

Nebenbestimmung möglicherweise noch im Hinblick auf den Grundsatz „*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*“ rechtfertigen. Dies gilt aber jedenfalls nicht bei Ermessensverwaltungsakten, da hier bei Aufhebung lediglich der rechtswidrigen Nebenbestimmung ein rechtswidriger Verwaltungsakt bestehen bliebe. In diesem Zusammenhang gilt es zu bedenken, dass die Verwaltung bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung einen uneingeschränkten Verwaltungsakt mit demselben Inhalt möglicherweise gar nicht erlassen hätte. Damit würde bei einer gerichtlichen Teilaufhebung des Verwaltungsakts das verwaltungsbehördliche Ermessen in unzulässiger, mit dem Gewaltenteilungsprinzip unvereinbarer Weise verkürzt. Dem lässt sich entgegen dem Verfasser (S. 253) m. E. auch nicht entgegenhalten, dass das Ermessen der Verwaltung dadurch gewahrt bleibe, dass sie den Verwaltungsakt gem. § 48 VwVfG aufheben könne. Eine *ex tunc* wirkende Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsakts, der nach Aufhebung der Auflage verbliebe, dürfte jedenfalls entgegen dem Verfasser keineswegs immer zulässig sein. Aus entsprechenden Gründen ist auch bei sogenannten integrierenden Nebenbestimmungen wie Befristungen und Bedingungen deren isolierte Aufhebung bei Ermessensverwaltungsakten nicht immer möglich.

In einer Schlussbetrachtung (S. 283ff.) legt der Verfasser nochmals zusammenfassend die Grundlagen seines „normzentrierten Ansatzes“ dar, den er im Wesentlichen als durch drei Komponenten gekennzeichnet sieht, nämlich eine begriffliche, eine normative und eine methodologische. Ungeachtet einzelner Kritikpunkte handelt es sich bei der auch sprachlich überzeugenden Arbeit um eine interessante und niveaувolle, zum Nachdenken anregende Dissertation, die es bei der zukünftigen Diskussion der Nebenbestimmungsfeindlichkeit von Verwaltungsakten zu beachten gilt.

Wolf-Rüdiger Schenke, Mannheim

*Herbst, Florian, Die Abgrenzung von Bescheid und Verordnung. Schriften zum österreichischen und europäischen öffentlichen Recht, Band 16. Wien 2017, Verlag Österreich. XVI, 161 S.*

Die Abgrenzung von Bescheid (Verwaltungsakt) und Verordnung ist ein klassisches Thema des österreichischen und deutschen Verwaltungsrechts, das seit *Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen (1882)* und *Žolger, Österreichisches Verordnungsrecht (1898)* immer wieder eigene Bearbeitungen erfahren hat, an dem aber auch viele Studien zu anderen Fragen nicht vorbeikommen. *Herbst* behandelt es (nur) aus österreichischer und spezifisch verfassungsrechtlicher Sicht. Das bedingt einige Besonderheiten: So gibt es in Österreich keine Allgemeinverfügung (und Verkehrszeichen werden als Verordnungen behandelt), Satzungen gelten als Unterform der Verordnung, verfassungsrechtliche Regelungen bestehen nicht nur für die Verordnungsermächtigungen, sondern auch zum Rechtsschutz gegen Bescheide und Verordnungen, und der Begriff „Norm“ wird auch für individuelle Anordnungen verwendet. An den Grundproblemen ändert das aber nichts, sodass die Arbeit auch für deutsche Leserinnen interessant bleibt.

*Herbst* beginnt historisch. Die Dezemberverfassung von 1867 enthielt erstmals eine ausdrückliche Ermächtigung der Verwaltung, Verordnungen zu erlassen. Deren Rechtmäßigkeit war im Anwendungsfall von allen Gerichten zu prüfen; rechtswidrige Verordnungen hatten sie unangewendet zu lassen. Die republikanische Verfassung, das heute noch geltende Bundes-Verfassungsgesetz von 1920 (B-VG), beschränkte für Verordnungen die Prüfungsbefugnis der anderen Gerichte auf Fragen der Kundmachung (Bekanntgabe) und konzentrierte sie im Übrigen beim Verfassungsgerichtshof (VfGH):

DIE VERWALTUNG 52 (2019) 1

als konkrete Normenkontrolle auf Vorlage durch andere Gerichte oder von Amts wegen aus anderen verfassungsgerichtlichen Verfahren heraus, als abstrakte Normenkontrolle auf Antrag bestimmter staatlicher Organe und, seit 1975, subsidiär als jederzeit stellbarer „Individualantrag“ unmittelbar Betroffener, für die die Verordnung ohne weiteren Akt wirksam ist. Rechtswidrige Verordnungen werden vom VfGH aufgehoben.

Bescheide (damals: Entscheidungen und Verfügungen) waren schon in der Monarchie nach Erschöpfung verwaltungsinterner Rechtsbehelfe wegen Rechtswidrigkeit beim Verwaltungsgerichtshof und (speziell wegen Verletzung von durch die Verfassung eingeräumten Rechten) beim Reichsgericht anfechtbar. Das B-VG ersetzte das Reichsgericht durch den VfGH, beließ es aber im Übrigen bei diesen Regelungen. Seit 1975 konnte Bescheidbeschwerde an den VfGH auch wegen Anwendung (u. a.) einer gesetzwidrigen Verordnung erhoben werden. 2014 wurde der Rechtsschutz gegen Bescheide Verwaltungsgerichten erster Instanz übertragen, die im Regelfall auch „in der Sache“ entscheiden, also etwa die von der Verwaltung begehrte Berechtigung selbst erteilen müssen. Verwaltungs- und dem Verfassungsgerichtshof kontrollieren nun deren Entscheidungen.

Weil die Verfassung also von Verordnungen und Bescheiden spricht, ist die Unterscheidung der beiden Begriffe für *Herbst* eine verfassungsrechtliche Frage. In der Folge behandelt er die Abgrenzungsversuche vom 19. Jahrhundert bis heute: Die Lehre unterscheidet nach den Merkmalen abstrakte, also erst bei Eintritt eines bestimmten Sachverhaltes wirksame, oder konkrete, unbedingt wirkende Regelung, Rechtssetzung oder Vollziehung, Mehrzahl von Fällen oder Einzelfall, genereller/unbestimmter oder individueller/bestimmter Adressatenkreis, nach Kombinationen dieser Merkmale oder nach einer Abwägung zwischen Regelungszielen und Partizipationsmöglichkeiten der Betroffenen. Der VfGH stellt grundsätzlich auf den generellen oder individuellen Betroffenenkreis ab, entscheidet aber nicht immer konsequent und lässt in bestimmten Fällen auch eine Wahlmöglichkeit von Gesetzgebung oder Verwaltung zu. Das ist kein Wunder, wenn man sich die problematischen Fallgruppen ansieht, die *Herbst* herausarbeitet: vor allem Verteilungs- und Planungsakte (z. B. Verteilung von Exportkontingenten unter einer Vielzahl bekannter Betroffener oder Raumordnungspläne), Einzelentscheidungen, die generelle Normen genehmigen, aufheben oder ihre Wirkung erstrecken (z. B. in der Gemeindeaufsicht oder die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags) und Rechtsakte, die spezifisch für bestimmte Betroffene und zugleich auch für einen unbestimmten Kreis von Personen wirken (z. B. die Anerkennung von Religionsgemeinschaften, Filmverbote, Straßenwidmungen, Unterschutzstellung von Einzelobjekten, Festlegung von Netznutzungsentgelten).

Am Beginn seiner eigenen Erwägungen mustert der Autor gemeinsame und unterschiedliche verfassungsrechtliche „Merkmale und Rechtsfolgen“ von Bescheid und Verordnung durch. Das ist sicher sinnvoll; weniger allerdings dann, wenn er gleich hinzufügt, dass die Unterschiede und Rechtsfolgen nicht als Argumente für die gebotene Rechtsform herangezogen werden dürften, weil sie die Qualifikation als Bescheid oder Verordnung schon voraussetzen; das hält er freilich ohnehin nicht ganz durch. Jedenfalls zeigt die Übersicht, dass die Unterschiede immer mehr verschwimmen, je näher man hinsieht. Bei den Ermächtigten und der gebotenen Bestimmtheit der Ermächtigung gibt es nur marginale Unterschiede (Beliehene dürfen nach der Rechtsprechung des VfGH ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung keine Verordnungen erlassen; Selbstverwaltungsträger können Verordnungen, nicht aber Bescheide, unmittelbar auf Grund der Verfassung erlassen); Bescheide dürfen in bestimmten Fällen auch ohne vorherige Beteiligung der Betroffenen und Verordnungen manchmal erst nach Anhörungen Betroffener ergehen; das Gesetz kann auch bei Verordnungen ein Antrags-

recht und eine Antragsbindung vorsehen; in bestimmten Fällen (z. B. der Anerkennung von Religionsgesellschaften) leitet der VfGH daraus einen Erledigungsanspruch des Antragstellers ab, dem die Verwaltung durch Erlassung der beantragten Verordnung oder eines abweisenden Bescheids erfüllen muss, worin auch ein Säumnisschutz liegt (das lehnt *Herbst* ab, macht aber eine Ausnahme für unionsrechtlich gebotene Fälle); Verordnungen können wie Bescheide unmittelbar wirken; und die Bestandskraft von Bescheiden kann gesetzlich durchlöchert werden. Was bleibt, sind die unterschiedlichen Rechtsschutzorgane (Verwaltungsgerichte bei Bescheiden und VfGH bei Verordnungen) und die unterschiedliche Art der Erledigung von Rechtsschutzbegehren (Entscheidung „in der Sache“ oder Aufhebung der Verordnung). Zwei praktisch relevante Unterschiede finden keine Erwähnung: Die Beschwerdefrist bei Bescheiden und die bei aktueller Betroffenheit jederzeitige Anfechtung von Verordnungen mittels Individualantrag sind nicht verfassungsrechtlich geregelt; die Kundmachung (Verkündung) von Verordnungen wird vom B-VG aber als Rechtsmäßigkeitvoraussetzung behandelt und geht deshalb auch aus der Perspektive des Autors ab.

Auf knappen 20 Seiten zieht *Herbst* dann seine eigenen Schlussfolgerungen aus dem präzentierten Material: Die vorgeschlagenen Kriterien erfassen zwar jeweils Typisches, tragen aber keine trennscharfen Unterscheidungen und können unstrittige Qualifikationen nicht erklären, denn es gibt Verordnungen, die Recht anwenden statt setzen (z. B. die Festlegung gefährlicher Abfälle auf der Grundlage gesetzlicher Vorgaben und tatsächlicher Ermittlungen) oder die nur für einen bestimmten oder bestimmbaren Adressatenkreis wirken (wie grundstücksbezogene Raumordnungspläne), und umgekehrt können Bescheide Bedingungen als Nebenbestimmungen enthalten (also „abstrakt“ sein), in einer Mehrzahl von Fällen angewendet werden (etwa bei der Durchsetzung von Auflagen zu Genehmigungen) oder auch dann, wenn man von Tatbestandwirkungen absieht, für eine unbestimmte Zahl von Adressaten wirken (wie die Verleihung eines ausschließlichen Rechts für andere Interessenten). In den Zweifelsfällen ist die Abgrenzung für *Herbst* eine Wertungsfrage, für die die verfassungsrechtlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Rechtsformen „zwar das notwendige Argumentarium bieten, [...] aber keine zwingenden Argumente [liefern]“. Er schließt mit einem Zitat von *Zolger* aus 1898: „Mit [dem] Ineinanderfließen der einen Kategorie in die andere muss man sich eben abfinden, will man das Befassen mit der Sache nicht einfach aufgeben.“

Das Resultat könnte man als enttäuschend empfinden, und dazu mag das Foto des Autors auf Seite 161 passen, auf dem er wie desillusionierter k. u. k. Offizier wirkt. Aber wie das Bild täuscht – *Herbst* ist ein tatkräftiger Mitarbeiter des Verfassungsdienstes der Bundesregierung –, so würde eine rein ergebnisorientierte Sicht den Wert des Buches unterschätzen: Zum einen bietet es eine vergleichsweise kurze, kluge, prägnant und nüchtern geschriebene Übersicht über das Set von Argumenten, mit denen die Frage seit mehr als hundert Jahren diskutiert wird, und über die Fallkonstellationen, denen die vorgeschlagenen Lösungen gerecht werden müssten. Zum anderen, und vielleicht ungeplant, zeigt die Arbeit sehr deutlich, dass die Verfassung über die klaren Fälle hinaus eben keine genauen Begriffe von Verordnung und Bescheid hat; dass sie – vor allem wegen des mittlerweile ausgebauten Rechtsschutzes gegen Verordnungen – auch keine haben muss; dass also die Unterscheidung der beiden Rechtsformen in den Zweifelsfällen gerade keine verfassungsrechtliche Frage ist. In Wirklichkeit geht es um zwei Instrumente, die die Gesetzgebung unterschiedlich zuschneiden und die Verwaltung relativ flexibel einsetzen kann, zur Regelung der Sache, aber gleichzeitig auch zur Entscheidung über Reichweite, Art und Intensität der Beteiligung möglicher Betroffener, über die optimale Form der Bekanntgabe, über die relative Stabilität

oder Flexibilität der getroffenen Entscheidung, und über die angemessene Form des Rechtsschutzes. Das verfassungsrechtlich gebotene Minimum kann sie dabei oft auf beiden Wegen erreichen. Vielleicht löst *Herbsts* Werk also den verfassungsfixierten Blick und eröffnet so neue Perspektiven.

Franz Merli, Wien

*Saager*, Alexandra, Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe. Schriften zum Vergaberecht, Band 46. Baden-Baden 2017, Nomos. 267 S.

Der verwaltungsrechtswissenschaftliche Diskurs hat sich in den letzten Dekaden nur selten auf den Verwaltungsakt, sondern weit häufiger auf andere Handlungsformen der Verwaltung konzentriert. Mit dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze schien zum Verwaltungsakt fast alles gesagt zu sein. Hingegen waren das schlichte Verwaltungshandeln und der Verwaltungsvertrag dogmatisch und theoretisch weitgehend unerforscht. Der Verwaltungsakt geriet in der Verwaltungswissenschaft beinahe aus der Mode. Ihm haftete an, weit über seine materiellen Merkmale hinaus ausgedehnt worden zu sein bis hin zum Schlag mit dem Schlagstock. Als modern galt vielmehr neben dem schlichten Verwaltungshandeln vor allem der Verwaltungsvertrag, der in einer rechtsstaatlichen Demokratie weit mehr als der überkommenen obrigkeitstaatliche Verwaltungsakt einem partnerschaftlichen Staat-Bürger-Verhältnis zu entsprechen schien. In den Diskussionen über den Umfang der Staatsaufgaben – Stichwort schlanker Staat – und über neue Steuerungsmodelle für die Verwaltung behielt der Verwaltungsakt zwar seinen Platz in der Eingriffs- und teilweise auch in der Leistungsverwaltung bei Massenverfahren. Als Instrument für ein Zusammenwirken von Staat und Bürger galt er aber nicht, schon gar nicht als Handlungsform für das durch das (Verwaltungs-)Privatrecht geprägte Vergaberecht.

Das vorliegende Buch, eine durch *Martin Burgi* betreute Dissertation, setzt hierzu einen Kontrapunkt. Im Zentrum der Arbeit steht der Verwaltungsakt. Als Referenzgebiet hat sich Verf. das Vergaberecht ausgesucht. Das macht neugierig, assoziiert die Verwaltungswissenschaft diese Rechtsmaterie nicht eben als Referenzgebiet für diese Handlungsform. „Er scheint ein ungebetener Gast zu sein,“ so die Einschätzung der Verf. (S. 23). Der öffentlich-rechtlich gebundene Zuschlag tritt in der Wahrnehmung hinter das Zustandekommen eines privatrechtlichen Vertrags und dessen Abwicklung zurück. Verf. hat somit ihre Arbeit an der Schnittstelle von allgemeinem Verwaltungsrecht und öffentlichem Wirtschaftsrecht angelegt. Die diesbezüglichen Herausforderungen hebt sie in der Einleitung (S. 23 f.) hervor, denn das Vergaberecht ist unübersichtlich. Seine Rechtsquellen finden sich im Unionsrecht und im nationalen Recht. Zu seinen Charakteristika zählt der Dualismus von Privatrecht und öffentlich-rechtlichem Recht. Zudem ist zu beachten, ob es sich um eine Vergabeentscheidung oberhalb oder unterhalb geltender Schwellenwerte handelt. Verf. ist sich dieser Probleme bewusst, will daher mit ihrer Arbeit zum einen den Anwendern den Umgang mit dem Vergaberecht erleichtern, zum anderen aber auch Weiterentwicklungen anstoßen. Ihr zentrales Anliegen ist, den Beschaffungsverwaltungsakt als Kategorie zu etablieren, als Handlungsform zu strukturieren und für die Verwaltung fruchtbar zu machen. Zu diesem Zweck hat sie ihre Arbeit in vier Teile gegliedert. Den 1. Teil (S. 26 ff.) bildet der normative Kontext, in dem der Beschaffungsverwaltungsakt steht. Im 2. Teil (S. 93 ff.) untersucht Verf., ob das Vergaberecht bei Verwaltungsakten anwendbar ist. Diesen Teil bezeichnet sie als „Herzstück dieser Arbeit“ (S. 24). Der 3. und umfang-