

1. Aufsätze

Art. 5 und 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht*

von Christian Kopetzki, Wien

I.	Rechtsquellen und Abgrenzung dieser Arbeit.....	173
II.	Historische Gesichtspunkte.....	173
	1. Das österreichische Verständnis der Gewaltentrennung.....	173
	2. Die Fehleinschätzung des Art. 6 EMRK.....	174
	3. Der Bedeutungswandel des Art. 6 EMRK.....	175
III.	Literaturübersicht.....	175
IV.	Art. 5 EMRK und die freiheitsentziehenden Maßnahmen des Verwaltungsverfahrenrechts.....	176
	1. Verwaltungsfreiheitsstrafen.....	176
	2. Verhaftungen im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens.....	177
	3. Sonstige freiheitsentziehende Maßnahmen im Verwaltungsverfahren.....	177
L6 V.	Der Anwendungsbereich des Art. 5 EMRK im Verwaltungsbereich.....	178
	1. Zivilsachen.....	178
	a) Grundzüge der Rechtsprechung.....	178
	b) Aktuelle Abgrenzungsprobleme.....	178
	2. Strafsachen.....	180
	a) Disziplinarstrafverfahren.....	180
	b) Verwaltungsstrafverfahren nach VStG und FinStG.....	180
	c) Aktuelle Abgrenzungsprobleme.....	181
VI.	Die Organisationsgarantien des Art. 6 EMRK.....	181
	1. Art. 6 und nachprüfende Gerichtskontrolle.....	181
	2. Umfang und Wirkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.....	182
	3. Verwaltungsbehörden als Tribunale.....	182
VII.	Die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK.....	184
	1. Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien außerhalb der EMRK.....	184
	2. Das AVG und die Verfahrensgrundsätze des Art. 6 Abs. 1 EMRK.....	184
	a) Parteistellung.....	185
	b) Recht auf Gehör.....	185
	c) Akteneinsicht.....	186
	d) Zustellung.....	186
	e) Vertretung.....	186
	f) Beweisverfahren.....	186
	g) Mündlichkeit, Öffentlichkeit.....	187
	h) Verfahrenskosten.....	187
	i) Dolmetscher.....	188
	j) Angemessene Frist, Entscheidungspflicht.....	188
	k) Begründungspflicht.....	188
	l) Rechtsschutz.....	189
VIII.	Zusammenfassung und Ausblick.....	189

I. RECHTSQUELLEN UND ABGRENZUNG DIESER ARBEIT

Art. 5 und 6 EMRK, sowie die beiden zu diesen Artikeln abgegebenen Vorbehalte, BGBl. 1958/210. Diese von Österreich gemäß Art. 64 EMRK gemachten Vorbehalte haben folgenden Wortlaut:

„... daß

1. die Bestimmungen des Artikels 5 der Konvention mit der Maßgabe angewendet werden, daß die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, BGBl. Nr. 172/1950, vorgesehenen Maßnahmen des Freiheitsentzuges unter der in der österreichischen Bundesverfassung vorgesehenen nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof unberührt bleiben;

2. die Bestimmungen des Artikels 6 der Konvention mit der Maßgabe angewendet werden, daß die in Artikel 90 des Bundes-

Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 festgelegten Grundsätze über die Öffentlichkeit im gerichtlichen Verfahren in keiner Weise beeinträchtigt werden.“

Der Schutz der persönlichen Freiheit und Sicherheit durch Art. 5 EMRK wird in diesem Zusammenhang ausschließlich im Hinblick auf freiheitsentziehende Maßnahmen des Verwaltungsverfahrenrechts erörtert, wie sie insb. in den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1950 vorgesehen sind.¹ Für eine umfassende Darstellung des Rechts auf persönliche Freiheit darf auf den in dieser Serie folgenden Beitrag von *Funk* verwiesen werden. Ebenso bleibt die Diskussion der Garantien des Art. 6 EMRK auf das Verwaltungsverfahren beschränkt. Zur Bedeutung des Art. 6 EMRK für das Justizverfahren vgl. den folgenden Beitrag von *Okresek*.

II. HISTORISCHE GESICHTSPUNKTE

1. Das österreichische Verständnis der Gewaltentrennung

Das besondere Spannungsverhältnis zwischen der österreichischen Rechtsordnung und den Garantien des Art. 5 und 6 EMRK hat seine Wurzeln in dem spezifisch österreichischen Verständnis des Gewaltentrennungsgrundsatzes. Der Anordnung des Art. 94 B-VG, der eine Trennung der Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen vorsieht,² wurde von der Judikatur des VfGH keine Bedeutung für die Frage der Kompetenzzuteilung zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden zuerkannt.³ Obwohl von der Literatur wiederholt auf die in verschiedenen Bestimmungen der Verfassung verankerte Bindung der Gesetzgebung bei der Festlegung des Tätigkeitsbereiches der Gerichtsbarkeit hingewiesen wurde,⁴ hielt der VfGH bis heute an der Annahme einer weitgehenden Freiheit des Gesetzgebers in diesem Punkt fest. Auch den auf eine inhaltliche Trennung der

* Der 14. Beitrag im Rahmen der EuGRZ-Aufsatzserie „Die Praxis der Grundrechte in Österreich“ (cf. EuGRZ Heft 9 - 12/1982) im Anschluß an EuGRZ 1983, 89 ff.

Dr. iur. Christian Kopetzki, Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Günther Winkler) der Universität Wien.

¹ Die Regelung des - weite Bereiche der österreichischen Bundes-, Landes- wie Selbstverwaltung beherrschenden - allgemeinen Verwaltungsverfahrens beruht auf folgenden Gesetzen aus 1925 (wiederverlautbart BGBl. 1950/172): Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen - EGVG 1950; Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz - AVG 1950; Verwaltungsstrafgesetz - VStG 1950; Verwaltungsvollstreckungsgesetz - VVG 1950. Daneben bestehen besondere Verfahrensgesetze für verschiedene Bereiche der Verwaltung, die aber vielfach an das AVG anknüpfen. Vgl. z. B. das Agrarverfahrensgesetz, BGBl. 1950/173, das Dienstrechtsverfahrensgesetz, BGBl. 1958/54. Für die Finanzverwaltung bestehen eigene Verfahrensgesetze (z. B. Bundesabgabenordnung, Abgabenebenexekutionsordnung, Finanzstrafgesetz).

² „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

³ VfSlg. 1423/1931, 4455/1963, 7710/1975 u. a. m. Vgl. zum ideengeschichtlichen Hintergrund *Winkler*, Das österreichische Konzept der Gewaltentrennung in Recht und Wirklichkeit, in *Winkler*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 229; *Welan*, Die Lehre von der Gewaltentrennung und das B-VG, ÖJZ 1970, 449.

⁴ M. w. N. *Winkler*, Konzept (FN 3) 232 ff.; *Schäffer*, Privat- recht und Gerichtsbarkeit, JBl. 1965, 502 mit Hinweisen zum Meinungsstand.

Staatsfunktionen hinweisenden Art. 92 B-VG, wonach der Oberste Gerichtshof oberste Instanz in „Zivil- und Strafsachen“ ist, verstand der VfGH lediglich als Bestandsgarantie des OGH; als Zivil- und Strafsachen i. S. d. Art. 92 B-VG werden nur jene Angelegenheiten angesehen, die durch einfaches Gesetz den Gerichten zugewiesen sind.⁵ Im Ergebnis können daher – gegen die Anordnungen der Art. 5 und 6 EMRK (vgl. unten 2) – sowohl die Durchführung von Verfahren in Zivil- und Strafsachen als auch die Verhängung von Freiheitsstrafen nach der österreichischen Bundesverfassung grundsätzlich in die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden übertragen werden,⁶ denen die Unabhängigkeit im Sinne der Konvention fehlt.

Dieser Absage an eine materielle Gewaltentrennung im Sinne einer Verknüpfung inhaltlich bestimmter Staatsfunktionen mit entsprechenden Organisationsformen und Organzuständigkeiten steht die im Hinblick auf Art. 6 EMRK nicht weniger bedeutsame rigorose Betonung der organisatorischen Konsequenzen des Gewaltentrennungsprinzips gegenüber: Ein und dieselbe Behörde darf nicht gleichzeitig als Gerichts- und Verwaltungsbehörde eingerichtet sein; ebensowenig dürfen Gerichte und Verwaltungsbehörden in einem Verhältnis der Über- oder Unterordnung stehen, sei es in Form einer Weisungsbeziehung oder eines wechselseitigen Instanzenzuges.⁷ So stellt sich auch der 1876 geschaffene *Verwaltungsgerichtshof* als Kompromiß zwischen dem „heiligen Prinzip“ der Gewaltentrennung und dem Rechtsschutzgedanken⁸ dar: Mit der Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis auf *Kassation* und *Rechtskontrolle* wurde dem Postulat Rechnung getragen, daß der VfGH „judicieren, . . . aber nicht administrieren“ soll;⁹ er sollte nicht selbst in der Sache erkennen, sondern nur die rechtswidrige Entscheidung aufheben und eine neue, seinem Rechtsstandpunkt entsprechenden Entscheidung der *Verwaltungsbehörde* herbeiführen können.¹⁰ Trotz verschiedener Einbrüche in diese rein kassatorische Funktion des VfGH¹¹ blieb die grundsätzliche Beschränkung auf Nachprüfung, Kassation und Rechtskontrolle ein Wesensmerkmal der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, das bis heute den Zweifel an der Konventionsgerechtigkeit nur begrenzt gerichtlich überprüfbarer Verwaltungsentscheidungen in Zivil- und Strafsachen nährte.

2. Die Fehleinschätzung des Art. 6 EMRK

Der im Hinblick auf die Zuständigkeitsverteilung prinzipiellen Gleichordnung von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Österreich steht eine verstärkte Betonung des gerichtlichen Rechtsschutzes durch die EMRK gegenüber:¹² Art. 5 Abs. 1 lit. a behält die Verhängung von Freiheitsstrafen unabhängigen Tribunalen vor, und Art. 6 Abs. 1 enthält – jedenfalls aus heutiger Sicht (vgl. unten 3) – eine an Sachmaterien anknüpfende Garantie einer gerichtsähnlichen Entscheidung in allen Zivil- und Strafsachen. Angesichts dieser Systemunterschiede zwischen der österreichischen Rechtsordnung und der EMRK scheint es erstaunlich, daß Österreich die EMRK 1958 ratifizierte, ohne zu Art. 6 im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren einen Vorbehalt anzubringen. Geprägt durch das skizzierte Verständnis des Gewaltentrennungsgrundsatzes verstand der Gesetzgeber des Jahres 1958 auch Art. 6 EMRK offensichtlich nicht als Garantie einer den Gesetzgeber bindenden inhaltlich bestimmten Zuständigkeitsverteilung zwischen Justiz und Verwaltung. Die Materialien weisen vielmehr darauf hin, daß man den Geltungsbereich des Art. 6 auf Verfahren vor Gerichten beschränkt sah; das Verwaltungsverfahren wäre nach dieser Auslegung von vornherein jeder Überprüfung anhand des Art. 6 entzogen.¹³

Auch die deutsche Übersetzung des Art. 6 dürfte einen Beitrag zu dieser Fehleinschätzung geleistet haben. Die nach

dem authentischen Text von Anfang an umstrittene Abgrenzung des Anwendungsbereiches des Art. 6 gewann im deutschen Wortlaut eine trügerische Eindeutigkeit.¹⁴ So zielt beispielsweise die Wendung „contestations sur des droits et obligations de caractère civil“ des französischen Textes auf den klassischen Bereich des „Privatrechts“ als Gegensatz zum „öffentlichen Recht“,¹⁵ während die englische Formulierung „civil rights and obligations“ auch öffentlichrechtliche Ansprüche von Individuen gegen den Staat mitumfaßt.¹⁶ Ganz anders der Begriff der „zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen“, der nicht nur alle Zweifel an einem Ausschluß öffentlichrechtlicher Verfahren beiseite schiebt, sondern darüber hinaus den österreichischen Juristen verleitet, jenes organisatorische Verständnis von „Zivilrecht“ – nicht viel anders liegt der Fall beim Begriff des „Strafrechts“ – in Art. 6 hineinzutragen, welches im Zusammenhang mit der Auslegung der gleichlautenden Begriffe des Art. 92 B-VG schon Tradition hatte. Wenn auch nicht übersehen werden kann, daß die heute herrschende Auslegung des Art. 6 in der Straßburger Praxis nur langsam Gestalt annahm (vgl. unten 3) und Österreich durch die Nichtteilnahme an der Ausarbeitung der EMRK weder in der Lage war, auf die Formulierung einzelner Bestimmungen Einfluß zu nehmen noch sich mit konkreten Einzelheiten vertraut zu machen,¹⁷ so fällt doch andererseits auf, daß die entscheidende Frage nach der Reichweite des Anwendungsbereiches des Art. 6 bereits vor der Ratifikation in der deutschsprachigen Literatur eingehend diskutiert wurde.¹⁸ Es ist der Eindruck nicht ganz von der Hand zu weisen, daß die Überzeugung von der eigenen Vorbildlichkeit in Belangen des Grundrechtsschutzes¹⁹ den Blick für die geradezu vorprogrammierte Problematik trübte,²⁰ die Art. 6 in Österreich entfaltete.

⁵ VfSlg. 3121/1956 zum Begriff „Zivilsachen“.

⁶ Grenzen ergeben sich in Strafsachen aus Art. 91 Abs. 2 und 3 B-VG, wonach bei den mit schweren Strafen bedrohten sowie bei allen politischen Verbrechen und Vergehen Geschworenen- bzw. Schöffengerichte zu entscheiden haben.

⁷ Vgl. Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 15 f.; 25 f.; VfSlg. 1423/1931.

⁸ Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lichte der Gewaltentrennung grundlegend Winkler, Die Entscheidungsbefugnis des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes im Lichte der Gewaltentrennung, in Winkler, Orientierungen (FN 3) 105.

⁹ Kaserer, zit. bei Winkler, Entscheidungsbefugnis (FN 8) 112.

¹⁰ Winkler, Entscheidungsbefugnis 113. Die Gegner einer gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung befürchteten eine Herabwürdigung der Staatsgewalt; vgl. zu den historischen Wurzeln des Gedankens der Nichtverantwortlichkeit der Verwaltung vor den Gerichten Loewenstein, Verfassungslehre³ (1975) 244.

¹¹ Vgl. Winkler, Entscheidungsbefugnis (FN 8) 116 f.

¹² Zu dem hier anklingenden Gegensatz zwischen Justiz- und Verwaltungsstaat vgl. Pabr, Vortragsbericht, RZ 1973, 8; Stadler, Internationale Einflüsse auf die österreichische Grundrechtsordnung, EuGRZ 1982, 210 (214).

¹³ Vgl. die Ausführungen in 459 BlgNR. 8.GP, 31 (34).

¹⁴ Kritisch zur deutschen Übersetzung des Art. 6 schon Geck, Entscheidungsbesprechung, DVBl. 1956, 525 (526); Echterhöfner, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 1956, 142; Rasenack, „Civil rights and obligations“ or „droits et obligations de caractère civil“. Two crucial legal Determinations in Art. 6 (1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, RD 1970, 51 (54).

¹⁵ Vgl. Rasenack, Determinations (FN 14) 63.

¹⁶ Vgl. Rasenack, Determinations 57; Geck, Entscheidungsbesprechung (FN 14) 526.

¹⁷ Vgl. Stadler, Einflüsse (FN 12) 211.

¹⁸ So z. B. Geck, Entscheidungsbesprechung (FN 14) 526; Echterhöfner, Menschenrechtskonvention (FN 14) 142.

¹⁹ Stadler, Einflüsse (FN 12) 212; vgl. in diesem Sinn z. B. die Ausführungen in 60 BlgNR 9.GP, 4.

²⁰ Schon vor der Ratifikation wurde vereinzelt und erfolglos eine drohende Konflikte zwischen der österreichischen Rechtsordnung

Schon bald nach der Ratifikation setzte sich in der österreichischen Literatur die später auch vom VfGH bestätigte Auffassung durch, daß die Begriffe des Zivil- und Strafrechts in Art. 6 eine im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht eigenständige Bedeutung haben und daher nicht unter ausschließlicher Heranziehung der bestehenden Zuständigkeitsverteilung auszulegen sind.²¹ Da der Begriff des „Gerichts“ („Tribunal“) aber weiterhin im Sinne der österreichischen Rechtsordnung verstanden wurde, schien sich aus Art. 6 nun die Garantie einer unmittelbar erstinstanzlichen Zuständigkeit ordentlicher Gerichte zu ergeben.²² In der Folge beriefen sich auch viele jener Autoren, die schon aufgrund des B-VG einer materiellen Gewaltentrennung das Wort redeten, zur Stützung ihrer Auffassung zusätzlich auf Art. 6.²³ Diese Verschmelzung des Art. 6 mit der traditionsreichen akademischen Auseinandersetzung um die materielle Gewaltentrennung mag mit ein Grund für den Widerstand sein, den die Höchstgerichte und ein Teil der Literatur einer unbeschränkten Anwendung des Art. 6 entgegensetzten.²⁴ Angesichts weitreichender Kompetenzen der Verwaltungsbehörden in Zivil- und Strafsachen und der zunehmenden Ausdehnung des Geltungsbereiches des Art. 6 durch die Straßburger Instanzen ist nicht verwunderlich, daß eine Bestimmung, die diese Agenden den ordentlichen Gerichten zuzuweisen schien, „geradezu umstürzend“²⁵ wirkte.

All diese drohenden Auswirkungen des Art. 6 auf die österreichische Rechtsordnung wurden durch die Rechtsprechung des VfGH unterbunden. Mit zwei Ausnahmen, die das Verfahren vor gerichtsähnlichen kollegialen Verwaltungsbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG sowie die Einhaltung der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 im Verwaltungsstrafverfahren betreffen,²⁶ wurde das österreichische Verwaltungsverfahren überhaupt nicht an den Art. 5 und 6 EMRK gemessen. Auch die einfachgesetzliche Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Justiz und Verwaltung wurde durch die EMRK nicht berührt. Die Schwerpunkte dieser Judikatur werden unten (IV. bis VI.) dargestellt.

3. Der Bedeutungswandel des Art. 6 EMRK

Ein abschließender Blick auf die Praxis der Konventionsorgane zu Art. 6 macht das Ausmaß der Unsicherheit deutlich, das eine vorbehaltlose Ratifizierung dieser Bestimmung durch den österreichischen Gesetzgeber mit sich brachte. Dabei zeigt sich nämlich, daß die Tragweite des Art. 6 in Straßburg zunächst im Ergebnis ähnlich beurteilt wurde wie in Österreich; erst die weitere Entwicklung führte zu einem weitreichenden Bedeutungswandel: Zwar ließ die EKMR schon in frühen Entscheidungen keinen Zweifel daran, daß es für die Qualifikation eines Anspruchs als „zivilrechtlich“ nicht auf die innerstaatliche Zuständigkeit oder das vorgesehene Verfahren ankommen könne, sondern nur auf eine inhaltliche Beurteilung des Anspruchs selbst,²⁷ doch ging sie andererseits ebenso selbstverständlich davon aus, daß sich Art. 6 nur auf das Verfahren vor Gerichten beziehe und demnach keinen selbständigen Anspruch auf Zugang zu Gericht enthalte.²⁸ Sieht man einmal vom Strafrechtsbegriff ab, der anfangs keine Probleme aufwarf, so deckte sich nach der älteren Praxis der EKMR der dem Art. 6 unterstellte materielle Bereich überdies im wesentlichen mit dem traditionellen Privatrecht. Bei aller Unklarheit und Anfechtbarkeit machte diese Grenzziehung doch deutlich, daß alle öffentlichrechtlichen, d. h. das Verhältnis zwischen Individuum und Staat betreffenden, Streitigkeiten von einer Anwendung des Art. 6 ausgeschlossen werden sollten.²⁹

In zwei entscheidenden Punkten wurde diese Kommissionspraxis durch spätere Urteile des EGMR korrigiert. Das *Golder-Urteil*³⁰ entwickelte aus Art. 6 ein selbständiges Recht auf Zugang zu Gericht für alle Zivilsachen und wich damit von der Ansicht der EKMR ab, daß sich Art. 6 nur auf Verfahren vor bereits bestehenden Gerichten beziehe.³¹ Das

*Ringelisen-Urteil*³² erweiterte den Anwendungsbereich des Art. 6, indem es den Zivilrechtsbegriff auch auf Verwaltungsverfahren bezog,³³ deren Ausgang für Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur entscheidend ist.³⁴ Eine solche Auslegung des Art. 6 war mit dem Hinweis auf die erhöhte Bedeutung eines gerichtlichen Rechtsschutzes für Streitigkeiten zwischen Einzelindividuen und der Staatsgewalt schon wiederholt in Erwägung gezogen worden.³⁵ Art. 6 wurde damit zum Garanten eines grundrechtlich verbürgten Anspruchs auf eine gerichtliche Entscheidung in großen Bereichen des öffentlichen Rechts.

III. LITERATURÜBERSICHT

Aus der überaus umfangreichen Literatur zu den Art. 5 und 6 EMRK im Zusammenhang mit dem Verwaltungs(straf)verfahren kann hier nur eine Auswahl geboten werden. Für weiterführende Hinweise vgl. die Fußnoten im Text sowie die Beiträge von Nowak

→ und den Art. 5 und 6 EMRK hingewiesen: So z. B. Pfeifer im Nationalrat zur mangelnden Deckung des Finanzstrafgesetzes (FinStG) durch den Vorbehalt zu Art. 5 (StProt. 8.GP, 2937).

²¹ Z. B. Pfeifer, Der Verfassungsgerichtshof zu Art. 6 der Menschenrechtskonvention, JBl. 1961, 527 (529); Schäffer, Der Zivilrechtsbegriff der Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1965, 511 (512).

²² Vgl. z. B. Pfeifer, Verfassungsgerichtshof (FN 21) 529.
²³ Schantl - Welan, Betrachtungen über die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Menschenrechtskonvention (Slg. 1968), ÖJZ 1970, 617; 647 (648); Winkler, Konzept (FN 3) 237. Vgl. weiters die in der Literaturübersicht zitierten Referate am 4. ÖJT 1970.

²⁴ Dazu kommt wohl auch eine gewisse Skepsis gegenüber dem „fremden Recht“ der Konvention; zu dem damit verbundenen Unbehagen vgl. schon Kunst, Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der Bundesverfassung, ÖJZ 1964, 197 (199).

²⁵ So der VfGH in VfSlg. 5100/1965.

²⁶ Vgl. unten FN 109.

²⁷ EKMR Appl. 808/60 (Yearbook of the European Convention on Human Rights, im folgenden: YB, 1960, 108).

²⁸ EKMR Appl. 1329/62 (YB 1962, 200 [208]). Zu diesem scheinbaren Widerspruch zwischen einem materiellen - von der Behördenzuständigkeit unabhängigen - Zivil- und Strafrechtsbegriff und einer Beschränkung auf das gerichtliche Verfahren ausführlich *Rasenack*, Determinations (FN 14) 75 ff.

²⁹ Vgl. *Rasenack*, Determinations 51 ff., 74 ff. Eine Reihe von Kommissionsentscheidungen lehnten eine Anwendung des Art. 6 mit dem Hinweis ab, es handle sich um eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts: Appl. 2145/64 (YB 1965, 282 [313]; 3325/67 (YB 1967, 528 [538]); 5212/71 gegen Österreich, Collection of Decisions (im folgenden: CD) 43, 69. Zum Begriff des „öffentlichen Rechts“ vgl. EKMR Appl. 5460/72 (YB 1973, 152 [166]); Bericht 2614/65 (Ringelisen), ECHR Series B, Vol. 11, 10 [70]).

³⁰ Urteil v. 21. 2. 1975, Z. 32 ff. (EuGRZ 1975, 91 [93 ff.]).

³¹ Wie der EGMR und der VfGH (unten V.1) auch *Ress*, Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1968) 30 f., der bezweifelt, daß die EMRK zwar auf der einen Seite strenge Verfahrensregeln für den gerichtlichen Rechtsschutz aufstellt, es aber andererseits toleriert, wenn dieser zur Gänze beseitigt wird. A.M. noch *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention (1966) 150.

³² Urteil v. 16. 7. 1971 gegen Österreich, in *Golsong - Petzold - Furrer* (Hrsg.), Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (im folgenden: EGMRE), Band 3, 61.

³³ Im zeitlich vor dem *Golder-Urteil* liegenden *Ringelisen-Urteil* qualifizierte der EGMR die österreichische Verwaltungsbehörde als „Tribunal“. Da es sich daher im Sinne der EMRK um ein gerichtliches Verfahren handelte, tauchte die Frage einer selbständigen Rechtsweggarantie gar nicht auf.

³⁴ Vgl. unten V.1. Die öffentlichrechtliche Natur einer Streitigkeit stellte aber auch in jüngeren Entscheidungen der EKMR ein Argument gegen die Anwendung des Art. 6 dar, vgl. nur Appl. 8903/80 gegen Österreich (EuGRZ 1982, 309; Rückforderung von Ausfuhrvergütungen); Appl. 8008/77 (EuGRZ 1982, 538; Recht auf Einreise).

³⁵ Vgl. schon *Geck*, Entscheidungsbesprechung (FN 14) 526 sowie die dissenting opinion zum Bericht der EKMR im Fall *Ringelisen* (ECHR Series B, Vol. 11, 73).

und Kopetzki in: *Ermacora - Nowak - Tretter* (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983).

Hellbling, Grenzen des Verwaltungsstrafrechtes, JBl. 1959, 252; *Dietrich*, Verwaltungsfreiheitsstrafen im Lichte der Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1962, 346; *Ermacora*, Die Bedeutung von Entscheidungen der Menschenrechtskommission für die österreichische Rechtsordnung, JBl. 1962, 621; *Rosenzweig*, Lücken der Rechtsstaatlichkeit, Der Staatsbürger (Stb.) 1965/12, 1; *ders.*, Die Entwicklung der Grundrechte in Österreich, Referat am 2. Österreichischen Juristentag (ÖJT) 1964, II/2, 26; *Schäffer*, Privatrecht und Gerichtsbarkeit, JBl. 1965, 502; *ders.*, Der Zivilrechtsbegriff der Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1965, 511; *Morscher*, Entscheidungsbesprechungen, JBl. 1966, 250 und 363; *Ermacora*, Die Rechtsprechung österreichischer Gerichte zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: 100 Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, 50 Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (1968) 167; Gutachten (*Melichar*), Referate (*Adamovich* und *Stohanzl*) sowie Diskussion am 4. ÖJT 1970 zum Thema „Von der Gewaltentrennung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiete des Strafrechtes“, I/1 und II/1; *Schantl - Welan*, Betrachtungen über die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Menschenrechtskonvention (Slg. 1968), ÖJZ 1970, 617; 647; *Walter*, Verfassungsrechtliche Aspekte einer Reform des Verwaltungsstrafverfahrens, Attersee-Konferenz der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission (1971) 25; *Klecatsky*, Europäische Menschenrechtskonvention und unser Verwaltungssystem, Stb. 1972/23, 1; 24, 2; 25, 2; *Pahr - Machacek*, Die MRK und das Verwaltungsverfahren, AnwBl. 1972, 224; *Novak*, Erfordernisse der Zusammensetzung der Landesgrundverkehrsbehörden und der Agrarsenate gemäß Art. 6 Abs. 1 MRK, ÖZW 1974, 85; *Rosenzweig*, Menschenrechte und Verwaltungsgerichtshof, AnwBl. 1974, 71; *Ponzer*, Kollegialbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG und Europäische Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1975, 113; *Hinterauer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit gestern und morgen, Stb. 1976/21, 1; 22, 2; *Lothessen*, Reform des Verwaltungsstrafrechtes, Referat auf der ARBO-Arbeitsstagung, Verkehrsrecht des ARBÖ 27-28 (1976) 1; *Ringhofer*, Der Sachverhalt im verwaltungsgerichtlichen Bescheidprüfungsverfahren, in: FSVwGH (1976) 351; *Pernthaler*, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag (1977); *Groiss - Schantl - Welan*, Art. 6 MRK und die Entscheidung zivilrechtlicher Ansprüche durch Verwaltungsbehörden. Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit (Slg. 1974), ÖJZ 1978, 119; *Th. Herzog*, Das österreichische Heeresdisziplinarrecht im Lichte des Engel-Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, EuGRZ 1978, 537; *Zeißl*, Die Stellung des Nachbarn im baubehördlichen Bewilligungsverfahren im Lichte des Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖGZ 1978, 442; *Ermacora*, Die Partei und ihre Rechte im Verwaltungsstrafverfahren, in: *Melichar* (Hrsg.), Rechtsfragen des Verwaltungsverfahrens (1979) 25; *Schantl - Schweinester*, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Sinne des Artikel 6 Absatz 1 MRK, AnwBl. 1979, 524; *Zeißl*, Nachbarschutzbezogene Einflüsse des Art. 6 Menschenrechtskonvention auf Baurecht und verwandte Rechtsbereiche in vergleichender Betrachtung, ÖGZ 1979, 170; *Hinterauer*, Ist der Verwaltungsgerichtshof an den von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalt gebunden? AnwBl. 1980, 15; *Ballon*, Die Zulässigkeit des Rechtswegs (1980) 25 ff.; *Kopetzki*, Neue Aspekte des Art. 6 MRK für Österreich, JBl. 1981, 468; *ders.*, Zur Anwendbarkeit des Art. 6 MRK im (österreichischen) Verwaltungsstrafverfahren, ZaöRV 1982, 1.

IV. ART. 5 EMRK UND DIE FREIHEITSENTZIEHENDEN MASSNAHMEN DES VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHTS

Ermächtigungen zu verwaltungsbehördlichem Freiheitsentzug finden sich in verschiedenen Vorschriften des besondern Verwaltungsrechts.³⁶ Darüber hinaus kennen die Verfahrensgesetze der Verwaltung Formen des Freiheitsentzuges, die den Behörden im Rahmen der Anwendbarkeit des jeweiligen Verfahrensgesetzes weitreichende Eingriffsmöglichkeiten in das Rechtsgut der persönlichen Freiheit eröffnen. Nur von diesen soll hier die Rede sein.

1. Verwaltungsfreiheitsstrafen

Die *endgültige Verhängung* von *Freiheitsstrafen* durch *Verwaltungsbehörden* gehört zu den meistumstrittenen Be-

sonderheiten des österreichischen Verwaltungssystems.³⁷ Derartige Bestimmungen enthalten das *VStG*,³⁸ das *FinStG*³⁹ und das *Heeresdisziplinargesetz* (HDG).⁴⁰ Da Verurteilungen zu Haftstrafen gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK nur durch unabhängige Tribunale, nicht aber durch weisungsgebundene Verwaltungsbehörden zulässig sind, hat Österreich zu Art. 5 den eingangs wiedergegebenen *Vorbehalt* abgegeben, wonach die Bestimmungen des Art. 5 „mit der Maßgabe angewendet werden, daß die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, BGBl. Nr. 172/1950, vorgesehenen Maßnahmen des Freiheitsentzuges unter der in der österreichischen Bundesverfassung vorgesehenen nachprüfenden Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof oder den Verwaltungsgerichtshof unberührt bleiben.“

Fest steht zunächst, daß dieser Vorbehalt *alle Freiheitsstrafen* erfaßt, die nach dem *VStG* 1950 zu verhängen sind. Da das *VStG* das Strafmittel des Arrests nur allgemein regelt, hinsichtlich der einzelnen Straftatbestände aber auf die Verwaltungsvorschriften verweist,⁴¹ deckt der Vorbehalt über diesen Verweis auch alle Normen des *materiellen* Verwaltungsrechts, die nach dem *VStG* zu vollziehende Verwaltungsfreiheitsstrafen vorsehen.⁴² Eine Einschränkung ergibt sich nur aus Art. 64 EMRK, der Vorbehalte lediglich hinsichtlich zur Zeit der Vorbehaltserklärung bereits geltender Gesetze zuläßt und daher nahelegt, im Sinne einer konventionkonformen Auslegung jene Strafbestimmungen vom Geltungsbereich des Vorbehalts auszuschließen, die *nach* diesem Zeitpunkt (3. 9. 1958) in Kraft traten. Bloße Neufassungen werden als zulässig angesehen, solange der ursprünglich vorbehaltene Bereich nicht nachträglich erweitert wird.⁴³

Auch Art. 5 Abs. 4 wird vom Vorbehalt insofern modifiziert, als der Anspruch auf ehetunliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Haft wegen der gegen alle Strafbescheide gegebenen Beschwerdemöglichkeit an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts als erfüllt zu gelten hat.⁴⁴

Als weitaus kontroversieller erwies sich die Beurteilung der Zulässigkeit einer Haftverhängung durch die *Finanzbe-*

³⁶ Vgl. z. B. die Schubhaft gem. § 5 Fremdenpolizeigesetz, die Anhaltung Geisteskranker gem. § 49 Krankenanstaltengesetz, die Unterbringung Minderjähriger zum Zwecke der Fürsorgeerziehung gem. § 29 Jugendwohlfahrtsgesetz, die Absonderung Kranker gem. § 7 Epidemiegesetz u. a. m.

³⁷ In der Frage, ob eine Abschaffung der Verwaltungsfreiheitsstrafen rechtspolitisch wünschenswert wäre, gehen die Meinungen auseinander; auch die Einführung einer Höchstgrenze für Freiheitsstrafen wird diskutiert. Vgl. m. w. N. *Walter - Mayer - Stadlmayer*, Wie soll der allgemeine Teil des Verwaltungsstrafrechtes gestaltet werden? 7. ÖJT 1979, II/5, 5 (26 ff.).

³⁸ §§ 11 ff. *VStG*. Wird auf eine Geldstrafe erkannt, so ist gem. § 16 *VStG* für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen gilt für die Strafbemessung das Kumulationsprinzip.

³⁹ § 15 *FinStG*, BGBl. 1958/129 i. d. F. BGBl. 1975/381 (bis höchstens 3 Monate).

⁴⁰ § 17 Abs. 3 HDG, BGBl. 1956/151 i. d. F. 1975/169 (Ordnungshaft); § 76 HDG (Disziplinarhaft und -arrest).

⁴¹ § 10 *VStG*.

⁴² VfSlg. 3806/1960; EKMR Appl. 1047/61 (YB 1961, 356); VwGH E 11. 1. 1961, 1594/59.

⁴³ VfSlg. 8234/1978; EKMR Appl. 2432/65 (CD 22, 124); ähnlich VwSlg. 7227 A/1967. Im oben angegebenen Sinn auch das Rundschreiben des BKA-VD vom 6. 3. 1974, GZ 51.053-2c/74.

⁴⁴ Vgl. *Schantl - Welan*, Betrachtungen (FN 23) 619. Folgt man dem EGMR (*Landstreicherei-Urteil* v. 18. 6. 1971, Z. 76, EGMRE Band 3, 1 [30]), wonach diese Rechtmäßigkeitskontrolle eines Freiheitsentzuges schon in der rechtskräftigen Verurteilung durch das Gericht (d. h. wegen des Vorbehalts in Österreich auch: durch die Verwaltungsbehörde) enthalten ist (dazu kritisch *Trechsel*, Die Garantie der persönlichen Freiheit [Art. 5 EMRK] in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 514 [529]), so wäre es gar nicht erforderlich, den Vorbehalt gesondert auf Art. 5 Abs. 4 zu beziehen.

börden. Da das FinStG nicht zu den „Verwaltungsverfahrensgesetzen 1950“ zu zählen ist und eine finanzbehördliche Freiheitsstrafe auch nicht nach diesen Verfahrensgesetzen zu verhängen ist,⁴⁵ verneinte der VfGH ursprünglich eine Dekkung des FinStG durch den Vorbehalt.⁴⁶ Bald korrigierte der Gerichtshof jedoch seine Rechtsprechung und bezog den Vorbehalt auch auf die freiheitsentziehenden Maßnahmen des FinStG „mindestens soweit sie mit den in den Verwaltungsverfahrensgesetzen vorgesehenen übereinstimmen“.⁴⁷

Verwaltungsbehördliche Freiheitsstrafen kennt schließlich auch das *Heeresdisziplinarrecht*. Verstöße von Heeresangehörigen⁴⁸ gegen Dienst- und Standespflichten können unter anderem durch Ausgangsbeschränkung, Ausgangsverbot, Ordnungs- oder Disziplinarhaft bis zu 5 Tagen oder Disziplinararrest bis zu 14 Tagen geahndet werden. Bei der Ordnungs- und Disziplinarhaft wird der Betroffene während seiner dienstfreien Zeit, beim Disziplinararrest während der ganzen Strafdauer in einem Haftraum eingeschlossen. Nach den Kriterien des *Engel-Urteils* des EGMR⁴⁹ sind diese Haftstrafen – anders als bloße Ausgangsbeschränkungen⁵⁰ – als Freiheitsentzug zu qualifizieren,⁵¹ deren Verhängung durch Art. 5 Abs. 1 lit. a einem Tribunal vorbehalten ist. Das HDG scheint der EMRK zu widersprechen, da die Strafgewalt in erster und zweiter Instanz Verwaltungsorganen übertragen ist, denen die Unabhängigkeit fehlt.⁵² Dieser Mangel wird auch nicht dadurch aufgewogen, daß der Verurteilte Beschwerde vor VfGH und VwGH führen kann,⁵³ da eine Anrufung dieser in ihrer Entscheidungsbefugnis beschränkten Gerichte den Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Strafe nicht zwingend hemmt;⁵⁴ ebenso wenig sind die betreffenden Maßnahmen durch den Vorbehalt gedeckt: Die allein vorbehaltenen Verwaltungsverfahrensgesetze 1950 sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung im Disziplinarverfahren nicht anzuwenden.⁵⁵ Die Vereinbarkeit der Disziplinarfreiheitsstrafen des HDG mit den Art. 5 und 6 EMRK wurde bis heute weder vom VfGH noch von den Straßburger Instanzen überprüft;⁵⁶ die österreichische Literatur tendiert zu einer ablehnenden Haltung.⁵⁷

2. Verhaftungen im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens

Nach § 35 VStG ist eine Festnahme zur Sicherung des Verwaltungsstrafverfahrens bei Betretung auf frischer Tat bis zur Höchstdauer von 48 Stunden zulässig, wenn die Identität des Betroffenen nicht feststellbar ist, dieser die strafbare Handlung trotz Abmahnung fortsetzt oder Flucht- bzw. Wiederholungsgefahr besteht; jeder Festgenommene ist unverzüglich der (*Verwaltungs-*)behörde zu übergeben. Der Widerspruch zwischen dieser Bestimmung und Art. 5 Abs. 1 lit. c (Vorführung vor die zuständige *Gerichtsbehörde*) ist durch den Vorbehalt zu Art. 5 gedeckt.⁵⁸

Eine ähnliche Regelung trifft § 85 FinStG, der allerdings weiter gefaßte Haftgründe enthält; darüber hinaus ist im Finanzstrafverfahren – anders als nach dem VStG – die Verhängung einer Untersuchungshaft möglich.⁵⁹ Nach Auffassung des VfGH sind auch diese Freiheitsentziehungen vom Vorbehalt erfaßt, soweit sie mit Maßnahmen des VStG übereinstimmen,⁶⁰ was im Falle der Untersuchungshaft freilich nicht der Fall ist.⁶¹

Auch die in Art. 5 Abs. 2 bis 4 EMRK formulierten Rechte eines Festgenommenen⁶² scheint der VfGH – ohne dazu ausdrücklich Stellung zu nehmen – für das Verwaltungsstrafverfahren nicht gelten zu lassen.

3. Sonstige Freiheitsentziehende Maßnahmen im Verwaltungsverfahren

Weitere Maßnahmen des *Freiheitsentzuges* sind: die zwangsweise Vorführung einer geladenen Person (§ 19

AVG; § 43 VStG; §§ 105, 117 FinStG), Beugehaft bis zu vier Wochen (§ 5 VVG) sowie Ordnungs- und Erstwillensstrafen bis zu drei Tagen (§§ 34, 35 AVG). In den meisten beiden Fällen handelt es sich um reine Zwangsmittel ohne Strafcharakter,⁶³ die schon durch Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK ge-

⁴⁵ Art. II Abs. 5 EGVG.

⁴⁶ VfSlg. 4049/1961.

⁴⁷ VfSlg. 5021/1965. Vgl. die Hinweise auf die kritische Literatur in FN 60. Verneint man eine Subsumtion des FinStG unter den Vorbehalt, so wäre der Frage nachzugehen, ob die gem. § 66 FinStG eingerichteten weisungsfreien Spruch- und Berufungsenate einen den Art. 5 und 6 EMRK entsprechenden gerichtähnlichen Rechtsschutz verbürgen. Der VfGH hat in seinem Unterbrechungsbeschluß zu VfSlg. 5021/1965 die Qualifikation dieser Senate als Tribunale offengelassen.

⁴⁸ Freiheitsbeschränkende Maßnahmen können nur über Präsenzdiener mit Ausnahme von Offizieren verhängt werden; für Berufsoffiziere und zeitverpflichtete Soldaten sind andere Strafmittel vorgesehen.

⁴⁹ Urteil v. 8. 6. 1976 (EuGRZ 1976, 221).

⁵⁰ Vgl. dazu sowie zum folgenden ausführlich *Th. Herzog*, Das österreichische Heeresdisziplinarrecht im Lichte des Engel-Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, EuGRZ 1978, 537.

⁵¹ Um festzustellen, ob eine Disziplinarmaßnahme einen Freiheitsentzug i. S. d. EMRK darstellt, berücksichtigte der EGMR eine Reihe von Umständen wie Art, Dauer, Wirkung und Modalitäten der Vollstreckung (Z. 59, EuGRZ 1976, 224). Trotz der kurzen Dauer von drei Tagen sah der EGMR in einer Arreststrafe einen Freiheitsentzug, da die Betroffenen Tag und Nacht in einer Zelle eingeschlossen und von der Ableistung ihres üblichen Dienstes ausgeschlossen waren (Z. 63). Vgl. zum gesamten Problembereich umfassend *Stein*, Wehrdisziplinarrecht vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1976, 285; *Triffterer*, Zur Einschränkung der Menschenrechte und zur Anwendbarkeit von Verfahrensgrundsätzen bei freiheitsbeschränkenden Disziplinarmaßnahmen in „besonderen Gewaltverhältnissen“, EuGRZ 1976, 363; *Triffterer – Binner*, Zur Einschränkung der Menschenrechte und zur Anwendbarkeit strafprozessualer Verfahrensgarantien, EuGRZ 1977, 136.

⁵² Dieselben Bedenken bestehen auch hinsichtlich Art. 6 Abs. 1.

⁵³ So allerdings der VfGH in Zivilsachen (unten VI). Im Zusammenhang mit dem HDG wird diese These auch nicht vertreten.

⁵⁴ Vgl. unten VI.2.

⁵⁵ Art. II Abs. 6 lit. c EGVG.

⁵⁶ Ein Verfahren zu dieser Frage ist vor dem VfGH anhängig (B 270, 271/82).

⁵⁷ *Th. Herzog*, Heeresdisziplinarrecht (FN 50); *Walter – Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁴ (1982) 387 (zu Art. 6 EMRK).

⁵⁸ VfSlg. 8654/1979.

⁵⁹ § 86 FinStG.

⁶⁰ VfSlg. 5021/1965. Diese Auffassung wird von der Literatur überwiegend abgelehnt: *Schantl – Welan*, Betrachtungen (FN 23) 623; *Walter*, Verfassungsrechtliche Aspekte einer Reform des Verwaltungsstrafverfahrens, in: Ausgewählte Vorträge der Attersee-Konferenz der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission (1971) 25 (33); *Ermacora*, Die Rechtsprechung österreichischer Gerichte zur Europäischen Menschenrechtskonvention; in: Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (1968) 167 (183).

⁶¹ Diese vom VStG abweichenden Bestimmungen des FinStG sind daher auch nach der Judikatur des VfGH – ausdrücklich stellte sich diese Frage noch nicht – als verfassungswidrig anzusehen.

⁶² Recht auf Information betreffend Festnahmegrund und Beschuldigung (Art. 5 Abs. 2 EMRK – § 36 VStG sieht lediglich vor, den Beschuldigten „zu vernehmen“); Vorführung vor einen Richter oder einen zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten und Anspruch auf Aburteilung in angemessener Frist oder Entlassung (Art. 5 Abs. 3 – § 36 VStG sieht die unverzügliche Vorführung sowie die Entlassung binnen 48 Stunden zwingend vor); ehetunliche Rechtmäßigkeitskontrolle der Haft durch ein Gericht (Art. 5 Abs. 4 – die Rechtmäßigkeit einer Verhaftung ist vom VfGH zu prüfen; vgl. auch FN 44).

⁶³ Vgl. z. B. § 5 Abs. 2 VVG, wonach ein Zwangsmittel nicht mehr zu vollziehen ist, sobald der Verpflichtung entsprochen ist.

rechtfertigt sind.⁶⁴ Sehr zweifelhaft scheint dies hingegen bei den Ordnungs- und Mutwillensstrafen, deren pönale Komponente nicht zu übersehen ist und die deshalb als Haft im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a anzusehen sind.⁶⁵ Durch den Vorbehalt zu Art. 5 sind allerdings auch diese Maßnahmen verfassungsrechtlich abgesichert.

V. DER ANWENDUNGSBEREICH DES ART. 6 EMRK IM VERWALTUNGSVERFAHREN

1. Zivilsachen

a) Grundzüge der Rechtsprechung

Mit zwei grundlegenden Erkenntnissen des VfGH aus 1965 vollzog sich jener Wandel von einem – noch von der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme vertretenen – formalorganisatorischen, auf das Justizverfahren beschränkten Begriff der „zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen“ zu einem materiellen Begriffsverständnis, das eine Anwendung des Art. 6 Abs. 1 im Verwaltungsverfahren überhaupt erst ermöglichte.⁶⁶ Zur inhaltlichen Abgrenzung dieses Zivilrechtsbegriffs griff der VfGH auf den Begriff der „bürgerlichen Rechtssachen“ und damit auf die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht im Sinne der Subjektstheorie zurück.⁶⁷ Danach wäre eine Anwendung des Art. 6 EMRK dann ausgeschlossen, wenn in einem Rechtsstreit ein mit Hoheitsgewalt ausgestattetes Rechtssubjekt in Ausübung dieser Hoheitsgewalt tätig wird.⁶⁸ Auf der Grundlage dieser Auslegung zählte der VfGH die den Verfahren VfSlg. 5100/1965 und 5102/1965 zugrunde liegenden Schadenersatzansprüche zu den Zivilsachen i. S. d. Art. 6.⁶⁹ Obwohl es der VfGH offen ließ, ob und inwieweit dem Begriff des Zivilrechts in Art. 6 Abs. 1 ein über bürgerliche Rechtssachen hinausgehender Inhalt zukommt, blieb die Anwendung des Art. 6 in der Folge auf Privatrechtssachen im erwähnten Sinn beschränkt.⁷⁰

Zu einer neuen Sicht des Art. 6 führte erst das *Ringeisen-Urteil* des EGMR. Der Gerichtshof hatte die Einhaltung des Art. 6 Abs. 1 in einem österreichischen Verwaltungsverfahren zu prüfen, in welchem es um öffentlichrechtliche Beschränkungen des landwirtschaftlichen Grundverkehrs ging: Im Interesse eines lebensfähigen Bauernstandes wird durch die Grundverkehrsgesetze der Länder der Erwerb bestimmter Rechte, insb. der Eigentumserwerb an Grundstücken, einer behördlichen Genehmigung unterworfen. Die Versagung der Genehmigung hat i. d. R. die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge; nach der damaligen Judikatur des VfGH fielen solche Verfahren in den Bereich des öffentlichen Rechts und daher nicht unter Art. 6. Zum gleichen Ergebnis gelangte die Mehrheit der EKMR.⁷¹ Anders der EGMR:

„Damit Art. 6 Abs. 1 auf einem Streitfall Anwendung findet, ist es nicht erforderlich, daß beide Parteien des Rechtsstreites Privatpersonen sind, wie die Mehrheit der Kommission und die Regierung meinen. Die Textauffassung des Art. 6 Abs. 1 geht viel weiter; der französische Wortlaut ‚contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil‘ erfaßt jedes Verfahren, dessen Ausgang für Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur entscheidend ist.“⁷²

Dieser Begriffsbestimmung folgend unterwarf der EGMR das grundverkehrsbehördliche Verfahren den Maßstäben des Art. 6 Abs. 1; der VfGH schloß sich in VfSlg. 7099/1973 dieser Auslegung an.

Die Auswirkungen des Ringeisen-Urteils auf die österreichische Rechtsprechung blieben nicht auf Angelegenheiten des Grundverkehrs beschränkt. Bereits in VfSlg. 7284/1974 ging der VfGH von seiner früheren Ansicht ab und erklärte Art. 6 Abs. 1 auch im *agrарbehördlichen Zusammenlegungsverfahren* für anwendbar.⁷³ Solche Verwaltungsverfahren bewirken eine Neuordnung der rechtlichen Verhältnisse an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und dienen der Herbeiführung sinnvoller Agrarstruktu-

ren („Bodenreform“). Die Eigentümer jener Grundstücke, die in das Verfahren der Grundstückszusammenlegung einbezogen wurden, werden durch gleichwertige Grundstücke entschädigt.

Mit VfSlg. 7099/1973 und 7284/1974 hatte der VfGH den Zivilrechtsbegriff des EGMR grundsätzlich rezipiert, ohne jedoch die alte, an der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht orientierte Begriffsbestimmung zur Gänze aufzugeben. So knüpfte der VfGH in seiner nachfolgenden Judikatur wiederholt an seine frühere Auffassung an und lehnte eine Anwendung des Art. 6 im Verwaltungsverfahren mit der Begründung ab, es handle sich um „öffentlich-rechtliche Ansprüche“.⁷⁴ Nicht unter Art. 6 EMRK fallen demnach Abgabenangelegenheiten (VfSlg. 7492/1975, 7612/1975, 8112/1977), das Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht (VfSlg. 8856/1980), die Abnahme des Führerscheins (VfSlg. 8669/1979), die Verhängung eines Aufenthaltsverbotes (VfSlg. 7608/1975, 8996/1980), Anrainerrechte im baupolizeilichen Verfahren (E 2. 10. 1981, B 480/78) sowie Ansprüche auf eine Beschädigtenrente nach dem Kriegsopferversorgungsgesetz (VwGH E 28. 10. 1981, 2488/76).

b) Aktuelle Abgrenzungsprobleme

Der *extensive Zivilrechtsbegriff* des EGMR fand nicht nur zahlreiche Kritiker,⁷⁵ er bot österreichischen Juristen auch Anlaß, eine Unterwerfung weiterer Bereiche des Verwaltungs-

⁶⁴ „Zur Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung“. Vgl. R. Herzog, Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AÖR 1961, 194 (217 f.). Keine Bedenken hatte auch der VwGH (VwSlg. 8378 A/1973).

⁶⁵ Als Tatbestände sind Störung einer Amtshandlung, Anstandsverletzung, beleidigende Schreibweise, mutwillige Inanspruchnahme der Behörde und Abgabe unrichtiger Angaben in Versprechungsabsicht genannt (§§ 34f. AVG). Die Haftstrafen stellen wegen des Vollzugs in einem geschlossenen Arrestlokal (§ 36 Abs. 1 AVG i. V. m. § 12 VStG) trotz ihres disziplinarischen Charakters einen Freiheitsentzug i. S. d. Art. 5 EMRK dar.

⁶⁶ VfSlg. 5100, 5102/1965. Beiden Verfahren lagen im Hinblick auf Art. 6 vergleichbare Sachverhalte zugrunde. Im einen Fall ging es um Streitigkeiten zwischen Privaten betreffend den Ersatz für Wildschäden, zu deren Entscheidung nach dem burgenländischen Jagdgesetz in erster und in zweiter Instanz eine Verwaltungsbehörde zuständig war. Im zweiten Fall ging es um Ersatzansprüche gegen die Republik Österreich für Schäden durch die nationalsozialistische Besatzung, welche ebenfalls von einer Verwaltungsbehörde zu entscheiden waren.

⁶⁷ Zum Begriff der „bürgerlichen Rechtssachen“ (§ 1 Jurisdiktionsnorm) vgl. § 1 ABGB: „Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privatrechte und -Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Recht in demselben aus.“

⁶⁸ In diesem Sinn etwa VfSlg. 6134/1970: „Öffentlich-rechtliche Beschränkungen des landwirtschaftlichen Grundverkehrs sind nämlich keine bürgerliche Rechtssache. Es handelt sich nicht um Privat-Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich“ (§ 1 ABGB), sondern um Rechte und Pflichten der Allgemeinheit gegenüber.“

⁶⁹ Zur Frage der Einhaltung des Art. 6 in diesen Verfahren vgl. unten VI.1.

⁷⁰ Die Anwendbarkeit des Art. 6 wurde *verneint* bei Steuersachen (VfSlg. 4868/1964), baupolizeilichen Verpflichtungen (VfSlg. 6911/1972), Patent- (VfSlg. 5684/1968) und Markenschutzsachen (VfSlg. 6490/1971), grundverkehrs- (VfSlg. 6134/1970) und agrarbehördlichen Verfahren (VfSlg. 5666/1968).

⁷¹ ECHR Series B, Vol. 11, 69 ff.

⁷² Z. 94 (EGMRE Band 3, 94 f.).

⁷³ Anders zum Agrarverfahren noch VfSlg. 5666, 5741/1968, 5943, 6044/1969. Für eine Anwendung des Art. 6 Abs. 1 auch die EKMR: Appl. 6837/74, Decisions and Reports (im folgenden: DR) 3, 135; 7620/76 (DR 11, 156); 8255/78 (ÖJZ 1982, 129).

⁷⁴ Vgl. VfSlg. 7226/1973, 8512/1979, E 2. 10. 1981, B 480/78.

⁷⁵ Für viele Matscher, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 1980, 1 (7 f.).

rechts unter die Verfahrensgarantien des Art. 6 zu fordern, da formell verwaltungsbehördliche Erledigungen in erheblichem Umfang durch die Tendenz charakterisiert sind, auf privatrechtliche Positionen „entscheidend“ bzw. „maßgebend“ einzuwirken.⁷⁶ Beispiele für solche Verwaltungsakte ließen sich in beliebiger Zahl anführen. Hier soll nur auf einige typische Fälle hingewiesen werden, die in der Straßburger Praxis oder der Literatur bisher erörtert wurden. Erkenntnisse österreichischer Höchstgerichte liegen hiezu – von den oben unter a) angeführten abgesehen – nur ganz vereinzelt vor; es wäre verfrüht, aus diesen eine generelle Linie ableiten zu wollen.

aa) Das Urteil des EGMR im Fall *König*⁷⁷ machte die Garantien des Art. 6 Abs. 1 für Verfahren fruchtbar, mit denen *Berufsausübungsrechte* freier Berufe entzogen werden, da es sich um Tätigkeiten auf der Grundlage privater Verträge handle. Im Anschluß an dieses Urteil erklärte der EGMR Art. 6 Abs. 1 auch in einem Disziplinarverfahren gegen Ärzte für anwendbar, das zur Verhängung befristeter Berufsverbote geführt hatte.⁷⁸ Für Österreich ergeben sich daraus neue Aspekte, da der VfGH bis heute jede Überprüfung von Disziplinarverfahren anhand des Art. 6 ablehnte.⁷⁹ Auch nach der Straßburger Praxis bleiben allerdings Disziplinarverfahren gegen nicht-freiberuflich Tätige wie z.B. Beamte,⁸⁰ sowie Verfahren, die zu einer Ermahnung oder Geldstrafe führen, ohne die Berufsausübung als solche zu berühren,⁸¹ von Art. 6 unberührt.

Aus den gleichen Argumenten wie hinsichtlich der Disziplinarverfahren scheint sich die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 in Verfahren zu ergeben, mit denen *Ausübungsbe-rechtigungen* entzogen werden, wie z.B. der Entzug der Gewerbeberechtigung oder der Widerruf der Befugnis zur Ausübung des Wirtschaftstreuhänderberufs;⁸² von der EKMR wurde dies in vergleichbaren Fällen bejaht.⁸³

bb) Einen besonders schweren Eingriff hoheitlicher Verwaltung in Privatrechte stellt die *Enteignung* dar. Obwohl zu dieser Frage kein Erkenntnis des VfGH vorliegt, kann die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 im Enteignungsverfahren nicht zweifelhaft sein.⁸⁴ Dies ist für Österreich deshalb von Bedeutung, weil die Verfügung der Enteignung regelmäßig in die Kompetenz von Verwaltungsbehörden fällt;⁸⁵ nur für die Festlegung der Enteignungsschädigung sind in verschiedenen Enteignungsbestimmungen Formen gerichtlicher Kontrolle vorgesehen.⁸⁶

cc) Eine Grenze der Anwendbarkeit des Art. 6 ist erreicht, wenn der Gegenstand der verwaltungsbehördlichen Entscheidung gar kein bestehendes (sondern ein bloß *mög-liches*) Privatrecht darstellt;⁸⁷ auch das Ausmaß der Beeinträchtigung eines Privatrechts muß einen bestimmten Grad erreichen: Nach VfSlg. 7492/1975 genügt es nicht, wenn der Ausgang eines Verfahrens für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen „von Bedeutung“ ist, solange der behördliche Anspruch nicht „entweder unmittelbar solche Rechte und Verpflichtungen zum Gegenstand hat oder weil er rechtliche Voraussetzungen für die Wirksamkeit solcher Rechte und Verpflichtungen betrifft“. Eine ähnlich einschränkende Formulierung enthält das *Le Compte-Urteil* des EGMR.⁸⁸

Fraglich ist, ob dieser Ausschluß aller „mittelbarer“ Wirkungen auf Privatrechte alle sogenannten Tatbestandswirkungen von verwaltungsbehördlichen Bescheiden⁸⁹ betrifft, die sich nicht direkt aus dem Inhalt des Spruches ergeben, sondern daraus, daß eine Norm des Privatrechts an einen Verwaltungsakt anknüpft und diesem dadurch mittelbar privatrechtliche Relevanz verleiht.⁹⁰ Die Einbeziehung dieser Tatbestandswirkungen, die angesichts der Verflechtung des öffentlichen und privaten Rechts jedem Bescheid potentiell anhaftet, hätte zur Folge, daß letztlich jeder Verwaltungsakt als „zivilrechtlich“ i. S. d. Art. 6 anzusehen wäre. Eine solche Auslegung würde, dem angloamerikanischen Verständ-

nis von „civil rights“ zuneigend, den Kreis der erfaßten Fälle auf „individuelle Rechtssachen“ schlechthin erweitern.⁹¹

⁷⁶ Vgl. R. Novak, Erfordernisse der Zusammensetzung der Landesgrundverkehrsbehörden und der Agrarsenate gemäß Art. 6 Abs. 1 MRK, ÖZW 1974, 85 (92); Perntaler, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag (1977) 71.

⁷⁷ Urteil v. 28. 6. 1978 (EuGRZ 1978, 406).

⁷⁸ Le Compte-Urteil v. 23. 6. 1981 (EuGRZ 1981, 551).

⁷⁹ Ständige Rechtsprechung seit VfSlg. 4710/1964, allerdings gestützt auf eine Auslegung des Strafrechtsbegriffs in Art. 6. Ebenso die frühere Praxis der EKMR (unten FN 92). Noch in Appl. 7843/77 (u. ö.) lehnte die EKMR die Anwendung des Art. 6 auf ein Disziplinarverfahren gegen einen österreichischen Notar (Suspendierung vom Dienst) ab, doch liegt diese Entscheidung zeitlich noch vor dem König-Urteil. Zu alledem Kopetzki, Neue Aspekte des Art. 6 MRK für Österreich, JBl. 1981, 468.

⁸⁰ EKMR Appl. 9501/81 (EuGRZ 1982, 60; Entlassung aus dem öffentlichen Dienst); ebenso 8686/79 (EuGRZ 1982, 307); 8185/78 gegen Österreich (EuGRZ 1982, 306; Versetzung in den Ruhestand). In diesem Sinn auch das deutsche BVerwG, NJW 1983, 531.

⁸¹ EKMR Appl. 8249/78 (DR 20, 40; Ermahnung).

⁸² Zurückhaltend allerdings VfSlg. 9267 A/1977 (Entzug der Gewerbeberechtigung ist keine Strafe i. S. d. Art. 7); ähnlich VwGH E 20. 4. 1977, 2205/76 (ZfVB 1977/5/1846) zum Widerruf der Ausübungsbefugnis für Wirtschaftstreuhänder.

⁸³ Appl. 8901/80 (EuGRZ 1982, 307; Recht auf Fortführung des Berufs eines Gastwirts); 8848/80 (EuGRZ 1982, 207; Rücknahme der Erlaubnis zur Führung einer Tankstelle); Bericht 7598/76 (EuGRZ 1982, 532; Beschränkung einer Versicherungstätigkeit).

⁸⁴ Davon geht auch der VfGH aus, wenn er in VfSlg. 7284/1974 die Anwendung des Art. 6 im Zusammenlegungsverfahren bejaht. Bejahend auch VwGH E 19. 6. 1979, 267/77 (ZfVB 1980/3/909); EKMR Appl. 7987/77 gegen Österreich (DR 18, 31 [42 ff.]; nur zum Entschädigungsverfahren); Gutknecht, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1982, 58 (60); a. M. Raschauer, Namensrecht (1978) 58.

⁸⁵ Vgl. z. B. § 17 Eisenbahnteilungsgesetz 1925 subsidiär für alle Enteignungen heranzuziehen, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

⁸⁶ Vgl. § 22 Eisenbahnteilungsgesetz (gerichtliche Entscheidung im Außerstreitverfahren), § 16 Bodenbeschaffungsgesetz (sukzessive Zuständigkeit von Gerichten).

⁸⁷ Verfahren, in denen es um die Entstehung eines Rechts bzw. die Erteilung einer Berechtigung geht, fallen folglich nicht unter Art. 6; geschützt ist nur der Entzug bzw. die Beeinträchtigung bereits bestehender Rechte: VfGH E 1. 10. 1981, B 5/81 unter Berufung auf das König-Urteil. In diesem Sinn beurteilte auch die EKMR einen Streit um die Eintragung eines Patents „as an essentially administrative matter which is outside the scope of Article 6“ (Appl. 7830/77 gegen Österreich, DR 14, 200 [202]), während ein Verfahren betreffend die Gültigkeit eines Patents dem Art. 6 unterliegt (Appl. 5460/72, YB 1973, 152 [166]).

⁸⁸ Z. 47 (EuGRZ 1981, 552). Vgl. auch EKMR Appl. 8834/79, 8782/79 (EuGRZ 1982, 547; Bericht 7598/76 (DR 21, 5 = EuGRZ 1982, 532). Insb. Verfahren in Abgabensachen werden regelmäßig nicht als „zivilrechtlich“ eingestuft: VfSlg. 7492, 7612/1975, 8512/1979; EKMR Appl. 2717/67 (YB 1970, 176 [198]); 7287/75 gegen Österreich (DR 13, 27; Zoll); 8903/80 gegen Österreich (EuGRZ 1982, 309; Rückforderung von Ausfuhrvergütungen).

⁸⁹ Dazu Antonioli, Verwaltungsrecht (FN 7) 215; Walter – Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts² (1980) 151.

⁹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang die Frage der Anwendung des Art. 6 im Betriebsanlagenehmigungsverfahren, die von der Literatur überwiegend bejaht wird, da § 364a ABGB die Geltung des allgemeinen Nachbarrechts bei behördlich genehmigten Anlagen einschränkt und dem durch Immissionen beeinträchtigten Nachbarn die Möglichkeit einer Unterlassungsklage nimmt (dazu Zeißl, Nachbarschutzbezogene Einflüsse des Art. 6 Menschenrechtskonvention auf Baurecht und verwandte Rechtsbereiche in vergleichender Betrachtung, ÖGZ 1979, 170). Vgl. allerdings auch EKMR Appl. 7443/76 (DR 8, 216) und Peukert, Die Garantie des „fair trial“ in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 247 (253).

⁹¹ In diese Richtung Klecatsky, Was verlangt der Rechtsstaat heute? ÖJZ 1967, 113 (116).

2. Strafsachen

a) Disziplinarstrafverfahren

Unter Berufung auf die gleichlautende Praxis der EKMR⁹² lehnte der VfGH in ständiger Rechtsprechung eine Anwendung des Art. 6 in *Disziplinarstrafverfahren* generell ab; der Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ in Art. 6 Abs. 1 beziehe sich nur auf das „Strafrecht im engeren und eigentlichen Sinn“, nicht aber auf die Ahndung von Verstößen gegen Standes und Berufspflichten.⁹³ Zwei Urteile des EGMR schufen für die Beurteilung von Disziplinarstrafverfahren im Lichte des Art. 6 neue Kriterien.

Das *Engel-Urteil*⁹⁴ hielt zwar grundsätzlich am nicht-strafrechtlichen Charakter von Disziplinarsachen fest, forderte aber dennoch die Garantien des Art. 6 für schwere freiheitsentziehende Maßnahmen im *Heeresdisziplinarbereich*. Zum Strafrechtlichen zählte der EGMR *jeden Freiheitsentzug*, der – unabhängig von der innerstaatlichen Zuordnung zum Disziplinarrecht – nach Art, Dauer oder Art und Weise der Vollstreckung einen wesentlichen Nachteil verursachen kann.⁹⁵

Das österreichische Heeresdisziplinarrecht verweist die Ahndung schwerer Delikte in die Zuständigkeit der Gerichte,⁹⁶ doch können für weniger schwerwiegende Pflichtwidrigkeiten Freiheitsstrafen nach dem HDG auch vom militärischen Vorgesetzten – einem Verwaltungsorgan – verhängt werden.⁹⁷ Die aus diesem Grund von der Literatur bejahte Anwendbarkeit des Art. 6 im Heeresdisziplinarverfahren⁹⁸ wirft vergleichbare verfassungsrechtliche Probleme auf, wie sie im Zusammenhang mit Art. 5 schon angedeutet wurden.⁹⁹ Der VfGH hatte sich mit dieser Frage noch nicht zu befassen.¹⁰⁰

Auf das *Le Compte-Urteil* und die Möglichkeit einer Subsumtion von Disziplinarentscheidungen unter den Zivilrechtsbegriff des Art. 6 Abs. 1 wurde bereits hingewiesen.¹⁰¹ Im Hinblick auf Art. 6 können nunmehr je nach angedrohter Sanktion *drei Gruppen von Disziplinarverfahren* unterschieden werden: Verfahren, die zur Verhängung schwerer Freiheitsstrafen führen können (Heeresdisziplinarverfahren), gelten als „strafrechtlich“ und unterliegen allen Bestimmungen des Art. 6; unter Einhaltung lediglich des Art. 6 Abs. 1 zulässig sind Verfahren, deren Ausgang für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen entscheidend ist; Verfahren, auf die keine der genannten Voraussetzungen zutrifft, bleiben weiterhin außerhalb des Geltungsbereiches des Art. 6. Viele österreichische Autoren neigen allerdings dazu, schwere Disziplinarstrafen wie z.B. Berufsverbote wegen der existentiellen Bedeutung für den Betroffenen generell dem „Strafrecht“ i.S.d. Art. 6 zuzuordnen.¹⁰²

b) Verwaltungsstrafverfahren nach VStG und FinStG

Wie einleitend erwähnt bestanden zur Zeit der Ratifikation der Konvention verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit eines verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens nur hinsichtlich der Verhängung von Freiheitsstrafen und Art. 5 EMRK, nicht aber hinsichtlich Art. 6; der österreichische Vorbehalt zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen nimmt daher auch nur auf Art. 5 Bezug.¹⁰³ Erst später wurde – entsprechend einem materiellen Begriff der „*criminal charge*“ und der Subsumtion des Verwaltungsstrafverfahrens unter Art. 6 – deutlich, daß durch eine uneingeschränkte Geltung des Art. 6 dem Verwaltungsstrafverfahren die verfassungsrechtliche Grundlage entzogen wäre.¹⁰⁴ Schon diese ersten literarischen Stellungnahmen bereiteten die nachfolgende und bis heute beibehaltene Judikatur des VfGH vor, der durch eine großzügige und teleologisch orientierte Auslegung des *Vorbehaltes* zu Art. 5 das System des Verwaltungsstrafrechts als ganzes vom Anwendungsbereich des Art. 6 ausschloß.¹⁰⁵ In diesem Sinn heißt es erstmals in VfSlg. 5021/1965 zum Finanzstrafverfahren:

„Ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe durch eine Verwal-

tungsbehörde auf Grund des Vorbehaltes zu Art. 5 MRK möglich, so muß auch das Verfahren, das zu einer solchen Verurteilung führt, durch den Vorbehalt gedeckt sein.“

Blieb diese Ausdehnung des Vorbehalts auf Art. 6 noch auf die Verhängung von *Freiheitsstrafen* im *Finanzstrafverfahren* beschränkt, so übertrug die nachfolgende Rechtsprechung dieselbe Argumentation auch auf Verfahren nach dem VStG¹⁰⁶ sowie auf die Verhängung von *Geldstrafen*.¹⁰⁷ Lediglich eine „nachträgliche Erweiterung“ des vorbehaltenen Bereiches schloß der VfGH wegen der Bezugnahme des Art. 6 EMRK auf geltende Gesetze aus,¹⁰⁸ ohne in diesem

⁹² Appl. 734/60 (CD 6, 29; Beamte); 2793/66 (CD 23, 125; Rechtsanwälte); 4519/70 (u.ö.; Ärzte); 7843/77 (u.ö.; Notare).

⁹³ VfSlg. 4710/1964 (Beamte); 5033/1965, 5657/1968, 6239/1970, 7366/1974 (= EuGRZ 1975, 234), 7440/1974, 7645/1975, 8551, 8716/1979 (Rechtsanwälte); 6026/1969 (Ärzte); 7907/1976 (= EuGRZ 1977, 54; Universitätsassistenten). Nicht anders, wenn auch differenzierender, das schweizerische Bundesgericht v. 19. 7. 1976 (EuGRZ 1976, 306 [307]).

⁹⁴ FN 49.

⁹⁵ Im konkreten Fall qualifizierte der EGMR einen zweitägigen strengen Arrest zwar als Freiheitsentzug i.S.d. Art. 5 (Z. 63, EuGRZ 1976, 225), wegen der kurzen Dauer hingegen nicht als strafrechtlich i.S.d. Art. 6 (Z. 85, EuGRZ 1976, 233). „Strafe“ sei hingegen ein Arrest von 12 Tagen, da die theoretisch drohende Strafe wesentlich höher war und das Endergebnis „die Bedeutung dessen, was auf dem Spiel stand, nicht verringern“ kann.

⁹⁶ Vgl. das Militärstrafgesetz, BGBl. 1970/344 i. d. F. 1974/511.

⁹⁷ Vgl. oben IV.1.

⁹⁸ Z. B. *Th. Herzog*, Heeresdisziplinarrecht (FN 50).

⁹⁹ IV.1.

¹⁰⁰ VfSlg. 7907/1976 läßt allerdings erkennen, daß der VfGH bei freiheitsentziehenden Disziplinarstrafen zu einer Überprüfung seiner Rechtsprechung bereit wäre. Soweit ersichtlich, war das österreichische Heeresdisziplinarrecht auch noch nicht Gegenstand eines Verfahrens vor der EKMR.

¹⁰¹ V.1.b.

¹⁰² Vgl. z. B. *Ermacora*, Die Partei und ihre Rechte im Verwaltungsstrafverfahren, in *Melichar* (Hrsg.), Rechtsfragen des Verwaltungsstrafverfahrens (1979) 25 (29); *Matscher*, dissenting opinion zum *Le Compte-Urteil* des EGMR, in: EuGRZ 1981, 556. Nicht anders schon *Partsch*, Rechte (FN 31) 146.

¹⁰³ Zweifellos wollte man mit diesem Vorbehalt das gesamte Verwaltungsstrafsystem aufrechterhalten (vgl. *Pahr*, 2. ÖJT 1964, II/2, 93; *Schönfeld*, Polizeiliche Arreststrafen und die Konvention zum Schutze der Menschenrechte, Öffentliche Sicherheit 1960/12, 3).

¹⁰⁴ Erstmals *Hellbling*, Grenzen des Verwaltungsstrafrechtes, JBl. 1959, 252 (253).

¹⁰⁵ *Hellbling*, Grenzen (FN 104) 253: „Im Hinblick auf den von Österreich erklärten Vorbehalt bleibt das VStG durch diese Bestimmung unbeeinflusst.“; *ders.*, Die Menschenrechte und Grundfreiheiten, ÖJZ 1960, 281 (283): „Auf Grund dieses Vorbehalts müssen wohl die Verwaltungsverfahrensgesetze in ihrem gesamten Umfang als aufrecht erhalten angesehen werden.“ Bemerkenswerterweise gab es in Österreich – anders als in der BRD – nie ernsthafte Bestrebungen, das Verwaltungsstrafrecht durch den Nachweis eines „Wesensunterschiedes“ zum Justizstrafrecht vom Strafrechtsbegriff des Art. 6 auszunehmen, wogegen auch die zum Teil beträchtlichen Sanktionen des Verwaltungsstrafrechtes sprechen. In neuerer Zeit vereinzelt erkennbare Tendenzen, den Gedanken eines reinen Ordnungsrechts auf das Verwaltungsstrafrecht zu übertragen, um dadurch die Anforderungen des Art. 6 zu unterlaufen (dazu und zum vorigen *Kopetzki*, Zur Anwendbarkeit des Art. 6 MRK im [österreichischen] Verwaltungsstrafverfahren, ZaöRV 1982, 1 [21]), sind grundlegend verfehlt und wohl auch nur damit zu erklären, daß die bisher zur Deckung des Verwaltungsstrafrechtes herangezogene Vorbehaltsauslegung zunehmend an Überzeugungskraft verliert. Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 6 im deutschen Ordnungswidrigkeitsverfahren das vor dem EGMR anhängige Verfahren Öztürk gegen BRD, 8544/79 (EuGRZ 1983, 17).

¹⁰⁶ VfSlg. 6275/1970, 6552, 6577/1971, 7814/1976, 8234/1978, 8685/1979, 8900/1980, 9158/1981.

¹⁰⁷ Ständige Rechtsprechung seit VfSlg. 6275/1971. Zur Begründung stützt sich der VfGH auf einen Größenschluß (VfSlg. 8234/1978).

¹⁰⁸ Vgl. oben IV.1. und FN 43. Ein striktes Verbot der nachträglichen Schaffung neuer Verwaltungsstrafatbestände würde zu

Punkt allerdings strenge Maßstäbe anzulegen. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, daß der Vorbehalt zu Art. 5 bisher - von geringen Ausnahmen abgesehen - jede Anwendung der Art. 5 und 6 EMRK im Verwaltungsstrafverfahren verhinderte; nichts anderes gilt für das Finanzstrafverfahren, soweit das Verfahren jenem nach dem VStG vergleichbar ist.¹⁰⁹

Bemerkenswerterweise wurde diese verfassungsgerichtliche Judikatur in allen entscheidenden Fragen von der EKMR vorgezeichnet. Alle in Straßburg gegen österreichische Verwaltungsstrafen eingebrachten *Beschwerden* wurden mit dem Hinweis auf den Vorbehalt zu Art. 5 und den daraus hervorgehenden klaren Willen der österreichischen Bundesregierung bereits im Stadium der Zulässigkeitsprüfung als unzulässig *zurückgewiesen*.¹¹⁰ Allerdings hat die EKMR kürzlich die Möglichkeit einer Revision ihrer Praxis der Vorbehaltsauslegung angedeutet,¹¹¹ was für die Beurteilung des Verwaltungsstrafverfahrens unmittelbare Konsequenzen haben könnte. Umso größere Bedeutung wird man einem zur Zeit vor der EKMR anhängigen Beschwerdeverfahren gegen die Verhängung einer Geldstrafe durch eine österreichische Verwaltungsbehörde beimessen müssen.¹¹²

c) Aktuelle Abgrenzungsprobleme

Während die Subsumtion des Verwaltungsstrafverfahrens unter den Strafrechtsbegriff des Art. 6 vom VfGH nie in Zweifel gezogen wurde, *verneinte* er den strafrechtlichen Charakter von Verwaltungsverfahren neben den schon erwähnten Disziplinarverfahren überdies im Falle der Verhängung eines Aufenthaltsverbotes (VfSlg. 7608/1975, 8996/1980),¹¹³ eines Säumniszuschlages im Abgabenverfahren (VfSlg. 7492/1975), der Festsetzung von Abgaben (VfSlg. 4868/1964, 8512/1979)¹¹⁴ sowie der Abnahme des Führerscheins (VfSlg. 8669/1979). Auch der VwGH zählte verwaltungsbehördliche Maßnahmen wie z. B. den Entzug der Gewerbeberechtigung¹¹⁵ oder des Führerscheins¹¹⁶ nicht zu den „Strafen“ i. S. d. Konvention.

Als *Disziplinarmittel* anzusehen sind die Ordnungs- und Mutwillensstrafen des AVG,¹¹⁷ die der reibungslosen Abwicklung des Verwaltungsverfahrens dienen und die nach herrschender Auffassung keine „Strafen“ i. S. d. VStG sind.¹¹⁸ Zur Anwendbarkeit des Art. 6 bei der Verhängung solcher Disziplinarmaßnahmen im Verwaltungsverfahren liegt keine höchstgerichtliche Entscheidung vor;¹¹⁹ in Anlehnung an die Differenzierung zwischen Disziplinar- und Strafsanktionen, die der EGMR im Engel-Urteil erkennen läßt, wäre möglicherweise ein Ausschluß solcher Maßnahmen vom Geltungsbereich des Art. 6 vertretbar.¹²⁰ Bedenken wirft allerdings der Umstand auf, daß als Ordnungs- und Mutwillensstrafe auch die Verhängung einer mehrtägigen Haft in Frage kommt, die ausschließlich hinsichtlich des Art. 5, nicht aber des (wegen des Freiheitsentzuges zweifellos anzuwendenden) Art. 6 durch den österreichischen Vorbehalt zu Art. 5 gedeckt ist.¹²¹

VI. DIE ORGANISATIONSGARANTIEN DES ART. 6 EMRK

Während die skizzierte Auslegung des Vorbehalts des Verwaltungsstrafverfahrens vor jeder Überprüfung am Maßstab des Art. 6 schützte, führte die vom VfGH in *Zivilsachen* vielfach bejahte Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 zur Frage nach den Bedingungen eines konventionsgerechten Rechtsschutzes im Verwaltungsverfahren.

1. Art. 6 und nachprüfende Gerichtskontrolle

In zwei richtungweisenden Erkenntnissen (VfSlg. 5100, 5102/1965) entwickelte der VfGH die These, daß dem Art. 6 schon entsprochen sei, wenn nur „letzten Endes“ ein *Tribunal* i. S. d. Art. 6 Abs. 1 zur Entscheidung berufen ist. Wegen des verfassungsrechtlichen Verbots eines Instanzenzuges zwischen Verwaltungsbehörden und ordentlichen Gerichten¹²² stand allerdings von vornherein außer Zweifel, daß

diese „nachprüfende Kontrolle“ nur eine *verwaltungsgerichtliche* Kontrolle durch den VwGH und¹²³ VfGH sein kann. Mit dem Hinweis auf die beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entkräftete der VfGH in der Folge jeden Vorwurf einer Verletzung der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Garantien des Art. 6 Abs. 1 im Verwaltungsverfahren.¹²⁴ Nur in jenen Verfahren von unabhängigen Kollegialbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG, die im Regelfall *nicht* der Kontrolle durch den VwGH unterliegen, kam es zu einer unmittelbaren Prüfung des Verfahrens vor der Verwaltungsbehörde im Lichte des Art. 6.¹²⁵

Trotz berechtigter Skepsis gegen die Tragfähigkeit dieser These im Fall einer nur beschränkten Gerichtskontrolle (vgl. unten) verdient doch ein Aspekt der verfassungsgerichtlichen Argumentation hervorgehoben zu werden, der auch durch die jüngere Straßburger Praxis bestätigt wird, nämlich die grundsätzliche Vereinbarkeit eines *administrativen Verfahrens* in *Zivilsachen* mit Art. 6 Abs. 1. Diesen schon in dem unerwünschten Ergebnis führen, daß das Verwaltungsstrafrecht gerade dort konventionswidrig wäre, wo ihm eine bedeutende Funktion bei der Entkriminalisierung des Justizstrafrechts zukommt: Der Vorbehalt würde jede Übertragung der Ahndung von Delikten aus der Zuständigkeit der Gerichte in jene der Verwaltungsbehörden als unzulässige Erweiterung der Verwaltungsstrafatbestände verbieten.

¹⁰⁹ VfSlg. 5021/1965, 8111/1977. Die Vorbehaltsauslegung des VfGH fand in Österreich zahlreiche Kritiker; vgl. nur *Schantl - Welan*, Betrachtungen (FN 23) 619 ff. 652 ff.; *Ermacora*, Rechtsprechung (FN 60) 182 ff.; *Walter*, Aspekte (FN 60) 33 f.; *Kopetzki*, Anwendbarkeit (FN 105) 21 ff. Lediglich Art. 6 Abs. 2 hat der VfGH im Verwaltungsstrafverfahren vereinzelt herangezogen: VfSlg. 8483, 8505, 8519/1979; VfSlg. 8111/1979 (FinStG). Während der Drucklegung dieses Beitrages hat der VfGH wegen Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz und auf Art. 6 EMRK ein Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der §§ 82 - 92 FinStG eingeleitet (B 83/80-26 v. 11. 3. 83) - die Bereitschaft zum Überdenken der seit VfSlg 5021/1965 vertretenen Rechtsmeinung wird angedeutet. Dieser Beschluß wird demnächst in der EuGRZ veröffentlicht werden.

¹¹⁰ Appl. 1047/61 (YB 1961, 356) zu Art. 5; Appl. 1452/62 (YB 1963, 268) zur Ausdehnung auf Art. 6; Appl. 3923/69 (CD 37, 10) zur Ausdehnung auf Geldstrafen; Appl. 2432/65 (CD 22, 124) zum Verbot nachträglicher Erweiterung. Überdies Appl. 4002/69 (CD 37, 21); Appl. 6701/74 (DR 5, 69); Appl. 7529/76 (DR 7, 158).

¹¹¹ Appl. 8180/78 (EuGRZ 1979, 632), dazu *Kopetzki*, Anwendbarkeit (FN 105) 26.

¹¹² Appl. 8998/80 (X. gegen Österreich). Während der Drucklegung dieses Beitrags erklärte die EKMR am 3. 3. 1983 die Beschwerde teilweise wegen Unvereinbarkeit mit den Bestimmungen der Konvention, teilweise wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs für unzulässig.

¹¹³ Ebenso EKMR Appl. 7729/76 (DR 7, 164 [176]).

¹¹⁴ Ebenso EKMR Appl. 2145/64 (CD 18, 1 [8]).

¹¹⁵ VwSlg. 9267 A/1977 zu Art. 7.

¹¹⁶ VwGH E 21. 3. 1980, 1020/78 (ZfVB 1981/2/497).

¹¹⁷ Vgl. oben in und bei FN 65.

¹¹⁸ VwSlg. 8457 A/1973.

¹¹⁹ Unter Berufung auf die Rechtsprechung des VfGH in Disziplinarsachen hat der OGH kürzlich entschieden, daß die Ordnungsstrafgewalt des Gerichts im *Zivilprozeß* (§ 86 ZPO) nicht unter Art. 6 falle (Beschluß v. 16. 9. 1981, 5 Ob. 640/81 = EuGRZ 1982, 159). Auch die EKMR vertrat in Appl. 1307/61 (YB 1962, 230) die Ansicht, daß die Konvention die *gerichtliche* (!) Verhängung einer Mißbrauchsgebühr gegen Prozeßparteien nicht verbiete. Für die Zulässigkeit der Verhängung von Ordnungsstrafen durch *Verwaltungsbehörden* läßt sich daraus allerdings nichts gewinnen.

¹²⁰ Vgl. *Walter - Mayer*, Verwaltungsverfahrensr. (FN 89) 82.

¹²¹ Dazu oben IV.3. ¹²² Vgl. oben II..

¹²³ Der VfGH wies in VfSlg. 7099/1973 nachdrücklich auf das Erfordernis der Zuständigkeit *beider* Gerichtshöfe hin.

¹²⁴ Vgl. für viele VfSlg. 6936/1972, 7574/1975, 7764/1976, 8828/1980. Zu einer Beurteilung dieser in Österreich sehr umstrittenen Judikatur (zum Meinungsstand vgl. *Kopetzki*, Aspekte [FN 79] 471) durch die Straßburger Instanzen kam es bis heute nicht.

¹²⁵ Vgl. unten VI.3. .

den Urteilen Ringeisen, König¹²⁶ und Engel¹²⁷ erkennbaren Gedanken brachte der EGMR im *Le Compte-Urteil* deutlich zum Ausdruck:

„Wenngleich Art. 6 Abs. 1 das ‚Recht‘ auf ein ‚Gericht‘ gewährleistet (. . .), zwingt er doch die Vertragsstaaten nicht, die Untersuchung ‚zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen‘ auf jeder Verfahrensebene von ‚Gerichten‘ vornehmen zu lassen, die den verschiedenen Vorschriften dieses Artikels gerecht werden. Zwingende Gründe von Zweckmäßigkeit und Effektivität . . . können die vorherige Einschaltung von Verwaltungs- oder Standesorganen . . . rechtfertigen“.¹²⁸

Dieser Ansatz für eine Berücksichtigung eigenständiger Rechtsschutzfunktionen des Verwaltungsverfahrens rückt die Rechtsweggarantie des Art. 6 in ein neues Licht: Nicht die Übertragung aller Zivilsachen in die primäre Zuständigkeit der (ordentlichen) Gerichte ist, wie früher angenommen, die einzig konventionskonforme Alternative zum Verwaltungsverfahren, sondern eine dem funktionellen Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit auch im Hinblick auf Art. 6 gerecht werdende Ausgestaltung des *verwaltungsgewärtlichen Rechtsschutzes*^{128a} (vgl. unten 2). Soweit die Durchführung des Verwaltungsverfahrens ausnahmsweise unabhängigen Organen obliegt, sind die Garantien des Art. 6 im Prinzip schon auf der Verwaltungsebene erfüllbar (vgl. unten 3).

2. Umfang und Wirkung der verwaltungsgewärtlichen Kontrolle

Was die Beurteilung der *Grenzen* der österreichischen *Verwaltungsgewärtlichkeit* unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung des Art. 6 im Verwaltungsverfahren angeht, ist die Auffassung des VfGH in der Literatur *umstritten*:¹²⁹

- Die Entscheidung der letzten Verwaltungsinstanz wird *rechtskräftig*; schon zu diesem Zeitpunkt ist daher - vor jeder gerichtlichen Kontrolle - die Sache im Sinne des Art. 6 „entschieden“.¹³⁰ Da Beschwerden an VfGH und VwGH nur ausnahmsweise aufschiebende Wirkung zukommt,¹³¹ ist nicht auszuschließen, daß sich die gerichtliche Kontrolle auf einen bereits vollstreckten Bescheid bezieht.^{131a}

- Der VfGH ist nach Art. 144 B-VG nur zur Prüfung der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte zuständig.¹³² Der VwGH ist gem. § 41 VwGG an die Sachverhaltsermittlungen der Verwaltungsinstanzen gebunden.¹³³ Auch die vom VfGH angeregte konventionskonforme Handhabung des VwGG sprengt dieses Prinzip einer bloßen *Rechtskontrolle* nicht. Die Beweiswürdigung¹³⁴ bleibt in jedem Fall bei den Verwaltungsbehörden. Eine solche Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung wurde vom EGMR im *Le Compte-Urteil* als konventionswidrig abgelehnt.¹³⁵

- Die *Öffentlichkeit* und *Mündlichkeit* der Verfahren vor VfGH und VwGH kann in einer Vielzahl von Fällen ausgeschlossen werden, die über die Ermächtigung des Art. 6 Abs. 1 hinausgehen.¹³⁶

- Die Entscheidungen von VfGH und VwGH sind - sieht man von der Säumnisbeschwerde ab - *kassatorisch*. Auch die Bindung der Verwaltungsinstanzen an die Rechtsansicht des VwGH ändert nichts daran, daß die unmittelbare Sachentscheidung wie auch die Ausübung behördlichen Ermessens der Verwaltungsbehörde vorbehalten ist. Auch in dieser Frage ist die ablehnende Haltung in Straßburg nicht zu übersehen.¹³⁷

3. Verwaltungsbehörden als Tribunale

Neue Impulse für die Auslegung des Tribunalbegriffs des Art. 6 brachte wiederum das *Ringeisen-Urteil* des EGMR. Nach der Feststellung, daß das Verfahren vor der oberösterreichischen *Landesgrundverkehrsbehörde* für die privatrechtlichen Beziehungen des Beschwerdeführers entscheidend war und somit dem Art. 6 Abs. 1 unterliegt (vgl. oben

IV.1), stellte der EGMR zur Tribunalqualität dieser gem. Art. 133 Z. 4 B-VG eingerichteten Verwaltungsbehörde¹³⁸ fest, „daß die Landeskommission ein ‚Gericht‘ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Konvention ist, denn sie ist unabhängig von der Exekutive wie von den Parteien des Streitfalles, ihre Mitglieder werden auf fünf Jahre bestellt und das Verfahren vor der Kommission bietet die erforderlichen Garantien“.¹³⁹

Mit diesem Urteil wurde der Autonomie der Konventionsbegriffe auch hinsichtlich des Tribunalbegriffs Rechnung getragen: Als *Tribunale* sind nicht nur Gerichte im Sinne der österreichischen Bundesverfassung zu verstehen, sondern *auch Verwaltungsbehörden*, sofern diese gewissen Anforderungen der Unabhängigkeit genügen. Der VfGH schloß sich dem Standpunkt des EGMR an und überprüfte wiederholt die Organisation kollegialer Verwaltungsbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG, die in Zivilsachen zu entscheiden hatten, anhand der Kriterien des Ringeisen-Falles.¹⁴⁰ In drei Fällen hob der VfGH die einschlägigen Orga-

¹²⁶ In beiden Fällen beanstandete der EGMR nicht, daß das Verfahren in unterer Instanz vor Verwaltungsbehörden ohne Tribunalcharakter ablief.

¹²⁷ Z. 85 (EuGRZ 1976, 233).

¹²⁸ Z. 51 (EuGRZ 1981, 553).

^{128a} Vgl. insb. EKMR Bericht 7598/76 (*Kaplan*; EuGRZ 1982, 532) und FN 135.

¹²⁹ Schon lange vor den genannten Erkenntnissen des VfGH bezweifelte *Hellbling*, *Grenzen* (FN 104) 252, daß die Verwaltungsgewärtlichkeit als vollwertiger Ersatz für die der Verwaltungsbehörde fehlende Unabhängigkeit angesehen werden kann. Vgl. in der Folge die scharfe Kritik von *Schantl - Welan*, *Betrachtungen* (FN 23) 647 ff.; *Rosenzweig*, *Die Entwicklung der Grundrechte in Österreich*, 2. ÖJT 1964, II/2, 26 (45 ff.); dem VfGH zustimmend *Morscher*, *Entscheidungsbesprechung*, JBl. 1966, 250; JBl. 1979, 666; *Ringhofer*, *Der Sachverhalt im verwaltungsgewärtlichen Bescheidprüfungsverfahren*, in: FS VwGH (1976) 351 (372 ff.).

¹³⁰ So wohl auch VfSlg. 8483, 8505/1979 in Verwaltungsstrafsachen.

¹³¹ § 30 VwGG, § 85 VfGG.

^{131a} Dies wirft auch Probleme im Hinblick auf Art. 13 EMRK auf. Vgl. dazu den Beitrag von *Eberhard* in *Ermacora - Nowak - Tretter* (Hrsg.), *Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte* (1983).

¹³² Vgl. in diesem Zusammenhang EKMR Appl. 5767/72 u. a. gegen Österreich (YB 1974, 338 [354]): Verfahren vor dem VfGH betreffen keine „civil rights“.

¹³³ Außer bei Verletzung von Verfahrensvorschriften wegen Aktenwidrigkeit oder Ergänzungsbedürftigkeit des Sachverhalts oder weil Verfahrensvorschriften außer acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Zur Prüfung dieser Frage kann der VwGH auch Beweise aufnehmen (VwSlg. 9723 A/1978).

¹³⁴ Der VwGH überprüft die Beweiswürdigung nur hinsichtlich der „Schlüssigkeit des Denkvorganges“ (VwSlg. 5018 A/1959).

¹³⁵ Z. 51 (1981, 553). Vgl. m. w. N. *Kopetzki*, *Aspekte* (FN 79) 472. Die Haltung der EKMR im Bericht 7598/76 (DR 21, 5 = EuGRZ 1982, 532 f.; bestätigend MKER DH [81] 1, *Resolution v. 23. 1. 1981*) wonach verwaltungsbürokratische Eingriffe in „civil rights“ auch dann dem Art. 6 entsprechen, wenn die nachprüfende (verwaltungs-)gerichtliche Kontrolle auf Rechtsfragen beschränkt ist, liegt zeitlich vor dem *Le Compte-Urteil* des EGMR.

¹³⁶ Vgl. § 39 VwGG i. d. F. BGBl. 1982/203; § 19 Abs. 3 VfGG.

¹³⁷ EKMR, Bericht 6878/75, 7238/75 (*Le Compte* u. a.; EuGRZ 1980, 590 [595]).

¹³⁸ Dabei handelt es sich um eine in letzter Instanz entscheidende Kollegialbehörde, an der neben Verwaltungsbeamten mindestens ein Richter teilnimmt, deren Mitglieder weisungsfrei sind und deren Entscheidungen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen. Die *Gerichtsähnlichkeit* dieser Behörden war in der Vergangenheit mehrfach Anlaß, sie überhaupt der Gerichtsbarkeit im Sinne des B-VG zuzuordnen (vgl. *Pernthaler*, *Kollegialbehörden* (FN 76) 26).

¹³⁹ Z. 95 (EGMRE Band 3, 95 ff.).

¹⁴⁰ Dabei handelte es sich mit einer Ausnahme (VfSlg. 6995/1973: Oberster Patent- und Markensenat) um Grundverkehrs- und Agrarbehörden (VfSlg. 7099/1973, 7284/1974, 7538,

nisationsvorschriften als konventionswidrig auf.¹⁴¹ Nach dem heutigen Stand der Judikatur ist die Betrauung von Verwaltungsbehörden mit der Entscheidung in Zivilsachen demnach unter *zwei* alternativen Voraussetzungen konventionskonform: Nachprüfende Kontrolle durch *beide* Gerichtshöfe öffentlichen Rechts, *oder* – sofern der Gesetzgeber den Rechtszug an den VfGH nicht ohnehin vorsieht¹⁴² – letztinstanzliche¹⁴³ Entscheidung durch eine als Tribunal eingerichtete Kollegialbehörde. Im letzteren Fall ist folgendes zu beachten:

– Zentrale Bedingung der *Unabhängigkeit* ist – in Durchbrechung des die Verwaltung kennzeichnenden Weisungszusammenhanges – die *Weisungsfreiheit* der Mitglieder.¹⁴⁴ Unzulässig ist nach VfSlg. 7099/1973 weiters jede „*personelle Verflechtung*“ mit der Exekutive, sei es z. B. durch unmittelbare Teilnahme eines Regierungsmitglieds an der Entscheidung oder durch Bestellung eines Mitglieds durch die Regierung. Überdies forderte der VfGH im Anschluß an den EGMR die gesetzliche Fixierung einer bestimmten *Amtsdauer*, um eine Einwirkung der Exekutive durch Abberufung mißliebiger Mitglieder zu verhindern.¹⁴⁵

– Die vom EGMR mit der „Unabhängigkeit von den Parteien des Streitfalles“ angesprochene *Unparteilichkeit* ist nach VfSlg. 7099/1973 gegeben, wenn „ausreichende Vorschriften bestehen, die ein Tätigwerden eines befangenen Organs hintanhaltend.“ Es ist anzunehmen, daß der VfGH diese Forderung in der Bestimmung des § 7 AVG verwirklicht sieht.¹⁴⁶ Im Einzelfall lehnte er es allerdings ab, den Vorwurf der Befangenheit unter dem Aspekt des Art. 6 zu prüfen.¹⁴⁷

Der Auslegung des Unparteilichkeitsgebotes kommt im Zusammenhang mit der Bestellung von *Interessenvertretern* als Mitglieder von Kollegialbehörden besondere Bedeutung zu, da die Einbindung von Berufsangehörigen und Repräsentanten organisierter Interessen ein typisches Merkmal dieser Behörden darstellt.¹⁴⁸ Nicht anders als der VfGH¹⁴⁹ ließ der EGMR die Teilnahme von Interessen- und Standesvertretern am Entscheidungsprozeß zu, da er deren möglicherweise fehlende Unparteilichkeit durch die Mitwirkung von Richtern als neutralisiert ansah.¹⁵⁰ Die Argumentation des EGMR trifft sich in diesem Punkt mit den in Österreich an die Beziehung eines *Richters* geknüpften Erwartungen. Diese rechtfertigt nicht nur den Ausschluß der verwaltungsgerichtlichen Prüfungskompetenz,¹⁵¹ er gilt überdies als Experte in Zivilsachen¹⁵² und hat in den Entscheidungsprozeß die Elemente der besonderen richterlichen Verfahrensstrenge und Unparteilichkeit einzubringen.¹⁵³ Dennoch bestehen zwischen dem VfGH und dem EGMR wichtige Auffassungsunterschiede: So genügt es nach Art. 133 Z. 4 schon, wenn nur *ein* Richter an der Entscheidung teilnimmt,¹⁵⁴ während die vom EGMR im Ringeisen-Urteil gebilligte Landesgrundverkehrsbehörde unter dem *Vorsitz* des richterlichen Mitglieds tätig wurde, was verfassungsrechtlich gar nicht geboten war. Eine weitere Divergenz betrifft die Zulässigkeit einer „*Verflechtung*“ mit der Exekutive: Der VfGH beanstandete in VfSlg 7099/1973 und 7284/1974 nur die (unmittelbare oder durch Bestellungsakt wirksame) Mitwirkung von Regierungsmitgliedern, nicht aber die für diese Behörden geradezu charakteristische Teilnahme untergeordneter Beamte.¹⁵⁵ Beide Problemkreise sind zur Zeit Gegenstand eines Verfahrens vor der EKMR, in welchem die Beschwerdeführerin den Vorwurf der konventionswidrigen Organisation gerade gegen jene Tiroler Landesgrundverkehrsbehörde richtete, die nach dem aufgehenden Erkenntnis des VfGH (VfSlg 7099/1973) unter Berücksichtigung des Ringeisen-Urteils neugestaltet wurde.¹⁵⁶ Die von der EKMR in ihrer positiven Zulässigkeitsentscheidung¹⁵⁷ erhobenen Bedenken kreisten um die – hier nicht dem Richter vorbehaltene – Funktion des Vorsitzenden, die Betrauung eines Verwaltungsbeamten mit der wichtigen Rolle des Be-

richterstatters¹⁵⁸ sowie die Tatsache, daß auch die weiteren Mitglieder dem Gesetz nach von Beamten gestellt werden können. Erst der Ausgang dieses Verfahrens wird klären, welcher zusätzlicher Garantien es aus Straßburger Sicht bedarf, um Verwaltungsbeamte wie auch Interessenvertreter „aus dem Zusammenhang ihrer regulären organisatorischen Stellung herauszuheben und zu vollgültigen Trägern eines richterähnlichen Entscheidungsprozesses zu machen.“¹⁵⁹

– Auf das verfassungsrechtliche Gebot eines „*fair trial*“ wird unten noch zurückzukommen sein. Hier sei nur festgehalten, daß der EGMR im Ringeisen-Urteil – ohne auf Detailfragen einzugehen – dem Verfahren vor der Grundverkehrskommission grundsätzliche Übereinstimmung mit den Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 1 attestierte und damit indirekt auch die Konventionskonformität der im Verfahren angewendeten Bestimmungen des AVG bejahte.¹⁶⁰

→ 7630/1975, 8309, 8317/1978, 8501, 8544/1979, 8828/1980). Zur Rezeption des Ringeisen-Urteils vgl. *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76) 68 ff. und *R. Novak*, Zusammensetzung (FN 76) 85.

¹⁴¹ VfSlg. 7099/1973 (tir. Landesgrundverkehrsbehörde), 7284/1974 (Landesagrар- und Oberster Agrarsenat), 7333/1974 (Zuständigkeit des Landesagrarsenates im vbg. Grundverkehrsverfahren).

¹⁴² Bescheide von Kollegialbehörden gem. Art. 133 Z. 4 B-VG unterliegen der Kontrolle des VfGH, jener des VfGH aber nur, wenn dies der Gesetzgeber ausdrücklich vorsieht. Besteht dieser Rechtszug an den VfGH, so existiert nach Ansicht des VfGH ohnehin eine ausreichende nachprüfende Kontrolle; eine Einrichtung als Tribunal ist diesfalls entbehrlich (VfSlg. 7230/1973).

¹⁴³ Eine solche genügt: VfSlg. 7479/1973, 7630/1975. Vgl. auch oben VI.1.

¹⁴⁴ VfSlg. 7099/1973.

¹⁴⁵ Die bisher als ausreichend beurteilte Mindestbestelldauer beträgt 3 Jahre (VfSlg. 7538/1975, 8317/1978, 8501/1979).

¹⁴⁶ Nach § 7 AVG haben sich Verwaltungsbeamte der Ausübung ihres Amtes bei Vorliegen bestimmter familienrechtlicher Beziehungen zu einer Partei zu enthalten, weiters in Sachen, in denen sie als Bevollmächtigte einer Partei bestellt sind, in Berufungsverfahren, wenn sie an der Erlassung des Bescheids in unterer Instanz mitgewirkt haben, oder aus sonstigen wichtigen Gründen, die ihre volle Unbefangenheit in Zweifel setzen könnten. Den Parteien kommt nach dieser Bestimmung kein Ablehnungsrecht zu.

¹⁴⁷ VfSlg. 8309/1978. Dazu *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76) 79 f.

¹⁴⁸ *Pernthaler*, Kollegialbehörden 19 f., 76 f.

¹⁴⁹ VfSlg. 6061/1969, 8309/1978.

¹⁵⁰ Ringeisen-Urteil Z. 95–98 (EGMRE Band 3, 95 ff.). Ähnlich das Le Compte-Urteil Z. 58 (EuGRZ 1981, 554) zur Teilnahme von Standesvertretern.

¹⁵¹ *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76) 94 FN 368.

¹⁵² Häufig sind es gerade Zivilsachen i. S. d. Art. 6, in denen gemischte Kollegialbehörden zur Entscheidung berufen sind.

¹⁵³ Vgl. *Pernthaler*, Kollegialbehörden 76 f., 94 ff., 108 ff.

¹⁵⁴ Ein nicht verwirklichter Reformentwurf aus 1968 sah vor, daß die Behörde zu mehr als der Hälfte von Richtern zusammengesetzt ist oder im Falle der Stimmgleichheit die Stimme des Richters den Ausschlag gibt (m. w. N. *Pernthaler*, Kollegialbehörden 83).

¹⁵⁵ Dazu auch kritisch *Ponzer*, Kollegialbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG und Europäische Menschenrechtskonvention, ÖJZ 1975, 113 (114).

¹⁵⁶ Tiroler LGBl. 1974/6. Danach gehören der Kommission als Mitglieder an: Eine mit den Angelegenheiten des Grundverkehrs vertraute Persönlichkeit als Vorsitzender, ein Richter, ein in Angelegenheiten des Grundverkehrs geschulter rechtskundiger Beamter des Amtes der Landesregierung als Berichterstatter, ein Beamter des höheren forsttechnischen Dienstes, ein landwirtschaftlicher Sachverständiger, ein Rechtsanwalt oder Notar (§ 13 Abs. 4 Z. 1). Diese Neuregelung entspricht nach VfSlg. 8501/1979 dem Art. 6 Abs. 1.
¹⁵⁷ Appl. 8790/79 (Sramek gegen Österreich; EuGRZ 1982, 206).

¹⁵⁸ Die formelle Weisungsfreistellung des Beamten genügt der EKMR nicht.

¹⁵⁹ *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76) 76.

¹⁶⁰ Vgl. näher *Pernthaler*, Kollegialbehörden 78 ff.

Der VfGH ging in keinem seiner Erkenntnisse auf Fragen der Verfahrensgestaltung im Zusammenhang mit Art. 6 ein, obschon die Überprüfung von Entscheidungen gemischter Kollegialbehörden den bisher einzigen Ansatzpunkt für eine Auslegung der Verfahrensbestimmungen des Art. 6 Abs. 1 in bezug auf das Verwaltungsverfahren geboten hätte. Ein Grund für diese Zurückhaltung liegt darin, daß der VfGH die Kollegialbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG – den gerichtsähnlichen Charakter ihrer Organisation berücksichtigend – schon bisher besonders strengen *verfassungsrechtlichen Verfahrensregeln* unterworfen hatte, die im einzelnen aus dem Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und dem Gleichheitssatz abgeleitet wurden und im Ergebnis durchaus als „Vorwegnahme“ wichtiger Verfahrensgrundsätze der Konvention gewertet werden können.¹⁶¹

VII. DIE VERFAHRENSGARANTIE DES ART. 6 EMRK

1. Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien außerhalb der EMRK

Ansätze für eine *verfassungsrechtliche* Garantie von Verfahrensgrundsätzen für das Verwaltungsverfahren bot in erster Linie die Judikatur des VfGH zum Grundrecht auf ein Verfahren vor dem *gesetzlichen Richter* (Art. 83 Abs. 2 B-VG) und zum *Gleichheitssatz*. Zwar garantiert Art. 83 Abs. 2 B-VG nach ständiger Rechtsprechung kein bestimmtes Verfahren;¹⁶² dennoch entwickelte der VfGH in Sonderfällen aus Art. 83 Abs. 2 besondere Verfahrensregeln. So unterwarf der Gerichtshof die Tätigkeit der Kollegialbehörden nach Art. 133 Z. 4 einer Überprüfung in organisations- und verfahrensrechtlicher Hinsicht.¹⁶³ Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes prüfte der VfGH wiederholt auch Verfahren vor nicht-kollegialen Behörden auf einfachgesetzliche Verfahrensfehler; gegen das im Gleichheitssatz verankerte *Willkürverbot* wird nach der Judikatur allerdings nur durch besonders krasse Verletzungen des Verfahrensrechts verstoßen.¹⁶⁴ Schließlich kann durch die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens auch in andere *materielle Grundrechte* eingegriffen werden. Dieser vor allem in der Bundesrepublik Deutschland viel diskutierte Zusammenhang zwischen einzelnen Grundrechten und deren verfahrensrechtlicher Abstützung¹⁶⁵ tritt in der österreichischen Rechtsprechung nur selten zutage.¹⁶⁶ Beispiele für eine verfassungsgerichtliche Verfahrenskontrolle im Lichte konkreter materieller Grundrechte finden sich z. B. in der Judikatur zum Recht der Versammlungs- und Vereinsfreiheit,¹⁶⁷ zum Recht auf Persönliche Freiheit¹⁶⁸ sowie zum Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht.¹⁶⁹

2. Das AVG und die Verfahrensgrundsätze des Art. 6 Abs. 1 EMRK

Obwohl ausdrückliche Stellungnahmen des VfGH zu den Verfahrensgrundsätzen des Art. 6 Abs. 1 fehlen,¹⁷⁰ ließ der Gerichtshof wiederholt erkennen, daß mit der Einhaltung der Bestimmungen des AVG in jedem Fall auch dem Art. 6 Abs. 1 genüge getan sei;¹⁷¹ andererseits war er aber nicht bereit, in der Mißachtung wichtiger Verfahrensregeln eine Verletzung der *Verfassung* zu sehen:¹⁷² Der Rückgriff auf die traditionelle Formulierung, wonach „eine Mißachtung des Parteigehörs nur die Verletzung einfachgesetzlicher Verfahrensvorschriften (§ 37 AVG), nicht aber eine Verletzung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtes“¹⁷³ zur Folge habe, zeigt, daß dem in Art. 6 verankerten *Grundrecht auf ein faires (Verwaltungs-)verfahren* in Zivilsachen nach der bisherigen Rechtsprechung keine selbständige Bedeutung zukommt.

Nichtsdestoweniger sollen im folgenden einige wichtige Verfahrensbestimmungen des AVG im Lichte des Art. 6 Abs. 1 skizziert werden; die Anwendbarkeit des Art. 6 im

Verfahren wird vorausgesetzt. Auf die besondere Problematik des Verwaltungsstrafverfahrens kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Die Fragwürdigkeit einer isolierten Gegenüberstellung zwischen dem Verwaltungsverfahren und den am Justizverfahren orientierten Bestimmungen des Art. 6 darf dabei freilich nicht übersehen werden. Insbesondere wird man sich davor hüten müssen, Verfahrensregeln des Zivilprozesses ungeprüft für das Verwaltungsverfahren heranzuziehen;¹⁷⁴ dies trifft vor allem auf den Grundsatz der Waffengleichheit zu, der nur schwer auf ein Verfahren übertragbar ist, in dem die Verwaltungsbehörde in aller Regel als Entscheidungsinstanz *und* als Partei zugleich auftritt. Auf der anderen Seite zeigt aber eben diese Doppelstellung wie auch die fehlende Unabhängigkeit der Verwaltungsorgane, daß ein konventionskonformer Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren nur im Zusammenhang mit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle denkbar ist. Eingehender zu untersuchen wäre allerdings, inwieweit es vor dem Hintergrund dieser Beziehung zwischen Verwaltungs- und verwal-

¹⁶¹ Dazu *Pernthaler*, Kollegialbehörden 64 ff. 78 ff. 111 ff.

¹⁶² Nach VfSlg. 5498/1967, 7121/1973 liegt in der Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften wie z. B. des Rechts auf Parteigehör (VfSlg. 6808/1972, 8828/1980) keine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (dazu *Berchtold*, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter in Österreich, EuGRZ 1982, 246 [250]). Nach VfSlg. 8279/1978 kann aus der Verfassung kein Anspruch auf Parteienrechte im Verfahren abgeleitet werden. Allerdings wird das Recht auf den gesetzlichen Richter dann verletzt, wenn sich die Verletzung von Verfahrensvorschriften als Verweigerung einer Sachentscheidung auswirkt (vgl. zuletzt VfGH E 14. 5. 1981, B 464/78; m. w. N. *Berchtold*, Recht 254).

¹⁶³ *Berchtold*, Recht (FN 162) 252 f.; *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76) 64 ff.

¹⁶⁴ VfSlg. 5139/1965, 7328/1974, 8320/1978; *Pernthaler*, Kollegialbehörden 67; *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 (230).

¹⁶⁵ Vgl. zum Thema „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ aus jüngster Zeit nur *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, 1; *Laubinger*, Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VwA 1982, 60.

¹⁶⁶ Kritisch zur Judikatur des VfGH betreffend den Eigentumschutz *Gutknecht*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1982, 59 f.; vgl. auch *Pensdorfer*, Die Rechtsstellung des von einem bevorzugten Wasserbau berührten Grundeigentümers, ZfV 1979, 1.

¹⁶⁷ VfSlg. 4816/1964; vgl. auch VwSlg. 7096 A/1967.

¹⁶⁸ Z. B. VfSlg. 5280/1966; 8076/1977.

¹⁶⁹ Z. B. VfSlg. 8033/1977, 8268/1978, 8391/1978; E 30. 6. 1981, B 112/77.

¹⁷⁰ Im Verfahren vor nichtkollegialen Behörden in Zivilsachen (oben VI.1) sowie im Verwaltungsstrafverfahren (oben V.2.b) schien der VfGH mit dem Hinweis auf die nachprüfende verwaltungsgerichtliche Kontrolle bzw. den Vorbehalt zu Art. 5 nicht nur eine Verletzung der organisatorischen Garantien, sondern überdies auch jeden Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze des Art. 6 Abs. 1 auszuschließen. Allerdings lag der Schwerpunkt der Beschwerdevorbringen in den meisten Fällen auch auf den organisatorischen Aspekten des Art. 6.

¹⁷¹ Vgl. z. B. VfSlg. 8437/1978: „... ob die Behörde diese Verfahren mit der gebotenen Raschheit (§ 39 Abs. 2 AVG) durchgeführt hat und ob verneinendenfalls dadurch Art. 6 MRK verletzt werden könnte“. Ähnlich VfSlg. 8583/1979: „Der Umstand, daß die Zurückweisung der Berufung dem Gesetz entspricht, schließt es auch aus, daß die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid in einem anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden ist.“ (in der Beschwerde wurde eine Verletzung der Verfahrensbestimmungen des Art. 6 Abs. 1 ausdrücklich geltend gemacht!)

¹⁷² Die EKMR ließ es in Appl. 8973/1980 (EuGRZ 1982, 304) dahingestellt, ob ein faires Verfahren i. S. d. Art. 6 die Einhaltung der innerstaatlichen Verfahrensvorschriften voraussetze.

¹⁷³ So VfSlg. 8828/1980 (der Beschwerdeführer berief sich auch auf Art. 6).

¹⁷⁴ Vgl. *Melichar*, Das Verwaltungsverfahren, VVDStL. 17 (1959) 183 (197).

tungsgerichtlichem Verfahren zulässig wäre, auf die Einhaltung konkreter Verfahrensgarantien auf der administrativen Ebene überhaupt zu verzichten.

a) Parteistellung

Die wichtigsten Rechtsschutzinstrumente des Verwaltungsverfahrens knüpfen am Begriff der „Partei“ an: Nur der Partei kommt das Recht auf Gehör, Akteneinsicht, Verkündung oder Zustellung des Bescheids, Erhebung von Rechtsmitteln und Geltendmachung der Entscheidungspflicht zu. Greift eine Verwaltungsentscheidung in „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ ein, so erwächst dem Betroffenen – als Voraussetzung für eine wirksame Teilnahme am Verfahren überhaupt – aus Art. 6 ein verfassungsgesetzlich gewährleisteter Anspruch auf Parteistellung, da sinnvollerweise angenommen werden muß, daß das Recht auf ein „fair trial“ in diesem Fall das Recht auf Teilnahme an einem anhängigen Verfahren miteinschließt. Der VfGH hat der Beurteilung der Parteistellung bisher allerdings nur ausnahmsweise verfassungsrechtliche Relevanz zugebilligt.¹⁷⁵ Diese Rechtsprechung hat auch durch Art. 6 keine Änderung erfahren.¹⁷⁶

Nach § 8 AVG ist Partei, wer „an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt“ ist. Diese Verknüpfung materieller Berechtigungen und Verpflichtungen¹⁷⁷ mit prozessualen Parteirechten scheint die Teilnahme aller durch eine Verwaltungsentscheidung in ihren zivilen Rechten betroffenen Personen sicherzustellen. Obgleich die Auffassung, Parteistellung im Verwaltungsverfahren könne sich sowohl aus dem Verwaltungsrecht als auch aus dem Privatrecht ergeben, umstritten ist,¹⁷⁸ geht die jüngere Judikatur des VfGH davon aus, daß eine Parteistellung auch dann gegeben sein kann, „wenn die durch die Sache berührte Rechtssphäre eine privatrechtliche ist“.¹⁷⁹ Nach VwSlg. 8031 A/1971 führt eine Berührung der Privatrechtssphäre dann zur Begründung der Parteistellung, wenn die Entscheidung der Behörde „unmittelbar“ und „bestimmend“ in diese privaten Rechte eingreift. Die Nähe dieser Formulierung zu den Ausführungen des EGMR in der Frage des Anwendungsbereiches des Art. 6¹⁸⁰ läßt an die Möglichkeit denken, jenen Personen, denen Art. 6 wegen eines Eingriffs in den Zivilbereich ein faires Verfahren garantiert, in diesem Verfahren durch konventionskonforme Auslegung des § 8 AVG grundsätzlich auch Parteistellung zuzuerkennen.¹⁸¹

Viele Verwaltungsvorschriften bestimmen ausdrücklich den Personenkreis, dem im Verfahren Parteistellung zukommt. Mit der Normierung solcher „Formalparteien“ werden oft Personen vom Verfahren ausgeschlossen, deren Privatrechte durch die Verwaltungsentscheidung unmittelbar betroffen werden und denen damit in konventionswidriger Weise die Möglichkeit einer Geltendmachung ihrer Rechte im Verwaltungsverfahren genommen wird. So kommt z. B. gem. § 18 Abs. 2 Bundesstraßengesetz und § 4 Eisenbahnteilnahmeengesetz Bestandnehmern keine Parteistellung im Enteignungsverfahren zu, obwohl in diesem über die Rechte der Bestandnehmer (hinsichtlich Rechtsverlust und Entschädigung) entschieden wird.¹⁸² Ähnliches gilt für den Mieter im baubehördlichen Räumungsverfahren.¹⁸³

b) Recht auf Gehör

Die EKMR hat die Frage, ob das Recht der Parteien auf ein „fair trial“ gewahrt wurde, in der Regel erst nach einer Prüfung des gesamten Verfahrensablaufs und beschränkt auf den Einzelfall beantwortet, ohne aus Art. 6 Abs. 1 einen Katalog konkreter Teilrechte abzuleiten.¹⁸⁴ Dennoch kristallisierten sich in der Straßburger Rechtsprechung grundlegende Parteirechte, in erster Linie das *Recht auf Gehör*, heraus: Sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen ist den Parteien ausreichende Gelegenheit zur Stellungnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu geben.¹⁸⁵ Dieser Grundsatz

wird in verschiedenen Vorschriften des AVG verwirklicht¹⁸⁶ und gilt nach der Judikatur „aushilfsweise“ auch dort, wo keine besonderen Verfahrensvorschriften bestehen.¹⁸⁷

Nach § 37 AVG ist es, neben der Feststellung des wahren Sachverhalts, Zweck des Ermittlungsverfahrens, „den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben“; die Parteien sind vom Ergebnis der Beweisaufnahme in Kenntnis zu setzen und können dazu Stellung nehmen (§ 45 Abs. 3 AVG); im Rahmen einer mündlichen Verhandlung hat der Verhandlungsleiter dafür zu sorgen, daß die Parteien alle zur Sache gehörigen Gesichtspunkte vorbringen können. Die Behörde hat den Parteien das Parteiengehör ausdrücklich und von Amts wegen einzuräumen.¹⁸⁸ Die Unerreichbarkeit einer Partei gestattet es nicht, vom Parteiengehör abzusehen.¹⁸⁹ Andererseits ist weder nach Art. 6 EMRK¹⁹⁰ noch nach dem AVG¹⁹¹ eine *persönliche* Anhörung oder Teilnahme der Partei am Verfahren in Zivilsachen obligatorisch. Unter bestimmten Umständen kann von der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens überhaupt abgesehen werden,¹⁹²

¹⁷⁵ Vgl. *Berchtold*, *Recht* (FN 162) 254.

¹⁷⁶ In der Literatur wurde wiederholt auf die verfassungsrechtliche Verankerung der Parteistellung durch Art. 6 hingewiesen: *Gutknecht*, *Entscheidungsbesprechung*, ÖZV 1982, 60; *Zeißl*, Die Stellung des Nachbarn im baubehördlichen Bewilligungsverfahren im Lichte des Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖGZ 1978, 442 (443); *ders*, *Einflüsse* (FN 90) 172 f.

¹⁷⁷ Bloß wirtschaftliche Interessen begründen keine Parteistellung (VwSlg. 7662 A/1969).

¹⁷⁸ M. w. N. *Mayer*, *Der Parteibegriff im allgemeinen Verwaltungsverfahren*, ZfV 1977, 485.

¹⁷⁹ VwSlg. 6579 A/1965.

¹⁸⁰ FN 88.

¹⁸¹ Vgl. aber *Mayer*, *Parteibegriff* (FN 178) 489.

¹⁸² Kritisch *Gutknecht*, *Entscheidungsbesprechung*, ÖZV 1982, 58 ff. Keine Bedenken hatte der VfGH in E 14. 5. 1982, B 464/78.

¹⁸³ Der VfGH hatte keine Bedenken hinsichtlich Art. 6: VfSlg. 5627/1967. Vgl. auch die Regelungen des Luftfahrtgesetzes betreffend den Ausschluß der Parteistellung von Nachbarn, die nicht Eigentümer von im Zuge des Verfahrens in Anspruch genommenen Grundflächen sind; dazu *Zeißl*, *Einflüsse* (FN 90) 172 f.; unbedenklich nach VfSlg. 7226/1973.

¹⁸⁴ *Peukert*, *Garantie* (FN 90) 254 m. w. N.

¹⁸⁵ EKMR Appl. 7450/76 (DR 9, 108 [110]); 2857/66 (CD 29, 15 [26]); *Peukert*, *Garantie* (FN 90) 254.

¹⁸⁶ Nach herrschender Lehre kann das Vorbringen der Partei Sach- wie auch Rechtsfragen betreffen. Der VfGH schloß Rechtsfragen allerdings wiederholt vom Parteiengehör aus (VwSlg. 6397 A/1964, 7509 A/1969).

¹⁸⁷ VwSlg. 1977 A/1951, VfSlg. 2038/1950.

¹⁸⁸ VwSlg. 6300 A/1964, VwSlg. 1227 A/1950.

¹⁸⁹ VwSlg. 1227 A/1950; die EKMR stellte in Appl. 9536/81 (EuGRZ 1982, 542) fest, daß eine fehlende Anhörung einer Partei nicht gegen Art. 6 verstoße, wenn diese dem Gericht keine zustellungs-fähige Adresse genannt habe.

¹⁹⁰ Die Interessenwahrung kann auch schriftlich oder durch einen Vertreter erfolgen; nur in Ausnahmefällen ist eine persönliche Anhörung unerlässlich: EKMR Appl. 7370/76 (DR 9, 95 [98]); Appl. 8661/79 (EuGRZ 1982, 306); *Ercman*, *Europäische Menschenrechtskonvention* (1981) 116; *Matscher*, *Verfahrensgarantien* (FN 75) 29; *Peukert*, *Garantie* (FN 90) 256.

¹⁹¹ Es besteht kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung (VwSlg. 9543 A/1978).

¹⁹² Wenn es sich um die Vorschreibung von Geldleistungen nach einem feststehenden Maßstab handelt oder wenn bei Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen zu treffen sind (§ 57 Abs. 2 AVG; „Mandat“), sowie wenn der maßgebende Sachverhalt von vornherein klar gegeben ist (§ 56 AVG). „Klarheit des Sachverhalts“ rechtfertigt den Entfall des Ermittlungsverfahrens nur in wenigen Ausnahmefällen (z. B. bei Ordnungsstrafen); vgl. m. w. N. *Walter – Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht* (FN 89) 102.

doch ist der Rechtsschutz der Partei auch in diesen Fällen ausreichend gewährleistet.¹⁹³

Die *Mißachtung* des Parteiengehörs stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der vom VfGH wahrzunehmen ist. Fällt das Verfahren in den Geltungsbereich des Art. 6, so liegt überdies eine Konventionsverletzung vor. Dennoch hält der VfGH daran fest, daß eine rechtswidrige Verweigerung des Parteiengehörs grundsätzlich keine Verfassungsverletzung darstelle.¹⁹⁴

c) Akteneinsicht

Erst das Recht auf *Akteneinsicht* verhilft dem Anspruch auf Parteiengehör zur vollen Wirksamkeit. Da die Grundsätze der *Mündlichkeit*, *Unmittelbarkeit* und *Öffentlichkeit* im Verwaltungsverfahren *nicht* verwirklicht sind, kommt dem Akteneinsichtsrecht zur Sicherung der Transparenz und Publizität des Verwaltungshandelns eine besondere Bedeutung zu;¹⁹⁵ das Recht auf Akteneinsicht ist daher als Element des ‚fair trial‘ im Verwaltungsverfahren anzusehen.¹⁹⁶

Nach § 17 AVG hat die Behörde, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen, den Parteien die Einsicht, Abschriftnahme oder Ablichtung der ihre Sache betreffenden Akte oder Akteile zu gestatten; allen an einem Verfahren beteiligten Parteien muß auf Verlangen die Akteneinsicht in gleichem Umfang gewährt werden. Von der Akteneinsicht ausgenommen sind lediglich Beratungsprotokolle, Amtsvorträge, Erledigungsentwürfe sowie solche Schriftstücke, deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörden herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

d) Zustellung

Mit dem Parteiengehör in engem Zusammenhang steht auch die Regelung der Zustellvorgänge.¹⁹⁷ Behördliche Erledigungen werden nach dem AVG erst dann rechtlich existent, wenn sie dem Adressaten mündlich verkündet oder zugestellt wurden; vor diesem Zeitpunkt entfalten sie grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen.¹⁹⁸ Neben eigenhändigen *Zustellungen* an den Empfänger ist bei weniger wichtigen Angelegenheiten auch eine Zustellung an einen Ersatzempfänger möglich. Unter gewissen Voraussetzungen ist eine Zustellung auch durch Hinterlegung zulässig.¹⁹⁹

e) Vertretung

Insbesondere bei Auftreten schwieriger Rechtsfragen kann eine rechtskundige Beratung oder Vertretung der Partei zur ausreichenden Interessenwahrung unumgänglich werden; die Zulassung eines Anwalts als *Prozeßvertreter* wird damit unter Umständen zu einem Aspekt des ‚fair trial‘ i. S. d. Art. 6.²⁰⁰

Nach § 10 AVG können sich Beteiligte und deren gesetzliche Vertreter durch eigenberechtigte Personen vertreten lassen, sofern nicht ihr persönliches Erscheinen gefordert ist. Als Vertreter kommen alle physischen Personen, insb. auch Rechtsanwälte in Betracht.²⁰¹ Ein Anwaltszwang besteht weder im Verwaltungsverfahren noch im Verwaltungsstrafverfahren.²⁰² Die Bestellung eines Vertreters schließt nicht aus, daß der Vertretene im eigenen Namen Erklärungen abgibt;²⁰³ bei einander widersprechenden Erklärungen gehen jene der Partei vor.²⁰⁴ Auch im Falle einer Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen können sich die Beteiligten eines Rechtsbeistandes bedienen (§ 10 Abs. 5 AVG); er hat nur beratende Funktion.

Gegenüber rechtsunkundigen und nicht anwaltlich vertretenen Parteien nahm der VfGH schon bisher eine gewisse *Manuduktionspflicht* der Behörde an;²⁰⁵ die AVG-Novelle 1982 sieht eine solche Rechtsbelehrung nun ausdrücklich vor.²⁰⁶

f) Beweisverfahren

Da die Sachverhaltsfeststellungen der Verwaltungsbehörden vom VfGH nur mehr im Hinblick auf Verfahrensver-

letzungen überprüfbar sind,²⁰⁷ verdient die rechtliche Ausgestaltung des *Beweisverfahrens* unter dem Blickpunkt eines fairen Verfahrens besondere Beachtung. Obwohl die *EMRK* nur für die Beweisaufnahme im *Strafverfahren* ausdrückliche Vorschriften enthält (Art. 6 Abs. 3), folgt schon aus dem Fairneßgebot des Art. 6 Abs. 1 eine Verpflichtung der Behörde zur Berücksichtigung relevanter Beweisangebote.²⁰⁸ Die Beurteilung der Frage, welche Beweise für den zu entscheidenden Fall erheblich sind, obliegt nach der Straßburger Praxis aber ebenso der Behörde wie die Würdigung der Beweise selbst;²⁰⁹ gelegentlich wurde sogar eine antizipie-

¹⁹³ Gegen jedes Mandat kann die Partei ohne nähere Begründung das Rechtsmittel der Vorstellung gem. § 57 Abs. 2 VG erheben; darauf ist in der Rechtsmittelbelehrung hinzuweisen. Die Behörde hat daraufhin binnen zwei Wochen das ordentliche Ermittlungsverfahren einzuleiten. Unterläßt eine Partei die Erhebung einer Vorstellung, so liegt darin ein Verzicht auf ein ordentliches Verfahren. Die *EMRK* verbietet solche Verfahrensvereinfachungen nicht (EGMR, De Weer-Urteil v. 27. 2. 1980, Z. 49, EuGRZ 1980, 667 [672]; *Peukert*, Garantie [FN 90] 250).

¹⁹⁴ Vgl. FN 162.

¹⁹⁵ Vgl. *Melichar*, Verwaltungsverfahren (FN 174) 200.

¹⁹⁶ Vgl. auch BGE 103 Ia 492, wonach das Akteneinsichtsrecht im Verteidigungsrecht des Angeklagten gem. Art. 6 Abs. 3 lit. b inbegriffen ist. *Art. 6 Abs. 3* enthält allerdings nur eine Konkretisierung jener Rechte, die sich (auch in Zivilsachen) schon aus dem allgemeinen Grundsatz des ‚fair hearing‘ in Abs. 1 ergeben können (EGMR, *Artico-Urteil* v. 13. 5. 1980, Z. 32, EuGRZ 1980, 662 [664]). Zur Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren vgl. auch EuGRZ 1982, 391.

¹⁹⁷ Es wird davon ausgegangen, daß dem Adressaten eines behördlichen Aktes ausreichend Gelegenheit gegeben werden muß, von dessen Inhalt Kenntnis zu erlangen; dies ist vor allem für den Lauf von Rechtsmittelfristen von Bedeutung. Ein solches Gebot kann auch dem Art. 6 entnommen werden (EKMR Appl. 8210/78, EuGRZ 1982, 307).

¹⁹⁸ Auch Rechtsmittelfristen beginnen erst mit der Zustellung zu laufen.

¹⁹⁹ Vgl. im einzelnen die Bestimmungen des Zustellgesetzes, BGBl. 1982/200.

²⁰⁰ EKMR Appl. 1013/61 (YB 1962, 158 [164]); *Peukert*, Garantie (FN 90) 257; *Matscher*, Verfahrensgarantien (FN 75) 30. Vgl. nun auch den in FN 109 erwähnten Unterbrechungsbeschluß des VfGH B 83/80, wo der Schutz des Verkehrs zwischen Partei und Parteienvertreter vor behördlichen Zugriffen (hier: Hausdurchsuchung beim Parteienvertreter) als Bestandteil des ‚fair trial‘ angesehen wird.

²⁰¹ Ausgeschlossen sind Personen, die unbefugt die Vertretung anderer zu Erwerbszwecken betreiben (§ 10 Abs. 3 AVG; sog. ‚Winkelschreiber‘ sind nach Art. IX Abs. 1 Z. 4 EGVG strafbar).

²⁰² Anders im Beschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts. Einzelne Verwaltungsvorschriften enthalten eine Verpflichtung zur Bestellung eines Bevollmächtigten (*Mannlicher - Quell*, Das Verwaltungsverfahren I⁸ (1975) 182; im folgenden zitiert als *Mannlicher - Quell*). Für handlungsunfähige Beteiligte ohne gesetzliche Vertreter muß, für Personen, deren Aufenthalt unbekannt ist, kann die Behörde einen Prozeßkurator bestellen (§ 11 AVG; vgl. auch § 29 AVG); genauer *Walter - Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht (FN 89) 47 f.

²⁰³ § 10 Abs. 6 AVG.

²⁰⁴ Vgl. *Walter - Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht (FN 89) 47. Auch nach der EKMR muß das Recht auf Gehör trotz etwaiger Fehler des Anwalts gewahrt bleiben: Appl. 5526/76 in Strafsachen, u. ö.; *Peukert*, Garantie (FN 90) 257.

²⁰⁵ VfGH E 15. 4. 1977, 2698/76; *Walter - Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht 90.

²⁰⁶ § 13 a i. d. F. BGBl. 1982/199: Die Behörde hat Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verhandlungen nötigen Anleitungen in der Regel mündlich zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. Vgl. *Davy*, Zur Rechtsbelehrung im Verwaltungsverfahren (§ 13 a AVG), ÖGZ 1983, 58.

²⁰⁷ Vgl. FN 134.

²⁰⁸ Vgl. *Matscher*, Verfahrensgarantien (FN 75) 30; *Peukert*, Garantie (FN 90) 257; EKMR Appl. 5362/72 (CD 42, 145).

²⁰⁹ *Peukert*, Garantie 257, 267; EKMR Appl. 6172/73 (DR 3, 77); 5131/71 (CD 43, 151); 8767/79 (EuGRZ 1982, 308); 8696/79 (EuGRZ 1982, 308); 8845/80 (EuGRZ 1982, 308). Nach

rende Beweiswürdigung zugelassen.²¹⁰ Die Ablehnung eines Beweismittels ist aber in jedem Fall ausreichend zu begründen.²¹¹

Das *Beweisrecht* des AVG geht in vielem über diese Minimalforderungen des Art. 6 hinaus, ohne aber die Formstrenge des Justizrechts zu erreichen. Im Beweisverfahren gelten die Grundsätze der *Offizialmaxime* (amtswegige Sachverhaltsfeststellung), der *materiellen Wahrheit*, der *freien Beweiswürdigung* und der *Unbeschränktheit der Beweismittel*.²¹² Nach der Judikatur des VfGH darf die Behörde relevante Beweismittel nicht ablehnen;²¹³ es besteht aber keine Verpflichtung zur Aufnahme objektiv nicht geeigneter Beweise.²¹⁴ Auch der VfGH sprach in seinem einzigen Erkenntnis, das eine Aussage zum fair trial-Gebot des Art. 6 im Verwaltungsverfahren enthält, aus, daß die Behörde durch die EMRK nicht verpflichtet werde, sich mit Beweisthemen auseinanderzusetzen, die für die Sachentscheidung unerheblich sind.²¹⁵ Das Prinzip der freien Beweiswürdigung erlaubt es der Behörde nicht, auf eine Begründung jener Umstände zu verzichten, die sie zu ihrem Urteil veranlaßt haben.²¹⁶

Nach § 45 Abs. 3 AVG sind alle Tatsachen, die zur Entscheidungsbegründung herangezogen werden, der Partei zur Stellungnahme vorzulegen.²¹⁷ Die Anwesenheit der Partei bei der Beweisaufnahme ist hingegen nicht vorgeschrieben.²¹⁸ Auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit gilt im Verwaltungsverfahren nicht:²¹⁹ Das zur Entscheidung berufene Organ muß an der Beweisaufnahme selbst nicht teilnehmen.

Nicht unbedenklich sowohl im Lichte des 'fair trial' als auch der Unparteilichkeit ist die beherrschende Rolle des *Sachverständigen* in vielen Verwaltungsverfahren. Die Behörde ist zwar an Sachverständigengutachten nicht gebunden,²²⁰ doch muß sie ihre Abweichung von einem schlüssigen Gutachten wissenschaftlich ausreichend begründen.²²¹ Der VfGH hat der im Vergleich zum Verfahren vor den Verwaltungsorganen mangelnden rechtlichen Determinierung der Befundaufnahme durch den Sachverständigen dadurch Rechnung getragen, daß er Einwände gegen Gutachten wie z. B. den Vorwurf ungenügender Sachverhaltsermittlung, auch dann für erheblich hielt, wenn diese von Laien erhoben wurden.²²² Problematisch erscheint auch die Beziehung von *Amtssachverständigen*,²²³ die an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden sind,²²⁴ woraus sich in manchen Fällen eine organisatorische Verknüpfung zwischen entscheidendem Organ und Sachverständigem ergibt.²²⁵ Während der VfGH hierin keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens sieht,²²⁶ ließ die EKMR jüngst erkennen, daß die Vernehmung eines Sachverständigen, der nicht die notwendige Unabhängigkeit besitzt, die Unabhängigkeit der Behörde selbst in Frage stellen könne.²²⁷

g) *Mündlichkeit, Öffentlichkeit*

Mündlichkeit des Verfahrens besteht nach dem AVG nur im Rahmen einer mündlichen Verhandlung, deren Anordnung dem Ermessen der Behörde überlassen bleibt.²²⁸ Öffentlichkeit ist in keinem Stadium des Verfahrens vorgesehen. Abgesehen von der Bestimmung des § 10 Abs. 5 AVG, die die Beziehung eines Rechtsbeistandes erlaubt, besteht im Verwaltungsverfahren bloße Parteiöffentlichkeit. In beiden Fällen wird dem Art. 6 Abs. 1 - auch unter Berücksichtigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens²²⁹ - nicht entsprochen.²³⁰ Der VfGH hatte keine Bedenken.²³¹

h) *Verfahrenskosten*

Vielfach unterschätzt wird der Zusammenhang zwischen Verfahrenskosten und dem Anspruch auf ein faires Verfahren.²³² Trotz verschiedener historischer Ansätze zu einer *Kostensatzpflicht*²³³ steht das AVG auf dem Standpunkt grundsätzlicher Selbsttragung aller Kosten.²³⁴ Dies gilt für allfällige Anwaltskosten auch dann, wenn der Beistand eines

→ Appl. 8876/80 (EuGRZ 1982, 309) überläßt Art. 6 die Regelung der Zulässigkeit und Beweiskraft der Beweise dem innerstaatlichen Recht.

²¹⁰ EKMR Appl. 7208/75 (u. ö.); kritisch *Jacobs*, *The European Convention on Human Rights* (1975) 119; *Peukert*, *Garantie* (FN 90) 267.

²¹¹ Vgl. EKMR Appl. 8469/79 (EuGRZ 1982, 308).

²¹² Auch auf unzulässige Weise erlangte Beweismittel dürfen verwertet werden (VwSlg. 9468 A/1977); m. w. N. *Walter - Mayer*, *Verwaltungsverfahrenrecht* (FN 89) 107.

²¹³ VwSlg. 1497 A/1950. Die Behörde kann aber weitere Beweisanträge unberücksichtigt lassen, wenn sie sich bereits ein klares Bild des Sachverhalts machen konnte (VwGH E 21. 4. 1966, 2129/65; *Mannlicher - Quell* 820 C 14).

²¹⁴ VwSlg. 893 A/1949; E 10. 2. 1969, 1872/67; *Mannlicher - Quell* 820 C 16. Unzulässig ist jedoch eine antizipierende Beweiswürdigung; *Mannlicher - Quell* 820 C 13.

²¹⁵ VwSlg. 6682/1972.

²¹⁶ VwGH E 12. 10. 1972, 869/72; *Mannlicher - Quell* 818.

²¹⁷ VwGH E 22. 12. 1965, 645/65; *Mannlicher - Quell* 828. Das Gebot des § 45 Abs. 3 bezieht sich nicht nur auf den Beweisinhalt, sondern auch auf die Beweisquelle (E 10. 11. 1933, 869/33; *Mannlicher - Quell* 830 f.).

²¹⁸ VwGH E 23. 5. 1967, 25/67; *Mannlicher - Quell* 831.

²¹⁹ VwSlg. 8249 A/1972; E 17. 9. 1980, 2375/80; vgl. auch VfSlg. 4003/1961. Eine mittelbare Beweisaufnahme durch ersuchte Behörden ist möglich (§ 55 AVG). Dieser Ansicht ist wohl auch die EKMR: Appl. 1802/63 (CD 10, 26 [38]); *Peukert*, *Garantie* (FN 90) 256. Für das Verfahren vor unabhängigen Kollegialbehörden nach Art. 133 Z. 4 B-VG gelten nach der Judikatur des VfGH strengere Grundsätze: VfSlg. 4664/1964; *Pernthaler*, *Kollegialbehörden* (FN 76) 64.

²²⁰ Das Gutachten unterliegt der freien Beweiswürdigung und ist auf seine Schlüssigkeit zu prüfen (VwSlg. 2778 A/1952; *Mannlicher - Quell* 827).

²²¹ VwSlg. 5954 A/1963; *Mannlicher - Quell* 823 C 35.

²²² VwGH E 7. 5. 1965, 1574/64; *Mannlicher - Quell* 825 C 49. Ähnliche Fragen spielten im Fall Winterwerp eine Rolle (EGMR, Urteil v. 24. 10. 1979, Z. 58 ff. EuGRZ 1979, 650 [656]).

²²³ Diese sind entweder der Behörde beigegeben, oder es handelt sich um Sachverständige anderer (insb. Ober-)behörden, deren Tätigkeit nach der Rechtslage in Anspruch genommen werden kann.

²²⁴ Die Weisungsgebundenheit der Amtssachverständigen ist umstritten (m. w. N. *Mayer*, *Der Begriff der „Anstaltsgutachten“ im Verwaltungsrecht*, ÖZV 1982, 1; bejahend VwGH E 25. 2. 1964, 1156/63; *Mannlicher - Quell* 839). Die Befolgung einer auf die Erstattung eines falschen Gutachtens zielenden Weisung ist wegen § 289 StGB aber zweifellos strafbar.

²²⁵ In diesem Sinne auch *Dellisch*, zur Reform des Verwaltungsstrafverfahrens, *AnwBl.* 1980, 3 (4).

²²⁶ Vgl. die in FN 224 zitierte Entscheidung. Der VfGH sah sogar die Person des Verhandlungsleiters mit jener des Amtssachverständigen als vereinbar an (VwSlg. 8189 A/1972).

²²⁷ Appl. 8876/80 (EuGRZ 1982, 309).

²²⁸ §§ 40 ff. AVG; manche Verwaltungsvorschriften sehen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zwingend vor.

²²⁹ Vgl. oben bei FN 136.

²³⁰ Zu den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit *Peukert*, *Garantie* (FN 90) 268 f. mit Hinweisen auf die Straßburger Praxis. Anders z. B. das schweizerische Militärkassationsgericht v. 21. 10. 1977, wonach Art. 6 Abs. 1 keine Mündlichkeit des Verfahrens vorschreibe; dazu *Wildhaber*, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 3 (1979) 235 (366).

²³¹ Nach VfSlg. 8512/1979 gebiete keine Vorschrift der Verfassung, „daß in Verwaltungsangelegenheiten . . . eine mündliche Verhandlung stattfindet.“ Im betreffenden Abgabenverfahren wurde die Anwendung des Art. 6 allerdings überhaupt abgelehnt. Der Grundsatz der Öffentlichkeit wird nach Ansicht des EGMR (Ringeisen-Urteil Z. 98, EGMRE Band 3, 96 f.) und des VfGH (VfSlg. 7208/1973) in Verfahren vor unabhängigen Kollegialbehörden durch den österreichischen Vorbehalt zu Art. 6 ausgeschlossen, obwohl sich dieser nur auf das gerichtliche Verfahren bezieht. Bezüglich aller anderen Verwaltungsverfahren rechtfertigt der VfGH die mangelnde Öffentlichkeit mit dem Hinweis auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

²³² Dazu *Matscher*, *Verfahrensgarantien* (FN 75) 30; *Melichar*,

l) Rechtsschutz

Die im AVG vorgesehenen ordentlichen (Berufung, Vorstellung gegen Mandate) und außerordentlichen *Rechtsmittel* (Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung) gehen über die Anforderungen der Konvention hinaus: Aus Art. 6 ergibt sich für die Vertragsstaaten keine Verpflichtung zur Einrichtung eines Rechtsmittelverfahrens; lediglich die Inanspruchnahme bestehender Rechtsmittel muß gewährleistet werden.²⁵⁵ Darüber hinaus ist der Konvention schon dann genüge getan, wenn den Garantien des Art. 6 erst in höherer Instanz entsprochen wird. Organisatorische und verfahrensrechtliche Mängel des *erstinstanzlichen* Verfahrens können daher im Rechtsmittelverfahren – jedenfalls im Hinblick auf Art. 6²⁵⁶ – saniert werden, sofern die übergeordnete Behörde zu einer vollständigen Beurteilung aller Sach- und Rechtsfragen berufen ist.²⁵⁷

VIII. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

An der österreichischen und europäischen Rechtsprechung wurde sichtbar, daß die *Spannungen* zwischen dem österreichischen Verwaltungsverfahrenrecht und den Organisations- und Verfahrensgarantien der Art. 5 und 6 EMRK – zumindest in Zivilsachen – nicht primär auf der Ebene der Verfahrensgestaltung liegen. Sie sind vielmehr darin begründet, daß nach der österreichischen Rechtsordnung den *Verwaltungsbehörden* einerseits *Kompetenzen* zukommen, die nach der Konvention unabhängigen *Tribunalen* vorzubehalten wären, wie vor allem die Verhängung von Freiheitsstrafen und die Durchführung von Verfahren in Straf- und (vereinzelt auch) Zivilsachen, und daß andererseits diese Verwaltungsentscheidungen nur einer auf Rechtsfragen beschränkten *kassatorischen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle* unterliegen. Auch punktuelle Widersprüche zwischen den Verfahrensgrundsätzen des Art. 6 Abs. 1 und dem AVG (z. B. Öffentlichkeit, Mündlichkeit) lassen sich auf die Besonderheiten eines *Verwaltungsverfahrens* zurückführen. Der VfGH, der in diesen Divergenzen keinen Widerspruch zur EMRK sieht, hat durch seine Rechtsprechung das Verwaltungsverfahren – zumindest vor nichtkollegialen Behörden – bis heute dem „Zugriff“ insbesondere des Art. 6 entzogen.

Während eine Verletzung des Art. 5 EMRK durch verwaltungsbehördliche Freiheitsentziehungen wegen des österreichischen *Vorbehalts* weitgehend ausgeschlossen ist, verlieren die vom VfGH gegen eine effektive Überprüfung von Verwaltungsverfahren an Art. 6 vorgebrachten Argumente (nachprüfende Kontrolle durch VwGH und VfGH, Ausdehnung des Vorbehalts auch auf Art. 6) angesichts zunehmender literarischer Kritik und einer geringer werdenden Abstützung durch die Straßburger Praxis an Überzeugungskraft; das Augenmerk muß sich daher heute auf konventionskonforme *Alternativen* zur bestehenden Rechtslage richten. Dabei zeigt sich, daß jede der diskutierten Lösungsvarianten mit ganz bestimmten Traditionen und Systemvorstellungen der österreichischen Rechtsordnung in Konflikt gerät:

– Die Forderung, alle dem Art. 6 unterliegenden Angelegenheiten in die Zuständigkeit *ordentlicher Gerichte* zu übertragen, beruht aus heutiger Sicht auf einem Mißverständnis, nämlich der Verquickung des Art. 6 mit traditionellen Vorstellungen von materieller Gewaltentrennung im Sinne einer Zuweisung aller Zivil- und Strafsachen in allen Instanzen an die Justiz.²⁵⁸ Zum einen decken sich die von Art. 6 erfaßten Sachbereiche nicht mit den „Zivil- und Strafrechtssachen“ des österreichischen Rechts, zum anderen sind mit den unabhängigen Tribunalen des Art. 6 Abs. 1 keineswegs nur die ordentlichen Gerichte i. S. d. B-VG gemeint; die nötige Unabhängigkeit kann – wie die Beurteilung der gemischten Kollegialbehörden gezeigt hat – auch Verwaltungsbehörden zukommen. Überdies verlangt Art. 6 keine erstinstanzliche Zuständigkeit von Tribunalen, solange

nur in höherer Instanz ein Tribunal in der Sache entscheidet.²⁵⁹ Der Ruf nach einer erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit in allen Art. 6-Materien läßt sich daher aus der Konvention nicht ableiten; wegen der weiten Auslegung des civil rights-Begriffs würde diese Lösung auch dazu führen, daß weite Bereiche des öffentlichen Rechts der Verwaltung entzogen und in die Zuständigkeit der ohnehin überlasteten Gerichte überwechselt würden, welche wohl nur in den seltensten Fällen die zur Vollziehung dieser Angelegenheiten erforderlichen Voraussetzungen aufweisen würden. Die Einsetzung ordentlicher Gerichte als Rechtsmittelinstanzen gegenüber Verwaltungsentscheidungen wäre überdies noch verfassungsrechtlich unzulässig.²⁶⁰

– Eine andere Möglichkeit wurde in der Errichtung einer unabhängigen *Verwaltungsrechtsprechung* in der Form gesehen, daß in allen Zivil- und Strafsachen i. S. d. Art. 6 Abs. 1 unabhängige Kollegialbehörden meritorisch zu entscheiden hätten.²⁶¹ Dies würde eine konsequente Fortsetzung des vom EGMR durch die Einstufung solcher Behörden als Tribunale vorgezeichneten Weges der Verwirklichung eines konventionskonformen Rechtsschutzes auf der *Verwaltungsebene* bedeuten. Allerdings darf man die Realisierungschancen einer solchen Lösung nicht zu hoch veranschlagen, da die „*Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag*“ seit jeher eine der meistumstrittenen Organisationsformen darstellen und vielen Autoren geradezu als Ort unkontrollierter Verwaltungstätigkeit und behördlicher Willkür erscheinen.²⁶²

– Wichtige Impulse könnte Art. 6 schließlich für eine Neugestaltung der *Verwaltungsgerichtsbarkeit*²⁶³ entfalten und damit justizstaatlichen Tendenzen Auftrieb geben, die seit 1848 nie ganz verstummt sind.²⁶⁴ Es verdient in diesem

²⁵⁵ Zuletzt EKMR Appl. 8675/79: kein Recht auf Berufungsverfahren; Appl. 8818/79: kein Recht auf Wiederaufnahme (beide EuGRZ 1982, 264); m. w. N. *Peukert*, Garantie (FN 90) 254. Vgl. in diesem Zusammenhang §§ 58 Abs. 1 und 61 AVG, wonach Bescheide eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten haben. Seit BGBl. 1982/199 ist bei letztinstanzlichen Bescheiden auch auf die Möglichkeit einer Beschwerde bei VfGH und VwGH hinzuweisen (§ 61a).

²⁵⁶ Nach der Judikatur kommt eine solche Sanierung auch bei Verletzungen verschiedener Bestimmungen des AVG in Frage; vgl. z. B. VwGH E 25. 1. 1979, 2189/77 (Parteiengehör); VfSlg. 5236/1966 (örtliche Zuständigkeit).

²⁵⁷ M. w. N. *Kopetzki*, Aspekte (FN 79) 472.

²⁵⁸ Vgl. für viele *Rosenzweig*, Entwicklung (FN 129) 45 ff; *Ent*, Neue Entwicklungen auf dem Gebiet des Familien- und des Personenstandsrechts, ÖStA 1977, 86 (89).

²⁵⁹ Darauf wies schon *Schäffer*, Zivilechtsbegriff (FN 21) 517, hin.

²⁶⁰ Vgl. oben II. Verfassungsrechtlich zulässig wäre eine sukzessive Zuständigkeit von Gerichten nach Einspruch gegen die Verwaltungsentscheidung; dazu *Walter*, Aspekte (FN 60) 40.

²⁶¹ Für eine solche Lösung *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76), insb. 71 ff., 94. In Strafsachen wäre an die Einrichtung der in Art. 11 Abs. 5 B-VG programmatisch vorgesehenen Verwaltungsstrafsenate zu denken (*Walter*, Aspekte 37 f.; *Adamovich*, 4. ÖJT 1970, II/1, 36; *Stobanzl*, 4. ÖJT 1970, II/1, 59), wogegen freilich föderalistische Erwägungen ins Treffen geführt werden können.

²⁶² Zur Auseinandersetzung um diese Kollegialbehörden *Pernthaler*, Kollegialbehörden 11 ff. und die Besprechung von *Funk*, ZfV 1980, 20. *R. Novak* machte auf die Gefahr eines schleichenden Abbaus der hierarchischen Strukturen der Verwaltung durch einen Ausbau der Art. 133 Z. 4-Tribunale aufmerksam (Erfordernisse [FN 76] 92); *M. Nowak*, Erfüllt Österreich seine Verpflichtungen nach dem UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte? EuGRZ 1981, 513 (518).

²⁶³ Die Tätigkeit der gemischten Kollegialbehörden wird herkömmlicherweise nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet.

²⁶⁴ Vgl. § 182 der Frankfurter Verfassung 1848: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte“.

Zusammenhang erwähnt zu werden, daß die ursprüngliche Gesetzesvorlage über den Verwaltungsgerichtshof die Idee eines Kassationshofes ablehnte und mit Selbstverständlichkeit davon ausging, daß dem VwGH eine *meritorische* Entscheidungsbefugnis zukommen müsse.²⁶⁵ Erst im Zuge heftiger Auseinandersetzungen um die „wahre“ Gewaltentrennung²⁶⁶ kam es 1876 mit dem Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtshofgesetzes zu jener Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit auf die kassatorische Funktion, die bis heute als Systemmerkmal österreichischer Verwaltungsgerichtsbarkeit gilt. Seither wurde in der Literatur unter Berufung auf einen effektiveren Rechtsschutz und jüngst wiederholt auch mit dem Hinweis auf Art. 6 EMRK der Ruf nach einer Erweiterung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle in Richtung auf eine eigene Sachverhaltsfeststellung und eine reformatorische Entscheidungsbefugnis laut.²⁶⁷

Welche Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Gewährleistung eines in allen Punkten dem Art. 6 entsprechenden Rechtsschutzes im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden erforderlich wären, bedarf freilich noch eingehender Analyse. Zweifellos nicht im Einklang mit der Konvention stehen die grundsätzliche Sachverhaltsbindung des VwGH sowie die weitgehenden Möglichkeiten eines Ausschlusses der Öffentlichkeit. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage eines Übergangs vom heutigen System der Kassation zu einer *reformatorischen Entscheidungsbefugnis*. Es wäre eine vorschnelle Isolierung von Einzelaspekten, wollte man dem Art. 6 eine undifferenzierte Parteinahme für eines der beiden Modelle unterstellen: Zum einen sind zwischen den Extremen einer reinen Kassation und einer vollen Reformation Zwischenpositionen denkbar, deren Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes nur im Zusammenhang mit anderen Prinzipien der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsverfahrens sinnvoll ist.²⁶⁸ Zum anderen läßt die EMRK dem nationalen Gesetzgeber einen gewissen Entscheidungsspielraum, innerhalb dessen Rahmen traditionsreiche Besonderheiten einzelner Rechtssysteme nicht schon deshalb einen Widerspruch zur Kon-

vention bedeuten, weil der Mehrheit der Vertragsstaaten vergleichbare Einrichtungen möglicherweise fremd sind. Freilich wird eine tiefgreifende, der Idee eines internationalen „ordre public“ entgegenstehende Abweichung vom „europäischen Standard“ nur dann als konventionskonform anzusehen sein, wenn es sich um *gleichwertige* Rechtsschutzalternativen handelt. Der EGMR, der sich dieser Problematik nur in wenigen Fällen und mit bemerkenswerter Vorsicht näherte,²⁶⁹ ließ einen Vorrang einzelner nationaler Überlieferungen gegenüber dem allgemeinen Standard der EMRK jedenfalls nur in besonderen Ausnahmefällen zu, die man für Österreich im vorliegenden Fall wohl schwerlich wird reklamieren können.²⁷⁰

²⁶⁵ Dazu *Winkler*, Entscheidungsbefugnis (FN 8) 111; *Walter*, Kassatorische oder reformatorische Entscheidung? FS VwGH (1976) 391.

²⁶⁶ Vgl. die anschauliche Darstellung von *Winkler*, Entscheidungsbefugnis 109 f.

²⁶⁷ Vgl. für viele *Grünwald*, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (1875) 21, 128; *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I² (1914) 162. Unter Berufung auf die EMRK *Rosenzweig*, Lücken der Rechtsstaatlichkeit, Stb. 1965/12, 1; *ders.*, Menschenrechte und Verwaltungsgerichtshof, AnwBl. 1974, 71; Beschluß der österreichischen Juristenkommission vom 18. 5. 1973 (AnwBl. 1974, 89); *Klecatsky*, Vortragsbericht, RZ 1973, 8; *Walter*, Aspekte (FN 60) 38 f.; *ders.*, Entscheidung (FN 265) 402 ff; *M. Nowak*, Erfüllt Österreich seine Verpflichtungen nach dem UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte? EuGRZ 1981, 513 (518).

²⁶⁸ Dazu *Walter*, Entscheidung 392 ff.; *Melichar*, Verwaltungsverfahren (FN 174) 183 ff.

²⁶⁹ Dazu grundlegend *Ganshof van der Meersch*, La référence au droit interne des états contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Revue internationale de droit comparé 1980, 317, insb. 326 f.; *Scheuner*, Die Fortbildung der Grundrechte in internationalen Konventionen durch die Rechtsprechung, FS Schlochauer (1981) 899 (918 ff.).

²⁷⁰ *A. M. Rasenack*, Determinations (FN 14) 70 f., der – wie auch der VfGH – eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch ein Kassationsgericht in Zivilsachen für ausreichend hält.

2. Entscheidungen

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Straßburg

Urteil vom 10. Februar 1983 – Fall Albert und Le Compte gegen Belgien

Disziplinarverfahren gegen belgische Ärzte verletzt das Öffentlichkeitsgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK / Fall Albert und Le Compte (Bestätigung und Fortführung der bisherigen Rechtsprechung)

Vormerkung:

Verfassungssätze: Art. 3, 6, 11, 50 EMRK

Bei dem jetzt vom EGMR entschiedenen Fall handelt es sich um das zweite Verfahren belgischer Ärzte gegen die Pflichtmitgliedschaft in der belgischen Ärztekammer und – vor allem – gegen das Disziplinarverfahrensrecht der ärztlichen Standesgerichtsbarkeit in Belgien.

Im ersten Verfahren, an dem auch einer der beiden jetzigen Beschwerdeführer (Bf.), Dr. Herman Le Compte, beteiligt war, hat der EGMR in seinem Urteil vom 23. Juni 1981 (EuGRZ 1981, 551 ff.) eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK festgestellt, da das Verfahren vor der ärztlichen Standesgerichtsbarkeit und – im Kassationsrechtszug – vor dem belgischen Kassationshof insgesamt gesehen nicht den Anforderungen an ein öffentliches Verfahren entsprochen hatte. Die weitergehenden Rügen der seinerzeitigen Bf. – insbesondere auch gegen die Pflichtmitgliedschaft in der Ärztekammer, gestützt auf Art. 11 EMRK – wurden dagegen zurückgewiesen.

Die vorliegende Entscheidung weist in Sachverhalt und tragenden Gründen zahlreiche Parallelen zu dem ersten Urteil des EGMR auf, ohne mit diesem völlig identisch zu sein.

Sachverhalt:

(Übersetzung der EuGRZ)¹

A. Dr. Albert

«8. Dr. Alfred Albert ist Arzt. Er wurde im Jahre 1908 geboren, besitzt die belgische Staatsangehörigkeit und wohnt in Molenbeek.

9. Durch Schreiben vom 9. April 1974 setzte der Provinzialrat der Ärztekammer von Brabant ihn von der Eröffnung einer gegen ihn gerichteten Untersuchung in Kenntnis; er lud Dr. Albert für den 8. Mai zur Geschäftsstelle vor, wo er zu einer Reihe von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die er ausgestellt hatte, Stellung nehmen sollte. Zugleich forderte der Provinzialrat ihn auf, hierbei die Akten über die betreffenden Patienten mitzubringen.

Der Bf. erschien zum Termin, wo er von der Geschäftsstelle des Provinzialrates erfuhr, daß man ihm vorwarf, Gefälligkeitsbescheinigungen ausgestellt zu haben.

Am 16. Mai sandte der Vorsitzende des Provinzialrates einen Einschreibebrief an Dr. Albert, in dem es hieß: (. . .)»

(In diesem Brief werden die Vorwürfe gegen Dr. Albert detailliert erläutert.)

¹ Die Entscheidung liegt in französischer und englischer Sprache vor. Die Übersetzung erfolgt nach dem – verbindlichen – französischen Text.

l) Rechtsschutz

Die im AVG vorgesehenen ordentlichen (Berufung, Vorstellung gegen Mandate) und außerordentlichen *Rechtsmittel* (Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung) gehen über die Anforderungen der Konvention hinaus: Aus Art. 6 ergibt sich für die Vertragsstaaten keine Verpflichtung zur Einrichtung eines Rechtsmittelverfahrens; lediglich die Inanspruchnahme bestehender Rechtsmittel muß gewährleistet werden.²⁵⁵ Darüber hinaus ist der Konvention schon dann genüge getan, wenn den Garantien des Art. 6 erst in höherer Instanz entsprochen wird. Organisatorische und verfahrensrechtliche Mängel des *erstinstanzlichen* Verfahrens können daher im Rechtsmittelverfahren – jedenfalls im Hinblick auf Art. 6²⁵⁶ – saniert werden, sofern die übergeordnete Behörde zu einer vollständigen Beurteilung aller Sach- und Rechtsfragen berufen ist.²⁵⁷

VIII. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

An der österreichischen und europäischen Rechtsprechung wurde sichtbar, daß die *Spannungen* zwischen dem österreichischen Verwaltungsverfahrenrecht und den Organisations- und Verfahrensgarantien der Art. 5 und 6 EMRK – zumindest in Zivilsachen – nicht primär auf der Ebene der Verfahrensgestaltung liegen. Sie sind vielmehr darin begründet, daß nach der österreichischen Rechtsordnung den *Verwaltungsbehörden* einerseits *Kompetenzen* zukommen, die nach der Konvention unabhängigen *Tribunalen* vorzubehalten wären, wie vor allem die Verhängung von Freiheitsstrafen und die Durchführung von Verfahren in Straf- und (vereinzelt auch) Zivilsachen, und daß andererseits diese Verwaltungsentscheidungen nur einer auf Rechtsfragen beschränkten *kassatorischen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle* unterliegen. Auch punktuelle Widersprüche zwischen den Verfahrensgrundsätzen des Art. 6 Abs. 1 und dem AVG (z. B. Öffentlichkeit, Mündlichkeit) lassen sich auf die Besonderheiten eines *Verwaltungsverfahrens* zurückführen. Der VfGH, der in diesen Divergenzen keinen Widerspruch zur EMRK sieht, hat durch seine Rechtsprechung das Verwaltungsverfahren – zumindest vor nichtkollegialen Behörden – bis heute dem „Zugriff“ insbesondere des Art. 6 entzogen.

Während eine Verletzung des Art. 5 EMRK durch verwaltungsbehördliche Freiheitsentziehungen wegen des österreichischen *Vorbehalts* weitgehend ausgeschlossen ist, verlieren die vom VfGH gegen eine effektive Überprüfung von Verwaltungsverfahren an Art. 6 vorgebrachten Argumente (nachprüfende Kontrolle durch VwGH und VfGH, Ausdehnung des Vorbehalts auch auf Art. 6) angesichts zunehmender literarischer Kritik und einer geringer werdenden Abstützung durch die Straßburger Praxis an Überzeugungskraft; das Augenmerk muß sich daher heute auf konventionskonforme *Alternativen* zur bestehenden Rechtslage richten. Dabei zeigt sich, daß jede der diskutierten Lösungsvarianten mit ganz bestimmten Traditionen und Systemvorstellungen der österreichischen Rechtsordnung in Konflikt gerät:

– Die Forderung, alle dem Art. 6 unterliegenden Angelegenheiten in die Zuständigkeit *ordentlicher Gerichte* zu übertragen, beruht aus heutiger Sicht auf einem Mißverständnis, nämlich der Verquickung des Art. 6 mit traditionellen Vorstellungen von materieller Gewaltentrennung im Sinne einer Zuweisung aller Zivil- und Strafsachen in allen Instanzen an die Justiz.²⁵⁸ Zum einen decken sich die von Art. 6 erfaßten Sachbereiche nicht mit den „Zivil- und Strafrechtssachen“ des österreichischen Rechts, zum anderen sind mit den unabhängigen Tribunalen des Art. 6 Abs. 1 keineswegs nur die ordentlichen Gerichte i. S. d. B-VG gemeint; die nötige Unabhängigkeit kann – wie die Beurteilung der gemischten Kollegialbehörden gezeigt hat – auch Verwaltungsbehörden zukommen. Überdies verlangt Art. 6 keine erstinstanzliche Zuständigkeit von Tribunalen, solange

nur in höherer Instanz ein Tribunal in der Sache entscheidet.²⁵⁹ Der Ruf nach einer erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit in allen Art. 6-Materien läßt sich daher aus der Konvention nicht ableiten; wegen der weiten Auslegung des civil rights-Begriffs würde diese Lösung auch dazu führen, daß weite Bereiche des öffentlichen Rechts der Verwaltung entzogen und in die Zuständigkeit der ohnehin überlasteten Gerichte überwechselt würden, welche wohl nur in den seltensten Fällen die zur Vollziehung dieser Angelegenheiten erforderlichen Voraussetzungen aufweisen würden. Die Einsetzung ordentlicher Gerichte als Rechtsmittelinstanzen gegenüber Verwaltungsentscheidungen wäre überdies noch verfassungsrechtlich unzulässig.²⁶⁰

– Eine andere Möglichkeit wurde in der Errichtung einer unabhängigen *Verwaltungsrechtsprechung* in der Form gesehen, daß in allen Zivil- und Strafsachen i. S. d. Art. 6 Abs. 1 unabhängige Kollegialbehörden meritorisch zu entscheiden hätten.²⁶¹ Dies würde eine konsequente Fortsetzung des vom EGMR durch die Einstufung solcher Behörden als Tribunale vorgezeichneten Weges der Verwirklichung eines konventionskonformen Rechtsschutzes auf der *Verwaltungsebene* bedeuten. Allerdings darf man die Realisierungschancen einer solchen Lösung nicht zu hoch veranschlagen, da die „*Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag*“ seit jeher eine der meistumstrittenen Organisationsformen darstellen und vielen Autoren geradezu als Ort unkontrollierter Verwaltungstätigkeit und behördlicher Willkür erscheinen.²⁶²

– Wichtige Impulse könnte Art. 6 schließlich für eine Neugestaltung der *Verwaltungsgerichtsbarkeit*²⁶³ entfalten und damit justizstaatlichen Tendenzen Auftrieb geben, die seit 1848 nie ganz verstummt sind.²⁶⁴ Es verdient in diesem

²⁵⁵ Zuletzt EKMR Appl. 8675/79: kein Recht auf Berufungsverfahren; Appl. 8818/79: kein Recht auf Wiederaufnahme (beide EuGRZ 1982, 264); m. w. N. *Peukert*, Garantie (FN 90) 254. Vgl. in diesem Zusammenhang §§ 58 Abs. 1 und 61 AVG, wonach Bescheide eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten haben. Seit BGBl. 1982/199 ist bei letztinstanzlichen Bescheiden auch auf die Möglichkeit einer Beschwerde bei VfGH und VwGH hinzuweisen (§ 61a).

²⁵⁶ Nach der Judikatur kommt eine solche Sanierung auch bei Verletzungen verschiedener Bestimmungen des AVG in Frage; vgl. z. B. VwGH E 25. 1. 1979, 2189/77 (Parteiengehör); VfSlg. 5236/1966 (örtliche Zuständigkeit).

²⁵⁷ M. w. N. *Kopetzki*, Aspekte (FN 79) 472.

²⁵⁸ Vgl. für viele *Rosenzweig*, Entwicklung (FN 129) 45 ff; *Ent*, Neue Entwicklungen auf dem Gebiet des Familien- und des Personenstandsrechts, ÖStA 1977, 86 (89).

²⁵⁹ Darauf wies schon *Schäffer*, Zivilrechtsbegriff (FN 21) 517, hin.

²⁶⁰ Vgl. oben II. Verfassungsrechtlich zulässig wäre eine sukzessive Zuständigkeit von Gerichten nach Einspruch gegen die Verwaltungsentscheidung; dazu *Walter*, Aspekte (FN 60) 40.

²⁶¹ Für eine solche Lösung *Pernthaler*, Kollegialbehörden (FN 76), insb. 71 ff., 94. In Strafsachen wäre an die Einrichtung der in Art. 11 Abs. 5 B-VG programmatisch vorgesehenen Verwaltungsstrafsenate zu denken (*Walter*, Aspekte 37 f.; *Adamovich*, 4. ÖJT 1970, II/1, 36; *Stobanzl*, 4. ÖJT 1970, II/1, 59), wogegen freilich föderalistische Erwägungen ins Treffen geführt werden können.

²⁶² Zur Auseinandersetzung um diese Kollegialbehörden *Pernthaler*, Kollegialbehörden 11 ff. und die Besprechung von *Funk*, ZfV 1980, 20. *R. Novak* machte auf die Gefahr eines schleichenden Abbaus der hierarchischen Strukturen der Verwaltung durch einen Ausbau der Art. 133 Z. 4-Tribunale aufmerksam (Erfordernisse [FN 76] 92); *M. Nowak*, Erfüllt Österreich seine Verpflichtungen nach dem UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte? EuGRZ 1981, 513 (518).

²⁶³ Die Tätigkeit der gemischten Kollegialbehörden wird herkömmlicherweise nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet.

²⁶⁴ Vgl. § 182 der Frankfurter Verfassung 1848: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte“.

Zusammenhang erwähnt zu werden, daß die ursprüngliche Gesetzesvorlage über den Verwaltungsgerichtshof die Idee eines Kassationshofes ablehnte und mit Selbstverständlichkeit davon ausging, daß dem VwGH eine *meritorische* Entscheidungsbefugnis zukommen müsse.²⁶⁵ Erst im Zuge heftiger Auseinandersetzungen um die „wahre“ Gewaltentrennung²⁶⁶ kam es 1876 mit dem Inkrafttreten des Verwaltungsgerichtshofgesetzes zu jener Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit auf die kassatorische Funktion, die bis heute als Systemmerkmal österreichischer Verwaltungsgerichtsbarkeit gilt. Seither wurde in der Literatur unter Berufung auf einen effektiveren Rechtsschutz und jüngst wiederholt auch mit dem Hinweis auf Art. 6 EMRK der Ruf nach einer Erweiterung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle in Richtung auf eine eigene Sachverhaltsfeststellung und eine reformatorische Entscheidungsbefugnis laut.²⁶⁷

Welche Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Gewährleistung eines in allen Punkten dem Art. 6 entsprechenden Rechtsschutzes im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden erforderlich wären, bedarf freilich noch eingehender Analyse. Zweifellos nicht im Einklang mit der Konvention stehen die grundsätzliche Sachverhaltsbindung des VwGH sowie die weitgehenden Möglichkeiten eines Ausschlusses der Öffentlichkeit. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage eines Übergangs vom heutigen System der Kassation zu einer *reformatorischen Entscheidungsbefugnis*. Es wäre eine vorschnelle Isolierung von Einzelaspekten, wollte man dem Art. 6 eine undifferenzierte Parteinahme für eines der beiden Modelle unterstellen: Zum einen sind zwischen den Extremen einer reinen Kassation und einer vollen Reformation Zwischenpositionen denkbar, deren Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes nur im Zusammenhang mit anderen Prinzipien der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsverfahrens sinnvoll ist.²⁶⁸ Zum anderen läßt die EMRK dem nationalen Gesetzgeber einen gewissen Entscheidungsspielraum, innerhalb dessen Rahmen traditionsreiche Besonderheiten einzelner Rechtssysteme nicht schon deshalb einen Widerspruch zur Kon-

vention bedeuten, weil der Mehrheit der Vertragsstaaten vergleichbare Einrichtungen möglicherweise fremd sind. Freilich wird eine tiefgreifende, der Idee eines internationalen „ordre public“ entgegenstehende Abweichung vom „europäischen Standard“ nur dann als konventionskonform anzusehen sein, wenn es sich um *gleichwertige* Rechtsschutzalternativen handelt. Der EGMR, der sich dieser Problematik nur in wenigen Fällen und mit bemerkenswerter Vorsicht näherte,²⁶⁹ ließ einen Vorrang einzelner nationaler Überlieferungen gegenüber dem allgemeinen Standard der EMRK jedenfalls nur in besonderen Ausnahmefällen zu, die man für Österreich im vorliegenden Fall wohl schwerlich wird reklamieren können.²⁷⁰

²⁶⁵ Dazu *Winkler*, Entscheidungsbefugnis (FN 8) 111; *Walter*, Kassatorische oder reformatorische Entscheidung? FS VwGH (1976) 391.

²⁶⁶ Vgl. die anschauliche Darstellung von *Winkler*, Entscheidungsbefugnis 109 f.

²⁶⁷ Vgl. für viele *Grünwald*, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (1875) 21, 128; *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I² (1914) 162. Unter Berufung auf die EMRK *Rosenzweig*, Lücken der Rechtsstaatlichkeit, Stb. 1965/12, 1; *ders.*, Menschenrechte und Verwaltungsgerichtshof, AnwBl. 1974, 71; Beschluß der österreichischen Juristenkommission vom 18. 5. 1973 (AnwBl. 1974, 89); *Klecatsky*, Vortragsbericht, RZ 1973, 8; *Walter*, Aspekte (FN 60) 38 f.; *ders.*, Entscheidung (FN 265) 402 ff; *M. Nowak*, Erfüllt Österreich seine Verpflichtungen nach dem UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte? EuGRZ 1981, 513 (518).

²⁶⁸ Dazu *Walter*, Entscheidung 392 ff.; *Melichar*, Verwaltungsverfahren (FN 174) 183 ff.

²⁶⁹ Dazu grundlegend *Ganshof van der Meersch*, La référence au droit interne des états contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Revue internationale de droit comparé 1980, 317, insb. 326 f.; *Scheuner*, Die Fortbildung der Grundrechte in internationalen Konventionen durch die Rechtsprechung, FS Schlochauer (1981) 899 (918 ff.).

²⁷⁰ *A. M. Rasenack*, Determinations (FN 14) 70 f., der – wie auch der VfGH – eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch ein Kassationsgericht in Zivilsachen für ausreichend hält.

2. Entscheidungen

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Straßburg

Urteil vom 10. Februar 1983 – Fall Albert und Le Compte gegen Belgien

Disziplinarverfahren gegen belgische Ärzte verletzt das Öffentlichkeitsgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK / Fall Albert und Le Compte (Bestätigung und Fortführung der bisherigen Rechtsprechung)

Vormerkung:

Verfassungssätze: Art. 3, 6, 11, 50 EMRK

Bei dem jetzt vom EGMR entschiedenen Fall handelt es sich um das zweite Verfahren belgischer Ärzte gegen die Pflichtmitgliedschaft in der belgischen Ärztekammer und – vor allem – gegen das Disziplinarverfahrensrecht der ärztlichen Standesgerichtsbarkeit in Belgien.

Im ersten Verfahren, an dem auch einer der beiden jetzigen Beschwerdeführer (Bf.), Dr. Herman Le Compte, beteiligt war, hat der EGMR in seinem Urteil vom 23. Juni 1981 (EuGRZ 1981, 551 ff.) eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK festgestellt, da das Verfahren vor der ärztlichen Standesgerichtsbarkeit und – im Kassationsrechtszug – vor dem belgischen Kassationshof insgesamt gesehen nicht den Anforderungen an ein öffentliches Verfahren entsprochen hatte. Die weitergehenden Rügen der seinerzeitigen Bf. – insbesondere auch gegen die Pflichtmitgliedschaft in der Ärztekammer, gestützt auf Art. 11 EMRK – wurden dagegen zurückgewiesen.

Die vorliegende Entscheidung weist in Sachverhalt und tragenden Gründen zahlreiche Parallelen zu dem ersten Urteil des EGMR auf, ohne mit diesem völlig identisch zu sein.

Sachverhalt:

(Übersetzung der EuGRZ)¹

A. Dr. Albert

«8. Dr. Alfred Albert ist Arzt. Er wurde im Jahre 1908 geboren, besitzt die belgische Staatsangehörigkeit und wohnt in Molenbeek.

9. Durch Schreiben vom 9. April 1974 setzte der Provinzialrat der Ärztekammer von Brabant ihn von der Eröffnung einer gegen ihn gerichteten Untersuchung in Kenntnis; er lud Dr. Albert für den 8. Mai zur Geschäftsstelle vor, wo er zu einer Reihe von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die er ausgestellt hatte, Stellung nehmen sollte. Zugleich forderte der Provinzialrat ihn auf, hierbei die Akten über die betreffenden Patienten mitzubringen.

Der Bf. erschien zum Termin, wo er von der Geschäftsstelle des Provinzialrates erfuhr, daß man ihm vorwarf, Gefälligkeitsbescheinigungen ausgestellt zu haben.

Am 16. Mai sandte der Vorsitzende des Provinzialrates einen Einschreibebrief an Dr. Albert, in dem es hieß: (. . .)»

(In diesem Brief werden die Vorwürfe gegen Dr. Albert detailliert erläutert.)

¹ Die Entscheidung liegt in französischer und englischer Sprache vor. Die Übersetzung erfolgt nach dem – verbindlichen – französischen Text.