

Tatbestände, in denen zumindest auf eine veränderbare Tatsache verwiesen wird, sie sind veränderbare Tatbestände. In der „konstitutiven Feststellung der Tatsachen“ in einem Verfahren sieht sich die entscheidende Behörde nun einem veränderbaren oder unveränderbaren Tatbestand gegenüber. Handelt es sich um einen unveränderbaren Tatbestand, so ist er bereits verwirklicht, es bleibt die Rechtsfolge festzusetzen. Bei einem veränderbaren Tatbestand aber wird erst zum Zeitpunkt der Entscheidung der Tatbestand verwirklicht, denn bis dahin kann er sich ebenso ändern, wie auch nach der Entscheidung Änderungen möglich sind.

Damit ergibt sich die Schlußfolgerung: Da für die maßgebliche Rechtslage der Zeitpunkt der Verwirklichung des Tatbestandes entscheidend ist (Prinzip der Gleichzeitigkeit), ist bei unveränderbaren Tatbeständen die in der Vergangenheit gegebene Rechtslage, eben jene, die im Zeitpunkt des tatbestandsmäßigen Verhaltens bestanden hat (Verwirklichung des Tatbestandes), maßgebend; bei veränderbaren Tatbeständen aber jene zum Zeitpunkt der Entscheidung („konstitutive Feststellung der Tatsachen“).

Bemerkenswert ist, daß in allen Fällen das Recht selbst, sei es in Abweichung vom Prinzip der Gleichzeitigkeit, sei es durch die sprachliche Fassung der Tatbestände, das anzuwendende Recht festlegt.

VI. Einige Schlußfolgerungen

Abschließend sollen aus diesem theoretischen Ergebnis einige Schlußfolgerungen gezogen werden:

1. Für eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ist entweder die Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung oder eine Rechtslage der Vergangenheit maßgebend. Ersteres gilt für den Fall, daß ein unveränderbarer Tatbe-

stand, letzteres für den Fall, daß ein unveränderbarer Tatbestand der Entscheidung zugrunde liegt. Ist die Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung maßgebend, so liegt es nahe, aus praktischen Gründen — *Hellbling* folgend — das Datum des Bescheides (es wird in der Mehrzahl der Fälle mit dem Entscheidungszeitpunkt übereinstimmen) für die Beurteilung der Rechtsrichtigkeit des Bescheides im Hinblick auf das anzuwendende Recht als maßgebend zu betrachten.

2. Der Grundsatz unter Punkt 1 gilt für alle instanzmäßig übergeordneten Behörden in derselben Rechtsache. Deshalb entsteht auch keinerlei Nachteil für die Parteien des Verfahrens, wenn nicht die Rechtslage im Zeitpunkt der Zustellung oder Verkündung als maßgebend angesehen wird. Im Instanzenzug kann nämlich die Änderung der Rechtslage nach der Entscheidung der Vorinstanz noch immer geltend gemacht werden. Das gilt allerdings nur bei veränderbaren Tatbeständen. Erfolgt die Entscheidung auf der Grundlage eines unveränderbaren Tatbestandes, so ist die maßgebliche Rechtslage für alle Instanzen dieselbe.

3. Ändert sich die Rechtslage nach der Entscheidung der letzten Instanz, so kann die Sache neuerlich an die Behörde herangetragen werden, weil die neue Rechtslage die Rechtskraft durchbricht. Dies gilt nicht für Entscheidungen auf der Grundlage eines unveränderbaren Tatbestandes. In diesem Fall bedeutet eine Änderung der Rechtslage keine Durchbrechung der Rechtskraft, weil die Rechtslage zu dem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt der Verwirklichung des Tatbestandes anzuwenden ist. Eine Ausnahme davon müßte ausdrücklich von der Rechtsordnung vorgesehen werden.

4. Abweichungen von den in Punkt 1 dargelegten Grundsätzen, nach denen sich das anzuwendende Recht bestimmt, bedürfen einer ausdrücklichen Festsetzung in der Rechtsordnung selbst.

Franz Merli

„Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG

I. Die „Normativität“ von Maßnahmen

II. Konsequenzen für den Maßnahmenbegriff

Deskriptoren:

Maßnahme, Befehls- und Zwangsgewalt, faktische Amtshandlung, verfahrensfreier Verwaltungsakt; Verwaltungsakt; Normativität, Rechtsgestaltung, normativer und faktischer Eingriff in subjektive Rechte; Dulden; Unterlassen; allgemeine Handlungsfreiheit; UVS, Gegenstand der Beschwerde.

Rechtsquellen:

Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG; Art 13 MRK; § 67c Abs 3 AVG.

Diese Arbeit hat zwei Teile. Der erste soll zeigen, daß die Behauptung, Maßnahmen der Befehls- und Zwangsgewalt seien „normativ“ oder „rechtsgestaltend“, in die-

ser Allgemeinheit nicht zutrifft. Was Maßnahmen auszeichnet, ist vielmehr, daß sie in subjektive Rechte eingreifen. Im zweiten Teil werden daraus die Konsequenzen gezogen: Ob ein Akt als Maßnahme qualifiziert werden kann, hängt nicht davon ab, daß ein „Befehl“ oder „Zwang“ im Sinne von physischer Gewalt und ein Tun statt eines Unterlassens vorliegen; seine Eingriffswirkung reicht dazu vollkommen aus.

I. Die „Normativität“ von Maßnahmen

Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt und Bescheide werden von der Lehre unter dem Begriff „Verwaltungsakt“ zusammengefaßt. Ein konstitutives Merkmal des Verwaltungsaktes bildet seine rechtsgestaltende Wirkung. Diese

wurde von *Funk* 1978 so definiert: „Der VA verändert die Rechtssphäre des Betroffenen. Er bewirkt eine Begründung oder Aufhebung von Rechten [...] bzw eine Feststellung von Rechten oder rechtserheblichen Tatsachen [...]“¹⁾

Ein Jahr später schreibt *Funk* dagegen: „[Der Verwaltungsakt] bewirkt eine Begründung oder Aufhebung von Rechten [...], eine Regelung von Leistungspflichten [...], eine Feststellung von Rechten oder rechtserheblichen Tatsachen [...] oder nur einen faktischen Eingriff in Rechte [...]. Alle diese Wirkungen lassen sich unter der Bezeichnung, ‚Rechtsgestaltung‘, verstanden in einem weiten Sinn, zusammenfassen.“²⁾

Zwischen diesen Aussagen besteht ein wesentlicher Unterschied. Er ist dem Problem geschuldet, daß die rechtsgestaltende Wirkung von Bescheiden und befehlenden Maßnahmen zwar offensichtlich, bei nichtbefehlenden Maßnahmen jedoch schwer zu erklären ist: Worin besteht die „Normativität“ eines Schusses auf den flüchtenden Verbrecher?

In der Rechtsprechung des VfGH spiegelte sich diese Schwierigkeit in verschiedenen Umschreibungen der als „faktische Amtshandlung“ anfechtbaren Akte. Der VfGH hat wiederholt ausgesprochen, dem Akt müsse „in irgendeiner Form eine rechtsfeststellende oder rechtserzeugende Wirkung beigegeben werden“ können; es müsse sich um eine Amtshandlung „individuellen normativen Inhalts“ handeln³⁾. Andererseits stellt er oft als anfechtbare Akte die „Anwendung von Gewalt“ und „normative Anordnungen“ gegenüber⁴⁾. Und manchmal erklärt er den „individuell normativen Inhalt“ mit einem „Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen“⁵⁾.

Die Lehre hat versucht, dieser Schwierigkeit Herr zu werden, indem sie auf hinter dem tatsächlichen Geschehen stehende Befehle abstellte. Die jüngste Version dieses Versuchs stammt von *Heinz Mayer*⁶⁾. Er räumt von vornherein ein, daß der gesetzte tatsächliche Akt „als solcher“ nicht normativ ist, deutet ihn aber als Vollzug einer in ihm zum Ausdruck kommenden, durch einen Willensakt des Verwaltungsvorgans formlos erzeugten, realen Norm. Normativ sei nicht die Hausdurchsuchung, sondern der aus dem tatsächlichen Geschehen erschließbare Duldungsbefehl: „Die Wohnung des A ist zu durchsuchen.“ Das tatsächliche Geschehen ist für *Mayer* also nur die Erscheinungsform des entsprechenden normativen Aktes, und dieser ist die faktische Amtshandlung.

Diese platonische Konstruktion steht und fällt allerdings mit der nicht näher erläuterten Behauptung, aus dem nicht ausdrücklich befehlenden Verwaltungshandeln sei die Normierung von Pflichten für den Betroffe-

nen erschließbar. Das ist in manchen Fällen sicherlich möglich: Wer etwa durch Anfassen am Arm von einem Polizisten von einer Versammlung weggeführt wird, kann dem in der Regel durchaus einen Befehl zum Mitkommen entnehmen. Entscheidend ist jedoch, daß nicht alle Maßnahmen auf diese Weise in nonverbal befehlende umgedeutet werden können. Betrachten wir einige Fälle von Zwangsmaßnahmen.

Zwang kann zunächst dazu dienen, jemanden zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. In der Regel wird er dann ausgeübt, wenn ein entsprechender Befehl nicht befolgt wurde. Dieser Zwang läßt sich aber nicht als Ausdruck eines Befehls verstehen, weil der Befehl ja bereits gegeben wurde, der Zwang also dem Adressaten keine neue Pflicht mehr auferlegt. Normativ wirkt der Ruf „Stehenbleiben, oder ich schieße!“, nicht aber der Schuß.

Zwang wird mitunter auch angewendet, ohne daß ihm ein Befehl vorausgeht, sei es zu Recht oder zu Unrecht. In so einer Situation ist seine Deutung als Ausdruck eines Befehls zwar nicht von vornherein, aber doch unter bestimmten Umständen ausgeschlossen. Daß der warnungslose Schuß, der den Flüchtenden nicht nur streift, sondern bewegungsunfähig niedersireckt, den Befehl „Bleib stehen!“ kundmacht, obwohl dieser damit seine Geltung schon wieder verloren hat, weil seine Befolgung wegen dieser groben Art der „Kundmachung“ gar nicht mehr möglich und notwendig ist, wäre eine etwas merkwürdige Konstruktion. Besonders deutlich wird ihre Absurdität in jenen Fällen, in denen auf die Erteilung eines Befehles verzichtet wird, weil der potentielle Adressat abwesend ist, also zB beim Abschleppen eines Autos.

In all diesen Fällen erzeugt das behördliche Handeln keine Befehle zu einem Tun oder Unterlassen, sondern ersetzt ihre Erteilung und/oder ihre Befolgung⁷⁾. Und selbst dort, wo man ihm einen Befehl entnehmen könnte, erschöpft es sich nicht in dieser Kundmachungsfunktion: Wenn jemand zur Polizeistation geprügelt wird, kann der darin allenfalls ausgedrückte Befehl zum Mitkommen durchaus rechtmäßig sein. Für die Prügel selbst muß das deshalb aber noch lange nicht gelten. Zwangsmaßnahmen mögen daher in manchen Fällen auch als Ausdruck normativer Akte deutbar sein; sind dann jedenfalls aber mehr als das: nämlich eben auch unabhängig vom jeweiligen Befehl anfechtbare faktische Maßnahmen⁸⁾.

Alles das begründet allerdings noch keinen Einwand gegen *Mayers* Konstruktion, denn diese stellt nicht auf Befehle zu einem (als Ziel der Maßnahme angestrebten) Tun oder Unterlassen, sondern zu einem *Dulden* ab. Damit könnte gemeint sein, daß der Adressat die Maßnahme nicht behindern darf und/oder daß er sie als rechtmäßig hinzunehmen hat. Da es *Mayer* um Akte wie Hausdurchsuchungen in Abwesenheit des Besitzers, das Öffnen von Briefen und die Weitergabe von Daten geht, wird letzteres zutreffen. Die erste Variante würde Maßnahmen ohnehin nicht normativ machen: Die Nichtbehinderungspflicht wird durch das tatsächliche Handeln oder den ihm zugrundeliegenden Willensakt des Verwal-

1) *Bernd-Christian Funk*, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem (1978) 46.

2) *Bernd-Christian Funk*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt, in: Antonioli-FS (1979) 157 (162; Hervorhebung von mir); ganz ähnlich: *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 262; *Antonioli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) 464.

3) ZB VfSlg 7034/1973, 7346/1974.

4) ZB VfSlg 11.935/1988 mwN.

5) ZB VfSlg 6899/1972 mwN.

6) *Heinz Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in: Walter-FS (1991) 463 (468ff).

7) Es ist ein „Befehls- und Zwangsvollstreckungersatzakt“: *Bernd-Christian Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 208.

8) Vgl zB VfSlg 12.361/1990 mwN.

tungsorgans nicht erzeugt. Sie existiert bereits vorher⁹⁾ und wird durch das behördliche Handeln, das ja anderen Zielen dient, nur aktualisiert. Im übrigen gilt sie nur für den, der es wahrnimmt und darauf reagieren kann, nicht also für den abwesenden Autofahrer oder den niedergeschossenen Verbrecher, andererseits aber für alle handlungsfähigen Anwesenden, auch wenn sich die Maßnahme nicht gegen sie richtet. Insofern gleicht das Verwaltungshandeln einem Unfall, der Hilfeleistungspflichten auslöst. Diesen nennt auch niemand „normativ“ oder „rechtsgestaltend“.

Mayer meint mit „Dulden“ jedoch offenbar die Pflicht, das tatsächliche Geschehen als rechtmäßig hinzunehmen. Diese Konstruktion wäre nicht nur für seine Beispiele, sondern auch für die oben angeführten Fälle verwertbar. Doch auch sie funktioniert nicht. Entweder gibt es nämlich eine solche Pflicht aufgrund der Gesetzes oder eben nicht. Der Zwangs- oder der ihm zugrundeliegende Willensakt ändert an dieser Situation nichts: Der Besitzer der durchsuchten Wohnung hat nachher vielleicht einige Gegenstände weniger und der niedergeschossene Verbrecher eine Kugel mehr im Bauch; beide haben aber keine zusätzlichen Pflichten erhalten. Mayer wechselt hier die *Inanspruchnahme* einer bestehenden (tatsächlichen oder vermeintlichen) Duldungspflicht mit ihrer *Schaffung*. Die Maßnahme erzeugt die Pflicht zu ihrer Duldung genausowenig wie das Betreten des Waldes durch einen Spaziergänger die Duldungspflicht des Eigentümers nach § 33 ForstG; die Hausdurchsuchung ist sowenig „normativ“ wie der Waldspaziergang.

Mayers Bemühungen, nichtbefehlende Maßnahmen ganz generell in normative Akte umzudeuten, führen also nicht zum Ziel¹⁰⁾. Sie sind aus Rechtsschutzgründen auch überflüssig, weil es eine ganze Reihe von Rechten gibt, die nicht (oder nicht nur) gegen Verpflichtungen, sondern (auch) gegen Zwang schützen. Dazu gehören zB jene auf Leben, persönliche Freiheit, Eigentum, Privatleben, Schutz der Wohnung und auf Unterlassung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Ganz zu Recht sagt Schäffer: „Manche Grundrechte sind begrifflich so gefaßt, daß sie auch faktische Eingriffe

ausschließen wollen, und es wäre begriffsjuristische Konstruktion, solchen Eingriffen erst einen normativen Sinn — etwa eine allgemeine vorläufige Duldungspflicht — zu unterlegen, um sie zum Anfechtungsobjekt zu qualifizieren“¹¹⁾.

Trotzdem sind die geschilderten Überlegungen Mayers alles andere als wertlos. Zunächst ist ihm darin zuzustimmen, daß Maßnahmen auf einem realen Willensakt des handelnden Organs beruhen müssen. Wenn der Schuß auf den fliehenden Verbrecher nur versehentlich losgeht, oder — so Mayers Beispiel — eine Datenweitergabe nur auf einem Maschinenschaden beruht, liegt keine Maßnahme vor. Mayers Forderung nach einem „realen Willensakt“ ist eine etwas umständliche Beschreibung der Tatsache, daß Maßnahmen vorsätzlich gesetzt werden müssen¹²⁾. Der Vorsatz schafft aber keine Pflichten für Dritte.

Richtig ist auch, daß die Maßnahme „Vollzug einer Norm“ sein muß. Nur ist diese Norm nicht der Vorsatz, sondern eine Ermächtigung. Dieses Kriterium hat eine subjektive und eine objektive Seite. Wenn ein Polizist nur unter dem Vorwand einer Amtshandlung mit privaten Widersachern abrechnet, entfällt der Maßnahmencharakter. Zum Vollzugsvorsatz muß kommen, daß das tatsächliche Geschehen auch objektiv den Anschein der Vollziehung erweckt. Worum es hier geht, ist die Zurechnung von Maßnahmen zur staatlichen Hoheitsgewalt. Maßnahmen müssen also im Rahmen des Fehlerkalküls zumindest in loser Form auf Normen beruhen. Sie müssen aber keine Normen schaffen.

Schließlich liefert die Rede von der Duldungspflicht den Hinweis auf das entscheidende Kriterium für Maßnahmen. Die Bestimmung des Verwaltungscharakters von nichtbefehlenden Handlungen durch den Begriff der Duldung geht auf Walter Jellinek zurück¹³⁾ und wurde in Österreich vor allem von Funk weiterentwickelt¹⁴⁾. Nach dieser Lehre „impliziert“ die behördliche Handlung die (Anordnung oder Feststellung einer) Duldungspflicht. Mayer geht einen Schritt weiter: Bei ihm erzeugt der der Maßnahme zugrundeliegende Willensakt die Duldungspflicht. Wir haben gesehen, daß diese Behauptung nicht stimmt. Unser Ausgangspunkt bleibt damit die „implizierte“, das heißt, vorausgesetzte Duldungspflicht.

Daß bei nichtbefehlenden Maßnahmen eine Duldungspflicht vorausgesetzt wird, ist so zu verstehen, daß solche Maßnahmen mit einem Anspruch auf Duldung gesetzt werden. Dieser Anspruch verweist auf eine Ermächtigung und — als dessen Kehrseite — auf die Eingriffswirkung der Maßnahme. „Dulden“ kann man nämlich nur (faktische) *Eingriffe in Rechte*. Wer zu einem Dulden verpflichtet wird, muß ausnahmsweise einen faktischen

9) Vgl § 269 StGB (Widerstand gegen die Staatsgewalt) und § 82 Abs 1 SPG (Behinderung einer Amtshandlung durch aggressives Verhalten).

10) Deshalb trifft auch nicht zu, was Mayer (FN 6, 472) zur Behandlung von Maßnahmen im Rahmen von Beschwerdeverfahren sagt: Nach seiner Ansicht erfolgt Rechtmäßigkeitskontrolle durch Normenvergleich; daher müßten bei nichtbefehlenden Maßnahmen zunächst indikative Sätze (die Beschreibung der Amtshandlung) in präskriptive Sätze (eine entsprechende Norm) übersetzt werden. Diese Vorstellung mag man zwar für unnötig kompliziert halten; als Modell für die Abfolge gedanklicher Hilfsschritte kann man sie aber akzeptieren. In dieser Allgemeinheit falsch ist hingegen, daß die hinter dem tatsächlichen Geschehen stehende Norm der eigentliche Kontrollgegenstand und gegebenenfalls *aufzuheben* sei, weil eine solche Norm in vielen Fällen weder erlassen, noch auch aus dem tatsächlichen Geschehen erschließbar, also nur fiktiv ist. Das Urteil über die fiktive Norm muß in diesem Modell daher wieder in eines über den zugrundeliegenden tatsächlichen Vorgang „rückübersetzt“ werden. „Folgerichtig“ ist also — anders als Mayer und Rudolf Thienel, Das Verfahren vor den Verwaltungsinstanzen² (1992) 166 f meinen —, in diesen Fällen das, was § 67c Abs 3 AVG vorsieht: daß die Rechtswidrigkeit des tatsächlichen Geschehens *festgestellt* wird.

11) Heinz Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 157; vgl auch Benjamin Davy, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht (1990) 214.

12) Vgl VwSlg 13.015 A/1989.

13) Jellinek, Verwaltungsrecht (1928) 250f.

14) Funk (FN 7) 206, 208ff; Bernd-Christian Funk, Die Anfechtung verfahrensfreier Verwaltungsakte bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, in: Heinz Mayer ua (Hrsg), Neuregelungen im Verfassungsrecht (1976) 49 (60f); Funk (FN 1) 48, 60ff; vgl auch Peter Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 87f; Antonioli/Koja (FN 2) 465, 489.

Nachteil hinnehmen, auf dessen Abwehr er einen Anspruch hätte, wenn es die Duldungspflicht nicht gäbe. Dies ist gemeint, wenn man zB davon spricht, daß der Eigentümer das Betreten seines Waldes durch Erholungssuchende oder der Nachbar Immissionen aus behördlich genehmigten Anlagen über das Maß des § 364 Abs 2 ABGB hinaus zu „dulden“ hat¹⁵⁾.

„Dulden“ bedeutet also: Hinnahme eines faktischen Eingriffs in Rechte. Wer daher sinnvoll von der Duldung von Maßnahmen sprechen will, muß auf die Tatsache hinaus, daß Maßnahmen in subjektive Rechte eingreifen. Deshalb lesen wir bei *Funk*, „daß die zur Beschreibung derartiger Akte herangezogene Figur des implizierten Duldungsbefehls eine gedankliche Hilfskonstruktion darstellt, um etwas zu erfassen, was das eigentliche Wesen solcher Akte ausmacht: Die — nähere oder entferntere — Einschränkung der körperlichen Integrität, der physischen Bewegungsfreiheit oder der faktischen Verfügungsgewalt des Einzelnen über Sachen durch einen hoheitlichen Akt der Verwaltung, der weder als Verfügung noch als Sanktion deutbar ist“¹⁶⁾.

Diese Überlegung ist es offenbar, die zu den eingangs zitierten unterschiedlichen Umschreibungen der rechtsgestaltenden Wirkung von Verwaltungsakten geführt hat.

Die neue Umschreibung ermöglicht nun die Einbeziehung von faktisch wirkenden Maßnahmen in den Verwaltungsaktbegriff und ist daher zwar besser als die alte. Sie leidet aber unter einer nachlässigen und dem üblichen Gebrauch widersprechenden Verwendung des Ausdrucks „Rechtsgestaltung“, was durch die Beifügung von Anführungszeichen oder der Worte „im weiten Sinn“ nur noch deutlicher wird: Nach dieser Definition sind auch der Schlag auf den Kopf und das Mistabladen auf Nachbargrund „rechtsgestaltende“ Handlungen („iwS“). Das ist nicht nur eine Mißhandlung der Sprache, sondern verhindert auch wesentliche Einsichten. Denn nur wenn man „gestaltend“ und „eingreifend“ auseinanderhält, läßt sich das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander bestimmen.

Wie sich schnell zeigt, liegen sie nicht auf derselben Ebene. Das Gegenstück zu „gestaltend“ oder „normativ“ ist „faktisch (wirkend)“; zu „eingreifend“ „nicht eingreifend“. Akte können daher qualifiziert werden als

- normativ, aber nicht eingreifend (zB die wünschenswerte Erteilung einer Erlaubnis),

- normativ und eingreifend (zB die Auferlegung einer Pflicht),
- faktisch, aber nicht eingreifend (zB das Stirnrunzeln des Beamten),
- faktisch und eingreifend (zB der Schlag auf den Kopf).

Betrachtet man diese Tabelle, wird deutlich, daß „Befehl und Zwang“ nicht den normativen, sondern den eingreifenden Akten entsprechen: Ob Maßnahmen normativ oder faktisch wirken, spielt also keine Rolle; worauf es ankommt, ist ihre Eingriffswirkung. Diese ist nicht nur, wie bereits gezeigt, für faktische, sondern auch für normative Maßnahmen entscheidend:

Die Grenze zwischen eingreifender und nicht eingreifender Wirkung wird bei normativen Akten durch das Kriterium „belastend/begünstigend“ bestimmt. Wirkt ein normativer Akt nicht ausschließlich begünstigend, liegt in ihm automatisch ein Eingriff in subjektive Rechte: wenn nicht in gesetzlich eingeräumte, dann wenigstens in die allgemeine Handlungsfreiheit. Bei nichtnormativen Akten ist dies anders: Gegen die Zufügung faktischer Nachteile schützt die allgemeine Handlungsfreiheit nicht; sie ist nur dann ein Eingriff, wenn der Betroffene ein besonderes Recht auf seine Abwehr hat¹⁷⁾. Sieht man also von begünstigenden Akten ab, läßt sich sagen: Normative Akte bewirken immer Eingriffe, bei faktischen muß dies erst geprüft werden. Genau dieser Prüfung dient die Lehre von der implizierten Duldungspflicht.

Fassen wir zusammen: Es gibt faktische und normative Maßnahmen. *Mayers* Versuch, faktische Maßnahmen in normative umzudeuten, hat nicht zum Erfolg geführt. Ein solcher Versuch ist überflüssig, weil die Rechtsordnung auch gegen faktische Beeinträchtigungen Rechtsschutz gewährt, und abzulehnen, weil er die spezifische Rolle der allgemeinen Handlungsfreiheit für den Schutz gegen normative Beeinträchtigungen ignoriert. Aus demselben Grund sollten faktische und normative Wirkungen auch im Rahmen der Lehre vom Verwaltungsakt nicht in einem schwammigen Begriff der „Rechtsgestaltung iwS“ vermischt, sondern auseinandergehalten werden. Für die Qualifikation von behördlichen Akten als Maßnahme ist aber nicht entscheidend, *wie*, sondern *daß* sie einen Eingriff in subjektive Rechte des Adressaten bewirken.

II. Konsequenzen für den Maßnahmenbegriff

Die geschilderten Überlegungen der Lehre zur „rechtsgestaltenden Wirkung“ von nichtbefehlenden Maßnahmen verdanken sich nicht zuletzt dem Bemühen, Rechtsschutzlücken zu schließen, die sich aus einer uneinheitlichen und oftmals engen Auslegung des Maßnahmenbegriffs durch die Höchstgerichte ergaben.

Der erste Problembereich betrifft Verwaltungshandlungen, die weder in Befehlen noch in physischer Gewalt bestehen. So hat der VfGH zwar das Ausscheiden von Teilen einer von einem Untersuchungshäftling abonnierten Zeitung durch die Justizwache¹⁸⁾, die Streichung aus

15) Den notwendigen Zusammenhang zwischen Duldung, Eingriff und Abwehrrecht übersieht *Mayer* (FN 6, 475), wenn er meint, beim „schlichten“ Fotografieren durch die Polizei könne „wohl kein Zweifel daran bestehen, daß hier ein Solen vorliegt, das der Betroffene dulden muß, fotografiert zu werden“ — nur sei nicht sicher, ob dies auch einen Abwehranspruch auslöst. Denn entweder gibt es eine Duldungspflicht des Fotografierens, dann liegt darin eine Beschränkung des Rechts auf Abwehr von faktischen Eingriffen in die Privatsphäre; oder aber es gibt kein solches Recht, das erst durch entsprechende Eingriffsermächtigungen überwunden werden muß, dann aber ist die Rede vom Dulden des Fotografierens genauso sinnlos wie jene vom „Dulden“ des Stirnrunzellens eines Beamten.

16) *Funk* (FN 7) 213; entgegen dem Anschein, den die letzten Worte erwecken, macht der über den Duldungsanspruch bestimmte Eingriffscharakter nach *Funks* Ansicht (aaO, 206) auch das „Wesen“ des sanktionierenden Zwanges aus.

17) Dazu ausführlich *Franz Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBI 1993 (in Druck).

18) VfSlg 4948/1965.

dem Wählerverzeichnis¹⁹⁾, die Verwertung beschlagnahmter Sachen ohne Verfallsanordnung²⁰⁾ oder die Durchführung militärischer Übungen auf einem Privatgrundstück ohne Zustimmung des Eigentümers²¹⁾ als Maßnahmen qualifiziert, andererseits aber diese Eigenschaft Akten wie „schlichtem“ Fotografieren von Personen durch die Polizei²²⁾, dem Befahren einer Privatstraße durch die Gendarmerie²³⁾, der Weitergabe von Personaldateien an andere Behörden²⁴⁾ oder der Verweigerung von Akteneinsicht außerhalb eines Verwaltungsverfahrens²⁵⁾ abgesprochen²⁶⁾. Die zurückweisenden Entscheidungen wurden regelmäßig damit begründet, es liege weder ein Befehl noch Zwang im Sinne von physischer Gewalt vor.

Die zweite Rechtsschutzlücke entstand dadurch, daß die Höchstgerichte behördliche Untätigkeit nur in Ausnahmefällen als Maßnahme anerkannten — zB bei der Einbehaltung von Fahrzeugpapieren nach der Kontrolle²⁷⁾ —, im Regelfall einschlägige Beschwerden aber mit der Begründung zurückwiesen, die Behörde habe von ihrer Befehls- und Zwangsgewalt keinen Gebrauch gemacht — so zB bei der Verweigerung der Ausstellung einer Bestätigung über die Freiheit von Geschlechtskrankheiten gegenüber einer Prostituierten²⁸⁾.

Funks Abstellen auf die Duldungspflicht soll nun ermöglichen, den engen höchstgerichtlichen durch einen abstrakten Zwangsbegriff zu ersetzen, der auch gewaltlose Akte und „qualifiziertes“ Unterlassen, somit „alle nur denkbaren Erscheinungsformen des einseitigen Eingriffes in Rechte“ umfaßt²⁹⁾. Mayers Vorschlag würde dazu führen, daß es überhaupt nur mehr befehlende Maßnahmen gibt, denn auch Unterlassungen wären wohl bei Vorliegen entsprechender Umstände als Ausdruck eines normerzeugenden realen Willensaktes deutbar; mit dem Zwangsbegriff müßte man sich dann nicht mehr herum-schlagen.

Um die genannten Rechtsschutzlücken zu schließen und einem „umfassenden Begriff des Verwaltungsaktes, bestehend aus dem Bescheid und dem verfahrensfreien Verwaltungsakt, zum Durchbruch [zu] verhelfen“³⁰⁾, bedarf es aber weder einer Abstraktion des Zwangsbegriffs noch der Umdeutung faktischer in normative Maßnahmen, denn Mayer selbst stößt uns eine andere Tür auf: Er weist nach, daß „Befehl und Zwang“ keine isoliert zu betrachtenden Einzelbegriffe darstellen, sondern immer schon als Gesamtbegriff mit der Bedeutung „hoheitlich“ verstanden wurden³¹⁾.

Wendet man diese Erkenntnis auf den Wortlaut des Art 129a Abs 1 Z 2 an, geht es dort um die „Ausübung von Hoheitsgewalt“. Damit ist der weitere Weg vorgezeichnet: Die Hoheitsgewalt erschöpft sich nicht, wie Mayer meint, in normativen Akten, sondern umfaßt auch, wie gezeigt, faktisches Handeln mit Duldungsanspruch und Unterlassungen. Was alle diese Formen verbindet, ist ihre Eingriffswirkung. *Maßnahme ist damit jeder nicht bescheidförmige und unmittlere Hoheitsakt der Verwaltung, der individuell und vorsätzlich in subjektive Rechte einer Person eingreift*³²⁾.

Für die Anfechtung von Maßnahmen bedeutet dies, daß im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung theoretisch zuerst zu entscheiden wäre, ob der angefochtene Akt in ein Recht irgendeiner Person eingegriffen hat (nur dann ist er eine Maßnahme), und erst dann festzustellen ist, ob der konkrete Beschwerdeführer in einem seiner Rechte betroffen ist³³⁾; für praktische Zwecke reicht natürlich letzteres. Die materielle Prüfung der Beschwerde dient dann der Beantwortung der Frage, ob der Eingriff mangels gesetzlicher Ermächtigung eine Verletzung dieses Rechts bewirkt hat.

Entgegen der genannten Rechtsprechung wäre daher die Zurückweisung einer Beschwerde gegen „schlichtes“ Fotografieren ohne die Feststellung, darin liege kein Eingriff in das Recht auf Privatleben, unzulässig³⁴⁾. Über die erwähnte Beschwerde der Prostituierten hätte der VfGH meritorisch entscheiden müssen, weil auch Unterlassen eine Maßnahme ist, wenn es vorsätzlich in ein Recht auf ein bestimmtes Tätigwerden der Verwaltung eingreift, was hier der Fall war.

Die vorgeschlagene Lösung erlaubt also, ohne interpretative Verrenkungen die geschilderten Inkonssequen-

19) VfSlg 8867/1980.

20) VfSlg 1542/1947.

21) VfSlg 10.409/1985.

22) VfSlg 11.935/1988.

23) VfSlg 8800/1980.

24) VfSlg 10.318/1985.

25) VfSlg 8966/1980.

26) Weitere Beispiele bei *Bernd-Christian Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 (627 f); *Mayer* (FN 6) 463 f. Der Gesetzgeber des SPG hat dies zum Anlaß genommen, eine subsidiäre Beschwerdebefugnis wegen Verletzung von Rechten durch sicherheitspolizeiliche Akte, die weder Bescheide noch Maßnahmen sind, ausdrücklich zu normieren (§ 88 Abs 2).

27) VfSlg 6101/1969; anders aber VwSlg 12.645 A/1988.

28) VfSlg 11.460/1987. Weitere Beispiele bei *Bernd-Christian Funk*, Die „Anwendung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: *Hellbling-FS* (1981) 175 (193, 195); *Alfred Grof*, Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durch Untätigkeit der Behörde? JBl 1984, 348 (351 ff, 355); *Peter Oberndorfer*, Handlungsformen der Verwaltung und Rechtsschutz aus österreichischer Sicht, in: *Georg Ress* (Red), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrenrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1989) 39 (53).

29) *Funk* (FN 26) 627.

30) *Funk* (FN 26) 627.

31) *Mayer* (FN 6) 466ff.

32) Die von der Lehre darüber hinaus angegebenen Merkmale der Einseitigkeit und Wirkung im Außenverhältnis (vgl zB *Funk* [FN 1] 40f, 44ff) sind im „Eingriff in subjektive Rechte“ mitenthalten.

33) Zu dieser Konsequenz aus der Definition des Verwaltungsaktes über den Begriff des subjektiven Rechts *Georg Ress*, Verwaltungsakt, Verordnung und subjektives Recht, in: *Winkler-FS* (1989) 71 (77).

34) Im Ergebnis anscheinend ebenso *Mayer* (FN 6) 475 f. Allerdings ist es nach der hier vertretenen Auffassung nicht möglich, daß, wie *Mayer* offenbar meint, eine Handlung zwar eine Maßnahme ist, aber wegen mangelnder Intensität keinen Abwehranspruch auslöst: Wenn das Fotografieren keinen Abwehranspruch auslöst, kann das nur die Folge davon sein, daß es nicht in das Recht auf Privatleben eingreift, weil dieses eben nicht gegen Fotografieren schützt; damit entfällt aber der Maßnahmencharakter; vgl dazu oben FN 15.

zen der Rechtsprechung zu vermeiden und die beklagten Rechtsschutzlücken zu schließen. Sie macht Konstruktionen, „durch die formlose Eingriffe in formgerechte Eingriffe transformiert werden“³⁵⁾, überflüssig und beseitigt die Schwierigkeiten mit Art 13 MRK, der eine wirksame

Beschwerde gegen Grundrechtsbeeinträchtigungen unabhängig von deren Form verlangt³⁶⁾. Akzeptiert man sie, ist damit auch der erste Schritt zur Aufwertung der Unabhängigen Verwaltungsenate zu einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Landesebene getan.

35) *Benjamin Davy/Ulrike Davy*, Gezähmte Polizeigewalt? (1991) 232 FN 236.

36) Dazu *Bernd-Christian Funk*, Gewaltlose Zwangsakte und Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK), EuGRZ 1989, 518; *Oberndorfer* (FN 28) 45 f.

Fachliteratur

Sicherheitspolizeigesetz (SPG). Manz'sche Taschenausgabe. Herausgegeben von *Helmut Fuchs*, *Bernd-Christian Funk* und *Wolf Szymanski*. Verlag Manz, Wien 1991. XV und 197 Seiten. Broschiert öS 180,—.

Sicherheitspolizeigesetz (SPG). Herausgegeben von *Alfred J. Noll*. Springer-Verlag, Wien — New York 1991. 163 Seiten. Broschiert öS 248,—, DM 35,—.

Mini-Kodex Sicherheitspolizeigesetz. Herausgegeben von *Werner Doralt*, bearbeitet von *Martin Michalitsch*. Verlag Orac, Wien 1991 (Stand: 1. 11. 1991). 112 Seiten. Broschiert öS 120,—.

Das Sicherheitspolizeigesetz. Neue Gesetze, Band 1. Herausgegeben von *Peter G. Mayr*, bearbeitet von *Christine Schiffbänker*. WUV Universitätsverlag, Wien 1991. 189 Seiten. Broschiert öS 228,—.

Österreichisches Sicherheitspolizeigesetz. Juridica Kurzkommentar. Herausgegeben von *Werner Trawnicek* und *Michael Lepuschitz*. Juridica-Verlag, Wien 1991. 256 Seiten. Broschiert öS 690,—.

Sicherheitspolizeigesetz. Handausgabe. Herausgegeben von *Th. Gössweiner-Saiko*. Prugg-Verlag, Eisenstadt 1991. 132 Seiten. Broschiert öS 120,—.

Kodex Innere Verwaltung — Polizeirecht. Herausgegeben von *Werner Doralt*, bearbeitet von *Martin Michalitsch* und *Gerlinde Weilingner*. Verlag Orac, Wien 1992 (Stand: 1. 2. 1992). Broschiert öS 450,— (im Abonnement öS 350,—).

Die Auswirkungen des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG) auf die Vollziehungspraxis können seit 1. Mai 1993 beobachtet werden. Die Auswirkungen auf den Fachbuchmarkt, die schon lange vor dem Inkrafttreten des SPG beobachtet werden konnten, sind jedenfalls beeindruckend: Sieben Textausgaben eines frisch verlautbarten Bundesgesetzes — das dürfte (selbst im Vergleich zum Straf- oder Mietrecht) ein neuer Rekord sein. Die große Auswahl bietet Spielraum, sich nach persönlichen Vorlieben zu entscheiden: Herausgeber, Inhalt, Format, Aufmachung, Haltbarkeit und Preis sind nur die wichtigsten Kategorien, nach denen sich die Ausgaben unterscheiden. Sie enthalten alle den Gesetzestext, zumeist ergänzt durch die Erläuterungen der Regierungsvorlage, und den Ausschlußbericht.

Drei Ausgaben sind besonders hervorzuheben:

Die Ausgabe von *Fuchs/Funk/Szymanski* enthält neben dem Gesetzes- und Erläuterungstext auch Anmerkungen der Herausgeber. Da die amtlichen Materialien zum SPG viele Verständnis- und Zweifelsfragen offenlassen, bieten diese Anmerkungen eine wichtige einführende Orientierung zum neuen Sicherheitspolizeirecht. Bedeutsame systematische Zusammenhänge werden durch Querverweise bewußt gemacht und wiederkehrend in Erinnerung gerufen (zB das Verhältnismäßigkeitsprinzip). An manchen Stellen zeichnen sich bereits Themen für künftige Meinungsstreitigkeiten ab. Dazu ein Beispiel: Die Aussage, daß auf „Leistungen“ der Sicherheitsbehörden und ihrer Organe „kein subjektiver Anspruch“ besteht (S 160 f), überzeugt in dieser allgemeinen Form nicht. Bei der Anwendung des § 88 Abs 2 SPG durch die UVS („besonderer Rechtsschutz“ gegen „die Besorgung der Sicherheitsverwaltung“) wird die Frage der sicherheitspolizeilichen Leistungspflichten bei Beschwerden gegen die unterlassene Pflichterfüllung gewiß eine große Rolle spielen. Das SPG räumt einzelnen Menschen — insofern ist *Fuchs/Funk/Szymanski* zuzustimmen — keinen *allgemeinen* Leistungsanspruch ein (analog zum Recht auf Gesetzmäßigkeit sicherheitspolizeilicher Maßnahmen — § 87 SPG). Wenn aber ein solcher Leistungsanspruch durch die Grundrechte oder besondere einfachgesetzliche Tatbestände eingeräumt wird, bildet seine Nichterfüllung durch die Sicherheitsbehörden und ihre Organe eine Rechtsverletzung durch „die Besorgung der Sicherheitsverwaltung“. Dagegen kann vom Berechtigten eine Beschwerde gemäß § 88 Abs 2 SPG erhoben werden (so offenbar auch *Fuchs/Funk/Szymanski* 160, Anm III, zur „Vorenthaltung von Rechten des Betroffenen bei der Ausübung von Befugnissen“).

Die Ausgabe von *Noll* beginnt mit einer „Einleitung des Herausgebers“ (S 1 bis 22). Die kritischen Bemerkungen über den „perfekten Sicherheitsstaat“, der „das Schwinden sozialer Solidarnormen durch die rechtliche Definition von Normalitätsstandards substituiert“ (S 5 f), tragen zwar wenig zur Gesetzesauslegung bei, sie fordern dafür umso mehr dazu heraus, sich mit den politischen und sozialen Bezügen des SPG zu befassen. Das ist wichtig. Es wäre zu wünschen, daß sich in Österreich eine Polizeirechtslehre entwickelt, die nicht nur den begrifflichen Verwirrspielen und Auslegungstreitigkeiten gewidmet ist, zu denen das SPG — leider —