

Prof. Dr. Franz MERLI
Technische Universität Dresden

Rechtsschutz neu: Die Verwaltungsgerichte

Ausschuss 9 des Österreich-Konvents hat in seinem Bericht vom 26.3.2004¹ vorgeschlagen, eine dem VwGH vorgeschaltete Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz in Bund und Ländern einzurichten, in die die bisherigen UVS vollständig integriert werden sollen. Diese „Umwandlung“ der UVS in echte und wirklich unabhängige Verwaltungsgerichte mit grundsätzlich umfassender Zuständigkeit entspricht langjährigen Forderungen von Experten² ebenso wie verschiedenen in der Vergangenheit

1 Zugänglich unter www.konvent.gv.at.

2 Zur Diskussion: *Aichreiter*, Anforderungen an eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit aus anwaltlicher Sicht, ZUV 1997/4, 16; *Berchtold*, Der Stand der Überlegungen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Einbindung des Abgabenrechts?, JRP 1998, 17; *ders.*, Landesverwaltungsgerichte als Forderung der Zukunft, ZUV 1994/5, 7; *Binder*, Die Unabhängigen Verwaltungssenaten im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, ZUV 1999/2, 14; *Grabenwarter*, Auf dem Weg zur Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, JRP 1998, 269; *ders.*, Landesverwaltungsgerichte oder unabhängige Verwaltungssenaten als Instrumente der Kontrolle der Landesverwaltungen, in: *Bußjäger* (Hrsg), Vollzug von Bundesrecht durch die Länder (2002) 79; *Grof*, Erstinstantzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit – ein neuer Versuch?! ÖJZ 2001, 201; *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999); *Hörtenhuber*, Landesverwaltungsgerichtsbarkeit aus der Sicht der Länder – Diskussionsstand und Probleme, ZUV 1998/1, 13; *Jablonek*, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ÖJZ 1994, 329 (333 ff.); *ders.*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Licht des Europarechts, RZ 1997, 258; *ders.*, Die Unabhängigen Verwaltungssenaten auf dem Weg zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZUV 1999/3, 11; *ders.*, Notwendigkeit und mögliche Gestaltung einer Landesgerichtsbarkeit, in: *Thiener* (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 5; *ders.*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161; *ders.*, Perspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Holoubek/Lang* (FN 2) 377; *ders.*, Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBI 2001, 137; *Kobzina*, Verwaltungsgerichte und Verwaltungssenaten, ÖJZ 1990, 65 (mN der älteren Literatur in FN 34); *ders.*, Die richterliche Verwaltungskontrolle und die ausstehende Integration von Rechtsschutz und Föderalismus, JBI 1993, 205, und in: *Pernthaler* (FN 2) 161; *Köhler*, Überlegungen zum Ausbau der unabhängigen Verwaltungssenaten zu Landesverwaltungsgerichtshöfen, in: *Pernthaler* (FN 2) 183; *Korinek*, Für eine umfassende Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: *FS Kojas* (1998), 289; *ders.*, Überlegungen zu einer Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: *Holoubek/Lang* (FN 2) 413 (419 ff); *Martschin*, Der Einbau von Landesverwaltungsgerichten in das System des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzes, ZfV 1999, 2; *Matscher*, Anforderungen der EMRK an eine Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ZUV 1998/2, 10; *Olechowski*, Zwischen Kassation und Reformation, ÖJZ 1999, 581; *Pernthaler* (Hrsg), Unabhängige Verwaltungssenaten und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1993); *Pernthaler/Kathrein*, Die Einführung von Landesverwaltungsgerichten – eine Alternative zu den „unabhängi-

vorgelegten Gesetzesvorschlägen³ und der internationalen Entwicklung⁴. Sie würde den VwGH entlasten, die Einhaltung der Anforderungen der EMRK und des Gemeinschaftsrechts erleichtern und langfristig zu einer maßgeblichen Verbesserung der rechtsstaatlichen Kultur in Österreich insgesamt führen. Daher kann der Vorschlag nur begrüßt werden. Drei Punkte seiner konkreten Ausgestaltung bedürfen jedoch mE einer näheren Betrachtung.

gen Verwaltungssenaten in den Ländern“, JBI 1989, 609; *Pesendorfer*, Landesverwaltungsgerichte: Verwaltungsmacht statt -kontrolle – Kassatorik oder Reformatik, wirklich nur ein Scheingefecht?, ZUV 1999/3, 19; *ders.*, Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Föderalismus, ÖJZ 2001, 521; *ders.*, Bundesstaat, Demokratie und Rechtsstaat im Widerstreit: Die Entscheidungsbefugnis von Landesverwaltungsgerichten bzw der UVS als Berufungsbehörden gem § 67 h AVG (idF des Verwaltungsreformgesetzes 2001), in: *FS Adamovich* (2002) 655; *Pichler*, Einführung einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit (1994); *ders.*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Bundesstaatsreform*, AnWB 1994, 479 (485 f); *Rill*, Rechtspolitische Überlegungen zu einer Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, ZUV 1997/3, 16; *Schreiner*, Die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit in der aktuellen verfassungspolitischen Diskussion, in: *FS Kojas* (1998) 427; *Steiner*, Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz, AnWB 1992, 456; *Walter*, Kassatorische oder reformatische Entscheidung?, in: *Lehne/Loebenstein/Schimetschek* (Hrsg), Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1976) 391.

3 RV 1706 BlgNR 18. GP, wiedereingebracht als RV 14 BlgNR 19. GP und RV 14 BlgNr 20. GP; IA 306/A 19. GP; IA 169/A 21. GP; unveröffentlichte Entwürfe des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst; Entwurf der Landeshauptmännerkonferenz, JRP 1998, 283, mit Erläuterungen durch *Grabenwarter* (FN 2); weitere Textvorschläge von *Grof* (FN 2) 204 ff; *Jablonek/Pesendorfer*, ZUV 1999/3 21; *Pernthaler/Kathrein* (FN 2) 610; *Pichler*, Einführung (FN 2) 80 ff, 95 ff.

4 So wurde in den meisten mittel- und osteuropäischen Ländern nach dem Umbruch 1989/90 eine Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt; in Polen und der Tschechischen Republik wurde sie vor kurzem zweistufig ausgebaut. Vgl *Hauser*, Gegenwart und Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen, WiRO 2000, 124; *Wyrzykowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen, in: *ders.* (Hrsg), Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts (2004) 55; *Hendrych*, Anmerkungen über die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik, in: *Pitschas* (Hrsg), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1999) 237; *Scheu/Stepankowa/Stovicek*, Die Justizreform in der Tschechischen Republik im Kontext der EU-Erweiterung, European Legal Forum 2001, 236; *Trettenbach*, Die neue tschechische Verwaltungsgerichtsordnung. Einführung und Übersetzung (forost- [Forschungsverbund Ost- und Südosteuropa] Arbeitspapier Nr 12, 2003); sowie die Beiträge von *Górecki/Jabłoński*, *Pollán*, *Machajová* und *Kiss* zur Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn und die vergleichende Darstellung von *Müller* in: *Wieser/Stolz* (Hrsg), Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa (2004) 409, 459, 491, 527, 549.

I. Reformatorische Entscheidungsbefugnis im Bescheidprüfungsverfahren

Der Ausschuss schlägt vor, „dass die Verwaltungsgerichte in Zukunft – schon aus praktischen Erwägungen und um überflüssige Verzögerungen zu vermeiden – grundsätzlich reformatorisch entscheiden sollen, dass sie jedoch darüber hinaus – nach Vorbild des geltenden § 66 Abs 2 AVG – auch die Möglichkeit zur kassatorischen Entscheidung haben sollen“.⁵ Nachdem die Länder ihren Widerstand in dieser seit langem diskutierten Frage schon anlässlich der Erlassung des Verwaltungsreformgesetzes 2001⁶ verringert hatten und ihre Vertreter im Ausschuss nur mehr auf der Möglichkeit der Amtsbeschwerde gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen durch die Landesregierung bestanden, ist es dem Ausschuss anscheinend relativ leicht gefallen, einen Konsens für die reformatorische Lösung zu finden. Rechtstechnisch soll sie durch einen neuen Art 130 Abs 3 B-VG mit folgendem Wortlaut umgesetzt werden:

„In den Angelegenheiten des Abs 1 Z 1 [Bescheidbeschwerden] – ausgenommen in Angelegenheiten des Art 131 Abs 1 Z 1 [Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen] – hat das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Rechtsfrage geklärt ist und der Sachverhalt entweder feststeht oder vom Verwaltungsgericht – insbesondere im Rahmen einer mündlichen Verhandlung – festgestellt werden kann, soweit anzunehmen ist, dass dies im Interesse der Beschleunigung der Erledigung oder einer erheblichen Kosteneinsparung gelegen ist. In den Angelegenheiten des Art 131 Abs 1 Z 1 [Verfahren wegen Verwaltungsübertretungen] hat das Verwaltungsgericht jedenfalls in der Sache selbst zu entscheiden.“⁷

Der Vorschlag leuchtet ein, soweit es ohnehin geboten ist oder im Hinblick auf vergleichbare Fälle gerichtlicher Zuständigkeiten zumindest nahe-

5 Bericht (FN 1) 31.

6 Zu diesem Gesetz (BGBl I 2002/65), das den UVS eine Vielzahl neuer Materien zuwies und sie unter bestimmten Voraussetzungen zur Entscheidung in der Sache ermächtigt, *Aichreiter*, § 67h AVG – eine Regelungs-Sphinx. VerwaltungsreformG 2001 und Probleme in Anlagen-Verfahrensrecht, wbl 2002, 549; *Grabenwarter*, Landesverwaltungsgerichte (FN 2); *Gröf*, Verwaltungsreformgesetz 2001 und Beschwerdeverfahren vor den UVS am Beispiel von Betriebsanlageneinigungen, in: *Furherr/Schwarzer* (Hrsg), Anlagenrecht und Verwaltungsreformgesetz (2002) 56; *Hauer* (Hrsg), Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts (⁶2004) § 67h AVG, 980 ff; *Köhler*, Das konzentrierte Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsreformgesetz 2001, ZfV 2003, 138; *Leitl/Mayrhofer*, § 67h AVG verfassungskonform?, ZfV 2003, 423; *Pesendorfer*, Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. Landesverwaltungsgerichte bzw die UVS als Berufungsbehörden gem § 67 h AVG (idF der VerwaltungsreformG 2001), ÖJZ 2002, 521; *ders*, Bundesstaat (FN 2) 661 ff, 678 ff; *Thienel*, Die Verwaltungsverfahrensnovellen 2001 (2002); *Zellenberg*, Die Entscheidungsbefugnis der unabhängigen Verwaltungssenaten nach § 67h AVG, in: *Furherr/Schwarzer* (Hrsg), Anlagenrecht und Verwaltungsreformgesetz (2002) 36.

7 Bericht (FN 1) 52.

liegt, die entsprechenden Entscheidungen Richtern anzuvertrauen. Das gilt zB für Verwaltungsstrafen und für bestimmte wesentliche Eingriffe in die Rechtsstellung Betroffener wie den Entzug von Berufszulassungen oder des Führerscheins und für Statusentscheidungen wie die Anerkennung als Flüchtling. Auch bei Klagen gegen Feststellungsbescheide ist gegen eine reformatorische gerichtliche Entscheidung grundsätzlich nichts einzuwenden.

In anderen Bereichen der Verwaltungstätigkeit ist die Sache aber doch komplizierter. Hier widerspricht die reformatorische Lösung traditionellen Vorstellungen der Gewaltenteilung, denn sie bewirkt, dass es in einer Vielzahl von Fällen Gerichte sind, die zB Betriebsanlagen, Bauführungen, Rodungen und Wasserbenutzungen genehmigen, wasserpolizeiliche Aufträge oder Bankkzessionen erteilen oder Lebensmittel und Medikamente zulassen. Das ist nun allerdings kein verfassungsrechtliches Argument, weil die reformatorische Befugnis nach dem Entwurf ja selbst im Verfassungsrang verankert werden soll und wohl auch ohne diese Absicherung Bestand vor dem materiell sehr schwachen Gewaltenteilungsprinzip des B-VG haben könnte.⁸ Die seit mehr als einem Jahrhundert geläufige Vorstellung, Gerichte sollten kontrollieren, aber nicht selbst verwalteten, war Österreich keineswegs immer unumstritten⁹ und ist heute international zwar die Regel, wird aber nicht überall durchgehalten.¹⁰ Umgekehrt verlangen jedoch weder B-VG noch EMRK eine durchgehende reformatorische Zuständigkeit,¹¹ und verfassungspolitisch kann die Beschränkung der Verwaltungsgerichte auf die Kontrolle trotzdem Sinn haben. Abgesehen davon, dass die Reformatorik die Lösung einiger nicht

8 Hauptargument dafür ist die reformatorische Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die in der Stammfassung des Art 133 Abs 3 B-VG vorgesehen war; vgl zB *Köhler* (FN 2) 222 ff mwN.; *Martschin* (FN 2) 10; *Olechowski* (FN 2) 583 ff. Köhlers Bedenken gegen eine reformatorische Zuständigkeit aus VfSlg 11.500/1987 dürften auf einem Missverständnis der Entscheidung beruhen: Als mögliche Gesamtänderung der Verfassung wird darin nicht die Einführung einer reformatischen Entscheidungsbefugnis als solche, sondern die (uU zur Notwendigkeit einer solchen Reform führende) „Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe an eine internationale Organ als Ausschaltung des Verfassungsgesetzgebers“ angesehen. Zu möglichen Problemen mit Art 103 Abs 4 B-VG vgl die Nachweise in *Aichreiter* (FN 7) 549 FN 1. Bundesstaatliche Probleme grundsätzlicher Art sieht unter bestimmten Umständen *Pesendorfer*, Verwaltungsrecht (FN 2) 526 ff; *ders*, Rechtsschutz (FN 6) 522 ff; *ders*, Bundesstaat (FN 6) 663 ff.

9 Zu den Diskussionen anlässlich der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Österreich des 19. Jahrhunderts und zu Abweichungen von diesem Grundsatz im Lauf der weiteren Entwicklung zB *Jablonek*, Entwicklung (FN 2) 333 f; *Kobzina*, Verwaltungskontrolle (FN 2) 205 ff bzw 161 ff; *Olechowski* (FN 2); *ders*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) 154 ff, 164; *Pichler*, Einführung (FN 2) 5 ff.

10 Rechtsvergleichende Hinweise bei *Grabenwarter*, Weg (FN 2) 280 f.

11 ZB *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 384 ff; *ders*, Weg (FN 2) 277; *Jablonek*, Entwicklung (FN 2) 330; *Korinek*, Überlegungen (FN 2) 420; *Pesendorfer*, Rechtsschutz (FN 6) 523.

ganz einfacher „technischer“ Fragen erfordert,¹² bereitet sie vor allem in zwei Konstellationen grundsätzlichere Schwierigkeiten. Das liegt hauptsächlich daran, dass der Ausschussvorschlag den Verwaltungsgerichten Zurückverweisungen an die Verwaltungsbehörden nur dann erlaubt, wenn sie notwendige Ergänzungen der Sachverhaltsermittlung im konkreten Fall nicht selbst schneller oder billiger durchführen können, was sehr selten der Fall sein dürfte.

A. Problemfelder

1. Wahrnehmung von Gestaltungsbefugnissen

Die erste Konstellation betrifft jene Fälle, in denen das Verwaltungshandeln gesetzlich nicht eindeutig vorgegeben ist, der Verwaltung also ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Der Vorschlag des Ausschusses nimmt auf diesen Punkt zwar Rücksicht, indem er die (gesetzeskonforme) Ermessensausübung der Verwaltung der gerichtlichen Kontrolle entzieht und insoweit nur kassatorische Entscheidungen zulässt.¹³ Diese Regelung dürfte aber aus mehreren Gründen nicht ausreichen.

Legte man sie eng – also begrenzt auf die explizite gesetzliche Einräumung von Ermessen im Rechtsfolgenbereich – aus, würde sie rechtstechnisch anders gelöste, aber strukturell gleichgelagerte Fälle nicht erfassen. Bei einer weiten Auslegung dagegen müsste etwa bei unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite, bei Prognoseentscheidungen oder Abwägungspflichten in jedem Fall entschieden werden, ob damit der Verwaltung tatsächlich ein gerichtsfester Spielraum zugestanden werden sollte oder nicht. Dieses Problem besteht zwar schon jetzt im Rahmen des Art 130 Abs 2 B-VG, spielte aber bislang keine große Rolle, weil der VwGH ohnehin kassatorisch, vor allem aber letztinstanzlich entscheidet; deshalb gibt es auch keine umfassende und kohärente explizite Rechtsprechung dazu, sondern zu einem guten Teil nur eine implizite Praxis des VwGH.¹⁴ Die Verwaltungsgerichte erster Instanz hätten dage-

gen nach dem Ausschussvorschlag in jedem Einzelfall den richtigen Weg zwischen Pflicht zur Reformatorik und Verbot der Reformatorik zu finden, und ihre Entscheidungen wären natürlich anfechtbar. *Rechtsunsicherheit* wäre damit zumindest in der Anfangszeit unvermeidbar.¹⁵ Dagegen könnten großzügigere Zurückverweisungsermächtigungen manchen Rechtsstreit überflüssig machen.

Wichtiger noch erscheint mir jedoch ein zweiter Gesichtspunkt. Unabhängig von allen theoretischen Unterscheidungen zwischen gerichtlich voll und nur beschränkt kontrollierbaren Elementen ist es, praktisch gesehen, die *kassatorische Entscheidungsbefugnis des VwGH als solche, die der Verwaltung Gestaltungsmacht belässt*, eben weil sie dem Gericht keine Vollentscheidung aufzwingt und ihm damit eine gewisse Zurückhaltung auch in jenen Bereichen erlaubt, in denen die Verwaltung vielleicht nicht das letzte Wort haben muss, aber doch zumindest den ersten Zugriff haben sollte. Besonders relevant ist dies bei komplexen Abwägungen zwischen einer Vielzahl gegenläufiger privater und öffentlicher Interessen. Im reformatorischen Konzept wäre es mit dieser Möglichkeit der Zurückhaltung durch Kassation vorbei, und dies hätte einige Nachteile.

Erstens könnte die Pflicht zur Entscheidung in der Sache auch in solchen Fällen die *Verwaltungsgerichte überfordern*. Diese Befürchtung gründet sich nicht auf ein Mißtrauen gegenüber den Fähigkeiten der künftigen Verwaltungsrichter, sondern auf die Lage der öffentlichen Haushalte, die keine allzu üppige Ausstattung der Verwaltungsgerichte erwarten lässt. Schon die bloß kassatorische, aber flächendeckende Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen würde die Verwaltungsgerichte vor Herausforderungen stellen, weil sie kaum über dieselbe personelle Ausstattung und damit auch die Spezialisierungsmöglichkeiten wie der derzeitige VwGH werden verfügen können, aber ein ähnlich breites Feld bestellen müssen und anders als der VwGH auch Sachverhaltsfeststellungen und mündliche Verhandlungen durchführen müssen. Die reformatorische Befugnis kann diese Probleme nur verstärken. Ist es in komplexen Fällen auch nicht immer einfach, eine Verwaltungsentscheidung im Hinblick auf Verfahren sowie auf gesetzliche Grundlagen, Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Wertungsplausibilität der Abwägung zu kontrollieren, so stellt eine eigene Abwägungsentscheidung noch zusätzliche Anforderungen.¹⁶ Wenn etwa eine Partei übergangen, der Sachverhalt unzureichend ermittelt, ein relevantes Interesse übersehen oder die Verhältnismäßigkeit von Anordnungen falsch beurteilt wurde, ist es aus gerichtlicher Sicht zwar vergleichsweise leicht zu sagen, was falsch war. Was aber im Ergebnis richtig

12 Im reformatorischen Konzept müsste zB geklärt werden, ob zwischen der Entscheidung des Verwaltungsgerichts und der damit erlassenen Verwaltungsentscheidung unterschieden wird, ob und inwieweit durch Gerichte erlassene „Bescheide“ den allgemeinen Regeln des AVG etwa über Nichtigkeit, Änderung, Aufhebung und Wiederaufnahme des Verfahrens unterliegen, wie sie vollstreckt werden sollen, welcher Zeitpunkt für die Sach- und Rechtslage maßgeblich sein soll uä; vgl. *Grabenwarter*, Weg (FN 2) 280. Viele dieser Fragen können zwar schon jetzt in Säumnisfällen auftreten (vgl zB §§ 45 Abs 4, 63 Abs 2 VwGG), waren aber bislang kaum relevant.

13 Bericht (FN 1) 31, 52. Die einschlägige Bestimmung des Art 130 Abs 2 B-VG soll unverändert erhalten bleiben. Zu Sinn und möglicher baugesetzlicher Gebotenheit einer solchen Ausnahme zB *Berchtold*, Landesverwaltungsgerichte (FN 2) 8 f; *Grabenwarter*, Weg (FN 2) 279; *Leitl/Mayrhofer* (FN 6) 427; *Martschin* (FN 2) 9 f; *Pichler*, Einführung (FN 2) 83; *Rill* (FN 2) 21; *Pesendorfer*, Verwaltungsrecht (FN 2) 527.

14 Zu Theorie und Praxis zB *Grabenwarter*, Ermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, in: *Holoubek/Lang* (FN 2) 319; *Pesendorfer*, Rechtsschutz (FN 7) 524 f; *Pichler*, Einführung (FN 2) 52 ff; *Polakiewicz*, Landesbericht Ös-

terreich, in: *Frowein* (Hrsg), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung (1993) 80; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (²2003) Rz 592 ff, 623; *Rill*, Ermessensprüfung/Beurteilungsspielraum/Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, in: *Ress* (Red), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1990) 115.

15 Vgl *Grabenwarter*, Weg (FN 2) 278 FN 45.

16 Zu diesem Unterschied zwischen Wiederholen und Nachvollziehen einer Abwägung und zu seiner praktischen Relevanz auch außerhalb des klassischen Ermessens *Grabenwarter* (FN 14) 328 ff.

ist, steht damit noch nicht fest. Denn auch wenn übergangene Parteien gehört und zusätzliche Ermittlungen angestellt werden, bleibt in vielen Fällen immer noch die Frage, welche von mehreren rechtlich möglichen und verhältnismäßigen Vorgangsweisen nun gewählt, also etwa welche Auflage nun konkret erteilt werden soll. Solche Überlegungen bedürfen noch größerer Sachnähe und Erfahrung als die bloße Kontrolle, und sie erfordern eine weiterreichende Einbeziehung von Sachverständigen, die im übrigen in einem kontradiktorischen Verfahren, das die Waffengleichheit zwischen Bürger und Behörde zu wahren hat, nicht in allen Fällen dieselben sein können wie jene im verwaltungsbehördlichen Verfahren. Soll schließlich auch eine gleichmäßige Entscheidungspraxis gewährleistet werden, müssten sich das Verwaltungsgerichte eigentlich auch mit den nicht angefochtenen Entscheidungen der Behörden befassen. Ob das alles angesichts der begrenzten finanziellen Ressourcen sichergestellt werden kann, lässt sich doch bezweifeln.

Zweitens würde eine reformatorische Zuständigkeit die Verwaltungsgerichte in derartigen Fällen in einen *Rollenkonflikt* bringen. Nach dem reformatorischen Konzept sollen die Verwaltungsgerichte ja nicht nur die Fähigkeiten und Qualitäten von Verwaltungsbehörden und Gerichten zugleich aufweisen, sondern auch die Funktionen von verwaltungsinterner Berufungsbehörde und verwaltungsexternen Gerichtsschutz in sich vereinen. Idealtypisch sollen sie also einerseits eine vollständige Neubewertung des Falles vor allem auch in Hinblick auf öffentliche Interessen vornehmen und die Verwaltungsentscheidung in jede Richtung abändern können, und andererseits und zugleich sollen sie in einem kontradiktorischen Verfahren antragsgebundenen individuellen Rechtsschutz leisten. Staatstragende Gesinnung und neutrales Schiedsrichtertum lassen sich weder inhaltlich noch psychologisch leicht vereinbaren.¹⁷ Der Konflikt zwischen diesen Funktionen ist schon im Rahmen des geltenden § 66 Abs 4 AVG der Grund für die einschlägigen Auseinandersetzungen über die „Kognitionsbefugnis“ der Berufungsbehörde. Bei der Ausarbeitung des Verfahrensrechts der Verwaltungsgerichte würde er wieder und wegen der Kontradiktorik des Verfahrens noch viel stärker auftreten, und glatt auflösen kann man ihn auch mit größtem Geschick nicht.

Drittens sind die Verwaltungsgerichte zur Wahrnehmung solcher Gestaltungsbefugnisse aus demokratischer Sicht *schlechter legitimiert* als die Verwaltungsbehörden. Zukunftsbezogene Gestaltungsbefugnisse sind den Gerichten in einer Demokratie zwar nicht von vornherein und per se entzogen, wie ein Blick etwa auf das Familien- und Eherecht zeigt. Aber anders als in diesen Fällen vornehmlich privater Konflikte ist es im Regelfall der Verwirklichung öffentlicher Interessen eben die Verwaltung, die mit sozialgestaltenden Aufgaben betraut ist, und daran sollte auch die Einführung einer instanzmäßig gegliederten Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich nichts ändern. Die Möglichkeit der Verwaltung, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bestimmte Schwerpunkte zu setzen und in ihrer Anwendung eine bestimmte „Politik“ etwa der Interessenabwägung

17 Vgl Köhler (FN 2) 209, der berichtet, die Vorsitzenden der UVS hätten auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die Aufgaben einer Kontrollinstanz und einer reformatorisch entscheidenden Behörde „in sich friktionsfrei zu bewältigen“.

zu verfolgen, ist notwendig und sinnvoll, und demokratisch lässt sie sich über die Weisungsbindung der Behörden gegenüber den obersten Verwaltungsorganen und deren parlamentarische Verantwortlichkeit begründen. Wird dieser Gestaltungsspielraum nun in allen strittigen Fällen auf unabhängige Gerichte übertragen, bewirkt dies nicht nur einen Verlust von Steuerungsmöglichkeiten der Verwaltung¹⁸ und eine Erschwerung einer gleichmäßigen Verwaltungspraxis, sondern eben auch eine Verringerung der demokratischen Kontrolle.

2. Grob unzureichende verwaltungsbehördliche Erledigung

Die zweite Konstellation betrifft das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Lernsystem. So wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit immer wieder von der Verwaltung lernt, indem sie mit neuen Sachverhalten und Argumenten konfrontiert wird, sollte die Verwaltung auch von der Verwaltungsgerichtsbarkeit lernen, welche Fehler sie in Zukunft auf welche Weise vermeiden kann. Eine *reformatorische Entscheidungsbefugnis schwächt nun aber die Lernbereitschaft der Verwaltung*, weil sie schlechte Verwaltungsarbeit und mangelndes Interesse belohnt, während eine kassatorische Praxis sie stärkt.

Das lässt sich an der derzeitigen UVS-Kontrolle beobachten: Praktiker berichten, dass in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen angefochtene Bescheide auf völlig unzureichenden Ermittlungen und Überlegungen beruhen, indem zB zentrale Beweisangebote oder überhaupt das Vorbringen der Parteien oder auch jegliche Rechtsprechung ignoriert werden. Die Möglichkeit der Berufungsvorentscheidung wird selten in Anspruch genommen, und in vielen Fällen beteiligt sich die belangte Behörde nicht am UVS-Verfahren. Dass schließlich die Entscheidung des UVS von den betroffenen Beamten zur Kenntnis genommen wird, ist ebenfalls nicht sichergestellt. In einem reformatorischen System der Verwaltungskontrolle, das letztlich die Heilung aller noch so großen Mängel im Kontrollverfahren erlaubt, sind solche Unzulänglichkeiten zwar bedauerlich, doch entspringen sie einem rationalen Kalkül: Warum soll sich der zuständige Verwaltungsbeamte um die Stellungnahme einer schwer erreichbaren Partei bemühen, ein teures Sachverständigengutachten einholen oder Judikatur studieren, wenn er dies alles, falls es bemängelt wird, dem UVS oder dem Verwaltungsgericht überlassen kann? Warum soll er Zeit für Berufungsvorentscheidungen und die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vor der Kontrollinstanz „verschwenden“, wenn er den Fall genauso gut vergessen kann, weil er ohnehin von der Kontrollinstanz erledigt werden muss? Klüger ist es aus dieser Perspektive, Aufwand zu vermeiden und sich hohe Erledigungszahlen bei kurzer Verfahrensdauer zu verschaffen. Natürlich gibt es andere Mechanismen, um solchen Effekten gegenzusteuern – von der (allerdings selten relevanten) Amtshaftung für Verzögerungsschäden über Berichtspflichten und Aufsichtsmaßnahmen bis hin zur Bindung der Amtsbeschwerde an eine vorherige Mitwirkung im

18 Vgl zB Schreiner (FN 2) 441.

Kontrollverfahren.¹⁹ Doch der effektivste Mechanismus bleibt die Kassation, weil der Fall dann zurückkommt und neu behandelt werden muss. Das ist auch aus aufwandsminimierender Sicht für die Verwaltung ein guter Grund, um gleich ordentlich zu entscheiden, im Aufhebungsfall auch im Kontrollverfahren mitzuwirken und im Aufhebungsfall die Lehren daraus zu ziehen. Die umgekehrte Gefahr eines arbeitsvermeidenden Missbrauchs von Kassationsbefugnissen durch die Verwaltungsgerichte²⁰ erscheint mir dagegen geringer, schon weil der Fall durch eine erneute Klage gegen den Ersatzbescheid immer zurückkommen kann.

Ähnliches gilt auch und gerade in überindividueller Perspektive. Die reformatorische Lösung kann die Verwaltungsträger in Versuchung führen, Ressourcen, die sie zusätzlich für die Verwaltungsgerichte aufwenden müssen, in der Verwaltung selbst einzusparen,²¹ Qualitätsaspekten gegenüber Beschleunigungsbedürfnissen weniger Beachtung zu schenken sowie auf Erfahrungen in und aus Gerichtsverfahren zu verzichten. Eine Reduktion der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden auf einen den Verwaltungsgerichten vorgeschalteten „Schnellschussapparat“ würde zu einer *Entwertung des Verwaltungsverfahrens* führen sowie angesichts sozial unterschiedlich ausgeprägter Klagefreudigkeit die *Gesamtqualität von Verwaltungsentscheidungen durch Behörden und Gerichte insgesamt verringern* und ungleiche Rechtsgewährung nach sich ziehen. Der *Erfahrungsverlust der Verwaltung* würde sich vermutlich auch außerhalb der konkreten Verfahren, etwa bei der Formulierung von Gesetzesvorlagen, niederschlagen. Natürlich ist keine dieser Gefahren unabwendbar. Doch will man nicht nur eine funktionierende Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern auch eine gute Verwaltung, dann sollte man in ein reformatorisches Konzept zumindest einige Sicherungen einbauen.

B. Verfahrensbeschleunigung

Schließlich noch drei Bemerkungen zum Hauptargument für das reformatorische Konzept, nämlich zur Verfahrensbeschleunigung und Kosteneffizienz.

Erstens: Selbstverständlich ist die Gewährleistung einer angemessenen Verfahrensdauer ein gewichtiges Argument von Verfassungsrang, und natürlich kosten schnellere Verfahren idR weniger. Aber es ist *nicht das einzige Argument*,²² sondern es muss mit anderen Gesichtspunkten, darunter den genannten, abgewogen werden.

Zweitens: Unbestreitbar trägt das reformatorische Konzept zur Verfahrensbeschleunigung im Einzelfall bei. Die Frage der Verfahrensdauer kann allerdings sinnvoll nicht ausschließlich im Rahmen des Einzelverfahrens, also vom Rechtsschutzinteresse der konkreten Parteien aus, beurteilt werden, sondern es müssen auch die Effizienz und die *Dauer des*

Verwaltungsrechtsschutzes überhaupt berücksichtigt werden. Wenn die Verwaltungsgerichte zwar in der Sache selbst entscheiden, dadurch aber die Verwaltungsbehörden zu nachlässigerem Arbeiten verführen, kann das wiederum zu einer Verlängerung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens führen, weil dann dort erst viele Schritte nachgeholt werden müssen, und es kann dadurch auch zu einer Verlängerung der Gesamtdauer der Verfahren vor Behörden und Verwaltungsgerichten kommen, weil dann viel öfter eine Anrufung der Verwaltungsgerichte nötig ist.

Drittens: Die Verfahrensdauer muss auch im Hinblick auf die *Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz* betrachtet werden. Soweit nämlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz nur kassatorisch entscheidet und es keine Probleme mit der Ermittlung des Sachverhalts gibt, besteht kein Grund, auch den VwGH auf die Kassation des verwaltungsgerichtlichen Urteils zu beschränken.²³ Seine Entscheidung könnte vielmehr an die Stelle jener des erstinstanzlichen Gerichts treten; auch das könnte einige Verfahren verkürzen. Umgekehrt ist im reformatorischen Konzept als verfahrensverlängerndes Element auch zu berücksichtigen, dass viele Entscheidungen der Verwaltungsgerichte wegen der Ermessensausnahme (s. oben A.1) angefochten werden könnten, weil das Verwaltungsgericht nach Ansicht der Kläger entweder zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert oder umgekehrt unzulässig in der Sache entschieden hat. Kann das Gericht Entscheidungen dagegen auch ohne Inanspruchnahme der Ermessensausnahme kassieren, ist die Gefahr einer rechtswidrigen Sachentscheidung und damit wohl auch die Anfechtungswahrscheinlichkeit geringer. Soweit die Wahl zwischen Kassatorik und Meritorik schließlich im Ermessen des Gerichts läge, ließe auch eine Beschränkung ihrer gesonderten Anfechtbarkeit zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen²⁴ besser rechtfertigen.

Das Verfahrensdauerargument ist also insgesamt nicht so einfach und eindeutig, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

C. Konsequenzen

Ein „ungebremstes“ reformatorisches Konzept kann, wie gezeigt, zu Rechtsunsicherheit, Überforderung und Rollenkonflikten in den Verwaltungsgerichten, verminderter demokratischer Legitimation sozialgestaltender Entscheidungen und zu einer Schwächung des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsqualität überhaupt führen. Im Ergebnis spricht daher viel dafür, den reformatorischen Ansatz durch Zurückverweisungsmöglichkeiten im Ermessen der Verwaltungsgerichte zumindest zu entschärfen. Diese sollten reichen als im Vorschlag des Ausschusses, dh neben den grob unzureichenden verwaltungsbehördlichen Erledigungen auch die verwaltungsbehördlichen Gestaltungsbefugnisse außerhalb von Art 130 Abs 2 B-VG umfassen.²⁵ Darüber hinaus sollten sie flexibler genutzt wer-

19 Vgl auch den Vorschlag von *Pichler*, Einführung (FN 2) 110, durch Vorlagepflichten die Möglichkeit der Landesregierung zu stärken, auf Berufungsvorentscheidungen der Unterinstanz einzuwirken.

20 Vgl *Pesendorfer*, Rechtsschutz (FN 6) 526 f; *Pichler*, Einführung (FN 2) 105.

21 *Grabenwarter*, Weg (FN 2) 279 f.

22 Vgl zB *Matscher* (FN 2) 18 f.

23 ZB *Berchtold*, Landesverwaltungsgerichte (FN 2) 9.

24 Vorschläge dazu bei *Jablonek*, Verwaltungssenate (FN 2) 16 FN 19.

25 Im einen oder anderen Punkt in diese Richtung zB *Grof* (FN 2) 203 f; *Jablonek*, Notwendigkeit (FN 2) 23 ff; *ders*, Perspektiven (FN 2) 381 f; *Martschin* (FN 2) 10; *Pichler*, Einführung (FN 2) 106, 108.

den können: Der Aspekt der Beschleunigung des konkreten Verfahrens und der Kostenersparnis wäre natürlich immer zu beachten, aber nicht allein ausschlaggebend. Als Gegengewicht könnte man Zurückverweisungen uU nur innerhalb einer bestimmten Frist ab Eingang der Klage erlauben.²⁶

Die Zurückverweisungsmöglichkeit bei groben Ermittlungsmängeln sollte schließlich auch in Verwaltungsstrafsachen bestehen,²⁷ auch wenn am Ende hier die meritorische Entscheidungsbefugnis bei den Verwaltungsgerichten bleiben muss.²⁸

II. Kontrollgegenstände

Der zweite Punkt, der eine Erörterung verdient, betrifft die Gegenstände der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Der Vorschlag des Ausschusses sieht hier die Anfechtung von Bescheiden und von Säumnis bei ihrer Erlassung, von Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und von sondergesetzlich festzulegenden Handlungen vor. Er kann damit mit den Worten „bekannt, bewährt und beschränkt“ bewertet werden. Die Beschränkung ist mE nicht mehr zweitemäßig.

Bekanntlich wurde die Reichweite verwaltungsgerichtlicher Kontrolle im Laufe der Verfassungsgeschichte mehrfach ausgedehnt. Ging es am

26. Bei der Formulierung der entsprechenden Regelung könnte man sich zB an § 42 Abs 4 VwGG und an § 113 Abs 3 der deutschen VwGO orientieren, müsste freilich die Fallgruppe „Gestaltungsbefugnisse“ noch integrieren. Letztere Bestimmung lautet auszugsweise: „Hält das Gericht eine weitere Sachaufklärung für erforderlich, kann es, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, den Verwaltungsakt [...] aufheben, soweit nach Art und Umfang die noch erforderlichen Ermittlungen erheblich sind und die Aufhebung auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich ist. [...] Eine Entscheidung nach Satz 1 kann nur binnen sechs Monaten seit Eingang der Akten der Behörde bei Gericht ergehen.“ Dazu zB *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg), VwGO, (LooseblattSlg, 1997) § 113 Rz 46 ff; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht (2000) Rz 778 f. Um Missverständnisse zu vermeiden, sei angefügt, dass diese Bestimmung in Deutschland kritisiert wird und praktisch kaum Anwendung findet, dies aber deshalb, weil sie in einem ganz anderen Regelungszusammenhang steht als dem hier diskutierten, nämlich vor einer regulären *kassatorischen* Entscheidung des Verwaltungsgerichts. Für die hier besonders interessierenden Fälle von komplexen Genehmigungen ist bemerkenswert, dass das deutsche Verpflichtungsurteil (mit dem die Verwaltung zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet wird) keinesfalls alles klären muss; vgl *Gerhardt*, aaO, Rz 72: „Geht es um die Genehmigung eines Vorhabens, sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Der Behörde kann durchaus bei der Setzung und Ausgestaltung von Nebenbestimmungen ein Freiraum verblieben [...]. Das Urteil muß lediglich in bezug auf den Hauptinhalt des Verwaltungsakts eindeutig sein, auf ggf. selbständig anfechtbare Auflagen kommt es nicht an“. Überdies kann bei mangelnder Spruchreife nach § 113 Abs 5 VwGO auch ein bloßes Bescheidungsurteil ergehen, mit dem die Verwaltung nur zur Erfassung eines Verwaltungsaktes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts, aber nicht zu einer bestimmten Entscheidung verpflichtet wird.

27. Auch dafür gibt es ein deutsches Vorbild: § 69 Abs 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten; dazu zB *Thieß*, Ordnungswidrigkeitenrecht (2002) Rz 619.

28. Vgl VfSlg 11.507/1987; *Grabenwarter*, Weg (FN 2) 277 f.

Anfang nur um Bescheide, erfand der VfGH die „faktischen Amtshandlungen“ dazu, die dann als „Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ positiviert wurden,²⁹ und sondergesetzlich kamen zB in der Sicherheitsverwaltung Rechtsverletzungen „auf andere Weise“ dazu.³⁰ Von einer umfassenden Kontrolle sind wir aber immer noch weit entfernt, obwohl die Diskussion gezeigt hat, daß es in vielen Bereichen Rechtsschutzbedürfnisse gibt, die weder in Qualität noch in Quantität zu vernachlässigen sind.³¹ Immer noch gibt es viele Fälle, die nicht oder nur unter großen Anstrengungen juristischer Turnkunst unter den Bescheid- oder Maßnahmenbegriff³² gebracht werden können, und in denen die verwaltungsgerichtliche Kontrolle den Betroffenen daher entweder überhaupt verwehrt bleibt oder zumindest unsicher erscheinen muss oder nur über Umwege oder in sondergesetzlich geregelten Einzelfällen funktioniert. Beispiele bilden die Durchsetzung der Erteilung von Auskünften durch die Verwaltung, der Auszahlung von gesetzlich oder bescheidmäßig bereits festgelegten Geldbeträgen oder der Ausfolgung von Dokumenten und der Rückerstattung von Geld oder Sachen; weiters die Abwehr von rechtsverletzenden Äußerungen von Verwaltungsorganen, etwa von Verstößen gegen die Unschuldsvermutung oder von ungerechtfertigten behördliche Produktwarnungen; die Bekämpfung der Verweigerung von behördlichem Schutz gegen Dritte; und in bestimmten Konstellationen, etwa bei der Anerkennung von Religionsgemeinschaften, der Rechtsschutz gegen Untätigkeit des Verordnungsgebers. Die Liste ließe sich fortsetzen. Sie wird auch immer wichtiger, ua weil die Verwaltung zunehmend zu indirekt steuernden Mitteln greift und weil Schutzpflichten in der Dogmatik von EGMR und EuGH wie in jener des VfGH auch unabhängig von der Einführung sozialer Grundrechte immer mehr Raum gewinnen.

Betrachtet man die Fälle analytisch, geht es in erster Linie um Realakute, die ohne Befehl und Zwang auskommen und daher auch nicht unter den Maßnahmenbegriff fallen, aber durchaus sehr starke eingreifende Wirkung haben können. Die Warnung vor einem Produkt kann für einen Hersteller viel schlimmere Folgen haben als eine Verwaltungsstrafe, die Verzögerung einer Geldzahlung kann Firmen ruinieren, und die Verweigerung von Schutz kann das Leben ebenso kosten wie ein unvorsichtiger Polizeieinsatz. Warum wir im einen Fall Rechtsschutz zulassen und im

29. ZB *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620.

30. § 88 Abs 2 SPG.

31. ZB *Binder* (FN 2) 15; *Funk*, Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBl 1987, 151; *Merli*, Rechtsstaatlichkeit in Österreich, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 83 (98 ff, 104 ff); *Oberndorfer*, Handlungsformen der Verwaltung und Rechtsschutz (aus österreichischer Sicht), in: Ress (FN 14) 41; *Polakiewicz* (FN 14) 82 ff.

32. ZB *Kneiß*, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 150; *Merli*, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, ZfV 1993, 251; *Raschauer* (FN 14) Rz 849 ff, 1005 ff.

anderen nicht oder nur über Hilfskonstruktionen und Umwege, lässt sich nur historisch erklären, aber kaum mehr rechtfertigen.

Umgekehrt hemmt die Beschränkung des Verwaltungsrechtsschutzes die Entwicklung neuer Verwaltungsinstrumente. Ganz besonders trifft das auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag zu, der in Österreich ein Mauerblümchendasein fristet, weil er mit dem Rechtsschutzsystem nicht vereinbar ist.³³

Rechtstechnisch wäre die Beseitigung dieses Defizits recht einfach. Man könnte entweder in den Katalog der Beschwerdegegenstände der derzeitigen Art 129a Abs 1 und 130 Abs 1 B-VG bzw des Art 130 Abs 1 des Ausschussentwurfs neben den Bescheid einfach „sonstiges öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln“ (einschließlich Unterlassungen) aufnehmen, in dem dann ua auch die bisherigen Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt aufgehen würden; oder man könnte überhaupt eine Generalklausel³⁴ einführen. In beiden Fällen wäre Raum für verfassungs- und einfachgesetzliche Ausnahmen vorzusehen, etwa für die Verordnungskontrolle durch den VfGH oder die Zuständigkeiten verbleibender Sonderrechtsschutzbehörden. Am Grundsatz der an subjektive Rechte gebundenen Klagebefugnis müsste sich dadurch nichts ändern. Im Ergebnis hätte niemand neue materielle Rechte gegenüber der Verwaltung, aber jeder einen besseren Schutz seiner bestehenden Rechte, und die Verwaltung wäre freier bei der Wahl ihrer Handlungsinstrumente.

III. Klagearten und Urteilsaussprüche

Im dritten Punkt soll es um die Entscheidungsmöglichkeiten der Verwaltungsgerichte im Rahmen eines stattgebenden Urteils gehen. Abgesehen von der reformatorischen Befugnis sagt der Ausschussbericht dazu nichts. Das ist auch begrifflich, weil es sich dabei in erster Linie um ein Thema für das einschlägige Verfahrensgesetz und nicht für die Verfassung selbst handelt. Da es aber mit den beiden ersten Punkten zusammenhängt und auch im Hinblick auf das europä- und verfassungsrechtliche Gebot effizienten Rechtsschutzes von Bedeutung ist, sollen auch dazu einige Überlegungen angestellt werden.

Derzeit kann der VwGH Bescheide nur aufheben. Abgesehen von Kostenfragen enthalten seine Entscheidungen daher idR keine Aussprüche über Leistungspflichten.³⁵ Allerdings können Aufhebungen wie Leistungs-

urteile wirken, weil die dann gebotene Herstellung des gesetzlichen Zustandes unter Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH zB in der Neudurchführung des Verfahrens durch die belangte Behörde oder in der Beseitigung der Folgen des angefochtenen Bescheides bestehen kann.³⁶ Ähnlich kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch den UVS die Pflicht etwa zur Rückgabe einer beschlagnahmten Sache oder zur Rückzahlung von Geld nach sich ziehen.³⁷ Und die Säumnisbeschwerde ist ein funktionales Äquivalent für eine Untätigkeitsklage als Sonderform der Leistungsklage.³⁸

ME sollten diese Ansätze ausgebaut und den Verwaltungsgerichten ausdrücklich und ganz allgemein Befugnisse zur Erlassung *vollstreckbarer Leistungsurteile* eingeräumt werden. Das wäre einerseits sinnvoll, weil sie dann aufhebende oder feststellende Urteile durch ausdrückliche Anordnungen ergänzen und damit die nicht immer eindeutige Pflicht zur Herstellung des gesetzlichen Zustandes konkretisieren und die weitere Verfahrensabwicklung beschleunigen könnten. Andererseits sind selbständige Leistungsurteile über Säumnisfälle hinaus in manchen Fällen wohl notwendig, um dem Gebot effektiven Rechtsschutzes zu entsprechen – etwa im Zusammenhang mit den angeführten Realakten, zB wenn es um die Unterlassung rechtsverletzender Äußerungen geht, und vor allem bei der Durchsetzung von Pflichten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen.

Aus demselben Grund sollten zu den zulässigen Leistungsaussprüchen auch *einstweilige Anordnungen* gehören, die außerhalb des Bescheidprüfungsverfahrens das leisten, was innerhalb durch die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln gewährleistet wird.³⁹

Schließlich wäre das Rechtsschutzrepertoire noch um eine (subsidiäre) allgemeine *Feststellungsklage* zu ergänzen, die in jenen Fällen greifen würde, in denen eine Anfechtung verwaltungsbehördlicher Feststellungsbescheide nicht in Frage kommt.

Eine solche Vollaussattung der Verwaltungsgerichtsbarkeit müsste keineswegs in ein kompliziertes System von Klagearten und -voraussetzungen münden.⁴⁰ Zu unterscheiden wären nur Klagen gegen Bescheide, die ein förmliches Verwaltungsverfahren voraussetzen, und an-

33 ZB Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Kritische Überlegungen zu einem rechtlichen Phänomen, JAP 2002/2003, 205; Oberndorfer (FN 31) 46 ff; Funk (FN 31) 151 f; Raschauer (FN 14) Rz 1256 ff; Wielinger, Was bringt der verwaltungsrechtliche Vertrag?, ZfV 1983, 14.

34 Ebenso zB Hörtenhuber (FN 2) 21; vgl weiters die Textvorschläge von Binder (FN 2) 16, und Grof (FN 2) 206; schließlich den verallgemeinerungsfähigen Wortlaut von § 88 Abs 2 SPG und § 40 Abs 1 der deutschen VwGO: „Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. [...]“

35 Ausnahmen bestehen natürlich im Rahmen von Säumnisbeschwerden; dazu zB Köhler, Die Säumnisbeschwerde, in: Holoubek/Lang (FN 2) 77.

36 § 63 Abs 1 VwGG. Zu diesem Folgenbeseitigungsanspruch zB Hengstschläger, Die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln im Verwaltungsrecht und der Anspruch auf Folgenbeseitigung wegen vorzeitiger Vollziehung, ÖJZ 1973, 534; Kopp, Der „Folgenbeseitigungsanspruch“ nach § 50 Abs 1 VwGG und § 87 Abs 2 VfGG, ÖJZ 1973, 289; Zorn, Rechtswirkungen des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses im fortgesetzten Verfahren, in: Holoubek/Lang (FN 2) 253.

37 Vgl § 67c Abs 3 AVG.

38 Vgl Oberndorfer (FN 31) 42.

39 Vgl zB Jabloner, Verwaltungsgerichtsbarkeit (FN 2) 261 f; Hoehl, Vorläufiger Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts, in: Thienel (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999) 247 (280 ff); Kopp, Zur Notwendigkeit einer modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Pernthaler (FN 2) 236 (238).

40 Vgl aus deutscher Sicht zB Hufen, Verwaltungsprozessrecht (§2003) § 13 Rz 17.

dere Klagen, die, soweit möglich und sinnvoll, nach einer vorherigen form- und erfolglosen Befassung der Verwaltung mit der Sache zulässig wären. Mehr als diesen Nachweis, die plausible Behauptung einer subjektiven Rechtsverletzung und eine Bezeichnung des Klageziels müsste der Kläger im Grundsatz nicht liefern, und das Gericht hätte alle Möglichkeiten zu einer sachgerechten und wirksamen Entscheidung.

Die Vollausrüstung würde schließlich auch die Integration von Sonderrechtsschutzbehörden in die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit erleichtern und die Notwendigkeit von Sonderverfahrensrecht, das ja oft genug gerade in solchen zusätzlichen Befugnissen besteht, verringern.

IV. Schlussbemerkung

Zusammenfassend bietet der Österreich-Konvent die seltene Chance zu einer auf lange Sicht konzipierten Gesamtreform der Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie sollte nicht durch eine Fixierung auf die Frage Kassatorik oder Reformatorik und ein im Übrigen allzu ängstliches Festhalten am Bestehenden vertan werden.⁴¹

Vorsitz: Dr. Johann RZESZUT

Danke schön Herr Professor Merli, Ihre weite Anreise hat sich gelohnt – vor allem aus unserer Sicht, wir sind bereichert worden – nicht ungerechtfertigt, wir brauchen selbstverständlich auch diese Unterstützung.

41 Für viele Anregungen, die in die Überarbeitung meines ursprünglichen Referats eingeflossen sind, bedanke ich mich bei den Diskussionsteilnehmern in Weissenbach und ganz besonders bei Monika Gasser-Steiner.

Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat

Band 24

Der Österreich-Konvent Zwischenbilanz und Perspektiven

20. bis 22. Mai 2004
Weißbach am Attersee

Herausgeber

Österreichische Juristenkommission

Sektion der Internationalen Juristenkommission, Genf

ÖJK



RECHT

Wien · Graz 2004