

Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek

Univ.-Prof. Dr. Michael Lang

2008

Linde

Parteistellung und Stellung der belangten Behörde im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz

*Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl
Karl-Franzens-Universität Graz*

I. Vorbemerkung

II. Prototypen

1. Administratives Berufungsverfahren
 - 1.1 Grundsätze
 - 1.2 Parteien
2. Beschwerdeverfahren vor dem VwGH
 - 2.1 Grundsätze
 - 2.2 Parteien

III. Mischformen

1. Offene Flanken im verwaltungsgerichtlichen Verfahren
2. Offene Flanken im Berufungsverfahren

IV. Parteien im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz

1. Beschwerdeführer
2. Kontrollierte Verwaltung
 - 2.1 Belangte Behörde
 - 2.2 Eintrittsrechte
3. Sonstige Parteien

V. Rechte der Parteien im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz

VI. Stellung der belangten Behörde

VII. Schluss

I. Vorbemerkung

Der Entwurf der Expertengruppe¹ hat mit ein paar eleganten Strichen eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit skizziert, ihre genaueren Konturen aber dem einfachen Gesetzgeber überlassen. In die lange Liste der offenen Punkte darf ich zwei weitere eintragen: Wer im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz Parteistellung hat und welche Stellung der belangten Behörde in diesem Verfahren zukommt, ist durch den Entwurf jedenfalls nicht explizit entschieden. Eine Regelung dieser Fragen wäre freilich im B-VG auch gar nicht zu erwarten, sondern viel eher in einem Verfahrensgesetz. Bevor der Kreis der Parteien dort festlegt wird, sind jedoch einige Vorfragen zu entscheiden, von denen in den bisherigen Beiträgen bereits die Rede war.² Auf der Grundlage dieser Arbeiten kann ich nur weiter spekulieren, wie der Gesetzgeber im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erster Instanz die Parteistellung und die Stellung der belangten Behörde regeln könnte, sollte der Entwurf der Expertengruppe einmal das Licht des Parlaments erblicken, was zur Stunde ja alles andere als sicher ist.³

Meine Spekulationen beruhen auf der Annahme, dass die Frage, wer in einem Rechtsmittelverfahren Parteistellung haben soll, im Wesentlichen von zwei Faktoren abhängt: erstens von der organisatorischen Ausgestaltung der Rechtsmittelbehörde, zweitens von der Entscheidungsbefugnis, die dieser Behörde zukommt. Organisation und Funktion sind dabei regelmäßig aufeinander abgestimmt, Rechtsmittelbehörden eines bestimmten Organisations-

¹ Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt, in Begutachtung gegeben als 94/ME 23. GP am 23.7.2007; im Folgenden kurz: Entwurf.

² Vgl insbes die Beiträge von *Holoubek, K. Holzinger, Mayr, Merli, Pabel, Staringer und Tanzer* in diesem Band.

³ Die B-VG-Novelle BGBl I 2008/2 hat zwar wesentliche Teile des Entwurfes umgesetzt, nicht aber die dort vorgeschlagene zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der stattdessen eingesetzte Asylgerichtshof (Art 129c ff B-VG) wurde der Öffentlichkeit als eine Art „Eilzug“ präsentiert, dem die restlichen Verwaltungsgerichte noch folgen werden. Tatsächlich beruht dieser Asylgerichtshof aber auf einem gänzlich anderen Konzept als der Entwurf. Abgesehen davon, dass er kein allgemeines Verwaltungsgericht ist, sondern ein fachlich spezialisiertes Gericht, soll der Asylgerichtshof nicht nur den Unabhängigen Bundesasylsenat, sondern im Wesentlichen auch den VwGH ersetzen, den der Asylwerber ab nun nicht mehr anrufen kann. Eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie der Entwurf vorsieht, besteht hier also in Wahrheit gerade nicht oder nur in verkümmelter Form, insoweit nämlich, als der Asylgerichtshof dem VwGH von Amts wegen sog Grundsatzentscheidungen vorlegen muss (Art 132a Abs 2 B-VG). Hinzu tritt die Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH, den der Asylwerber gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes anrufen kann; der VfGH kann die Behandlung dieser Beschwerden allerdings – obwohl der VwGH nicht mehr angerufen werden kann – aufgrund eines Sondertatbestandes ablehnen (144a Abs 2 B-VG). Dieses Konzept führt offensichtlich zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes (s statt vieler *Jablonek*, *migraLex* 2008, 2 ff; *Wiederin*, *migraLex* 2008, 6 ff): so bleibt nur zu hoffen, dass sich eine künftige Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht daran, sondern am Entwurf der Expertengruppe orientiert.

typs also gewöhnlich mit ganz bestimmten Entscheidungsbefugnissen ausgestattet. Korrelieren Organisation und Funktion in dieser Weise, ergibt sich der Kreis der Parteien fast wie von selbst. Das wird besonders deutlich, wenn man das „klassische“ Berufungsverfahren vor einer weisungsgebundenen und reformationsbefugten Verwaltungsbehörde einerseits und andererseits das Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem unabhängigen und kassationsberechtigten VwGH betrachtet: Der Kreis der Parteien ist hier und dort verschieden weit gezogen.

II. Prototypen

1. Administratives Berufungsverfahren

1.1 Grundsätze

Im Verwaltungsverfahren traditionellen Musters hat nach § 8 AVG jedenfalls Parteistellung, wer an einer Verwaltungssache „vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt“ ist. In die unendlichen Weiten, in die diese Umschreibung führt,⁴ müssen wir uns hier nicht begeben; für die Zwecke dieses Beitrages genügt es, ein paar Personen auftreten zu lassen, die unstreitig Parteien sind: Das ist zunächst der Bürger, dem die Behörde eine Pflicht auferlegen will,⁵ dann der Rechtsunterworfene, der von der Behörde eine bestimmte Berechtigung begehrt,⁶ ferner ein Dritter, dem es rechtliche Vor- oder Nachteile bringt, wenn die Behörde der Hauptpartei Pflichten auferlegt oder ihr Rechte zuerkennt.⁷ Zu diesen Parteien nach § 8 AVG kommen schließlich die Formalparteien, also Personen, denen der Gesetzgeber ausdrücklich Parteistellung zuerkennt, unter ihnen besonders häufig die Amts- bzw Organparteien, also juristische Personen des öffentlichen Rechts

⁴ S mwN Mayer, Der Parteibegriff im allgemeinen Verwaltungsverfahren, ZfV 1977, 485 ff; Grabenwarter, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT I/1 (2006) 10 ff, 52 f; Moritz, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT I/2 (2008) 44 ff; Pöschl, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT I/2 (2008) 13 ff; Schulev-Steindl, Subjektive Rechte (2008) 193 ff; Wessely, Eckpunkte der Parteistellung (2008) 126 ff.

⁵ S zB VwGH 17.1.1992, 89/17/0239; 28.1.1992, 91/04/0319; 30.5.2007, 2006/03/0058, sowie Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 294; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 1142; Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁸ (2003) Rz 122, 124; Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (2004) § 8 AVG Rz 6, 16; Hengstschläger, Verwaltungsverfahrenrecht³ (2005) Rz 86; Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht⁴ (2006) 88, 90.

⁶ S zB VwGH 9.11.2006, 2005/07/0123, sowie Antonioli/Koja, Verwaltungsrecht 294; Raschauer, Verwaltungsrecht Rz 1142; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 118, 124; Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensgesetz § 8 AVG Rz 16; Hengstschläger, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 83 f; Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht 87 f, 90.

⁷ ZB VwGH 17.11.1994, 93/06/0246; s auch Antonioli/Koja, Verwaltungsrecht 297 f; Raschauer, Verwaltungsrecht Rz 1143; Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensgesetz § 8 Rz 16; Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht 89.

oder staatliche Organe wie der Umweltanwalt, der Arbeitsinspektor, der Disziplinaranwalt uam.⁸

Mit der Parteistellung ist ein Bündel an Rechten verbunden, unter anderem die Legitimation, den Bescheid mit Berufung zu bekämpfen (§ 63 Abs 5 AVG).⁹ Wird ein solches Rechtsmittel erhoben, so gelangt die Verwaltungs-sache an die Berufungsbehörde, die nun an die Stelle der erstinstanzlichen Behörde tritt.¹⁰ Sie hat wie die Unterbehörde den maßgeblichen Sachverhalt – gegebenenfalls neu¹¹ – festzustellen und rechtlich zu beurteilen,¹² gesetzlich eingeräumtes Ermessen zu üben,¹³ und sie ist ermächtigt, den angefochtenen Bescheid grundsätzlich nach jeder Richtung, ja selbst zum Nachteil des Berufungswerbers abzuändern.¹⁴ Eine Bindung an die Berufungsgründe, die der Rechtsmittelwerber geltend macht, besteht bei all dem nicht.¹⁵

⁸ Lehre und Judikatur verwenden die Begriffe der Formal-, Legal-, Amts- und Organpartei sehr uneinheitlich; die vorliegende Arbeit geht von der Begriffsbildung bei *Domej*, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006) 44 ff, aus; zur Begriffsverwendung in Lehre und Judikatur *dies*, aaO 41 ff.

⁹ S zum Zusammenhang zwischen Parteistellung und Berufsrecht näher und differenziert *Domej*, Amtspartei 216 ff. Zu weiteren Parteirechten mwN *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensgesetz § 8 Rz 1; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 114; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 89.

¹⁰ S auch *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 537 ff, sowie zB VwGH 25.3.1994, 92/17/0133; 26.4.2001, 2001/20/0161.

¹¹ Ein Neuerungsverbot besteht im Verwaltungs- und auch im Abgabenverfahren grundsätzlich nicht (§ 65 AVG, § 280 BAO), s auch *Lenneis*, Die Rolle der belangten Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 123 (125 f); *Tanzer/Knörzer*, Neuerungs- und Verböserungsverbot – Abgabenrechtliche Berufungssenate im Vergleich mit anderen gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Kollegialorganen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Senatsverfahren in Steuersachen (2001) 265 (273 ff); *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 251, 259, 262.

¹² VwGH 25.4.1990, 88/08/0186; 25.3.1994, 92/17/0133; 30.4.1998, 97/06/0225, sowie *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 537, 540; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 527; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 262 f.

¹³ Vgl zB VwGH 25.3.1994, 92/17/013; 20.12.2004, 2004/12/0137; 14.11.2007, 2006/04/0132; s auch *Grabenwarter*, Ermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 319 (328); *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 537, 542; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 527; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 267.

¹⁴ § 66 Abs 4 AVG; VwSlg 9041 A/1976, 11.237 A/1983; VwGH 11.12.1990, 90/05/0226; 26.4.1995, 94/07/0185; 2.6.2005, 2004/07/0064; 27.4.2006, 2006/07/0027; s auch *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze² I (1998) 1244; *Tanzer/Knörzer*, in *Holoubek/Lang* (FN 11) 273 ff; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 537, 543; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 527; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 267. Ausnahmeweise kann allerdings eine *reformatio in peius* ausdrücklich ausgeschlossen sein; solche Verbote finden sich etwa in § 51 Abs 1 VStG und § 161 Abs 3 FinStrG, ferner in manchen Disziplinarverfahren, s näher *Tanzer/Knörzer*, in *Holoubek/Lang* (FN 11) 268 ff; *Scheil*, Das Verfahren vor dem UFS im Finanzstrafrecht, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat (2003) 189 (200 f).

¹⁵ ZB VwGH 28.6.1994, 93/04/0039; s auch *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I 1244; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 537; *Thienel*, Verwaltungsverfahren-

1.2 Parteien

Diese weit reichende Kognitionsbefugnis der Berufungsbehörde und ihre Weisungsbindung erklären auch den Kreis der Parteien, die am Berufungsverfahren zu beteiligen sind. Abgesehen vom Berufungswerber zählt dazu grundsätzlich jeder, der schon im erstinstanzlichen Verfahren Parteistellung hatte¹⁶ und sie nicht durch Präklusion verloren hat.¹⁷ Wird ein Bescheid nur teilweise angefochten, wirken am Berufungsverfahren natürlich nur jene Personen mit, auf die sich der angefochtene Teil des Bescheides bezieht.¹⁸ Soweit die Berufung reicht, wird das „Verwaltungsstück“ aber im Wesentlichen noch einmal mit gleicher Besetzung aufgeführt, nur die erstinstanzliche Behörde verlässt die Bühne: Sie wird durch die Berufungsbehörde ersetzt und spielt auch sonst keine Rolle mehr. Ihr im Berufungsverfahren Parteistellung zuzuerkennen, wäre auch geradezu widersinnig; denn sie repräsentiert – wie die Berufungsbehörde – nur die oberste sachlich in Betracht kommende Behörde, deren Wille letztlich zählt und qua Weisung sogar schon in der erstinstanzlichen Entscheidung zum Ausdruck gekommen sein kann.¹⁹

2 Beschwerdeverfahren vor dem VwGH

2.1 Grundsätze

Etwas ganz anderes passiert, wenn der Berufungswerber, der den Instanzenzug erfolglos beschritten hat, den VwGH anruft. Die Sache wechselt nun gewissermaßen das „Gelage“:²⁰ Sie verlässt das Gebiet der weisungsgebundenen Verwaltung und tritt über in das Terrain der unabhängigen Justiz. Dort wird das Verwaltungsverfahren nicht etwa wiederholt; es wird kontrolliert, und das mit äußerster Zurückhaltung. Der VwGH beschränkt sich auf den geltend gemachten Beschwerdepunkt,²¹ geht von dem Sachverhalt aus, den

recht 251 f. Noch weiter geht das Abgabungsverfahren, in dem die Behörde sogar vom Berufungswerber nicht angefochtene Teile des Bescheides einer Prüfung unterziehen darf, vgl. § 289 BAO; s auch *Raschauer*, Amtswegigkeit und kontradiktorisches Verfahren – Abgabenrechtliche Berufungssenaten im Vergleich mit anderen verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Kollegialorganen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Senatsverfahren in Steuersachen (2001) 192; s aber auch noch unten III.2.

¹⁶ *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 539; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 506; *Domej*, Amtspartei 235, 237; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 263.

¹⁷ *S Domej*, Amtspartei 235, 237; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 166.

¹⁸ *Domej*, Amtspartei 237.

¹⁹ S auch schon *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 364.

²⁰ *Merkel*, Verwaltungsrecht 384.

²¹ § 41 Abs 1 VwGG und dazu näher *Oberndorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 127; *Steiner*, Beschwerdepunkte und Beschwerdegründe unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Einflüsse, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 61 ff; *Walter/Mayer/Kuesko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 980; *Mayer*, B-VG⁴ (2007) § 28 VwGG V.; *Grabenwarter*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bun-

die Behörde festgestellt hat²², lässt keine Neuerungen zu²³ und überprüft – in diesen Grenzen – nur, ob der bekämpfte Bescheid den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt, nicht hingegen, ob die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen zweckmäßig Gebrauch gemacht hat.²⁴ Und selbst wenn der VwGH eine Rechtswidrigkeit konstatiert, kassiert er die Entscheidung nur,²⁵ sodass der Beschwerdeführer, der den VwGH anruft, sein Recht am Ende doch „von der Verwaltungsbehörde [empfängt], wenngleich in einer vom Verwaltungsgericht beeinflussten Gestalt.“²⁶

2.2 Parteien

In diesem Konzept der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Kreis der Parteien anders gezogen als im Berufungsverfahren. Die belangte Behörde wird in diesem Verfahren keineswegs durch den VwGH ersetzt. Der VwGH verwaltet nicht, er judiziert nur, und damit ändert sich auch das Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Behörde. War der Bürger im Verwaltungsverfahren noch der Hoheitsmacht der Behörde unterworfen – gleichsam ein von ihr „Verwalteter“ –, so tritt er ihr nun als Gleicher vor einem unabhängigen Gericht gegenüber:²⁷ Nun ist es die Verwaltung, die der Kontrollmacht der Justiz unterworfen ist.²⁸ Folgerichtig ist in diesem Verfahren nicht nur der Beschwerdeführer,²⁹ sondern auch die *Behörde* Partei. Sie verteidigt zum einen dem Bürger gegenüber die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides, zum zweiten aber auch dem VwGH gegenüber jene genuin behördliche Entscheidungssphäre, die der Gesetzgeber der gerichtlichen Kontrolle entzogen hat. Diese Sphäre, gemeinhin „Ermessen“ genannt, ist mit der zunehmenden Verrechtlichung der Hoheitsverwaltung zwar deutlich geringer geworden; als (zumindest) theoretische Restgröße bleibt sie durch Art 130 Abs 2 B-VG aber weiterhin vorhanden.

desverfassungsrecht, 8. Lfg (2008) Art 131 B-VG, Rz 84, 95; *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts (2008) 45, alle mwN aus der Judikatur; s aber auch noch III.1. bei FN 42.

²² Vgl § 41 Abs 1 VwGG und dazu *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 132 ff; *Holoubek*, Tatsachen- und Rechtskontrolle, in *Holoubek/Lang* (Hrsg). Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 171 ff; *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit 61; s aber auch noch unten III.1. bei FN 45 f.

²³ *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 140 ff; *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit 62, s aber auch noch unten III.1. bei FN 44 f.

²⁴ S zB *Grabenwarter*, in *Holoubek/Lang* (FN 13) 328; *ders.*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 4. Lfg (2001) Art 130 Abs 2 B-VG Rz 14.

²⁵ § 42 Abs 2 VwGG.

²⁶ *Merkel*, Verwaltungsrecht 391.

²⁷ S schon § 21 Abs 1 VwGG sowie *Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) 198.

²⁸ *Merkel*, Verwaltungsrecht 374, spricht von der Gerichtsbarkeit, „die die Verwaltung über sich ergehen lassen muß“.

²⁹ § 22 Abs 1 Z 1 VwGG, BGBl 1985/10 idF BGBl I 2008/4.

Wer „die Verwaltung“ dabei im Verfahren vor dem VwGH vertritt, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. § 21 Abs 1 Z 2 VwGG erklärt zunächst die belangte Behörde zur Partei, nach § 22 VwGG kann für sie aber auch der zuständige Bundesminister (in Angelegenheiten der Bundesverwaltung) bzw die zuständige Landesregierung (in Angelegenheiten der Landesverwaltung) in das Verfahren eintreten. Ausgeschlossen ist ein Eintritt nur, wenn die belangte Behörde ein Selbstverwaltungsorgan in einer Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches (§ 22 Z 1 VwGG) oder wenn sie sonst weisungsfrei ist (§ 22 Z 2 VwGG): So wenig eine solche Behörde – gerade wegen des fehlenden Weisungszusammenhanges – das oberste Organ der Bundes- bzw Landesverwaltung repräsentieren kann, so wenig kann dieses oberste Organ umgekehrt an die Stelle der belangten Behörde treten, wohl aber tritt es, wie § 21 Abs 1 Z 3 VwGG bestimmt, als eine weitere Partei neben die belangte Behörde.³⁰ Das VwGG folgt damit, wenn auch nicht völlig konsequent, einem Verbandskonzept: Bund bzw Land werden durch den Beschwerdeführer zwar nicht direkt belangt, im VwGG aber doch als geschlossene Einheiten behandelt, die entweder durch das oberste sachlich zuständige Verwaltungsorgan oder die an seine Weisungen gebundene, konkret belangte Behörde repräsentiert werden.³¹ Ist die belangte Behörde weisungsfrei, tritt ihr das oberste Organ zur Seite; das gilt seit der VwGG-Novelle BGBl I 2008/4 konsequenterweise nicht mehr nur für die UVS,³² sondern schlechthin für alle

³⁰ Soweit in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches ein Vorstellungsverfahren vorgesehen ist, kann die oberste sachlich zuständige Behörde für die (ihr gegenüber weisungsgebundene) belangte Aufsichtsbehörde in das Verfahren eintreten; richtet sich die Beschwerde gegen einen die Vorstellung abweisenden Bescheid der Aufsichtsbehörde, so ist auch der Selbstverwaltungsträger als Mitbeteiligter Partei, s für die Gemeinde zB VwGH 31.1.1995, 92/05/0230, sowie noch unten ab FN 33.

³¹ Diesem Konzept folgend bestimmte schon das Gesetz vom 22. October 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl 1876/36, in § 30 Abs 1: „Die Vertreter der Verwaltungsbehörde bei der mündlichen Verhandlung werden von dem Ministerium abgeordnet, wider dessen Entscheidung die Beschwerde gerichtet ist oder in dessen Wirkungskreis die Angelegenheit gehört“, im zweiten Absatz dieser Vorschrift hieß es dann weiter: „In dem Falle, als die Beschwerde gegen die Entscheidung oder Verfügung eines Organs der Landes-, Bezirks- oder Gemeindeverwaltung gerichtet ist, wird der Vertreter von demselben abgeordnet.“

³² Vgl für den UVS § 21 Abs 1 VwGG idF vor der Novelle BGBl I 2008/4, wonach Partei im Verfahren vor dem VwGH die belangte Behörde und bei Beschwerden gegen eine Entscheidung des UVS auch die in der Verwaltungsangelegenheit sachlich in Betracht kommende oberste Behörde ist; ein Eintritt dieser obersten Behörde statt des UVS war damit ausgeschlossen (VwGH 29.1.1997, 96/01/0001). Nach wie vor in Geltung steht § 291 Abs 2 BAO, der es dem Bundesminister für Finanzen verwehrt, für den UFS in das Verfahren vor dem VwGH einzutreten, s dazu *Fellner*, Amtsbeschwerde gegen Entscheidungen des UFS, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat (2003) 309 (320). Kritisch zur Rechtslage zuvor, die einen Eintritt des Bundesministers für die Berufungssenate zuließ, *Lenneis*, in *Holoubek/Lang* (FN 11) 131 f; *Kneihs/Lenneis*, Die Amtsbeschwerde – Abgabenrechtliche Berufungssenate im Vergleich mit anderen verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Kollegialorganen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das

weisungsfreien Behörden. Wird vor dem VwGH schließlich das Organ eines anderen Rechtsträgers, sei es der Gemeinde oder einer Körperschaft der nicht-territorialen Selbstverwaltung, belangt, so soll – neben Bund bzw Land – auch dieser Rechtsträger im Beschwerdeverfahren vertreten sein, nun allerdings exklusiv durch die belangte Behörde; ein Eintrittsrecht des obersten Selbstverwaltungsorgans kennt das VwGG nicht, wohl weil dieses oberste Organ idR mit der belangten Behörde identisch sein wird.

Abgesehen von Beschwerdeführer, belangter bzw oberster Behörde ist Partei des Bescheidbeschwerdeverfahrens vor dem VwGH schließlich auch der *Mitbeteiligte*, früher im Gesetz treffend „Mitbelangter“ genannt, weil er – wie die Behörde – Gegner des Beschwerdeführers ist.³³ Mitbeteiligt in diesem Sinne ist, wer durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides in seinen rechtlichen Interessen berührt wird (§ 21 Abs 1 Z 4 VwGG), wessen Interessen also im Widerspruch zu jenen des Beschwerdeführers stehen.³⁴ Wer gleich gelagerte Interessen wie der Beschwerdeführer hat, ist folglich nicht Partei³⁵ – eine Beschränkung, die für das administrative Berufungsver-

Scnatsverfahren in Steuersachen (2001) 293 (312). Nach wie vor eintrittsberechtigt ist der Bundesminister allerdings für die erstinstanzliche Abgabenbehörde, sofern diese nach § 292 BAO eine Amtsbeschwerde an den VwGH erhebt, s dazu *Ritz*, Kontradiktorisches Verfahren. Amtsbeschwerde, RdW 2002, 634 (636).

³³ Vgl § 19 des Gesetzes vom 22. October 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, der unter dem Titel „Mitbelangte Parteien“ bestimmt: „Der beschwerdeführenden Partei steht es frei, in diesem ersten Anbringen neben der Verwaltungsbehörde sofort auch diejenigen Personen zu belangen, zu deren Nachtheil die von der beschwerdeführenden Partei angestrebte Aufhebung der administrativen Entscheidung oder Verfügung gereichen würde.“ § 21 Abs 1 des Gesetzes vom 12. Oktober 1945 über die Einrichtung, den Aufgabenkreis und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes (Verwaltungsgerichtshofgesetz – VwGG), StGBI 1945/208, bestimmte sodann: „Parteien im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof sind der Beschwerdeführer, die belangte Behörde und die Personen, denen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides zum Nachteil gereichen würde (Mitbelangte)“. Mit der VwGG-Novelle 1952, BGBl 1952/61, wurde der Ausdruck „Mitbelangte“ zwar durch den Ausdruck „Mitbeteiligte“ ersetzt, dies allerdings nur aus Gründen der sprachlichen Vereinheitlichung; eine Bedeutungsänderung war damit nicht intendiert (RV 487 BlgNR 6. GP 9). Bloß aus terminologischen Gründen umschreibt schließlich auch die VwGG-Novelle 1976, BGBl 1976/316, die Mitbeteiligten als Personen, „die durch den Erfolg der Anfechtung des Verwaltungsaktes in ihren rechtlichen Interessen berührt werden“. Eine Änderung der Rechtslage war mit dieser Neufassung „weder verbunden noch beabsichtigt“ (RV 79 BlgNR 14. GP 6). Gleiches gilt auch für die Änderung der Wendung „durch den Erfolg der Anfechtung des Verwaltungsaktes“ in „durch den Erfolg der Anfechtung des Bescheides“ (BGBl I 2004/89) und schließlich in „durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides“ (BGBl I 2008/04).

³⁴ ZB VwGH 21.9.1993, 92/08/0259; 22.4.2004, 2004/07/0017; 22.12.2005, 2003/07/0120; 18.9.2007, 2004/08/0055; *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 100; *Mayer*, B-VG § 21 VwGG IV.

³⁵ S zB VwGH 17.11.2005, 2001/13/0239, wonach das VwGG einen Eintritt als Mitbeteiligter auf Seiten des Beschwerdeführers nicht kennt; zweifelnd *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit 32 f FN 247, unter Hinweis auf den Wortlaut des § 21 VwGG ab der Novelle BGBl 1976/316, vgl dazu allerdings FN 33.

fahren nicht gilt, weil die Berufungsbehörde den bekämpften Bescheid ja in jede Richtung, selbst zum Nachteil des Berufungswerbers abändern kann.³⁶

Eine je unterschiedliche Rolle spielt im Berufungs- und im Bescheidbeschwerdeverfahren auch die *Amtspartei*. Nach der Judikatur des VwGH hat sie nur Verfahrensrechte, aber kein materielles subjektives Recht, insbesondere keine „eigenen“ rechtlichen Interessen.³⁷ Sie kann daher in einer Beschwerde an den VwGH zwar geltend machen, dass ihre Verfahrensrechte im Verwaltungsverfahren verletzt worden sind,³⁸ aber nicht mehr. Folgt man dieser Judikatur, dann kann die Amtspartei in „ihren“ Interessen nicht nachteilig berührt sein, wenn ein anderer Beschwerde erhebt; sie ist dem Verfahren vor dem VwGH daher nicht als Mitbeteiligte beizuziehen.³⁹ Auch diese Beschränkung gilt für das Berufungsverfahren nicht; dort zählt zum Kreis der Parteien jeder, der schon im erstinstanzlichen Verfahren Parteistellung hatte und sie nicht durch Präklusion verloren hat.⁴⁰ Genauso ist der Kreis der Parteien konsequenterweise auch im Säumnisbeschwerdeverfahren vor dem VwGH zu ziehen, soweit dieser in der Sache entscheidet; denn der Gerichtshof tritt dann ja nur an die Stelle der Verwaltungsbehörde und muss dementsprechend auch alle Personen als Parteien heranziehen, die im Verwaltungsverfahren Parteistellung haben.⁴¹

³⁶ S oben II.1. FN 14.

³⁷ S zB VwSlg 12.662 A/1988; VwGH 31.3.1993, 93/02/0039; 30.6.1999, 97/04/0230; 15.9.2004, 2003/04/0045; 4.3.2008, 2008/05/0028. Wirklich konsequent ist diese Judikatur allerdings nicht; sie gesteht etwa verschiedentlich der Gemeinde materielle subjektive Rechte zu; ebenso dem Hauptzollamt, das den Bund als Abgabengläubiger vertritt, s dazu die Nachweise bei *Domej*, Amtspartei 168 ff; s ferner *Beiser*. Das Verfahren vor dem VwGH nach einer Berufungsentscheidung des UFS in Abgabensachen, SWK 2003, 1392, der annimmt, das Finanzamt sei als Partei beizuziehen, wenn ein Steuerpflichtiger einen Bescheid des UFS beim VwGH bekämpft: Im Fall der Kassation des Bescheides durch den VwGH drohe dem Bund ja ein Abgabenausfall; der Beschwerdeerfolg berühre das Finanzamt – respektive den Bund, als dessen Organ es handelt – also sehr wohl in seinen Interessen.

³⁸ S zB VwSlg 12.666 A/1988, VwGH 31.3.1993, 93/02/0039; 30.6.1999, 97/04/0230; 15.9.2004, 2003/04/0045; 4.3.2008, 2008/05/0028; s dazu auch *Mayer/Stöberl*, Die Unabhängigen Verwaltungssenaten im Rechtsschutzsystem, ÖJZ 1991, 257 (263); *Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992) 73; *ders*, Verwaltungsverfahrensrecht 91 f. *Domej*, Amtspartei 165 ff, 248; *Grabenwarter*, 16. ÖJT I/1, 149 ff; *ders*, in *Korinek/Holoubek*, Art 131 B-VG Rz 42 f; *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit 24.

³⁹ *Grabenwarter*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2008) 206.

⁴⁰ S schon oben II.1. FN 16 f.

⁴¹ S § 62 Abs 2 VwGG, wonach der VwGH bei Säumnisbeschwerden, über die er in der Sache entscheidet, jene Verwaltungsvorschriften anzuwenden hat, die die belangte Behörde anzuwenden gehabt hätte; s auch VwSlg 10.732 A/1982; ferner VwGH 18.9.2007, 2007/16/0085, wonach es im Säumnisbeschwerdeverfahren keine mitbeteiligte Partei iSd § 21 VwGG gibt.

III. Mischformen

1. Offene Flanken im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Die vorstehende Beschreibung des administrativen Berufungsverfahrens und des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens war bewusst idealisiert. Um fürs erste scharfe Konturen zu gewinnen, wurde der jeweilige Prototyp vorgestellt und ausgeblendet, dass das Berufungs- und das Beschwerdeverfahren auch offene Flanken haben: Die organisatorischen und funktionalen Elemente, die den Kreis der Parteien in beiden Verfahren erklären, sind nur im Großen und Ganzen, nicht aber lupenrein verwirklicht.

So ist der VwGH zwar grundsätzlich an den Beschwerdepunkt gebunden; besonders schwere Rechtswidrigkeiten wie die Unzuständigkeit der Behörde und die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften kann er aber von Amts wegen aufgreifen (§ 41 Abs 1 VwGG).⁴² Wie ein Seitenblick zur Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH erweist, ist die Bindung an den Beschwerdepunkt auch dem Grunde nach nicht zwingend: Im Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem VfGH genügt bekanntlich das Vorbringen, durch den Bescheid in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt zu sein; welche Rechte das sind, muss der Beschwerdeführer nicht anführen, und selbst wenn er sich nur auf ein Recht beruft, das nicht verletzt ist, gibt der VfGH der Beschwerde statt, sofern sie wegen der Verletzung anderer Rechte „im Ergebnis“ doch begründet war.⁴³

Auch besteht im Verfahren vor dem VwGH zwar ein Neuerungsverbot; das schließt aber nicht aus, dass die belangte Behörde in der Gegenschrift oder in der mündlichen Verhandlung noch dies und das an Argumenten

⁴² S dazu *Schick*, Rechtswidrigkeit infolge entscheidungsrelevanter Verletzung von Verfahrensvorschriften, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 149 (158 ff); *Höfinger*, Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 181 (184 f). Eine Gegen Ausnahme hiezu besteht aber nach der Judikatur, wenn die säumige Behörde einen Bescheid erlässt, obwohl die ihr hierfür gemäß § 36 Abs 2 VwGG gesetzte Frist bereits abgelaufen ist: Diese Unzuständigkeit greift der VwGH nur auf, wenn sie als Beschwerdepunkt ausdrücklich geltend gemacht wird: VwSlg 9274 A/1977, VwGH 23.4.1990, 90/10/0006; 4.9.1995, 95/10/0033; 17.12.2007, 2005/01/0863; s auch *Höfinger*, aaO 190 f. Ob der VwGH auch nicht gerügte Verletzungen des Gemeinschaftsrechts wahrnehmen darf oder gar muss, ist strittig, s dazu zB *Steiner*, in *Holoubek/Lang* (FN 21) 72 ff; *Sperlich*, Beschwerdepunkt und amtswegige Berücksichtigung von Gemeinschaftsrecht vor dem VwGH, JBl 2001, 222 ff; *Mayer*, B-VG § 28 VwGG V.

⁴³ VfSlg 4062/1961, 7370/1974, 12.166/1989, 14.773/1997, 17.029/2003; s auch *Potacs/Hattenberger*, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar, 3. Lfg (2004) Art 144 B-VG Rz 33; *Kneihs/Rohregger*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 7. Lfg (2005) Art 144 B-VG Rz 21. Das entbindet den Beschwerdeführer freilich nicht, eine substantielle Beschwerdebehauptung aufzustellen; das Fehlen einer solchen Behauptung ist ein nicht verbesserungsfähiger Mangel, der zur Zurückweisung führt, s zB VfSlg 15.544/1999, 16.840/2003.

„nachschiebt“;⁴⁴ ebenso kann der Beschwerdeführer ein Vorbringen, zu dem er im Verwaltungsverfahren keine Gelegenheit hatte, noch vor dem VwGH erstatten.⁴⁵ Selbst die Bindung des VwGH an den behördlich festgestellten Sachverhalt besteht nicht ausnahmslos; denn um festzustellen, ob der Behörde wesentliche Verfahrensfehler unterlaufen sind, schließt es der VwGH auch nicht aus, eigene Tatsachenermittlungen anzustellen.⁴⁶

Weiters ist der VwGH zwar auf die Kassation beschränkt; die belangte Behörde ist im zweiten Rechtsgang aber an seine Rechtsmeinung gebunden (§ 63 Abs 1 VwGG),⁴⁷ sodass der VwGH den Inhalt der verwaltungsbehördlichen Entscheidung mittelbar eben doch beeinflusst.⁴⁸ Umgekehrt verbleibt in der Hand der Behörde zwar die Ermessensübung, doch auch hier wissen wir, dass die Grenzen zwischen gebundener und Ermessensentscheidung zum einen fließend sind,⁴⁹ und dass sich der Entscheidungsspielraum der Behörde zum zweiten durch die Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH durchaus verengen kann.⁵⁰ Wie ein Blick zurück zur Stammfassung des B-VG zeigt, ist nicht einmal die Kassation ein notwendiges Merkmal der Verwaltungsgerichtsbarkeit: 1920 ermächtigte das B-VG etwa den VwGH noch in bestimmten Grenzen zu reformatorischen Entscheidungen.⁵¹

⁴⁴ Sog „Wattieren“ (vgl. *Schima*, Die Entscheidungsbegründung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs, in *Sprung/König* [Hrsg], Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten [1974] 229 [249 FN 28]), das der VwGH in gewissen Grenzen akzeptiert: s. *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 147 f.

⁴⁵ S. zB VwGH 27.6.1995, 94/20/0877; 29.6.2005, 2002/14/0119. Bisweilen nimmt der VwGH sogar an, dass dies die fehlerhafte Sachverhaltsermittlung der Behörde saniere, s. zB VwSlg 8608 A/1974; VwGH 27.4.1988, 87/03/0170, kritisch dazu *Mayer*, B-VG § 41 VwGG II.1.

⁴⁶ S. mwN *Stoll*, Freie Beweiswürdigung im Abgabenverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 337 (362 ff); *A. Hauer*, Gerichtsbarkeit 62.

⁴⁷ Näher *Zorn*, Rechtswirkungen des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses im fortgesetzten Verfahren, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 253 (265 ff).

⁴⁸ S. auch *Walter*, Kassatorische oder reformatorische Entscheidungen? FS zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (1976) 391 (395), der in der Bindung der Behörde an die Rechtsanschauung des VwGH bereits eine „Abweichung vom System der ‚reinen Kassation‘“ sieht; *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt (1923) 68, schreibt den Erkenntnissen des VwGH sogar „[i]ndirekt ... reformatorische Wirkung“ zu.

⁴⁹ *Merkel*, Verwaltungsrecht 142 f, 154 ff, 387; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 243 f; *Ringhofer*, Strukturprobleme des Rechts (1966) 25; *Grahenwarter*, in *Holoubek/Lang* (FN 13) 322.

⁵⁰ S. zB *Zorn*, in *Holoubek/Lang* (FN 47) 267 f.

⁵¹ Vgl. Art 133 Abs 3 B-VG 1920: „Der Verwaltungsgerichtshof kann in der Sache selbst entscheiden, soweit nicht die Behörde nach den Bestimmungen des Gesetzes zur Entscheidung oder Verfügung nach freiem Ermessen befugt ist.“

2. Offene Flanken im Berufungsverfahren

Offene Flanken dieser Art gibt es auch im Berufungsverfahren: So ermächtigt § 66 Abs 4 AVG die Berufungsbehörde nach der Judikatur nicht immer dazu, den Bescheid in jede Richtung abzuändern. Parteien, die nur einzelne subjektive Rechte haben, sollen in der Berufung vielmehr bloß die Verletzung dieser Rechte geltend machen können und damit den Prozessgegenstand des Berufungsverfahrens festlegen und begrenzen.⁵² Diese Position ist zwar ihrerseits nicht völlig gefestigt,⁵³ und sie verkennt – wie die Lehre mE zu Recht eingewendet hat⁵⁴ –, dass die Berufung der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit dient. Doch gibt es administrative Rechtsmittelverfahren, die vom hier beschriebenen Prototyp in der Tat abweichen. Zu denken ist an das Vorstellungsverfahren nach Art 119a Abs 5 B-VG, das – wie das Verfahren vor dem VwGH und VfGH – auf die Frage beschränkt ist, ob der Rechtsmittelwerber in seinen Rechten verletzt ist und in dem die Aufsichtsbehörde – wie der VwGH und der VfGH – den bekämpften Bescheid nur kassieren, nicht hingegen reformieren kann.

Zu denken ist im vorliegenden Zusammenhang noch mehr an die UVS, die ja spätestens durch das AVG eine Art Zwitter geworden sind⁵⁵ und deren Verfahren sowohl gerichtliche als auch verwaltungsbehördliche Züge trägt. Das zeigt nicht zuletzt die Regelung der Parteistellung: Partei ist im Berufungsverfahren vor den UVS zunächst – wie im normalen Berufungsverfahren – neben dem Berufungswerber jeder, der im unterinstanzlichen Verfahren

⁵² VwSlg 10.317 A/1980, 11.237 A/1983; VwGH 14.5.1997, 97/07/009; 27.8.2002, 99/10/0030; 17.6.2003, 2003/05/0009; 20.7.2004, 2001/05/1083; 2.6.2005, 2004/07/0064; 26.4.2007, 2005/07/0136; s auch *W. Hauer*; Zur Frage der Entscheidungsbefugnis der Berufungsbehörde im nachbarrechtlichen Verfahren, ZfV 1980, 1 (7 ff); *ders*, Die Präklusionswirkung der mündlichen Verhandlung, ZfV 1982, 589 ff.

⁵³ S zB VwGH 22.11.1994, 93/04/0102; 26.2.1996, 94/10/0192; 10.6.1999, 96/07/0191, wonach die Berufungsbehörde im Anlagenbewilligungsverfahren mit der zulässigen Berufung welcher Partei immer uneingeschränkt befugt ist, die von der Behörde wahrnehmbaren öffentlichen Interessen umfassend und damit auch insoweit zu prüfen, als die Erstbehörde eine solche Prüfung verabsäumt hat; s ferner und mwN *Kante*, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Licht der Rechtsprechung des EuGH (Teil I), ÖJZ 2002, 161 (FN 58); *Domej*, Amtspartei 232; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht 268 f.

⁵⁴ *Mayer*, Präklusion und Prozeßgegenstand des Berufungsverfahrens, ZfV 1981, 521 (527); *Thienel*, Verwaltungssenate 129 ff; *ders*, Verwaltungsverfahrensrecht 268 f; *Wiederin*, Die Neuregelung der Präklusion, in *Schwarzer* (Hrsg), Das neue Anlagenverfahrensrecht (1999) 17 (73); *Pallitsch*, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren (2001) 86 f; *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 539; *Domej*, Amtspartei, 233 f.

⁵⁵ S allgemein *Aichreiter*, Unabhängige Verwaltungssenate als Berufungsinstanz? ZfV 1990, 20 ff; *Thienel*, Verwaltungssenate 27 f; *ders*, Verfassungsrechtliche Probleme der derzeitigen Ausgestaltung der unabhängigen Verwaltungssenate, in *Pernthaler* (Hrsg), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1993), 5 (7); *Köhler*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg (1999), Art 129a B-VG Rz 16 ff.

Parteistellung hatte und sie nicht durch Präklusion verloren hat.⁵⁶ Daneben kommt die Parteistellung aber kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – wie im Verfahren vor dem VwGH und VfGH – auch der Behörde zu, die den bekämpften Bescheid erlassen hat, deren Säumnis im Devolutionsweg bekämpft wird bzw der die angefochtene Maßnahme zuzurechnen ist (§ 67b AVG, § 51d VStG), allerdings nur ihr: Ein Eintrittsrecht der obersten Behörde sehen AVG und VStG – hier wieder anders als das VwGG⁵⁷ – nicht vor. In gleicher Weise ist im Berufungsverfahren vor dem UFS das Finanzamt als erstinstanzliche Abgabenbehörde Partei (§ 276 Abs 7 BAO);⁵⁸ ein Eintrittsrecht des BMF besteht auch in diesem Verfahren nicht. Die Parteistellung der belangten Behörde lässt sich hier wie dort wohl damit erklären, dass UVS bzw UFS außerhalb des administrativen Instanzenzuges stehen, insbesondere nicht in den Weisungszusammenhang eingebunden sind.⁵⁹ Das schließt es aus, sie als Repräsentanten der obersten Behörde zu behandeln, die im Berufungsverfahren an die Stelle der erstinstanzlichen Behörde treten,⁶⁰ UVS und UFS treten der belangten Behörde vielmehr – einem Gericht ähnlich – als unabhängige Kontrollinstanz entgegen und erfüllen damit jene Voraussetzung, die *Merkel* als den „tiefste[n] Grund für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ gesehen hat: „Sie ist das rechtstechnische Mittel, die Tätigkeit *abhängiger* Organe der Kontrolle *unabhängiger* Organe zu unterstellen, sie bietet die Gelegenheit, die Einflüsse, die infolge der rechtlichen und politischen Abhängigkeit des Verwaltungsbeamten zulässiger- oder unzulässigerweise auf den Verwaltungsakt eingewirkt haben, durch den Spruch eines unabhängigen Gerichtes auszuschalten.“⁶¹

Als unabhängigen Behörden sollte es UVS und UFS nicht schwer fallen, über die an sie erhobenen Rechtsmittel unparteilich zu entscheiden, haben sie

⁵⁶ Vgl § 67b AVG, § 51d VStG („auch“) iVm § 8 AVG; *Thienel*, Verwaltungssenate 67 f; *Ders*, Verwaltungsverfahren 280, 511; *Domej*, Amtspartei 238 ff.

⁵⁷ Vgl § 22 VwGG. Ausgeschlossen ist ein Eintrittsrecht nach dem VwGG nur, wenn die belangte Behörde grundsätzlich weisungsfrei ist oder doch bei der Entscheidung der konkreten Angelegenheit nicht an die Weisungen eines obersten Organs der Bundes- bzw Landesvollziehung gebunden war, s dazu schon oben II.2.

⁵⁸ S dazu auch *Ritz*, RdW 2002, 634 f.

⁵⁹ Art 20 B-VG iVm Art 129a und 129b B-VG; 271 BAO, § 6 Abs 1 UFGS; s auch *Thienel*, Verwaltungssenate 25, 71 FN 94; *Köhler*, in *Korinek/Holoubek*, Art 129a B-VG Rz 22 f; *Beiser*, Die Unabhängigkeit des Finanzsenates, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat (2003) 87 ff.

⁶⁰ S oben II.1.

⁶¹ *Merkel*, Verwaltungsrecht 372 (Hervorhebungen im Original). S auch *Thienel*, Verwaltungssenate 71 FN 94, der die Parteistellung der belangten Behörde als „typisch für die nachprüfende Kontrolle der Höchstgerichte“ qualifiziert, „an deren Verfahren also insoweit eine Annäherung erfolgte“. Im Verwaltungsstrafverfahren vor dem UVS mag man der erstinstanzlichen Behörde zudem die Rolle des Anklägers zuschreiben. In sonstigen Verfahren kann die belangte Behörde durch ihre Parteistellung auch ein Gegengewicht zum Schutz der subjektiven Rechte bilden und so die (rein) objektive Rechtmäßigkeit bzw die Beachtung der öffentlichen Interessen sicherstellen, vgl *Mayer/Stöberl*, ÖJZ 1991, 262.

doch gerade kein Interesse daran, dass das Verfahren zugunsten des Rechtsmittelwerbers oder der belangten Behörde ausgeht. Streng genommen müssten UVS und UFS dann eigentlich auch unbeteiligt bleiben, wenn jemand ihre Bescheide beim VwGH bzw VfGH bekämpft,⁶² nicht anders als etwa ein Zivilgericht, dessen Urteil bei einem Gericht höherer Instanz angefochten wird. Und doch erkennt das VwGG dem – unparteilich entscheidenden – UVS und UFS im Bescheidbeschwerdeverfahren Parteistellung zu, zum ersten wohl, weil sie als Behörden vor dem VwGH belangt werden; stärker ins Gewicht fällt zweitens, dass sie ein Teil der Verwaltung sind, die der Kontrolle der Gerichtsbarkeit unterstellt wird und folglich ein Interesse hat, den der Verwaltung von Gesetzes wegen allein zukommenden Ermessenspielraum dem VwGH gegenüber zu verteidigen.

All das zeigt erstens: Administratives Berufungsverfahren und Verfahren vor dem VwGH weisen gewisse, für sie typische Elemente auf, die erklären, warum der Kreis der Parteien hier und dort verschieden weit gezogen ist. Diese Elemente sind zweitens in der Praxis nicht immer „rein“ verwirklicht, sie haben vielmehr offene Flanken. Drittens gibt es die genannten Elemente nicht nur im Paket, wir finden auch Mischformen vor, die gerichtliche und verwaltungsbehördliche Elemente kombinieren. Als eine solche Mischung sind auch die Verwaltungsgerichte angelegt: Sie scheinen Verwaltung und Gericht zugleich zu sein oder doch sein zu wollen. Das hat auch Konsequenzen für die Parteistellung.

IV. Parteien im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz

1. Beschwerdeführer

Mag der Entwurf der Expertengruppe auch viele Details offen lassen, so kann eines doch sicher gesagt werden: Parteistellung im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz hat jedenfalls der Beschwerdeführer, und zwar unabhängig davon, worüber er sich beschwert, ob über einen Bescheid,⁶³ eine Maßnahme,⁶⁴ die Säumnis einer Behörde⁶⁵ oder einen anderen einfachgesetzlich noch zuzulassenden Beschwerdegegenstand,⁶⁶ und auch unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer ein Rechtsunterworfener ist oder ein staatliches Organ, etwa der Bundesminister, dem bereits der Entwurf

⁶² S schon *Beiser*, SWK 2003, 1392 f.

⁶³ Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG-Entwurf.

⁶⁴ Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG-Entwurf.

⁶⁵ Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG-Entwurf.

⁶⁶ Art 130 Abs 1 letzter Satz B-VG-Entwurf und dazu näher *Fuchs*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren der Verwaltungsgerichte erster Instanz, JRP 2007, 276 (278 ff); *Mayrhofer*, Beschwerdelegitimation vor den Verwaltungsgerichten, JRP 2007, 264 (273 ff).

in bestimmten Materien eine Amtsbeschwerde einräumt⁶⁷ oder andere Organe, die einfachgesetzlich zur Erhebung einer Beschwerde legitimiert werden.⁶⁸ Die Parteistellung des Beschwerdeführers ist schließlich unabhängig davon, ob die eingebrachte Beschwerde überhaupt zulässig ist. Auch wer eine unzulässige Beschwerde erhebt, hat ja Anspruch darauf, dass diese Beschwerde – wenngleich mit Zurückweisung – erledigt wird.

Wer überhaupt zur Erhebung einer Beschwerde an ein Verwaltungsgericht legitimiert ist, regelt der Entwurf selbst. Es sind dies Personen, die behaupten durch die Erlassung (Art 132 Abs 1 Z 1) oder die Nichterlassung eines Bescheides (Art 132 Abs 3) oder durch einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Art 132 Abs 2) in ihren Rechten verletzt zu sein; ferner der zuständige Bundesminister in den in Art 132 Abs 1 Z 2 B-VG-Entwurf genannten Angelegenheiten wegen Rechtswidrigkeit eines Bescheides.⁶⁹ Indem der Entwurf die Beschwerdelegitimation solcherart regelt, trifft er mittelbar auch eine Entscheidung über die Parteistellung.

2. Kontrollierte Verwaltung

2.1 Belangte Behörde

Durch den Entwurf nur in eine Richtung vorentschieden ist die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz. In drei Konstellationen müssen sie jedenfalls reformatorisch entscheiden: Erstens, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht; zweitens, wenn die Feststellung des Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kosteneinsparung verbunden ist; drittens in Verwaltungsstrafsachen.⁷⁰ Diese Reformationspflicht scheint auch für Ermessensentscheidungen zu gelten; jedenfalls nimmt der Entwurf diese Entscheidungen von der Reformationsbefugnis der Verwaltungsgerichte nicht aus.⁷¹ Ein-

⁶⁷ Art 132 Abs 1 Z 2 B-VG-Entwurf: Angelegenheiten des Art 11, 12, 14 Abs 2 und 3 oder 14a Abs 3 und 4 B-VG.

⁶⁸ Vgl Art 132 Abs 4 B-VG-Entwurf.

⁶⁹ S zur Beschwerdelegitimation näher *Mayrhofer*, JRP 2007, 264 ff, sowie den Beitrag von *K. Holzinger* in diesem Band.

⁷⁰ Art 130 Abs 3 B-VG-Entwurf.

⁷¹ Eine solche Ausnahme lässt sich mE auch nicht aus Art 130 Abs 2 B-VG-Entwurf ableiten, der – gleich wie Art 130 Abs 2 B-VG idgF – bestimmt, dass keine Rechtswidrigkeit vorliegt, wenn eine Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch macht. Daraus folgt nur, dass die Verwaltungsgerichte und der VwGH behördliche Ermessensentscheidungen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit kontrollieren dürfen, nicht hingegen, dass sie bei Ermessensentscheidungen auf eine Kassation beschränkt sind (näher zu den Auslegungsmöglichkeiten des Art 130 Abs 2 und Abs 3 B-VG-Entwurf *Pabel*, Verwaltungsprozessrecht, JRP 2007, 287 [291 ff]). Anderes galt etwa nach Art 130 Abs 3 B-VG in der Stammfassung 1920, der den VwGH nur insoweit zu einer Sachentscheidung ermächtigte, als das Gesetz der Behörde nicht ausdrücklich Ermessen einräumt. Durch Art 132

fachgesetzgesetzlich kann diese Entscheidungsbefugnis noch über die im Entwurf genannten Fälle hinaus erweitert werden.⁷² Soweit dem Verwaltungsgericht eine Reformationsbefugnis zukommt, tritt seine Entscheidung an die Stelle des bekämpften Bescheides. Damit nähert sich das Verwaltungsgericht zwar in funktionaler Hinsicht einer Verwaltungsbehörde; das ändert aber nichts daran, dass es organisatorisch kein Teil der Verwaltung ist, sondern zur Staatsfunktion Gerichtsbarkeit gehört, die die Verwaltung kontrolliert, dies freilich nur in den verfassungsrechtlich vorgegebenen Grenzen. Diese Grenzen zieht der Entwurf für das reformationsbefugte Verwaltungsgericht wesentlich weiter als das B-VG derzeit für den VwGH, der nur zur Kassation berechtigt ist.⁷³ Umso vitaler wird das Interesse der Verwaltung sein, auf die Einhaltung dieser Grenzen zu drängen und am Verfahren vor dem erstinstanzlichen Verwaltungsgericht als Partei mitzuwirken.

Als Repräsentanten der Verwaltung wird man zweckmäßigerweise die belangte Behörde einsetzen, ihr also wie im Verfahren vor dem VwGH (§ 21 VwGG), UVS (§ 67b Z 1 AVG, § 51d VStG) und UFS (§ 276 Abs 7 BAO) Parteistellung zuerkennen – schließlich ist sie mit dem bekämpften Verwaltungsakt ja am besten vertraut. Belangt ist dabei im Bescheidbeschwerdeverfahren die Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat, hier wieder unabhängig davon, ob als Beschwerdeführer ein Bürger oder ein staatliches Organ auftritt. Auch wenn der Bundesminister also in einer Art II B-VG-Materie Amtsbeschwerde erhebt, wird man der belangten Landesbehörde Parteistellung zuerkennen müssen. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht stehen sich dann Bund und Land mit offensichtlich divergierenden Interessen gegenüber; einem von ihnen dabei die Parteistellung zu verwehren, wäre nicht begründbar. Im Maßnahmenbeschwerdeverfahren ist belangt und daher

Abs 3 B-VG idF der B-VG-Novelle 1925 sollte der VwGH dann darauf beschränkt werden, in Verwaltungsstrafsachen im Fall der Stattgabe einer Beschwerde selbst eine Strafe festzusetzen; diese Ermächtigung wurde allerdings nicht wirksam, s dazu näher *Schick*, in *Holoubek/Lang* (FN 42) 155. Auch nach geltendem Recht ist der VwGH dann zur Ermessensübung ermächtigt, wenn er im Säumnisbeschwerdeverfahren anstelle der Verwaltungsbehörde entscheidet. Ob und inwieweit ein Verwaltungsgericht zu reformatorischer Entscheidung ermächtigt werden soll, wird von jeher kontrovers beurteilt, s zB *Walter*, FS zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (1976) 391 ff; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 371 ff; *ders.*, Auf dem Weg zur Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 1998, 269 (277 ff); *Jablonec*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161 (163 ff); *ders.*, Perspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 377 (380 f); *Olechowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 27; *ders.*, Zwischen Kassation und Reformation, ÖJZ 1999, 581 ff; *Pabel*, JRP 2007, 289 ff.

⁷² Art 130 Abs 3 B-VG-Entwurf legt nur die Fälle fest, in denen das Verwaltungsgericht jedenfalls in der Sache entscheiden muss; darüber hinausgehende einfachgesetzliche Ermächtigungen sind dadurch nicht ausgeschlossen: Erl zum B-VG-Entwurf 15.

⁷³ *Merkel*, Verwaltungsrecht 391, spricht gar davon, dass die meritorische Verwaltungsgerichtsbarkeit „nicht bloß, ja im Grunde überhaupt nicht, für richtige Verwaltung sorgt, sondern die Verwaltung enteignet und durch Justiz verdrängt.“

mit Parteistellung auszustatten die Behörde, der die bekämpfte Maßnahme zuzurechnen ist.⁷⁴ Im Säumnisbeschwerdeverfahren hat Parteistellung schließlich die Behörde, deren Säumnis bekämpft wird. Hier wären also – schon wegen des Wechsels in die Gerichtsbarkeit – nicht die Regeln des gewöhnlichen Berufungsverfahrens, sondern jene Regeln zu übernehmen, die bereits jetzt für das Verfahren vor dem UVS, dem UFS und vor dem VwGH gelten.

2.2 Eintrittsrechte

ME spricht aber auch viel dafür, hier über das UVS- und UFS-Verfahren hinaus und in Anlehnung an § 22 VwGG einer übergeordneten Behörde ein Eintrittsrecht zuzuerkennen. Im System der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit muss das nicht unbedingt die oberste Behörde sein. Denn nach dem Entwurf soll nun ja schon der erstinstanzliche Bescheid direkt beim Verwaltungsgericht bekämpft werden können.⁷⁵ Das Gros dieser Bescheide wird auf Bezirksebene erlassen werden. In der Landesverwaltung bereitet ein exklusives Eintrittsrecht der Landesregierung wohl keine Schwierigkeiten; in der Bundesverwaltung kann ein Eintrittsrecht, das dem Bundesminister vorbehalten ist, aber zu hoch angetragen und daher unzweckmäßig sein. Für ein Eintrittsrecht der Landesinstanz spricht in der mittelbaren Bundesverwaltung ferner, dass sich so der Einflussverlust, den die Länder durch die reformatorische Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte erleiden, ein Stück weit kompensieren ließe.⁷⁶ Der Landeshauptmann könnte auf diese Weise,

⁷⁴ Zu den Schwierigkeiten, die dabei entstehen können, s den Beitrag von *Wiederin* in diesem Band.

⁷⁵ S Art 130 Abs 4 B-VG-Entwurf, der den einfachen Gesetzgeber nur ermächtigt, „in einzelnen Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde oder eines sonstigen Selbstverwaltungskörpers einen zweigliedrigen administrativen Instanzenzug sowie einen administrativen Rechtsbehelf gegen Säumnis der Verwaltungsbehörden vorzusehen“. Überall sonst muss der Instanzenzug – wie im Gegenschluss folgt – eingliedrig sein. Die Erschöpfung des Instanzenzuges wird dementsprechend als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Beschwerde auch nicht im Grundtatbestand des Art 130 Abs 1 B-VG genannt, sondern nur in Art 130 Abs 4 B-VG und dort beschränkt auf den Fall, dass der einfache Gesetzgeber von der Ermächtigung Gebrauch macht, ausnahmsweise einen zweigliedrigen Instanzenzug einzurichten, vgl auch die Erl zum B-VG-Entwurf 15. Remonstrative Rechtsmittel schließt der Entwurf allerdings, wie sich aus Art 130 Abs 5 Z 2 B-VG-Entwurf ergibt, nicht aus, s dazu näher *Pabel*, JRP 2007, 293 ff.

⁷⁶ Einen solchen Einflussverlust haben die Länder freilich auch schon durch die im VerwaltungsreformG 2001 begründeten weitreichenden Zuständigkeiten der UVS in zweiter Instanz erlitten; um ihn zu mildern, wurde der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde das Recht eingeräumt, der Reformation durch den UVS im Einzelfall zu widersprechen (§ 67h AVG). Für die Länder scheint diese Vorschrift freilich eher symbolische Bedeutung gehabt zu haben: In der Praxis wird davon nämlich, soweit zu sehen, kaum Gebrauch gemacht. Die Lehre hat gegen dieses Widerspruchsrecht nicht nur rechtspolitische, sondern auch verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet (s mwN *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 548/15a; *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht 293), die sich noch weiter verstärken müssten, würde ein dem § 67h AVG entsprechendes Widerspruchsrecht den Verwaltungsbehörden auch im Verhältnis zu den Verwaltungsgerichten eingeräumt.

wenn schon nicht selbst entscheiden, so doch zumindest an der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung als Partei mitwirken und dem (reformationsbefugten) Verwaltungsgericht gegebenenfalls sogar die bisherige Entscheidungspraxis der Behörden in Ermessensfragen zur Kenntnis bringen. Bei der Wahrnehmung seiner Parteirechte bliebe der Landeshauptmann freilich weiterhin an die Weisungen des zuständigen Bundesministers gebunden, der schon deshalb von der ganzen Sache wissen muss: Zweckmäßigerweise wäre dem Bundesminister die Beschwerde daher schon durch das Verwaltungsgericht zur Kenntnis zu bringen.⁷⁷ Das ist kein Weg, den man gehen muss, aber vielleicht ein Weg, der die Länder etwas beruhigen könnte. Die von ihnen im Begutachtungsverfahren geforderte Amtsbeschwerde des Landeshauptmannes gegen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes erster Instanz⁷⁸ ist dadurch nicht ausgeschlossen, sie erübrigt sich eher: Durch das Eintrittsrecht erhält der Landeshauptmann nämlich die Gelegenheit, seinen Rechtsstandpunkt bereits vor dem Verwaltungsgericht darzulegen. Setzt er sich damit

⁷⁷ Als Vorbild könnte § 36 Abs 3 VwGG dienen, wonach der VwGH die Beschwerde samt Beilagen unter Bekanntgabe der für die Einbringung einer Gegenschrift gesetzten Frist auch dem Bundesminister bzw der Landesregierung zu übermitteln hat, wenn diese/r nicht ohnedies selbst die belangte Behörde ist; korrespondierend dazu ist der Beschwerdeführer in solchen Fällen auch verpflichtet, eine zusätzliche Ausfertigung seiner Beschwerde einzubringen: § 29 VwGG. In Kenntnis der Beschwerde könnte der Bundesminister dann in der mittelbaren Bundesverwaltung auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung über sein Eintrittsrecht verfügen, es also selbst wahrnehmen oder den Landeshauptmann damit betrauen; er könnte die Wahrnehmung dieses Rechts dem Landeshauptmann aber auch generell oder für bestimmte Angelegenheiten von vornherein delegieren und nur in bestimmten, ihm wichtig erscheinenden Fällen wieder an sich ziehen.

⁷⁸ Vgl die Stellungnahmen der Landesregierungen des Burgenlandes 68/SN-94/ME 23. GP 5; von Niederösterreich 96/SN-94/ME 23. GP 7; von Oberösterreich 81/SN-94/ME 23. GP 7; von Salzburg 78/SN-94/ME 23. GP 2, 8; der Steiermark 43/SN-94/ME 23. GP 4; und von Wien 23/SN-94/ME 23. GP 2 f; s ferner die Stellungnahme der Vorarlberger Landesregierung 76/SN-94/ME 23. GP 8, die für ein verfassungsrechtlich gewährtes Amtsbeschwerderecht der belangten Behörde beim VwGH eintritt. Nach geltendem Recht soll den Einflussverlust, den die Landeshauptleute in der mittelbaren Bundesverwaltung durch die Zuständigkeiten der UVS erlitten haben, § 67h AVG ausgleichen; zusätzliche Amtsbeschwerden des Landeshauptmannes finden sich hier nur vereinzelt (s zB § 87b AWG, § 371a GewO, § 40, 94 Lebensmittelsicherheits- und VerbraucherschutzG). Häufig wird eine Amtsbeschwerde aber dem ressortzuständigen Bundesminister gegen Entscheidungen der UVS eingeräumt, und zwar sowohl im Bereich der mittelbaren als auch der unmittelbaren Bundesverwaltung (s zB § 10 FPG, § 78 NAG, § 91 SPG, § 56 MBG, § 13 ArbeitsinspektionsG, § 18 Abs 3 ProduktsicherheitsG, § 50 KraftfahrlinienG, § 21a GüterbeförderungsG, § 75 ChemikalienG). Auch in Landesmaterien wurde der fehlende Einfluss der Landesregierungen auf die Entscheidungen der UVS bisher zum Teil durch ein Amtsbeschwerderecht der Landesregierungen (bzw in Wien des Magistrats) kompensiert, s § 12 Abs 2 Ktn VerwaltungssenatsG, LGBl 1990/104 idF 2003/51; § 9 Abs 3 Z 1 OÖ VerwaltungssenatsG, LGBl 1990/90 idF 2005/74; § 18d Stmk Gesetz vom 26. Juni 1990 über den Unabhängigen Verwaltungssenat, LGBl 1990/78 idF 2005/1; § 2 Abs 4 lit a Vbg Gesetz über den Unabhängigen Verwaltungssenat, LGBl 1990/34 idF 2003/13; § 14a Gesetz über den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien, LGBl 1990/53 idF 2006/42.

durch, bedarf es keiner Beschwerde mehr. Setzt er sich nicht durch, so müsste er zur Beschwerde an den VwGH schon deshalb legitimiert sein, weil er im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Parteistellung hatte und dort unterlegen ist; einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedürfte es für diese Beschwerde nicht, solange es eine Parteibeswerde an den VwGH gibt.⁷⁹ Ein solches Beschwerderecht müsste ebenso der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde zustehen, solange für sie nicht eine andere Behörde in das Verfahren eingetreten ist; die Ausübung dieses Rechts könnte dann abermals der Landeshauptmann durch Weisung beeinflussen.

Im Bereich der *Selbstverwaltung* ist ein Eintrittsrecht der obersten staatlichen Behörde unproblematisch, wenn vor dem Verwaltungsgericht „nur“ die (weisungsgebundene) Aufsichtsbehörde belangt wird: Ob sie oder ob die oberste Behörde als Partei am Verfahren teilnimmt, ist aus der Sicht des Selbstverwaltungsträgers gleichgültig. Anders liegen die Dinge, wenn in einer Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches in letzter Instanz ein Organ des Selbstverwaltungskörpers entscheidet. Seit kurzem schließt § 22 VwGG in solchen Fällen ein Eintrittsrecht des Bundesministers bzw der Landesregierung aus guten Gründen aus.⁸⁰ Gleiches müsste umso mehr für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz gelten, die ja anders als der VwGH nicht nur kassatorisch, sondern grundsätzlich reformatorisch entscheiden: An dieser Sachentscheidung muss das Selbstverwaltungsorgan jedenfalls als Partei mitwirken können; gegebenenfalls auch, indem es dem reformationsberechtigten Gericht Auskunft über seine bisherige Entscheidungspraxis in Ermessensfragen gibt. Das schließt nicht aus, dass neben dem Selbstverwaltungsorgan auch der Bundesminister bzw die Landesregierung oder eine ihnen nachgeordnete Behörde als Partei beteiligt wird, wie dies § 21 Abs 1 Z 3 VwGG für das Verfahren vor dem VwGH vorsieht.⁸¹

Denkbar ist eine solche doppelte Vertretung der Verwaltung ferner, wenn vor dem Verwaltungsgericht eine (sonst) weisungsfreie Behörde belangt wird. Nach dem Entwurf sollte das zwar nur mehr ausnahmsweise der Fall sein, weil die weisungsfreien Sonderbehörden im Wesentlichen durch die

⁷⁹ S dazu schon oben FN 3 und noch unten V.

⁸⁰ § 22 Satz 2 Z 1 VwGG idF BGBl I 2008/4. Ausweislich der Materialien (AB 371 BlgNR 23. GP II) reagiert der Gesetzgeber damit auf die Kritik der Lehre (namentlich genannt werden *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 99; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 970) an der Vorgängerregelung, derzufolge in Angelegenheiten der Bundesverwaltung der zuständige Bundesminister und in Angelegenheiten der Landesverwaltung die zuständige Landesregierung an die Stelle der belangten Behörde jederzeit in das Verfahren eintreten konnten; eine Sonderregelung für den Bereich der Selbstverwaltung existierte nach § 22 VwGG idF vor der Novelle BGBl I 2008/4 nicht.

⁸¹ Im Einzelfall kann das für den Selbstverwaltungskörper sogar von Vorteil sein; so mag etwa eine kleine Gemeinde durchaus daran interessiert sein, dass ihr Fall vor dem Verwaltungsgericht durch eine staatliche, mit einem guten Rechtsdienst ausgestattete Behörde vertreten wird.

Verwaltungsgerichte erster Instanz abgelöst werden.⁸² Soweit eine weisungsfreie Behörde aber entscheidet, könnte außer ihr auch dem Bundesminister bzw der Landesregierung im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Parteistellung zuerkannt werden.⁸³

3. Sonstige Parteien

Fraglich ist dann noch, wem – abgesehen von Beschwerdeführer und oberster bzw belangter Behörde – im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz Parteistellung zuerkannt werden soll. Ausgehend vom geltenden Recht stehen hier zwei Modelle zur Verfügung: Das verwaltungsgerichtliche Modell der Mitbeteiligten erkennt nur Personen Parteistellung zu, die in ihren rechtlichen Interessen durch den Erfolg der Anfechtung nachteilig berührt wären.⁸⁴ Im Modell des administrativen Berufungsverfahrens ist Partei neben dem Berufungswerber, wer im Verfahren der Vorinstanz Parteistellung hatte, unabhängig davon, ob seine Interessen in Widerspruch zur Interessenlage des Berufungswerbers stehen oder nicht.⁸⁵

Welches dieser beiden Modelle oder ob ein drittes für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz adäquat ist, hängt letztlich davon ab, ob das Verwaltungsgericht nur kassatorisch oder ob es auch reformatorisch entscheidet und im zweiten Fall, ob das Gericht an das Beschwerdevorbringen gebunden ist oder ob es Rechtswidrigkeiten auch von Amts wegen aufgreifen kann.⁸⁶ Je weiter die Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichts geht, desto weiter wird auch der Kreis der Personen sein, die von der Entscheidung in ihren Rechten oder rechtlichen Interessen berührt sind: Diesen Personen ist dann jedenfalls Parteistellung zuzuerkennen.

Nicht erfassbar sind mit dieser Faustformel *Amtsparteien*. Im VwGH-Modell wären sie am Verfahren nicht zu beteiligen, vorausgesetzt, man nimmt mit der Judikatur an, dass eine Amtspartei keine materiellen subjektiven Rechte bzw keine „eigenen“ rechtlichen Interessen hat, die durch den Beschwerdeerfolg nachteilig berührt werden könnten.⁸⁷ Nun ist diese Judikatur mE zwar nicht restlos überzeugend,⁸⁸ im Verfahren vor dem VwGH aber

⁸² Vgl Art 151 Abs 37 Z 4 B-VG-Entwurf; näher *Damjanovic*, Weisungsfreie Behörden: der Vorschlag für eine Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG, JRP 2007, 222 ff; *Kopetz*, Abschaffung aller „Sonderbehörden“, JRP 2007, 239 ff.

⁸³ Vgl für das Verfahren vor dem VwGH § 21 Abs 1 Z 3 iVm § 22 Satz 2 Z 2 VwGG.

⁸⁴ S oben II.2. FN 33–FN 36.

⁸⁵ S oben II.1. FN 16–FN 18.

⁸⁶ Bei reformatorischer Entscheidungsbefugnis spricht jedenfalls im Bescheidbeschwerdeverfahren viel dafür, das Gericht nicht oder jedenfalls nicht allzu streng an die geltend gemachten Beschwerdepunkte bzw -gründe zu binden, s dazu zB *Fuchs*, JRP 2007, 284 f.

⁸⁷ Dazu schon oben II.2. FN 37–FN 39.

⁸⁸ S schon *Walter*, Die Stellung des Disziplinaranwalts nach dem Beamten-Dienstrechtsgesetz, in FS Melichar (1983) 411 (434 ff); *Mayer/Stöberl*, ÖJZ 1991, 263; *Domej*, Amtspartei 172 ff, 183 f.

noch einigermaßen verschmerzbar, weil es dem einfachen Gesetzgeber ja freisteht, der Organpartei eine Amtsbeschwerde einzuräumen, mit der sie eine Verletzung objektiven Rechts bzw öffentlicher Interessen vor dem VwGH geltend machen kann.⁸⁹ Bekämpft ein anderer den Bescheid wegen der Verletzung subjektiver Rechte, so kommt der Amtspartei in diesem Beschwerdeverfahren zwar keine Parteistellung zu, dies auch dann nicht, wenn die Interessen, die sie im Verwaltungsverfahren vertreten hat, durch eine Bescheidaufhebung nachteilig berührt werden könnten.⁹⁰ Das Schlimmste, was aus der Sicht der Amtspartei passieren kann, ist aber, dass der VwGH der Beschwerde stattgibt und den Bescheid kassiert; dann freilich tritt die Verwaltungssache ohnedies in das Stadium vor Erlassung des angefochtenen Bescheides zurück (§ 42 Abs 3 VwGG)⁹¹ und ist – sofern der VwGH den Bescheid nicht ersatzlos aufgehoben hat⁹² – durch die belangte Behörde neu zu entscheiden: In diesem zweiten Rechtsgang kann die Amtspartei dann wieder die von ihr zu vertretenden Interessen als Partei geltend machen.

Anderes gilt, wenn und soweit ein Verwaltungsgericht, wie dies der Entwurf ja vorsieht, reformatorisch entscheidet.⁹³ Dass die Amtspartei im Administrativverfahren für das öffentliche Interesse bzw für die objektive Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung eintreten kann, nicht hingegen vor dem Verwaltungsgericht, das in der Sache entscheidet, wäre mE schwer einzusehen und würde die Bedeutung der Amtspartei auch weitgehend leer laufen lassen, wenn das Administrativverfahren – wie im Entwurf vorgesehen⁹⁴ – grundsätzlich auf eine Instanz verkürzt wird. Die Mitwirkung der Amtspartei am verwaltungsgerichtlichen Verfahren erster Instanz kann insbesondere nicht mit dem Argument verneint werden, das Verwaltungsgericht gewährleiste schon durch seine Unabhängigkeit, dass jene Interessen, für die die Amtspartei eintritt, tatsächlich beachtet werden. Konsequenz zu Ende gedacht müsste dann nämlich jede Parteistellung, auch die des Beschwerdeführers, verzichtbar sein – ein Ergebnis, das gewiss nicht konsensfähig ist. Geht man davon aus, dass divergierende Interessen am ehesten gleichmäßig beachtet werden, wenn sie alle gleichermaßen durch Parteien vertreten sind, spricht mehr dafür, im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten auch der Amtspartei Parteistellung zuzuerkennen, wenn die von ihr zu vertretenden Interessen durch den Beschwerdeerfolg nachteilig berührt werden können.⁹⁵ Es käme dann

⁸⁹ Art 131 Abs 2 B-VG.

⁹⁰ S oben bei FN 39.

⁹¹ Näher *Zorn*, in *Holoubek/Lang* (FN 47) 253 ff.

⁹² In diesem Fall bleibt die Judikatur auch in ihren Konsequenzen unbefriedigend.

⁹³ Art 130 Abs 3 B-VG-Entwurf.

⁹⁴ S schon oben bei FN 75.

⁹⁵ Im Interesse der objektiven Rechtmäßigkeit wäre überdies erwägenswert, der Amtspartei auch ein Beschwerderecht an die Verwaltungsgerichte einzuräumen. Der Entwurf sieht ein solches Beschwerderecht nicht automatisch vor, sondern überlässt seine Einräumung dem einfachen Gesetzgeber (Art 132 Abs 4 B-VG-Entwurf). Das schließt die Parteistellung der

also zu einer Mischung des Berufungsmodells und des Modells der derzeitigen Verwaltungsgerichtsbarkeit: Partei im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz wären neben dem Beschwerdeführer und der belangten bzw obersten Behörde auch alle anderen nicht präkludierten Parteien des Administrativverfahrens, sofern und soweit sich der Beschwerdeerfolg auf ihre bzw auf die von ihnen vertretenen Interessen nachteilig auswirken kann.

V. Rechte der Parteien im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz

Die Parteistellung für sich ist nur eine Art Status; bedeutungsvoll wird sie erst durch die Rechte, die mit ihr verbunden sind. Im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz wird dies zunächst das Recht auf Akteneinsicht sein, ferner das Recht auf Parteiengehör, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, das Recht, Beweisanträge zu stellen, einen Sachverständigen mangels Fachkunde oder wegen Befangenheit abzulehnen, das Recht, zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen, einen Verwaltungsrichter als befangen abzulehnen, Wiederaufnahme und Wiedereinsetzung zu begehren, im Fall des Beschwerdeerfolgs Kostenersatz und im Fall der Bedürftigkeit Verfahrenshilfe zu erhalten und das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts zugestellt zu bekommen.

Anerkennt man, dass Beschwerdeführer und Verwaltung sich vor dem Verwaltungsgericht gleichberechtigt gegenüberstehen und dass sie beide etwas zu verteidigen haben – der Beschwerdeführer sein subjektives Recht, die Verwaltung ihre Entscheidung, die objektive Rechtmäßigkeit, aber auch ihren Ermessensspielraum – dann liegt nahe, dass mit der Parteistellung vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz auch die Legitimation verbunden ist, die Entscheidung des Verwaltungsgerichts beim VwGH mit Beschwerde zu bekämpfen.⁹⁶ Der belangten Behörde müsste dann – anders als derzeit der

Amtspartei keineswegs aus; dass Beschwerderecht und Parteistellung nicht notwendig miteinander Hand in Hand gehen, zeigt sich im geltenden Recht etwa bei der obersten sachlich in Betracht kommenden Behörde, die (abgesehen von den Fällen des Art 131 Abs 1 Z 2 und 3 B-VG) ohne einfachgesetzliche Ermächtigung iSd Art 131 Abs 2 B-VG nicht beschwerdelegitimiert ist, idR aber nach § 22 VwGG für die belangte Behörde in das Verfahren eintreten und so Parteistellung erlangen kann.

⁹⁶ Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG-Entwurf schließt dies keineswegs aus. Ihm zufolge erkennt der VwGH über „Beschwerden gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte wegen Rechtswidrigkeit“, ohne die Beschwerdelegitimation auf Personen zu beschränken, die im Sinne der bisherigen Judikatur des VwGH in ihren „eigenen“ Interessen bzw materiellen Rechten verletzt sind. Kritisch *Mayrhofer*, JRP 2007, 268, der bei einer solchen Ausdehnung der Beschwerdelegitimation zum einen Verfahrensverzögerungen befürchtet, zum zweiten annimmt, dass eine Beschwerde der belangten Behörde idR zu einem Austausch des Prozessthemas führt: Anders als vor dem Verwaltungsgericht stünde vor dem VwGH dann nämlich nicht mehr die Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern die objektive Rechtmäßigkeit auf dem Prüfstand. Ob das wirklich der Fall ist, hängt freilich wesentlich von der – noch

vor dem UVS und UFS belangten Behörde⁹⁷ – nicht mehr eigens eine Amtsbeschwerde eingeräumt werden. Sie wäre schon als Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erster Instanz vor dem VwGH beschwerdeberechtigt; vorausgesetzt freilich, dass die Parteien dieses Verfahrens den VwGH überhaupt noch anzurufen berechtigt sind. Der Entwurf setzt das (zumindest) im Fall des Rechtsunterworfenen, der die Beschwerde an das erstinstanzliche Verwaltungsgericht erhoben hat, wohl als selbstverständlich voraus, wenn er nur den Eintritt in die Verwaltungsgerichtsbarkeit als solche regelt.⁹⁸ Wer dann unter welchen Voraussetzungen Beschwerde an den VwGH erheben kann, soll – das war wohl das Konzept der Expertengruppe – im Detail der einfache Gesetzgeber bestimmen. Die B-VG-Novelle BGBI I 2008/2 zeigt indes, dass sich das Selbstverständliche nicht von selbst versteht. Der Asylgerichtshof, den diese Novelle einrichtet, ersetzt nämlich nicht nur den UBAS, sondern auch den VwGH, den in Asylsachen fortan weder der Rechtsunterworfene noch der Bundesminister für Inneres anrufen kann. Dieses (fachlich spezialisierte) Verwaltungsgericht ist also gerade keine zweite Stufe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, im Gegenteil: Sollte es einer künftigen Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit Pate stehen, so läuft es auf eine schleichende Abschaffung des VwGH und damit auf eine Schwächung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in qualitativer Hinsicht hinaus. Rechtspolitisch wäre das auf das Schärfste abzulehnen.

offenen – Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erster Instanz ab. Die grundsätzlich reformatorische Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte legt an sich nahe, bereits vor diesem Gericht (wie derzeit vor der Berufungsbehörde) die objektive Rechtmäßigkeit des Bescheides zum Prozessthema zu machen (s schon oben FN 86); dann ändert eine Beschwerde der belangten Behörde an den VwGH den Prozessgegenstand nicht.

⁹⁷ Ihre Beschwerdelegitimation ist nach der Judikatur auf die Geltendmachung prozessualer Rechte beschränkt: zB VwGH 24.4.2003, 2002/07/0076; 3.7.2007, 2006/05/0040; s mwN ferner *Thienel*, Verwaltungssenat 73, 158, 232; *Domej*, Amtspartei 248. Den vor dem UFS belangten Finanzbehörden kommt schon jetzt aufgrund einer spezialgesetzlichen Ermächtigung in § 292 BAO eine Amtsbeschwerde an den VwGH zu; s dazu näher *Tanzer*, Das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat im Abgabenrecht, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat (2003) 169 (175); *Fellner*, in *Holoubek/Lang* (FN 32) 315 f; zu der zuvor möglichen Präsidentenbeschwerde s *Kneihls/Lenneis*, in *Holoubek/Lang* (FN 32) 308 ff.

⁹⁸ S schon den Beitrag von *Jablöner* in diesem Band, 21 f, sowie Art 132 B-VG-Entwurf, der die Beschwerdelegitimation für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten regelt, s ferner Art 133 B-VG-Entwurf, der festlegt, unter welchen Voraussetzungen an den VwGH erhobene Beschwerden abgelehnt (Variante 1) bzw zugelassen (Variante 2) werden können: Diese Regelung ist nur sinnvoll, wenn die Beschwerdemöglichkeit an den VwGH dem Grunde nach weiterhin besteht. Vgl zu den vorgeschlagenen Varianten *Khakzedeh-Leiler*. Die Beschwerde gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz an den Verwaltungsgerichtshof, JRP 2007, 299 ff.

VI. Stellung der belangten Behörde

Das mir zugewiesene Thema scheint anzudeuten oder zumindest zu fragen, ob der belangten Behörde im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz in irgendeiner Hinsicht eine Sonderstellung zukommt. Ich würde sagen: nein. Dass für die belangte Behörde eine Oberbehörde eintreten könnte,⁹⁹ sieht zwar nach einer Besonderheit aus, hängt aber nur damit zusammen, dass der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in Wahrheit nicht die Behörde belangt, sondern den die Verwaltung führenden Rechtsträger, der durch verschiedene Organe vertreten werden kann. Anerkennt man, dass Beschwerdeführer und Verwaltung sich vor dem Verwaltungsgericht als Gleiche gegenüberstehen, dann kann es hier für das die Verwaltung repräsentierende Organ – welches Organ immer das ist – grundsätzlich keine besonderen Rechte geben; umgekehrt darf dieses Organ aber auch nicht von Rechten ausgeschlossen sein, die den übrigen Parteien zuerkannt werden. Die Bevorzugung oder Benachteiligung einer der Parteien bedürfte jedenfalls einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.

Mit der Gleichheit der Parteien wäre es auch unvereinbar, wenn das Verwaltungsgericht die belangte Behörde – wie dies zB im Berufungsverfahren nach § 66 Abs 1 AVG und § 279 Abs 2 BAO vorgesehen ist¹⁰⁰ – notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens durchführen lässt. Das passt im Berufungsverfahren, weil erstinstanzliche und Berufungsbehörde hier als eine Einheit zu verstehen sind.¹⁰¹ Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann von einer solchen Einheit aber keine Rede sein. Hier muss das Verwaltungsgericht den Sachverhalt also selbst erheben.

Die Erfahrung lehrt, dass die belangte Behörde im Verfahren vor den UVS idR nur die Akten vorlegt und Gegenschriften erstattet, aber zu mündlichen Verhandlungen nicht erscheint.¹⁰² Ob sich das vor einem Verwaltungsgericht ändern wird, bleibt abzuwarten. Wer nicht erscheint und seine Rechte nicht wahrnimmt, kann dadurch freilich das Verfahren nicht aufhalten. So ist auch im VwGG und im VfGG vorgesehen, dass das Gericht, wenn die Be-

⁹⁹ IV.2.

¹⁰⁰ Vgl näher *Urtz/Wimpissinger*, Sachverhaltsermittlung und Delegation von Ermittlungsbefugnissen – Abgabenrechtliche Berufungssenaten im Vergleich mit anderen verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Kollegialbehörden, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Senatsverfahren in Steuersachen (2001) 203 (209 ff, 223 f).

¹⁰¹ S schon oben II.1. Im Verhältnis zu UVS und UFS ist diese Einheit deutlich abgeschwächt: Sie beschränkt sich auf die gemeinsame Zugehörigkeit zur Staatsfunktion der Verwaltung.

¹⁰² Dieser Befund *Bachlers*, Art 6 MRK und die öffentliche mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren (Teil I), ÖJZ 1993, 537 (540), trifft offenbar nach wie vor zu; optimistischer in dieser Hinsicht für das Verfahren vor den UFS *Wanke*, Der Erörterungstermin und die mündliche Verhandlung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat (2003) 283 (300).

hörde die Verwaltungsakten nicht vorlegt, aufgrund der Behauptungen des Beschwerdeführers erkennen kann.¹⁰³ Diese Säumnisfolge kann das Gericht freilich nicht davon entbinden, auch alle anderen Parteien, insbesondere jene, für die der Beschwerdeerfolg rechtlich nachteilig wäre, anzuhören¹⁰⁴ und die materielle Wahrheit zu ermitteln, auf deren Grundlage es dann ja zu entscheiden hat. Ausgehend von der grundsätzlichen Gleichheit der Parteien kann es ferner – anders als im Verfahren vor dem UFS¹⁰⁵ – nicht nur dem Rechtsunterworfenen zustehen, eine mündliche Verhandlung zu beantragen; ein solches Antragsrecht müsste vielmehr auch der belangten Behörde eingeräumt werden. In einem Punkt wird man die Parteien freilich zwangsläufig ungleich behandeln müssen: Das letzte Wort kann in der mündlichen Verhandlung immer nur einer haben. Man wird es dem „Schwächeren“ geben, also dem Beschwerdeführer, nicht der belangten Behörde oder sonstigen Parteien.

VII. Schluss

Die im Entwurf vorgeschlagene Einrichtung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit wirft eine Reihe von Strukturproblemen auf, die uns in ihrer ganzen Breite und Tragweite wohl erst nach und nach dämmern. Die Frage der Parteistellung ist nur ein Problem von vielen; doch es mündet wie die meisten anderen Probleme letztlich in eine Frage: Sollen die neu zu schaffenden Verwaltungsgerichte mehr Verwaltung oder sollen sie mehr Gerichte sein? Diese Frage trifft zugleich ins Zentrum des geltenden österreichischen Rechtsschutzsystems, das einerseits geprägt ist von einer justizförmigen Verwaltung und andererseits von einer sehr spezifischen, fein austarierten Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieses Konzept zu öffnen und zu ergänzen wird nicht ohne Brüche möglich sein. Die dadurch entstehenden Probleme sind überwindbar, doch will ihre Lösung gründlich überlegt sein. Denn wie überall steckt auch hier der Teufel im Detail.

¹⁰³ Vgl § 38 Abs 2 VwGG, § 20 Abs 2 VfGG.

¹⁰⁴ Dementsprechend bestimmen § 38 Abs 2 VwGG und § 20 Abs 2 VfGG auch nur, dass der VwGH bzw VfGH aufgrund der Behauptungen des Beschwerdeführers erkennen „kann“, wenn die Behörde die Verwaltungsakten nicht vorlegt; dass die Gerichtshöfe an die Behauptungen des Beschwerdeführers gebunden sind, ordnen diese Vorschriften also gerade nicht an. Anders wohl Köhler, Die Säumnisbeschwerde, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 77 (104 ff), der dafür plädiert, § 38 Abs 2 VwGG im Säumnisbeschwerdeverfahren nicht anzuwenden, weil die Rechte jener Parteien, deren Interessen durch den Beschwerdeerfolg nachteilig berührt werden können, sonst letztlich zur Disposition der Verwaltungsbehörde stünden.

¹⁰⁵ S § 284 Abs 1 BAO und dazu *Tanzer*, in *Holoubek/Lang* (FN 97) 185.