

# Vom Verwaltungsstaat zum Justizstaat – und wieder zurück?

*Franz Merli*

1. **Verwaltungs- und Justizstaat**
2. **Gerichts- oder verwaltungsartige Verwaltungsgerichtsbarkeit**
  - 2.1. Gerichtliche Elemente
    - 2.1.1. Bezeichnung
    - 2.1.2. Unabhängigkeit
    - 2.1.3. Arbeitsweise
  - 2.2. Verwaltungselemente
    - 2.2.1. Behördenkultur
    - 2.2.2. Rechtspfleger und Amtssachverständige
    - 2.2.3. Hinkende Kontradiktorik und Entscheidung in der Sache
  - 2.3. Das Verfahrensergebnis: Die gerichtliche Erledigung einer Verwaltungssache
3. **Fazit: Entschlossene Funktionenmischung**

## 1. Verwaltungs- und Justizstaat

„Abschied von den UVS“ hat *Theo Öhlinger* 2012 einen Vortrag genannt; ein schöner Titel, der an große Liebe und tragische Verstrickungen denken lässt. Darin steht:

„Mit der Abschaffung aller administrativer Instanzenzüge und der an ihre Stelle tretenden Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte mit sowohl umfassender Kognitionsbefugnis als auch reformatorischer Entscheidungsbefugnis wird Österreich [...] zu einem *Justizstaat*.“<sup>1</sup>

Öhlinger knüpft an *Merkl* an, nach dem der Verwaltungsstaat „*der Verwaltung im Systeme der Staatsfunktionen, insbesondere im Vergleich mit der Justiz, einen verhältnismäßig breiten Raum und eine starke Stellung einräumt*“<sup>2</sup>. In einem Justizstaat hätte die Verwaltung im Vergleich mit der Justiz daher wenig Raum und eine schwache Stellung. Hat der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit Österreich in einen solchen Justizstaat verwandelt?

Drei Gründe sprechen dagegen: Zunächst bewirkt die Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform zwar eine Machtverschiebung, aber der Machtverlust der Verwaltung – als politisch dominierter und hierarchisch gesteuerter Funktion – ist zu einem guten Teil schon früher eingetreten, nämlich mit der Übernahme der Rechtsschutzaufgaben durch unabhängige Verwaltungsbehörden.<sup>3</sup> Die verlorene Macht ist nur nicht gleich zur Gerichtsbarkeit gewandert, sondern in einem neutralen, formal der Verwaltung zugerechneten Bereich zwischengelagert worden.

Dann ist der Verwaltung auch überall dort, wo jetzt die Verwaltungsgerichte entscheiden, eine Fülle von Einflussmöglichkeiten geblieben: von der Beschwerdeentscheidung<sup>4</sup> und dem Widerspruch gegen eine reformatorische Entscheidung der Verwaltungsgerichte<sup>5</sup> über die Wahrnehmung von Parteirechten der belangten Behörde<sup>6</sup> und von Eintrittsrechten der obersten Verwaltungsorgane im verwaltungsgerichtlichen Verfahren<sup>7</sup> und die Anfechtung seines Ergebnisses durch die belangte Behörde oder den zuständigen Bundesminister<sup>8</sup> bis zur Klaglosstellung der Beschwerdeführer durch die belangte

1 Öhlinger, Abschied von den UVS. Die UVS: gestern – heute – morgen, ZUV 2012, 51 (55, Hervorhebung im Original); ausführlicher und ein wenig relativierend dann in Öhlinger, Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 37 (Rz 1 ff). Ähnlich Eberhard, Altes und Neues zum Grundsatz der Gewaltentrennung, JRP 2012, 31 (44: „wird man Österreich nicht mehr als einen ‚Verwaltungsstaat‘ klassifizieren können“); Storr, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, ZfV 2012, 911 (911); Leeb, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte inter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in Janko/Leeb (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 85 (125); dagegen Grabenwarter, Vom Verwaltungsstaat zum Justizstaat? in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Justizstaat: Chance oder Risiko? (2014) 69 (79, 80); Holoubek, Die Rolle der Verwaltungsgerichte im Lichte der Zuständigkeiten des VwGH, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem VwGH in Steuersachen (2016) 353 (365).

2 Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 65.

3 ZB Holoubek, Verwaltungsreform zwischen Verwaltungsführung und Verwaltungskontrolle, in Khol ua (Hrsg), Österreichisches Jahrbuch für Politik (2002) 495 (497).

4 § 14 VwGVG.

5 § 28 Abs 3 VwGVG.

6 § 18 VwGVG.

7 § 19 VwGVG.

8 Art 133 Abs 6 Z 2 und 3 B-VG.

Behörde, die Oberbehörde oder die Aufsichtsbehörde<sup>9</sup> und zur Korrektur verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen durch die Ingangsetzung entsprechender Gesetzgebung durch Landes- oder Bundesregierung.

Schließlich sollten wir die Dimensionen nicht aus dem Auge verlieren: Nur ein ganz geringer Teil der Verwaltungsentscheidungen wird bei den Verwaltungsgerichten angefochten.

Dies zu belegen ist gar nicht einfach, denn öffentlich zugängliche Zahlen dazu gibt es nicht; hier ist, was ich mit der Hilfe meines Lehrstuhlteams und freundlichen Behörden und Verwaltungsgerichten<sup>10</sup> gefunden habe:

In Tirol wurde 2014 gegen 33 von 402 und 2015 gegen 37 von 473 Anlagenbescheiden (in den Materien NaturschutzG, UVP, AWG, WRG, ForstG, Verkehrsrecht und Seilbahnrecht) Beschwerde erhoben; das sind jeweils ca 8 %. Im gewerblichen Betriebsanlagenrecht betrug die Anfechtungsquote 2014 1,2 % (21 von 1.796 Bescheiden) und 2015 2 % (38 von 1.911 Bescheiden).

In der Steiermark wurden 2014 von 319 wasserrechtlichen Bescheiden des Amtes der Landesregierung drei angefochten (1 %). Die Bezirkshauptmannschaften erließen 2014 1.332 antragsgebundene Bescheide nach dem gewerblichen Betriebsanlagenrecht; das LVwG hatte im selben Jahr 43 Eingangsfälle zu Anlagenverfahren nach der GewO;<sup>11</sup> das wären rechnerisch 3,2 % angefochtene Entscheidungen, doch der Prozentsatz liegt in Wirklichkeit deutlich darunter, weil beim LVwG anders als in der Landesstatistik auch die Bescheide der Stadt Graz als (bei weitem größter) Bezirksverwaltungsbehörde berücksichtigt sind. 2014 wurden von den Bezirkshauptmannschaften 14.475 Verwaltungsstraferkenntnisse erlassen; beim LVwG gab es 2014 insgesamt 5.933 Eingänge, davon 1.568 Beschwerden gegen Strafbescheide aller Verwaltungsbehörden und 1.895 Eingänge von den Bezirkshauptmannschaften (in allen Materien);<sup>12</sup> ginge man davon aus, dass der Anteil der Strafbescheide an den angefochtenen Entscheidungen bei den Bezirkshauptmannschaften gleich groß ist wie im gesamten Beschwerdeanfall des LVwG (26 %), ergäbe sich bei den Strafbescheiden der Bezirkshauptmannschaften eine Anfechtungsrate von etwa 3 %.

Das LVwG Vorarlberg veröffentlicht in seinen Tätigkeitsberichten die ungefähre Gesamtzahl der Strafsachen vor den Vorarlberger Bezirkshauptmannschaften und die Anzahl der Beschwerden in Strafsachen vor dem LVwG. Im Jahr 2014 waren das etwa 247.000 Strafsachen vor den Bezirkshauptmannschaften und 860 Beschwerden vor dem LVwG,<sup>13</sup> im Jahr 2015 248.000 Strafsachen vor den Bezirkshauptmannschaften und 910 Beschwerden vor dem LVwG.<sup>14</sup> Die Anfechtungsquote der Strafverfahren, die vor den Bezirkshauptmannschaften geführt werden, bewegt sich also zwischen 0,3 und 0,4 %, täuscht aber, denn bei den angeführten

9 Merli/Ehrke-Rabel, Die belangte Behörde in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit – Vergleich und Bewertung, in Ehrke-Rabel/Merli (Hrsg), Die belangte Behörde der neuen Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 167 (180 ff).

10 Ich danke Mag. Anna Groschedl, Mag. Julia Kienast und Mag. Philipp Mörth sowie Mag. Norbert Mandl (LVwG Steiermark), Mag. Nikolaus Brandtner (Präsident des LVwG Vorarlberg), Mag. Dagmar Strobel-Langpaul (BVwG), Mag. Renate Schaffer (Amt der Steiermärkischen Landesregierung) Dr. Judith Amann-Thurner, Dr. Kurt Kapeller und Dr. Christian Ranacher (alle Amt der Tiroler Landesregierung), ADir. Otmar Bruckner (BMI) und Arthur Reis (BFA). Die folgenden Daten stammen, soweit nicht anders angegeben, aus Auskünften dieser Stellen.

11 Landesverwaltungsgericht Steiermark, Tätigkeitsbericht 2014 (<http://www.lvwg-stmk.gv.at/cms/beitrag/11953530/104509764>) 40.

12 Tätigkeitsbericht (FN 11) 33, 34, 40.

13 Landesverwaltungsgericht Vorarlberg, Tätigkeitsbericht 2014 (<http://www.lvwg-vorarlberg.at/wp-content/uploads/T%C3%84T-2014.pdf>) 11, 16.

14 Landesverwaltungsgericht Vorarlberg, Tätigkeitsbericht 2015 (<http://www.lvwg-vorarlberg.at/wp-content/uploads/T%C3%84T2015.pdf>) 6, 11, 17.

Zahlen wurden offenbar alle Strafverfahren vor den Bezirkshauptmannschaften hinzugezählt und nicht nur jene, die mit einem Straferkenntnis enden.<sup>15</sup>

Anhaltspunkte liefert auch eine Gegenüberstellung von Zahlen aus der Verkehrsüberwachungsbilanz der Bundespolizei und Fallzahlen der Landesverwaltungsgerichte: Die Bundespolizei hat im Jahr 2015 in Niederösterreich 1,042.677 Geschwindigkeitsübertretungen im Straßenverkehr entweder angezeigt oder mittels Organstrafverfügung geahndet; in der Steiermark waren es 734.573 Geschwindigkeitsübertretungen.<sup>16</sup> Im Jahr 2014 hatte der Tätigkeitsbericht des LVwG Niederösterreich<sup>17</sup> einen Eingang von 963 Akten zu Strafverfahren nach der StVO verzeichnet, jener des LVwG Steiermark<sup>18</sup> 446 Akten. Nun lässt sich anhand dieser Zahlen keine Anfechtungsquote errechnen: Weder ist bekannt, wie viele Strafbescheide tatsächlich aufgrund der Anzeigen der Bundespolizei ergangen sind (die meisten Fälle dürften schon mit Organstrafverfügung zu Ende gegangen sein), noch wissen wir, wie viele Strafverfahren nach der StVO vor den LVwG Geschwindigkeitsübertretungen betreffen, und darüber hinaus erfassen die Zahlen der Bundespolizei und jene der Landesverwaltungsgerichte unterschiedliche Zeitfenster. Deutlich wird aber, dass die von der Polizei registrierten Geschwindigkeitsübertretungen selbst bei großzügiger Schätzung in weit weniger als einem Prozent der Fälle zu einem Verfahren vor einem LVwG führen.

Im Bereich Steuern und Beihilfen stehen nach informellen Auskünften 2014 den ca. 10.000 beim BFG erledigten Beschwerden<sup>19</sup> ca. 5,5 Mio. rechtsmittelfähige Erledigungen der Finanzämter gegenüber. Das ergibt einen Prozentsatz von etwa zwei Promille.

In einigen Rechtsbereichen sind die Anfechtungsraten sicher höher. Im Jahr 2014 traf das BFA 64.477 Entscheidungen;<sup>20</sup> im selben Jahr wurden vor dem BVwG rund 7.900 neue Verfahren im Bereich Asyl- und Fremdenrecht anhängig;<sup>21</sup> rechnerisch ergibt das eine Anfechtungsquote von 12 %. Zieht man von den BFA-Entscheidungen die 24.466 Dokumentausstellungen (Fremden- und Konventionsreisepässe) und die für die Antragsteller positiven 10.599 Asylentscheidungen ab und setzt man die verbleibende Zahl von 29.412 mit den negativen Entscheidungen gleich, werden 27 % von ihnen angefochten. Für 2015 lauten die entsprechenden Zahlen: 85.085 Entscheidungen des BFA,<sup>22</sup> rund 10.300 neu anhängige fremden- und asylrechtliche Verfahren beim BVwG, rechnerische Anfechtungsquote 12 %, bei Abzug von Dokumentenverfahren und positiven Asylentscheidungen 39.402 negative Entscheidungen, darauf bezogene Anfechtungsquote 26 %.

Eurostat gibt dagegen für Österreich und 2014 9.405 erstinstanzliche und 4.070 Rechtsmittelentscheidungen über Asylanträge an; für 2015 21.095 erstinstanzliche und 5.095 Rechtsmittelentscheidungen;<sup>23</sup> wie sich diese Zahlen zu jenen von BFA und BVwG verhalten, ist nicht klar; da es nicht um eingegangene Beschwerden, sondern um Entscheidungen der Rechtsmittelinstantz geht und die Verfahrensdauer gerade in Asylsachen oft lang ist, lassen die Prozentzahlen (43 % bzw. 24 %) auch besonders schlecht auf Anfechtungsraten schließen.

Wie bereits deutlich geworden sein dürfte, sind diese Zahlen nicht immer verlässlich und aufgrund verschiedener Kategorisierungen und Erhebungsmethoden nur bedingt miteinander vergleichbar. Sie betreffen nur wenige Verwaltungsgebiete, manchmal nur bestimmte Bundes-

15 Ein vom Präsidenten des LVwG zur Verfügung gestellter Ausschnitt aus dem Dokument „20 Jahre Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg“ (39) nennt für das Jahr 2009 ca. 80.000 „das erstinstanzliche Verfahren beendende Strafverfügungen oder Straferkenntnisse“ der Bezirkshauptmannschaften und weniger als 1.100 Berufungen gegen Straferkenntnisse. Daraus ergäbe sich eine Anfechtungsquote von 1,4 %.

16 [http://www.bmi.gv.at/cms/BMI\\_Verkehr/verkehrsueberw/start.aspx](http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Verkehr/verkehrsueberw/start.aspx).

17 [http://www.lvwg.noel.gv.at/images/stories/download/taetigkeitsbericht\\_2014.pdf](http://www.lvwg.noel.gv.at/images/stories/download/taetigkeitsbericht_2014.pdf), 30.

18 Bericht (FN 11) 39.

19 Bundesfinanzgericht, Tätigkeitsbericht 2014 ([https://www.bfg.gv.at/BFG\\_Taetigkeitsbericht\\_2014.pdf?4yel8a](https://www.bfg.gv.at/BFG_Taetigkeitsbericht_2014.pdf?4yel8a)) 46.

20 [www.bfa.gv.at/files/Statistiken/BFA%20Jahresbilanz%202014.pdf](http://www.bfa.gv.at/files/Statistiken/BFA%20Jahresbilanz%202014.pdf).

21 Bundesverwaltungsgericht, Tätigkeitsbericht 2014 ([www.bvwg.gv.at/allgemeines/taetigkeitsbericht/Taetigkeitsbericht.pdf?5114pb](http://www.bvwg.gv.at/allgemeines/taetigkeitsbericht/Taetigkeitsbericht.pdf?5114pb)) 22.

22 [www.bfa.gv.at/files/Statistiken/BFA\\_Jahresbilanz2015\\_web.pdf](http://www.bfa.gv.at/files/Statistiken/BFA_Jahresbilanz2015_web.pdf).

23 [http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr\\_asydcfsta&lang=de](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_asydcfsta&lang=de); <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1&pcode=tps00193&language=de>.

länder und bezeichnen auch dort meist nicht unmittelbar den Anteil der angefochtenen Entscheidungen, sondern bieten nur Gegenüberstellungen von Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen in bestimmten Materien und Zeiträumen. Eine empirische Untersuchung können sie daher nicht einmal punktuell ersetzen, aber für unseren Zweck dürften sie ausreichen: Sie machen plausibel, dass trotz vieler Unterschiede im Einzelnen insgesamt die meisten Entscheidungen von der Verwaltung allein und endgültig getroffen werden. Man mag daraus schließen, dass die Verwaltung gut arbeitet oder dass sich die Leute viel gefallen lassen, doch so oder so: An einen Justizstaat erinnert das nicht.

## 2. Gerichts- oder verwaltungsartige Verwaltungsgerichtsbarkeit

Interessanter als die Frage nach einem Justizstaat – und ihr eigentlich vorausliegend – erscheint mir eine andere: Wie stark ist der neue Verwaltungsrechtsschutz von gerichtlichen Elementen geprägt und in welchem Ausmaß haben sich in ihm Verwaltungselemente erhalten? – Ihr will ich mich im Folgenden widmen.

### 2.1. Gerichtliche Elemente

#### 2.1.1. Bezeichnung

Zunächst heißen die Verwaltungsgerichte „Gerichte“ und ihre Mitglieder „Richterinnen“ und „Richter“. Als Juristen nehmen wir oft in Anspruch, uns durch Bezeichnungen nicht täuschen zu lassen, vielmehr durch die Bezeichnungen hindurch auf die Substanz der Sache zu sehen. Einem realistischen Blick dieser Art können aber auch wesentliche Einsichten entgehen. Hier wäre das so, denn allein die Bezeichnung macht einen großen Unterschied.

Das weiß, wer je versucht hat, anderen Menschen, Laien wie Juristen, zu erklären, was ein Unabhängiger Verwaltungssenat ist, ohne dabei das Wort Gericht zu verwenden: Erst die Gerichtsbezeichnung vermittelt eine Ahnung von der Bedeutung der Institution. Erst einem Gericht und nicht schon einem unabhängigen Verwaltungssenat zollt man jenen Respekt, der typischerweise, noch vor jedem konkreten Kontakt mit der konkret entscheidenden Person, in der Erwartung von Kompetenz, Sachorientierung und Unparteilichkeit und in einem gewissen Vertrauen auf einen gerechten Ausgang der Sache besteht. Bei einem Gericht fallen Interventionsversuche schwerer als im Dschungel der ununterscheidbaren Verwaltungsbehörden, und es ist leichter zu begründen, warum sie nichts nützen. Und möglicherweise überlegt man sich auch die Anrufung eines Gerichts besser als eine Beschwerde bei einem Verwaltungssenat:

Wie ein Vergleich der Tätigkeitsberichte der UVS aus 2011 und 2012 mit jenen der Landesverwaltungsgerichte aus 2014 zeigt, ist mit der gerichtlichen Zuständigkeit die Beschwerden gegen Verwaltungsstrafverfahren deutlich zurückgegangen, oft um 30 oder 40 %.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Im Einzelnen sind auch hier die Zählmethoden nicht immer einheitlich und die Zahlen nur beschränkt vergleichbar. Doch der Trend ist einheitlich und findet sich auch dort, wo tatsächlich Eingänge zu Strafbescheiden in denselben Materien (zB Alkoholdelikte oder Übertretungen des ASVG oder des SPG) gegenübergestellt werden können: zB Landesverwaltungsgericht Tirol, Tätigkeitsbericht 2014 ([www.lvwg-tirol.gv.at/fileadmin/downloads/Taetigkeitsbericht\\_LVwG-Tirol\\_fuer\\_das\\_Jahr\\_2014.pdf](http://www.lvwg-tirol.gv.at/fileadmin/downloads/Taetigkeitsbericht_LVwG-Tirol_fuer_das_Jahr_2014.pdf)) 22; dass der Rückgang, wie dort vermutet, nur vorübergehend sei, hat der Tätigkeitsbericht 2015 ([www.lvwg-tirol.gv.at/fileadmin/downloads/Taetigkeitsbericht\\_2015.pdf](http://www.lvwg-tirol.gv.at/fileadmin/downloads/Taetigkeitsbericht_2015.pdf)) 20, nicht bestätigt.

Über die Gründe dafür wird gerätselt. Ich vermute, dass das der Rückgang auch damit zu tun hat, dass man einem Gericht nicht jede Beschwerde zumuten kann.

Die Bezeichnung des Gerichts ist also wichtig.<sup>25</sup> Doch freilich muss hinter ihr auch rechtliche Substanz stehen.

## 2.1.2. Unabhängigkeit

Die Mitglieder der neuen Bundes- und Landesverwaltungsgerichte sind Richter im Sinne des B-VG und genießen dieselbe Unabhängigkeit wie ihre Kollegen von den ordentlichen Gerichten und vom VwGH, die noch durch Inkompatibilitätsvorschriften abgesichert wird.<sup>26</sup>

Die Unabhängigkeit betrifft nicht nur ihre rechtsprechende Tätigkeit, sondern auch wesentliche Angelegenheiten der Justizverwaltung wie die Geschäftsverteilung, die Handhabung des Disziplinarrechts oder die Mitwirkung bei der Ernennung von neuen Mitgliedern, weil diese Aufgaben von der Verfassung selbst<sup>27</sup> oder den Organisationsgesetzen<sup>28</sup> der Vollversammlung oder Richterausschüssen vorbehalten werden und daher unter Art 87 Abs 2 B-VG fallen. Anders als jene des VwGH binden verwaltungsgerichtliche Ernennungsvorschläge die Regierung nicht, da sie – wie in der ordentlichen Justiz – nur „*einzuholen*“ sind,<sup>29</sup> verleihen den Verwaltungsgerichten aber trotzdem einen gewissen Einfluss auf ihre Zusammensetzung. Nur bei der erstmaligen Ernennung konnte die Politik noch frei von richterlichen Ratschlägen handeln, soweit nicht Ernennungsansprüche oder gesetzliche Überleitungen in das Richteramt von Mitgliedern der UVS und anderer unabhängiger Rechtsschutzbehörden zu beachten waren.<sup>30</sup>

Ein uneinheitliches Bild bieten die Regelungen über die monokratische Justizverwaltung, besonders zur Stellung der Präsidentinnen, und das Dienstrecht der Richter.<sup>31</sup> Unklar

25 Ebenso Grabenwarter (FN 1) 70.

26 Art 134 Abs 5, 7 B-VG.

27 Art 134 Abs 2 und 3, Art 135 Abs 2 B-VG.

28 Für Disziplinarangelegenheiten § 4 Abs 2 Z 2 BVwG, § 6 Abs 3 BFGG, § 7 Bgld LVwGG, § 10 Abs 3 KLVwGG, § 10 Abs 6 und § 29 NÖ LVGG, § 6 OÖ LVwGG, § 10 Sbg LVwGG, § 12 Abs 7 StLVwGG, § 11 Abs 6 TLVwGG, § 19 Abs 1 Wiener VGWG. Zur verfassungsrechtlichen Pflicht, auch diese und weitere für die Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit zentrale Befugnisse Kollegialbehörden zu übertragen, zB Ranacher, Organisation und Dienstrecht: Anforderungen Spielräume für die Gesetzgeber, in Holoubek/Lang (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 163 (186); Öhlinger (FN 1) Rz 39.

29 Art 134 Abs 2 und 3 B-VG; vgl zu Art 86 B-VG Piska in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg, 1999) Rz 12 mwN. Die Organisationsgesetze verwenden gleiche oder ähnliche Formulierungen. Besonders deutlich die RV 558/12 zum TLVwGG: „Die nach Art. 134 Abs. 2 B-VG (neu) einzuholenden Dreieranschläge [...] sind – anders als nach Art. 134 Abs. 3 B-VG (neu) in Ansehung des Verwaltungsgerichtshofes – nicht bindend [...] Der Organisationsgesetzgeber ist an diese erkennbar abschließende bundesverfassungsgesetzliche Regelung gebunden. Zudem würde die bindende Ausgestaltung des Vorschlagsrechtes durch den einfachen Gesetzgeber, ohne dass für eine solche Regelung eine bundesverfassungsgesetzliche Ermächtigung besteht, der Stellung der Landesregierung als oberstes Organ im Sinn von Art. 19 B-VG (VfSlg. 5922/1962) sowie Art 94 B-VG widersprechen (VfSlg. 7376/1974).“ S auch Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 134 B-VG Rz 17, 21.

30 Art 151 Abs 51 Z 1–5, 7 B-VG.

31 Übersicht bei Brandstetter/Lukas, Das Dienstrecht der Verwaltungsgerichte, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (FN 1) 261.

ist zunächst, ob sich die verfassungsrechtliche Unabhängigkeit auf die Präsidenten als Justizverwaltungsorgane erstreckt. Zwar lässt sich die Begründung des Erkenntnisses VfSlg 15.762/2000 zur gebotenen Unabhängigkeit des VwGH-Präsidenten auch auf die Verwaltungsgerichte übertragen, denn auch hier geht es um die (Un-)Vereinbarkeit des Regierungseinflusses mit der Kontrollaufgabe der Verwaltungsgerichte gerade gegenüber der (Bundes- oder jeweiligen Landes-)Regierung.<sup>32</sup> Doch hat die Verfassungsgesetzgebung die Präsidenten der Verwaltungsgerichte – anders jene von VfGH und VwGH<sup>33</sup> – eben nicht explizit als oberste Verwaltungsorgane in Dienstangelegenheiten eingesetzt, und auch der VfGH spricht im Erkenntnis zur Organisation des Wiener Verwaltungsgerichts anscheinend ganz ohne Vorbehalt von dem „für die monokratische Justizverwaltung typischen Weisungszusammenhang zwischen [der Wiener Landesregierung] und dem Präsidenten des Verwaltungsgerichtes Wien“.<sup>34</sup> Die Organisationsgesetze übertragen die Diensthoheit der Regierung in unterschiedlichem Umfang auf die Präsidenten<sup>35</sup> und gehen erkennbar von deren grundsätzlicher Weisungsbindung aus; manche betonen sie sogar noch,<sup>36</sup> andere machen davon verschieden weit reichende Ausnahmen.<sup>37</sup>

Das Dienstrecht der Richterinnen und Richter ist zT jenes der Justizrichter, zum Teil verweist es auf das Dienstrecht der Verwaltungsbeamten, jeweils mit Sonderbestimmungen.<sup>38</sup>

Was die finanzielle Ausstattung betrifft, enthalten die Budgets von Bund und Ländern (ausgenommen Wien) eigene Ansätze für die Verwaltungsgerichte und setzen die Präsidentinnen und Präsidenten als haushaltsausführende Organe ein; in der Steiermark ist der

32 So schon *Ennöckl*, Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform, JRP 2007, 256 (259); ebenso *Öhlinger* in einem Interview in ZUV 2012, 99; *Öhlinger*, Verwaltungsgerichte (FN 1) Rz 40 f; und *Thienerl*, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) 1; beide unter Verweis auch auf EuGH C-614/10, *Kommission/Österreich*, Slg 2010, I-1885 (mangelnde Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde als Rechtsschutzeinrichtung wegen Regierungseinflusses). Ablehnend zur generellen Übertragbarkeit der VfGH-Entscheidung auf die Präsidentin des früheren UFS *Holoubek*, Rechtsschutz im Steuerrecht – Struktur- und Systemfragen in: Steuerrecht – Rechtsschutz im Steuerrecht (16. ÖJT IV/2, 2007) 29 (42 f). Gegen eine Übertragung auf die VwG *Ranacher* (FN 28) 180 ff, 190, für den eine Weisungsfreistellung der VwG-Präsidentinnen verfassungsrechtlich nicht nur nicht angeordnet oder geboten, sondern gar nicht zulässig ist; für Weisungsbindung *Faber* (FN 29) Rz 31, 35.

33 Art 134 Abs 8, 147 Abs 8 B-VG.

34 VfSlg 19.825/2013. Rechtsrealistisch betrachtet, ist ein Erkenntnis wie jenes zum VwGH-Präsidenten hier auch deshalb nicht zu erwarten, weil der VfGH davon auch nicht indirekt selbst betroffen wäre.

35 § 3 Abs 1 BVwG, § 5 Abs 1 BFGG, § 6 Abs 2 Bgld LVwGG (RV: umfassende Diensthoheit), § 6 Abs 2 K LVwGG, § 7 Abs 2 NÖ LVGG (§ 22 Abs 7: im Übrigen ist die Landesregierung Dienstbehörde), § 4 Abs 2 OÖ LVwGG, § 22 Abs 4 Sbg LVwGG (Abs 5: „Die Präsidentin oder der Präsident kann das Amt der Landesregierung beauftragen, die ihr bzw ihm gemäß Abs 4 obliegenden Angelegenheiten in ihrem bzw seinem Namen und nach ihren bzw seinen Weisungen zu besorgen.“), § 8 Abs 1 und 2 StLVwGG, § 8 Abs 2 und 3 TLVwGG, § 6 Abs 2 VlbG LVwG-G (RV: hinsichtlich bestimmter Belange anstelle der Landesregierung als Dienstbehörde), § 10 Abs 2 Wiener VGWG.

36 ZB § 7 Abs 2 Wiener VGWG: „Sofern einem Mitglied des Verwaltungsgerichtes Wien Angelegenheiten der Justizverwaltung als Einzelrichterin bzw. Einzelrichter übertragen werden, ist dieses an die Weisungen der Landesregierung sowie der Präsidentin bzw. des Präsidenten gebunden.“

37 § 6 Abs 3 Bgld LVwGG, § 6 Abs 8 K LVwGG, § 4 Abs 3 OÖ LVwGG, § 8 Abs 3 StLVwGG, § 6 Abs 3 VlbG LVwG-G.

38 *Brandstetter/Lukas* (FN 31).

Präsident nach Art 41 Abs 2 L-VG<sup>39</sup> sogar haushaltsleitendes Organ, wie das einem obersten Verwaltungsorgan entspricht, und hat damit auch eine rechtlich gesicherte Stellung im Prozess der Budgetplanung.<sup>40</sup>

Auf der Grundlage der starken Stellung und der Weisungsbindungen der Präsidenten in Justizverwaltungssachen und des zT recht beamtenorientierten Dienstrechts können sich durchaus Arbeitsverhältnisse ergeben, die in einzelnen Punkten dem klassischen Richterbild nicht entsprechen.<sup>41</sup> In den sehr großen Verwaltungsgerichten des Bundes spielt die Justizverwaltung zwangsläufig eine größere Rolle, und ihre hierarchische Gliederung schafft Aufstiegsmöglichkeiten für die Richterinnen und Richter, von denen sie sich bei der Rechtsprechung nicht irritieren lassen dürfen. Insgesamt geht die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichte aber deutlich über jene der früheren UVS und vergleichbarer Einrichtungen hinaus und lässt an der richterlichen Art des Rechtsschutzes nicht zweifeln.

### 2.1.3. Arbeitsweise

Auch die Arbeitsweise der Verwaltungsgerichte ist gerichtlich. *Michael Holoubek* hat wiederholt darauf hingewiesen,<sup>42</sup> dass die Gerichtsbarkeit anders arbeitet als die Verwaltung: Sie geht nicht arbeitsteilig vor, sondern die Richter müssen den Fall selbst erledigen – dh selbst Beweise aufnehmen, selbst verhandeln und selbst die Entscheidung treffen; Delegationen sind in diesem Modell nur ganz beschränkt möglich.<sup>43</sup>

Den Unterschied zwischen Verwaltungspraktiken und justizspezifischer Arbeitsweise merkt man auch am Grundrecht auf den gesetzlichen Richter: Es wurde von der Rechtsprechung zwar auf die Verwaltung übertragen, hat dort aber eine andere Bedeutung, denn dort verlangt es nur, dass die zuständige Behörde gehandelt hat; wer den Bescheid konkret vorbereitet hat und welcher von den approbationsbefugten Organwaltern dann etwa für das jeweilige Organ unterschreibt, spielt keine Rolle.<sup>44</sup> Im Gerichtsbereich dagegen haben wir eine feste Geschäftsverteilung; daher geht es um das Handeln konkreter namentlich bestimmter einzelner Richterinnen und Richter.<sup>45</sup> Erkenntnisse „für“ die Richterin durch jemand anderen sind unzulässig, und das gilt auch für die Verwaltungsgerichte – wie übrigens auch schon für die UVS.

39 „Die Führung des Landeshaushalts obliegt der Landesregierung und den haushaltsleitenden Organen. Haushaltsleitende Organe sind die Mitglieder der Landesregierung, die Präsidentin/der Präsident des Landtages, die Direktorin/der Direktor des Landesrechnungshofes und die Präsidentin/der Präsident des Landesverwaltungsgerichtes, soweit ihr/ihm nach den organisationsrechtlichen Bestimmungen des Verfügungsrecht über Budgetmittel eingeräumt ist. Den haushaltsleitenden Organen obliegt die Haushaltsführung auf Ebene der Bereichs- und Globalbudgets, soweit nach den Bestimmungen dieses Gesetzes oder der Geschäftsordnung der Landesregierung nicht die Zuständigkeit der Landesregierung oder die Herstellung des Einvernehmens mit dem für Landesfinanzen zuständigen Mitglied der Landesregierung vorgesehen ist.“

40 Vgl § 5 Stmk Landeshaushaltsgesetz 2014. Zu haushaltsleitenden und haushaltsführenden Organen im Bund: §§ 6 f BHG.

41 ZB die Dienstzeitregelung in Niederösterreich: *Brandstetter/Lukas* (FN 31) Rz 42 ff. In Kärnten mussten die Richter dem Vernehmen nach jeden Tag persönlich ihre Post abholen.

42 ZB *Holoubek* (FN 32) 38; *Holoubek*, Demokratie, Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZfV 2015, 164 (169 FN 51).

43 Zu mittelbaren Beweisaufnahmen und ihren Grenzen *Merli/Ehrke-Rabel* (FN 9) 196 ff.

44 Vgl zB VfSlg 11.847/1988.

45 ZB VfSlg 19.671/2012.

Wenn also Bezeichnung, Organisation und Arbeitsweise für Gerichtlichkeit des neuen Verwaltungsrechtsschutzes sprechen, kann man an ihr noch zweifeln? ME gibt es doch erhebliche Elemente, die die Antwort weniger eindeutig ausfallen lassen. Dazu gehören kulturelle Aspekte, bestimmte organisatorische Regelungen und zentrale Verfahrenselemente.

## 2.2. Verwaltungselemente

### 2.2.1. Behördenkultur

Im Tätigkeitsbericht 2014 des Bundesfinanzgerichts<sup>46</sup> findet sich ein Bild, auf dem der damalige Finanzminister *Spindelegger* in der Mitte eines Halbkreises aus Richterinnen und Richtern neben der Gerichtspräsidentin steht und in die Kamera lächelt. Der Text dazu lautet:

„Am 20. Februar 2014 stattete Vizekanzler und Finanzminister Dr. Michael Spindelegger dem Bundesfinanzgericht einen Besuch ab.

In ihrer Begrüßung wies Präsidentin Dr.<sup>in</sup> Daniela Moser einerseits auf die erfolgreichen elf Jahre der Vorgängerorganisation Unabhängiger Finanzsenat, den durch die engagierte Mitarbeit der Richterschaft und des Verwaltungspersonals reibungslosen Übergang zum Bundesfinanzgericht aber auch auf die derzeit noch bestehenden Probleme insbesondere im IT-Bereich hin. Auf Grund der zahlenmäßig mangelhaften Personalausstattung des Präsidiums und der Geschäftsstellen im Bundesfinanzgericht sei von den Bediensteten ein bis an die Grenzen der Belastbarkeit gehender Arbeitseinsatz zu erbringen. Insgesamt wäre eine den anderen Verwaltungsgerichten und den ordentlichen Gerichten entsprechende Personaldotierung im Verwaltungs- und Supportbereich dringend erforderlich.

Vizekanzler und Finanzminister Dr. Spindelegger würdigte die schon bisher erfolgreiche Arbeit sämtlicher Bediensteten des Bundesfinanzgerichtes, bat jedoch im Hinblick auf den erforderlichen, seitens der Bundesregierung beschlossenen Sparkurs um Geduld, was die Personalwünsche des Bundesfinanzgerichtes anbelangt.“

Weder am Bild noch am Text noch an dem Vorgang selbst ist irgendetwas Bedenkliches, und das Bundesfinanzgericht hat seine Unabhängigkeit in vielen Entscheidungen bewiesen. Nur: Auf die Idee, dass der Mann in der Mitte jener ist, der von den anderen Personen auf dem Bild kontrolliert wird, kommt man nicht. Und ein vergleichbares Bild mit dem Bundeskanzler im VfGH oder VwGH können wir uns nicht vorstellen.<sup>47</sup>

Auch wer das Organigramm des Bundesverwaltungsgerichts<sup>48</sup> betrachtet, ist vor Missverständnissen nicht gefeit. Die Mitte des oberen Blattdrittels nehmen Präsident und Vizepräsident ein, rechts neben ihnen finden sich „richterliche Gremien“ und links, etwas unter ihnen, die Vollversammlung. Darunter, auf dem Rest des Blattes und durch Linien

46 Bericht (FN 19) 38.

47 Es gibt ein Bild im Tätigkeitsbericht des VfGH 2015 ([https://www.vfgh.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2015\\_verringerte\\_dateigroesse.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2015_verringerte_dateigroesse.pdf)) 37, auf dem der damalige Kanzleramtsminister *Ostermayer* neben *Pedro Cruz Villalón* (früherer Generalanwalt beim EuGH und Präsident des spanischen Verfassungsgerichts) und Präsident *Holzinger* steht – allerdings nur als Besucher eines Vortrags von *Cruz Villalón* am Verfassungstagbund am Rande.

48 [https://www.bvwg.gv.at/allgemeines/Organigramm\\_BVwG\\_13\\_06\\_2016\\_PNG.png?5i84tt](https://www.bvwg.gv.at/allgemeines/Organigramm_BVwG_13_06_2016_PNG.png?5i84tt).

mit der oberen Ebene verbunden, finden wir nebeneinander fünf Säulen: Evidenzstelle, Kammervorsitzende und Kammern, Geschäftsstelle mit diversen Abteilungen, Präsidialbüro mit Untereinheiten und Controllingstelle mit Untergliederung. Das Bild vermittelt wohlgegliederte Einheit, Ordnung und Hierarchie; dass es ein Gericht darstellt, erschließt sich allerdings erst auf den zweiten Blick. Das liegt auch daran, dass die eigentliche richterliche Tätigkeit fast gar nicht vorkommt. Richter finden sich in zwar in den „richterlichen Gremien“ und, wenn man das weiß, auch in Präsidium, Vollversammlung und Kammern, die alle zusammen immerhin etwa die Hälfte der Darstellung ausmachen. Wenn man von Dienst- und Disziplinargericht (als „richterlichen Gremien“) absieht, handelt es sich bei allen diesen Stellen aber um Justizverwaltungsorgane; auch die Kammern sind ja nicht etwa Senate zur Streitentscheidung, sondern nach Sachbereichen und Dienstorten gebildete Einheiten der Justizverwaltung und ihre (vom Präsidenten ernannten) Vorsitzenden solche nur in dieser Funktion.<sup>49</sup> Rechtssprechende Richterinnen und Richter muss man sich also zum Bild dazu denken. Tut man das, ergibt sich zwanglos, dass sie in den Kammern unter ihren Vorsitzenden dem Präsidenten dienen.

Ein drittes Beispiel: Die Dienstzeitregelungen der Verwaltungsrichter im Burgenland und in Niederösterreich wollen nach den Materialien Rücksicht auf den Gedanken des Bürgerservice nehmen und unter Berücksichtigung der festen Geschäftsverteilung die Erreichbarkeit der Richterinnen und Richter für Information und Beratung der Parteien sicherstellen.<sup>50</sup> Sie beruhen also offensichtlich auf der Vorstellung, dass Richter mit den Parteien des Verfahrens ad hoc, einzeln und außerhalb der mündlichen Verhandlung über den Fall reden.

Diese Beispiele verweisen auf eine Dimension, die ich mangels eines besseren Wortes „Behördenkultur“ nenne. Zu ihren Tugenden gehören die Nähe zur Verwaltungsspitze, das Hierarchiebewusstsein, das gute Einvernehmen, das Besprechen aller Probleme und das gemeinsame Bemühen um ihre Lösung. Gerichtstugenden sind das nicht, weil sie, wenn sie nicht zurückhaltend geübt werden, die notwendige Distanz zu den aktuellen und potentiellen Parteien des Verfahrens nicht wahren und ein Naheverhältnis zu einer Partei, der Verwaltung, erzeugen, das das Vertrauen der anderen, der Bürger, gefährdet.<sup>51</sup> Die Richterinnen und Richter der Verwaltungsgerichte stammen großteils aus der Verwaltung selbst und erfahren dort ihre erste berufliche Sozialisation. Eine Gerichtskultur der Distanz bringen sie daher bei ihrer Ernennung nicht schon mit, sondern müssen sie ebenso erst lernen wie die Trennung ihrer unabhängigen Rechtsprechung von der oft durch Ausschüsse oder Präsidenten fremdbestimmten Justizverwaltung. Umso wichtiger ist es, dass die Verwaltungsgerichte die Entwicklung einer solchen Kultur auch als Aufgabe begreifen.

---

49 *Madner*, Organisation, Besetzung und Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (FN 1) 203 (Rz 23 ff).

50 Dazu *Brandstetter/Lukas* (FN 31) 282, 284 ff.

51 Weitere Beispiele bei *Merli/Ehrke-Rabel* (FN 9) 201 ff.

## 2.2.2. Rechtspfleger und Amtssachverständige

Neben der institutionellen Kultur gibt es aber auch harte organisatorische Faktoren.

Der erste Faktor sind die Rechtspfleger.<sup>52</sup> In diesem Punkt hat die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle eine Verschlechterung gebracht, denn Rechtspfleger gab es in den unabhängigen Kontrollsenaten nicht. Rechtspfleger sind keine Richter, sondern „*nichtrichterliche Bedienstete*“<sup>53</sup>. Deshalb ist ihre Rechtspflege, auch wenn sie sie unter der Aufsicht von Richtern betreiben, keine echte Gerichtsbarkeit. Da sie verfassungsrechtlich verankert ist, muss man sie bis zu einem gewissen Grad hinnehmen, aber das gilt nicht für alle ihre Aufgaben. Der VfGH hat denn auch die Betrauung der Rechtspfleger mit der Entscheidung über Beschwerden gegen Verwaltungsstrafen bis 1.500 € und die Entziehung von Gewerbeberechtigungen als verfassungswidrig aufgehoben,<sup>54</sup> dagegen ihre Zuständigkeit für Wohnbeihilfen, Ersatzpflanzungen nach dem Wiener Baumschutzgesetz und baupolizeiliche Aufträge gebilligt, weil es sich dabei um insgesamt sachlich eng begrenzte Rechtsgebiete handle, in denen sich weitestgehend vorhersehbare und in ihrem Umfang überschaubare Sach- und Rechtsfragen stellen und der Sachverhalt idR nach der Aktenlage, also ohne mündliche Verhandlung, beurteilt werden könne.<sup>55</sup>

Trösten kann man sich damit, dass Entscheidungszuständigkeiten von Rechtspflegern nur in Wien bestehen und auch dort die eigentliche gerichtliche Kontrolle nicht ersetzen, sondern ihr nur vorgeschaltet sind;<sup>56</sup> hoffen darf man, dass sie der VfGH noch weiter kleinhackt.<sup>57</sup>

Auch Amtssachverständige passen schlecht in Gerichte, da sie nicht Gerichtsangehörige, sondern Verwaltungsbedienstete und oft sogar Angehörige der belangten Behörde, also einer Verfahrenspartei, sind.<sup>58</sup> Ihrer routinemäßigen Heranziehung hat der VfGH ebenfalls einen Riegel vorgeschoben und verlangt zu Recht, dass das Verwaltungsgericht die Auswahl der Sachverständigen nicht deren Dienststelle überlassen kann, sondern selbst treffen und dabei stets prüfen muss, ob der Amtssachverständige unbefangen ist, „*unter anderem also tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde ist, deren*

52 Kolonovits, Die „neuen“ Rechtspfleger bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz (Art 135a B-VG) im Lichte des Art 6 EMRK, in GedS Walter (2013) 321; Ranacher (FN 28) 194 ff; Segalla, Die Stellung des Verwaltungsrichters, in Holoubek/Lang (FN 28) 145 (158 f); Ennöckl, Einzelrichter-, Senats-, Laienrichter- und Rechtspflegerzuständigkeiten, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 175 (183 ff); Eisenberger, Rechtspfleger und Richter, in diesem Band 45.

53 Art 135a Abs 1 B-VG.

54 VfGH 3.3.2015, G 181/2014 ua; 25.11.2015, G 403/2015.

55 VfGH 28.9.2015, G 256/2015; 25.11.2015, G 393/2015; 25.11.2015, G 404/2015. Bei den baupolizeilichen Aufträgen, die auch Abbruchanordnungen umfassen, liegt das nicht auf der Hand.

56 § 54 VwGVG.

57 Fragwürdige Zuständigkeiten der Rechtspfleger aus der Liste des § 26 Wiener VwGVG sind zB die Feststellung der individuellen Befähigung, die Untersagung der Gewerbeausübung, die Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung nach der GewO; Zwangsstrafen und Vollstreckungsverfügungen nach dem VVG; oder Anträge auf Änderung des Familiennamens und Vornamens nach dem Namensänderungsgesetz.

58 § 17 VwGVG iVm § 52 AVG, § 14 BVwGG und vergleichbare Regelungen der anderen Organisationsgesetze. Nach VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, Rz 38, stehen den Verwaltungsgerichten unabhängig von solchen Vorschriften, dh schon aufgrund des § 52 AVG iVm § 17 VwGVG, jene Sachverständigen zur Verfügung, über die die belangte Behörde verfügen kann; im konkreten Fall der mittelbaren Bundesverwaltung „– *unbeschadet des § 24 VwGVG – die in die Verwaltungsorganisation des Landes eingegliederten Amtssachverständigen*“.

*Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten wird*“.<sup>59</sup> Daran dürfte es eigentlich angesichts der berufsmäßigen Stellung der Amtssachverständigen oft fehlen, doch der VwGH, der sich dieser Rechtsprechung nach eigener Aussage angeschlossen hat und die Pflicht der Verwaltungsgerichte betont, sich mit entsprechenden Einwendungen auseinanderzusetzen,<sup>60</sup> geht nach wie vor grundsätzlich von der Unabhängigkeit der Amtssachverständigen der belangten Behörde aus und fordert „besondere Umstände“ für eine andere Beurteilung,<sup>61</sup> oft verweist er nur auf seine Judikatur zur Rechtslage vor der Reform.<sup>62</sup> Anstatt auf diese Weise das Unabhängigkeitskriterium zu unterlaufen, wäre es besser, darauf zu verzichten und stattdessen zu prüfen, ob die Verwaltungsbehörde ein erkennbares Interesse am Ausgang des Verfahrens hat: Wenn das nicht der Fall ist, schaden auch abhängige Sachverständige nicht.<sup>63</sup>

Jedenfalls ragt mit den Amtssachverständigen ein Stück Verwaltung in die Gerichtsbarkeit hinein.

### 2.2.3. Hinkende Kontradiktorik und Entscheidung in der Sache

Verwaltungselemente finden sich darüber hinaus vor allem im Verfahren der Verwaltungsgerichte: in seiner hinkenden Kontradiktorik und der gerichtlichen Entscheidungspflicht in der Sache.

Dass das Verwaltungsprozessrecht der belangten Behörde Parteistellung einräumt<sup>64</sup> und das verwaltungsgerichtliche Verfahren damit kontradiktorisch konzipiert, ist zunächst einmal ein typisch gerichtliches Merkmal. Doch bei näherem Hinsehen bleibt davon mitunter nicht sehr viel übrig.<sup>65</sup>

Das beginnt schon mit dem Prozessgegenstand und der Kognitionsbefugnis: Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der Prozessstoff – anders, als dies § 27 VwGVG vermuten ließe<sup>66</sup> – nicht auf das in der Beschwerde Vorgebrachte beschränkt; das Gericht kann und muss vielmehr von sich aus auch jenseits der Unzuständigkeit der belangten Behörde alle Aspekte aufgreifen, die für den Umgang mit subjektiven Rechten der Partei eine Rolle spielen, auch und gerade beschränkende öffentliche Interessen und Rechtsgründe für Eingriffe, die von der belangten Behörde nicht berücksichtigt wurden.<sup>67</sup> So ist (außerhalb des

---

59 VfSlg 19.9012/2014; dazu *Pabel*, Der Amtssachverständige im Verfahren von den Verwaltungsgerichten, ZVG 2015, 20.

60 VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, Rz 37.

61 VwGH 14.4.2016, Ra 2015/06/0037; 29.1.2016, Ra 2016/06/0006.

62 VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, Rz 32, und die dort zitierte RSp; dazu auch *Breitenlechner*, Sachverständige im Verfahren der Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lang* (FN 42) 189 (197 ff).

63 Ausführlich und mwN *Merli*, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverständiger, ZfV 2015, 28, weiters *Attlmayr*, Der Sachverständigenbeweis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ZfV 2016, 143.

64 § 18 VwGVG; § 78 BAO.

65 Zum Folgenden *Jantscher*, Das verwaltungsgerichtliche Verfahren zwischen Partei- und Inquisitionsprozess, in *Ehrke-Rabel/Merli* (FN 9) 1; vgl auch *Storr*, Das Verfahren der Bescheid-(Administrativ-)Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht, in *Holoubek/Lang* (FN 32) 13 (23 ff).

66 Vgl zB *Wiederin*, Der Umfang der Bescheidprüfung durch das Verwaltungsgericht im Parteibeschwerdeverfahren, ÖJZ 2014, 149; *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (FN 1) Rz 45 ff; *Leeb*, Verfahrensökonomie und VwGVG, ZVG 2015, 211 (219 ff); *Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte (2015) § 27 VwGVG Rz 4 ff.

67 ZB VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066, 9.9.2015, Ro 2015/03/0032 uva.

Strafverfahrens) eine *reformatio in peius* zulässig.<sup>68</sup> Das Bundesfinanzgericht darf den angefochtenen Bescheid sogar ausdrücklich von Amts wegen in jede Richtung abändern.<sup>69</sup> Ein Begehren der belangten Behörde als Beschwerdegegnerin ist nicht erforderlich, und zwar auch nicht in Verfahren über Maßnahmen- und Säumnisbeschwerden, also dort, wo die Behörde noch keinen Bescheid erlassen hat, dessen Aufrechterhaltung man ihr als Wunsch unterstellen könnte. Damit wird das Gericht zum Wahrer öffentlicher Interessen bestimmt, die niemand geltend gemacht hat – eine klassische Aufgabe der Verwaltung.

Sie trifft das Verwaltungsgericht umso mehr, je weniger sich die belangten Behörden am Verfahren beteiligen. Sie verhalten sich zwar durchaus nicht immer passiv;<sup>70</sup> in manchen Bereichen achten sie sogar systematisch auf die Durchsetzung der eigenen Interessen. Oft überlassen sie die Arbeit im Konfliktfall aber nur zu gern den Gerichten<sup>71</sup> undbürden diesen damit Verwaltungsaufgaben auf. In gewisser Weise ist das sogar verständlich: Den von der Verwaltung zu wahren Interessen schadet es meist wenig, wenn die Behörde zunächst sparsam ermittelt hat und dann nichts zum Verfahren beiträgt, keine Beschwerdevorentscheidung trifft, keine Schriftsätze abgibt, nicht an der mündlichen Verhandlung teilnimmt und sich auch sonst nicht um das Verfahren kümmert, denn alles, was sie hätte tun oder vorbringen können, muss nach dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip der materiellen Wahrheit das Verwaltungsgericht von sich aus berücksichtigen. Eine Zurückverweisung des Falls muss die Behörde nach der strengen Rechtsprechung des VwGH kaum befürchten; entscheidet das Gericht trotzdem so, kann die Behörde Revision einlegen und weitere Arbeit mit der Hilfe des VwGH abwenden.<sup>72</sup> Kommt eine normale Partei ihren Mitwirkungspflichten nicht nach, so entbindet das das Gericht bis zu einem gewissen Grad von amtswegigen Nachforschungen;<sup>73</sup> gegenüber einer belangten Behörde ist das dagegen nicht so sicher. Legt die Abgabenbehörde die Akten nicht rechtzeitig vor, kann das Bundesfinanzgericht zwar allein aufgrund des

68 ZB VwGH 27.4.2015, Ra 2015/11/0022: „Wurde dem Revisionswerber von der Behörde eine Lenkberechtigung unter Auflagen und mit einer Befristung erteilt und werden in der dagegen erhobenen Beschwerde nur die Auflagen und die Befristung bekämpft, ist das VwG trotzdem befugt, auch zu prüfen, ob überhaupt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Lenkberechtigung vorliegen, weil die Frage der Befristung der Lenkberechtigung von der Frage der Erteilung der Lenkberechtigung nicht getrennt werden kann. Das VwG kann die Entscheidung der Behörde dahin abändern, dass die Lenkberechtigung nicht erteilt wird. Der Einwand, das VwG habe seine Zuständigkeit zur Überprüfung des Bescheides überschritten, weil es auf Grund der Beschwerde lediglich über die Zulässigkeit der Befristung und der Auflagen hätte absprechen dürfen, nicht aber darüber, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Lenkberechtigung grundsätzlich vorliegen, ist unzutreffend.“ Die Zulässigkeit der *reformatio in peius* ist aber die Folge der fehlenden Beschränkungswirkung des Beschwerdevorbringens, nicht umgekehrt, wie der VwGH meint (17.12.2014, Ro 2014/03/0066 uva).

69 § 279 Abs 1 BAO.

70 Ein Beispiel: VwGH 26.3.2015, Ra 2014/07/0067.

71 „In Verwaltungsstrafsachen nimmt an vielen öffentlichen mündlichen Verhandlungen im Regelfall kein Vertreter der belangten Behörde teil und Amtsrevisionen werden in diesem Bereich nur ganz selten erhoben.“ Gemeinsame Stellungnahme der Präsidentinnen und der Präsidenten der Verwaltungsgerichte Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz geändert wird (202/ME), parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME\_06875/imfname\_533171.pdf, 2.

72 ZB VwGH Ra 2015/06/0049, 30.9.2015; 22.6.2016, Ra 2016/03/0027. Fast könnte man daraus ein subjektives Recht der Behörde auf Verschonung ableiten.

73 Vgl zB VwGH 24.5.2016, Ra 2016/03/0050: „Die Sachbehauptungen des Waffenpasswerbers, mit denen das Vorliegen eines Bedarfs zum Führen genehmigungspflichtiger Schusswaffen geltend gemacht wird, begrenzen den festzustellenden Sachverhalt und damit die Prüfbefugnis des VwG, zumal es allein dem Antragsteller obliegt, die Sachumstände, aus denen er einen Bedarf abgeleitet wissen will, glaubhaft zu machen.“

Vorbringens des Beschwerdeführers entscheiden;<sup>74</sup> aber wenn die Behörde von Anfang an komplett untätig bleibt, kommt es allenfalls zu einer Säumnisbeschwerde, in der das Gericht die ganze Arbeit machen muss, während die Behörde Parteistellung genießt und dann bekämpfen kann, was das Verwaltungsgericht an ihrer Stelle getan hat.

Mit dem kontradiktorischen Verfahren ist es also nicht immer weit her. Kümmert sich die belangte Behörde nicht um das Verfahren, kippt es leicht ins Inquisitorische. Das muss noch nicht per se schlecht sein, aber es ist eben nicht typisch gerichtlich, und in bestimmten Fällen bereitet das Probleme mit Art 6 EMRK und Art 47 GRC: Die Ungleichbehandlung von belangter Behörde und normaler Partei im Zusammenhang mit den Mitwirkungspflichten kann der gebotenen Waffengleichheit widersprechen,<sup>75</sup> und die Verurteilung im Verwaltungsstrafverfahren ohne Mitwirkung der belangten Behörde verletzt das Anklageprinzip jedenfalls dann, wenn das Gericht die Rolle des Anklägers mit übernehmen und zB von sich aus belastende Informationen ermitteln muss.<sup>76</sup>

Diese Punkte zeigen mE vor allem, dass vielleicht mehr noch als die Verwaltungsgerichte die Verwaltungsbehörden ihre neue Rolle im Rechtsschutzsystem erst lernen müssen.<sup>77</sup>

Ein Sonderproblem der Kontradiktorik hat erst der VfGH geschaffen, indem er das Verwaltungsgericht im Erkenntnisbeschwerdeverfahren ohne Not in die Rolle einer weiteren belangten Behörde gedrängt und zum prozessualen Gegner einer der Parteien des Ausgangsverfahrens<sup>78</sup> gemacht hat.<sup>79</sup> Im Ergebnis hat er zugunsten einer verdoppelten Kontradiktorik des eigenen Verfahrens die Kontradiktorik des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens schwer beschädigt: Ein Gericht muss seine Entscheidungen begründen, aber nicht gegenüber externen Stellen rechtfertigen. Vor allem darf es nicht Partei sein oder werden, denn die Unparteilichkeit ist sein Wesenskern, auch dann, wenn es einen Fall für die Verwaltung erledigt. Wenn das Gericht aber im verfassungsgerichtlichen Verfahren als Partei auftritt, ist es zur Befangenheit im Folgeverfahren nicht mehr weit.

Der Hauptgrund für eine Verwaltungsartigkeit des Rechtsschutzes liegt aber in der Verpflichtung der Verwaltungsgerichte, regelmäßig in der Sache zu entscheiden.<sup>80</sup> Man kann diese Verpflichtung als Element eines Justizstaats betrachten, weil sie das letzte Wort im Streitfall der Gerichtsbarkeit überantwortet.<sup>81</sup> Ein Blick auf die Art und Weise, in der Entscheidungen in der Sache getroffen werden müssen, offenbart dagegen massive Verwaltungselemente in der Gerichtsbarkeit:

Um einen Bescheid als rechtswidrig zu erkennen, reicht eine Feststellung zur Vergangenheit: dass eine der gesetzlichen Voraussetzungen unrichtig beurteilt wurde oder nicht

---

74 § 266 Abs 4 BAO.

75 Jantscher (FN 65) 14.

76 Wiederin, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts (GA 16.ÖJT III/1, 2006) 101 f; Jantscher (FN 65) 13, unter Berufung auf EGMR 18.5.2010, 64962/01, *Ozerov/Russland*.

77 Vgl Öhlinger, Verwaltungsgerichte (FN 1) Rz 23 ff.

78 Das unterscheidet diese Konstellation von jener nach § 64 VwGG.

79 VfSlg 19.917/2014; dazu Wildpanner, Die Stellung der Parteien im Beschwerdeverfahren nach Art 144 B-VG, JRP 2013, 364 ff; Gamper, Wer ist Partei vor dem Verfassungsgerichtshof? ZfV 2015, 360 ff; kritisch Wiederin, Anmerkung, JBl 2015, 176; Pavlidis, Der prozessuale Status von Verwaltungsgerichten vor dem Verfassungsgerichtshof – „Audi alteram partem“? ZfV 2015, 367.

80 Art 130 Abs 4 B-VG; § 28 VwGVG.

81 So Grabenwarter (FN 1) 76 f.

vorliegt, dass bestimmte Ermittlungen unterblieben oder andere Verfahrensfehler begangen worden sind, dass eine Abwägung fehlerhaft war oder das Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes geübt wurde. Auf den bloßen Nachvollzug der behördlichen Entscheidung kann sich das Gericht aber schon bei der Rechtmäßigkeitsprüfung nicht beschränken, denn nach dem geltenden Recht hat es auch allfällige Änderungen der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen,<sup>82</sup> also etwa modifizierte Anträge zu beurteilen und den Sachverhalt an neuen gesetzlichen Bestimmungen zu messen; in einem kassatorischen System würde freilich auch dann die Feststellung reichen, dass ein anderes Verfahrensergebnis geboten sein könnte. Um in der Sache richtig zu entscheiden, muss das Verwaltungsgericht darüber hinaus jedoch *alle* gesetzlichen Voraussetzungen beurteilen, die notwendigen Ermittlungen und Verfahrensschritte nachholen, übergangene Parteien einbeziehen, allenfalls Sachverständige beauftragen und Ortsaugenscheine durchführen, eigenständige Begründungen finden, selbst Gewichtungen und Abwägungen treffen und selbst Ermessen üben – alles das erstmals und ohne Vorarbeit anderer Stellen – und schließlich eine Entscheidung für die Zukunft treffen. Das ist eine andere Aufgabe als die Kontrolle behördlicher Entscheidungen: Es ist eine typische Verwaltungsaufgabe, und das Verwaltungsgericht muss die bessere Verwaltung sein, um sie zu bewältigen.<sup>83</sup>

In diesen Fällen ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit also die Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln. Doch das sollte uns nicht zu Kurzschlüssen verleiten:

- Die Pflicht zu einer reformatorischen Entscheidung gilt nur bei Rechtswidrigkeit des Bescheides. Gedanklich lassen sich daher mit der Rechtswidrigkeitsprüfung des Bescheides und (bejahendenfalls) der Neuentscheidung der Sache zwei Phasen der gerichtlichen Tätigkeit unterscheiden, für die unterschiedliche Regeln gelten können,<sup>84</sup> wie jene für das Ermessen zeigen: beschränkte Fehlerprüfung in der ersten Phase, gerichtliches Ersatzermessen in der zweiten. Aus diesem Grund sagt auch die Pflicht zur Sachentscheidung in der zweiten Phase, anders als der VwGH meint,<sup>85</sup> nichts über die Kognitionsbefugnis in der ersten.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Vgl § 10 VwGVG und zB VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032; *Wiederin* (FN 66) 153.

<sup>83</sup> Ähnlich *Leeb* (FN 1) 114; vgl dagegen das klassische Bild bei *Wiederin*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzlechner (2013) 741 (753 f): „Der Richter ist ausschließlich dem Gesetz unterworfen, ihm ist nicht das Gemeinwohl anvertraut.“ Über die grundsätzliche Verwaltungsaktabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit vermittelnd zwischen Administrieren und Judizieren *Holoubek* (FN 1) 361 ff. Vgl zu den Unterschieden für Deutschland zB *Brüning*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 2015, 155 (159 ff); *Rennert*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit? DVBl 2015, 793; für die Schweiz *Schindler*, Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 2013, 359 (370 ff).

<sup>84</sup> Vgl *Pavlidis*, „Zur Sache“. Die Entscheidung in der Sache (selbst) und ihre Implikationen, ZVG 2015, 26 (34 f); *Winkler* (FN 66) § 27 VwGVG Rz 5 am Ende, § 28 VwGVG Rz 1 ff; *Bertel*, Materielle Wahrheit und Untersuchungsgrundsatz, in diesem Band 99; *Stöger*, Die Rechtskraft von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und des Bundesfinanzgerichts, in diesem Band 317, bei FN 35.

<sup>85</sup> VwGH 17.12.2014 Ro 2014/03/0066: „Wenn in § 28 VwGVG 2014 eine Verpflichtung der Verwaltungsgerichte normiert wird, grundsätzlich meritorisch zu entscheiden und – wie erwähnt – insoweit die von der Verwaltungsbehörde zu entscheidenden Sache auch inhaltlich zu erledigen, widerstreitet dies der Annahme, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspräche, im Wege einer erhöhten Anforderung an eine Beschwerde gleichzeitig den Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte derart zu beschränken, dass eine meritorische Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte wesentlich erschwert würde.“

<sup>86</sup> Im Ergebnis ebenso *Wiederin* (FN 66) 153.

- Auch bei Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids gilt die Pflicht zur Entscheidung in der Sache (außerhalb von Verwaltungsstraf- und Abgabensachen) nicht ausnahmslos. Dass der VwGH die Ausnahmen ganz eng begrenzt hat,<sup>87</sup> dürfte noch nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Zwar muss man Art 130 Abs 4 B-VG und § 28 VwGVG nach dieser Rechtsprechung vielleicht so verstehen, dass sie die Verwaltungsgerichte zwingen, ihre Zeit mit Routineermittlungen zu verschwenden, die sie von schwierigen Fällen abhalten und damit insgesamt die Verfahrensdauern erhöhen.<sup>88</sup> Aber dass die Gerichte Ermittlungsaufgaben in Spezialbereichen übernehmen müssen, für die sie deutlich schlechter ausgestattet sind als die belangten Behörden,<sup>89</sup> dass sie anstelle der Verwaltung Verfahren führen müssen, die auch anderen Zwecken als der bloßen Ermittlung des Sachverhalts dienen, etwa der Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltrecht oder der Behördenabstimmung innerhalb der EU im Regulierungsrecht, und im gerichtlichen Verfahren nicht erreicht werden können oder sich mit der Unabhängigkeit des Gerichts nicht vertragen;<sup>90</sup> dass sie über Abwägungen oder Ermessensgebrauch<sup>91</sup> politische Gestaltungsentscheidungen treffen, für die sie nicht demokratisch legitimiert sind,<sup>92</sup> zB zur Vorzugswürdigkeit des Naturschutzes gegenüber wirtschaftlichen Großprojekten oder umgekehrt: das alles erscheint mir nicht ausgemacht. Hier gibt es vielmehr gute verfassungsrechtliche Gründe für ein weites Verständnis der Ausnahme von der Entscheidung in der Sache.

### 2.3. Das Verfahrensergebnis: Die gerichtliche Erledigung einer Verwaltungssache

Entscheidung in der Sache bedeutet Erledigung der Verwaltungssache durch das Verwaltungsgericht. Das hat bei der Einordnung des Verfahrensergebnisses der Bescheidbeschwerde zu einiger Verwirrung geführt: Gibt es nun nach der gerichtlichen Entscheidung noch einen Bescheid, uU idF des Erkenntnisses, oder ersetzt das Erkenntnis den angefochtenen Bescheid, ganz oder teilweise?<sup>93</sup>

87 ZB VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; dazu *Winkler*, Vorrang der reformatorischen Sachentscheidung, ZVG 2014, 435; VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, Rz 20: „nur bei krassen bzw besonders gravierenden Ermittlungslücken.“

88 Zum Problem, weniger zu seiner Lösung, die Stellungnahme der Präsidenten (FN 71) 3: „Ein deutlich effizienzsteigerndes Instrument wäre die Möglichkeit, der belangten Behörde einzelne fehlende Ermittlungsschritte aufzutragen. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (zuletzt VwGH 9.3.2016, Ra 2015/08/0025) lässt Zurückverweisungen nur in streng definierten Fällen zu und dies führt dazu, dass alle Mängel im Ermittlungsverfahren von den Verwaltungsgerichten saniert werden müssen. Andererseits sind Verwaltungsbehörden meist besser ausgestattet und oft sachnäher. So erweist sich bei der jetzigen Rechtslage beispielsweise bereits die Anforderung einer einfachen Lichtbilddokumentation über die belangte Behörde als problematisch. Aus diesem Grund sollte § 66 Abs 1 AVG für die Verwaltungsgerichte anwendbar erklärt werden. Abschließend darf daraufhingewiesen werden, dass für den Abgabebereich eine vergleichbare Bestimmung in § 269 Abs 2 BAO bereits existiert“

89 ZB *Storr*, Prüfungsmaßstab der Verwaltungsgerichte, ZVR 2013, 438; *Faber*, Die Rolle der Verwaltungsgerichte in verfassungsrechtlicher Hinsicht, ZVG 2014, 11 (17).

90 ZB *Pabel*, Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte und des Bundesfinanzgerichts, in diesem Band 143, auch zu anderen Sonderkonstellationen.

91 Zur Unterscheidung von politischem Gestaltungsermessen und richterlichem Rechtsfolgerneressen *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in *Holoubek/Lang* (FN 52) 231; *Ranacher*, Ermessen der Verwaltung und Ermessen der Verwaltungsgerichte, in diesem Band 189.

92 Vgl zB *Holoubek* (FN 42) 170; *Rennert*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit? DVBl 2015, 793 (800).

93 Zum Meinungsstand *Stöger* (FN 84) bei FN 8 ff mit umfassenden Literaturnachweisen.

Bei unbefangener Betrachtung lässt sich nicht für alle Konstellationen eine einheitliche Antwort geben: Wenn das Verwaltungsgericht eine Beschwerde abweist oder den Bescheid explizit ändert,<sup>94</sup> bleibt der Bescheid bestehen;<sup>95</sup> wenn das Gericht den Bescheid nur aufhebt oder aufhebt und eine andere Entscheidung trifft, gibt es keinen Bescheid mehr. Welche Variante zutrifft, hängt vom Spruch des Erkenntnisses ab.

An dieser Einsicht muss man auch nicht rütteln, um zu angemessenen Ergebnissen bei der eigentlich relevanten Frage zu kommen, ob sich nämlich der weitere Umgang mit der Entscheidung nach den Regeln für Bescheide oder nach jenen für gerichtliche Erkenntnisse richtet: Eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung in der Sache ist immer ein gerichtliches Erkenntnis und kein Bescheid, unabhängig davon, ob sie einen Bescheid aufhebt, ändert oder ersetzt. Ein Erkenntnis wird von einem unabhängigen Richter oder einer unabhängigen Richterin nach persönlicher Befassung mit der Sache in einem kontradiktorisch angelegten Verfahren idR nach einer öffentlichen mündlichen Verhandlung erlassen; es ist also das Ergebnis besonders anspruchsvoller Organisation und Verfahrensgestaltung. Die Verwaltung darf das Erkenntnis nicht missachten, weil die belangte Behörde Partei des gerichtlichen Verfahrens war und deshalb an das Erkenntnis gebunden ist und weil sich aus der Eintrittsberechtigung der obersten Organe eine Bindungswirkung für ihren Rechtsträger insgesamt erschließen lässt;<sup>96</sup> aber auch und vor allem, weil andernfalls mangels verbindlicher Entscheidungskompetenz der Gerichtscharakter der Verwaltungsgerichte entfielen und kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet wäre; auch von einer Gewaltenteilung im herkömmlichen Sinn, dh nach dem Muster des Art 94 B-VG, könnte man dann nicht mehr sprechen.

Konkret bedeutet das: Soweit das Erkenntnis einen Bescheid ersetzt, darf sich die Verwaltung nicht auf Ermächtigungen zur Korrektur oder Aufhebung rechtswidriger Bescheide (Wiederaufnahme, Nichtigklärung) berufen, schon weil diese Ermächtigungen eben nicht für Erkenntnisse gelten.<sup>97</sup> Soweit noch ein Bescheid bestehen bleibt, sind diese Ermächtigungen zwar grundsätzlich auf den Bescheid anwendbar, doch darf die Verwaltung von ihnen aus den genannten Gründen keinen Gebrauch machen.

94 Vgl die bei *Stolzlechner*, Zur Rechtswirkung von Erkenntnissen der VwG auf bekämpfte Bescheide – dargestellt anhand der Interpretation des § 359c GwO, ZVG 2014, 640 (641 FN 4) angeführten VwGH-Erkenntnisse.

95 Wie hier *Herbst*, Die Rechtswirkungen der erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im fortgesetzten Verfahren, in *Holoubek/Lang* (FN 28) 239 (245 ff); *Schmoll*, Die Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, ÖJZ 2014, 101 (106); ebenso (für die Abweisung) *Hauer*, Die neue Funktion der Gemeindeaufsicht, in *Kommunalwissenschaftliche Gesellschaft* (Hrsg), Verwaltungsreform – Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 61 (69 ff); s auch FN 99. AA – auch ein abweisendes oder nur änderndes Erkenntnis ersetzt (so wie früher eine Berufsentscheidung) den angefochtenen Bescheid vollständig – *Leeb* (FN 1) 109, 111; *Germann*, Das Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten – das VwGVG aus der Perspektive der Vorgaben des B-VG, in *Bußjäger ua* (Hrsg), Die neuen Landesverwaltungsgerichte (2013) 149 (164 ff); *Schiffkorn*, „Rechtskraft“ nach dem System der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, ZVG 2014, 628 (636); *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts<sup>10</sup> (2014) Rz 839; *Wielinger*, Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht und das Recht der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 276.

96 § 19 VwGVG. Gegen eine Bindung der obersten Organe *Eberhard*, Das Zusammenspiel von Landesverwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden, in *Bußjäger ua* (FN 95) 136.

97 Zur Verfassungswidrigkeit von § 93a BAO (Wiederaufnahme eines finanzgerichtlich abgeschlossenen Verfahrens durch die Finanzbehörde) *Ehrke-Rabel* in *Ehrke-Rabel/Merli* (FN 9) 160 ff; *Stöger* (FN 80) bei FN 88 mwN.

Die Immunität des Erkenntnisses gegenüber verwaltungsbehördlicher Korrektur kann freilich nicht weiter gehen als der Prüfungsumfang des Verwaltungsgerichts: Was dieses nicht sagen konnte, kann den Bescheid nicht ersetzen und die Verwaltung nicht binden.<sup>98</sup> Da das Bundesfinanzgericht den Bescheid nach jeder Richtung abändern oder aufheben darf<sup>99</sup> und der VwGH § 27 VwGVG im Ergebnis keine begrenzende Wirkung zuerkennt, sondern nur der „Sache“ des Verfahrens, ist dieser Prüfungsumfang groß, aber, jedenfalls im Mehrparteienverfahren, nicht unbeschränkt:<sup>100</sup> Beschwerden sich Antragsgegnerinnen, gehört die Vereinbarkeit des beantragten Projekts mit öffentlichen Interessen nicht dazu. Deshalb sagt ein Erkenntnis, mit dem eine solche Beschwerde abgewiesen oder der Bescheid zugunsten der subjektiven Rechte der Beschwerdeführerin geändert wurde, nichts über die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen (und nicht einmal etwas über präkludierte Nachbarrechte). Für eine Erstreckung der Bindungswirkung auf vom Verwaltungsgericht nicht prüfbare Punkte<sup>101</sup> besteht weder eine Rechtsgrundlage noch ein Grund – im Gegenteil: Es fällt schwer, eine sächliche Rechtfertigung dafür zu finden, dass etwa der einen Bauwerberin die Bewilligung nachträglich wegen Flächenwidmungsplanwidrigkeit entzogen werden kann, der anderen aber nicht, weil in ihrem Fall ein Nachbar Beschwerde wegen Abstandsverstößen erhoben hat und sich das Verwaltungsgericht mit dem Nichtigkeitsgrund Flächenwidmungsplanwidrigkeit nicht auseinandersetzen konnte. Die allgemeinen Aussagen in der höchstgerichtlichen Judikatur zur vollständigen Ersetzung des Bescheids durch das Erkenntnis<sup>102</sup> stammen alle aus unproblematischen Fällen, in denen die Belange, um die es ging, vom Verwaltungsgericht durchaus geprüft werden konnten.

Eine verwaltungsgerichtliches Erkenntnis bildet dagegen kein Hindernis für die Änderung eines vom Verwaltungsgericht bestätigten oder geänderten Bescheides auf der Grundlage von Vorschriften wie § 79 GewO.<sup>103</sup> Hier geht es nicht um eine Korrektur eines Fehlers, sondern um die Anpassung an neue Umstände oder neue Erkenntnisse; Vorschriften wie § 79 GewO erlauben eine Neubewertung eines Sachverhalts im Lichte neuer Erfahrungen und verleihen der ursprünglichen Entscheidung einen vorläufigen

98 *Merli/Ehrke-Rabel* (FN 9) 186 ff, 188; *Herbst* (FN 95); *Wiederin* (FN 66) 153; *Ranacher*, Amtswegige Aufhebung oder Abänderung von Bescheiden neben und nach dem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, ZfV 2015, 15 (22 ff); *Kneihls*, Rechtskraft, ZfV 2015, 171 (188 FN 232); *Altmann/Müllner*, Die amtswegige Aufhebung und Abänderung von Bescheiden neben und nach dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 2016, 249 (252 ff).

99 § 279 Abs 1 BAO; § 161 Abs 1 FinStrG.

100 ZB VwGH 26.3.2015, Ra 2014/07/0077; 9.9.2015, Ro 2015/03/0032; *Lehofer*, Die Prüfung des angefochtenen Bescheids durch die Verwaltungsgerichte, ÖJZ 2015, 541 (542); *Mayrhofer*, Der Verfahrensgegenstand – Die „Sache“ der Verwaltungsgerichtsbarkeit und *Pabel*, Der Verfahrensgegenstand – Die „Sache“ der Finanzgerichtsbarkeit, beide in diesem Band 59 bzw 143.

101 In diese Richtung *Stöger* (FN 84) bei FN 41, 46, der vor allem Abgrenzungsschwierigkeiten geltend macht.

102 VfGH 6.6.2014, B 320/2014; 11.6.2015, E 1286/2014; VwGH 24.3.2015, 2014/15/0042; 9.9.2015, Ro 2015/03/0032; 22.6.2016, Ra 2016/03/0027; OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15 f. Im Übrigen enthalten manche von ihnen Formulierungen, die die Frage „Ersetzung des Bescheids oder Bindung an ein Erkenntnis, das einen Bescheid bestätigt?“ offenlassen, zB VfGH 11.6.2015, E 1286/2014: „Das angefochtene Erkenntnis ist so zu werten, als ob das Verwaltungsgericht ein mit dem erstinstanzlichen Bescheid übereinstimmendes neues Erkenntnis erlassen hätte.“

103 Ebenso zB *Herbst* (FN 95) 248; *Merli/Ehrke-Rabel* (FN 9) 188 f; *Schiffkorn* (FN 95) 638; *Ennöckl*, Was bedeutet Rechtskraft nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle – am Beispiel des gewerblichen Betriebsanlagenrechts, ZfV 2014, 795 (799); aA *Wielinger* (FN 95) 277.

Charakter.<sup>104</sup> Deshalb liegt in der Verhängung anderer oder zusätzlicher Auflagen auch keine Missachtung der gerichtlichen Entscheidung. Problematisch kann allenfalls sein, dass solche Ermächtigungen oft an einen „Bescheid“ anknüpfen, also Fälle der Ersetzung des Bescheids durch das verwaltungsgerichtliche Erkenntnis nicht erfassen. Anders als eine Ermächtigung zur verwaltungsbehördlichen Korrektur begegnet eine Ersetzung solcher Befugnisse auf bescheidersetzende Erkenntnisse durch Gesetz<sup>105</sup> oder, wo möglich, auch durch Interpretation oder Analogie, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Nicht notwendig ist es aber dafür, das Erkenntnis zum Bescheid zu erklären, und vor der „Führung“ der Verwaltung durch die Verwaltungsgerichte würde die Umkettierung auch nicht schützen.<sup>106</sup>

### 3. Fazit: Entschlossene Funktionenmischung

In der Zusammenschau fallen vor allem zwei Elemente auf: zum einen die Mischung von Gerichts- und Verwaltungsfunktionen der neuen Verwaltungsgerichte, zum anderen die Entschlossenheit, mit der diese Mischung gestaltet wurde.

Seit den ersten Vorschlägen zu einer Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Österreich-Konvent war klar, dass die Verwaltungsgerichte echte Gerichte im Sinne europäischer Standards sein, zugleich aber auch die Funktion von Berufungsbehörden übernehmen und in der Sache entscheiden sollten.<sup>107</sup> An dieser Doppelrolle wurde nicht mehr gerüttelt, und wegen Art 130 Abs 4 B-VG sind bestimmte Verwaltungselemente in der Verwaltungsgerichtsbarkeit unvermeidlich. Waren die unabhängigen Kontrollsenate Verwaltungsbehörden mit richterlichen Eigenschaften, haben wir jetzt Verwaltungsgerichte mit Verwaltungseinschlag.

Die Höchstgerichte stärkten die verwaltungsartigen Züge im Großen und Ganzen noch, und sie legten dabei eine bemerkenswerte Entschlossenheit an den Tag, die sich mehr dem Wunsch nach Beständigkeit und Rechtssicherheit als den gesetzlichen Grundlagen verdankt: Die Weiterführung der Rechtsprechung zu § 66 Abs 4 AVG trotz § 27 VwGVG, die weite Begriff der zur entscheidenden Sache, die ganz enge Auslegung der Zurückverweisungsbefugnis, das Vertrauen in die Amtssachverständigen und die verfassungsgerichtliche Verwandlung des Gerichts in eine Partei waren nicht unvermeidlich.

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist freilich kein Zivilprozess (der im Übrigen selbst je nach Feld unterschiedlich abläuft) und weist auch in anderen Ländern Besonderheiten auf. Verwaltungselemente sind nicht von vornherein schlecht oder systemwidrig; manche mögen auch zurückgehen, wenn sich eine Gerichtskultur in den Verwaltungsgerichten entwickelt und die Verwaltung zu einer aktiveren Rolle im Prozess findet. Aber wir sollten sie als solche erkennen und mit klassischer Gerichtlichkeit ver-

104 Instrukтив Stöger (FN 84) bei FN 99 ff.

105 ZB § 42a UVP-G; § 9 Abs 9 Stmk Veranstaltungsg 2012.

106 So aber Stolzlechner (FN 94) 647; zu nachträglichen Auflagen ihm folgend Neger, Der gerichtlich determinierte Verwaltungsakt, ZVG 2015, 142.

107 [http://www.konvent.gv.at/K/DE/ENDB-K/ENDB-K\\_00001/imfname\\_036113.pdf](http://www.konvent.gv.at/K/DE/ENDB-K/ENDB-K_00001/imfname_036113.pdf), 366. Literaturangaben zur Diskussion bei Merli, Rechtsschutz neu – die Verwaltungsgerichte, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Der Österreich-Konvent – Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 174 FN 2.

gleichen, um ihren Sinn und ihre Notwendigkeit besser beurteilen zu können; wir sollten beobachten, wie die Verwaltungsgerichte mit ihnen zurechtkommen; und wir sollten dabei auch darauf achten, zu wessen Gunsten sie wirken; oft ist es eben nicht die arme unvertretene Bürgerpartei, sondern die gleichgültige Verwaltungsbehörde. Doch ob die Verwaltungsgerichte für die Bürger oder zugunsten öffentlicher Interessen einspringen: Eine sorgfältige Verwaltung sollten sie weder entlasten noch ersetzen; von ihr wollen wir noch nicht Abschied nehmen.