

# BERICHTE UND URKUNDEN

## Art.6 EMRK und das österreichische Verwaltungsrechtsschutzsystem

### Zwei Leitentscheidungen des Verfassungsgerichtshofes

*Franz Merli\**

#### *1. Einleitung*

Am 14. Oktober 1987 hat der österreichische VfGH zwei Entscheidungen zu Art.6 EMRK gefällt, die nicht nur für die weitere Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzsystems des Landes von grundlegender Bedeutung sind, sondern auch das Spannungsverhältnis zwischen der österreichischen Rechtsordnung und den Anforderungen der EMRK im allgemeinen exemplarisch deutlich machen. Das eine Erkenntnis<sup>1</sup> betraf Disziplinarstrafen gegen Apotheker; seine Kernsätze lauten:

»Art.6 Abs.1 in Verbindung mit Art.5 Abs.1 lit.a EMRK verlangt, daß über die Stichhaltigkeit strafrechtlicher Anklagen ein Tribunal selbst entscheidet. Ein Tribunal, das den Organisationsgarantien des Art.6 EMRK entspricht, hat also ein den Verfahrensgarantien desselben Artikels entsprechendes Verfahren durchzuführen und auf Grund der Ergebnisse dieses Verfahrens selbst zur Strafe zu verurteilen. Das gilt – wie dargetan – auch für Disziplinarstrafen, sofern diese

---

\* Dr.iur., Universitäts-Assistent in Graz, z. Zt. mit einem Stipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung Gast am Institut.

Abkürzungen: ApKG = Apothekerkammergesetz; BGBl = (österreichisches) Bundesgesetzblatt; BlgNR = Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats; B-VG = Bundes-Verfassungsgesetz; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift; GP = Gesetzgebungsperiode; RGBl = (österreichisches) Reichsgesetzblatt; VfGH = Verfassungsgerichtshof; VfSlg = Amtliche Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes; VwGH = Verwaltungsgerichtshof.

<sup>1</sup> G 181/86 u. a., EuGRZ 1988, S.173.

auf Grund der Schwere der gesetzlich vorgesehenen Sanktionen und des ihnen innewohnenden strafrechtlichen Charakters von Art.6 Abs.1 EMRK erfaßt sind. Das bedeutet, daß das Urteil (Disziplinarerkenntnis) fällende Organ selbst ein Tribunal sein muß und daß die bloß nachprüfende Kontrolle durch ein Tribunal (etwa den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof) dem Art.6 Abs.1 EMRK nicht genügt.

Der anderen Entscheidung<sup>2</sup> lag eine Nachbarbeschwerde gegen die Erteilung einer Baugenehmigung zugrunde; hier befand der VfGH:

»Für den hier in Rede stehenden Bereich typischer öffentlich-rechtlicher Eingriffe in private Rechtsstellungen hält der Verfassungsgerichtshof an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, daß die (neben der Anrufbarkeit des Verfassungsgerichtshofs bestehende) Möglichkeit, Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu ergreifen, auch dem Anspruch auf Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht Genüge tut.«

## 2. Besonderheiten des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzsystems

In beiden Fällen ging es also um Inhalt und Reichweite des durch Art.6 Abs.1 EMRK eingeräumten Rechts auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges Gericht. Daß diese Frage in letzter Zeit geradezu zu einem Hauptproblem der Rechtsprechung des VfGH wie auch der Straßburger Instanzen in österreichischen Fällen wurde, liegt zunächst an einigen Eigenheiten der österreichischen Rechtsordnung<sup>3</sup>:

a) Auf der Grundlage eines rein organisatorischen Verständnisses der Gewaltenteilungsvorschriften des B-VG und der daraus folgenden Freiheit der Gesetzgebung, bestimmte Aufgaben den Gerichten oder aber Verwaltungsbehörden zu übertragen, entscheiden in Österreich Verwaltungsbehörden über Angelegenheiten, die anderswo den Gerichten vorbehalten sind: u. a. verhängen sie Freiheitsstrafen und befinden über die Zulässigkeit von Enteignungen.

b) Zur Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen ist nicht eine durchgängige Verwaltungsgerichtsbarkeit berufen; sie obliegt (nach Ausschöpfung von verwaltungsinternen Rechtsbehelfen) ausschließlich dem VfGH und dem VwGH. Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle ist dabei – vereinfacht gesagt – die Wahrung der Grundrechte, während der

VwGH die Verletzung sonstiger subjektiver Rechte prüft, wobei er allerdings an die Sachverhaltsfeststellung der Verwaltungsbehörde gebunden ist und auch nur kassatorisch entscheidet.

c) Diese Besonderheiten waren der Grund dafür, daß Österreich beim Beitritt zur EMRK den Vorbehalt abgab, daß

»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<sup>4</sup>.«

Die nicht gerade glückliche Formulierung zog in der Folge eine Reihe von Auslegungsproblemen nach sich; u. a. mußte der Vorbehalt interpretativ auf Art.6 EMRK ausgedehnt werden, da ihm ansonsten der *effet utile* versagt geblieben wäre<sup>5</sup>. Trotzdem gibt es Bereiche des Verwaltungsstrafrechts, die nicht dem Vorbehalt unterliegen, weil ihre Rechtsgrundlage eben nicht die Verwaltungsverfahrensgesetze bilden; und daß es jemals Schwierigkeiten bei den »zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen« geben könnte, war beim EMRK-Beitritt so unvorstellbar, daß man nicht einmal an die Abgabe eines entsprechenden Vorbehalts dachte. Genau um diese beiden Bereiche handelt es sich aber bei den besprochenen Entscheidungen.

d) Schließlich genießt die EMRK in Österreich Verfassungsrang<sup>6</sup>, so daß der Einzelne sich auf die durch die Konvention eingeräumten Rechte im Verfahren vor dem VfGH berufen kann. Bei der Auslegung der entsprechenden Bestimmungen gerät der VfGH damit zwangsläufig in das Spannungsfeld zwischen der innerstaatlichen Verfassungsrechtstradition und der »dynamischen« Rechtsprechung der Straßburger Instanzen. Für die Möglichkeiten und Grenzen einer Harmonisierungsstrategie aus der Sicht eines nationalen Höchstgerichts bilden die beiden Entscheidungen wohl Musterbeispiele.

<sup>4</sup> BGBl 1958/210.

<sup>5</sup> Zum Beispiel VfSlg 6275/1970, 7814/1976, 8685/1979, 9158/1981, 10.291/1984; Europäische Kommission für Menschenrechte Appl.1452/62 = Yearbook of the European Convention on Human Rights 1963, S.268; 8998/1980 = EuGRZ 1984, S.74 mit Anmerkung von W. Strasser; zusammenfassend Ch. Kopetzki, Zur Anwendbarkeit des Art.6 MRK im (österreichischen) Verwaltungsstrafverfahren, ZaöRV Bd.42 (1982), S.1.

<sup>6</sup> BGBl 1964/59.

<sup>2</sup> B 267/86, EuGRZ 1988, S.166.

<sup>3</sup> Ausführlicher Ch. Kopetzki, Art.5 und 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht, EuGRZ 1983, S.173 mit weiteren Nachweisen.

### 3. Strafrechtliche Anklagen

Das eine Erkenntnis erging aus Anlaß der Beschwerde von mehreren Apothekern, die wegen verschiedener Verstöße gegen ihre Standespflichten zu Geldstrafen verurteilt worden waren, zu denen in zwei Fällen noch das mehrjährige Verbot kam, eine Apotheke zu leiten bzw. den Apothekerberuf überhaupt auszuüben.

Rechtsgrundlage dafür bildete das Apothekerkammergesetz (ApKG), das die Entscheidung in Disziplinarangelegenheiten einem dreiköpfigen Disziplinarrat überträgt, dessen Mitglieder von Organen der Kammer bestellt werden. Die vom ApKG vorgesehene Berufung an den Disziplinarberufungssenat – dieser besteht aus drei Beamten des (damaligen<sup>7</sup>) Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz und zwei von der Kammer bestellten Mitgliedern – blieb im wesentlichen erfolglos. Gegen die entsprechenden Bescheide des Disziplinarberufungssenates erhoben die Betroffenen mit der Behauptung Verfassungsbeschwerde, sie seien in ihrem »Recht auf eine Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen durch ein Gericht« verletzt. Aus Anlaß dieser Beschwerden und auf Antrag des VfGH, der ähnliche Fälle zu behandeln hatte, prüfte der VfGH von Amts wegen Teile des ApKG auf ihre Verfassungsmäßigkeit und hob im Ergebnis die organisationsrechtlichen Grundlagen für den Disziplinarberufungssenat<sup>8</sup> als verfassungswidrig auf.

Die höchstgerichtliche Argumentation läßt sich zusammenfassend in vier Schritten darstellen:

<sup>7</sup> Das Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz wurde 1987 aufgelöst und der hier angesprochene Aufgabenbereich dem Bundeskanzleramt übertragen (Bundesministeriengesetz 1986 BGBl 76 in der Fassung BGBl 1987/78).

<sup>8</sup> Die entsprechende Bestimmung des §21 ApKG (BGBl 1947/152 in der Fassung BGBl 1957/173, 1981/564) lautete:

§ 21. (1) Gegen das Erkenntnis des Disziplinarrates sowie gegen einen Beschluß, mit dem die Einleitung des Disziplinarverfahrens abgelehnt wird, ist binnen zwei Wochen die Berufung zulässig.

(2) Die Berufung ist beim Disziplinarrat einzubringen, sie hat aufschiebende Wirkung.

(3) Über Berufungen entscheidet der Disziplinarberufungssenat beim Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz. Er besteht aus einem rechtskundigen Verwaltungsbeamten aus dem Stande des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz als Vorsitzenden, zwei Beamten aus dem Stande des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz, von denen einer rechtskundig sein muß, sowie aus zwei weiteren Beisitzern, von denen je einer von jedem der beiden Abteilungsausschüsse bestellt wird.

(4) Die Mitglieder des Disziplinarberufungssenates mit Ausnahme der von den Abteilungsausschüssen bestellten Mitglieder werden vom Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz bestimmt. Mitglieder des Disziplinarrates sowie des Vorstandes kön-

a) Der österreichische Vorbehalt zur EMRK umfaßt nicht Disziplinarverfahren, weil diese nicht die im Vorbehalt genannten Verwaltungsverfahrensgesetze zur Rechtsgrundlage haben.

b) Unter den Begriff »strafrechtliche Anklage« im Sinne des Art.6 EMRK können auch Disziplinarverfahren fallen. Entscheidend dafür ist nicht die Zuordnung zum Strafrecht durch die nationale Rechtsordnung, sondern die Schwere der möglichen Sanktionen, ihr präventiver und repressiver Zweck und das mit ihnen verbundene spezifische Unwerturteil. Jedenfalls bei den Verboten, eine Apotheke zu leiten oder überhaupt als Apotheker zu arbeiten, sind diese Bedingungen erfüllt. Auf die im Anlaßfall verhängte Strafe kommt es im Gesetzesprüfungsverfahren nicht an; ausschlaggebend ist die gesetzliche Strafdrohung.

c) Der Disziplinarberufungssenat ist kein unabhängiges Gericht (»Tribunal«) im Sinne des Art.6 EMRK, schon weil ihm Beamte angehören, von deren verfassungsrechtlicher Weisungsbindung keine Ausnahme statuiert wurde.

d) Die Beschwerdemöglichkeiten vor dem VfGH und dem VwGH können den mangelnden Tribunalcharakter des Disziplinarberufungssenates nicht ersetzen, weil die Höchstgerichte dessen Entscheidungen nur (im oben geschilderten begrenzten Rahmen) nachprüfen, nicht aber selbst in der Sache entscheiden. Daß jedoch über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage ein Tribunal selbst zu entscheiden hat, ergibt sich aus dem Zusammenhang von Art.6 Abs.1 mit der Bestimmung des Art.5 Abs.1 lit.a EMRK, die unstreitig die Verurteilung durch ein Gericht selbst verlangt, was auch die österreichischen Organe beim Konventionsbeitritt so gesehen haben – ansonsten wäre ja der Vorbehalt für das Verwaltungsstrafrecht »unter der ... nachprüfenden Kontrolle« durch den VfGH oder den VwGH überflüssig gewesen:

»Wenn es sich als notwendig erwies, den Vorbehalt zu Art.5 EMRK wegen des Zusammenhangs dieser Bestimmung mit Art.6 EMRK auf dessen Verfahrensgarantien auszudehnen, so muß umgekehrt angenommen werden, daß für den vom Vorbehalt nicht erfaßten Teil strafrechtlicher Sanktionen im Sinne der EMRK die (bloß) nachprüfende Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof oder Verfassungsgerichtshof nicht ausreicht«.

Das Ergebnis dieser vier Schritte faßt der VfGH so zusammen:

»Aus all dem folgt, daß dem ApKG zufolge eine nicht den Garantien des Art.6 EMRK entsprechende Behörde, nämlich der Disziplinarberufungssenat,

nen nicht Mitglieder des Disziplinarberufungssenates sein. Aufgehoben wurden Abs.3 zweiter Satz und Abs.4.

in vom österreichischen Vorbehalt zu Art.5 EMRK nicht erfaßten Strafsachen zu entscheiden hat, daß die nachprüfende Kontrolle durch den Verfassungs- und den Verwaltungsgerichtshof hier nicht ausreicht, um diesen Mangel zu ersetzen und daß daher die Organisation dieser Behörde regelnden, präjudiziellen Vorschriften dem auf Verfassungsstufe stehenden Art.6 EMRK widersprechen«.

Während die Feststellung, Disziplinarverfahren unterlägen nicht dem Vorbehalt, als einziger Punkt im Verfahren unstrittig blieb, und auch die unorthodoxe Argumentation der Bundesregierung, aus dem Gesamtzusammenhang des ApKG und den Prinzipien der Selbstverwaltung ergebe sich die Weisungsfreiheit der Mitglieder im Disziplinarberufungssenat, leicht zu entkräften war, liegt die eigentliche Bedeutung der Entscheidung in den Aussagen des VfGH zu den beiden anderen Punkten, denn sie stehen im Gegensatz zu seiner ständigen Judikatur.

Bisher hatte der VfGH die Anwendung des Art.6 EMRK auf Disziplinarangelegenheiten generell abgelehnt<sup>9</sup>. Die Abkehr von dieser Auslegung der »strafrechtlichen Anklage« folgt nun ausdrücklich der Rechtsprechung des EGMR (Fälle *Engel*, *Öztürk*, *Campbell* und *Fell*<sup>10</sup>), entwickelt sie jedoch noch etwas weiter: Während der EGMR bestimmte disziplinarrechtliche Maßnahmen im Militär- und Haftbereich (also in klassischen besonderen Gewaltverhältnissen) zum Strafrecht gezählt hatte, versteht der VfGH nun Disziplinarverstöße schlechthin als strafbare Handlungen im Sinne des Art.6, wenn Art und Schwere der Sanktion dafür sprechen; und als schwere Sanktionen gelten ihm nicht nur längere Freiheitsstrafen, sondern auch andere, die diesen »in der Schwere des Übels annähernd gleichkommen«, eben z.B. mehrjährige Berufsverbote. (Ob dazu auch Geldstrafen gehören können, bleibt offen).

Diese Weiterentwicklung ist konsequent und dem Fall angemessen. Vom Ergebnis her ebenfalls nachvollziehbar, in der Begründung allerdings etwas fragmentarisch wirkt die zweite neue – und für österreichische Ohren unerhört klingende – Feststellung der Entscheidung, daß nämlich die Kontrolle durch die Höchstgerichte dem europäischen Standard nicht genüge:

Der VfGH setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob die Verurteilung zu einer Haftstrafe im Art.5 Abs.1 *lit.a* möglicherweise ein engerer Begriff als jener der »strafrechtlichen Anklage« im Art.6 Abs.1 sei. Die

<sup>9</sup> Zum Beispiel VfSlg 4710/1964, 5033/1965, 5657/1968, 6239/1970, 7366/1974, 7907/1976; anders (im Sinne der besprochenen Entscheidung) inzwischen auch VfGH B 576/87 vom 26.11.1987 und G 145/87 vom 7.12.1987.

<sup>10</sup> EuGRZ 1976, S.221; 1985, S.62; 1985, S.534.

Berufung auf Art.5 Abs.1 *lit.a* dient ihm dazu, die »strafrechtlichen Anklagen« als einen besonderen Bereich herauszustellen, für den seine frühere ständige Rechtsprechung von der Unbedenklichkeit der nur nachprüfenden Kontrolle nicht gelte: diese (ihm von der Bundesregierung im Verfahren vorgehaltenen) Entscheidungen<sup>11</sup> bezogen sich nämlich auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen.

Im übrigen verweist der VfGH auf ein Erkenntnis aus dem Jahr 1984 zum (ebenfalls nicht unter den Vorbehalt fallenden) Finanzstrafverfahren<sup>12</sup>. Darin war er bereits von der jetzt explizit gemachten Rechtsmeinung ausgegangen, indem er die ausschließliche Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden zur Entscheidung über Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen als Verstoß gegen Art.6 gewertet hatte, ohne auf die nachprüfende Kontrolle durch die Höchstgerichte überhaupt einzugehen. Nun, wo er sich mit dieser Frage auch schriftlich beschäftigt, übergeht er allerdings die bedenkenswerten Einwände der Bundesregierung, die darauf hinweist, daß der VwGH unter dem Titel der Prüfung auf Verfahrensfehler ja doch auch Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung der Behörde kontrolliert (allenfalls zu diesem Zweck sogar selbst Beweise aufnimmt)<sup>13</sup>, und daß seine nur kassatorische Befugnis durch die Bindung der Behörde an seine Rechtsanschauung bei Erlassung des Ersatzbescheides wettgemacht wird.

Ein gewisses Unbehagen bleibt auch deshalb, weil der VwGH durch diese neue Rechtsprechung zu einer Rechtsschutzinstanz minderer Qualität gegenüber den sogenannten »Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag« abgewertet wird. Diese sind letztinstanzliche weisungsfreie Verwaltungsbehörden, denen mindestens ein Richter und meist mehrere Interessenvertreter von Verbänden angehören; ihre Entscheidungen können in der Regel vor dem VwGH nicht angefochten werden. Man mag nun diesem Behördentyp unter bestimmten Voraussetzungen Tribunalcharakter

<sup>11</sup> VfSlg 5100/1965, 5102/1965.

<sup>12</sup> VfSlg 10.291/1984 = EuGRZ 1985, S.85 mit Anmerkung von Ch. Kopetzki.

<sup>13</sup> Die Bundesregierung folgt hier K. Ringhofer, Der Sachverhalt im verwaltungsgerichtlichen Bescheidprüfungsverfahren, in: Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (1976), S.351; Ringhofer ist Vizepräsident des VfGH. Daß die Kontrolle der Beweiswürdigung trotzdem über eine Schlüssigkeitprüfung nicht hinausgeht und daher prinzipiell begrenzt ist, zeigt die Rechtsprechung des VwGH selbst am besten – vgl. zuletzt VwGH 87/18/0087 vom 5.11.1987: »Ob der Akt einer Beweiswürdigung richtig in dem Sinne ist, daß z.B. eine den Beschwerdeführer belastende Darstellung und nicht dessen Verantwortung den Tatsachen entspricht, kann der Verwaltungsgerichtshof auf Grund seiner eingeschränkten Prüfungsbefugnis in einem Verfahren über eine Bescheidbeschwerde nicht überprüfen«.

im Sinne des Art.6 EMRK attestieren, wie dies der VfGH und auch der EGMR getan haben<sup>14</sup>. Daß aber seine praktische Rechtsschutzqualität jene des VwGH übertrifft, dürfte nicht der allgemeinen Einschätzung entsprechen<sup>15</sup>.

Schließlich bleibt ausdrücklich offen, was vom eigentlichen Beschwerdevorbringen zu halten ist: ob nämlich die im ApKG vorgesehenen Strafen zivilrechtliche Ansprüche berühren und ob dann die nachprüfende Kontrolle Art.6 EMRK genügen würde. Daß dem VfGH die Antwort auf diese Frage nicht leicht gefallen wäre – und daß dies sein »Umsteigen« vom Zivilrecht auf das Strafrecht erklärt –, darf man aufgrund der zweiten Entscheidung vom selben Tag vermuten.

#### 4. Zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen

Im zweiten Erkenntnis ging es um Einwände von Nachbarn gegen die Erteilung einer Baugenehmigung, die im Verwaltungsinstanzenzug erfolglos geblieben waren. Die Verfassungsbeschwerde machte u.a. ebenfalls die Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht geltend. Der VfGH wies die Beschwerde als unbegründet ab; interessanter als das Ergebnis ist jedoch die aufwendige Begründung der Entscheidung, die in drei Teile zerfällt:

a) Zunächst rekonstruiert der VfGH die österreichische Auffassung zum Inhalt der »zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen« bei Beitritt zur Konvention (sie wurden im wesentlichen mit den traditionellen »bürgerlichen Rechtssachen« im Sinne des §1 Jurisdiktionsnorm gleichgesetzt), referiert dann seine bisherige Rechtsprechung, die »im Sinne der üblichen Abgrenzungsmethode« danach unterscheidet, ob es um Rechte und Pflichten der Bürger untereinander oder um die Stellung des Einzelnen gegenüber der Allgemeinheit geht, und weist schließlich darauf hin, daß die Unterscheidung bisher für ihn nicht von großer Bedeutung war, da er bis in die jüngste Zeit die Gerichtsgarantie ohnehin durch die Beschwerde-

möglichkeit beim VwGH erfüllt gefunden hatte. Da er nun aber für die strafrechtlichen Anklagen gegenteilig entschieden habe, stelle sich die Frage, ob dies auch für die zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen gelte. Hier nimmt die Begründung zunächst eine überraschende Wende, denn diese Frage

»ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beantworten. Denn um die Entscheidung über ein "civil right" im dargelegten Sinn handelt es sich hier nicht. Vielmehr ist die Versagung einer Baubewilligung ein hoheitlicher Eingriff im öffentlichen Interesse – ja geradezu der Prototyp eines solchen Eingriffs –, und die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen einschließlich der nötigen Abwägung gegenüber privaten Interessen die wesentliche Aufgabe der Verwaltung«.

b) Damit könnte der Fall schon erledigt sein, doch folgt nun eine ausführliche und grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Straßburger Organe (Fälle *Ringeisen*, *König*, *Sporrong* und *Lönneroth*, *Bentham*<sup>16</sup>), die der VfGH so zusammenfaßt:

»Diese Aussage[n] kann man – und muß man vielleicht – so verstehen, daß jede Entscheidung, die eine Beeinträchtigung des Eigentums oder eines sonstigen Privatrechtes im engeren Sinn (vgl. den Fall *Ringeisen*), aber auch einer sonstigen Rechtsstellung im privaten Bereich zur (unmittelbaren) Folge hat, ein "civil right" betreffen würde. Zieht man ferner in Betracht, daß gerade eine rechtsstaatliche Ordnung alles erlaubt – und darüber hinaus in mannigfaltiger Weise gegen Störungen durch andere absichert –, was nicht verboten ist, so daß selbst behördliche Genehmigungen nicht erst besondere Rechte einräumen, sondern nur die natürliche Freiheit des Verhaltens herstellen, und beschränkt man "civil rights" schließlich nicht auf den Bereich des Vermögens – was gewiß nicht die Absicht des Europäischen Gerichtshofes ist –, sondern schließt auch und vor allem die Person und die Freiheit des persönlichen Verhaltens mit ein, so bleiben bei dieser Auffassung nurmehr wenige staatliche Tätigkeiten, die nicht richterlichen Organen zur Entscheidung zugewiesen werden müßten«.

Die »geradezu umstürzenden Folgen der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes« malt der VfGH dann drastisch an die Wand:

»Stellt Art.6 Abs.1 EMRK tatsächlich solche Anforderungen, könnte der einfache Gesetzgeber sie nämlich nicht mehr erfüllen, weil sie eine einschneidende Änderung der österreichischen Staatsorganisation voraussetzen würden. Müßte alles durch ein Gericht (Tribunal) in der Sache selbst entschieden werden, was die private Sphäre im weiten Sinn dieser Rechtsprechung berührt, so müßten jedenfalls nicht nur im Baurecht, sondern auch im Gewerberecht, im Wasser-, Forst- und Bergrecht, im Straßenrecht, im Energierecht, im Preisrecht und im Devisen- und Außenhandelsrecht wie im Bank- und Versicherungswesen, in

<sup>14</sup> Zum Beispiel VfGH G 68/85 vom 17.10.1985 (zur Tiroler Grundverkehrskommission); EGMR 12/1985/98/146 (Fall *Ettl*).

<sup>15</sup> Vgl. z.B. L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht (3.Aufl. 1987), S. 346: »Die pluralistische Zusammensetzung, bei der neben Vertretern aus dem Richterstand und der Verwaltung auch Fachleute und Interessenvertreter als Mitglieder des Kollegiums stimmberechtigt sind, birgt in besonderem Maße die Gefahr einer Beeinträchtigung der Gesetzestreue des Entscheidungsverhaltens solcher Kommissionen in sich«. Zur Illustration mancher Praktiken in diesem Bereich aufschlußreich VfGH B 616/85, B 448/86 vom 1.12.1986 = (österreichische) Juristische Blätter 1987, S.511.

<sup>16</sup> Series A 13, Ziff.94 ff.; EuGRZ 1978, S.406; 1983, S.523; 1986, S.299.

Angelegenheiten der Heil- und Pflegeanstalten, der Ärzte und Apotheken, im Sanitäts- und Veterinärrecht, beim Natur- und Umweltschutz, in Jagd- und Fischereisachen und in Angelegenheiten der Landeskultur, kurz nahezu ausnahmslos Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten berufen werden. Denn für all diese Angelegenheiten ist die Entscheidung über Ansprüche und Verpflichtungen dieser Art so typisch, daß es bei einer Ausgliederung abgrenzbarer Teilbereiche nicht sein Bewenden haben könnte«.

Da wegen der verfassungsrechtlichen Verankerung des derzeitigen Rechtsschutzsystems (weitgehendes Monopol des nachprüfenden VfGH) eine gesetzliche Zuweisung aller dieser Angelegenheiten in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ebensowenig in Frage komme wie die Einrichtung einer instanzmäßig gegliederten Verwaltungsgerichtsbarkeit oder die durchgängige Berufung des VfGH zur Entscheidung in der Sache selbst, blieben nur zwei Auswege aus dem Dilemma: eine engere Interpretation der »zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen« oder eine Differenzierung nach Sachgebieten in der Weise, daß die traditionelle Ziviljustiz »gewissermaßen einen Kernbereich darstellen würde, für welchen ähnliches gilt wie für das Strafrecht« (also der Anspruch auf Entscheidung durch ein Gericht selbst), während außerhalb desselben eine wirksame, wenn auch nur nachprüfende Kontrolle nach dem Modell des VfGH ausreichen würde. Dies ist dann auch die Begründung für die eingangs zitierte Schlußfolgerung, wonach bei typisch öffentlich-rechtlichen Eingriffen in private Rechtsstellungen die Beschwerdemöglichkeit beim VfGH der Gerichtsgarantie des Art.6 EMRK genügt.

c) Vollends hypothetisch ist der letzte Teil der Begründung. Einen dritten Weg zu gehen, wäre ihm jedoch verwehrt, fügt der VfGH hinzu:

»Sollte ungeachtet aller genannten Bedenken der Konvention das Gebot zu unterstellen sein, daß Richter die Verwaltung nicht nur auf allfällige Fehler kontrollieren, sondern nach Durchführung völlig eigenständiger Verfahren im praktischen Ergebnis selbst führen müssen, wäre der Gerichtshof gleichwohl außerstande, eine Verletzung der österreichischen Bundesverfassung festzustellen. Die verfassungsrechtlich nachgerade gebotene Entscheidung der Angelegenheit durch eine Verwaltungsbehörde kann als solche weder eine Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes noch eine Rechtsverletzung durch Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm darstellen. Die Einrichtung einer Gerichtsbarkeit, die über die Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof hinaus nach eigener Sachverhaltsermittlung ihre Entscheidung anstelle der Behörden trifft, ist von Verfassungs wegen nicht erzwingbar«.

Den Abschluß der höchstgerichtlichen Ausführungen bilden Bemerkungen grundsätzlicher Art: Nachdem der VfGH schon vorher unter Verweis

auf das Sondervotum von Matscher im Fall *König*<sup>17</sup> festgestellt hat, die Rechtsprechung des EGMR erweise sich als »offene Rechtsfortbildung, die wohl erwogene Gründe haben mag, den Staaten aber Verpflichtungen auferlegt, die einzugehen sie niemals gewollt und erklärt haben«, meint er:

»Der Verfassungsgerichtshof sieht sich zwar grundsätzlich gehalten, der EMRK als Verfassungsnorm jenen Inhalt zu unterstellen, der ihr auch als internationalem Instrument zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zukommt. Er hat daher bei ihrer Auslegung insbesondere der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als dem zur Auslegung der EMRK zunächst berufenen Organ besonderes Gewicht einzuräumen. Er kann diese Haltung aber nicht unter allen Umständen einnehmen. Wie er an späteres Verfassungsrecht auch dann gebunden wäre, wenn sich aus ihm Änderungen gegenüber den Grundsätzen der EMRK ergeben würden, kann bestimmten Auslegungsergebnissen auch Staatsorganisationsrecht im Verfassungsrang entgegenstehen. Freilich unterstellt der Gerichtshof dem späteren Verfassungsrecht nach Möglichkeit einen Inhalt, der es mit der EMRK verträglich macht (vgl. zum System des Rundfunkrechts B 658/85 vom 27. Juni 1986). An die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Staatsorganisation ist der Gerichtshof aber auch im Falle eines Widerspruches zur Konvention gebunden. Stehen sie einer möglichen Auslegung der EMRK entgegen, kann er diese Auslegung seiner Entscheidung nicht zugrundelegen. Selbst wenn daher der Europäische Gerichtshof eine Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung in diesem Punkte annehmen sollte, könnte dieser Verstoß nur durch den Verfassungsgesetzgeber selbst geheilt werden.

Der Verfassungsgerichtshof möchte allerdings nicht versäumen darauf hinzuweisen, daß die dann anzunehmende Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung nach dem derzeitigen Stand seiner Überlegungen nur das Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung durch die Konventionsorgane sein könnte und sich daher die – hier nicht zu beantwortende – Frage stellen würde, ob nicht die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe auf verfassungsrechtlichem Gebiet an ein internationales Organ als Ausschaltung des Verfassungsgesetzgebers eine Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinne des Art.44 Abs.3 B-VG wäre und einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bedürft hätte«.

Die Begründung dieser Entscheidung wirft eine Reihe von Fragen auf. Wenn es sich um keine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen handelt, ist es eigentlich überflüssig, sich um die Qualität der nachprüfenden Kontrolle Sorgen zu machen. Nun ist zwar dem VfGH zu danken, daß

<sup>17</sup> EuGRZ 1978, S.422.

er sich entgegen früherer *splendid isolation*<sup>18</sup> mit der Straßburger Rechtsprechung auseinandersetzt, in der Schwebe bleibt allerdings, ob der zweite Teil der Begründung als echte Alternativargumentation oder als *obiter dictum* an die Adresse des EGMR zu verstehen ist. Daß der dritte Teil hypothetisch ist (und bleiben soll), wird dagegen mehr als deutlich.

Nicht in aller Konsequenz spricht der VfGH auch aus, was nun eigentlich den Unterschied zwischen der Entscheidung durch ein Gericht selbst und der nur nachprüfenden Kontrolle des VwGH ausmacht: Diese wurde im strafrechtlichen Bereich als zu begrenzt abgetan, ohne die Gegenargumente der Bundesregierung zu würdigen (siehe oben), für die zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen verwendet der VfGH jedoch genau diese Argumente, um darzulegen, daß das Verwaltungsgerichtshofgesetz bei »einem an der Verfassung orientierten Verständnis« dem VwGH eine Prüfungsbefugnis einräumt, die

»ungeachtet ihres bloß nachprüfenden, nicht auf einer Neudurchführung des Verfahrens beruhenden Charakters dem Gericht – nicht bloß theoretisch und abstrakt, sondern im Ergebnis auch wirksam – Gelegenheit gibt, sich von der Richtigkeit der Lösung sowohl der Tat- wie der Rechtsfrage zu überzeugen und sein Urteil über die Sache auch durchzusetzen«.

Unterschiede gibt es sicherlich<sup>19</sup>; nur wäre es schön gewesen zu erfahren, auf welche von ihnen es ankommt.

Abgesehen von diesen Kleinigkeiten bedarf es vielleicht noch einiger Erläuterungen, um den Grundkonflikt zu verdeutlichen, vor dem sich der VfGH hier sieht: daß nämlich – vereinfacht gesagt – Art.6 EMRK eine vollständige gerichtliche Kontrolle der Verwaltung zu verlangen scheint, das Organisationsrecht der österreichischen Bundesverfassung ihre Einrichtung aber verbietet. Diese Sichtweise und die höchstgerichtliche Reaktion darauf bauen auf mehreren Prämissen auf:

Nicht nur die Übertragung der Verwaltungskontrolle an die ordentlichen Gerichte und die Schaffung von Verwaltungsgerichten scheitern an den Bestimmungen des B-VG<sup>20</sup> (was unbestreitbar ist), sondern auch die Aufwertung des VwGH selbst zur vollen Entscheidungsinstanz in Tat- und Rechtsfrage ist »verfassungsrechtlich ausgeschlossen«. Diese Behauptung führt der VfGH nicht näher aus. Auf den Wortlaut des B-VG kann sie sich nicht stützen, denn von der Bindung des VwGH an den von der

<sup>18</sup> Belege bei F. Ermacora/M. Nowak/H. Tretter, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1982).

<sup>19</sup> Zusammenfassend K o p e t z k i (Anm.3), S.182; vgl. auch Anm.13.

<sup>20</sup> Zum Beispiel an Art.129 B-VG: »Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung ist der Verwaltungsgerichtshof in Wien berufen«.

Behörde festgestellten Sachverhalt und von der Beschränkung auf kassatorische Entscheidungen ist in den entsprechenden Bestimmungen nicht die Rede<sup>21</sup>. Nur wenn man diese Auslegung aus historischen und praktischen Gründen teilt, präsentiert sich die Frage als echter Normenkonflikt auf Verfassungsstufe.

Dieser Normenkonflikt ist nicht mit den üblichen Regeln von *lex posterior* und *lex specialis* (zugunsten der EMRK) zu lösen. Daß dem B-VG durch Art.6 EMRK teilweise derogiert worden wäre, schließt der VfGH mit dem beim Konventionsbeitritt erklärten Willen der österreichischen Organe aus, das eigene Verwaltungsrechtssystem ohne wesentliche Änderungen beizubehalten. Dieser Wille ist nicht zu bestreiten und als Auslegungsargument im innerstaatlichen Kontext auch stark genug. Weniger überzeugend wirkt allerdings die Bemerkung des VfGH, »daß die Einräumung von Grund- und Freiheitsrechten das Fehlen einer nach dem Gesamtkonzept der Bundesverfassung notwendigen Ermächtigung zur Einrichtung von Gerichten für den Bereich der Verwaltung nicht ersetzen kann«, denn es geht hier ja nicht um Grundrechte im allgemeinen, sondern um eine spezifische Gerichtsgarantie; die dem Grundrecht entsprechende Verpflichtung des Staates birgt eine Ermächtigung allemal in sich.

Ein interpretativ unauflösbarer Widerspruch in der Verfassung läßt dem VfGH keinen Raum zu einer Gesetzesaufhebung. Auch diese Feststellung begründet das Höchstgericht nicht weiter; und man kann an ihr aus formalen wie aus grundsätzlichen Überlegungen zweifeln: Wenn der VfGH einfach gesetzliche Bestimmungen (hier: der Bauordnung eines Landes) an Teilen der Verfassung (hier: Art.6 EMRK) mißt und einen Widerspruch feststellt, warum sollte er das Gesetz dann nicht aufheben? Daß eine verfassungskonforme Bereinigung der Situation schwierig oder ohne Verfassungsänderung nicht denkbar ist, muß kein Grund dafür sein; diese Sorgen könnte er ja dem Parlament überlassen. Vor allem aber: Muß ein Widerspruch in der Verfassung gerade ihren Hüter lähmen? Oder ist es dann nicht seine Aufgabe, über eine Gesetzesaufhebung den Verfassungsgeber zur Tätigkeit zu zwingen?

Teilt man die Prämissen des VfGH, dann wird freilich auch seine Schlußbemerkung verständlich: Das Dilemma, vor dem er steht, ist die Folge nicht des Konventionsbeitritts, sondern der rechtsfortbildenden Judikatur des EGMR. Diese wäre wiederum halb so »schlimm«, wenn sie nicht innerstaatlich anwendbares Verfassungsrecht fortbildete. Der

<sup>21</sup> Für den zweiten Punkt stellt der VfGH dies unter Verweis auf ein Vorerkenntnis (VfSlg 8202/1977) auch ausdrücklich fest.

»Fehler« liegt dann in der Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers, der EMRK Verfassungsrang einzuräumen. Diese Entscheidung könnte der VfGH rückgängig machen, indem er das entsprechende Bundesverfassungsgesetz aufhobe, weil es als Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht der notwendigen Volksabstimmung nach Art.44 Abs.3 B-VG<sup>22</sup> unterworfen wurde. Mit einer solchen Zurückstufung der EMRK wäre Österreich freilich nicht gedient (und die völkerrechtlichen Probleme blieben); es besteht auch kein Grund anzunehmen, daß dies im Sinne des VfGH wäre – die Schlußpassage läßt sich daher am ehesten als Wink mit dem Zaunpfahl in Richtung EGMR verstehen.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß sich der VfGH als innerstaatliches Organ im Konfliktfall auf die Seite der tradierten österreichischen Verfassungsordnung geschlagen, die Auseinandersetzung mit der Straßburger Rechtsprechung aber nicht gescheut, sondern zwar hypothetisch, aber gründlich und folgenbewußt geführt hat. Mag der VfGH an manchen Stellen auch wie das Kaninchen vor der Schlange wirken – einen Ausweg aus dieser Situation hat er doch gewiesen: Wenn schon der Begriff der »zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen« ausgedehnt wird, könnte man sich wenigstens in seinem Randbereich mit einer nachprüfenden Kontrolle nach der Art des österreichischen VwGH zufriedengeben. An wen sich dieser bedenkenswerte Vorschlag richtet, ist klar.

### 5. Gesetzgebungsreformen

Art.5 und 6 EMRK beschäftigen in Österreich aber nicht nur die Höchstgerichte, sondern auch die Gesetzgebung:

Am 21. Oktober 1987 verabschiedete der Nationalrat eine Novelle zum Verwaltungsstrafgesetz<sup>23</sup> (das den allgemeinen Teil und die Verfahrensbestimmungen für das von den Verwaltungsbehörden zu vollziehende Strafrecht enthält). Eines der wesentlichen Ziele dieser Reform be-

<sup>22</sup> Diese Bestimmung lautet:

»Jede Gesamtänderung der Bundesverfassung, eine Teiländerung aber nur, wenn dies von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird, ist nach Beendigung des Verfahrens gemäß Artikel 42, jedoch vor der Beurkundung durch den Bundespräsidenten, einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen«.

Als »Gesamtänderung« der Bundesverfassung wird jede Verfassungsänderung betrachtet, durch die einer der leitenden Grundsätze (»Baugesetze«) des Bundesverfassungsrechts abgeändert oder beseitigt wird; vgl. VfSlg 2455/1952 und L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht (3. Aufl. 1985), S.98ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>23</sup> BGBl 1987/516.

steht in der Zurückdrängung – allerdings nicht in der Abschaffung – der Freiheitsstrafe<sup>24</sup>. Die neugefaßten §§11 und 12 bestimmen, daß eine Freiheitsstrafe nur mehr aus spezialpräventiven Gründen zulässig ist und außerdem zwei Wochen nur wegen besonderer Erschwerungsgründe, sechs Wochen dagegen in keinem Fall überschreiten darf. Dieselben Obergrenzen gelten auch für Ersatzfreiheitsstrafen. In jenen Fällen, wo das jeweilige Materiensgesetz ausschließlich eine Freiheitsstrafe vorsieht, ist aufgrund des neuen §12 Abs.2 nunmehr die Verhängung einer Geldstrafe ebenfalls möglich. Weitere Neuerungen betreffen die Schaffung eines Rechts des Festgenommenen auf ehestmögliche Auskunft über Festnahmegrund und erhobene Anschuldigungen, auf Verständigung von Angehörigen und eines Rechtsbeistands sowie auf Besuchs- und Briefverkehr während der Anhaltung (§36). Außerdem wurde der Vollzug von (Verwaltungs-)Freiheitsstrafen neu geregelt (§§53–54d); u.a. werden Vollstreckungsmaßnahmen für die Zeit einer anhängigen VfGH- oder VwGH-Beschwerde (außer bei Fluchtgefahr) ausgeschlossen, Mindeststandards für Haftlokale festgelegt, Brief- und Besuchsverkehr geordnet und die Bestimmungen des (gerichtlichen) Strafvollzugsgesetzes mit einigen Ausnahmen für im übrigen anwendbar erklärt. Die Novelle trat am 1.7.1988 in Kraft.

Als ersten Schritt einer seit langem geforderten Neukodifikation der Grundrechte<sup>25</sup> berät der Nationalrat derzeit über die Regierungsvorlage eines »Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit«<sup>26</sup>, das noch aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie stammende Vorschriften<sup>27</sup> ersetzen soll. Der Entwurf lehnt sich weitgehend an Art.5 und 6 EMRK an, läßt die Konvention aber ausdrücklich unberührt. Er enthält u.a. eine abschließende Aufzählung der zulässig-

<sup>24</sup> Vgl. die Erläuterungen zur Regierungsvorlage 133 BlgNR 17GP, S.7 und 8.

<sup>25</sup> Allgemein zur Grundrechtssituation in Österreich T. Öhlinger, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, S.218; R. Rack (Hrsg.), Grundrechtsreform (1985). Zur Arbeit der seit 1964 in verschiedenen Zusammensetzungen bestehenden Grundrechtskommission, auf die der Entwurf zurückgeht: E. Loebenstein, Die Behandlung des österreichischen Grundrechtskatalogs durch das Expertenkollegium zur Neuordnung der Grund- und Freiheitsrechte, EuGRZ 1985, S.365; G. Holzinger, Die erste Grundrechtsreform-Enquête (Februar 1986) und der Entwurf zur Neuordnung des Grundrechts auf Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich, EuGRZ 1986, S.269.

<sup>26</sup> 134 BlgNR 17GP; ausführlicher zum Entwurf Holzinger (Anm.25).

<sup>27</sup> Art.8 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl 1867/142, und das ebenfalls durch Art.149 B-VG zum Bundesverfassungsgesetz erklärte Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit, RGBl 1862/87. Zur Situation vor der Reform B.-Ch. Funk/M. Gimpel-Hinteregger, Der Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich, EuGRZ 1985, S.1.



gen Fälle der Freiheitsentziehung, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Rechte des Betroffenen auf Information über die Gründe der Festnahme und die erhobenen Anschuldigungen, auf Beendigung des Verfahrens innerhalb angemessener Frist oder Freilassung während des Verfahrens, auf Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs durch ein Gericht oder eine unabhängige Behörde und auf (auch immateriellen) Schadenersatz bei rechtswidrigem Freiheitsentzug. Nach wie vor soll aber die Verhängung von Freiheitsstrafen durch (auch weisungsgebundene) Verwaltungsbehörden zulässig sein. Art.3 der Vorlage lautet:

(1) Auf Grund einer mit Strafe bedrohten Handlung darf nur ein Gericht auf Freiheitsentzug erkennen.

(2) Die Verhängung einer Freiheitsstrafe und die Festsetzung von Ersatzfreiheitsstrafen durch Verwaltungsbehörden dürfen jedoch vorgesehen werden, wenn das Ausmaß des angedrohten Freiheitsentzuges je sechs Wochen, soweit die Entscheidung einer unabhängigen Behörde obliegt, je drei Monate nicht übersteigt.

(3) Wird eine Freiheitsstrafe nicht von einer unabhängigen Behörde verhängt oder eine Ersatzfreiheitsstrafe nicht von ihr festgesetzt, so muß die Anfechtung der Entscheidung bei einer solchen Behörde in vollem Umfang gewährleistet sein.

Neu daran ist die zeitliche Obergrenze und die Garantie einer vollen Überprüfung (Tat- und Rechtsfrage) durch eine unabhängige Behörde.

Die verfassungsrechtliche Verankerung dieses Behördentyps ist schließlich Gegenstand einer Regierungsvorlage zu einem »Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz durch Bestimmungen über unabhängige Verwaltungsstrafbehörden ergänzt wird«<sup>28</sup>. Der Aufgabenbereich dieser Behörden soll sich auf die letztinstanzliche Entscheidung über Verwaltungsübertretungen und über Beschwerden gegen Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Zusammenhang mit Verwaltungsübertretungen (z.B. Beschlagnahmen) erstrecken. Ausgenommen sind ausdrücklich das Finanzstrafrecht des Bundes und – wie aus den Erläuterungen hervorgeht – Disziplinarangelegenheiten.

Organisatorisch gesehen sind die Verwaltungsstrafbehörden als Verwaltungsbehörden der Länder geplant, deren Mitglieder aber zu einem Drittel auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt werden. Ihre fünfjährige Mindestbestellungsdauer, ihre Weisungsfreiheit, Unvereinbarkeitsregeln mit politischen Funktionen und allen Tätigkeiten, die Zweifel an ihrer Unabhängigkeit auslösen können, sowie der Grundsatz der festen Geschäftverteilung sollen allerdings sicherstellen, daß sie als »Tribunale« im Sinne des

<sup>28</sup> 132 BlgNR 17.GP.

Art.6 EMRK Anerkennung finden. Die weitere organisatorische Ausgestaltung und das Dienstrecht wäre durch die Länder, das Verfahren durch den Bund zu regeln.

Die Entscheidungen der Verwaltungsstrafbehörden unterwirft die Vorlage der Anfechtung beim VfGH und beim VwGH; ausgenommen davon sollen nur geringe Geldstrafen sein.

Erklärtes Ziel dieser Reformen ist die Anpassung des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzsystems an die durch die Rechtsprechung des EGMR gestiegenen Anforderungen der EMRK. »Letztendlich«, heißt es in den Erläuternden Bemerkungen<sup>29</sup>, »geht es dabei darum, ein grundrechtliches Regime zu schaffen, das die Zurückziehung des österreichischen Vorbehalts zu Art.5 EMRK ermöglicht«. Ein erster Schritt wäre mit den beiden Verfassungsänderungen getan, der Weg zum Ziel ist aber noch weit: Auch wenn man von den besonderen Verfahrensgarantien des Art.6 Abs.3 EMRK absieht, deren Umsetzung im Verwaltungsstrafrecht ausdrücklich einer weiteren Etappe vorbehalten wurde, und sich auf organisatorische Belange beschränkt, bleibt immer noch das Disziplinarrecht der freien Berufe, das zum Teil nicht dem Konventionsstandard entspricht<sup>30</sup>. Die übrigen Verwaltungsstrafzuständigkeiten könnten zwar nach Einführung der Verwaltungsstrafbehörden Art.5 und 6 und auch dem 7.Zusatzprotokoll zur EMRK genügen; die Chance, sich von den lieb gewonnenen Verwaltungsfreiheitsstrafen zu trennen, wäre mit dieser Reform aber wohl vertan. Die offizielle Begründung für ihre Beibehaltung liest sich so:

»Diese Entwurfsbestimmung ist das Ergebnis einer langen Diskussion in der Grundrechtskommission, die sich insbesondere mit zwei Fragen beschäftigte: Zum einen mit der Frage, ob die Verhängung von Freiheitsstrafen durch Verwaltungsbehörden überhaupt als erforderlich anzusehen ist und daher weiterhin zulässig sein soll. Diese Frage wurde von der Kommission letztlich bejaht. Ausschlaggebend dafür war vor allem die Überlegung, daß die gänzliche Beseitigung der Verwaltungsfreiheitsstrafe in bestimmten Bereichen eine rechtspolitisch noch weniger wünschenswerte »Rekriminalisierung« zur Folge haben müßte. Zum anderen wurde die Frage erörtert, ob – unter der Voraussetzung der Zweckmäßigkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen durch Verwaltungsbe-

<sup>29</sup> 134 BlgNR 17.GP; ausführlicher zum Entwurf Holzinger (Anm.25).

<sup>30</sup> Die von der Reform ebenfalls nicht erfaßten Bereiche des Finanzstrafrechts und des Heeresdisziplinarrechts wurden bereits vorher angepaßt (BGBl 1985/571 und BGBl 1985/294); aus letzterem hob der VfGH jüngst die Bestimmungen über die Disziplinarhaft als gleichheitswidrig auf, weil dieses Strafmittel nur für Grundwehrdiener vorgesehen war (VfGH G 161 u.a. /87 vom 2.12.1987).

hörden – eine materielle Abgrenzung zwischen gerichtlichem und verwaltungsbehördlichem Strafrecht möglich bzw. zweckmäßig ist. Auf eine derartige materielle Abgrenzung wurde schließlich verzichtet. Dies könnte umso eher geschehen, als der vorgelegte Entwurf von der Voraussetzung eines gegenüber dem derzeitigen Zustand verbesserten Rechtsschutzes durch »Tribunale« (unabhängige Behörde) im Rahmen der Verwaltungsstrafrechtspflege ausgeht<sup>31</sup>.

Überzeugend ist dies nicht, denn eine echte Entkriminalisierung verlangte die Streichung der Freiheitsstrafe für weniger schwere Delikte, nicht aber die Verlagerung der Zuständigkeit zu ihrer Verhängung von den Gerichten zu den Verwaltungsbehörden.

Völlig offen bleibt schließlich das weitere Schicksal der »zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen«<sup>32</sup>. Österreich wartet ab und blickt nach Straßburg.

#### Summary<sup>33</sup>

### Art.6 of the European Convention on Human Rights and the Austrian System of Review of Administrative Decisions

In two decisions of Oct.14, 1987 dealing with Art.6 §1, the Austrian Constitutional Court drew a distinction between matters concerning criminal charges and those concerning civil rights and obligations.

For the former it decided that punishments may be pronounced only by an independent tribunal; a review undertaken by the Constitutional Court or the Administrative Court of decisions taken by administrative organs does not satisfy the requirements of a tribunal under the Convention because, even if the application is successful, the Court does not decide on the punishment itself but orders only a rehearing by the administrative organ originally concerned with the case. This applies also to the imposition of severe disciplinary measures having a penal character, such as the prohibition to exercise a certain profession for several years. The Court's decision is in accordance with trends emerging from judgments of the European Court of Human Rights but overrules in some aspects previous decisions of its own.

<sup>31</sup> 134 BlgNR 17.GP; ausführlicher zum Entwurf Holzinger (Anm.25).

<sup>32</sup> Den Grundgedanken der besprochenen Entscheidung (volle Gerichtsgarantie bei klassischen Zivilrechtsfragen, Anspruch nur auf nachprüfende Kontrolle in Randbereichen) hat der VfGH inzwischen in weiteren Erkenntnissen angewendet (G 129/87 u.a. vom 16.12.1987; G 211,212/87 vom 10.3.1988; B 874/87 vom 10.3.1988).

<sup>33</sup> Summary by the author.

So far as civil rights and obligations are concerned, the Court found that its own review of administrative decisions or a review undertaken by the Administrative Court complies with the Convention, provided that the decisions reviewed are typical public law acts, such as the granting or refusal of permission for building projects. This decision is contrary to suggestions contained in the latest judgments of the European Court of Human Rights. Although conscious of this, the Court in this case did not reverse its previous decisions.

Both cases are good illustrations of the tensions that exist between the traditional system of review of administrative acts established under the Austrian constitution and the requirements of the European Convention on Human Rights, requirements that were concretized by the "dynamic" jurisdiction of the European Court of Human Rights. The paper analyzes the arguments of the Constitutional Court, its premises and the consequences of its judgments. Also included here is a discussion of legal reforms currently being debated in the Austrian Parliament – among them two constitutional amendments dealing with the protection of individual freedom and with the creation of independent administrative tribunals concerned with administrative penal law. These reforms are considered to be the first of a series that should enable Austria to withdraw its reservation to the Convention.

Max-Planck-Institut  
für ausländisches öffentliches Recht  
und Völkerrecht

ZaöRV

# Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Sonderabdruck aus Band 48 · Nr. 2

1988