraus zieht die Mehrheit der Rechtslehre den Schluß, daß die Organisations- und Verfahrensautonomie der Kantone nicht nur dort gilt, wo diese im eigenen Wirkungsbereich tätig werden, sondern auch dort, wo sie sich im übertragenen Wirkungsbereich betätigen<sup>13)</sup>. Es finden sich aber auch Stimmen, die eine kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie grundsätzlich verneinen, soweit die Kantone Bundesrecht vollziehen<sup>14)</sup>.

Allseitige Einigkeit besteht indessen darüber, daß der Bund befugt ist, Verfahrens- und Organisationsbestimmungen für die Kantone zu erlassen, soweit solche Vorschriften erforderlich sind, um im betreffenden Sachbereich das Bundesverwaltungsrecht sachgerecht zu vollziehen. Und in der Praxis des Bundesgesetzgebers ist denn auch festzustellen, daß die Erlasse des Bundesverwaltungsrechts in beachtlicher Zahl Organisations- und Verfahrensvorschriften für den kantonalen Vollzug enthalten. Insbesondere ist dies im Sozialversicherungsrecht des Bundes

der Fall, wo den Kantonen auch die Einrichtung verwaltungsunabhängiger Rekursinstanzen vorgeschrieben wird<sup>15)</sup>.

Die Entwicklung zum mehr oder weniger sanften Zwang von Bundesseite her in Richtung Ausbau der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit scheint sich neustens noch wesentlich zu verstärken. Seit geraumer Zeit beklagt sich nämlich vor allem die staats- und verwaltungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts über einen übergroßen Geschäftsanfall, den sie kaum mehr zu bewältigen vermag. Mit Botschaft vom 29. Mai 1985 schlägt nun der Bundesrat dem Parlament eine Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vor, die unter anderem die Kantone verpflichten möchte, für die Bundesverwaltungsrechtspflege richterliche Behörden, also Verwaltungsgerichte oder Spezialrekurskommissionen, als letzte kantonale Instanzen zu bezeichnen, soweit gegen den kantonalen Vollzug unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an ein eidgenössisches Gericht zulässig ist<sup>16)</sup>. Dabei wird zur Begründung nebst der Entlastung des Bundesgerichtes auch angeführt, der erzwungene Ausbau der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit lasse sich mit rechtsstaatlichen Erwägungen rechtfertigen, er sichere die notwendige Minimalgarantie für einen angemessenen und gleichmäßigen Rechtsschutz in allen Kantonen<sup>17)</sup>. Meines Erachtens ist dieser Aspekt der bundesrätlichen Vorlage trotz grundsätzlichen föderalistischen Bedenken durchaus zu begrüßen. Schon bisher ist ja die Bundesverwaltungsrechtspflege nicht allein Sache des Bundes, und es entspricht im Grunde genommen durchaus dem Grundsatz kantonalen Vollzugs der Bundesverwaltungsgesetze, daß auch die verwaltungsrichterliche Kontrolle primär den Kantonen obliegt. Zu Recht weist der Bundesrat darauf hin, daß die Kantone und deren Rechtspflege dadurch nur aufgewertet werden können. Wesentlich ist dabei auch, daß das Bundesgericht kantonale Entscheide, die von richterlichen Behörden stammen, weniger weit überprüft als solche, die von Verwaltungsbehörden ausgehen. Das Bundesgericht übernimmt in diesem Falle von der richterlichen Vorinstanz den Sachverhalt, wenn er nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist<sup>18)</sup>. Im übrigen ist auch festzuhalten, daß die bundesrätliche Vorlage weiterhin die Organisation und das Verfahren der richterlichen Behörden der kantonalen Regelung überläßt.

19. Der Ausbau der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit für die vom Bund übertragenen Vollzugsbereiche wird auch im Spannungsfeld von Bundesaufsicht und richterlicher Unabhängigkeit vermehrter Klärung rufen. Bei der Schaffung der kantonalen Verwaltungsgerichte war stets richterliche Unabhängigkeit in der Rechtsanwendung oberstes Anliegen. Vor Augen stand dabei jedoch beinahe ausschließlich das Verhältnis von kantonomer Regierung und Administration zu kantonomer Verwaltungsjustiz. Mit der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht durch kantonale Verwaltungsgerichte schiebt sich nun vermehrt das Problem der

Bundesaufsicht und deren Durchsetzung in den Vordergrund. Dabei stellen sich grundsätzliche Fragen des bundesstaatlichen Verhältnisses.

Die Diskussion darüber dauert in der Schweiz — allerdings auf kleiner Flamme — seit dem sogenannten Fall „Fextal“ an<sup>19)</sup>. Der Bundesrat hob 1974 einen Entscheid auf, den das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden in Anwendung eidgenössischen Raumplanungsrechtes getroffen hatte. Der Bundesrat handelte dabei aufsichtsrechtlich in Ausübung der Bundesaufsicht gemäß Art. 102 Abs. 1 Ziff. 2 der Bundesverfassung. Dabei ging er ohne nähere Begründung davon aus, daß er nötigenfalls auch ein kantonales Gerichtsurteil aufheben dürfe, um das nach seiner Meinung verletzte Bundesrecht durchzusetzen.

Der Organisation des Bundes liegt stillschweigend und für die Bundesinstanzen auch unbestritten die Gewaltenteilung zugrunde. Vor allem sind Eingriffe der Exekutive in die richterliche Rechtsprechung ausgeschlossen. Soll die richterliche Unabhängigkeit nun im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen keine Geltung haben? Wenn man davon ausgeht, daß Bund und Kantone eine Gesamtordnung, den Bundesstaat bilden, darf es keine Rolle spielen, ob ein Gericht des Bundes oder ein Gericht des Kantons entscheidet. Die richterliche Unabhängigkeit ist durch die Gewaltenteilung für beide garantiert, weil beide Glieder bzw. Organe des gesamten Bundesstaates sind. Diesen Organen sind Funktionen zugewiesen, die sie zugleich „gewaltenteilig“ beschränken. So betrachtet erscheint es klar, daß die Exekutivgewalt durchgehend und auch im bundesstaatlichen Verhältnis die Unabhängigkeit der Judikative zu beachten hat.

In der neueren Rechtslehre setzt sich denn auch die Tendenz durch, daß die Aufhebung von kantonalen Gerichtsurteilen, die in Zusammenhang mit dem Vollzug eines Bundesgesetzes ergangen sind, abzulehnen ist<sup>20)</sup>. Damit im Einklang steht auch, daß die Bundesaufsicht über die Kantone keine Organaufsicht, sondern Verbandsaufsicht ist. Im übrigen stehen dem Bund andere Möglichkeiten zur Verfügung oder sind ihm künftig zu eröffnen: Ohne weiteres können bei der Zuweisung der Staatsaufgaben auf Bund und Kantone deren verschiedene Organe von allem Anfang an funktionell beachtet werden. Nichts spricht in diesem Sinne dagegen, der Bundesexekutive die Befugnis einzuräumen, Entscheide der kantonalen Verwaltungsgerichte in Angelegenheiten des Bundesrechts an das Bundesgericht weiterzuziehen. Damit erfährt aber wiederum der föderalistische Gedanke durch den Ausschluß des direkten Eingriffs der Bundesexekutive eine Stärkung.

20. Gewinnt oder verliert der Föderalismus durch die durchgehende Verwaltungsgerichtsbarkeit auf beiden Stufen des Bundesstaates? Föderalismus und Verwaltungsgerichtsbarkeit sind keine Gegensätze. Beide dienen dem gleichen Grundzwecke; es geht um Machtbegrenzung und Schrankensetzung. In der Differenzierung des gesamtstaatlichen Machtgefüges sieht der Bürger seine Möglichkeit, sich mit Hilfe staatlicher Organe gegen andere Organe desselben Staates zur

Wehr zu setzen. Er wird dadurch nicht einfach vom Staat erdrückt, sondern erhält eine gleiche Chance. In der strukturellen Vielfalt und Funktionenteilung liegt damit eine Gewährleistung auch persönlicher Freiheit. Gerade deshalb gehört heute die kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Gesamtbild des schweizerischen Staatssystems. Sie ist nicht mehr wegzudenken.

---

#### Anmerkungen:

- 1) Fritz Gygi, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes, Wien/New York 1976.
- 2) Dazu ausführlich v.a. Blaise Knapp, Le fédéralisme, in ZSR (1984) II, Heft 3.
- 3) Vgl. dazu Hanspeter Eckstein, Die Organisation der kantonalen Verwaltungsgerichte, Basler Diss., Zürich 1975.
- 4) Nach Peter Alexander Müller, Länderbericht Schweiz für das Treffen der höchsten Verwaltungsgerichte Österreichs, der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz in Wien 1981, in Revue valaisanne de jurisprudence 1981, S. 155 ff.
- 5) René A. Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 657 ff.
- 6) Dazu Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 49 N 13 und 14.
- 7) So etwa Gygi, a.a.O., S. 120.
- 8) Rhinow, a.a.O., S. 661 f.
- 9) BGE 104 I a 82, 92 I 481, 91 I 314, 82 I 219.
- 10) Haubensak/Litschgi/Stähelin, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, Frauenfeld 1984, § 61 N 1.
- 11) Art. 129 der Verfassung der Bundesrepublik Österreich.
- 12) Art. 64 Abs. 3 und Art. 64<sup>bis</sup> Abs. 2 BV.
- 13) Yvo Hangartner, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt 1974 S. 126, 154, 158; Peter Saladin, Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der schweizerischen Kantone, in Festschrift Adolf Gasser, Berlin 1983, S. 341, Bund und Kantone, ZSR 1984 II, S. 495 ff.; Blaise Knapp, Le fédéralisme, ZSR 1984 II, S. 352 ff.
- 14) Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 126; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. Bern 1983, S. 25 f.
- 15) Art. 85 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.
- 16) Art. 98 a und 128 OG-Entwurf.
- 17) Botschaft S.84.
- 18) Art. 105 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG).
- 19) Vgl. dazu insbesondere Yvo Hangartner, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, ZBl 76, 1975, S. 1 ff.
- 20) Etwa Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984, S. 122.

## **Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verwaltungsrechtspflege in Österreich**

### **I.**

Der 9. Österreichische Juristentag befaßte sich vor wenigen Wochen mit dem Thema „60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze, Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß?“. Die folgenden Ausführungen sollen die Ergebnisse des ÖJT weder verifizieren noch widerlegen, sie zielen vielmehr darauf ab, historische Zusammenhänge aufzuzeigen und aus ihnen Ansätze für künftige Entwicklungen zu suchen. Die gegenwärtige Lage verlangt danach. Aus dieser Sicht möchte ich meine weiteren Ausführungen wie folgt gliedern:

1. Die autonomen Wertungen nach der MRK
2. Das Zwei-Wege-System der Verwaltungsrechtsprechung in Österreich
3. Die Vorbehalte Österreichs zur MRK
4. Die Entwicklung der Rechtsprechung der Europäischen Organe und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes zu den autonomen Begriffen des Art. 6 MRK
  - 4.1. „civil rights“
  - 4.2. „Strafrechtliche Beschuldigungen“
  - 4.3. „Tribunale“
5. Die „Entlastung“ der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts heute und morgen (Konventionsfragen)
6. Das VStG im Dienste der Strafrechtspflege

### **II.**

1. Die Probleme, mit denen Österreich durch die Europäische Menschenrechtskonvention (MRK) — weitgehend unvorbereitet — konfrontiert wurde, liegen bereits

in den autonomen Wertungen, die in der MRK getroffen wurden und die, wie die Vorbehalte zeigen, von Österreich beim Beitritt zur Konvention nur zum Teil erkannt worden sind. Die Grundlegung dieser Wertungen findet sich zwangsläufig bereits in der Aufgabe, die sich die Schöpfer der MRK gestellt hatten. Die Konvention und damit auch deren Art. 6 ist das Ergebnis eines beabsichtigten Brückenbaues zwischen den Rechtsschutzsystemen, die sich in den einzelnen europäischen Staaten im Lauf vieler Jahrzehnte mehr oder weniger unterschiedlich entwickelt hatten. Die deklarierte Intention der MRK ist die Schaffung eines europäischen Ordre public, mit dem Ziel die Herrschaft des Rechts zu gewährleisten<sup>2)</sup>. Eine Gemeinsamkeit der Grundvorstellungen fand sich für diese Zielsetzungen zunächst in der Gerichtsbarkeit. In deren Zuständigkeit fiel die Gewährleistung des Rechtsschutzes in Zivil- und Strafrechtsfragen, jedoch nicht einheitlich, da seit jeher unterschiedliche Auffassungen darüber bestanden, ob die jeweiligen Staatsaufgaben besser von den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden wahrzunehmen seien. Damit war es für die Verfasser der Konvention unvermeidbar, den Blick nicht nur auf die Zivil- und Strafrechtspflege, sondern auch auf die Verwaltungsrechtsprechung zu richten, die aber noch unterschiedlicher gestaltet war. Während in Frankreich und Italien<sup>3)</sup> die objektive Interessenlage Grundlage der Kognition des Conseil d'Etat und des Consiglio di Stato waren, sind in Österreich und Deutschland<sup>4)</sup> seit jeher — wenn auch nicht ausschließlich — subjektiv-öffentliche Rechte Gegenstand der Verwaltungsrechtsprechung. Die Unterschiedlichkeit der Rechtsschutzsysteme zog nach sich, daß in Frankreich und Italien die Verwaltungsgerichte der vollziehenden Gewalt zugehören, während sie in Deutschland (heute: der Bundesrepublik) und Österreich als rechtsprechende Organe betrachtet werden. In Italien ist der Rechtsschutz gegen die Verwaltung für subjektive Rechte den Gerichten anvertraut, die verfehlte Verwaltungsentscheidungen ignorieren.

Auch in Österreich konnten nach Art. 15 StGG 1867<sup>5)</sup> die ordentlichen Gerichte angerufen werden, wenn von Verwaltungsbehörden über Privatrechte entschieden worden war; eine vergleichbare Bestimmung fand sich noch in Art. 94 Abs. 2 B-VG in dessen Stammfassung<sup>6)</sup>. In England<sup>7)</sup> war seit jeher der Richter das zuständige Rechtsschutzorgan, an das sich der Einzelne wendete, wann immer er sich durch die Verwaltung in seinen Rechten verletzt erachtete. Der Friedensrichter, der justice of peace, war das historische Bild der Verwaltungsrechtsprechung von dem der Rechtszug an das Reichsgericht, den crown court, ging. In Verwaltungsstrafsachen amtierte schließlich der Sheriff. Die zunehmende Kompliziertheit der Verwaltungsrechtspflege bewirkte jedoch sowohl in England als auch in Frankreich das Entstehen sogenannter „Tribunale“, die weder Gerichte noch Verwaltungsbehörden waren<sup>8)</sup>.

Bei dieser Unterschiedlichkeit der Ausgangslage konnte von den Vätern der MRK nur ein alternativer Weg gesucht werden, der zwangsläufig zu materiellen Konzepten und zu autonomen Begriffsbildungen führte. Die Terminologie der MRK ließ allerdings dieses Substrat nur schwer erkennen, ja selbst nur schwer erahnen. Der

für die MRK gewählte Weg erlaubte es jedoch, den Begriff des „Tribunal“ in die Konvention zentral zu integrieren und ermöglichte es, damit insbesondere für das Strafverfahren trotz unterschiedlicher organisatorischer Strukturen einen für alle Konventionsstaaten akzeptierbaren gemeinsamen Begriff einzuführen. Dem sui generis-Weg der MRK kam die Tatsache entgegen, daß trotz unterschiedlicher formaler Systemgestaltungen die Abweichungen der Rechtsschutzeinrichtungen mehr in den traditionell gewachsenen Institutionen als in den Rechtsinhalten der europäischen Rechtssysteme liegen und diese letztlich doch dasselbe tradierte Rechtsbewußtsein einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur widerspiegeln<sup>9)</sup>.

Ohne die Liste damit abzuschließen — die Europäische Konvention versteht sich als ein lebendes Instrument effektiver Rechtsschutzgewährung — kann von autonomen Begriffen bei „civil rights“, bei „strafrechtliche Beschuldigungen“ und den „Tribunalen“ also den Gerichten im Sinne der Konvention gesprochen werden. Die Begriffsbildungen sind offensichtlich wohl nur im Kernbereich bisher entwickelt; insofern scheinen aber abschließende Aussagen bereits vorzuliegen. Offen bleibt, wo die endgültigen Grenzziehungen zu suchen sind. Für Österreich ergibt sich jedoch schon daraus die Konsequenz, daß ein materiell-inhaltliches, durch das gemeinsame Verständnis der ursprünglichen Vertragsstaaten präformiertes, neben das in Österreich historisch gewachsene formalorganisatorisch strukturierte Bild des Rechtsschutzes getreten ist.

2. Ein zweiter Problemkreis zeichnet sich aus der Entstehungsgeschichte der österreichischen Rechtslage im Bereich der Verwaltungsrechtsprechung selbst ab. Wenn es sich hierbei auch um Fragen handelt, die in einer Zeit entstanden, die lange vor dem Beitritt Österreichs zur MRK liegt, hat die Problematik durch die Konvention nichts an Aktualität verloren, vielmehr zusätzliche Akzente erhalten. Es handelt sich um den großen Streit des 19. Jahrhunderts um Justizstaat und Verwaltungsstaat, dessen Lösung in der Schaffung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gefunden wurde. In dieser Auseinandersetzung treffen das Gewaltentrennungsprinzip und der Rechtsschutzgedanke widerstreitend aufeinander, wobei die Idee des Rechtsschutzes zur Gerichtsbarkeit führt, während das Trennungsprinzip die Gerichte von der Verwaltungskontrolle ausschließt.

- 2.1. Der Ruf nach Verwirklichung der Gewaltentrennung, insbesondere der Trennung der Justiz von der Verwaltung erhob sich bereits 1848 und führte zunächst dazu, daß diese beiden Staatsfunktionen in zweiter und dritter Instanz getrennt wurden<sup>10)</sup>. Im Jahre 1868 vollzog man die Trennung auch in erster Instanz, indem die Bezirksverwaltungsbehörden und die Bezirksgerichte eingerichtet wurden<sup>11)</sup>. Spezifische Bedeutung in der Auseinandersetzung für und gegen den Justizstaat kommt Art. 15 StGG über die richterliche Gewalt zu. Nach Abs. 1 wird

verfügt, daß „in allen Fällen, in denen Verwaltungsbehörden über Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden haben“, gegen die Verletzung von Privatrechten Abhilfe vor den ordentlichen Gerichten gesucht werden kann; Abs. 2 schafft die Grundlage der künftigen Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>12)</sup>. Bei Art. 94 Abs. 2 B-VG in dessen Stammfassung, der „Nachläufer-Bestimmung“ zu Art. 15 Abs. 1 StGG, handelt es sich, nachdem der Verwaltungsgerichtshof mit dem B-VG sogar im Verfassungsrang festgeschrieben wurde, um ein Fossil der Vergangenheit, eine Konstruktion, die von der Praxis und Lehre allgemein abgelehnt wurde und nie Bedeutung erlangte<sup>13)</sup>. Parallel zur Entwicklung der 60er Jahre des 19. Jahrhunderts verlief, wie Winkler<sup>14)</sup> in einer wegweisenden Untersuchung aufzeigte, eine weitgehende Ablösung kollegialer Verwaltungsbehörden durch monokratische, womit der bescheidene Schutz, den der Einzelne durch die bisherigen Einrichtungen genossen hatte, wegfiel. Dies gab letztlich den Anstoß zu einer heftigen Rechtsschutzdebatte, in der sich Vertreter der Trennung der Justiz von der Verwaltung und der Justizstaatlichkeit fast unversöhnlich gegenüberstanden. Letztere hatten für sich, daß die Frankfurter Verfassung 1848 die Anordnung traf, daß über alle Rechtsverletzungen die Gerichte zu entscheiden hätten. Demgegenüber wurde gegen die Gesetzesvorlage über die Schaffung eines Verwaltungsgerichtshofes wegen der vorgesehenen gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung der Vorwurf des „Verwaltungsbruches“ erhoben<sup>15)</sup>. Das Ergebnis war im Jahre 1876 die Schaffung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die auf eine kassatorische Entscheidungsbefugnis beschränkt blieb, obwohl dies dem Konzept des Staatsgrundgesetzes 1867 gar nicht entsprach. Seither hat sich die These erhalten, daß eine reformatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit als systemwidrig abzulehnen ist, da der gefundene Weg als der gerade noch erträgliche Kompromiß mit dem Trennungsgebot im Hinblick auf die isolierte Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und deren begrenzte Eingriffsmöglichkeit empfunden wurde. In der Tat bezeichnete Kelsen<sup>16)</sup> die Verwaltungsgerichtsbarkeit als die Überwindung des Trennungsgrundsatzes. Bei dieser Grundhaltung ist es nicht verwunderlich, daß einerseits das Trennungsprinzip durch das B-VG 1920 im Verfassungsrang verankert wurde, und daß andererseits der Verwaltungsgerichtshof, der in die neue Verfassungsära übernommen wurde, von der ihm eingeräumten Möglichkeit<sup>17)</sup>, auch reformatorisch entscheiden zu können, nur minimalen Gebrauch machte<sup>18)</sup>. Allerdings zog die Kassationsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes nach sich, daß auch dem Verfassungsgerichtshof die Kassationsbefugnis eröffnet wurde, wohingegen das Reichsgericht noch auf bloß feststellende Erkenntnisse beschränkt war. Mit der B-VG-Novelle 1925 entfiel sodann die reformatorische Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes mit Ausnahme der damals neu eingeführten Kompetenzen, insbesondere in Verwaltungsstrafsachen die Höhe der Strafe festlegen zu können<sup>19)</sup>, eine Zuständigkeit, die allerdings erst nach der Novellierung des Verwaltungsgerichtshofgesetzes im Jahre 1930 und dies sodann wieder nur bis 1934, zum Zuge kam. Mit der B-VG-Novelle 1929 wurde sodann Art. 94 Abs. 2 aufgehoben und damit — wie Winkler formulierte<sup>20)</sup> —

die verfassungsrechtliche „Mauer“ zwischen Justiz und Verwaltung endgültig geschlossen; der Reaktivierung dieser Regelung durch Art. 164 Abs. 5 der Verfassung 1934 blieb jedenfalls nur programmatische Bedeutung vorbehalten. Damit wäre die Beschränkung der justizförmigen Kontrolle der Verwaltung auf kasatorische Entscheidungen endgültig gewesen, hätte nicht die Schaffung der allgemeinen Verwaltungsgesetze 1925 trotz Einführung des § 73 AVG das Rechtsschutzbedürfnis, Abhilfe gegen die Säumnis von Verwaltungsbehörden zu erlangen, wohl teilweise, jedoch nur unzulänglich stillen können. So aber blieb die Lücke offen, die darin lag, daß bei Säumnis auch der obersten Verwaltungsorgane Rechtsschutz nur durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts denkbar war. Der Verwaltungsgerichtshof schuf die Voraussetzungen für das spätere Institut der Säumnisbeschwerde tatsächlich autonom durch mehrere Entscheidungen, in denen er das Säumnis der Verwaltung als abweisende Entscheidung deutete; diese Fiktion wurde sodann durch Art. 164 Abs. 3 der Verfassung 1934 übernommen. Die Legalfiktion ist typisch für die tradierte Auffassung, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur einen Verwaltungsakt zum Gegenstand haben könne, nicht aber in der Verwaltungssache selbst zu entscheiden hätte. Typisch für das Selbstverständnis des Verwaltungsgerichtshofes als ultima ratio der Rechtsschutzidee ist aber umgekehrt, daß der Verwaltungsgerichtshof sich dennoch nicht daran hindern ließ, seiner Aufgabe und Zielsetzung entsprechend, das Rechtsschutzdefizit zu beseitigen. Dennoch wurde erst 1946<sup>21)</sup> die Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ohne den Umweg einer Fiktion als meritorische Entscheidungsbefugnis eingeführt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß es jedenfalls dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Rechtsschutzeinrichtung nicht widerspricht, in der Sache selbst, also reformatorisch, zu entscheiden. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als solche ist ein letztlich notwendiger Einbruch in das Gewaltentrennungsprinzip im Interesse der Legalität der Verwaltung, da diese nicht vor der Gewaltentrennung zurückzustehen hat, sondern vielmehr umgekehrt, die Gewaltentrennung im Dienste der Gesetzmäßigkeit zu sehen ist<sup>22)</sup>. Dennoch muß dem Standpunkt, daß es dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit entspricht, zu judizieren und nicht zu administrieren, vom Grundsätzlichen her zugestimmt werden. Dahinter steht aber nicht bloß das formale Trennungsprinzip, sondern die Tatsache, daß es der Gerichtsbarkeit widerspricht, eine Streitsache zur eigenen Sache zu machen, was sich in Art. 6 MRK wiederfindet.

- 2.2. Damit wären eigentlich schon der Probleme genug; die Rechtsentwicklung war aber, wie sich zeigt, einfallsreicher, was — dies sei vorweggenommen — auch durchaus Positives in sich bergen kann. Die Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinderte nämlich nicht, daß sich neben ihr Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag erhielten, die schon vor dem „Oktobergesetz“ bestanden und von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle immer ausgenommen waren<sup>23)</sup>. Pann<sup>24)</sup> bezeichnete diese gemischten Kommissionen bereits 1876 als „andere

Tribunale“, welche außer dem Verwaltungsgerichtshof und dem Reichsgericht eine Art verwaltungsgerichtlicher Jurisdiktion auszuüben berechtigt sind. Mit diesen Kollegialbehörden brach sich jene zweite große Linie der Verwaltungsrechtsprechung auch in Österreich Bahn, die bis dahin als „Badisch-Preussisches System“ entwickelt wurde<sup>25)</sup>. So wurden beide Einrichtungen, obwohl sie im Grunde streng voneinander zu unterscheiden sind, auch bereits wiederholt unter dem gemeinsamen Oberbegriff Verwaltungsgerichtsbarkeit zusammengefaßt<sup>26)</sup>. Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag sind, was nicht zu bezweifeln ist, verfassungsrechtlich vorgesehene Einrichtungen, wenn sie auch grundsätzliche verfassungsdogmatische Fragen wiederholt aufgeworfen haben, Einrichtungen, die von Anbeginn an im B-VG vorgesehen und damit verfassungssystematisch verankert sind. Die Institution reicht weit vor den Verwaltungsgerichtshof und das heutige Demokratie- und Rechtsstaatsystem zurück<sup>27)</sup>. Sie bildet dem Wesen nach eine in der Bundesverfassung mitverankerte Alternative, nämlich die Verknüpfung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung anstelle von Ministerverantwortlichkeit. Dennoch kann nicht übersehen werden, daß die — potentiell — mögliche Anrufbarkeit des Verwaltungsgerichtshofes, die sich aus Art. 133 Abs. 4 B-VG erschließt, zwingend nach sich zieht, daß es sich bei diesen Einrichtungen um Verwaltungsbehörden handelt.

Welches Gewicht die Bundesverfassung der Einrichtung von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag beimißt, ist schon daraus zu erkennen, daß dem einfachen Gesetzgeber überlassen bleibt, ob eine Anrufbarkeit des Verwaltungsgerichtshofes erfolgen soll. Die Sicherung der Legalität der Verwaltung liegt also mit Verfassungskonsens bei den Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, soweit der einfache Gesetzgeber nicht ausdrücklich ein Beschwerderecht an den Verwaltungsgerichtshof vorsieht. Bezweifelt man, daß die Legalität damit in gute Hände gelegt ist — und nicht wenige waren es, die solche Zweifel geäußert haben<sup>28)</sup> — dann muß dies in die Forderung einmünden, daß die Eximierung der Rechtsprechung der Kollegialbehörden von der verwaltungsgerichtlichen Kontrollen zu beseitigen ist. Dieser Vorschlag war auch noch Gegenstand der Vorlage zur Verfassungsnovelle des Jahres 1975, der, wie es heißt, aufgrund des Widerstandes der Länder nicht verwirklicht wurde<sup>29)</sup>. Die so umstrittenen Einrichtungen haben allerdings nicht nur die Vergangenheit sondern auch mit guten Argumenten die Zukunft für sich, wie sich aus Art. 6 MRK ergibt, der Tribunale als Rechtsschutzeinrichtungen anerkennt.

Tatsächlich sind Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag der Verwaltungsgerichtsbarkeit insofern überlegen als

- aa) Gegenstand ihrer Entscheidung die Verwaltungssache selbst und nicht nur ein Verwaltungsakt ist (ihre Entscheidungsbefugnis ist daher direkter)
- bb) auch die Beweiswürdigung unmittelbarer Gegenstand ihrer Entscheidung ist (womit ihre Entscheidungsbefugnis durchgreifender ist)

- cc) sie zur meritorischen Entscheidung und nicht nur zur Kassation legitimiert sind (ihre Entscheidungsbefugnis ist damit ursprünglicher)
- dd) ihrer Kognition auch die materielle Entscheidung in Ermessensfragen unterliegt (ihre Entscheidungskompetenz ist daher umfassender als die bloß nachprüfende Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes).

Ihr entscheidender Nachteil als Rechtsschutzeinrichtung ist damit aber bereits vorgegeben: Kommissionen sind ungeachtet ihrer Gerichtsähnlichkeit aufgabemäßig echte Verwaltungsbehörden, d.h. sie administrieren im Kleide des Judizierens. Die Nähe zur Verwaltung läßt leicht den Verdacht aufkommen, daß die Behörde nicht unparteiisch vorgehe; amtiert eine Kommission aber als Tribunal, dann wird dies zur Verfassungsfrage. Hinterauer<sup>30)</sup> meinte hiezu schon 1976: Sollte die Bestimmung des Art. 133 Z 4 B-VG in absehbarer Zeit nicht fallen, müßte im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes überprüft werden, ob die Bestimmung weiterhin formal auszulegen ist, oder ob ihr nur dann Rechnung getragen ist, wenn die der Kommission angehörigen Organwalter eine richterähnliche Stellung tatsächlich und nicht nur formal innehaben. Was Hinterauer in einen Konditionalsatz kleidete, ist längst eine *conditio sine qua non* geworden. Sind „civil rights“ oder „strafrechtliche Beschuldigungen“ von einer Kommission mit richterlichem Einschlag zu beurteilen, wird die materielle Richterqualität dieser Organe durch Art. 6 MRK und damit verfassungsrechtlich geboten.

### 3. Als dritter Problemkreis — den ich erörtern möchte — präsentieren sich die österreichischen Vorbehalte zur MRK.

- #### 3.1. Der Vorbehalt zu Art. 6 MRK hat bisher kaum zu Problemen, ja kaum zu Erörterungen geführt. Ob dies für die Zukunft weiter so bleiben wird, ist natürlich noch nicht abzusehen. Das Öffentlichkeitsgebot des Art. 6 Abs. 1 MRK wurde von der Kommission<sup>31)</sup> dahin verstanden, daß das Gericht nicht nur bei der rechtlichen Beurteilung, sondern auch bei der Würdigung der Tatsachen öffentlich zu verfahren habe. Im Fall Ringeisen hat der EuGMR mit Urteil vom 16.7.1971<sup>32)</sup> jedoch den für Österreich günstigen Standpunkt eingenommen, daß sich der Vorbehalt zu Art. 6 MRK nicht nur auf Gerichte im Sinne des Art. 90 B-VG, sondern auch auf Tribunale erstreckt<sup>33)</sup>. Ob durch diese Ansicht allerdings auch Fälle abgedeckt sind, in denen Gerichte (Tribunale) von einer öffentlichen (mündlichen) Verhandlung in größerem Maße Abstand nehmen können, als dies im Zeitpunkt des Ausspruches des Vorbehaltes zulässig war<sup>34)</sup>, bleibt abzuwarten. Allerdings sprechen die Urteile des EuGMR in den Fällen Pretto vom 8.12.1982<sup>35)</sup>, Axen vom 8.12.1983<sup>36)</sup> und Sutter vom 22.2.1984<sup>37)</sup> eher für ein zurückhaltendes Verständnis des Europäischen Gerichtshofes zum Öffentlichkeitsgebot<sup>38)</sup>: Auf den ersten Blick scheine Art. 6 Abs. 1 MRK insoweit strenger als Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische

Rechte, wo vorgesehen ist, daß das Urteil öffentlich bekanntgemacht werden muß. In zahlreichen Mitgliedsstaaten des Europarates seien jedoch seit langem außer der mündlichen Verlesung andere Wege bekannt, um die Entscheidung ihrer Gerichte bekanntzumachen, etwa die Niederlegung bei einer der Öffentlichkeit zugänglichen Kanzlei. Die Verfasser der Konvention könnten diesen Umstand nicht übersehen haben, wenn auch die Absicht ihm Rechnung zu tragen, weniger deutlich hervortrete, als dies in den Materialien der Fall sei<sup>39)</sup>.

- 3.2.1. Der eher dürftige Inhalt der Vorbehaltstexte hat wiederholt die kritische Bemerkung ausgelöst, daß Österreich mit großem Optimismus der Konvention beigetreten ist<sup>40)</sup>. Bei der Abfassung des Vorbehaltes aus Anlaß des Beitrittes Österreichs zum UN-Pakt über die zivilen und politischen Rechte<sup>41)</sup> zeigte sich Österreich bereits wesentlich vorsichtiger und sprach einen ausdrücklichen Vorbehalt insbesondere hinsichtlich des Finanzstrafrechtes aus, obwohl bekanntlich eine Ratifikation der Weltpakte im Verfassungsrang nicht stattfand. Zu diesem Vorgehen sah sich Österreich offensichtlich deshalb veranlaßt, weil der Verfassungsgerichtshof zunächst mit Erkenntnis VfSlg. 4049/1961 ausgesprochen hatte, daß das am 4. Juli 1958 kundgemachte und am 1. Jänner 1959 in Kraft getretene Finanzstrafgesetz<sup>42)</sup> vom Vorbehalt zu Art. 5 MRK nicht erfaßt sei. Wohl ging der Verfassungsgerichtshof mit Erk. VfSlg. 5021/1965 von dieser Aussage ab und meinte, daß durch den Vorbehalt das System des Verwaltungsstrafrechtes in seiner herkömmlichen Art im wesentlichen erhalten werden sollte, gleichgültig in welchem Gesetz diese Maßnahmen enthalten seien, wenn sie nur mit den in den Verwaltungsverfahrensgesetzen vorgesehenen Maßnahmen des Freiheitsentzuges übereinstimmten. Das hinderte jedoch nicht, daß der Verfassungsgerichtshof am 3. Dezember 1984 mit Erkenntnis G 24 u. a. / 1983 in einem Gesetzesprüfungsverfahren nochmals die Entstehungsgeschichte des Vorbehaltes prüfte, was ihn schließlich zu dem Ergebnis führte, daß das Finanzstrafgesetz vom Vorbehalt nicht erfaßt ist. Diese Entscheidung belastet den Gesetzgeber mit einer konventionskonformen Neuregelung, die Modellcharakter auch für sonstige Verwaltungsbereiche haben könnte<sup>43)</sup>.

Mit der Tragweite des Vorbehaltes an sich befaßten sich Lehre und Rechtsprechung zu wiederholten Malen, was die folgenden Hinweise illustrativ zeigen mögen. Schantl-Welan<sup>44)</sup> vermeinten, daß es nicht weniger als vier Auslegungsmöglichkeiten gebe:

- aa) Der Vorbehalt erfasse lediglich die Maßnahmen, die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1950 selbst abschließend geregelt seien.
- bb) Der Vorbehalt erfasse zusätzlich jede Maßnahme, die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1950, wenn auch ohne Festlegung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen enthalten ist, sofern diese vor Abgabe des österreichischen Vorbehaltes — dem 3. September 1958 — erlassen wurde.

- cc) Der Vorbehalt erfasse auch später erlassene Regelungen.
- dd) Es genüge bereits, daß die Maßnahme **a u c h** in den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1950 geregelt ist, selbst wenn sie in einem anderen Gesetz — wann immer — erlassen werde, sofern sie nur mit den in den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1950 enthaltenen Maßnahmen deckungsgleich sei.

Der ersten Auslegungsvariante entsprach die Rechtsansicht, die vom Verfassungsgerichtshof in dem bereits zitierten Erk. VfSlg. 4049/1961 vertreten wurde. Eine systemwahrende Auslegung des Vorbehaltes lag dem ebenfalls bereits zitierten Erk. VfSlg. 5021/1965 zu Grunde, in welchem der Verfassungsgerichtshof jedoch keine Stellungnahme zur Frage bezog, wann ein solches Gesetz erlassen sein müßte; da er insofern jedoch zum Erk. VfSlg. 4049/1961 keine abweichenden Aussagen tätigte, wird man eine Zuordnung des jüngeren Erkenntnisses zur Auslegungsvariante bb) vornehmen können. Eine Ausweitung der Aussage findet sich jedoch im Erk. VfSlg. 8234/1978, das zum Ausdruck brachte, daß der Vorbehalt seinem Sinne nach **j e d e n f a l l s** auch jene Gesetze umfasse, die **nach** Erklärung des Vorbehaltes erlassen wurden, wenn sie keine nachträgliche Erweiterung jenes materiell-rechtlichen Bereiches bewirken, der durch die Abgabe des Vorbehaltes ausgeschlossen werden sollte<sup>45)</sup>. Schantl-Welan, verneinen, daß mit dem Wort „jedenfalls“ der Verfassungsgerichtshof einer Äquivokation zum Opfer gefallen sei, die auf einen Aufsatz Ermacoras<sup>46)</sup> zurückgehe, der sich mit der Entscheidung der EMRK vom 15.12.1961, Nr. 1047/1961, befaßte und den Begriff „jedenfalls“ wohl auch gebrauchte, nicht aber — wie Schantl-Welan betonen — im Sinne von „mindestens“ wie ihn der Verfassungsgerichtshof zu verstehen scheine.

Auf diffizilere Fragen einzugehen, was durch den Vorbehalt nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes abgedeckt wird, möchte ich mir hier versagen.

Die Auseinandersetzung mit der Reichweite des Vorbehaltes ist aber offenkundig keineswegs abgeschlossen<sup>47)</sup>.

- 3.2.2. Diese Entwicklung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zeigt eine gewisse Parallelität zur Haltung der Straßburger Organe zum Vorbehalt, die in folgenden Entscheidungen zum Ausdruck kommt:

Die Kommission vertrat zunächst in der Entscheidung 1047/1961 vom 15.12.1961<sup>48)</sup> die Ansicht, daß der Verweisung auf § 10 VStG 1950 die Bedeutung zukomme, der Vorbehalt umfasse alle Straftatbestände, die in materiellen Verwaltungsvorschriften enthalten seien.

Sie äußerte sich weiter in Appl. 2452/1962 vom 18.12.1963<sup>49)</sup>, daß der Vorbehalt auch das Verfahren umfasse, das zur Verhängung der freiheitsentziehenden Maßnahmen führe, wenngleich der Vorbehalt Art. 6 MRK nicht erwähne.

In Appl. 2432/1965<sup>50)</sup> führte die Kommission weiters aus, daß der Gegenstand der StVO 1960 im wesentlichen gleich sei mit der früheren Regelung der Straßenpolizeiordnung 1947; demnach käme der StVO nicht die Wirkung einer nachträglichen Erweiterung jenes Gegenstandes zu, der durch den Vorbehalt von der MRK ausgenommen werden sollte.

Mit Erk. vom 25.2.1982 erwog der EuGMR schließlich im Fall Campbell und Cosan<sup>51)</sup>, daß die spätere Vorschrift nicht mehr als die bloße Wiederinkraftsetzung einer bedeutungsgleichen früheren Bestimmung sei und daher nicht weiter gehe als das Gesetz, das bei Erklärung des Vorbehaltes bereits in Kraft war.

Im Fall Appl. 8998/1980<sup>52)</sup> restringierte die Kommission mit Entscheidung vom 3. März 1983 ihre Rechtsprechung auch zum österreichischen Vorbehalt zu Art. 5 der Konvention und erklärte unter Berufung auf Art. 64 der Konvention, daß der Vorbehalt auf Fälle beschränkt sei, in denen die Verfahren nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen auf solche Deliktstatbestände angewendet werden, die zum Zeitpunkt der Ratifikation der Konvention durch Österreich (3. Dezember 1958) ihrem Wesensgehalt nach bereits in Geltung standen<sup>53)</sup>.

Damit zeichnet sich ab, daß die zunächst expandierende Judikatur zum Vorbehalt an einer Wende angelangt ist, die — um einen terminus technicus der Straßburger Organe zu verwenden — einen cautious approach in Richtung einer Einschränkung der unter den Vorbehalt fallenden Tatbestände aus der Sicht des „Effet utile“ einleiten dürfte und eine uneingeschränkte Konventionsanwendung für neue Tatbestände gebietet.

4. Damit scheint mir der Zeitpunkt gekommen, die wichtigsten autonomen Begriffe der Konvention, wie sie sich derzeit präsentieren, zu umschreiben. Ich beschränke mich hierbei bewußt auf die Begriffe „civil rights“ und „strafrechtliche Beschuldigungen“ sowie „gerichtliche Kontrolle“. Als gemeinsamer Ansatzpunkt für die autonome Begriffsermittlung ist die wiederholte Aussage zu werten, daß die Konvention ein „lebendes Instrument“ ist, und „im Lichte heutiger Bedingungen interpretiert werden muß“<sup>54)</sup>. Dazu tritt der Grundsatz der „Effektivität“ des Grundrechtsschutzes<sup>55)</sup>, der als Grundsatzentscheidung der Konvention in jeden ihrer Bereiche durchschlägt.

#### 4.1. Zunächst nun zum autonomen Begriff der „civil rights“:

4.1.1. Vorerst wurden von der Kommission hierunter nur privatrechtliche Ansprüche im Sinne der klassischen Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht verstanden<sup>56)</sup>. Mit Urteil vom 16. Juli 1971 führte der EuGMR im Fall Ringeisen<sup>57)</sup> jedoch aus, damit Art. 6 Abs. 1 auf einen Streitfall Anwendung finde, sei nicht erforderlich, daß beide Parteien des Rechtsstreites Privatpersonen sind, wie dies die Mehrheit der Kommission meine. Die Textauffassung des Art. 6 Abs. 1 gehe viel weiter; der französische Wortlaut umfasse jedes Verfahren, dessen Ausgang für Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur „déterminant“ d.h. „entscheidend“, andere übersetzten mit „bestimmend“, eine dritte Variante las dies als „von Bedeutung“, sei<sup>58)</sup>. Im Golder-Urteil vom 21. Februar 1975<sup>59)</sup> gelangt der EuGMR sodann zu dem Ergebnis, daß Art. 6 Abs. 1 MRK jedermann das Recht gewährleiste, über jede Streitigkeit in bezug auf seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ein Gericht anzurufen, woraus u.a. folge, daß sich auf diese Bestimmung auch derjenige berufen kann, der einen Angriff auf die Ausübung seiner Rechte für unzulässig hält und behauptet, keine Möglichkeit gehabt zu haben, diese Frage einem Gericht zu unterbreiten, das den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 genügt<sup>60)</sup>. Mit Urteil vom 23. Juni 1981 im Fall Le Compteur Van Leuven und De Meyere<sup>61)</sup> betonte der Gerichtshof sodann, Art. 6 gebe sich nicht mit einem losen Zusammenhang oder mit entfernten Auswirkungen zufrieden. Die zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen müßten vielmehr Gegenstand der Streitigkeit, der Ausgang des Verfahrens müsse für ein solches Recht „unmittelbar bestimmend sein“. Im Fall König hatte der Gerichtshof mit Urteil vom 28.6.1978<sup>62)</sup> bereits betont, daß nicht der Anspruch auf die Erteilung einer Erlaubnis<sup>63)</sup>, sondern vielmehr der allfällige Entzug einer bestehenden Erlaubnis und der damit verbundene Verlust, Tätigkeiten auf Grundlage privatrechtlicher Verträge auszuüben, maßgeblich sei<sup>64)</sup>. Im Bericht der Kommission vom 8. Oktober 1983 zum Fall Albert Benthem<sup>65)</sup> wird sodann betont, daß noch immer große Unsicherheit über den Anwendungsbereich des Art. 6 herrsche und die Mitgliedsstaaten der Konvention dringend präziserer Aussagen bedürfen. Mit dem gleichen Ziel hat die Kommission auch die Fälle von Marle u.a.<sup>66)</sup>, Feldbrugge<sup>67)</sup> und Deumeland<sup>68)</sup> vor den EuGMR gebracht und in Berichten vom 8. und 9. Mai 1984 die Meinung vertreten, daß bei der Anwendung des Art. 6 „behutsam“ vorzugehen sei, weil dieser keine genügende Grundlage biete, weite Bereiche der Hoheitsverwaltung einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Außerdem bestünde die Gefahr, daß die Garantie des Art. 6 verwässert würde, wenn sein Anwendungsbereich zu sehr erweitert werde. Eine Anwendung des Art. 6 auf Sozialversicherungsverfahren würde eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des Art. 6 bedeuten, was mit dem Prinzip des „cautious approach“ unvereinbar wäre<sup>69)</sup>. In dem bereits erwähnten Bericht zum Fall Benthem vom 8. Oktober 1983 verwies die Kommission bereits darauf, daß Art. 6 nicht eine Gerichtskontrolle der Verwaltung als solche vorsehe; wenn dem so wäre, hätten nämlich die Vertragsstaaten bei der Ratifizierung der Konvention diesbezüglich sicherlich Vorbe-

halte erklärt. Es sei eine Tatsache, daß die Rechtssysteme vieler Mitgliedstaaten nach wie vor auf der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht aufgebaut seien, sodaß es weitreichende Konsequenzen hätte, wenn die Verwaltung allgemein einer gerichtlichen Kontrolle unterstellt würde. Andererseits sei jedoch zu erwägen, daß die Verwaltung zunehmend in die individuelle Freiheit eingreife.

Hieran knüpft die Meinung der Kommissionsminderheit an, die im Bericht die Ansicht äußert, daß „civil rights“ immer dann anzunehmen seien, wenn ein Verfahren individuelle Rechtsansprüche nach innerstaatlichem Recht zum Verfahrensgegenstand habe und mit dem Verfahren in den Bereich allgemeiner individueller Freiheit eingegriffen werde, sei es nun in eine berufliche oder sonst gesetzlich erlaubte menschliche Aktivität. Entgegen dieser von Melchior und Frowein formulierten Minderheitsmeinung, fordert das Einzelvotum Ermacoras, daß der Begriff der civil rights nach der klassischen Methode der Unterscheidung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht abgegrenzt werden sollte. Das Sondervotum Sperduti verweist schließlich darauf, daß eine unterschiedliche Behandlung von Verfahren zur Erteilung und zur Entziehung behördlicher Bewilligungen juristischer Logik zuwiderlaufe.

- 4.1.2. Die endgültige Ermittlung der Bedeutung des autonomen Konventionsbegriffes der „civil rights“ durch die Straßburger Organe ist für die österreichische Rechtslage jedoch eher von sekundärer Bedeutung, solange man nicht daran zweifelt<sup>70)</sup>, daß die nachprüfende Kontrolle des VwGH in Fällen, in denen kein Tribunal entschieden hat, genügt. Tritt aber der Zweifelsfall tatsächlich ein, so wäre ohnedies eine grundsätzliche Neuregelung notwendig. Die Grundsatzfrage, ob die Rechtskontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof Art. 6 MRK entspricht, ist aber bereits mit den Erk. VfSlg. 5100 und 5102/1965 aufgebrochen. Mit diesen Erkenntnissen führte der Verfassungsgerichtshof aus, daß verfassungsrechtliche Bedenken aus drei Erwägungen entstehen könnten:

- a) daß nur eine Nachprüfung stattfinde
- b) daß nur kassatorisch entschieden werde
- c) daß keine volle Sachverhaltsprüfung gewährleistet sei.

Alle drei Bedenken wurden jedoch als nicht zutreffend erachtet. Der Verfassungsgerichtshof erklärte, daß die Konvention eine unmittelbare Entscheidung durch Gerichte (=Tribunale) nicht erfordere, es genüge, wenn letzten Endes Gerichte zur Entscheidung berufen seien. Auch in der (nur) kassatorischen Entscheidungstätigkeit der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts liege

keine Schwierigkeit, da die Verwaltungsbehörden den der Rechtsanschauung der Gerichtshöfe entsprechenden Rechtszustand unverzüglich herzustellen hätten. Schließlich sei der Verfassungsgerichtshof, wenn auch nur bezogen auf die Prüfung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte, in der Sachverhaltsprüfung überhaupt nicht beschränkt; §§41 und 42 VwGG sei konventionskonform auszulegen, diese Bestimmungen seien einer solchen Handhabung auch zugänglich.

Spätestens mit dem Ringeisen-Urteil war aber auch klar, daß mit der formalorganisatorischen Abgrenzung, wie sie sich aus dem Trennungsgebot des Art. 94 B-VG ergibt und der Terminologie des B-VG: nämlich des Art. 10 Abs. 1 Z 6, der von „Zivilrechtssachen“, des Art. 15 Abs. 9, der von „Zivilrecht“ und schließlich der Art. 87 a Abs. 1, 90 Abs. 2 und 92 Abs. 1, die von „Zivilrechtssachen“ sprechen, nicht das Auslangen gefunden wird. Das zweigleisige Verfassungskonzept des B-VG, dessen materiell-rechtlicher Gehalt vom Verfassungsgerichtshof aus den Kompetenztatbeständen im Wege der Versteinerungstheorie erschlossen und dessen formell-organisatorische Bedeutung darin gesehen wurde, daß es sich um „Zivilrechtssachen“ nur bei Angelegenheiten handle, deren Vollziehung den Gerichten durch einfaches Gesetz zugewiesen ist<sup>71)</sup>, wurde mit dem Begriff der „civil rights“ des Art. 6 MRK<sup>72)</sup> konfrontiert. Die Unterschiedlichkeit der Begriffszuordnungen geht wohl darauf zurück, daß das Konzept des B-VG in der monistischen Auffassung Kelsens wurzelt<sup>73)</sup>, der eine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht als rechtsinhaltliche Differenzierung jedenfalls ursprünglich ablehnte, weil es sich dabei um metarechtliche Gesichtspunkte handle<sup>74)</sup>. Zu einer rechtstheoretischen Auseinandersetzung ist in diesem Rahmen weder Zeit noch Ort; für den Konventionsbegriff der „civil rights“ ist aus einer solchen — zumindest vorläufig — nichts Entscheidendes zu gewinnen. Die größte Sachnähe dürfte jedoch zur sogenannten verfeinerten Interessentheorie Nawiaszys<sup>75)</sup> bestehen, wonach es auf die Wertung ankommt, die der Gesetzgeber in der Rechtsnorm selbst vorgenommen hat. Nach Schäffer<sup>76)</sup> bietet gerade sie das bisher einzig brauchbare Kriterium und ist demnach vom methodischen Standpunkt her einwandfrei, weil sie in der Erkenntnis, daß der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht im Rechtsinhalt begründet sei, nur den rechtsimmanenten Gesichtspunkt zuläßt und sich zur Sinnermittlung auch der teleologischen Auslegungsmethode bedient<sup>77)</sup>. Schäffer<sup>78)</sup> meint, die Theorie Nawiaszys erhele, daß der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht nicht rechtswesentlich sondern historisch bedingt sei. Dieses dualistische Konzept sei ja gegen Ende des Mittelalters aus dem Römischen Recht in das kontinental-europäische Rechtsdenken übernommen worden. Schäffer<sup>79)</sup> zieht aus all dem die Konsequenz, daß durch den Konventionsbegriff der „civil rights“ auch der Trennungsgrundsatz des Art. 94 B-VG eine materiell-rechtliche Grundlage gefunden habe. Diese Ansicht übergeht jedoch, daß es sich bei Art. 94 B-VG um eine wesensmäßig anders gelagerte staatsrechtliche Grundsatzentscheidung handelt, die ausschließlich eine formal-organisatorische Gewaltenteilung zum Ziel hat, oh-

ne irgendeine rechtsinhaltliche Position zu beziehen. Aber auch die MRK akzeptiert die formelle Zuordnung von Materien, die als „civil rights“ zu werten sind, zum Verwaltungsrecht, ist also auch insofern in keinem Konflikt zum Trennungsgrundsatz. Die Unverträglichkeit der inhaltlichen Aussagen des Art. 6 MRK und der formal-organisatorischen Aussagen des Art. 94 B-VG ergibt sich letztlich aus der „Rechtswegsperre“ des Art. 94 B-VG einerseits und dem „Rechtswegegebot“ der MRK andererseits.

Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hat dem Ringeisen-Urteil sodann mit dem Erkenntnis VfSlg. 7492/1975 Rechnung getragen, nahm darin aber gleichzeitig eine Eingrenzung des Begriffes „Zivilrecht“ im Sinne des Art. 6 MRK dahin vor, daß es nicht darauf ankäme, ob der Ausspruch der Verwaltungsbehörde für die Zivilrechtslage von Bedeutung sei, sondern darauf, ob der behördliche Abspruch entweder zivile Rechte oder Verpflichtungen unmittelbar zum Gegenstand habe oder ob er die rechtliche Voraussetzung für die Wirksamkeit solcher Rechte und Verpflichtungen betreffe. Auf dieses Urteil stützt sich in der Folge die „ständige Rechtssprechung“ des Verfassungsgerichtshofes<sup>80)</sup>, ohne daß die in Straßburg weiter schwelende Frage, was unter „civil rights“ letztlich zu verstehen ist, irgendwelche Bedeutung erlangte. Nach der mit VfSlg. 5100/1965 begonnenen und — auch im Zusammenhang mit dem Ringeisen-Fall — wiederholten Rechtsprechung<sup>81)</sup> ist dies auch durchaus verständlich, da ja schon das ebenzitierte Erkenntnis die Aussage enthielt, daß dem Anspruch des Art. 6 MRK auf ein „gerichtliches Verfahren“ durch die nachprüfende Kontrolle des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes Genüge getan sei. Da mit dem Ringeisen-Erkenntnis auch Kollegialbehörden im Sinne des Art. 133 Z 4 B-VG die Tribunal-Qualität attestiert worden war, schien die Rechtslage so oder so abgesichert, vorausgesetzt, daß die die Verwaltungsrechtsprechung ausübenden Kollegialsenate den Erfordernissen des Art. 6 MRK entsprechen, also Tribunale im Sinne dieser Verfassungsbestimmung sind. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

4.2. Für den Bereich der Verwaltungsstrafsachen ist alles wesentlich komplizierter. Auch hier stellt sich zuerst die Frage, welcher Inhalt dem autonomen Begriff strafrechtlicher Beschuldigungen im Sinne der Konvention nach der Rechtsprechung der Straßburger Organe zukommt:

4.2.1. Mit der Entscheidung vom 3. März 1983 in der bereits zitierten Beschwerdesache 8998/80<sup>82)</sup> umschreibt die Kommission zusammenfassend die Kriterien, nach denen zu beurteilen ist, ob eine Bestimmung eine „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 6 darstelle, durch Verweisung auf die Aussagen, die in den Urteilen des EuGMR in den Fällen Engel vom 8.6.1976<sup>83)</sup>, Deweer vom 27.2.1980<sup>84)</sup> und Adolf vom 26.3.1982<sup>85)</sup> getroffen wurden. Der Ge-

richtshof habe unterstrichen, daß die Ausdrücke „strafrechtliche Anklage“ („criminal charge“, „accusation en matière pénale“) und „wegen einer strafrechtlichen Handlung angeklagt“ („charged with a criminal offence“, „accusé de 'une infraction“) nicht auf der Grundlage ihrer Bedeutung im innerstaatlichen Recht, sondern so auszulegen sind, daß ihnen im Konventionszusammenhang eine „autonome“ Bedeutung zukommt. Die Rechtslage in dem betreffenden Staat sei sicherlich von Bedeutung, stelle jedoch lediglich den Ausgangspunkt für die Beurteilung dar, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt eine „strafrechtliche Anklage“ gegen eine Person vorliege, oder ob diese Person „einer strafrechtlichen Handlung beschuldigt“ werde. Die überragende Bedeutung des Rechts auf ein faires Verfahren in einer demokratischen Gesellschaft verlange eine „materielle“ und nicht eine „formelle“ Begriffsbestimmung des dem Art. 6 zu Grunde gelegten Ausdrucks „Anklage“. Demgemäß müsse man über den äußeren Anschein hinausgehen und die wirkliche Bedeutung des betreffenden Verfahrens untersuchen, um festzustellen, ob eine „Anklage“ im Sinne des Art. 6 vorliegt. Der EuGMR hat an Hand folgender Kriterien zwischen „strafrechtlichen“ und anderen möglichen Deliktstypen unterschieden:

- aa) dem Vorliegen einer Kriminalstrafsache im formellen Sinn (aus der Sicht der nationalen Rechtsordnung);
- bb) der Art des Delikts;
- cc) der Art und Schwere der Strafe, die der betroffenen Person droht.

Hinsichtlich des letztgenannten Kriteriums hat der Gerichtshof festgestellt, daß in einer der Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Gesellschaft zur „Strafrechtssphäre“ alle als Strafe auferlegten Freiheitsentziehungen gehören, außer solchen, die wegen ihrer Art, Dauer oder Vollstreckungsart keine schwerwiegende Beeinträchtigung darstellen. Im Urteil vom 21. Februar 1984 im Fall Öztürk<sup>86)</sup> findet eine Auseinandersetzung mit der Frage statt, ob Ordnungswidrigkeitssysteme per se als „strafrechtlich“ bewertet werden müssen; der EuGMR verneint, wenn der Gesetzgeber bestimmte Handlungen aus den Kategorien des innerstaatlichen Strafrechts ausklammere, könne dies wohl im Interesse des Einzelnen liegen und zugleich den Geboten guter Rechtspflege entsprechen, insbesondere soweit die Gerichte von der Notwendigkeit entlastet würden, zahlreiche weniger gewichtige Verstöße gegen Vorschriften verfolgen und ahnden zu müssen. Die Konvention widerspreche den Entkriminalisierungstendenzen, die — freilich in überaus mannigfaltigen Formen — in den Mitgliedsstaaten des Europarats bestehen, keineswegs. Es hänge jedoch die Anwendbarkeit der Art. 6 und 7 vom souveränen Willen der Vertragsstaaten ab, wenn sie das Eingreifen dieser grundlegenden Bestimmungen nach ihrem Belieben ausschließen könnten, indem sie ein Vergehen als „Ordnungswidrig-

keit“ und nicht als „Straftat“ einstufen. Demnach weist der Gerichtshof darauf hin, daß Zuwiderhandlungen, die ihren Urheber Sanktionen aussetzen, welche abschreckend wirken sollen, und die meist aus Freiheits- oder Geldstrafen bestehen, nach dem üblichen Sprachgebrauch im allgemeinen dem Strafrecht zufallen. Mögen die Geldbußen in mancher Hinsicht weniger belastend erscheinen als Freiheitsstrafen, so hätten sie dennoch den Charakter einer Bestrafung beibehalten, durch den sich strafrechtliche Sanktionen gewöhnlich auszeichnen.

Unter Anwendung der im Urteil Engel entwickelten Grundsätze ist der Gerichtshof im Urteil vom 26.6.1984 im Fall Campbell & Fell<sup>87)</sup> sogar zur Aussage geschritten, daß die Verschiebung der vorzeitigen Entlassung eines Häftlings wegen disziplinarer Vergehen in der Haft eine materielle Strafe darstelle und das diesbezügliche Verfahren als strafrechtliches Verfahren anzusehen sei.

- 4.2.2. Auch vor dieser Rechtsprechung des EuGMR war jedoch bereits unschwer zu erkennen, daß der materielle Gehalt des Konventionsbegriffes „strafrechtliche Beschuldigung“ tief in den Kernbereich des österreichischen Verwaltungsstrafsystems hineinreicht. Die logische Konsequenz war, daß die Absicherung in einem Vorbehalt zu Art. 5 MRK gesucht wurde. Was ist aber rechtens, wenn die expandierenden Staatspflichten neue Verwaltungstatbestände bedingen? Öhlinger führt dies zu dem bereits eingangs wiedergegebenen Resümee, daß das Verwaltungsstrafrecht nicht mehr zeitgemäß ist:

Die wichtigste Aufgabe im gegenwärtigen Zeitpunkt sei, über die Reformstrategien Klarheit zu gewinnen. Es sei naheliegend, für das materielle Verwaltungsstrafrecht Alternativen zu den bestehenden Strafmaßnahmen zu suchen<sup>88)</sup>.

Solche sind durchaus denkbar, wenn man auch bisher hievon kaum legislatischen Gebrauch gemacht hat. Warum sollten nicht Kraftfahrer nach mehrfacher Übertretung der StVO — Vormerkungen könnten auf einer Allonge des Führerscheines erfolgen — zu einer Nachschulung und Prüfung bei sonstigem Entzug des Führerscheines verhalten werden können. Verstöße gegen die Gewerbeordnung könnten damit beantwortet werden, daß für bestimmte Zeit ein gewerberechtlicher Geschäftsführer eingesetzt wird. Diese Beispiele lassen sich vervielfachen, wenn auch nicht alles auf solchem Wege erfaßbar ist.

Hinzu tritt zwangsläufig die Frage, welche verfahrensrechtlichen Maßnahmen zulässig und notwendig sind, um der Konvention zu entsprechen. Szymanski<sup>89)</sup> hat am 9. Österreichischen Juristentag die Einführung einer neuen Verfahrenstypologie angeregt, die bei Tatbeständen, die unter der Grenze einer „strafrechtlichen Beschuldigung“ liegen, anzuwenden sein soll; diese neue Verfah-

rensart sollte zumindestens einen Teil der Garantien des Art. 6 MRK gewährleisten und durch ein neues Zusatzprotokoll zur MRK abgesichert werden. Ob dies realistisch ist, vermag ich nicht zu beurteilen, glaube aber, daß es einer solchen — völkerrechtliche Verträge erfordernden — Vorgangsweise gar nicht bedarf.

- 4.3. Die näherliegende Lösung der Verfahrensfrage führt allerdings zu den Kollegialbehörden nach Art. 133 Z 4 B-VG, bzw. dem Tribunal im Sinne der Konvention.

Die Tribunalwertigkeit des entscheidenden Organs ist hiebei die erste Frage, die zweite Frage ist, ob eine nachprüfende Kontrolle durch ein Tribunal ausreicht oder ob ein konventionskonformes Vorgehen gebietet, daß eine strafrechtliche Maßnahme nur von einem Tribunal verhängt werden darf. Die dritte Frage ist, ob es ausreicht, wenn die verfahrensrechtlichen Vorschriften vorsehen, daß der Betroffene die Entscheidung eines Tribunals verlangen, auf ein solches Verfahren aber auch verzichten kann.

Unvorgreiflich der zweiten Frage, die sich nach der Rechtsprechung der Straßburger Organe und des Verfassungsgerichtshofes — jedenfalls nicht allgemein<sup>90)</sup> — stellt<sup>91)</sup> und der dritten Frage<sup>92)</sup>, ist zunächst zu beantworten, ob den österreichischen Verwaltungsrechtsprechungsorganen, d.s. insbesondere dem Verwaltungsgerichtshof und den Kommissionen nach Art. 133 Z 4 B-VG, Tribunalqualität zukommt.

- 4.3.1.1. Hiezu ist einleitend festzuhalten: Art. 6 gebietet für „civil rights“ und für „strafrechtliche Beschuldigungen“ die Gewährleistungen von Rechtsschutz durch Tribunale unter Einhaltung qualifizierter Erfordernisse. Schon Art. 13 MRK ordnet allgemein an, daß gegen die Verletzung der in der Konvention festgelegten Rechte die Möglichkeit einer wirksamen Beschwerde bestehen muß. Mit Urteil vom 23.2.1982 hat der EuGMR im Fall Sporrang und Lönnroth<sup>93)</sup> ausgesagt, daß die Verpflichtung des Art. 13 MRK von Art. 6 aufgesogen wird, da dessen Anforderungen an sich die strenger sind. Art. 6 enthält implizit somit auch das Gebot einer wirksamen Beschwerdemöglichkeit.

Nach der Rechtsprechung des EuGMR<sup>94)</sup> verdienen des weiteren allein solche Einrichtungen die Bezeichnung „Tribunal“, die sich nicht nur hinsichtlich ihrer Gerichtsfunktion auf das Gesetz berufen können, sondern noch eine Reihe anderer Kriterien erfüllen, wie Unabhängigkeit sowohl gegenüber der Exekutive als auch gegenüber den jeweiligen Verfahrensbeteiligten, bestimmte Amtsdauer der Mitglieder, und Einhaltung der durch die Konvention gebotenen Verfahrensgarantien. Im Urteil Deweer vom 27. Feber

1980<sup>95)</sup> verwies der EuGMR darauf, daß Art. 6 Abs.1 weder bei zivilrechtlichen Streitigkeiten noch bei strafrechtlichen Anklagen zwischen Tatsachenproblemen und Rechtsfragen unterscheide. Beiden kommt die gleiche ausschlaggebende Bedeutung für den Ausgang eines Verfahrens zu. Damit bekräftigte der EuGMR seine Aussage im Urteil Winterwerp vom 24. Oktober 1979<sup>96)</sup>, daß die Kompetenz zur Beurteilung sowohl von Rechts- als auch von Sachverhaltsfragen — und damit auch der Beweismwürdigung — unverzichtbare Elemente für die Tribunalqualität eines Entscheidungsgremiums bilden. Im Fall Sramek führte der EuGMR mit Urteil vom 22.10.1984 unter Berufung auf die Urteile Campbell & Fell vom 28. Juni 1984<sup>97)</sup> und Piersack vom 1. Oktober 1982<sup>98)</sup> weiters aus, daß für die Beurteilung, ob ein Gericht entsprechend den Erfordernissen des Art. 6 als unabhängig angesehen werden könne, auch der äußere Anschein von Bedeutung sei. Für die Frage der Unparteilichkeit eines Richters seien nicht nur subjektive Perspektiven maßgeblich, es müßten auch Erwägungen funktioneller Natur angestellt und der inneren Organisation der Behörde Rechnung getragen werden. Jeder Richter müsse sich für befangen erklären, von dem man berechtigterweise einen Mangel an Unparteilichkeit befürchten könnte<sup>99)</sup>; einem englischen Sprichwort folgend, das bereits im Urteil Delcourt<sup>100)</sup> vom 17. Jänner 1970 zitiert wurde, „muß Recht nicht nur gesprochen werden, es muß auch sichtbar sein, daß es gesprochen wird“. Ob es sich hierbei um Anforderungen an das Tribunal oder dessen Vorgehen handelt, wurde allerdings im Piersack-Urteil insofern relativiert, als der EuGMR ausdrücklich erklärte, daß die Frage, ob ein „auf Gesetz beruhendes“ Gericht eingeschritten sei, offengelassen werden könne, da hierfür auch die Zusammensetzung der Richterbank in jedem einzelnen Verfahren zu klären gewesen wäre, bejahendenfalls weiters überprüft hätte werden müssen, ob der EuGMR die Art und Weise überhaupt überprüfen könne, in der die nationalen Gerichtsbarkeiten ihr nationales Recht auslegen und anwenden und schließlich zu untersuchen gewesen wäre, ob dieses Recht seinerseits mit der Konvention übereinstimme. Daß die Organisationsgesetze aber auch maßgeblich sein können, wird damit jedenfalls implizit ausgesagt.

- 4.3.1.2. Immer wiederkehrend wird von den Straßburger Instanzen aber auf die Bedeutung des fairen Verfahrens verwiesen und betont, daß es erforderlich sei, hinter das äußere Erscheinungsbild zu blicken und auf die dahinterliegenden Tatsachen zu greifen. Diesen Maßstab legte der EuGMR beispielsweise im Fall Bönisch<sup>101)</sup> an, indem er im Urteil vom 6. Mai 1985 die Neutralität eines Sachverständigen als in Frage gestellt erachtete, wenn dessen Gutachten Anstoß zur Anklageerhebung gegeben hatte und er mit Erlaubnis des Gerichtes an den Angeklagten und die Zeugen Fragen richten und zu deren Aussagen im geeigneten Moment Stellung nehmen konnte, was eine unterschiedliche Prozeßposition dieses Gerichtssachverständigen zu einem Gutachter der

Verteidigung bewirkt hätte. Dies stehe im Widerspruch zu dem einem Fair Trial innewohnenden Prinzip der Waffengleichheit. Auch hier handelt es sich nicht um die Einhaltung formaler Kriterien, sondern um die Wahrung eines materiell gebotenen Verfahrensniveaus<sup>102)</sup>.

4.3.2. Der Verfassungsgerichtshof hatte sich vor diesem Hintergrund mit der Frage der Tribunalqualität sowohl hinsichtlich des Verwaltungsgerichtshofes als auch hinsichtlich der Kollegialsenate gemäß Art. 133 Z 4 B-VG auseinanderzusetzen.

4.3.2.1. In den bereits zitierten Erkenntnissen VfSlg. 5100 und 5102/1965 bejahte er, daß die nachprüfende Kontrolle der zur Kassation berechtigten Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts den durch die Konvention gebotenen Schutz erfüllen. Zwar sei der Verwaltungsgerichtshof schon bisher in der Lage und verpflichtet gewesen, Sachverhaltsmängel als Verfahrensmängel zu beseitigen; der im Art. 6 Abs. 1 MRK enthaltene verfassungsrechtliche Befehl, gemäß dem die Entscheidung bei einem Gerichtshof liegen muß, gebiete, die §§ 41 und 42 VwGG verfassungskonform auszulegen und zu handhaben. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich diese Auffassung mit den Erkenntnissen vom 24. Mai 1974<sup>103)</sup> und vom 15. Dezember 1978<sup>104)</sup> zu eigen gemacht und klargestellt, daß er konventionskonform auch tatsächlich berechtigt und nicht nur verpflichtet ist, im Rahmen der von der Partei geltend gemachten Beschwerdepunkte den von der belangten Behörde ihrem Bescheid zu Grunde gelegten Sachverhalt uneingeschränkt zu prüfen. Dennoch gibt es wenige Aussagen des Verfassungsgerichtshofes über deren Richtigkeit die Meinungen in gleicher Intensität aufeinander prallen. Um nur einige der Autoren zu erwähnen, seien Hinterauer<sup>105)</sup>, Klecatsky<sup>106)</sup>, Loebenstein<sup>107)</sup>, Matscher<sup>108)</sup>, Melichar<sup>109)</sup>, Pernthaler<sup>110)</sup>, Ringhofer<sup>111)</sup>, Rosenzweig<sup>112)</sup>, Walter<sup>113)</sup>, Werner<sup>114)</sup>, sowie zuletzt Kopetzki<sup>115)</sup> genannt. Zusammenfassend kann hier hiezu nur gesagt werden, daß die Pro-Meinungen die Kontra-Äußerungen jedenfalls der Zahl nach eher überwiegen. Am klarsten unterstrichen Werner und Ringhofer die Richtigkeit der Auffassung des Verfassungsgerichtshofes. Die schärfsten Gegenmeinungen stammen von Rosenzweig und Kopetzki. Die Ansicht des Verfassungsgerichtshofes hat jedenfalls für sich, daß sie dem judicial review englischer Gerichte grundsätzlich entspricht.

Eine Aussage zur Konventionskonformität der nachprüfenden Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes kann aus den Erkenntnissen VfSlg 5100 und 5102/1965 allerdings nur für „civil rights“-Angelegenheiten abgeleitet werden. Für Verwaltungsstrafsachen besteht die Zäsur zwischen Altstatbeständen, die durch den Vorbehalt abgesichert sind, und den neu — nach dem

3. September 1958 — erlassenen Tatbeständen, die sich nicht auf eine intrasystematische Fortentwicklung des bestehenden Verwaltungsstrafrechts berufen können. Daß neue Straftatbestände, in denen freiheitsentziehende Maßnahmen vorgesehen sind, durch die nachprüfende Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofes nicht an sich abgedeckt sein können, ergibt sich schon daraus, daß es andernfalls des Vorbehalts zu Art. 5 MRK gar nicht bedurft hätte.

Ob und wann bei neuen Verwaltungsstraftatbeständen eine nachprüfende Kontrolle oder die originäre Entscheidung durch ein Tribunal (Gericht) durch Art. 5 MRK erlaubt bzw. geboten ist, wird der Verfassungsgerichtshof wohl in Kürze zu beantworten haben.

Festzuhalten ist vorläufig, daß Art. 5 MRK an sich nur vom Entzug der Freiheit nicht aber vom Eingriff in andere Rechtsgüter (zB durch Geldstrafen) spricht und weiters, daß Abs. 1 lit. a des Art. 5 MRK wieder nur von der Straftat als Primär- oder Ersatzarreststrafe spricht und diese nur erlaubt, wenn sie „rechtmäßig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“ erfolgt.

Festzuhalten ist weiters, daß sich von einer nachprüfenden Kontrolle durch ein Tribunal verfahrensrechtliche Bestimmungen entscheidend abheben, die einen Rechtszug gegen eine Entscheidung an ein meritorisch entscheidendes Tribunal vorsehen. Wann die Konvention das eine oder das andere gebietet bzw. erlaubt, ist eine Frage für sich. Die Tatsache, daß eine Beschwerde an die Kommission erst nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges zulässig ist, führt jedoch zur Konsequenz, daß es dann, wenn es in den Händen des Betroffenen liegt, durch die Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs (z.B. eines Einspruches) oder eines Rechtsmittels (z.B. einer Berufung) in den Genuß eines konventionskonformen Verfahrens zu gelangen, ihm selbst anzulasten ist, wenn er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht<sup>116)</sup>.

Der Weg zu einem konventionskonformen Verfahren, also auch zu einer nachprüfenden Kontrolle durch ein Tribunal, darf jedoch keinesfalls so schwierig oder langwierig sein, daß er die Effektivität des Rechtsschutzes in Frage stellt oder daß die Entscheidung nicht innerhalb angemessener Frist erfließt.

Weiter ist zu vermerken, daß die Einrichtung von — konventionskonformen — Haftprüfungsverfahren jedenfalls aktuell würde, sobald der Verfassungsgerichtshof auf Grund eines vorgeschalteten Verwaltungsverfahrens gegen den Freiheitsentzug durch Akte (verfahrensfrei ausgeübter) verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt nicht mehr unmittelbar angerufen werden könnte.

4.3.2.2. Zur Tribunalqualität von Kollegialbehörden nach Art. 133 Z 4 B-VG hat der Verfassungsgerichtshof ebenfalls der Rechtsprechung der Straßburger Organe — wenn auch nur sukzessive — Rechnung getragen.

Schon mit Erk. VfSlg. 5684/1968 wurde die personelle Verflechtung einer Kollegialbehörde mit obersten Organen der Vollziehung als Verletzung der Unabhängigkeit dieser Entscheidungsgremien erkannt, da dadurch die Unabhängigkeit dieses Mitgliedes von der Exekutive schon begrifflich ausgeschlossen ist. Unabhängige Mitglieder eines „Tribunals“ im Sinne des Art. 6 MRK müssen nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes<sup>117)</sup> des weiteren zumindest für einen gewissen Zeitraum unabsetzbar sein. Fehlt es nämlich an einer (gesetzlichen) Regelung der Funktionsdauer, besteht die grundsätzliche Möglichkeit jederzeitiger Abberufung<sup>118)</sup>, weil die Bestimmungen über die Bestellung allein die Ermächtigung zur Enthebung des Bestellten — und sei es auch während eines laufenden Verfahrens — notwendig miteinschließen<sup>119)</sup>. Als wichtigstes neues Kriterium, das Kollegialbehörden zu „Tribunalen“ macht, wurde jedoch die über die formale Weisungsfreistellung hinausgehende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Kollegialorgane gegenüber der Exekutive festgestellt<sup>120)</sup>. In den Erk. VfSlg. 7099/1973 und 7284/1974 wird weiters ausgesagt, daß grundsätzlich die gebotene Unabhängigkeit nur dann gesichert ist, wenn ein Weisungszusammenhang zwischen der Exekutive und den behördlichen Organen nicht gegeben ist und überdies ausreichende Vorschriften bestehen, die ein Tätigwerden eines befangenen Organs hintanhaltend. Nicht nur die subjektive, sondern auch die objektive (organisatorische) Befangenheit ist also nach dieser Rechtsprechung mit der Unabhängigkeit eines Kollegialorgans unverträglich. Dennoch wurde die Befangenheit eines Verwaltungsorgans als keine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter bezeichnet. In VfSlg. 3408/1958 wurde der Meinung des Beschwerdeführers, im zitierten Grundrecht verletzt zu sein, entgegengehalten, daß durch die Vorschrift des § 7 AVG 1950, die auch im Bereich des Agrarverfahrens anzuwenden sei, die Zuständigkeitsvorschriften nicht berührt werden. Die Partei habe kein Recht, ein entscheidendes oder an der Entscheidung mitwirkendes Organ wegen Befangenheit abzulehnen. Eine Kollegialbehörde werde demnach nicht dadurch unzuständig, daß ein befangenes Mitglied an ihrer Tätigkeit mitgewirkt habe. Auch die richtige Zusammensetzung eines Kollegialorgans werde durch die Mitwirkung eines befangenen Organs nicht berührt, wenn nicht besondere Anordnungen eines Gesetzes dies nach sich ziehen. Diese Auffassung wurde in einer Vielzahl weiterer Erkenntnisse beibehalten<sup>121)</sup>. Nun kann man noch sagen, daß diese Ansicht von dem formal-organisatorischen Gedankengut getragen war, das das österreichische Verfassungskonzept ursprünglich beherrschte. In VfSlg. 6134/1970 erklärte der Verfassungsgerichtshof jedoch, daß auch eine Bedachtnahme auf Art. 6 MRK ausscheide. Die Begründung

dafür war, daß die Materie des Grundverkehrsrechtes, die der damaligen Entscheidung zu Grunde lag, nicht unter Art. 6 MRK falle, da eine öffentlich-rechtliche Beschränkung keine bürgerliche Rechtssache sei. Obwohl in der Folge der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 7099/1973, dem Ringeisen-Erkenntnis folgend, Grundverkehrsangelegenheiten den civil rights zuordnete, griff der Verfassungsgerichtshof die Befangenheitsproblematik erst neuerlich in der Rechtssache B 489/82 — wieder betreffend einen Grundverkehrsfall, anknüpfend an das Urteil des EuGMR im Fall Sramek aus der Sicht eines Verstoßes gegen Art. 6 MRK — auf und nahm sie mit Beschluß vom 1. März 1985 zum Anlaß der Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens gegen die Bestimmungen über die Zusammensetzung der Landesgrundverkehrsbehörde. Damit wurde in materieller Betrachtung die Frage aufgegriffen, ob durch die Mitwirkung eines Mitgliedes eines Tribunals, das zu einer Partei, nämlich dem Landesgrundverkehrsreferenten, wenn auch in seiner Tätigkeit außerhalb des Tribunals, im Verhältnis einer hierarchischen Unterordnung steht, Art. 6 MRK verletzt wird. Mit Erkenntnis vom 17. Oktober 1985, G 68/85 u.a., sprach der Verfassungsgerichtshof aus, daß die in Prüfung gezogenen Organisationsnormen nicht als verfassungswidrig aufgehoben werden, da die Verfassungswidrigkeit nicht dem Gesetz sondern dem Vollzug anzulasten sei. Ebenfalls mit Erkenntnis vom 17. Oktober 1985 hob der Verfassungsgerichtshof sodann in der Rechtssache B 489/82 den angefochtenen Bescheid wegen Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Tribunal im Sinne des Art. 6 MRK auf. Er vertrat ebenso wie der EuGMR im Fall Sramek die Auffassung, daß das Tätigwerden eines Mitgliedes der Tiroler Landesgrundverkehrsbehörde, das in seiner Eigenschaft als Beamter des Amtes der Tiroler Landesregierung dem beamteten Grundverkehrsreferenten und damit einer Partei des Verfahrens dienstlich untersteht, unter besonderen Umständen, wie sie im Fall Sramek — im Sinne einer das Vertrauen in die Kommission beeinträchtigenden besonderen Verflechtung zwischen Berichterstatte der Landesgrundverkehrsbehörde (und damit eines Tribunals) und Grundverkehrsreferent — vorlagen, mit der Verfassungsbestimmung des Art. 6 MRK unvereinbar ist. Damit sprach der Verfassungsgerichtshof aus, daß Art. 6 MRK ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf ein Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Tribunal gewährleistet, insoferne somit unmittelbares Verfassungsrecht ist.

Rechtsdogmatisch tritt damit neben das formal-organisatorisch orientierte, aus Art. 83 Abs. 2 B-VG erfließende Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter das durch Art. 6 MRK gewährleistete verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht, daß ein auf Gesetz beruhendes Tribunal, das bestimmten inhaltlichen Voraussetzungen entspricht, in allen diesen Konventionsbestimmung unterliegenden Angelegenheiten zu entscheiden hat. Die Frage, ob Befangenheit eines Angehörigen eines Tribunals in die Verfas-

sungssphäre reicht<sup>122)</sup> tritt damit in den Hintergrund, da sie kaum anders denn als subjektiver Aspekt des Anspruches auf Unparteilichkeit des Gerichtes zu werten ist.

In einer gewissen Affinität zum Recht auf ein unparteiisches Gericht steht der ebenfalls durch Art. 6 MRK gewährleistete Anspruch auf ein fair trial, wie er vom OGH<sup>123)</sup> und vom VfGH<sup>124)</sup> gesehen wird.

- 4.4.1. Mit den bisherigen Ausführungen wurde das Thema selbstverständlich auch nicht annähernd erschöpfend behandelt, es wurde vielmehr nur versucht, in groben Umrissen Zusammenhänge und den Stand der bisherigen Rechtsfindung aufzuzeigen. Damit spreche ich das Phänomen an, daß durch die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und durch die Judikatur der Straßburger Organe neue Rechtsbegriffe geformt, in den Strukturen aufgedeckt, objektiviert und in zunehmendem Maße konkretisiert werden. Es ist kaum anzunehmen, daß sich die Verfasser der Konvention bei der Ausarbeitung des Art. 6 der vollen Tragweite der getroffenen Regelung bewußt waren. Es liegt näher anzunehmen, daß sich das ursprüngliche (Selbst-)Verständnis des Art. 6 MRK auf Inhalte beschränkte, wie sie für die ordentliche Zivil- und Strafgerichtsbarkeit allgemein entwickelt waren. Böhm meinte am 9. Österreichischen Juristentag, die Straßburger Organe hätten besser den Tribunalbegriff auf die ordentliche Gerichtsbarkeit beschränkt und auch den Begriff der „civil rights“ eng gehalten, wie über ihn üblicherweise von den Gerichten Recht gesprochen werde. Eine solche Betrachtung hätte aber die MRK ihrer Funktion geradezu beraubt, weil damit den nationalen Rechtsordnungen zwangsläufig ein Freibrief ausgestellt worden wäre. Meiner Meinung nach sind sich die Konventionsorgane nach einer Anfangsperiode des Zögerns ihrer Aufgabe zu Recht bewußt geworden, mit der Rechtsprechung über die nationalen Begriffe hinausgreifen und aus den materiell-rechtlichen Ansätzen, wie sie sich in den Rechtsordnungen allgemein finden, autonome Begriffe ableiten zu müssen. Nur diese Methode der Rechtsfindung konnte dem Sinn und Wesen der MRK als multilateralem Vertrag gerecht werden. Bei Berücksichtigung des Ziels der Konvention mußten Auffassungen entwickelt werden, die den im Konventionstext verwendeten Termini eigenständige Bedeutung gaben.

Die Rechtsprechung der Straßburger Organe nimmt aber dennoch auf die nationalen Rechtsordnungen erkennbar Bedacht; bei Gleichwertigkeit alternativ möglicher Lösungen ist ein Konventionsverstoß eher nicht zu befürchten. Materiell wird damit — siehe den Fall Pretto<sup>125)</sup> — ein föderalistisches Konzept im Bereich der Grundrechtsgewährleistungen der MRK anerkannt.

- 4.4.2. Eine Konsequenz ist allerdings aus den bisherigen Ergebnissen zu ziehen: Eine verfassungsrechtliche Verankerung des Weltpakts für bürgerliche und politi-

sche Rechte ist jedenfalls für die hier erörterten Belange abzulehnen. Ebenso wie der MRK ein „europäisches Konzept“ zu Grunde liegt, dem Österreich, wenn auch nur unter gewissen Schwierigkeiten, entsprechen kann, liegen dem Weltpakt Begriffe zu Grunde, die aus dem Rechtsraum aller Vertragspartner einschließlich der Staaten sozialistischer Legalität abzuleiten sind. Daß die im Weltpakt verwendeten Begriffe mit den in der MRK verwendeten kaum deckungsgleich sind, bedarf wohl keines Beweises; wer dessen bedarf, sei auf die einschlägige Arbeit Graefraths<sup>126)</sup> verwiesen.

5. Als nächstes Kapitel scheint mir erforderlich, auf die so bezeichnete Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts — insbesondere die Möglichkeit der Ablehnung von Beschwerden, die dem Verfassungsgerichtshof sukzessive in zwei Phasen eingeräumt wurde — rechtsdogmatisch einzugehen und die Situation des Verwaltungsgerichtshofes in rechtspolitischer Sicht anzusprechen. Damit erschließt sich ein vierter Problemkreis, der das Verwaltungsverfahren mit der MRK verbindet, zumal der letzte Anstoß zu den Novellen vom Urteil des EuGMR im Fall Zimmermann und Steiner gegen die Schweiz<sup>127)</sup> ausging.

Zu erörtern ist, ob die Ablehnung von Beschwerden durch den Verfassungsgerichtshof an sich gegen die MRK verstößt, oder ob dadurch Belastungen des Verwaltungsgerichtshofes entstehen, die verhindern würden, daß eine Entscheidung in angemessener Frist erfolgt.

#### 5.1. Zunächst zum Institut der Ablehnung allgemein:

- 5.1.1. Mit Art. I Z 10 des BVG, BGBl. 350/1981, wurde dem Verfassungsgerichtshof die Möglichkeit eröffnet, die Behandlung von Beschwerden durch Beschluß abzulehnen, wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben, sofern es sich um einen Fall handelt, der nach Art. 133 B-VG von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht ausgeschlossen ist. Klecatsky<sup>128)</sup> verweist, durch diese Bestimmung werde in Abhebung von allen in Österreich bisher geläufigen Rechtsformen die verfahrensfreie Repulsion von Grundrechtsträgern ermöglicht; die Wortwahl — „Repulsion“ zu deutsch: Abstoßen, Zurückstoßen — ist typisch für eine unreflektierte Betrachtung dieses Instituts, das einer subtileren Betrachtung durchaus Stand hält.

Einleitend einige Daten:

In der Zeit von 1981 bis 1983 wurde auf Grund des ersten Ablehnungstatbestandes die Behandlung von 535 Beschwerden abgelehnt, was ca. 20 % der 2.600 in diesem Zeitraum ergangenen Erledigungen entspricht. Obwohl es sich durchwegs um Fälle handelte, bei denen die Beschwerdevorwürfe im we-

sentlichen einfach-gesetzliche Rechtswidrigkeiten betrafen und die Abtretung an den Verwaltungsgerichtshof stattfand, ist in einem nicht unbeträchtlichen Ausmaß die Ausführung der Rechtsverletzungen beim Verwaltungsgerichtshof unterblieben, sodaß es zur Einstellung des Verfahrens kam. Der Anfall beim Verfassungsgerichtshof hatte in der gleichen Zeit eine sprunghafte Steigerung erfahren: Betrug er 1979 noch 691 Fälle, so fielen im Jahre 1983 1.022 Fälle an.

Daß die B-VG-Novelle 1981 keine hinreichende Entlastung bewirken könne, war schon vor deren Inkrafttreten von Machacek<sup>129)</sup> erkannt worden. Als der Verfassungsgerichtshof Anfang 1984 unter Hinweis auf das vom EuGMR vom 13. Juli 1983 im Fall Zimmermann und Steiner gegen die Schweiz ergangene Urteil auf die Unhaltbarkeit der Lage hinwies<sup>130)</sup>, kam es tatsächlich zu einer raschen Reaktion, vorerst durch eine Enquete des Forum 90 und unmittelbar darauf durch eine umfassende Stellungnahme der Bundesregierung an den Nationalrat<sup>131)</sup>. Die anschließenden parlamentarischen Gespräche führten zu einer prompten Gesetzgebung einer B-VG-Novelle<sup>132)</sup>, die für den Verfassungsgerichtshof eine zweite Ablehnungsmöglichkeit eröffnete, mit welcher dessen von Anbeginn an gestellte Forderung verwirklicht wurde, Beschwerden ohne weitere Befassung an den Verwaltungsgerichtshof abtreten zu können, wenn die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht erforderlich ist<sup>133)</sup>.

Die in Frage stehende legistische Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers führte zu einer Reihe kritischer Äußerungen<sup>134)</sup>, wie insbesondere: dem Verfassungsgerichtshof werde überlassen, sich die Beschwerdefälle auszusuchen, die er behandeln will, was einem politischen Freibrief gleichkäme; es drohe eine Rechtsschutzlücke zu entstehen und es würde beim Verwaltungsgerichtshof ein Mehranfall entstehen, den er nicht bewältigen können.

- 5.1.2. Für ein richtiges Verständnis der Ablehnungsregelung ist es allerdings erforderlich, sich die weit zurückreichenden Debatten über die notwendige Entlastung des Verfassungsgerichtshofes<sup>135)</sup>, die Entflechtung der Kompetenzen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts<sup>136)</sup> und die Divergenzenproblematik<sup>137)</sup> in Erinnerung zu rufen:

Schon im Bericht des Bundeskanzleramtes, mit dem der Tätigkeitsbericht des Verfassungsgerichtshofes für das Jahr 1974 dem Nationalrat vorgelegt wurde, war auf die zunehmende Belastung des Verfassungsgerichtshofes hingewiesen worden. In dem Bericht hieß es wörtlich:

*„Es werden daher Überlegungen erforderlich sein, wie der mit dem Ausbau der Rechtsschutzeinrichtungen verbundenen Arbeitsbelastung des Verfassungsgerichtshofes durch organisatorische Vorkehrungen oder durch eine Neuvertei-*

*lung der Zuständigkeiten zwischen den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts begegnet werden kann.“*

Kern der in den folgenden Jahren geführten Diskussionen war die Frage, ob die Lösung im Bereich organisatorisch-institutioneller oder organisatorisch-verfahrensrechtlicher Maßnahmen gesucht werden solle.

Als institutionelle Änderung wurde zunächst eine Veränderung des Aufbaues des Verfassungsgerichtshofes und die Einführung von Senaten erwogen, jedoch nicht weiter verfolgt, zumal die Erfahrungen des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe gegen eine Nachahmung dieser Konstruktion in Österreich sprachen.

Als denkbare institutionelle Änderung wurde des weiteren die Umgestaltung des Gerichtshofes in ein aus Berufsrichtern gebildetes Gremium überlegt. Auch dieser Weg erwies sich als nicht zielführend. Für die Effizienz des Gerichtshofes wäre nämlich durch Berufsrichter nichts zu gewinnen, wie ein Vergleich des Beratungs- und Verhandlungsspensums des Verfassungsgerichtshofes mit anderen Höchstgerichten zeigt<sup>138)</sup>.

Den organisatorisch-verfahrensrechtlichen Vorschlägen wurde daher wohl zu Recht seit jeher primäres Gewicht beigemessen. Dabei wurde insbesondere die Übertragung von Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes an den Verwaltungsgerichtshof und eine Veränderung des Ablaufes der Befassung mit Beschwerden durch die beiden Höchstgerichte erwogen.

Eine Lösung ohne einen so eingreifenden Schritt, wie es eine Neuverteilung der Aufgabenbereiche zwischen den beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wäre, suchte die Regierungsvorlage 1978<sup>139)</sup> durch „Vorschaltung“ des Verwaltungsgerichtshofes vor eine Befassung des Verfassungsgerichtshofes zu erzielen. Sie schlug eine ersatzlose Aufhebung des Art. 144 Abs. 2 B-VG in der damals geltenden Fassung und die Einführung der Möglichkeit, Beschwerden vom Verwaltungsgerichtshof an den Verfassungsgerichtshof zur Prüfung nach Art. 144 B-VG zu überweisen, vor und nahm weiters in Aussicht, daß bei gleichzeitiger Beschwerdeführung an beide Gerichtshöfe das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zeitlich vor dem Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof abzuführen sei.

Der Verwaltungsgerichtshof erachtete demgegenüber nur den Weg einer Neuverteilung der Kompetenzen als den einzig gangbaren und schlug vor, Beschwerden über die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte, die damit begründet werden, daß ein Gesetz in unvertretbarer Weise ausgelegt worden sei oder daß eine unzuständige Stelle oder eine unrichtig zusammenge-

setzte Behörde entschieden habe, in den Entscheidungsbereich des Verwaltungsgerichtshofes zu übertragen.

Diesen sehr moderierten Vorschlägen des Verwaltungsgerichtshofes war von anderer Seite — so z.B. Klecatsky<sup>140)</sup> — der wesentlich radikalere vorausgegangen, die gesamte Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit gemäß Art. 144 B-VG vom Verfassungsgerichtshof in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes zu übertragen. Einer solchen Lösung steht aber entscheidend entgegen, daß sie sich keineswegs als nahtlose Weiterentwicklung des bisherigen Rechtsschutzsystems anbietet, ja, daß ohne „Urteilstkontrolle“ eine radikale Rechtsschutzverschlechterung eintreten würde. Während nämlich das derzeitige System jedem Rechtsschutzsuchenden ermöglicht, seine verfassungsrechtlichen Bedenken unmittelbar an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen, woran auch die Möglichkeit der Ablehnung nichts ändert, würde nach einer Übertragung der gesamten Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit an den Verwaltungsgerichtshof die Geltendmachung von Normbedenken nur mehr mediatisiert über den Umweg möglich sein, daß der Verwaltungsgerichtshof sich diese Bedenken selbst zu eigen macht und beim Verfassungsgerichtshof auf Normenprüfung antragstellend auftritt<sup>141)</sup>.

- 5.1.3. Gegen alle bis zu den Entlastungsnovellen ins Spiel gebrachten Vorschläge bestanden also schwerwiegende grundsätzliche Einwendungen. Was immer dem 1981 und 1984 eingeführten Ablehnungssystem vorgeworfen werden mag, es ist jedenfalls evident, daß sich keine kurzfristig zu verwirklichende bessere Lösung anbot.

Man bedenke aber zusätzlich: Eine Ablehnung ist nicht zulässig in Angelegenheiten, die zur alleinigen Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes gehören. Prämisse eines Vorgehens nach Art. 144 Abs. 2 B-VG idgF durch den Verfassungsgerichtshof ist somit, daß der Beschwerdeführer, sofern er nur von seinen rechtlichen Möglichkeiten Gebrauch macht, vom Verwaltungsgerichtshof ein begründetes Erkenntnis über seine Beschwerde zu erhalten hat. Daraus folgt, daß selbst dann, wenn dem Verfassungsgerichtshof die Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit abgenommen und dem Verwaltungsgerichtshof zur Gänze übertragen würde, dies kein „Mehr“ an begründeter Entscheidung für den Beschwerdeführer bewirken würde.

Gegenstand einer möglichen Ablehnung nach dem ersten Tatbestand sind zunächst Fälle, bei denen behauptete Normbedenken keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben. Insofern hatte der Beschwerdeführer aber auch schon vor der Einführung einer Ablehnungsmöglichkeit durch den Verfassungsgerichtshof nur die Möglichkeit, eine Normprüfung anzuregen; führte diese nicht zur Einleitung eines amtswegigen Prüfungsverfahrens, so hinderte die Ant-

wort des Verfassungsgerichtshofes auf die geäußerten Bedenken den Verwaltungsgerichtshof nicht, einen Normprüfungsantrag dennoch zu stellen. Im Ergebnis gilt gleiches auch im Falle einer Ablehnung.

Gegenstand des ersten und auch des zweiten Ablehnungstatbestandes sind des weiteren Doppelgleisigkeiten in den Kompetenzen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Gerade diese führten aber wiederholt zu Judikaturdivergenzen der Gerichtshöfe, ein Phänomen, das bis dahin einer zufriedenstellenden Lösung nicht zugeführt werden konnte.

Im Ergebnis zeichnet sich damit weiters ab, daß nach der hervorleuchtenden Absicht des Verfassungsgesetzgebers seit den in Frage stehenden Novellen in Fällen, in denen spezifische Verfassungsfragen nicht zu erörtern sind, dem Verwaltungsgerichtshof die primäre Entscheidungskompetenz zugedacht ist.

## 5.2. Daraus ergeben sich letztlich folgende Schlußfolgerungen:

Das Entstehen einer Rechtsschutzlücke ist bei richtiger Anwendung der Ablehnungstatbestände ausgeschlossen.

Was zur Entlastung des Verfassungsgerichtshofes eingeführt wurde, erweist sich der Sache nach als Entflechtung der durch die Rechtsprechung entstandenen Entscheidungskonkurrenz der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Der Rechtsschutz für den Einzelnen wurde durch das Institut der Ablehnung somit keineswegs reduziert, sondern die Antwort bei Doppelzuständigkeit der Gerichtshöfe beim Verwaltungsgerichtshof konzentriert.

Auch der Vorwurf, dem Verfassungsgerichtshof werde ein Freibrief ausgestellt, nach Gutdünken auszuwählen, welche Beschwerden er entscheiden und hinsichtlich welcher er eine Behandlung dem Verwaltungsgerichtshof überlassen wolle, ist verfehlt. Art. 144 Abs. 2 B-VG spricht zwar davon, daß der Verfassungsgerichtshof die Behandlung einer Beschwerde ablehnen „kann“; eine nähere Betrachtung zeigt nach dem Gesagten jedoch, daß dieses „kann“ als „soll“ zu lesen ist, was dazu führt, daß das durch die B-VG-Novelle 1984 komplettierte Institut der Ablehnung der Zielsetzung entspricht, daß den beiden Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts Rechtsschutzaufgaben übertragen sind, die sich nicht überschneiden, sondern ergänzen sollen.

Aus all dem ergibt sich schließlich: Die Ablehnung durch den Verfassungsgerichtshof, sich mit einer Beschwerde zu befassen, ist als Entscheidungstyp weder als Zurückweisung noch als meritorische Erledigung zu werten. Die Ablehnung bringt vielmehr lediglich zum Ausdruck, daß der Verfassungsgerichtshof aus den Beschwerdeausführungen keine hinreichenden Normbedenken<sup>142)</sup> und keine spezifisch verfassungsrechtlichen Fragen entnimmt. In Richtung dieses Ver-

ständnisses der Ablehnung weist insbesondere auch die Neufassung des Art. 144 Abs. 3 B-VG, der die Möglichkeit, eine Abtretung an den Verwaltungsgerichtshof zu beantragen, entscheidend ausweitet.

5.3. Nachdem das Wesen des Instituts der Ablehnung dermaßen definiert ist, kann erörtert werden, welche Bedeutung ihm, gemessen am Maßstab der MRK und — gegebenenfalls — aus der Sicht seiner Auswirkungen für den Verwaltungsgerichtshof auch vor dem Hintergrund seiner allenfalls künftig erforderlichen Entlastung zukommt.

5.3.1. Zunächst scheint die Möglichkeit der Ablehnung der Behandlung von Beschwerden durch den Verfassungsgerichtshof mit den Erkenntnissen VfSlg. 5100 und 5102/1965, wonach durch die nachprüfende Kontrolle beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts dem Gebot des Art. 6 MRK entsprochen werde, im Widerspruch zu stehen. Ein solcher Einwand wäre aber offenkundig verfehlt, da die zitierte Judikatur des Verfassungsgerichtshofes — wörtlich genommen — überschießend war, weil die alleinige Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof in Angelegenheiten des Art. 6 MRK ausreicht, ausgenommen Verfahren über freiheitsentziehende Strafen auf Grund „neuer“ Verwaltungsstraftatbestände; die Beschwerde gegen Freiheitseingriffe auf Grund unmittelbarer Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt fallen demgegenüber in die alleinige Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes, sodaß insofern eine Ablehnung gar nicht in Frage kommt. Aus der Sicht der Konvention kann die Ablehnung der Befassung mit Beschwerden durch den Verfassungsgerichtshof somit nicht bedenklich sein, was die EKMR auch im Fall Spira<sup>143)</sup> bestätigte.

5.3.2. Daß die Auswirkungen der Ablehnungsmöglichkeit durch den Verfassungsgerichtshof für sich gesehen zu keiner Überforderung des Verwaltungsgerichtshofes führten, kann bereits jetzt gesagt werden. Nicht vorhersehbar ist jedoch, ob die künftige Entwicklung des Anfalles beim Verwaltungsgerichtshof zu einer Gesamtbelastung führt, die eine Entlastung erforderlich macht.

Hiezu ist festzuhalten, daß der Verwaltungsgerichtshof mit einer ständig anwachsenden Belastung konfrontiert wird. Einem Anfall im Jahre 1977 in Höhe von 2.868 Fällen standen 1979 3.417 gegenüber; dies löste eine Anhebung der bisher 41 auf 46 Höchstrichter aus. Im Jahre 1980 stieg der Anfall auf 3.891, 1982 auf 4.018 und im Jahre 1983 auf 5.046 Fälle an. Im Jahre 1984 betrug der Anfall 4.856 Fälle. Die Zahl der Richter war mit 1. Jänner 1984 auf 51 angehoben worden, von denen 4.649 Rechtssachen im Berichtsjahr erledigt wurden. Es blieben dennoch 3.522 Fälle offen. Gilt der bisherige Entwicklungstrend

auch für die Zukunft, wird wohl früher oder später unvermeidlich sein, eine neue Entlastungsdebatte spezifisch für den Verwaltungsgerichtshof zu führen. Diese muß aber Konventionsfragen berühren. Der Verwaltungsgerichtshof hatte Entlastungswünsche tatsächlich auch bereits für die B-VG-Novelle 1984, die zur Einführung des zweiten Ablehnungstatbestandes führte, angemeldet gehabt und insbesondere die Verwirklichung von Verwaltungsstrafsenaten, entsprechend dem offenen Programm des Art. 11 Abs. 5 B-VG gefordert. Diesem Vorschlag des Verwaltungsgerichtshofes wurde bekanntlich nicht entsprochen; mit Art. I Z 2 der Verfassungsnovelle vom 27. November 1984<sup>144)</sup> wurde vielmehr Art. 11 Abs. 5 B-VG aufgehoben.

- 5.4. Damit bleiben für ein konventionskonformes Verfahren für „neue“ Verwaltungsstrafatbestände — für den Fall der Fälle auch für civil rights-Angelegenheiten — und schließlich auch für eine künftige Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes nur die Einführung von Landesverwaltungsgerichten oder die Schaffung neuer Tribunale im Sinne des Art. 6 MRK<sup>145)</sup>

- 5.4.1. Letzteres wäre schon einfach-gesetzlich durch Einführung neuer Kommissionen nach Art. 133 Z 4 B-VG möglich und somit am leichtesten zu verwirklichen. Ob dies im Hinblick auf die Einwendungen, die gegen diese Institutionen bestehen, eine annehmbare Lösung ist, hängt weitgehend davon ab, inwieweit die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zugelassen werden wird.

Allenfalls könnte jedoch — mehr oder weniger ein Mittelweg — eine Lösung gesucht werden, wie sie sich im Finanzstrafgesetz findet, und vom Verfassungsgerichtshof in einem jüngst ergangenen Erkenntnis als unbedenklich erachtet wurde<sup>146)</sup>; d.h.: den Parteien könnte ein Wahlrecht eröffnet werden, die Behandlung ihrer Rechtssache durch — neu zu schaffende — Zivil- und Strafsenate, die den Voraussetzungen des Art. 133 Z 4 B-VG entsprechen, zu verlangen oder auf diese Möglichkeit zu verzichten.

Damit würde dem Gebot der MRK voll Rechnung getragen, daß die Entscheidung durch ein Tribunal nach einer öffentlichen Verhandlung erfließt, es sei denn, daß die betroffene Partei darauf selbst verzichtet, wofür auch beachtenswerte Gründe vorliegen können. Liegt ein Mehrparteienverfahren vor, wird der Verzicht einer Partei allerdings nicht ausreichen.

Denkbar wäre es schließlich bei Lösungen, die durch Schaffung neuer Tribunale erfolgen, den Verwaltungsgerichtshof dadurch zu entlasten, daß die Beschwerde an ihn nur für Grundsatzfragen vorgesehen wird; die Rückwirkung auf die Möglichkeit einer Ablehnung von Beschwerden durch den Verfassungsgerichtshof wäre diesfalls zu harmonisieren. Das wäre aus der Sicht der MRK jedenfalls zulässig.

Die Hauptschwierigkeiten gegen die erörterten Lösungen liegen wohl darin, daß Kommissionen nach Art. 133 Z 4 B-VG einfach-gesetzlich geschaffen werden können und nicht vorhersehbar ist, ob alle betroffenen Gesetzgeber sich zu einem gleichen Vorgehen entschließen wollen.

5.4.2. Zu fragen ist weiters, ob statt Kollegialbehörden auch monokratische Organe, quasi „Einzelrichter“, die nicht Berufsrichter sind, mit der Entscheidung in Angelegenheiten nach Art. 6 MRK betraut werden können. Daß Laienrichter, die in dieser Form der österreichischen Rechtsordnung jedoch fremd sind, mit Art. 6 MRK vereinbar wären, ist wahrscheinlich. Ob gleiches für weisungsfrei gestellte Beamte ebenfalls zutrifft, ist nicht so sicher. Die europäischen Instanzen haben dies wohl bisher nie verneint, möglicherweise aber nur deshalb, weil derartiges den Rechtssystemen der anderen Konventionsstaaten ebenfalls fremd ist. Für England trifft dies jedenfalls grundsätzlich zu. Auffallend ist weiters, daß Art. 5 Abs. 3 MRK sowohl von Richtern als auch von „other officers authorised by law to exercise judicial power“ spricht. Ähnliches findet sich ansonsten weder in Art. 5 noch in Art. 6 MRK. Wenn auch im Ringeisen- und Sramek-Urteil der EuGMR gegen die Mitwirkung von Beamten in Kollegialbehörden grundsätzlich keine Einwendungen hatte, wirkt in Kollegialbehörden nach Art. 133 Z 4 B-VG dennoch ein Berufsrichter mit. Ob also weisungsfreie Beamte als „Richter“ der MRK entsprechen, ist ein sehr heikles Thema, da bei der Beurteilung, ob der Konvention entsprochen ist, selbst der Anschein eine Rolle spielt. Fessler vermeinte am ÖJT, daß es nicht ausreiche, einem Beamten einen Talar umzuhängen, um ihn zum Richter zu machen.

5.4.3. Entschließt man sich nicht zur Einführung von Kollegialsenaten, bleibt letztlich aber nur mehr die Einführung von Landesverwaltungsgerichtshöfen.

Ob Landesverwaltungsgerichten näher getreten werden kann, ist derzeit, realistisch gesehen, nicht zu beurteilen. Dafür bedürfte es sowohl der Lösung einer Reihe schwerwiegender Verfassungsfragen, als auch einer grundsätzlichen Umgestaltung des Verwaltungswesens. Fast unlösbar ist schon, ob Landesverwaltungsgerichtshöfe schon nach einer erstinstanzlichen Entscheidung anrufbar sein sollen (das würde die Obersten Organe — Bundesminister und Landesregierungen — praktisch ausschalten) oder ob die Landesverwaltungsgerichtshöfe erst nach Ausschöpfung des derzeit geltenden Instanzenzuges zu judizieren hätten (das würde im Bundesbereich, soweit der Rechtszug bis zum Bundesminister führt, einen Rücksturz zu den Landesverwaltungsgerichtshöfen nach sich ziehen). Wählt man aber den erst aufgezeigten Weg, nämlich die Einführung von Zivil- und Strafsenaten, nicht — die generelle Einführung einer sukzessiven Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für civil rights-Belange und strafrechtliche Beschuldigungen, scheint mir vorweg undiskutabel —

wird wohl in der Sache selbst entscheidenden Landesverwaltungsgerichten nähergetreten werden müssen, spätestens sobald „neue“ Verwaltungsstrafatbestände, die freiheitsentziehende Strafen androhen, anzuwenden sind. Für diese allein kommt ja eine so aufwendige Neuerung wohl kaum in Frage. Für den Einbau von Landesverwaltungsgerichten in das bestehende Rechtsschutzsystem liegen immerhin Überlegungen vor, die bereits bei den Beratungen über die Schaffung des B-VG angestellt wurden<sup>147)</sup> und wiederholt Gegenstand literarischer Erörterungen<sup>148)</sup> waren. Es soll hiebei aber auch nicht verhehlt werden, da alle bisher entwickelten Vorstellungen aus theoretischen und praktischen Gründen an gravierenden Einwendungen anstehen<sup>149)</sup>.

Festzuhalten ist jedoch aus grundsätzlichen Erwägungen, daß — wie immer eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit konzipiert werden sollte — in jedem Falle den Parteien die rechtliche Möglichkeit offenstehen muß, den Verfassungsgerichtshof gegen die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtshofes anzurufen, um diesen mit spezifisch-verfassungsrechtlichen Fragen unmittelbar befassen zu können; dies führt zwangsläufig zumindest insofern zur Einführung einer „Urteilsbeschwerde“, die dem bisherigen Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit fremd ist. Ohne Konflikt mit der MRK könnte die Beschwerdeführung an den Verwaltungsgerichtshof — wie schon früher aufgezeigt — auf Grundsatzfragen beschränkt werden, was wieder eine entsprechende Neufassung der Ablehnungsmöglichkeit durch den Verfassungsgerichtshof erfordern würde.

Ein weiteres möchte ich aber noch — vorsorglich in die Zukunft blickend — bewußt machen:

Wie jede Reform ist auch die Möglichkeit der Ablehnung der Befassung mit Beschwerden durch den Verfassungsgerichtshof nur zeitbezogen zu werten. Die Frage eines Abgebens der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit an den Verwaltungsgerichtshof ist zwar nicht aktuell, wird aber nach der Erzielung weiterer Erfahrungen aus dem Institut der Ablehnung möglicherweise weniger systemfremd als bisher empfunden werden; sie könnte nach einer künftigen Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes sogar noch an Wirklichkeitswert gewinnen.

Der österreichische Weg eines unmittelbaren Zutritts des Einzelnen zum Verfassungsgerichtshof müßte aber auch dann Leitgedanke bleiben; eine generelle Mediatisierung der Auseinandersetzung mit spezifisch-verfassungsrechtlichen Fragen über eine zwischen dem Einzelnen und dem Verfassungsgerichtshof eingeschaltete Entscheidungsinstanz, in deren alleiniger Ingerenz stünde, ob der Verfassungsgerichtshof angerufen wird, wäre als schwerwiegende Verschlechterung des Rechtsschutzsystems abzulehnen. Dem Einzelnen müßte in jedem Falle die Möglichkeit gewahrt bleiben, in Verfassungsfragen sowohl den die Gesetze vollziehenden Behörden als auch dem Gesetzgeber selbst gleich-

rangig vor dem Verfassungsgerichtshof gegenüberzutreten, um sie als „belangte Behörde“ zur Rede stellen zu können. Die Abgabe der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit müßte daher zwangsläufig zur Eröffnung einer Urteilsbeschwerde führen. Wer für die gänzliche Übertragung der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit vom Verfassungsgerichtshof an den Verwaltungsgerichtshof ist, wird sich auch hiezu bekennen müssen.

5.5. Mit einer legislatischen Lösung auf welchem Wege immer, rückt aber letztlich die Zeit näher, auf die Vorbehalte zur MRK überhaupt zu verzichten. Zwei Systeme nebeneinander aufrecht zu halten — ein konventionskonformes und ein zweites vorbehaltsgeschütztes — wäre jedenfalls eines zuviel.

6. Ein letztes Kapitel sei zum Schluß meiner Ausführungen noch angeschnitten. Gemäß Art. V EGVG 1950 ist das VStG 1950 über das Verwaltungsstrafverfahren auch für Amtshandlungen sinngemäß anzuwenden, die von den Verwaltungsbehörden im Dienste der Straffjustiz vorzunehmen sind, sofern sich aus den Vorschriften über das strafgerichtliche Verfahren nichts anderes ergibt. Diese Regelung war nur als Provisorium gedacht, wurde aber bis heute — problembeladen — beibehalten<sup>150)</sup>. Es ist hier nicht der Ort, darzulegen, warum dies der Fall ist, es genügt darauf zu verweisen, daß bei den Arbeiten zur Reform der StPO nach einer neuen Lösung gesucht wird, die aber an der Hürde des Art. 94 B-VG ansteht. Wenn sich nun Art. 94 Abs. 2 B-VG in dessen Stamfassung — zivilrechtliche Ansprüche betreffend — auch als verunglückte Lösung erwies: Ein Art. 94 Abs. 2 neuer Art, der den Rechtszug gegen Vorerhebungsakte der Sicherheitsbehörden an das Strafgericht zuläßt, schiene mir eine durchaus akzeptable und zielführende Lösung, die zusätzlich für sich hätte, klarer und effektiver zu sein als die Rechtsschutzmöglichkeiten des geltenden Rechts. Der Trennungsgrundsatz sollte in diesem sensiblen Bereich dem Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen nicht im Wege stehen.

7. Zusammenfassend ist zum Abschluß zu sagen:

Rechtsschutzprobleme gleichen Gewichts wie die erörterten belasten die Höchstgerichte heutzutage in der ganzen Welt<sup>151)</sup>; das ist beruhigend, zeigt es doch, daß Österreich sich in keiner isolierten Position befindet. Beunruhigend wäre nur, die notwendigen Konsequenzen nicht zu ziehen. Denn: Die MRK steht in Österreich im Verfassungsrang. Der Verfassungsgerichtshof ist nun keineswegs dazu da, die österreichische Rechtsordnung vor der MRK abzusichern. Aufgabe des Verfassungsgerichtshofes ist es vielmehr, der Verfassung zum Durchbruch zu verhelfen.

## Anmerkungen:

- \*) erweiterte Fassung eines Vortrages, der vom Autor über Einladung des Instituts für Föderalismusforschung am 7. November 1985 in Bregenz gehalten wurde
- 1) Gutachter der verwaltungsrechtlichen Abteilung des 9. ÖJT war Theo Öhlinger, die Referate wurden von Peter Fessler und Wolf Szymanski gehalten. Der Gutachter Öhlinger resümierte abschließend:  
*„Das AVG ist vom Wandel der Zeit nicht unberührt geblieben. Das bedeutet aber nicht, daß die bisher übliche Bewertung dieses Gesetzes vollständig revidiert werden müßte. Bei allen Vorbehalten kann die Frage, ob das AVG noch zeitgemäß ist, durchaus bejaht werden.“*  
*„Auch das VStG mag 1925 ein Meilenstein des Fortschrittes gewesen sein. Die zwischenzeitliche Entwicklung hat jedoch das System des Verwaltungsstrafrechts prinzipiell in Frage gestellt. Das Verwaltungsstrafrecht in seiner gegenwärtigen Struktur ist nicht mehr zeitgemäß. Notwendige Reformen können sich nicht auf das VStG beschränken, betreffen aber dieses in hohem Maß. Wichtigste Aufgabe im gegenwärtigen Zeitpunkt ist es, Klarheit und möglichst breiten Konsens über die Strategie einer solchen Reform zu gewinnen.“*
- 2) vgl. Art. 5 der Präambel zur MRK und den Pfunders-Fall, E 788/60, JB IV, S. 116, 132 - 144
- 3) Pann, Die Verwaltungs-Justiz (1876) S. 182 ff und 194 ff, weiters Fromont, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich und Italien, VwGH-FS 1976, S 127 ff
- 4) Erstmals 1863 in Baden (Gesetz vom 5. Oktober 1863); im Gegensatz zum Süddeutschen System stand das Preussische, das die Einhaltung der objektiven Rechtsordnung in den Mittelpunkt stellte (siehe Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, 1899)
- 5) StGG vom 21. Dezember 1867, RGBl. 144
- 6) Es handelt sich um einen rudimentären Ansatz des dritten Weges der Verwaltungsgerichtsbarkeit, nämlich der Kontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte; siehe hiezu die Materialien zum Gesetz vom 22. Oktober 1875, RGBl. 36/1876, sowie Rudolf von Gneist, Verwaltung-, Justiz-, Rechtsweg (1899) und Otto Bähr, der Rechtsstaat (1879)
- 7) Pann, a.a.O. (FN 3) S. 1955 ff
- 8) Loebenstein, Verwaltungsgerichtsbarkeit — Föderalismus in VwGH-FS 1976 S. 279 ff
- 9) Fromont, a.a.O. (FN 3) 137
- 10) Allerhöchstes Kabinettschreiben vom 31. Dezember 1851, RGBl. 4/1852; siehe aber auch den historischen Überblick bei Lehne, Zur Geschichte der Verwaltungsstreitsache in Österreich — ein Gedenkblatt für Friedrich Tezner in 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1966), S. 26 ff
- 11) Art. 14 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867, RGBl. 144, sowie RGBl. 44/1868
- 12) Lehne, Aus dem lebendigen Erbe des K.K. Verwaltungsgerichtshofes in VwGH — FS 1976, S. 5
- 13) Corth, Die Anfechtung von Verwaltungsbescheiden im ordentlichen Rechtsweg, ÖFB. 1930, Nr. 18, S. 1 ff mit weiteren Literaturhinweisen
- 14) Winkler, Die Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes im Lichte der Gewaltentrennung, Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 10-jährigen Bestehen der Deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1963, Bd I, S. 279 ff; Hellbling, Geschichtliche Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl. 1950, 421 ff; siehe weiters Ress, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Forschungen aus Staat und Recht Bd. 4 (1968)
- 15) Kaserer, Die Gesetze vom 22. Oktober 1975 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, 1876 S. 68 (Herrenhaussitzung, Redner: Unger)

- 16) Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) S. 261
- 17) Art. 133 B-VG, BGBl. 1/1920; Kelsen, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, S. 245; Schima, Gedanken zu den Aufgaben und der Gestaltung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in: 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1966), S. 66
- 18) Winkler a.a.O. (FN 14) S. 290: Es gab 1922 insgesamt drei, 1923 vier und 1924 und 1925 je fünf reformatorische Erkenntnisse, d.s. je 1 - 2 % der Entscheidungen
- 19) BGBl. 268/1925; die Bestimmung wurde jedoch nicht wirksam, da sie nach deren Art. II erst gleichzeitig mit dem zu erlassenden Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Kraft treten sollte; dieses trat jedoch erst am 1. Juni 1930 in Kraft, somit erst nach der B-VG-Nov. 1929, BGBl. 392, mit welcher die Bestimmungen für Verwaltungsstrafsachen — mit Ausnahme der Festsetzung der Strafe — nicht übernommen wurden.
- 20) Winkler a.a.O. (FN 14) S. 292
- 21) § 42 Abs. 1 VwGG, BGBl. 212/1946
- 22) Loebenstein, a.a.O. (FN 8), S. 246
- 23) vgl. § 3 lit. b, RGBL. 36/1876
- 24) Die Verwaltungs-Justiz in Österreich mit Bedachtnahme auf die auswärtige Gesetzgebung, 1876, S. 19
- 25) vgl. Adamovich, Grundriß des österreichischen Staatsrechts 1927, S. 344 f; zu den Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag siehe u.a. weiters: Lanzer, Gerichte und Verwaltungsbehörden, Österreichisches Verwaltungsblatt 1932 S. 89 ff; Körner, Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag, ZBl.f.d.jur. Praxis, Bd. 51 (1933) S. 17 ff; Werner, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden, JBl. 1957, S. 229 ff; derselbe, Kollegiale Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag, JBl. 1958, S. 217 ff; Herz, Die Kommissionen (Kollegialbehörden) nach Art. 133 Z 4 B-VG, ÖJZ 1957, S. 169 ff; Pernthaler, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung Bd. 4 (1977); Korinek, Zur Verfassungsmäßigkeit des Obersten Patent- und Markensenates, Österreichische Blätter 1966 S. 77 ff; Barfuß, Kollegialbehörden und Bundesverfassung, ÖJZ 1970, S. 57 ff; zuletzt Funk, Einführung in das Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsrecht (1985), S. 194
- 26) Adamovich a.a.O. (FN 25), S. 344 f; Pernthaler, a.a.O. (FN 25), S. 21
- 27) siehe Tezner, Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege; Lehne, Zur Geschichte der Verwaltungstreitsachen in Österreich, a.a.O. (FN 10)
- 28) siehe die Tätigkeitsberichte des Verfassungsgerichtshofes 1964 (mit Hinweis auf den TB 1959) und 1965; weiters Rosenzweig, Mehr Rechtsschutz für den Staatsbürger (1969), S. 117
- 29) Haller, Arbeitshefte der Wirtschaftsuniversität Wien Nr. 2, Die Verfassungsnovelle 1975 (1976), S. 10 ff (zur Vorgeschichte des Vorschlages siehe insbesondere S. 15)
- 30) Staatsbürger 1976/22, S. 2
- 31) siehe den Bericht zum Fall Le Compte, und hiezu weiters Kopetzki, Neue Aspekte des Art. 6 MRK für Österreich, JBl. 1981, S. 472
- 32) Serie A/13, § 98
- 33) anderer Ansicht Kopetzki a.a.O. (FN 31); Schäffer, ÖJZ 1965, 517; Rosenzweig 2. ÖJT 1964 II/2, 47
- 34) siehe den VfGH betreffend BGBl. 203/1982 und den VfGH betreffend BGBl. 297/1984
- 35) Serie A/71 = EuGRZ 1985, S. 548 ff
- 36) Serie A/72 = EuGRZ 1985, S. 225
- 37) Serie A/74 = EuGRZ 1985, S. 229 ff

- 38) § 21 des Urteils Pretto: Die Öffentlichkeit des Verfahrens der Gerichtsorgane nach Art. 6 Abs. 1 schützt die Gerichtsunterworfenen gegen eine geheime Justiz, die der Kontrolle der Öffentlichkeit entgeht; sie stellt ebenfalls ein Mittel dar, um das Vertrauen in Ober- und Untergerichte zu erhalten. Die dadurch erreichte Transparenz der Rechtsprechung trägt dazu bei, das Ziel von Art. 6 Abs. 1 zu verwirklichen ... jedoch weiters § 22: Obwohl die Mitgliedstaaten des Europarates alle das Prinzip der öffentlichen Verkündung von Urteilen kennen, so weisen doch ihre Gesetzssysteme und ihre Gerichtspraktiken eine gewisse Unterschiedlichkeit auf bezüglich des Ausmaßes und der Bedingungen dieser Öffentlichkeit, sei es im Hinblick auf die Verhandlung oder die „Verkündung“ von Urteilen und Entscheidungen. Der formelle Aspekt der Frage ist jedoch nur zweitrangig im Hinblick auf die Ziele der in Art. 6 Abs. 1 angestrebten Öffentlichkeit. Die herausragende Stellung, die das Recht auf ein billiges Verfahren in einer demokratischen Gesellschaft einnimmt, veranlaßt den Gerichtshof, in Ausübung der Kontrolle, die ihm in diesem Zusammenhang obliegt, die tatsächlichen Gegebenheiten des in Frage stehenden Verfahrens zu prüfen.
- 39) Dokument A/4299 vom 3. Dezember 1959, S. 12, 15 und 20, §§ 38b, 53 und 63c (siehe EuGRZ 1958 S. 288)
- 40) vgl. zuletzt Weh, Für und wider den Cautious approach, EuGRZ 1985, S. 469 ff; weiters Kopetzki, Art. 5 und 6 EMRK und das Österreichische Verwaltungsverfahrenrecht, EuGRZ 1983, S. 173 ff; Stadler, Internationale Einflüsse auf die österreichische Grundrechtsordnung, EuGRZ 1982, S. 210 ff
- 41) BGBl. 590, 591/1968
- 42) BGBl.Nr 129/1958
- 43) siehe hiezu die RV 668 Blg.Nr.XVI.GP.; siehe weiters VfGH vom 17.10.1985 B 285/85
- 44) Betrachtungen über die Judikatur des VfGH zur MRK, ÖJZ 1970, S. 617 ff
- 45) vgl. auch u.a. VfSlg. 8428/1978
- 46) JBl. 1962, S. 622
- 47) Gewicht zur hier maßgeblichen Frage werden möglicherweise die Urteile des EuGMR in den dort anhängigen Fällen Ettl Appl. 9273/81, Erkner Appl. 9616/81 und Poiss Appl. 9816/82 besitzen.
- 48) YB 4, S. 368-72
- 49) YB 6, S. 268
- 50) Coll. 22, 1967, S. 124
- 51) EuGRZ 1982, S. 156
- 52) EuGRZ 1984, S. 74 ff
- 53) EuGRZ 1984, S. 75
- 54) vgl. die Urteile Tyrter vom 25.4.1978, EuGRZ 1979, S. 162; Marckx vom 13.6.1979, EuGRZ 1979, S. 454 und Airey vom 9.10.1979, EuGRZ 1979, S. 626
- 55) vgl. die Urteile Golder vom 21.2.1975, EuGRZ 1975, S. 91; Artico vom 13.5.1980, EuGRZ 1980, S. 662 und Pakelli vom 25.4.1983, EuGRZ 1983, S. 344
- 56) vgl. die Hinweise bei Kopetzki in Ermacora/Nowak/Tretter, Die europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte 1983, S. 248 (siehe insbes. FN 27)
- 57) EGMR Serie A 13, 4, Deutsch: Golsong/Petzolt/Furrer, EGMRE 3, 61
- 58) zum letzteren siehe Pahr/Machacek, AnwBl. 1972, S. 224 f, aber auch die Materialien zur MRK auf die Kopetzki a.a.O. (FN 56) S. 250 (siehe insbes. FN 35) verweist; zuletzt schließlich auch Weh, a.a.O. (FN 40) S. 473
- 59) EuGRZ 1975, S. 91

- 60) neuerlich ausgesprochen im Fall Sporrang und Lönnroth mit Urteil des EuGMR vom 23.9.1982 – EuGRZ 1983, S. 523 ff (mit Hinweisen auf das Urteil des EuGMR vom 23. Juni 1981 im Fall Le Compte Van Leuven und De Meyere)
- 61) EuGRZ 1981, S. 551
- 62) EuGRZ 1978, S. 406
- 63) damals für einen Klinikbetrieb; in die gleiche Richtung zielt das Urteil im Fall Le Compte vom 23.6.1981 – EuGRZ 1981, S. 551 – diesfalls betreffend die Zulassung als Arzt
- 64) siehe auch EuGMR vom 23.9.1982 im Fall Sporrang und Lönnroth a.a.O. (FN 60)
- 65) Appl. 8848/1980
- 66) Appl. 8543/1979, 8674/1979, 8675/1979 und 8685/1979
- 67) Appl. 8562/1979
- 68) Appl. 9384/1981
- 69) siehe hierzu jedoch Weh, a.a.O. (FN 40), S. 470
- 70) Kopetzki, Neue Aspekte des Art. 6 MRK für Österreich, JBl. 1981, S. 468 ff; derselbe zur Anwendbarkeit des Art. 6 MRK im (österreichischen) Verwaltungsstrafverfahren, ZaöRV 42 (1982); derselbe Art. 5 und 6 EMRK und das Österreichische Verwaltungsverfahren, EuGRZ 1983, S. 173 ff; Matscher, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, Österr. Z. öffentl. Recht und Völkerrecht, 31 (1980) S. 1-38
- 71) vgl. VfSlg. 3121/1956
- 72) Schäffer, Der Zivilrechtsbegriff der Menschenrechtskonvention ÖJZ 1965, S. 511 ff
- 73) siehe auch Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht 1927, S. 80 ff
- 74) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911, S. 631; modifiziert in seinen späteren Arbeiten; siehe hierzu Schäffer, a.a.O. (FN 72), s. 511 ff
- 75) Allgemeine Rechtslehre, S. 294 ff
- 76) Schäffer a.a.O. (FN 72), S. 515
- 77) siehe auch Rill, Zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht, ZöfR XI MF (61) S. 459 f
- 78) a.a.O. (FN 72), S. 515 unter Hinweis auf Laband, die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht und auf Kelsen, Allgemeine Staatslehre 1925, s. 89
- 79) a.a.O. (FN 72), S. 516
- 80) beginnend mit VfSlg. 7538/1975
- 81) vgl. VfSlg. 7099/1973, 7068/1973, 7084/1974 u.a.m.
- 82) EuGRZ 1984, S. 74
- 83) EuGRZ 1976, S. 221
- 84) EuGRZ 1980, S. 667
- 85) EuGRZ 1982, S. 297
- 86) EuGRZ 1985, S. 62
- 87) Serie A/80
- 88) vgl. Öhlinger a.a.O (FN 1), S. 57
- 89) Szymanski a.a.O. (FN 1), S. 20
- 90) siehe jedoch VfGH vom 3. Dezember 1984 G 24 u.a./83: Mit diesem Erkenntnis wurden Bestimmungen des Finanzstrafgesetzes aufgehoben, welche das Beschlagnahmeverfahren betrafen. Die

aufgehobenen Bestimmungen sahen kein Beschlagnahmeverbot für Schriftstücke vor, deren Inhalt — als Information an einen Parteienvertreter — einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen. Der VfGH erachtete die Regelungen wegen Verstoßes gegen Art. 6 MRK und den Gleichheitssatz als verfassungswidrig, weil „im Verfahren wegen Hausdurchsuchung und Beschlagnahme ausschließlich Finanzbehörden tätig werden, denen die Qualität eines Tribunals im Sinne des Art. 6 MRK fehlt“ (vgl. insbesondere Harbich, Zur Kollision von Finanzstrafgesetz und MRK, ÖStWK 1985 H. 8, S. 1 ff; Reinhold Beiser, Beschlagnahme von Klientenunterlagen verfassungswidrig, ÖStZ 1985, S. 24).

Man bedenke weiters: Die Möglichkeit einer Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts wäre — abgesehen von den vom Verfassungsgerichtshof aufgezeigten Gleichheitsbedenken — auch aus der Sicht des nach Art. 6 MRK gebotenen fair trials nicht ausreichend gewesen, da eine bloß nachprüfende Kontrolle im gegebenen Zusammenhang mit dem Effektivitätsgebot des Art. 13 MRK nicht vereinbar gewesen wäre. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Vorgehens der Behörde hätte ja auch unter Berücksichtigung eines Verwertungsverbotes die — rechtswidrige — Kenntniserlangung vom Inhalt einer Information nicht mehr rückgängig machen können; die Beschlagnahme der Information eines befugten Parteienvertreters (Verteidigers) ist aber mit den Geboten einer „konkreten und wirklichen“ Verteidigung unvereinbar (vgl. Urteil des EuGMR vom 8. März 1979 im Fall Artico = EuGRZ 1980, S. 664 und Urteil vom 9. April 1984 im Fall Goddi = EuGRZ 1985, S. 234)

- 91) siehe EuGMR vom 23.6.1981 im Fall Le Compte u.a. und die mit VfSlg. 5100/1965 begründete Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes
- 92) siehe hiezu EuGMR vom 27.2.1980 im Fall Deweer und Erkenntnis des VfGH vom 17. Oktober 1985, B 285/85
- 93) EuGRZ 1983, S.528
- 94) Urteil Neumeister vom 6. Juli 1964, Appl. 1936/63, Cd 14, 38; Urteil De Wilde Oms und Versyp vom 18 Juni 1971, Serie Nr. 12, S. 41 und Urteil Ringelsen vom 16. Juli 1971, EGMRE 3, 61
- 95) EuGRZ 1980, S. 667
- 96) EuGRZ 1979, s. 650
- 97) Serie A Nr. 80, S. 39 bis 40, Z 78
- 98) EuGRZ 1985, S. 303
- 99) Urteil vom 26.10.1984 im Fall De Cubber, EuGRZ 1985, S. 409
- 100) Serie A/11
- 101) Zl. 6/1984/78/122
- 102) siehe insbesondere Peukert, Die Garantie des „fair trial“ in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, S. 247 ff mit zahlreichen Literatur- und Judikaturhinweisen
- 103) VwSlg. 8619/A
- 104) Zl. 121/77
- 105) Hinterauer, Verwaltungsgerichtsbarkeit gestern und morgen, Staatsbürger 1976, S. 21 ff; derselbe, Ist der Verwaltungsgerichtshof an den von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalt gebunden, AnwBl. 1980, S. 15 ff
- 106) Klecatsky, Was verlangt der Rechtsstaat heute?, ÖJZ 1967, S. 113 f
- 107) Loebenstein, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, JBl. 1978, S.225 ff
- 108) Matscher, a.a.O. (FN 70)
- 109) Melichar, 4. ÖJT 1970 I/1

- 110) Pernthaler, a.a.O. (FN 25), S. 72
- 111) Ringhofer, Der Sachverhalt im verwaltungsgerichtlichen Bescheidprüfungsverfahren in VwGH FS 1976, S. 351 ff
- 112) Rosenzweig, 2. ÖJT 1964 II/2; derselbe, Lücken der Rechtsstaatlichkeit, Staatsbürger 1965, S. 12
- 113) Walter, Die Gerichtsorganisation in verfassungsrechtlicher Sicht, Richterwoche 1977
- 114) Werner, Altes und Neues von der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1966), S. 40 ff
- 115) Kopetzki, Neue Aspekte des Art. 6 MRK für Österreich, JBl. 1981, S. 471, mit weiteren Literaturhinweisen in FN 25
- 116) Hieran knüpft das Erkenntnis des VfGH vom 17. Oktober 1985 B 285/85 an.
- 117) vgl. VfSlg. 7099/1973, 7284/1974, 8523/1979
- 118) VfSlg. 7099/1973, 8317/1978
- 119) siehe Beschluß des VfGH vom 7. Oktober 1985, B 62/85
- 120) vgl. Pernthaler a.a.O. (FN 25), S. 74
- 121) vgl. VfSlg. 3588/1959, 5592/1967 u.a.m.
- 122) siehe Pernthaler, a.a.O. (FN 25), S. 79; Ponzer, Kollegialbehörden nach Art. 133 Z 4 B-VG und Europäische Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1975, S. 133 ff
- 123) siehe den Gesetzesprüfungsantrag des OGH prot. beim VfGH zu G 109/84 betreffend die Verfassungsmäßigkeit von Teilen des das gerichtliche Verfahren betreffenden ersten Halbsatzes des § 48 Lebensmittelgesetz 1975, BGBl.Nr. 86
- 124) siehe die Gesetzesprüfungsverfahren G 109/84 (betreffend den in FN 123 genannten Gesetzesprüfungsantrag des OGH sowie die Gesetzesprüfungsverfahren G 153/85 und G 154/85 betreffend die amtswegige Prüfung des zweiten Halbsatzes des § 48 des ersten Satzes des Lebensmittelgesetzes 1975, BGBl.Nr. 86, welcher das verwaltungsstrafrechtliche Lebensmittelverfahren zum Gegenstand hat
- 125) siehe u.a. § 22 des Urteils des EuGMR vom 8.12.1983 im Fall Pretto = EuGRZ 1985, S. 548 ff
- 126) Graefrath, über die Verwirklichung internationaler Menschenrechtsbestimmungen, Schriften und Informationen des DDR-Komitees für Menschenrechte 1983 Hft. 3 S. 3 ff
- 127) EuGRZ 1983, S. 482
- 128) Menschenrechte, innerstaatlicher Rechtsschutz und Volksanwaltschaft, JBl. 1985, S. 577 ff
- 129) AnwBl. 1980, S. 467 ff
- 130) Anlage zum Bericht des Bundeskanzleramtes über die Möglichkeit einer weiteren Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, III-47 Blg.NR.XVI.GP.
- 131) Bericht des BK über Möglichkeiten einer weiteren Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, III-47 Blg.Nr.XVI.GP
- 132) BGBl. 296/1984; siehe weiters die daran anknüpfenden Novellen zum VerfGG BGBl. 297/1984, zum VwGG BGBl. 298/1984 und zum VStG 1950 BGBl. 299/9184
- 133) siehe insbesondere zur Novelle 1981: Aichreiter, Entlastung des Verfassungsgerichtshofes — eine unlösbare Aufgabe?, ZfV 1980, S. 300 ff; Ermacora, Verfassungsnovelle 1981 und Staatsgrundgesetznovelle 1982, JBl. 1982, S. 577 ff; Haller, Der Entwurf einer Verfassungsnovelle betreffend die Beschwerdeführung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, Österr. Z. 1980, S. 161 ff; Machacek, a.a.O. (FN 128); zur Novelle 1981 und 1984: Adamovich, Grundrechte heute, RZ 1984, S. 242 ff; Barazon, Überlastung des Verfassungsgerichtshofes, Staatsbürger 1984 S. 24; Barfuß, Maßnahmen zur Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1985, S. 393 ff; Berchtold, Die Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in Österreich, EuGRZ 1984, S. 385

- ff; Davy, Die Ablehnungstatbestände des Art. 144 Abs. 2 B-VG, ZfV 1985, S. 245 ff; Korinek, Änderungen im Rechtsschutzsystem, Staatsbürger 1984, S. 65; Klecatsky, a.a.O. (FN 128)
- 134) siehe insbesondere Barfuß, a.a.O. (133); kritisch auch die dort zitierten Diskussionsbeiträge von Lehne, Walter, Mayer und Kobzina
- 135) Kopp/Pressinger, Entlastung des VfGH und Abgrenzung der Kompetenzen von VfGH und VwGH, JBl. 1978, S. 617 ff; Aichreiter, Entlastung des Verfassungsgerichtshofes — eine unlösbare Aufgabe? ZfV 1980, S. 300 ff
- 136) Klecatsky, Brauchen wir heute noch eine Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit?, ÖJZ 1973, S. 113 ff; derselbe, Der Verwaltungsgerichtshof und die Zukunft der Grundfreiheiten und Menschenrechte, VwGH-ff 1976, S. 293 ff; Azizi, Probleme der geteilten Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1979, S. 489 ff; Aichreiter, Abgrenzung von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl. 1980, S. 406 ff; Groiss-Schantl-Welan, Das Verhältnis des Verfassungsgerichtshofes zum Verwaltungsgerichtshof, ÖJZ 1978, S. 57 ff; Thienel, Zur Abgrenzung der Kompetenzen von VfGH und VwGH, AnwBl. 1983, S. 625; Walter, Überlegungen zu einer Neuabgrenzung der Zuständigkeit zwischen Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof, ÖJZ 1979, S. 225 ff
- 137) siehe insbesondere den Bericht der Wiener Juristischen Gesellschaft, betreffend Maßnahmen zur Beseitigung und Verhütung von Widersprüchen zwischen der Rechtsprechung der höchsten österreichischen Gerichtshöfe; Entwürfe der Wiener Juristischen Gesellschaft für die zur Beseitigung und Verhütung von Widersprüchen zwischen der Rechtsprechung der höchsten österreichischen Gerichtshöfe zu schaffenden Gesetze, Wien 1958; ferner Werner, zum Problem der Differenzen in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, JBl. 1960, s. 514
- 138) daß eine weitere Steigerung der Erledigungen des Verfassungsgerichtshofes auf diesem Wege nicht zu erzielen wäre, zeigt auch ein Vergleich zwischen den Erledigungen des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes: VfGH 1982 859, 1983 1.082 Erledigungen bei 14 Mitgliedern; VwGH 1983 3.830, 1983 4.549 Erledigungen bei 45 Mitgliedern
- 139) siehe RV (15.3.1978) 827 Blg.Nr.XIV.GP.
- 140) a.a.O. (FN 136)
- 141) Der Verfassungsgerichtshof wäre, wenn das derzeit geltende System auf eine so geänderte Rechtslage fortgeschrieben würde, nicht einmal in der Lage eigene Bedenken zur Aufhebung einer Norm zu verwerten, da er nach Art. 139 und 140 B-VG auf die vom antragstellenden Gericht geltend gemachten Bedenken beschränkt ist
- 142) Nicht beigeprüft werden kann Dava a.a.O. (FN 133), die Ablehnungen als Sachprüfung wertet, soweit geltend gemachte Normbedenken vom Verfassungsgerichtshof nicht aufgegriffen werden.
- 143) siehe auch die Entscheidung der EMRK vom 9. Oktober 1981, B 228/81, die wieder auf die Appl. 8410/78 und den Report 18.218 Bezug nimmt. Die Kommission führte aus: „Ein Verfassungsgericht befaßt sich nur mit verfassungsrechtlichen Ansprüchen, d.h., es entscheidet über Eingaben, die die Vereinbarkeit der nationalen Verfassung mit Akten oder Maßnahmen öffentlicher Behörden in Ausübung öffentlicher Gewalt betreffen.“
- 144) BGBl. 490/1984
- 145) Eine Änderung des VwGG dahin, daß vom Verwaltungsgerichtshof eine Wiederholung des Beweisverfahrens durchzuführen ist, also an die Stelle einer Nachprüfung generell eine originäre Sachverhaltsermittlung, Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung zu treten hätte, ist für ein Höchstgericht so unrealistisch, daß weitere Erörterungen wohl unterbleiben können. Verfassungsrechtlich bestünden allerdings keine Einwände dagegen, daß der Verwaltungsgerichtshof auch selbst Beweise erheben könnte; ebenso wenig besteht ein Verfassungsgrundsatz, der verbieten würde, daß dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit der Sachentscheidung eröffnet wird, zB für den Fall, daß ein Ersatzbescheid von der Behörde innerhalb angemessener Frist nicht erlassen wird.
- 146) siehe hiezu das Erkenntnis vom 17. Oktober 1985 B 285/85

- 147) vgl. 187 Blg.Konst NV (aus diesen Materialien ist ersichtlich, daß die Schaffung einer instanzennmäßig gegliederten Verwaltungsgerichtsbarkeit erörtert wurde)
- 148) siehe Kelsen, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, Bd III, S. 85; Klecatsky, Föderalismus und Gerichtsbarkeit, JBl. 1969, S. 15 verweist darauf, daß Renner die Absicht hatte, Zentralstellen des Bundes und der Länder von „reinen“ Rechtssachen zu befreien und diese Verwaltungsgerichten zu übertragen, wogegen sich die Verwaltungsbehörden ausschließlich auf „Verwaltungs-sachen“ beschränken sollten, wogegen sich jedoch sämtliche Länder aussprachen. Loebenstein, a.a.O. (FN 8) vermeint hiezu, daß sich eine solche Abgrenzung überhaupt nicht finden lasse; darüber hinaus führe ein solches System zu einem argen Einbruch in die föderalistische Konstruktion, wenn die obersten Organe der Vollziehung in den Ländern nicht mit den obersten Organen der Vollziehung des Bundes gleichgestellt würden, was nur dann der Fall wäre, wenn eine Abkürzung des Instanzenzuges vorgesehen werde. Eine grundsätzliche Schwäche eines Systems mit meritorisch entscheidenden Verwaltungsgerichten bestehe aber auch darin, daß die obersten Organe von Entscheidungsträgern zu Parteien des Verwaltungsverfahrens werden.
- 149) vgl. Körner, ZÖR Bd. 8 (1929) S. 229 ff; Werner, Altes und Neues von der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, S. 40 ff; Lemayer, Zur Frage der Aktivierung des Verwaltungsgerichtshofes, Grünhutszeitschrift 1874, S. 738 ff; Rosenzweig, Die Grundrechte in Relation zur vollziehenden Gewalt (1964); derselbe, Die MRK und das österreichische Verwaltungssystem (1972), beide Beiträge liegen im Archiv der ÖJK; Broda in: Mehr Rechtsschutz für den Staatsbürger (1969) S. 43 ff; Loebenstein, a.a.O. (FN 8) S. 241 ff; Hinterauer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Blickfeld des Föderalismus, Montfort — Vierteljahresschrift 1979/1, S. 67 ff; derselbe, a.a.O. (FN 105) s. 20 ff; Berchtold, Tendenzen und Aspekte einer Reform des Bundesstaates in die Evolution des öffentlichen Rechts, 1974 (Felix Ermacora zum 50. Geburtstag), S. 21 ff; siehe aber auch Walter, Verfassungsrechtliche Aspekte einer Reform des Verwaltungsstrafverfahrens in: Ausgewählte Vorträge der Attersee-Konferenz der ÖJK (1971), S. 25 ff; derselbe, Kassatorische und reformatorische Entscheidung, VwGH-FS 1976, S. 391 (insbesondere dessen rechtspolitische Vorschläge)
- 150) vgl. Adamovich, Verfassungsrechtliche Probleme der Sicherheitspolizei in Österreich, (Merkel-FS 1970), S. 13 ff; Jabloner, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, OJZ 1978, S. 533 ff; Schwarz, Zu Geschichte und Inhalt der Regierungsvorlage eines österreichischen Polizeibefugnisgesetzes, ÖZP 1979, S. 465 ff; weiters Bericht des Verfassungsausschusses über die Vorlage der Bundesregierung (116 Blg. NR.II.GP.): Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung (360 Blg.NR.II.GP.); siehe weiters die Tagung der ÖJK in Weißenbach 1983 (erscheint demnächst im BM für Justiz)
- 151) Vitzthum, Das Vorprüfungsverfahren für Verfassungsbeschwerden in Bachof-FS (1984), S. 293 ff; Heller, Der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika (Probleme eines Höchstgerichtes), EuGRZ 1985, S. 685 ff.



## Menschenrechtskonforme Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege

### I.

An die Spitze meiner Ausführungen möchte ich folgende These stellen:  
*Eine menschenrechtskonforme Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege bedarf nicht allein organisatorischer, sondern auch verfahrensrechtlicher Maßnahmen.*

Diese These wird am einsichtigsten, wenn man sich nach den Anforderungen fragt, die einerseits die Art. 5 und 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, andererseits aber Art. 14 des Paktes der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte in organisatorischer und verfahrensrechtlicher Hinsicht an eine Rechtsordnung stellen. Mit diesen Anforderungen ist sodann die österreichische Rechtsordnung zu vergleichen. Mit anderen Worten: Welche Abweichungen der österreichischen Rechtsordnung wurden durch die Vorbehalte zu den genannten Bestimmungen abgedeckt?

Betrachten wir zunächst das Verwaltungsstrafrecht.

Von der *organisatorischen* Seite her betrachtet fehlt es an der richterlichen Instanz, der allein es vorbehalten wäre, in die persönliche Freiheit einzugreifen.

- Daß primäre Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen durch Verwaltungsbehörden verhängt und vollstreckt werden dürfen, steht im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK.
- Daß Verwaltungsbehörden — wenn auch zeitlich beschränkt — Verhaftungen vornehmen dürfen, ohne daß der Verhaftete einem Richter vorzuführen wäre, widerspricht dem Art. 5 Abs. 3 EMRK.
- Daß eine richterliche Haftprüfung im Anwendungsbereich des Verwaltungsstrafgesetzes nicht besteht, widerspricht dem Art. 5 Abs. 4 EMRK.

Werfen wir nun einen Blick auf die *verfahrensrechtlichen* Anforderungen, denen das Verwaltungsstrafverfahren entsprechen müßte.

Zunächst möchte ich in Erinnerung rufen, daß die Rechtsprechung der Europäischen Menschenrechtskommission in Straßburg den Vorbehalt zu Art. 5 auch auf Art. 6 EMRK bezogen hat. Es ist allerdings nicht leicht zu sagen, welche Rückwirkungen sich daraus ergeben. Nach den bisherigen Erfahrungen kann gesagt werden, daß die Rückwirkung des Vorbehaltes auf Art. 6 EMRK dazu führt

- daß entgegen Art. 6 Abs. 1 EMRK eine öffentliche Verhandlung in Verwaltungsstrafsachen nicht gefordert wurde;
- daß entgegen Art. 6 Abs. 1 EMRK eine öffentliche Verkündung des „Urteils“ in Verwaltungsstrafsachen ebenfalls nicht gefordert wurde.

Es ist zweifelhaft, inwieweit der Vorbehalt zu Art. 5 EMRK Auswirkungen auf die übrigen Bestimmungen des Art. 6 EMRK hat. Das aber bedeutet:

- daß die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK auch im Verwaltungsstrafrecht gilt und in diesem Licht der § 5 VStG nicht unbedenklich ist;
- daß die kurzfristige Bekanntgabe der „Anklage“ und das Recht auf ausreichend Zeit für die Verteidigung zwar in der Praxis gehandhabt werden mag, als Recht aber nicht festgeschrieben sind;
- daß das Recht auf einen unentgeltlichen Pflichtverteidiger im Armutsfall nicht gewährleistet ist;
- daß mangels Unmittelbarkeit eine Befragung von Zeugen durch den Beschuldigten nicht vorgesehen ist;
- daß die unentgeltliche Beiziehung von Dolmetschern im Verwaltungsstrafverfahren jedenfalls nicht ausdrücklich verbürgt ist.

Soweit ein Blick auf das Verwaltungsstrafrecht, das in erster Linie betroffen ist. Es darf aber nicht übersehen werden, daß die Anforderungen weiter gehen. Seit dem Fall Ringeisen ist unbestritten, daß in unserem Rechtssystem Verwaltungsbehörden über zivilrechtliche Ansprüche zu entscheiden haben. Auch in diesem Bereich bleibt die österreichische Rechtsordnung hinter den Anforderungen zurück:

1. Es fehlen weitestgehend die „Tribunale“, die über zivilrechtliche Ansprüche zu entscheiden hätten. Man hat sich damit getröstet, letztlich hätten doch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts darüber zu entscheiden. Dieser Halt gerät zunehmend ins Wanken. Ein Tribunal muß zwar nicht schon in der ersten Instanz über zivilrechtliche Ansprüche entscheiden, es muß aber dazu berufen sein, sowohl die Rechts- als auch die Tatfrage zu beurteilen. Unbestreitbar ist aber der Verwaltungsgerichtshof keine Tatsacheninstanz. Beim Verfassungsgerichtshof aber stellt sich die Frage, ob er denn über „zivilrechtliche Ansprüche“ oder nicht vielmehr über die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte entscheide.
2. Geht man davon aus, daß die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes hinreichend sei, so ergibt sich gleichwohl die Frage, ob innerhalb angemessener Zeit über zivilrechtliche Ansprüche abgesprochen wird. Dabei muß man sich sowohl den administrativen Instanzenzug als auch die Verfahrensdauer vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts vor Augen halten. Sicherlich handelt es sich dabei um eine Frage, die nur in einem konkreten Fall beurteilt werden kann. Handelt es sich aber nicht vielleicht auch um ein strukturelles Problem, das mit der Verwaltungsorganisation in unserem Land zusammenhängt? Könnte sich daraus nicht die Frage nach einer konstruktionsbedingten latenten Verletzung des Art. 6 EMRK stellen?

3. Selbst aber dort, wo über zivilrechtliche Ansprüche „Tribunale“ entscheiden — ich denke etwa an die Grundverkehrskommission — gibt es nach dem AVG und gedeckt durch den Vorbehalt zu Art. 6 EMRK weder eine öffentliche Verhandlung noch eine öffentliche Verkündung des „Urteils“.
4. Bleibt ein letzter Punkt: Im Zuge der Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes wurde auch die öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof beschnitten. Die bestehende Rechtslage ist daher, im Lichte des Art 6 EMRK gesehen, nicht unproblematisch.

Aus dieser kurzen Bestandsaufnahme folgt meines Erachtens der Schluß: Bloß organisatorische Maßnahmen, dh. das Einziehen einer gerichtsförmigen Instanz vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes, genügt nicht, es bedarf *auch* einer Reform des Verfahrensrechts, soll ein Rechtszustand hergestellt werden, der den Anforderungen der Art. 5 und 6 EMRK entspricht. — Was tun?

## II.

Auf die Frage möchte ich mit einer weiteren These antworten:

*Nur durch eine echte Landesverwaltungsgerichtsbarkeit kann ein rechtlicher Zustand geschaffen werden, der den Anforderungen, die sich im besonderen aus den Art. 5 und 6 EMRK ergeben, entspricht.*

In jüngster Zeit ist der österreichische Vorbehalt zu Art. 5 EMRK mehrfach in Diskussion gezogen worden. Es wurde verlangt, den Vorbehalt zurückzuziehen. Der Vorbehalt soll beseitigt werden, Maßnahmen aber, die nur darauf abzielen, sind nicht hinreichend. Der Problemkreis der „zivilrechtlichen Ansprüche“ wird damit nicht gelöst.

Ist die Zielsetzung allein darin zu suchen, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß der Vorbehalt zu Art. 5 EMRK zurückgezogen werden kann, so bieten sich organisatorisch grundsätzlich drei Möglichkeiten an. Ich möchte kurz darauf eingehen.

1. Es könnte zunächst daran gedacht werden, dem Beispiel der Bundesrepublik Deutschland zu folgen und in Verwaltungsstrafsachen einen Rechtsmittelzug zu den ordentlichen Gerichten einzurichten. Als verfassungskonforme Lösung könnte an einen „sukzessiven Instanzenzug“ gedacht werden.  
Eine solche Lösung ist nicht zu empfehlen. Dagegen spricht vor allem die enorme zusätzliche Belastung, der die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgesetzt wären. Zumindest psychologisch wäre mit einer solchen Lösung auch die Gefahr einer Kriminalisierung verbunden. Verwaltungsübertretungen würden in den Augen weiter Teile der Bevölkerung als „Kriminaldelikte“, die so Bestraften als „Vorbestrafte“, angesehen werden. Insgesamt eine unrealistische Möglichkeit.
2. Eine weitere denkbare Möglichkeit wäre der „weisungsfreie Strafreferent“. Damit meine ich eine Regelung, die die mit Verwaltungsstrafsachen befaßten Verwaltungsbeamten in diesem Tätigkeitsbereich weisungsfrei und unabhängig stellen

würden. Auch dies ist keine realistische Möglichkeit. Sie ist psychologisch für die betroffenen Verwaltungsbeamten nicht zumutbar und — um mit Peter Fessler zu sprechen — „dem die Strafe verhängenden Organwalter einen Talar umzuhängen und zu hoffen, daß sich damit alles zum Besseren wenden werde“ eine trügerische Hoffnung, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung der Straßburger Instanzen.

3. Gangbar wäre allerdings ein dritter Weg, der der Einrichtung von Verwaltungsstrafsenaten. In der Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1929 wurden sie versprochen. Ein Versuchsballon, sie einzurichten, scheiterte im Jahre 1975. Mit einer neuen Bundes-Verfassungsgesetznovelle wurden sie mit 1. Jänner 1985 aus dem Rechtsbestand der Verfassung getilgt. Die Verwaltungsstrafsenate wurden deshalb aus der Verfassungsordnung getilgt, weil ihre verfassungsrechtliche Organisationsstruktur als unzweckmäßig erkannt wurde und — dies ist hinzuzufügen — die Länder haben sich im Rahmen der Verhandlungen über die Verwirklichung des Forderungsprogrammes der Bundesländer zu Gesprächen über gleichartige Einrichtungen bereit erklärt, wenn solche Einrichtungen erforderlich würden.

Würde man Verwaltungsstrafsenate — sei es auf der Grundlage einer besonderen Verfassungsbestimmung, sei es auf der Grundlage des Art. 133 Z. 4 B-VG bzw. Art. 20 Abs. 2 B-VG — schaffen, sie könnten die organisatorische Grundlage dafür bilden, daß der Vorbehalt zu Art. 5 EMRK zurückgezogen werden könnte, aber die Probleme der verwaltungsbehördlichen Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche bliebe ungelöst. Darüber hinaus aber eine Lösung anzustreben, wonach sichergestellt ist, daß über alle zivilrechtlichen Ansprüche, die durch Verwaltungsbehörden zu entscheiden sind, Behörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG betraut werden, ist meines Erachtens weder durchführbar noch zweckmäßig.

Ich komme daher zu dem Schluß: Wird eine Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege angestrebt, die sowohl dem Art. 5 EMRK als auch dem Art. 6 EMRK gerecht werden soll, so ist eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit einzurichten.

Im folgenden möchte ich Ihnen daher das Konzept einer solchen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit vorstellen.

### III.

Es kann als unbestritten gelten, daß die Einrichtung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit einer besonderen verfassungsrechtlichen Grundlage bedarf. Ebenso wird ein Ausführungsgesetz erforderlich sein, das im Interesse der Einheitlichkeit als Bundesgesetz zu erlassen wäre.

Was nun die organisatorische Einbindung von Landesverwaltungsgerichten in den bestehenden Aufbau der Verwaltung anlangt, möchte ich folgende Überlegungen entwickeln.

In jedem Land wird *ein* Landesverwaltungsgericht errichtet. Ähnlich den Landesgerichten in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, handelt es sich dabei um selbständige Behörden, die organisatorisch unabhängig sind. Ich gehe davon aus, daß die Landesverwaltungsgerichte Landesbehörden sein sollen.

Die *örtliche Zuständigkeit* der Landesverwaltungsgerichte hätte sich auf das betreffende Bundesland zu erstrecken. In großen Bundesländern könnte allenfalls auch an die Errichtung von Außenstellen der Landesverwaltungsgerichte gedacht werden, um die Erreichbarkeit des Gerichtes durch die Bevölkerung zu verbessern. Insbesondere in den Angelegenheiten der Verwaltungsstrafsachen könnte sich dies empfehlen.

Im Hinblick auf die *sachliche Zuständigkeit* spreche ich mich für eine umfassende, durch eine Generalklausel umschriebene Zuständigkeit aus. In die Landesverwaltungsgerichte hätten alle Verwaltungssachen zu münden, unabhängig davon, ob es sich um Verwaltungsstrafsachen oder andere Verwaltungssachen handelt, unabhängig davon, ob es sich um Bundes- oder Landessachen handelt. Eine Ausnahme scheint mir nur hinsichtlich der Abgabensachen gerechtfertigt zu sein. Dabei handelt es sich nämlich um einen besonderen Bereich des Verwaltungsrechtes, der eine eigenständige Entwicklung durchgemacht und sich von der übrigen Verwaltung immer mehr abgespalten hat. Zum anderen haben sich auch organisatorisch in Abgabensachen Sonderentwicklungen ergeben, die zur Einrichtung gerichtsähnlicher Instanzen geführt haben, sodaß in dieser Hinsicht keine Notwendigkeit für eine Einbindung in eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit besteht.

Das anzustrebende Ziel wäre also — sieht man von den Abgabensachen ab — *in den Landesverwaltungsgerichten eine einheitliche Rechtsmittelinstanz für alle Verwaltungssachen zu schaffen.*

Dies bedeutet, daß in der Verwaltung selbst jeder Instanzenzug beseitigt würde: Gegen die verwaltungsbehördliche Entscheidung erster Instanz — wer immer diese Behörde ist — kann vielmehr das Landesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz angerufen werden. Den Vorteil einer solchen Regelung sehe ich nicht nur darin, daß in einem sehr frühen Verfahrensstadium ein Gericht angerufen werden kann, also eine schnelle gerichtliche Entscheidung gewährleistet ist, sondern darüber hinaus auch darin, daß eine klare Zuordnung von Kompetenzen an die einzelnen Verwaltungsbehörden erforderlich wird und die Regierungsapparate — die Bundesministerien und die Ämter der Landesregierungen — weitgehend von Verwaltungssachen entlastet werden könnten und damit Gelegenheit bekämen, sich schwergewichtig politisch-konzeptiven Tätigkeiten zuzuwenden. Bescheide zu erlassen wäre nur mehr dann ihre Aufgabe, wenn sie als Behörden der I. Instanz tätig würden.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könnte für den Gemeindebereich vorgesehen werden. Die Einrichtung der Vorstellung nach Art. 119a Abs. 5 B-VG sollte daher beibehalten werden. Die Gemeindeaufsichtsbehörde hat in diesem Bereich bereits funktionell die Aufgabe einer Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das bestehende System dürfte auch wirksamer sein als ein Rechtsmittelzug von der Gemeinde zu einem Lan-

des Verwaltungsgericht. Dabei müßte aber der Rechtsmittelzug von der Gemeindeaufsichtsbehörde an das Landesverwaltungsgericht — ohne einen weiteren Instanzenzug — gewahrt bleiben.

Dem hier entwickelten Konzept entsprechend tritt also *das Landesverwaltungsgericht an die Stelle der Berufungsbehörde*.

Damit komme ich zu einer entscheidenden Frage: Welche Entscheidungsbefugnis — bloß kassatorisch oder auch reformatorisch — sollten die Landesverwaltungsgerichte haben?

Eine reformatorische Entscheidungsbefugnis befürworte ich jedenfalls in Verwaltungsstrafsachen, selbstverständlich im Rahmen des Verbotes der *reformatio in pejus*. Dies scheint mir die notwendige Konsequenz aus der Forderung, daß sowohl die Tat als auch die Rechtsfrage der gerichtlichen Entscheidung vorbehalten sein muß. Es wäre nicht sinnvoll, wenn zwar auch Beweiserhebungen zum Sachverhalt vorgenommen werden dürften, die Entscheidung selbst aber nur in der Aufhebung des Strafbescheides bestehen könnte. Das Gericht muß vielmehr in die Lage versetzt werden, aus den eigenen Erhebungen auch die rechtlichen Folgen ziehen zu können.

In anderen Verwaltungssachen steht einer reformatorischen Entscheidungsbefugnis allerdings die klassische Begründung für eine bloß kassatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit entgegen: Das Gericht soll nicht verwalten!

Es ist aber nicht nur die Frage, ob das Landesverwaltungsgericht reformatorische Entscheidungsbefugnis haben *soll*, sondern auch, ob es eine solche Befugnis ausüben *kann*. Es wird sicher der Einwand erhoben werden, auf Grund seiner gerichtlichen Struktur sei ein Landesverwaltungsgericht gar nicht in der Lage, komplizierte Verfahren durch ein Urteil zu erledigen. Diese Auffassung teile ich nicht. Das bewährte Institut der Säumnisbeschwerde zeigt schon heute, daß eine reformatorische Entscheidungsbefugnis von einem Verwaltungsgericht wahrgenommen werden kann.

Es bleibt also die rechtspolitische Frage, ob den Landesverwaltungsgerichten eine reformatorische Entscheidungsbefugnis eingeräumt werden soll. Was nun die Entscheidung über „zivilrechtliche Ansprüche“ anlangt, so liegt die Rechtslage ähnlich wie sie im Zusammenhang mit den Verwaltungsstrafsachen dargelegt worden ist. Die Prüfung der Tat- und Rechtsfrage, die durch Art. 6 EMRK gefordert ist, bedingt meines Erachtens eine reformatorische Entscheidungsbefugnis.

Strittig mag sein, ob eine reformatorische Entscheidungsbefugnis dann eingeräumt werden soll, wenn nicht über zivilrechtliche Ansprüche zu entscheiden ist. Ich vermag keine überzeugenden Gründe dafür zu sehen, daß das Landesverwaltungsgericht auf die Kassation beschränkt wird. Allerdings erschiene mir eine Abgrenzung zwischen reformatorischer und kassatorischer Entscheidungsbefugnis, die darauf abstellt, ob über zivilrechtliche Ansprüche zu entscheiden ist oder nicht, wenig praktikabel. Probleme könnten sich allerdings im Bereich der Ermessensentscheidungen ergeben. Ich kann in diesem Zusammenhang darauf nicht näher eingehen. Es sei lediglich dar-

auf hingewiesen, daß schon heute dem Verwaltungsgerichtshof in Säumnisfällen auch die Ermessensübung zusteht. Unüberwindlich kann auch dieses Problem nicht sein.

Einen Punkt möchte ich noch besonders hervorheben: Das Landesverwaltungsgericht hätte selbstverständlich auch über die behauptete Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte zu entscheiden. Dies insbesondere auch dann, wenn die behauptete Rechtsverletzung sich gegen eine „faktische Amtshandlung“ richtet. Die Landesverwaltungsgerichte wären also in diesen Fällen jene Vorinstanz, die der Verfassungsgerichtshof angeregt hat.

Das bisher Gesagte möchte ich so zusammenfassen: *Die Landesverwaltungsgerichte sollen instanzenmäßig und hinsichtlich ihrer Befugnisse an die Stelle der Berufungsbehörden in Verwaltungsverfahren treten.*

Damit möchte ich mich dem *Verfahren* zuwenden:

Die Regelung des Verfahrens sollte in der Weise gestaltet werden, daß das Verwaltungsgerichtshofgesetz zu einer Verwaltungsgerichtsordnung ausgebaut wird. Das würde bedeuten, daß das Landesverwaltungsgericht grundsätzlich dasselbe Verfahrensrecht — nämlich das AVG und das VStG — anzuwenden hätte, wie die Verwaltungsbehörde der ersten Instanz. Dazu kämen noch die besonderen Regelungen des gerichtlichen Verfahrens.

In diesen besonderen Verfahrensregeln wäre auf folgende Grundsätze Bedacht zu nehmen:

- Es wäre die Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens vorzusehen, in dem sich die Behörde erster Instanz als belangte Behörde und der Berufungswerber sowie die Mitbeteiligten gegenüberstehen.
- Grundsätzlich hätte eine mündliche Verhandlung verpflichtend zu sein, wobei man daran denken könnte, den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung dann vorzusehen, wenn eine solche von den Parteien nicht beantragt wurde und sie auch vom Landesverwaltungsgericht selbst nicht für erforderlich erachtet wird.
- Die öffentliche Verkündung der „Urteile“ im Sinne des Art. 6 EMRK wäre vorzusehen.
- Das Beweisverfahren in Verwaltungsstrafsachen wäre so auszubauen, daß es den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 EMRK entspricht.

In diesem Zusammenhang ist auch der *Instanzenzug* zu erwähnen. Es hätte Grundsatz zu sein, daß vom Landesverwaltungsgericht ein Instanzenzug an den Verwaltungsgerichtshof in Wien geht. Dabei wird zu beachten sein, daß der Art. 14 Abs. 5 des Paktes der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte und der Art. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK einen Instanzenzug in Strafsachen — abgesehen von „minor cases“ — fordern. In den anderen Verwaltungssachen könnte so vorgegangen werden, daß jedenfalls dann ein weiterer Instanzenzug eingeräumt wird, wenn das Landesverwaltungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung *nicht* bestätigt. Wird dagegen die Entscheidung der ersten Instanz bestätigt, könnte ein weiterer Rechtsmittelzug davon abhängig gemacht werden, daß er vom Landesverwaltungsgericht aus-

drücklich wegen der Bedeutung der anstehenden Rechtsfrage für zulässig erklärt wird.

Ich komme nun zu einem letzten Aspekt: der innerorganisatorischen Gestaltung der Landesverwaltungsgerichte.

Die erste Frage ist, wer die Richter am Landesverwaltungsgerichtshof ernennen soll. Ich bin davon ausgegangen, daß die Landesverwaltungsgerichte Landesbehörden sind, die Ernennung der Richter daher der Landesregierung zustehen müßte. Ich bin mir der politischen Bedeutung dieser Frage bewußt und möchte deshalb anfügen, daß auch die Ernennung eines Teiles der Richter durch den Bundespräsidenten nicht ausgeschlossen ist. Eine für alle Seiten annehmbare Lösung kann aber sicherlich gefunden werden. Jedenfalls sollte die Verwirklichung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit nicht an dieser Frage scheitern.

In diesem Zusammenhang liegt die weitere Frage nahe, woher die Richter genommen werden sollen. Ich gehe davon aus, daß durch die Errichtung von Landesverwaltungsgerichten bei den Ämtern der Landesregierungen und den Sicherheitsdirektionen Personalkapazitäten frei werden müßten, sodaß dieses Personal übernommen werden könnte. Deshalb dürften sich auch die Kosten für die Errichtung von Landesverwaltungsgerichten in vertretbaren Grenzen halten.

Eine bedeutsame gerichtsorganisatorische Frage scheint mir zu sein, ob in den Landesverwaltungsgerichten ausschließlich in Senaten entschieden werden soll. Eine ausschließliche Senatszuständigkeit hielte ich im Hinblick auf die Kosten, die Schnelligkeit des Verfahrens und der Effizienz der Landesverwaltungsgerichte nicht für zweckmäßig. Andererseits kann aber auf Senatsentscheidungen auch nicht völlig verzichtet werden. Deshalb wird es erforderlich sein, gewisse Verfahren einem Senat zuzuweisen, gewisse Verfahren aber durch einen Einzelrichter durchführen zu lassen.

Bei der Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Senat und dem Einzelrichter sollte von dem Grundsatz ausgegangen werden, daß die Zuständigkeit der Senate durch das Enumerationsprinzip festgelegt wird, im Zweifel also die Entscheidung dem Einzelrichter zusteht.

Eine Aufteilung der Kompetenzen zwischen Senat und Einzelrichter läßt sich für das Verwaltungsstrafverfahren am einfachsten durchführen. Ich würde vorschlagen, daß ein Senat in Verwaltungsstrafsachen dann zu entscheiden hat, wenn von der ersten Instanz entweder eine primäre Freiheitsstrafe oder eine zB 30.000 S übersteigende Geldstrafe verhängt worden ist.

Schwieriger ist die Kompetenzabgrenzung in sonstigen Verwaltungssachen. Einer abstrakten Kompetenzabgrenzung steht der Umstand entgegen, daß in Verwaltungssachen Streitwerte unbekannt sind. Denkbar wäre es aber, die Zuständigkeitsaufteilung — anhand bestimmter allgemeiner Kriterien — der Geschäftsverteilung des Landesverwaltungsgerichtshofes selbst zu überlassen oder es dem Materiengesetzgeber anheimzustellen, in jedem einzelnen Fall festzulegen, ob über diese oder jene Angelegenheit ein Senat als Berufungsbehörde entscheiden solle.

Ich komme damit zu einer letzten Frage: Was soll mit den derzeit bestehenden Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, den Art. 133 Z. 4 — Behörden geschehen? Es geht um das Schicksal der Landesgrundverkehrskommission und anderer ähnlicher Behörden. Meine Anregung geht dahin, derartige Kollegialbehörden — wenn ihr Weiterbestand aus irgendwelchen Gründen für erforderlich erachtet wird — als Senate in die Landesverwaltungsgerichte einzugliedern. Zur Verwirklichung dieses Zieles müßten nur die gesetzlichen Grundlagen dafür geschaffen werden, daß die Zusammensetzung der bisherigen Kollegialbehörden als Senate erhalten bleiben könnte. Diese Lösung hätte auch den Vorteil, daß der bestehende Rechtszustand nur in seiner organisatorischen Form geändert würde.

In kurzen Zügen habe ich Ihnen ein Konzept für eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit und gleichzeitig für eine menschenrechtskonforme Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege vorgestellt. Ich bin mir dessen bewußt, daß die Schwierigkeiten im Detail liegen. Ich bin aber auch zuversichtlich, daß sich Schwierigkeiten durch Zusammenarbeit von Bund und Ländern lösen lassen. Ich bin überzeugt, die Vorteile überwiegen die Nachteile:

1. Die Bildung von Landesverwaltungsgerichten wäre ein wesentliches Element im Ausbau der föderalistischen Struktur des österreichischen Staatswesens.
2. Durch Landesverwaltungsgerichte könnte in organisatorischer und verfahrensrechtlicher Hinsicht den Anforderungen der Art. 5 und 6 EMRK entsprochen werden; der Vorbehalt zu Art. 5 könnte zurückgezogen werden.
3. Eine Erweiterung des Instanzenzuges tritt nicht ein; in manchen Bereichen wäre vielmehr eine Verkürzung des Instanzenzuges und eine Verkürzung der Verfahrensdauer durch den Ausschluß des Instanzenzuges an den Verwaltungsgerichtshof in Wien zu erwarten.
4. Für den einzelnen Bürger rückt die Entscheidung in seine Nähe. Das Konzept einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit ist insofern bürgernah.
5. Die beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes würden entscheidend entlastet werden; zur Entlastung gesetzte Maßnahmen, wie die Beschränkung der mündlichen Verhandlungen, könnten zurückgenommen werden.
6. Es würde eine gerichtliche Instanz geschaffen, die die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt prüfen könnte, sodaß in dieser Hinsicht einer Anregung des Verfassungsgerichtshofes Rechnung getragen werden könnte.
7. Eine klar konturierte und übersichtliche Rechtsschutzeinrichtung würde geschaffen: Es gäbe nurmehr eine Rechtsmittelbehörde.

#### IV.

Lassen Sie mich mit einer auf die Geschichte zurückblickenden Bemerkung zum Ende kommen.

In einer interministeriellen Besprechung am 11. Oktober 1919 führte der Staatskanzler Dr. *Renner* nach einem Aktenvermerk folgendes aus:

„Von größter Wichtigkeit sei, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf ganz neue Grundlagen gestellt werde. Wir hätten heute bloß einen Verwaltungsgerichtshof, der erst nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges deklaratorisch urteile (kassiere), ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Bei einem System der Selbstregierung genüge dieses System der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht. Es werde eine instanzenmäßige Ordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eintreten müssen. Man werde gegen eine Verfügung der Kreis- oder Bezirksbehörden an ein Verwaltungsgericht appellieren können, das meritorisch werde entscheiden können“

In der Koalitionsvereinbarung zwischen der christlichsozialen und der sozialdemokratischen Partei vom 17. Oktober 1919 hieß es:

„Die Schaffung einer instanzenmäßigen Verwaltungsrechtspflege nach preußischem Vorbild ist ein integrierender Bestandteil der Verfassungsreform.“

Dieses verfassungspolitische Ziel wurde seinerzeit nicht verwirklicht: Es galt als zu kostspielig in den damaligen Zeiten.

Das „engere Comité zur Redaktion des Entwurfes des Gesetzes über die Allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes und über die Allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes und über das Verwaltungsstrafverfahren“, das vom 23. Mai bis 16. Juni 1921 die Neuordnung des Verwaltungsstrafrechtes beriet und auf dessen Beratungen die Regierungsvorlage eines Verwaltungsstrafgesetzes (697 BlgNR, I. GP.) zurückgeht, legte nicht nur einen Entwurf vor, der in verfahrensrechtlicher Hinsicht weitestgehend den Anforderungen der EMRK entsprochen hätte, sondern sah auch eine mündliche Berufungsverhandlung vor einem weisungsfreien Dreiersenat vor.

Auch dieser Entwurf ist bekanntlich niemals Gesetz geworden. Er stand zwar den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Jahres 1925 Pate, aber auch damals — im Zuge der Genfer Sanierung — galt eine solche Regelung als zu teuer.

Heute wäre es angemessen, dort wieder anzuknüpfen, wo die Diskussion vor mehr als fünfzig Jahren stehen geblieben ist.

## Rechtsschutz und Föderalismus

„Föderalismus hin oder her, Rechtsstaat geht vor und in Rechtsfragen bietet der Verwaltungsgerichtshof tatsächlich eine rechtsstaatliche Garantie“.

Dieser Ausspruch von F. ERMACORA<sup>1)</sup> ist deshalb so beachtenswert, weil er von einem Wissenschaftler stammt, der gleichzeitig engagierter Föderalist und Verteidiger der Menschenrechte ist und daher die Dimensionen beider Prinzipien voll abschätzen kann. Dem von ihm und vielen anderen<sup>2)</sup> festgestellten — offenbar grundsätzlichen — Gegensatz und seiner möglichen Aufhebung soll in der Folge nachgegangen werden.

### 1. Der Gegensatz

#### a) Allgemeine Wurzeln

##### aa) *Autonomie und Rechtsschutz*

Föderalismus ist eine Ordnung, die auf *Autonomien* aufbaut; das politische Organisationsprinzip reicht insoweit weit vor die Entwicklung des modernen Staates zurück und hat noch heute Elemente dieser *vorstaatlichen* Wurzel beibehalten. In den Autonomien herrschen politische und rechtliche Naheverhältnisse, die oft eine verstärkte Abhängigkeit mit sich bringen: Es entsteht die Gefahr der Parteilichkeit, Willkür und informeller Machtbeziehungen. Rechtsschutz soll daher immer aus der Autonomie herausführen und Gesetzlichkeit sowie Menschenrechtsschutz *durch den Staat* verbürgen: Dazu kommt die Vorstellung des *sozialen Rechtsstaates*, daß der *Staat* in allen Autonomien eine Gleichheit des *Anspruchsniveaus* durch Rechtsschutz verbürgen solle.

##### bb) *Rechtsstaat als „nationales System“*

Die „nationale“ Einigung ist überall durch das (einheitliche) staatliche *Rechtssystem* hergestellt oder zumindest unterstützt worden. Nationalstaat bedeutet, daß alle Autonomien unter staatliche *Rechtskontrolle* gestellt werden. Dies ist eine der maßgeblichen Wurzeln der staatlichen Gerichtsbarkeit! Rechtsetzungsmonopol des Staates und zentrale Rechts-

durchsetzung, Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, werden zu Symbolen und Instrumenten nationaler, d.h. staatlicher Einigung.

cc) Menschenrechtsschutz als universelles Prinzip

Heute ist Menschenrechtsschutz ein Ordnungsprinzip geworden, das sogar über den Staat hinausweist und Gleichheit der Rechte und des Rechtsschutzes in supranationalen und internationalen Schutzsystemen verbürgt<sup>3)</sup>. Differenzierungen oder Ausnahmen im nationalen Bereich sind damit — jedenfalls in grundsätzlicher Hinsicht — unvereinbar.

b) **Besondere österreichische Wurzeln**

aa) *Die Einheit der Gerichtsbarkeit*

Die „staatliche Gerichtsbarkeit“ in der Monarchie war der Gegensatz zur „autonomen“ Verwaltung und gleichzeitig der Motor des *bürgerlichen Rechtsstaates*. Es entwickelte sich dadurch die bis heute gültige österreichische Grundvorstellung: Rechtsschutz ist Sache des Staates (aufgeklärter Absolutismus). Die Weichenstellung für die *zentrale* Verwaltungsgerichtsbarkeit und gegen das Badische und Preussische System wurde zusätzlich mit der „Unfertigkeit und Unsicherheit der Staatlichen Verhältnisse“ begründet<sup>4)</sup>. In der Folge entwickelte die Dynamik des fortschrittlichen Verwaltungsrechtsschutzes und des bürgerlichen Rechtsstaates weitere starke Triebkräfte zugunsten der Einheitlichkeit der Rechtskontrolle, aber auch des Rechtssystems.

bb) *Reine Rechtslehre als Zentralisierungsinstrument*

Die „*Wiener Schule*“ des Rechtspositivismus („Reine Rechtslehre“) hatte — geprägt durch die Erfahrungen der Monarchie — eine klare Abneigung gegen den Föderalismus und ein gestörtes Verhältnis zum Bundesstaat („Dezentralisationstheorie“); gleichzeitig hegte sie aber eine absolute Wertschätzung des Rechtsstaates und Rechtsschutzes. Österreich wurde so zum „Mutterland der Rechtskontrolle“ (R. MARCIC); aber alle Rechtsschutzeinrichtungen wurden streng zentralistisch organisiert. Der von der „Reinen Rechtslehre“ kultivierte Gegensatz von „Politik“ und „Recht“ wirkte sich zulasten des Föderalismus aus: Länder (Autonomien) wurden mit der „Politik“ gleichgesetzt; der Bund stellte dagegen ein einheitliches und zentrales System des *Rechtsschutzes* und der *Rechtskontrolle* zur Verfügung. Der Einheit der Verfassungs- und Verwaltungsorganisation sollte die Einheit des rechtlichen Verfahrens und der Verwaltungsgerichtsbarkeit entsprechen: Der Staatsbürger sollte in einem einheitlichen, allenfalls regional gegliederten *Verwaltungsrechtsverhältnis* stehen.

cc) „Gemeinsame Einrichtungen“

Der österreichische Bundesstaat übernahm aus der Monarchie die Tradition „gemeinsamer Einrichtungen“ von Bund und Ländern und baute sie noch weiter aus. Dazu gehören: Die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, der Rechnungshof, die Volksanwaltschaft, die allgemeine staatliche Verwaltung in den Ländern u.a. Bei diesen gemeinsamen Einrichtungen entsteht das Problem der Vereinheitlichung durch Organisation und Funktion.

- (1) Die Länder haben keinen Einfluß auf die Bestellung und Zusammensetzung zentraler Kontrolleinrichtungen; besonders drastisch ist dies etwa beim Verwaltungsgerichtshof und beim Rechnungshof, die funktionell als reine Landes-Kontrollorgane tätig werden.
- (2) Vereinheitlichung durch Funktion: Besonders die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wirkt sehr stark in Richtung einer Vereinheitlichung der Landesrechte<sup>5)</sup>.

dd) Historische Ablehnung der Landes-Verwaltungseinrichtungen

Noch die Koalitionsvereinbarung vom 17.10.1919 enthielt als programmatischen Grundsatz für die Verfassungsreform: „Die Schaffung einer instanzenmäßigen Verwaltungsrechtspflege nach preussischem Vorbild ist ein integrierender Bestandteil der Verfassungsreform“. Aber schon die entscheidenden Länderkonferenzen von 1920 gingen durchwegs von einer einheitlichen zentralen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus: Die Länder hatten eine Landes-Verwaltungsgerichtsbarkeit einhellig abgelehnt. Der Grund hierfür lag in der befürchteten Ausschaltung der obersten Landesbehörden durch eine eingreifende und vom Bund gesteuerte „Verwaltungsjustiz“ (Modell des ehemaligen Art 11 Abs B-VG). Ob die seinerzeitige Ablehnung sich auch gegen das Modell einer nachprüfenden Kontrolle und autonomen Landesverwaltungsgerichtsbarkeit der Länder gerichtet hätte, mag füglich bezweifelt werden.

ee) Ablehnung der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag

Trotz des idealistischen Ansatzes und fortgesetzter theoretischer Bemühungen — auch im Lichte des Art 6 MRK — ist es nicht gelungen, die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag (Art 133 Z 4 B-VG) als Ansatz einer Landes-Verwaltungsgerichtsbarkeit auszubauen. Sie genießen nach wie vor ein überwiegend negatives Image („Brutstätten der Willkür“); man registriert fortgesetzte Bemühungen um Einfluß und Einbindung dieser Behörden in die Verwaltung und das partei- und verbandsgeprägte politische System. Im Ergebnis kann man daher für Österreich

wohl festhalten, daß in der Öffentlichkeit nach wie vor ein geringes Vertrauen zur „Verwaltungsrechtspflege“ durch die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag besteht.

## 2. Die Konvergenz von Föderalismus und Rechtsschutz

### a) Allgemeine Entwicklungstendenzen

#### aa) *Ausbau der Verwaltungsverfahren*

Die föderalistisch gegliederten Verwaltungsverfahren werden immer mehr ausgebaut — insbesondere im Bereich der Leistenden Verwaltung, der Planung und des Umweltschutzes<sup>6)</sup>. Bürgermitwirkung, soziale Verträglichkeit und politische Legitimation werden gefordert. Die organisatorische und wissenschaftliche *Koordination* wird zur Hauptaufgabe der *Verwaltungsverantwortung*<sup>7)</sup>. Die gerichtliche Rechtskontrolle kann daher nur punktuelle „Momentaufnahmen“ des Verwaltungsgeschehens erfassen und setzt einen breiten Unterbau an Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung voraus<sup>8)</sup>.

#### bb) *Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit*

Die zunehmende Komplexität und Befrachtung des Verwaltungsrechts macht einen organisatorischen und verfahrensmäßigen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit (oder vergleichbare Gerichtskontrolle) notwendig. In Bundesstaaten mit starker Landesverwaltung (Deutschland, Schweiz) führt dies zur Entwicklung oder zum Ausbau der *Landesverwaltungsgerichtsbarkeit*; in dezentralisierten Einheitsstaaten (Italien, Frankreich u.a.) zu *regional gegliedertem* gerichtlichem Verwaltungsrechtsschutz. Der klassische Unterschied zwischen „politischer“ und rechtlicher Entscheidung der Verwaltung wird durch den Ausbau der Entscheidungskontrolle relativiert.

#### cc) *Europäische Rechtsfamilie*

Über die krass unterschiedlichen Verwaltungsformen<sup>9)</sup> wölbt sich ein immer mehr verdichteter und konkretisierter „*Europäischer Standard*“ der Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit. Dieser Vorgang einer Verbindung von staatlicher Vielfalt mit universellem Rechtsschutz<sup>10)</sup> ist das Grundmodell eines rechtsstaatlichen Föderalismus und kann nicht ohne Rückwirkungen auf die nationalen Gegensätze von Autonomie und Rechtsschutz bleiben.

## b) Die Zukunft des österreichischen Verwaltungs-Rechtsschutzes

Die europäischen Rechtsschutzverpflichtungen, die nationale Entwicklung des Verwaltungsrechts und die politischen Vorstellungen über ausreichenden Rechtsschutz drängen immer mehr zu einer Veränderung der bisherigen, aus den Urzeiten des Verwaltungs-Rechtsschutzes stammenden „österreichischen Modelles“<sup>11)</sup>: Die Aufhebung des Art 11 Abs 5 B-VG hat den Weg zu zwei möglichen Entwicklungen frei gemacht.

### aa) *Ausbau der Kollegialbehörden („Tribunale“)*

Zivilrechtliche Ansprüche und Verwaltungsstrafrecht könnten systematisch aus der „politischen“ Verwaltung gelöst und „Tribunalen“ übertragen werden. Der Gewinn wäre jedoch gering, weil das Mißtrauen und die Widerstände gegen diesen Behördentypus allzugroß sind. Eine Trennung von „zivilrechtlichen Ansprüchen“ und Verwaltungsentscheidungen würde darüber hinaus zu einer sinnwidrigen Zerreißung von Verwaltungsv erfahren und Zuständigkeiten, aber auch des Rechtsschutzes führen. Der längst überwundene und in vieler Hinsicht verfehlte Gegensatz von „*Rechtssachen*“ und „*Verwaltungssachen*“ würde in verwandelter Form wieder aufleben. Die sinnwidrigen Komplikationen einer derartigen Unterscheidung können etwa an der *italienischen* Verwaltungsgerichtsbarkeit studiert werden<sup>12)</sup>.

### bb) *Ausbau der zentralen Verwaltungsgerichtsbarkeit*

Es bestehen Pläne, die derzeitige reduzierte Rechtskontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof im Wege einer Erweiterung seiner *Tatsachenprüfung* zu einer „vollen gerichtlichen Instanz“ auszubauen. Die Folgen wären für den Föderalismus, wahrscheinlich aber auch für den Rechtsschutz, gleich verheerend: Überlastung der zentralen Rechtskontrolle, massenhafte Routineentscheidungen; fehlende oder verzerrte Beweisaufnahmen u.ä.

### cc) *Dritter Weg: Gegliederte und ausgebaute Landesverwaltungsgerichtsbarkeit*

Es sollten die Länder von sich aus die „historische Hypothek“ der Ablehnung der Landes-Verwaltungsgerichtsbarkeit überwinden und mit dem Bund gemeinsam ein instanzenmäßig gegliedertes System moderner und umfassender Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickeln<sup>13)</sup>.

Dieses hätte folgende Zielsetzungen zu verwirklichen:

- (1) Abbau der zentralisierenden und entstaatlichenden Wirkung („Rechtsaufsicht“) der Zentral-Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes.

- (2) Aufbau eines vollen gerichtlichen Rechtsschutzes („volle Instanz“) auf regionaler Ebene; Entlastung und Qualitätsveränderung der Zentralinstanz; neue Verfahrens- und Rechtsschutzmöglichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- (3) Realer Einfluß der Länder auf die Organisation der Landes-Verwaltungsgerichtsbarkeit: Mobilisierung des qualifizierten Landesjuristen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>14)</sup>.
- (4) Aufhebung des Gegensatzes von Selbstverwaltung — vor allem der Gemeinden — und Rechtsschutz durch den Staat<sup>15)</sup>: Großgemeinden oder Gemeindeverbände sollten eigene „eingreifende Verwaltungsjustiz“ erhalten können (unter nachprüfender Staatskontrolle).

### 3. Schluß: Die Einheit von Bundesstaat und Rechtsstaat

Während die Einheit von Demokratie und Verfassungsstaat heute in der westlichen Staatenwelt — vor allem auch in Österreich — ganz selbstverständlich geworden sind, steht die volle Integration von Föderalismus und Rechtsschutz noch aus. Diese wird aber immer dringender, weil auch im Rechtsschutz in Österreich die *Grenzen der Zentralisation* längst erreicht sind. Macht man nicht mit einem konsequenten föderalistischen, auf Dezentralisation und Subsidiarität aufgebauten, Rechtsschutzkonzept ernst, wird es auch hier zu schlagartigen und *katastrophalen Systemkrisen und Zusammenbrüchen* des übersteigerten zentralistischen Rechtsschutzsystemes kommen.

Diese deuten sich schon gegenwärtig an: Lange bürokratische Verwaltungswege sind zu durchlaufen bis zu den zentralisierten Gerichtskontrollen; diese selbst sind chronisch überlastet und finden nur selten zu einer gründlichen Sachverhaltsprüfung. Die Formalisierung und Standardisierung der abweisenden Entscheidung und die Zurückweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit und Aussichtslosigkeit (Art 144 Abs 2 B-VG) nehmen immer mehr Menschen die Chance auf Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche bei den Höchstgerichten. Diese Aussiebungsmechanismen sind aber nur berechtigt, wenn sie die Spitze eines ganzen Systems gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten bilden und nicht die erste und einzige gerichtliche Instanz abblocken.

## Anmerkungen:

- 1) Zitat in P.PERNTHALER, die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag (Art 20 Abs 2 und 133 Z 4 B-VG) 1977, 133.
- 2) Vgl. etwa H.KELSEN, Die Verfassungsreform, JBl 1929, 445 ff (454).
- 3) F.ERMACORA, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, Bd I (1974), Bd II (1983).
- 4) A.PANN, Die Verwaltungsjustiz in Österreich mit Bedachtnahme auf die auswärtige Gesetzgebung 1876, insbes. 29.
- 5) P.PERNTHALER, Kollegialbehörden 129 f.
- 6) Vgl. R.WAHL/J.PIETZCKER,ungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983) 151 ff.
- 7) L.ADAMOVICH/B.CH.FUNK, Allgemeines Verwaltungsrecht 1984<sup>2</sup>, 280 ff.
- 8) R.SCHOLZ/E.SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976) 145 ff.
- 9) Vgl. etwa P.PERNTHALER/N.WIMMER, Die unteren Verwaltungseinheiten in Westeuropa. Eine verwaltungswissenschaftliche Typologie, Die Verwaltung 1982, 301 ff.
- 10) F.ERMACORA, Menschenrechte (Anm 3); DERSELBE, Die Vierte Gewalt: eine regional-supranationale Gewalt zum Schutz der Menschenrechte, Leibholz-FS 1966, 673 ff.
- 11) Über die reiche Vielfalt an vorbeugenden, begleitenden und kontrollierenden Rechtsschutzverfahren der *deutschen* Verwaltungsgerichtsbarkeit siehe etwa F.O.KOPP, Verwaltungsgerichtsordnung 1984<sup>6</sup>, 76 ff.
- 12) I.WINKLER, Die Einführung der unteren Stufe der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien, Die Verwaltung 1984, 492 ff.
- 13) Im selben Sinn H.KELSEN (Anm 2); W.HINTERAUER, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Blickfeld des Föderalismus, Montfort 1979, 67 ff; K.BERCHTOLD, Menschenrechtskernfrage Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege, in diesem Band; CH.KOPETZKI, EuGRZ 1985, 97; W.L.WEH, Für und Wider den „cautions approach“ /civil rights und strafrechtliche Anklage (Art 6 EMRK) in der Rechtsprechung der Straßburger Organe, EuGRZ 1985, 469 ff (476); W.BARFUSS, Maßnahmen zur Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1985, 393 ff (400); E.LOEBENSTEIN, Einige Überlegungen zur Funktionsfähigkeit der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1986, 161 ff und 199 ff (206 f).
- 14) Derzeit ist es kaum möglich, qualifizierte Landesbeamte (außer Bedienstete des Magistrats Wien) zur Bewerbung um einen Dienstposten beim Verwaltungsgerichtshof zu bewegen, weil die notwendige Übersiedlung an den Sitz des Verwaltungsgerichtshofes, Wien, prohibitiv wirkt.
- 15) Vgl. die Argumentation mit Art 5 EMRK und den ehemaligen Art 11 Abs 5 B-VG im VwGH Erk Slg 7227/A-1967.



# SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTS FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG

- Bd. 1     **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976. (S 98,—)
- Bd. 2     **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976. (S 68,—)
- Bd. 3     **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976. (S 395,—)
- Bd. 4     **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977. (S 165,—)
- Bd. 5     **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977. (S 58,—)
- Bd. 6     **Fried Esterbauer, Guy Heraud, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung. 1977. (S 160,—)
- Bd. 7     **Manfried Gantner**, Der abgestufte Bevölkerungsschlüssel als Problem der Länder und Gemeinden. 1978. (S 250,—)
- Bd. 8     **Siegbert Morscher**, Rechtliche Probleme bei der Schaffung innerstaatlicher grenzüberschreitender Einrichtungen und Organe durch die österreichischen Bundesländer. 1978. (S 240,—)
- Bd. 9     **Theo Öhlinger**, Verträge im Bundesstaat. 1978. (S 140,—)
- Bd. 10     **Erich Thöni**, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich. 1978. (S 138,—)
- Bd. 11     **Georg Schmitz**, Der Landesamtsdirektor. 1978. (S 138,—)
- Bd. 12     **Felix Ermacora**, Die bundesstaatliche Kostentragung gemäß § 2 F-VG. 1979. (S 110,—)
- Bd. 13     **Peter Pernthaler, Karl Weber**, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich. 1979. (S 168,—)
- Bd. 14     **Peter Pernthaler**, Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates. 1979. (S 298,—)
- Bd. 15     **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Direkte Demokratie in den Ländern und Gemeinden. 1980. (S 198,—)
- Bd. 16     **Peter Häberle**, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. 1980. (S 280,—)
- Bd. 17     **Bernd-Christian Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung. 1980. (S 280,—)

- Bd. 18      **Karl Weber**, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. 1980. (S 480,—)
- Bd. 19      **Peter Pernthaler**, Das Forderungsprogramm der österreichischen Bundesländer. 1980. (S 390,—)
- Bd. 20      **Wilhelm Kundratitz** (Herausgeber), Staat, Recht, Politik. Eine Befragung Jugendlicher zum Bildungshintergrund. 1981. (S 280,—)
- Bd. 21      **Siegbert Morscher**, Land und Provinz. Vergleich der Befugnisse der autonomen Provinz Bozen mit den Kompetenzen der österreichischen Bundesländer. 1981. (S 188,—)
- Bd. 22      **Wolfgang Pesendorfer**, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung. 1981. (S 148,—)
- Bd. 23      **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Dezentralisation/Selbstorganisation als theoretisches Problem und praktische Erfahrung. 1982. (S 333,—)
- Bd. 24      **Theo Öhlinger**, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat. 1982. (S 185,—)
- Bd. 25      **Harald Stolzlechner**, Republik — Bund — Land. Fragen der Vermögensaufteilung in einem Bundesstaat. 1982. (S 198,—)
- Bd. 26      **Peter Pernthaler — Irmgard Kathrein — Karl Weber**, Der Föderalismus im Alpenraum, Voraussetzungen, Zustand, Ausbau und Harmonisierung im Sinne eines alpenregionalen Leitbildes. 1982. (S 680,—)
- Bd. 27      **Peter Pernthaler**, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts. 1982. (S 160,—)
- 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. (S 280,—)
- Bd. 29      **Irmgard Kathrein**, Der Bundesrat in der Ersten Republik. Studie über die Entstehung und die Tätigkeit des Bundesrates der Republik Österreich. 1983. (S 200,—)
- Bd. 30      **Richard Schmidjell — Karl Fink — Werner Plunger — Hans Moser**, Regionalpolitik der österreichischen Bundesländer. 1983. (S 480,—)
- Bd. 31      **Siegbert Morscher** (Herausgeber), Föderalistische Sozialpolitik. 1983. (S 280,—)
- Bd. 32      **Josef Werndl**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920. 1984. (S 371,—)
- Bd. 33      **Peter Pernthaler**, Österreichische Finanzverfassung. Theorie - Praxis - Reform. 1984. (S 455,—)
- Bd. 34      **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Die Rolle der Länder in der Umfassenden Landesverteidigung. 1984. (S 270,—)
- Bd. 35      **Christian Smekal, Manfred Gantner**, Die längerfristige Entwicklung der öffentlichen Finanzwirtschaft in Österreich im Zeitraum 1950 — 1983. 1985. (S 720,—)

Bd. 36

**Georg Schmitz**, Die Anfänge des Parlamentarismus in Niederösterreich. Landesordnung und Selbstregierung 1861 — 1873. (S 660,—)

Bd. 37

**Bernd Stampfer**, Recht der Abfallwirtschaft in Österreich. Analyse einer komplexen Verwaltungsaufgabe zwischen Bund und Ländern. 1986.

Bd. 38

**Peter Pernthaler**, Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte. 1986.



# **INSTITUT FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG**

Direktor:

Univ.-Prof. Dr. Peter PERNTHALER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Dr. Ernst ADAMER, Vorarlberg  
Dr. Werner BRANDTNER, Vorarlberg  
Dr. Johannes MÜLLER, Vorarlberg  
Dr. Bernhard RÖSER, Vorarlberg  
Landesamtsdirektorstellvertreter Dr. Walter ZEBISCH, Tirol  
Hofrat Dr. Heinrich KIENBERGER, Tirol  
Univ.-Doz. Dr. Eberhard LANG, Tirol  
Hofrat Dr. Helmuth TSCHIDERER, Tirol  
Hofrat Dr. Herfrid HUEBER, Salzburg  
Univ.-Prof. DDr. Friedrich KOJA, Salzburg  
Landesamtsdirektorstellvertreter Dr. Karl MAYER, Salzburg  
Univ.-Prof. Dr. Heinz SCHÄFFER, Salzburg

Das Institut für Föderalismusforschung ist eine Einrichtung der Länder Tirol, Vorarlberg und Salzburg. 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 die Lage des Föderalismus in Österreich sowie ein periodisches Mitteilungsblatt heraus, veranstaltet Fachtagungen und unterhält eine Dokumentation zum Thema Föderalismus.

