

K. Arnold · F. Bundschuh-Rieseneder
A. Kahl · T. Müller · K. Wallnöfer (Hrsg.)

Recht Politik Wirtschaft
Dynamische Perspektiven

Festschrift für Norbert Wimmer

2008

SpringerWienNewYork

Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte

I. Wirtschaftliche Interessen – unwürdig eines subjektiven Rechts?

Seit mehr als einem Jahrhundert beschäftigt sich die Lehre mit der Frage, was ein subjektives Recht ist und woran man es erkennt. So lange diese Diskussion währt, so wenig hat sie bis heute ein Ergebnis erbracht, das auch nur einigermaßen konsensfähig wäre. Das beginnt schon bei der rechtstheoretischen Konstruktion des subjektiven Rechts¹ und setzt sich fort in der Frage, ob nur der Rechtsunterworfenen oder auch der Staat Träger eines subjektiven Rechts sein kann.² Strittig ist schließlich, ob überhaupt und wenn ja mit welcher Methode einer Norm zu entnehmen ist, ob sie ein subjektives Recht gewährt, sofern sie dies nicht ausdrücklich tut.³ Diese Uneinigkeit der Lehre ließe sich verschmerzen, wenn zumindest die Judikatur, die täglich neues Anschauungsmaterial erhält, aus dieser Vielzahl an Einzelfällen zu einer vorhersehbaren und einheitlichen Linie gefunden hätte. Auch davon kann aber keine Rede sein. Zwar haben sich in der Rechtsprechung gewisse Formeln zur Frage entwickelt, wann ein subjektives Recht besteht. Diese Formeln divergieren aber nicht nur beträchtlich, sie arbeiten auch mit Entscheidungskriterien, die vage, spekulativ und manipulierbar sind.⁴

1 Siehe dazu mit weiteren Nachweisen *Grabenwarter*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT Band I/1 (2006) 10 ff; demnächst *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT Band I/2 (2007).

2 Siehe dazu einerseits zB *Bauer*, Subjektive öffentliche Rechte des Staates, DVBl 1986, 208; andererseits zB *Grabenwarter* (FN 1) 133 ff, beide mit weiteren Nachweisen.

3 Auch dazu mit weiteren Nachweisen *Grabenwarter* (FN 1) 20 ff, sowie *Pöschl* (FN 1).

4 Dazu sogleich unten II.1. und III.2.

Bei allen Differenzen im Grundsätzlichen ebenso wie im Detail scheinen sich Lehre und Judikatur allerdings in einem Punkt einig zu sein: Wirtschaftliche Interessen begründen, wie es in ständiger Rechtsprechung und in ihrem Gefolge auch in der Lehre heißt, keine Parteistellung und damit auch kein subjektives Recht⁵ – eine Gewissheit, die skeptisch machen muss: Wenn es so schwer fällt, positiv zu bestimmen, was ein subjektives Recht ist, wie kann es dann so leicht sein anzugeben, was es *nicht* ist?

1. Vielfalt wirtschaftlicher Interessen

Der Begriff des wirtschaftlichen Interesses ist dabei in der Judikatur weit gezogen: Ihm unterfällt das Interesse einer Ärztekammer oder eines Arztes, die Genehmigung eines Zahnambulatoriums zu verhindern⁶ ebenso wie das Interesse des Herstellers einer registrierten pharmazeutischen Spezialität, dass keine Zubereitung zugelassen wird, die diese Spezialität offenkundig nachahmt oder wiederholt,⁷ und ganz allgemein das Interesse des Konzessionsinhabers, dass ein anderer keine Konzession erhält, Gleiches soll für den Konzessionsbewerber gelten, der einen Mitbewerber um dieselbe Konzession abwehren will.⁸ Auch ein Unternehmer, der eine Strecke mit bestimmten Lkws befahren,⁹ seine Güter weiterhin mit einer bestimmten Eisenbahnlinie befördern¹⁰ oder einen bestimmten Eisenbahnübergang benützen und keinen Umweg wählen will,¹¹ ist nur wirtschaftlich interessiert, ebenso ein Hotelier, der erwartet, dass seine Gäste während der Nachtstunden zu seinem Hotel zufahren können¹² und eine Seilbahnbetreiberin, die verlangt, dass der Zugang zur Talstation ihrer Seilbahn nicht versperrt wird.¹³ Nur wirtschaftlich ist auch das Interesse des

5 Dazu sogleich unten I.2.

6 VwSlg 2594 A/1952, anders noch VwSlg 1772 A/1950.

7 VwSlg 7427A/1968.

8 Siehe zB VwSlg 4935 A/1959, 10.853 A/1982, VwGH 5.5.1987, 86/04/0232, VwSlg 12.838 A/1989, VwGH 22.2.1994, 93/04/0195, VwSlg 14.257 A/1995, VwGH 10.12.1996, 96/04/0242, sowie unten II.2. und III.2.a.

9 Siehe VfSlg 16.731/2002 betreffend eine Verordnung, mit der ein Fahrverbot erlassen wurde.

10 VwSlg 3177 A/1953.

11 VwGH 25.2.1981, ZI 03/1545/80; siehe auch schon VwSlg 2872 A/1953 sowie VwGH 14.1.1981, ZI 03/0696/80.

12 Siehe VfSlg 11.623/1988, wonach der Hotelier durch ein entsprechendes Zufahrtsverbot nur in seinen Vermögensinteressen beeinträchtigt sei; siehe auch VfSlg 10.491/1985.

13 VwSlg 7662 A/1969.

Jägers, seinen Abschussplan zu erfüllen¹⁴ und in der Ausübung seiner Jagd nicht durch ein Zuchtgehege beeinträchtigt zu werden.¹⁵ Auch wer darauf hofft, dass ein ihm gegenüber Unterhaltspflichtiger zu Geld kommt, um seine Unterhaltspflicht erfüllen zu können,¹⁶ hat bloß ein wirtschaftliches Interesse, ebenso wer die Einbürgerung seines verstorbenen Vaters bekämpft, um die Abwicklung der Verlassenschaft nach einer für ihn günstigeren ausländischen Rechtsordnung herbeizuführen,¹⁷ und auch wer eine Matrikenberichtigung beantragt, um eine Schmälerung seines Erbes durch weitere Erben zu verhindern.¹⁸ Wer mit einer Gemeinde ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, ist an der aufsichtsbehördlichen Genehmigung dieses Geschäfts bloß wirtschaftlich interessiert,¹⁹ nicht anders als der Mieter, der sich gegen einen baubehördlichen Abbruchauftrag wendet, weil er weiter in seiner Wohnung bleiben will.²⁰

2. Zweifelsregel zulasten des subjektiven Rechts

Diese durchaus vielfältigen Interessen und viele andere mehr begründen nach ständiger Rechtsprechung weder Parteistellung im Verwaltungsverfahren noch eine Beschwerdeberechtigung vor dem VwGH.²¹ Freilich steht es dem Gesetzgeber offen, einem derart wirtschaftlich Interessierten ausdrücklich Parteistellung einzuräumen. Der Interessierte ist dann nach manchen Entscheidungen eine „Formalpartei“,²² also berechtigt, am Verfahren teilzunehmen, aber offenbar ohne ein dazugehöriges eigenes subjektives Recht.²³ Nach einer zweiten Judikaturlinie wird das wirtschaftliche

14 VwGH 19.1.1994, 93/03/0262.

15 VwGH 21.9.1994, 94/03/0077.

16 VwSlg 6659 A/1965.

17 VwGH 17.11.1982, 01/1096/79, 81/01/0101.

18 VwSlg 6569 A/1965.

19 VwSlg 8928 A/1975; s auch VwGH 3.12.1990, 90/19/0530.

20 ZB VwGH 16.10.1990, 90/05/0060; 16.6.1992, 91/05/0234; 30.6.1994, 94/06/0112; zur vordem stark schwankenden Judikatur in dieser Frage siehe noch unten III.2.b.

21 Siehe zB VwSlg 17.878 A/1934, 308 F/1950, 554 F/1952, 2594 A/1952, 6569 A/1965, 6912 A/1966, 7427 A/1968, 7662 A/1969, VwGH 28.11.1978, ZI 1051/77, VwSlg 10.420 A/1981, VwGH 2.2.1990, 89/07/0189; 30.10.1990, 89/04/0274; 3.12.1990, 90/19/0530; 21.1.1992, 88/07/0083; 17.6.1992, 92/02/0107, VwSlg 13.666 A/1992, VwGH 23.4.1993, 92/17/0170; 21.9.1994, 94/03/0077; 5.10.1994, 94/03/0087; 18.10.1994, 94/04/0016; 10.12.1996, 96/04/0242; 21.1.2003, 2002/07/0160.

22 Siehe zB VwSlg 7427 A/1968.

23 So jedenfalls der heute übliche Begriff der Formalpartei, siehe etwa *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Band (2004) § 8 Rz 11;

Interesse diesfalls zu einem rechtlichen Interesse im Sinne des § 8 AVG und damit zu einem subjektiven Recht, das aber nur, wenn die Parteistellung dem wirtschaftlich Interessierten „durch positive Rechtsvorschrift ... ausdrücklich“ eingeräumt wird;²⁴ dass der Gesetzgeber ein solches Interesse implizit, etwa, indem er es schützt, als rechtliches anerkennt, scheint nicht zu genügen. Mildere Formeln verwendet eine dritte Gruppe von Entscheidungen: Sie insistieren nicht auf der ausdrücklichen Zuerkennung der Parteistellung, sondern betonen nur, dass „wirtschaftliche Interessen, die durch keine Rechtsvorschrift zu rechtlichen Interessen erhoben werden“, keine Parteistellung im Verwaltungsverfahren begründen.²⁵

Unter den drei genannten Judikaturlinien nimmt die zweite – auch inhaltlich mittlere – Linie breiten Raum ein: Sie geht zwar nicht davon aus, dass das wirtschaftliche Interesse per se unwürdig oder unfähig ist, Gegenstand eines subjektiven Rechts zu sein. Doch sie spricht die Vermutung aus, dass solche Interessen rechtlich nicht geschützt oder anerkannt sind. Diese Vermutung kann der Gesetzgeber nur durch eine ausdrückliche Regelung widerlegen: Erklärt er den Interessierten explizit zur Partei, dann – und nur dann – erhebt er das wirtschaftliche Interesse in den Stand eines subjektiven Rechts. Im Ergebnis stellt die Judikatur für wirtschaftliche In-

bisweilen wird dieser Begriff aber auch synonym mit jenem der Legalpartei, also der vom Gesetzgeber ausdrücklich dazu bestimmten Partei, verwendet, siehe etwa *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 295. Möglicherweise hat auch der VwGH den Begriff der Formalpartei nur in diesem Sinn gebraucht.

- 24 VwSlg 2594 A/1952 (Hervorhebung nicht im Original), siehe auch VwSlg 3177 A/1953, VwGH 14.9.1961, 1263/61; 28.11.1978, ZI 1051/77; 24.9.1982, 82/08/0139, 82/08/0140; 18.9.1990, 90/05/0073; 17.6.1992, 92/02/0107; VwSlg 13.666 A/1992, 14.103 A/1994, VwGH 5.10.1994, 94/03/0087; 10.12.1996, 96/04/0242; siehe auch *Antoniolli/Koja* (FN 23) 293, sowie *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) 1131, nach dem ein wirtschaftlich Interessierter dann in seinen rechtlichen Interessen berührt wird, wenn das positive Recht „diese Interessen als ‚rechtliche Interessen‘ anerkennt, insb dadurch, dass die Wahrung der Interessenlage des Mitbewerbers zu seinem Schutz zu einem behördlichen Entscheidungskriterium gemacht wird und ihm im Hinblick auf diese Interessenlage Parteistellung im Verfahren eingeräumt wird.“
- 25 VwGH 23.4.1993, 92/17/0170; 18.4.1994, 92/03/0259; 21.9.1994, 94/03/0077; 9.10.1996, 96/03/0245; 21.1.2003, 2002/07/0160; implizit auch zB VwSlg 1772 A/1950, VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133; siehe auch *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁸ (2003) Rz 120; *Hengstschläger/Leeb* (FN 23) § 8 Rz 7, wonach das bloß faktische, insbesondere auch wirtschaftliche Interesse an der Einhaltung von Vorschriften des objektiven Rechts nach ständiger Rechtsprechung des VwGH keine Parteistellung begründet, sofern diese Normen nicht erkennen lassen, dass sie nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Interesse des Privaten erlassen wurden.

teressen also eine Zweifelsregel auf: Mangels gegenteiliger Bestimmung besteht kein subjektives Recht. Diese Judikatur hat tiefe Wurzeln, soweit ersichtlich taucht der Begriff des wirtschaftlichen Interesses erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1934 auf.²⁶ Warum die genannte Zweifelsregel gerade für wirtschaftliche Interessen gilt, wurde allerdings weder in dieser Entscheidung noch in einer der nachfolgenden Entscheidungen begründet. Diese Regel versteht sich auch nicht von selbst.

Tatsächlich stützt die Judikatur das Fehlen einer Parteistellung oft auch nicht allein auf diese These. Flankierend führen die Gerichte regelmäßig noch weitere Gründe an, die gegen die Parteistellung des wirtschaftlich Interessierten sprechen. Dabei arbeiten sie mit jenen Argumentationstopoi, die für die Feststellung subjektiver Rechte in der Judikatur ganz allgemein gebräuchlich sind. Zwei dieser Argumentationstopoi kommen besonders häufig zur Anwendung: Zum einen die in der Lehre so genannte „Schutznormtheorie“, zum zweiten ein Argumentationstopos, der im folgenden Wirkungstheorie genannt werden soll. Beide Theorien zieht die Judikatur typischerweise heran, um die Parteistellung Drittbetroffener zu beurteilen, dies in je verschiedenen Fallkonstellationen: Während mit der Schutznormtheorie geklärt wird, ob die in einem Verwaltungsverfahren anzuwendende Norm Interessen einer Person schützt und ihr dadurch ein subjektives Recht vermittelt, geht es bei der Wirkungstheorie um die Frage, ob die Auswirkung einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung auf zweifellos bestehende Rechte einer Person eng genug ist, um ihre Teilnahme am Verfahren zu begründen.²⁷

II. Schutznormtheorie und wirtschaftliche Interessen

1. Die Schutznormtheorie

a. Der Ansatz: Interessen des Einzelnen

Soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich regelt, wem in einem Verfahren Parteistellung zukommt, ist nach ständiger Rechtsprechung zu prüfen, ob die maßgebenden Vorschriften nur eine Rechtspflicht der Behörde oder auch einen subjektiven Anspruch – und damit Parteistellung – für die

²⁶ VwSlg 17.878 A/1934.

²⁷ In manchen Entscheidungen werden auch beide Formeln zugleich angeführt, s etwa VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328.

Person begründen. Bei der Beurteilung dieser Frage komme es wesentlich auf den Zweck der Norm an.²⁸ Subjektive Rechte leitet die Judikatur nach einer ersten Formel aus Vorschriften ab, „die der Behörde auch und gerade im Interesse der betroffenen Personen bestimmte Pflichten auferlegen“.²⁹ Nach einer ebenso geläufigen zweiten Formel ist entscheidend, ob „eine Person ein Interesse an der Erfüllung einer Pflicht [hat], ein Interesse, das für die gesetzliche Festlegung der verpflichtenden Norm maßgebend war“ – ist dies der Fall, „so streitet im demokratischen Rechtsstaat die Vermutung für ihre Befugnis zur Rechtsverfolgung“.³⁰ Diese Vermutung setzt nicht voraus, dass das Gesetz die Interessen als solche des Einzelnen qualifiziert.³¹ Gerade wenn sich im Gesetz keine bestimmte sprachliche Wendung über die Qualifikation der Interessen einer Person findet, soll die beschriebene Zweifelsregel zugunsten des subjektiven Rechts zum Tragen kommen.³² Nach einer dritten Formel ist schließlich ein subjektives öffentliches Recht zu bejahen, wenn eine Rechtspflicht der Verwaltung „nicht allein dem öffentlichen Interesse, sondern (zumindest auch) dem Interesse Einzelner zu dienen bestimmt ist“ bzw wenn die die Pflicht statuierende Norm „zumindest auch – dem Schutz der Interessen einzelner Bürger dient.“³³ Auf die Beachtung bloß öffentlicher Interessen kann nach der Judikatur hingegen „der Natur der Sache nach – jedenfalls soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist ... – weder physischen noch juristischen Personen ein Rechtsanspruch zustehen.“³⁴

b. Der offene Punkt: Intention des Gesetzgebers versus Schutzeffekt der Norm

Liest man diese Formeln nebeneinander, so bleibt eine Frage offen: Kommt es für das subjektive Recht darauf an, dass der Gesetzgeber eine Norm gerade in der Intention erlassen hat, die Interessen des Rechtsunterworfenen zu schützen oder genügt, dass die Beachtung der Norm im Effekt den Interes-

28 ZB VwGH 18.4.1994, 92/03/0259.

29 ZB VwSlg 14.826 A/1998 mit weiteren Nachweisen.

30 VwSlg 9151 A/1976, 13.411 A/1991, 14.826 A/1998, VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133; ähnlich, aber ohne Bezugnahme auf die rechtsstaatliche Zweifelsregel VwSlg 10.129 A/1980; VwGH 13.1.1988, 87/03/0251.

31 ZB VwSlg 9151 A/1976, 14.826 A/1998.

32 VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133.

33 VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328; siehe auch VwSlg 6684 A/1965.

34 VwGH 30.9.1992, 89/03/0224; siehe auch schon VwSlg 15.582 A/1929, VwGH 3.3.1965, ZI 31/61; 13.12.1983, 83/07/0266; 12.12.2002, 2002/07/0109.

sen des Rechtsunterworfenen dient? Für die erste Deutung spricht, dass die Judikatur ein subjektives Recht bejaht, wenn eine Vorschrift der Behörde „auch und gerade im Interesse des Einzelnen“ eine Pflicht auferlegt, wenn das Interesse des Einzelnen für die Festlegung dieser Pflicht „maßgebend“ gewesen ist oder wenn die Rechtspflicht der Behörde dem Interesse Einzelner „zu dienen bestimmt“ ist. Für die zweite Deutung spricht, dass die Judikatur prüft, ob eine *Person* ein Interesse an der Einhaltung einer Norm *hat*, und auch, ob eine Norm dem Schutz der Interessen einzelner Bürger *dient*.³⁵ Dass diese beiden Deutungen im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, ist offensichtlich. Hier und dort wird aus je verschiedener Perspektive geurteilt: Im ersten Fall kommt es auf die – in der Regel schwer nachweisbare – Schutzintention des Gesetzgebers an, im zweiten Fall letztlich darauf, welche Interessen ein Gericht für schützwürdig hält.

c. Der manipulative Punkt: Das öffentliche Interesse

Eine ähnliche Schere öffnet sich, wenn die Judikatur das Interesse einer „Person“, des „Einzelnen“ oder „einzelner Bürger“ zum Schutzobjekt eines subjektiven Rechts erklärt und ihm das öffentliche Interesse gegenüberstellt, auf dessen Beachtung der Einzelne „der Natur der Sache nach“ keinen Rechtsanspruch haben könne. So tief in der Natur verwurzelt kann diese letzte Aussage aber doch nicht sein, denn abermals steht es dem Gesetzgeber ja frei, gerade das Gegenteil festzulegen, dem Rechtsunterworfenen eine Parteistellung also auch für öffentliche Interessen zu gewähren.³⁶ Bei voller Anerkennung dieser Entscheidungsmacht des Gesetzgebers scheint in der Judikatur aber doch eine Vorstellung darüber zu bestehen, welche Art von Interessen *grundsätzlich* die „Substanz“ eines subjektiven Rechts bilden: Es sollen dies Interessen des Einzelnen, nicht öffentliche Interessen sein.

Wann ein öffentliches Interesse vorliegt, hat die Judikatur dabei nie allgemein erläutert, sondern stets im Einzelfall entschieden. Von selbst

35 Auch in der Literatur wird für die Parteistellung nicht selten einmal verlangt, dass die Norm den Interessen einzelner zu dienen *bestimmt* ist, dann wieder, dass sie dem Schutz der Interessen einzelner Bürger *dient*, siehe etwa *Antoniolli/Koja* (FN 23) 298; *Grabenwarter* (FN 1) 20 ff.

36 Das ist etwa in § 4 WählerevidenzG geschehen, der jedem Staatsbürger das Recht einräumt, Einspruch gegen die Wählerevidenz zu erheben und die Aufnahme einer zu erfassenden Person in die Wählerevidenz oder die Streichung einer nicht zu erfassenden Person aus der Wählerevidenz zu begehren.

versteht sich die Grenze zwischen öffentlichen und individuellen Interessen allerdings nicht, schon deshalb, weil die Interessen der Allgemeinheit auch Interessen jedes Teils der Allgemeinheit, also des Einzelnen sein können: Werden dem Inhaber einer Betriebsanlage etwa Auflagen zum Schutz der Umwelt vorgeschrieben, so ist daran die Allgemeinheit, an vorderster Stelle aber der Nachbar interessiert; das gegenläufige Interesse des Anlagenbetreibers hat seinerseits das öffentliche Interesse an der Schaffung neuer Arbeitsplätze hinter sich. Individuelle und öffentliche Interessen gehen aber auch ineinander über, wenn ein Personenkreis von signifikanter Größe zum Schutzsubjekt erklärt wird: Ist etwa der Schutz der Mieter vor Obdachlosigkeit³⁷ ein öffentliches oder ein individuelles Interesse? Ist das Interesse der Gemeindebewohner, mit Wasser versorgt zu werden³⁸ (durch die Nennung der „Bewohner“) ausreichend individuell oder doch (wegen der Vielzahl an Bewohnern) öffentlich? Öffentliche und individuelle Interessen können schließlich auch ineinander aufgehen, so, wenn eine Norm Interessen einzelner Personen schützt, um das Gemeinwohl zu befördern: Wenn der Gesetzgeber Apothekern einen Existenzschutz gewährt, um eine bestmögliche Heilmittelversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten, schützt er dann nur öffentliche Interessen oder auch die individuellen Interessen der Apotheker?

2. Anwendung auf wirtschaftliche Interessen

Die Schutznormtheorie lässt also nicht nur offen, ob es ihr um die Schutzintention des Gesetzgebers oder um die Schutzwürdigkeit des jeweiligen Interesses geht. Indem sie öffentliche Interessen und Interessen des Einzelnen zum Dreh- und Angelpunkt des subjektiven Rechts erhebt, arbeitet sie zudem mit einem vagen und manipulativen Kriterium.³⁹ Mit einer „Theorie“, die auf derart viele Variablen baut, lässt sich nahezu jedes Ergebnis erzielen, das einem richtig erscheint. So kann auch nicht verwundern, dass die Schutznormtheorie bei wirtschaftlichen Interessen in aller Regel zu einem negativen Ergebnis führt, steht doch das Ergebnis hier in Wahr-

37 Vgl. VwSlg 5534 A/1961.

38 Beispiel bei *Grabenwarter* (FN 1) 139.

39 Siehe auch *Antoniolli/Koja* (FN 23) 297, nach denen die Judikatur keine verlässliche Handhabe gibt, wenn sie die Parteistellung danach bestimmt, ob eine Norm nur den Schutz der Allgemeinheit oder auch des einzelnen Rechtsunterworfenen bezweckt; zu einer grundsätzlichen Kritik der Schutznormtheorie zB *Bauer*, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, AÖR 1988, 582.

heit schon von vornherein fest: Das Einsatzgebiet der Schutznormtheorie beginnt ja definitionsgemäß dort, wo es an einer ausdrücklichen Regelung der Parteistellung fehlt.⁴⁰ Ohne ausdrückliche Zuerkennung vermögen wirtschaftliche Interessen aber nach ständiger Rechtsprechung keine Parteistellung zu begründen.⁴¹ Wenn die Schutznormtheorie in der Praxis dennoch auf wirtschaftliche Interessen angewendet wird, dann wohl, um das bereits feststehende Ergebnis zu rationalisieren oder zusätzlich abzustützen. Das allein ersetzt freilich eine Begründung für die hier erörterte Zweifelsregel zu Lasten subjektiver Rechte nicht.

Ein Problem, das die Gerichte in diesem Zusammenhang besonders häufig beschäftigt, ist die Frage, ob ein Rechtsunterwerfener als Partei verhindern kann, dass ein Konkurrent Zugang zum Markt erhält. Die Judikatur hat darauf eine zwar nicht durchgängige, aber doch grundsätzliche Antwort: Mangels gegenteiliger Regelung hat niemand einen Anspruch darauf, dass seinem Konkurrenten keine Konzession erteilt wird.⁴² Das entspricht der Schutznormtheorie gewiss, soweit die Behörde bei der Konzessionserteilung die Interessen bereits am Markt befindlicher Unternehmen gar nicht berücksichtigen muss.⁴³ Der VwGH verneint eine Parteistellung aber auch, wenn der Behörde eine Bedarfsprüfung ex lege aufgetragen ist, wenn sie also auf bestehende Betriebe Bedacht nehmen muss.⁴⁴ Selbst wenn sie eine Konzession nur unter der Voraussetzung erteilen darf, dass bestehende Unternehmer dadurch nicht in ihrer Existenz gefährdet werden, verschafft dies allein den Betroffenen nach der Judikatur keinen Anspruch auf Beachtung dieser Norm⁴⁵ – ein Ergebnis, das gute Gründe für sich haben mag, mit der Schutznormtheorie aber nicht ohne weiteres erklärbar ist: Denn dass der in

40 S oben II.1.a.

41 S oben I.2.

42 Siehe etwa VwSlg 4935 A/1959, 10.853 A/1982, VwGH 5.5.1987, 86/04/0232, VwSlg 12.838 A/1989, VwGH 22.2.1994, 93/04/0195; 10.12.1996, 96/04/0242; siehe auch schon VwSlg 17.878 A/1934.

43 So im bereits erwähnten Fall der Errichtung eines Zahnambulatoriums, siehe VwSlg 2594 A/1952; siehe auch VwSlg 11.352 A/1984.

44 Siehe zB VwGH 10.12.1991, 91/04/0279; siehe auch das Erkenntnis VwGH 22.2.1994, 93/04/0195, in dem ein konzessionierter Rauchfangkehrer ohne Erfolg geltend gemacht hatte, dass seine rechtlichen Interessen berührt werden, wenn für das Kehrgebiet, das er bisher allein betreut hat, einem zweiten Rauchfangkehrer eine Konzession erteilt wird; siehe auch VwSlg 14.257 A/1995.

45 VwSlg 3511 A/1954, siehe auch VfSlg 5648/1967, wonach Adressat einer solchen Schutzbestimmung ausschließlich die Behörde sei; zustimmend VwGH 24.9.1982, 82/08/0139, 82/08/0140.

seiner Existenz bedrohte Unternehmer an der Einhaltung dieser Norm interessiert ist, liegt doch auf der Hand. Auch dass diese Norm seinen Interessen dient, ist schwer zu bestreiten. Das breite Formelrepertoire der Judikatur lässt noch daran denken, eine entsprechende Schutzintention des Gesetzgebers zu verneinen. So meinte der VwGH zu § 10 Abs 3 ApothekenG aF, der einen Existenzschutz für öffentliche Apotheken anordnete, denn auch, diese Bestimmung sei „nicht zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der bestehenden Betriebe“ erlassen worden, sondern „nur mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an dem klaglosen Funktionieren der Heilmittelversorgung, das nur bei existenzgesicherten Betrieben ausreichend gewährleistet erscheint.“⁴⁶ Dass der Gesetzgeber die Existenz öffentlicher Apotheken nur schützt, um das Gemeinwohl zu wahren, wirft freilich wieder eine neue Frage auf: Kann der Gesetzgeber, der dieses Ziel erreichen will, das dafür erforderliche Mittel ernstlich *nicht* wollen? Wenn er rational handelt, wohl nicht. Dass die Apotheker an der Einhaltung der fraglichen Vorschrift dennoch kein rechtliches Interesse haben, bedürfte dann aber einer eigenen Begründung, die der VwGH schlussendlich auch gab: Das Interesse des Apothekers, eine seine Existenz gefährdende Konkurrenz auszuschalten, bleibe „rein wirtschaftlicher Natur. Es wird nur insoweit zu einem rechtlich geschützten, als dies der Gesetzgeber *ausdrücklich* normiert“.⁴⁷

Dass diese Entscheidung und viele vergleichbare Entscheidungen⁴⁸ auch anders ausfallen hätten können, zeigt die Judikatur selbst. Konfron-

46 VwSlg 3511 A/1954.

47 Hervorhebung nicht im Original. Eine derart ausdrückliche Zuerkennung der Parteistellung hatte das ApothekenG auch tatsächlich vorgesehen, allerdings nur für den Fall der Neuerrichtung einer Apotheke, nicht hingegen für die Fortführung einer bereits bestehenden Apotheke durch einen neuen Inhaber; bestätigt in VwSlg 5347 A/1960. Vgl aber zur neuen Rechtslage das Erkenntnis VfSlg 15.103/1998 sowie mit weiteren Nachweisen *Serban/Heisler*, Apothekengesetz und Apothekenbetriebsordnung 2005 (2005) 110 ff, 291 ff.

48 Siehe zB VwSlg 7427 A/1968 betreffend die Spezialitätenordnung, nach der keine Zubereitung zugelassen werden durfte, die in Österreich bereits registrierte pharmazeutische Spezialitäten offenkundig nachahmen oder wiederholen, sofern nicht eine Verbesserung dieser Spezialitäten in technischer oder therapeutischer Hinsicht nachgewiesen wird. Diese Vorschrift trug nach Ansicht des VwGH nur der Behörde verbindlich auf, die angeführten Zulassungshindernisse zu beachten. Der Inhaber einer bereits registrierten Spezialität sei an der Einhaltung dieser Norm bloß wirtschaftlich interessiert; siehe auch VwGH 27.6.1994, 94/10/0086 zu § 8 Sbc SchischulG, wonach eine Schischulbewilligung nur erteilt werden durfte, wenn der Bewilligungswerber (unter anderem) über einen geeigneten Sammelplatz verfügt; dieser musste sich am Standort der Schischule befinden, und, wenn nicht ein gemeinsamer Sammelplatz vereinbart ist, vom Sammelplatz jeder anderen Schischule räumlich

tiert mit einer Vorschrift des Sbg TierzuchtG, die die Anerkennung einer Zuchtorganisation nur zuließ, wenn dies (ua) das Zuchtprogramm einer anerkannten Zuchtorganisation nicht gefährdet,⁴⁹ meinte der VwGH nämlich ohne weitere Umschweife: Der Gesetzgeber habe in dieser Vorschrift das Zuchtprogramm zum Schutzobjekt erklärt und der Behörde solcherart die Pflicht auferlegt, eine Anerkennung zu verweigern, wenn dadurch das Zuchtprogramm einer anerkannten Zuchtorganisation gefährdet würde. Dass die bereits anerkannte Organisation ein Interesse an der Einhaltung dieser Pflicht hat, liege auf der Hand. Folglich habe der Gesetzgeber nicht nur ein wirtschaftliches, sondern auch ein rechtliches Interesse anerkannter Zuchtorganisationen statuiert und ihnen damit Parteistellung im Anerkennungsverfahren anderer Organisationen eingeräumt.⁵⁰

Anders wiederum beurteilte der VwGH eine gewerberechtliche Vorschrift, die die Verleihung einer Seilliftkonzession nur gestattete, wenn dies die Erfüllung der Verkehrsaufgaben eines Eisenbahnunternehmens nicht beeinträchtigt. Diese Bestimmung war, wie der VwGH feststellte, ausschließlich im öffentlichen Interesse erlassen worden; dies zeige schon ihr Wortlaut, näherhin ihr „Hinweis auf die ‚Verkehrsaufgaben des Eisen-

so getrennt sein, dass deren ordnungsgemäßer Betrieb nicht beeinträchtigt wird: Nach Ansicht des VwGH verschaffte dies dem Inhaber einer anderen Schischule keine Parteistellung; siehe weiters VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328 betreffend § 18 Abs 6 TelekommunikationsG, nach dem Entgelte für bestimmte öffentliche Telekommunikationsdienste genehmigungspflichtig sind, sofern der Anbieter des Dienstes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der VwGH sieht darin eine aufsichtsrechtliche Norm, in deren Rahmen die Behörde ausschließlich für die dieser Norm zu Grunde liegenden öffentlichen Interessen handle. Die genehmigten Entgelte könnten für das Handeln eines Konkurrenten auf demselben Telekommunikationsmarkt zwar von Einfluss sein; dies rechtfertige aber nicht die Annahme, dass die Genehmigungspflicht nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch in einem rechtlich geschützten Interesse der Wettbewerber liegt.

49 VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133.

50 Ähnliche Divergenzen zeigt die Judikatur auch in der Frage, ob einer Ärztekammer im Verfahren zur Bewilligung der Errichtung und des Betriebes einer Heilanstalt Parteistellung zukommt: In VwSlg 1772 A/1950 wurde dies bejaht. Die im Bewilligungsverfahren anzuwendende Vorschrift hatte der Ärztekammer nämlich ein Recht eingeräumt, zur Errichtung der Heilanstalt Stellung zu nehmen. Was den Gesetzgeber dazu veranlasst hatte, war den Materialien nicht zu entnehmen; für den VwGH konnte aber „kaum ein Zweifel obwalten, daß diese Bestimmung den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der freiberuflich tätigen Ärzte bezweckt“; folglich gestand er der Ärztekammer in diesem Verfahren Parteistellung zu. In VwSlg 2594 A/1952 hielt der VwGH dies nicht mehr aufrecht: Da der Gesetzgeber der Ärztekammer nicht ausdrücklich Parteistellung zuerkannt habe, sei ihr Interesse ebenso wie das Interesse der von ihr vertretenen Ärzte bloß wirtschaftlicher Natur.

bahnunternehmens', also auf eine dem Eisenbahnunternehmen im öffentlichen Interesse obliegende Pflicht.⁵¹ Diese Deutung ist gewiss nicht unvertretbar; dass sie aber auch anders ausfallen hätte können, zeigt eine wenige Jahre zuvor gefällte Entscheidung: Dort erkannte der VwGH einem Energieversorgungsunternehmen volle Parteistellung in einem Verfahren zu, in dem über den Bau einer neuen Energieversorgungsanlage abgesprochen wurde.⁵² Begründend meinte der VwGH zum einen, den Energieversorgungsunternehmer treffe für das ihm zugewiesene Versorgungsgebiet eine Aufschluss- und Versorgungspflicht, deren Erfüllung durch einen Konkurrenten gefährdet sein könne – dass diese Aufschluss- und Versorgungspflicht dem Energieversorgungsunternehmen wohl nur im öffentlichen Interesse auferlegt sein konnte, schadete dabei offenbar nicht. Zum zweiten habe die Bewilligung einer Energieanlage auch „die Wahrung des Gemeinwohles in der Richtung der Ausschaltung eines volkswirtschaftsschädlichen Wettbewerbes zum Gegenstand“. Die Parteistellung könnte dies aber nur dann begründen oder stützen, wenn nicht allein die Wahrung des Gemeinwohles, sondern auch der hiefür statuierte Konkurrenzschutz als vom Gesetzgeber intendiert angesehen wird – eine Einschätzung, die gewiss vertretbar ist, nur fragt sich, warum die Dinge bei den Eisenbahnunternehmern und Apothekern dann anders lagen.

Vielleicht war hiefür das Argument ausschlaggebend, dass der Energieversorgungsunternehmer durch einen Konkurrenten an der Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Pflichten gehindert werden kann. Als allerdings ein Jagdberechtigter geltend machte, eine behördlich bewilligte Futterstelle reiche zu nahe an sein Revier heran, locke dadurch Wild aus seinem Revier in das Nachbarrevier und verunmögliche ihm so, den Abschussplan der Behörde zu erfüllen, verschaffte ihm dies die Parteistellung nicht.⁵³ Dass das JagdG der Behörde die Verabreichung von Futter nur unter Wahrung eines Mindestabstands vom angrenzenden Jagdgebiet er-

51 VwSlg 5347 A/1960; die Aufnahme eines Seilliftbetriebes berühre den Eisenbahnunternehmer, wie der VwGH feststellte, nur in seinem Interesse, eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse durch ein hinzutretendes Konkurrenzunternehmen zu verhindern: „Das ist aber, vom Standpunkt des Gewerberechtigten betrachtet, ein bloß faktisches Interesse. Hätte der Gesetzgeber ein solches faktisches Interesse zu einem rechtlich geschützten (einem Rechtsanspruch gleichgestellten) Interesse erheben wollen, dann hätte er dies durch eine entsprechende Vorschrift zum Ausdruck bringen müssen“.

52 VwSlg 3553 A/1954.

53 VwGH 19.1.1994, 93/03/0262.

laubte, änderte daran nichts. Der VwGH prüfte hier weder, ob diese Norm den Interessen des angrenzenden Jagdberechtigten dient, noch, ob sie diesen Interessen zu dienen bestimmt ist. Er stellte nur fest, dass die genannte Vorschrift dem Jagdausübungsberechtigten kein subjektives Recht einräumt, *deshalb* greife die Bewilligung nicht unmittelbar in seine Rechte ein – eine Argumentation, die voraussetzt, was erst zu begründen wäre: Fraglich war ja, ob das JagdG dem Jagdberechtigten ein subjektives Recht verschafft; *dann* hätte die gesetzwidrige Bewilligung auch in seine Rechte eingegriffen. Der eigentliche Grund für die Ablehnung der Parteistellung war hier, wie so oft, dass das Interesse des Jagdberechtigten ein „bloß wirtschaftliches“ sei.

In einer wenig später gefällten jagdrechtlichen Entscheidung verneinte der VwGH eine Parteistellung dann wieder unter Berufung auf den Zweck der anzuwendenden Norm:⁵⁴ Ihr zufolge durfte die Errichtung eines Geheges, in dem Wild zur Fleischgewinnung gehalten wird, „die Interessen der Jagd, insbesondere die jagdliche Nutzung, vorhandene Wildwechsel, Äsungsflächen und Einstände des Wildes nicht erheblich beeinträchtigen“. Der Zweck dieser Bestimmung lag, wie der VwGH meinte, in der Wahrung öffentlicher Interessen, dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut der maßgeblichen Bestimmung, die von „Interessen *der Jagd*“ spricht. Die Bestimmung sprach allerdings auch von den Interessen der jagdlichen Nutzung, die wiederum einzelnen Personen obliegt. Hätte der VwGH anders entschieden, wenn die Norm bei gleichem Inhalt unter Nennung dieser Personen formuliert worden wäre?

Die geschilderten Entscheidungen mögen genügen, um zu zeigen, dass die Feststellung subjektiver Rechte ganz allgemein und im Besonderen dann, wenn wirtschaftliche Interessen in Rede stehen, aleatorische Züge hat.⁵⁵ In welchem Verhältnis die These, wirtschaftliche Interessen begründeten im

54 VwGH 18.4.1994, 92/03/0259.

55 Siehe auch Mayer, Der Parteibegriff im allgemeinen Verwaltungsverfahren, ZfV 1977, 485 (489), nach dem im einzelnen meist schwierig zu beurteilen ist, ob eine Vorschrift eine subjektive Berechtigung einräumt oder ob sie nur die Stellung eines Beteiligten gewährt; ebenso Antonioli/Koja (FN 23) 294, die auf die beträchtlichen Beurteilungsschwierigkeiten und auf Schwankungen der Judikatur hinweisen. Siehe allgemein auch den Befund Stolzlechners, Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz-BVG und Parteistellung von Nachbarn im technischen Anlagenrecht, FS-Walter (1991) 665 (670), für die Frage, ob eine Norm des objektiven Rechts auch ein subjektives Recht gewährleistet, „[werden] keine überzeugenden Abgrenzungskriterien und Interpretationsmaximen angeboten ..., sodaß sie von den Vollzugsbehörden unter Heranziehung schwer überprüfbarer, (teilweise) außerrechtlicher Interessensgesichtspunkte entschieden wird.“

Zweifel keine Parteistellung, zur Schutznormtheorie steht, ist dabei nicht wirklich klar: Insgesamt besehen scheint diese These nicht ein Ausfluss oder eine Spezifizierung,⁵⁶ sondern eher eine Einschränkung der Schutznormtheorie zu sein. Zum Teil wird auf den Schutzzweck einer Norm nämlich gar nicht rekurriert, wenn jemand ein wirtschaftliches Interesse geltend macht,⁵⁷ dies ist auch konsequent, sofern man – wie die Judikatur – bei wirtschaftlichen Interessen eine ausdrückliche Zuerkennung der Parteistellung verlangt. Soweit die Schutznormtheorie auch auf wirtschaftliche Interessen angewendet wird, wirkt sich der weite Spielraum, den sie belässt, in der Regel zu Lasten des subjektiven Rechts aus,⁵⁸ freilich gibt es auch hier Schwankungen, die die Judikatur in durchaus vergleichbaren Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen lässt. Soweit sie prüft, ob eine Norm nur öffentliche oder auch Interessen des Einzelnen schützt, genügt in manchen Entscheidungen, dass ein Rechtsunterworfenener an der Einhaltung einer Norm ein Interesse hat,⁵⁹ in anderen Fällen geben die mutmaßlichen Beweggründe des Gesetzgebers bei der Normerlassung den Ausschlag.⁶⁰ Manchmal wird der in einer Norm explizit angeordnete Schutz des Einzelnen als bloß im öffentlichen Interesse gelegen angesehen,⁶¹ in anderen Fällen geschieht dies gerade nicht.⁶² Dass die Mehrzahl dieser Entscheidungen sich gleichwohl auf die Schutznormtheorie bzw auf eine ihrer Varianten stützen lässt, spricht nicht eben für diese Theorie, sondern bestätigt eher die Annahme, dass sich mit ihr nahezu jedes Ergebnis begründen lässt, dass einem richtig erscheint.

3. *Das Dilemma des subjektiven Rechts*

Die geschilderten Unwägbarkeiten und Schwankungen der Judikatur verweisen auf ein nicht bewältigtes Strukturproblem des subjektiven Rechts: Weder § 8 AVG noch den Art 129a, 131 und 144 B-VG ist ja mit letzter Klarheit zu entnehmen, was ein Rechtsanspruch, ein rechtliches Interesse oder ein Recht des Beschwerdeführers wirklich ist.⁶³ Feststeht nur, dass es ei-

56 Anders wohl die Einschätzung *Grabenwarters* (FN 1) 23.

57 VwSlg 7427 A/1968; VwGH 19.1.1994, 93/03/0262.

58 VwSlg 3511 A/1954, VfSlg 5648/1967, siehe zB auch VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328.

59 VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133.

60 VwSlg 3511 A/1954.

61 VwSlg 3511 A/1954, VfSlg 5648/1967, VwGH 24.9.1982, 82/08/0139, 82/08/0140.

62 VwSlg 3553 A/1954.

63 Dementsprechend breit wurde diese Frage auch im Schrifttum erörtert, siehe nur die bei *Walter/Mayer* (FN 25) vor Rz 114 und *Grabenwarter* (FN 1) 157 ff angeführte Literatur.

nerseits solche Rechte geben muss und dass andererseits nicht jeder an jeder Rechtssache als Partei beteiligt sein kann. Als Orientierung ist dies reichlich wenig. Hier scheint zunächst weiterzuhelfen, dass die überwiegende Lehre das subjektive Recht als eine Errungenschaft des Rechtsstaates ansieht, die auf der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, auf der Lösung des Einzelnen aus dem Kollektiv beruht.⁶⁴ Dem entspricht denn auch die Kernthese der Schutznormtheorie, dass die „Substanz“ des subjektiven Rechts ein individuelles Interesse ist, nicht hingegen ein öffentliches Interesse. Die Vorstellung, das subjektive Recht habe eine von vornherein feststehende Substanz, steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zu dem von allen Gerichten und auch in der Lehre weithin anerkannten Entscheidungsprimat des Gesetzgebers: Da es an *ihm* liegt zu bestimmen, was Gegenstand eines subjektiven Rechts ist, kann jedes beliebige Interesse zum Schutzobjekt eines subjektiven Rechts erklärt werden. Über die „Substanz“ des subjektiven Rechts lässt sich dann aber keine Aussage mehr treffen: Es ist, was der Gesetzgeber dazu bestimmt, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Dass sich der Gesetzgeber freilich oft nicht dazu bereit findet, ausdrücklich anzugeben, wer in einem Verfahren als Partei beteiligt sein soll, stellt die Judikatur vor schwer lösbare Probleme. Die Schutznormtheorie reagiert schlicht auf das daraus entstehende Dilemma: Sie legt das subjektive Recht als ein individuelles bzw nicht-öffentliches Interesse fest, lässt damit die Türen in alle Richtungen offen und verschafft der Judikatur zugleich ein breites Formelrepertoire, das die Entscheidung, die sie letztlich treffen muss, zu begründen scheint.

4. *Das versteckte quantitative Kriterium*

Dennoch steckt in der Schutznormtheorie ein Potential, das in der Praxis oft genützt, aber selten offen gelegt wird: Wenn dort stets betont wird, dass die Verfolgung öffentlicher Interessen einem Einzelnen nicht zukommt, so muss dies nicht allein auf der Vorstellung beruhen, das subjektive Recht hätte per se eine ganz bestimmte „Substanz“. Noch ein zweiter, viel pragmatischerer Grund kommt für diese These in Betracht: Ließe man zu, dass ein Einzelner sich an einem Verfahren beteiligt, um ein öffentliches Interesse durchzusetzen, dann müsste dies in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung auch *jedem* anderen Einzelnen gestattet werden. Die Folge wäre eine Popularklage und damit ein Ergebnis, das – mag auch

64 Siehe zur historischen Entwicklung insb *Bauer*, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht* (1986) insbes 48 ff.

sonst alles Mögliche unklar geblieben sein – das AVG und das B-VG gewiss nicht wünschen: Andernfalls wäre es ja nicht erforderlich gewesen, hier die Parteistellung und dort die Beschwerdebefugnis überhaupt von der Voraussetzung eines subjektiven Rechts abhängig zu machen. Dass das subjektive Recht (zumindest) auch die Funktion hat, Popularbeschwerden auszuschließen, also Rechtswege gerade nicht zu eröffnen, sondern *abzuschneiden*, trübt zwar den Glanz, den ihm die Lehre verleiht, wenn sie das subjektive Recht zur „Krone“ des Rechtsstaates stilisiert. Was nicht glänzt, muss deshalb aber nicht gering geschätzt werden. Für die Feststellung eines subjektiven Rechts kann seine Funktion, Popularklagen zu vermeiden, nämlich durchaus gute Dienste tun: Ist unklar, ob ein Interesse substantiell öffentlich oder individuell ist, so mag man sich fragen, ob an der Einhaltung der jeweiligen Norm nicht *der Einzelne schlechthin*, sondern *bloß einzelne Personen* interessiert sind, ob sich also ein überschaubarer und abgrenzbarer Kreis von Parteien feststellen lässt.⁶⁵ Ist das nicht der Fall, so spricht – wenn gesetzlich nicht anderes bestimmt ist – alles gegen die Annahme eines subjektiven Rechts.

In dieser zweiten Lesart der Schutznormtheorie erscheinen viele Entscheidungen des VwGH letztlich doch plausibel: So verneint der VwGH etwa in ständiger Rechtsprechung ein subjektives Recht, öffentliche Straßen zu Verkehrszwecken zu nutzen, weil „dieses Recht zum Befahren einer öffentlichen Straße ... jedermann zu[steht]“ und daher einer Einzelperson „nur unter dem Gesichtspunkt ihrer Zugehörigkeit zur Allgemeinheit zu[kommt]“.⁶⁶ Diese Begründung überzeugt nicht, wenn man die Schutznormtheorie in der ersten Lesart zugrunde legt: Denn dass der Einzelne an der Benützung der Straße ein Interesse hat, lässt sich nicht bestrei-

65 Dieser Gedanke kommt etwa zum Ausdruck, wenn die Judikatur prüft, ob eine Norm „dem Schutz der Interessen *einzelner* Bürger“ dient (zB VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328 [Hervorhebung nicht im Original]); ebenso wenn die Lehre darauf abstellt, ob eine Norm „ein Handeln der Behörde im Interesse *individualisierbarer* Personen vorsieht“ (siehe etwa *Walter/Thiener*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I [1998] 186 [Hervorhebung nicht im Original]) bzw ob sie „nicht dem Schutz der Allgemeinheit, sondern dem Schutz *bestimmter, spezifisch betroffener*, Einzelner dient“ (*Raschauer* [FN 24] Rz 1137 [Hervorhebungen nicht im Original]; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht [2005] Rz 85). Die erste Lesart der Schutznormtheorie wird demgegenüber betont, wenn von Normen die Rede ist, die „nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Interesse *des Privaten* erlassen wurden“, siehe etwa *Hengstschläger/Leeb* (FN 23) § 8 Rz 7 (im Original mit anderer Hervorhebung).

66 VwSlg 7662 A/1969.

ten, ebenso wenig, dass der Gemeingebrauch an der Straße im Interesse des Einzelnen gewährt wird – in wessen Interesse denn sonst?⁶⁷ Dennoch leuchtet ein, dass er ein subjektives Recht darauf jedenfalls nicht ohne weiteres geltend machen kann, müsste sonst doch in einem Verfahren, in dem eine Straße als öffentliche aufgelassen oder für öffentlich erklärt wird, schlechthin *jeder* Rechtsunterworfenene Parteistellung haben.⁶⁸ Folgerichtig verneinte der VwGH eine Parteistellung auch dann, wenn nach dem Gesetz ein Einzelner anregen kann, dass eine Straße für öffentlich erklärt wird: Denn es wäre „eine unberechtigte Bevorzugung jenes Verkehrsteilnehmers, der die Frage an die zuständige Behörde herangetragen hat, gegenüber allen anderen Interessierten, nur ihm gegen den durch den Gemeingebrauch Belasteten Parteistellung zu gewähren“.⁶⁹ Anders beurteilt der VwGH die Frage der Parteistellung hingegen, wenn jemandem an einer Straße ein Sonderrecht zusteht, etwa weil ihm als Eigentümer eines Bauwerkes durch die Baubewilligung das subjektive öffentliche Recht auf Zugang und Bezug von Licht und Luft von der öffentlichen Verkehrsfläche entstanden ist.⁷⁰ Das ist plausibel, denn dieses Sonderrecht hebt den Berechtigten aus der Masse der am Gemeingebrauch Interessierten heraus; Gleiches müsste dann aber auch für den Benützer eines Seilbahnbetriebes gelten, wenn der Zugang zur Talstation seiner Seilbahn versperrt wird,⁷¹ wie überhaupt der Umstand, dass jeder am Gemeingebrauch teilnimmt, nicht ausschließt, dass manche darauf in besonderer Weise angewiesen sind und gerade deshalb als Partei doch in Frage kommen.⁷²

Auch manche Qualifikation eines Interesses als öffentlich leuchtet in der zweiten Lesart der Schutznormtheorie plötzlich ein: Wenn der VwGH

67 Siehe dazu auch *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 410.

68 Siehe mit weiteren Nachweisen auch VwSlg 4312 A/1957, wonach derjenige, der eine Straße nur aus dem Titel des Gemeingebrauchs benützt, durch ihre Auflassung in keinem Recht verletzt sein könne; VwGH 17.10.1978, 499/78, VwSlg 11.522 A/1984, VwGH 29.4.1997, 96/05/0281; 22.9.1998, 98/05/0168, wonach der Gemeingebrauch kein subjektiv-öffentliches Recht, sondern lediglich die Reflexwirkung des objektiven Rechts darstelle; im Verfahren betreffend die Feststellung, ob eine Straße als öffentliche Straße anzusehen ist, besäßen daher jene Personen, die diese Straße lediglich aus dem Grunde des Gemeingebrauchs benützen, keine Parteistellung.

69 VwSlg 11.522 A/1984.

70 VwSlg 4312 A/1957; siehe auch VwGH 22.9.1998, 98/05/0168.

71 Anders VwSlg 7662 A/1969.

72 Im Einzelnen ist in der Frage, ob und inwieweit am Gemeingebrauch ein subjektives Recht besteht, Vieles umstritten, siehe dazu statt aller *Merli* (FN 67) 394 ff.

etwa „die Interessen der Jagd, insbesondere jene der jagdlichen Nutzung“ als öffentlich qualifiziert,⁷³ so ist dies in Ansehung der unbestimmten Zahl an Jagdnutzungsberechtigten einsichtig, ebenso dass er das Ziel, „die der Gesundheit des Menschen und seiner Erholung dienende Umwelt als bestmögliche Lebensgrundlage zu erhalten“ als eindeutig öffentlich einstuft.⁷⁴ Der Schutzzweck dieser Norm besteht zwar unbestreitbar darin, den Interessen des Menschen, also dem Einzelnen zu dienen, und selbstverständlich hat der Einzelne auch ein Interesse an der Einhaltung dieser Norm. Dass aber jeder Mensch an jedem Naturschutzverfahren als Partei teilnimmt, kann wegen § 8 AVG vom Gesetzgeber nicht gewünscht sein, solange er das nicht ausdrücklich bestimmt. Gleiches gilt für die Frage, ob ein Bausparer in einem Verfahren der Bankenaufsicht Akteneinsicht verlangen kann: Der VwGH hat dies mit der Begründung verneint, das Interesse der Bausparer an einer effizienten Kontrolle der Bausparkassen sei bloß wirtschaftlicher Natur.⁷⁵ Überzeugender wäre mE der Hinweis gewesen, dass eine Parteistellung hier wegen der unübersehbaren Zahl an Betroffenen zu einer Popularbeschwerde führen müsste, die der Gesetzgeber mangels gegenteiliger Regelung nicht wünschen kann.

5. Substanz für das subjektive Recht

Die Funktion des subjektiven Rechts, Popularbeschwerden zu vermeiden, lässt freilich nicht den Gegenschluss zu, dass ein subjektives Recht immer dann besteht, wenn der Kreis der Interessierten klein und überschaubar ist: Namentlich in der Mehrzahl der oben genannten Erkenntnisse wäre dies der Fall gewesen; dennoch hat der VwGH die Parteistellung vielfach abgelehnt. Letztlich ausschlaggebend war dafür regelmäßig – mag nun die Schutznormtheorie herangezogen worden sein oder nicht – die Annahme, dass wirtschaftliche Interessen keine Parteistellung begründen, sofern der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich bestimmt. Diese Annahme hat substantiellen Gehalt, sie schließt aus dem Begriff des subjektiven Rechts Interessen einer bestimmten Qualität als nicht schutzwürdig aus. Dies bedarf einer Begründung, die nicht „von außen“, also aus einer Vorstellung, welche Interessen eines subjektiven Rechts würdig sind, kommen kann, sondern wenn, dann nur aus Normen, die über dem einfachen Gesetz stehen.

⁷³ VwGH 18.4.1994, 92/03/0259.

⁷⁴ VwGH 5.5.2003, 2003/10/0012.

⁷⁵ VwGH 22.2.1999, 98/17/0355.

Tatsächlich stehen derart substanzielle Vorgaben in der Verfassung sonder Zahl zur Verfügung: Mag auch in vieler Hinsicht unklar sein, was ein subjektives Recht ist, so besteht doch Einigkeit darüber, dass die Grundrechte subjektive Rechte sind.⁷⁶ Als Ursprung für die den wirtschaftlichen Interessen so skeptisch gesonnene These der Judikatur bietet sich zuallererst die Erwerbsfreiheit an. Sie verschafft *jedem* Erwerbswilligen ein Recht auf Zugang zum Markt und erlaubt staatliche Barrieren auf diesem Weg nur aus guten Gründen und nur in jenem Maß, das zur Verwirklichung dieser Gründe iwS verhältnismäßig ist; überdies bedarf eine solche Barriere stets einer hinreichend bestimmten Grundlage im Gesetz. Das gilt nicht nur, wenn der Zugang zum Markt durch eine Norm des objektiven Rechts beschränkt wird. Es gilt auch, wenn überdies ein Rechtsunterworfener einen Anspruch haben soll, diese Zugangsbeschränkung seinen Konkurrenten gegenüber durchzusetzen. Folglich muss die Einräumung eines solchen Anspruchs im Gesetz klar und eindeutig, und das heißt: ausdrücklich geregelt sein. Nur dies entspricht auch der Rechtsbereinigungsfunktion, die der Normenkontrolle des VfGH nach dem B-VG zukommt: Ist die Zuerkennung eines solchen Anspruchs auf Konkurrentenabwehr nämlich mit der Erwerbsfreiheit unvereinbar, so kann der VfGH – da ja eine ausdrückliche Norm existiert – diese in Prüfung nehmen und aus dem Rechtsbestand beseitigen. In diesem Sinn verdient die allgemeine Regel der Judikatur, mangels gegenteiliger Regelung habe niemand einen Anspruch darauf, dass seinem Konkurrenten keine Konzession erteilt wird,⁷⁷ grundsätzlich Zustimmung⁷⁸ – dies aber nicht, weil wirtschaftliche Interessen eines subjektiven Rechts an sich unwürdig wären, sondern weil die Zuerkennung eines solchen Rechts in die Erwerbsfreiheit des Konkurrenten eingreift und daher im Gesetz expliziert werden muss.

Freilich kann das durch Art 6 StGG geschützte Recht desjenigen, der Zugang zum Markt sucht, mit wirtschaftlichen Interessen eines anderen kollidieren, die ihrerseits verfassungsrechtlich geschützt sind: Dies ist etwa der Fall, wenn ein Referenzarzneimittelhersteller gesetzlich dazu verpflichtet wird, seine Unterlagen dem Hersteller eines Generikums zu überlassen.

76 Zur Beachtlichkeit der Grundrechte für die Frage, ob eine einfachgesetzliche Norm ein subjektives Recht gewährt, siehe mit weiteren Nachweisen *Grabenwarter* (FN 1) 79 ff, sowie *Pöschl* (FN 1).

77 Siehe die Nachweise in FN 42.

78 Siehe aber auch noch unten III.3.

Darin liegt ein Eingriff in das Eigentum des Referenzzarzneimittelherstellers, den der Gesetzgeber allerdings lindert, indem er das In-Verkehr-Bringen des Generikums erst nach Ablauf einer mehrjährigen Schutzfrist erlaubt.⁷⁹ Dass der Innovator an der Einhaltung dieser Schutzfrist ein Interesse hat, bedarf keiner weiteren Begründung, ebenso dass dieses Interesse, mag es auch wirtschaftlich sein, seinerseits durch Art 5 StGG geschützt ist. Folglich muss ihm in jenem Verfahren, in dem über die Zulassung des Generikums entschieden wird, auch Parteistellung zukommen.⁸⁰ Das gegenläufige Interesse des Zulassungswerbers tritt in dieser Hinsicht zurück.

III. Wirkungstheorie und wirtschaftliche Interessen

1. Die Wirkungstheorie

Ob eine Person an einem Verwaltungsverfahren als Partei teilnehmen kann, wird in der Judikatur nicht allein nach dem Schutzzweck der in diesem Verfahren anzuwendenden Vorschriften entschieden. Neben der Schutznormtheorie kommen vielmehr auch andere Formeln zur Anwendung; vereinfacht gesprochen machen sie die Parteistellung davon abhängig, welche Wirkung die das Verfahren abschließende Entscheidung für den Rechtsunterworfenen jeweils hat; sie werden daher im Folgenden als „Wirkungstheorie“ zusammengefasst.

Nach einer ersten, sehr allgemeinen Judikaturformel kann ein subjektives Recht nur aus der Wirksamkeit erschlossen werden, den die den Einzelfall regelnde materiell-rechtliche Norm auf den interessierten Personenkreis entfaltet, sofern der Gesetzgeber die Parteistellung nicht autoritativ bestimmt und damit die Prüfung des Falles auf die Grundsätze des § 8 AVG entbehrlich gemacht hat.⁸¹ Die Parteistellung im Verwaltungsverfahren setze voraus, dass eine Sachentscheidung in die Rechtssphäre des Betroffenen bestimmend *eingreift* und dass in ihr eine *unmittelbare*, nicht bloß abgeleitete Wirkung zum Ausdruck kommt.⁸² Ist etwa ein Verwaltungsakt

⁷⁹ Siehe zur einfachgesetzlichen Rechtslage näher *Grabenwarter* (FN 1) 70 ff.

⁸⁰ Siehe auch *Grabenwarter* (FN 1) 119.

⁸¹ ZB VwSlg 14.037 A/1994, VwGH 9.10.1996, 96/03/0245; 26.2.2003, 2000/03/0328.

⁸² VwSlg 2903 A/1953, 9751 A/1979, VwGH 13.1.1988, 87/03/0251, VwSlg 14.037 A/1994, VwGH 12.12.2002, 2002/07/0109; 26.2.2003, 2000/03/0328; siehe auch VwSlg 6659 A/1965, wonach ein Interesse an einer Verwaltungsentscheidung im Sinne des § 8 AVG die Rechtssphäre des Interessierten unmittelbar berühren müsse. Fehlt es an einer solchen Berührung, liege nur ein wirtschaftliches Interesse vor.

die Voraussetzung für einen Rechtsverlust in einem anderen Verfahren, so streitet nach Ansicht des VwGH „im demokratischen Rechtsstaat eine Vermutung dafür ..., daß der Verpflichtung der Behörde zu gesetzmäßigem Handeln in diesem vorgelagerten Verfahren ein entsprechendes subjektives Recht des Betroffenen korrespondiert“.⁸³ Dass sich die Parteistellung, wie die Judikatur in anderen Entscheidungen immer wieder feststellt, „nach dem normativen Gehalt der in der Rechtssache *anzuwendenden* Vorschriften“ bestimmt,⁸⁴ gilt dann wohl nicht; denn jene Vorschrift, die den Rechtsverlust im späteren Verfahren anordnet, muss nicht zwingend auch im vorgelagerten Verfahren anzuwenden sein.

Die Rechtssphäre, in die eine verwaltungsbehördliche Entscheidung eingreift, braucht nach der Judikatur auch nicht notwendig im öffentlichen Recht begründet zu sein. Da § 8 AVG keinen Unterschied macht, ob das zu wahrende rechtliche Interesse dem öffentlichen oder dem Privatrecht zugehört,⁸⁵ könne Partei in einem Verwaltungsverfahren vielmehr auch sein, wer durch die Erledigung dieses Verfahrens in einem Privatrecht beeinträchtigt werden kann.⁸⁶ Manche Entscheidungen verlangen diesfalls, dass die jeweilige Vorschrift des Privatrechts „in einer Beziehung zu der Angelegenheit steh[t], in der die Parteistellung zu beurteilen ist“,⁸⁷ andere fordern, der bereits genannten Formel entsprechend, einen unmittelbaren Eingriff in die privatrechtlich konstituierte Rechtssphäre,⁸⁸ nach wieder anderen Entscheidungen muss die Wahrung des jeweiligen Privatrechts der Verwaltungsbehörde vom Gesetzgeber ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden sein.⁸⁹

83 VwSlg 13.092 A/1989.

84 ZB VwSlg 9032 A/1976 (Hervorhebung nicht im Original), VwGH 26.2.1985, 85/05/0011; 13.1.1988, 87/03/0251; 18.4.1994, 92/03/0259; 26.2.2003, 2000/03/0328; siehe auch VfSlg 6257/1970, 6908/1972.

85 VfSlg 1571/1947, 9000/1980, VwSlg 2903 A/1953, VwGH 12.12.2002, 2002/07/0109.

86 VfSlg 1571/1947, 4227/1962, 9000/1980, VwSlg 2903 A/1953, 9032 A/1976, VwGH 18.4.1994, 92/03/0259; 12.12.2002, 2002/07/0109.

87 VwGH 18.4.1994, 92/03/0259; siehe auch VwSlg 495 A/1948 und VfSlg 9000/1980, wo von einer „in der Rechtsordnung begründete[n] persönliche[n] Beziehung“ zwischen dem Betroffenen und der Verwaltungsangelegenheit die Rede ist; siehe auch VwSlg 2457 A/1952, 7761 A/1970, wonach das Gesetz eine „Verbindung“ zwischen der Verwaltungssache und dem privaten Recht herstellen muss.

88 ZB VwSlg 2903 A/1953.

89 VwSlg 9032 A/1976; siehe auch VwGH 19.9.1990, 89/01/0409; 10.7.1996, 96/03/0066; 15.7.1997, 97/07/0015, ähnlich VwSlg 11.352 A/1984, wonach Privatrechte nur dann eine Parteistellung begründen, wenn die Bedachtnahme auf sie von der anzuwendenden Verwal-

2. Anwendung auf wirtschaftliche Interessen

Ähnlich wie die Schutznormtheorie belässt also auch die Wirkungstheorie den Gerichten einen beträchtlichen Spielraum, zum einen durch die Vielfalt ihrer Formeln, zum zweiten auch, weil diese Formeln ihrerseits mit relativ unbestimmten Kriterien arbeiten: Wann etwa ein Eingriff in die Rechtssphäre „unmittelbar“ ist, ist nicht ohne Weiteres klar, ebenso, welcher Art und wie eng die „Beziehung“ zwischen der privatrechtlichen Vorschrift und der Verwaltungssache sein muss. Stehen wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel, so wirkt sich dies nicht notwendig zu Lasten der Parteistellung aus, doch zeigt die Judikatur in ein und derselben Rechtsfrage auffällig häufig Schwankungen und Divergenzen.

a. Konkurrentenabwehr

Wechselnd beurteilt wurde etwa, ob ein Arzt, der eine Hausapotheke führt, Parteistellung im Verfahren betreffend die Konzession einer öffentlichen Apotheke haben soll. Die Neuerrichtung einer solchen Apotheke hatte nach dem ApothekenG aF die zwingende Rechtsfolge, dass die Bewilligung des Arztes, eine Hausapotheke zu führen, zurückzunehmen ist. Dennoch gestand ihm der VwGH zunächst keine Parteistellung zu; dies mit der Begründung, das ApothekenG aF überlasse seinem Konzept nach die Heilmittelversorgung primär den öffentlichen Apotheken. Die Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke sei dementsprechend als durch das Fehlen einer öffentlichen Apotheke bedingt erteilt anzusehen.⁹⁰ Sieben Jahre später zog der VwGH aus dieser engen Verknüpfung zwischen Haus- und öffentlichen Apotheken den entgegengesetzten Schluss: Im Hinblick auf die „mit dieser Verzahnung gegebene Betroffenheitsdichte hat derjenige, dessen Rechtsbefugnis zurückgenommen werden soll, ein Recht darauf, daß der Eintritt der Bedingungen, die zum Rechtsverlust führen ..., in einem gesetzmäßigen Verfahren unter seiner Mitwirkung festgestellt wird“.⁹¹

Dass die Zuerkennung eines Rechts an den einen für einen anderen zum Rechtsverlust oder doch zur Versagung eines Rechts führt, ist auch dann der Fall, wenn mehrere Personen um eine Berechtigung ansuchen,

tungsvorschrift zu einem rechtlichen Interesse im Sinne des § 8 AVG erhoben wird. Zum Ganzen schon Mayer (FN 55) 488 f.

⁹⁰ VwGH 24.1982, 82/08/0139, 82/08/0140, VwSlg 11.594 A/1984; siehe auch VfSlg 5648/1967.

⁹¹ VwSlg 13.092 A/1989, VwGH 16.1.1990, 89/08/0063.

die nur einmal oder jedenfalls nicht an alle vergeben werden kann, etwa, weil die Bewilligung bedarfsabhängig ist oder nur für einen bestimmten Standort erteilt werden darf. Wird diese Berechtigung einem (oder einem Teil) der Bewerber zuerkannt, so müssen die Anträge der übrigen Bewerber abgewiesen werden. Der VwGH erkannte in solchen Fällen zwar an, dass es dem Prinzip der rechtsstaatlichen Verwaltung nicht entspricht, den nicht berücksichtigten Bewerber auf die Tatsache der Konzessionsverleihung an einen anderen und die dadurch eingetretene Änderung der Bedarfslage zu verweisen.⁹² Er zog daraus aber zunächst nicht den Schluss, dass der Bewerber in den Konzessionsverfahren seiner Konkurrenten Parteistellung haben müsse.⁹³ Der übergangene Bewerber könne in seinen Rechten nämlich nur dadurch verletzt werden, dass *sein* Konzessionsansuchen rechtswidrigerweise abgewiesen wurde, mag dies auch den Grund in der Verleihung einer gleichartigen Konzession an einen anderen haben. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung stehe ihm aber kein Rechtsanspruch zu, dass einem anderen eine gleichartige Konzession nicht verliehen wird. Der übergangene Bewerber könne freilich die Nichterteilung der Konzession bekämpfen und geltend machen, dass die Behörde von ihrem Auswahlermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht habe. Die Berufungsbehörde habe dann durch einen Vergleich mit den anderen (ehemaligen) Bewerbern im Nachhinein festzustellen, ob der Ausschluss des Berufungswerbers zu Recht erfolgt ist. Sei dies nicht der Fall, so habe der Berufungswerber ungeachtet des fehlenden Bedarfs einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Konzession⁹⁴ – ein Ergebnis, das den Bewerber zufrieden stellen mag, keinesfalls aber das Gesetz, das die Erteilung einer Konzession bei fehlendem Bedarf ja gerade untersagt.⁹⁵ Zu Recht hat der VwGH dies später anders gesehen und den Bewerbern um eine bedarfsabhängige Schischul-,⁹⁶ Fahrschul-⁹⁷ und Apothekenkonzession⁹⁸ Parteistellung im

92 VwSlg 4935 A/1959, VwGH 15.3.1979, Z 935/76.

93 VwSlg 4935 A/1959, VwGH 15.3.1979, Z 935/76; siehe zuvor auch schon VwSlg 3793 A/1955.

94 VwSlg 4935 A/1959, 10.206 A/1980.

95 Kritisch schon *Dearing*, Die Verwaltungsverfahrensgemeinschaft, ÖJZ 1983, 589 (590); *Griller*, Verfassungswidrige Schrottenlenkung? ÖZW 1985, 65 (75 FN 87).

96 VwSlg 9611 A/1978; anderes galt dann nach dem Wegfall der Bedarfsprüfung: VwSlg 12.838 A/1989.

97 VwGH 1.4.1985, 82/11/0377.

98 VwSlg 14.103 A/1994, anders – allerdings vor Geltung des AVG und gestützt auf die Materialien des Materiengesetzes – Hye 6611 A/1909, VwSlg 12.466 A/1919.

Verfahren ihrer Mitbewerber zugestanden.⁹⁹ Diese Judikatur hat sich allerdings nicht verfestigt. Für Eisenbahn-,¹⁰⁰ Taxi-,¹⁰¹ Rauchfangkehrer-¹⁰² oder Bestatterkonzessionen¹⁰³ galt ohne erkennbaren Grund die alte und nach wie vor gebräuchliche Formel,¹⁰⁴ dass der Konzessionswerber mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelung keine Parteistellung im Verfahren seiner Mitbewerber hat. Ähnlich unklar und schwankend ist die Judikatur auch in der durchaus verwandten Frage, ob dem Bewerber um ein öffentliches Amt im Ernennungsverfahren überhaupt Parteistellung zukommen soll: Die Judikatur bejaht dies keineswegs grundsätzlich, sondern nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen, die überdies nach der Judikatur des VwGH andere sind als nach jener des VfGH.¹⁰⁵

b. Eingriff in privatrechtliche Rechtspositionen

Einen hohen Argumentationsaufwand hat in der Judikatur schließlich auch die Frage ausgelöst, ob der Mieter Parteistellung in einem Verfahren haben soll, in dem dem Hauseigentümer die Räumung, der Umbau oder gar der Abbruch des Hauses bewilligt oder angeordnet wird. Hat der Vermieter einen solchen Bescheid selbst erwirkt, so ist er zumindest ermächtigt, das Haus abzurechen. Wurde ihm dies behördlich aufgetragen, so ist er dazu verpflichtet. In beiden Fällen steht zu befürchten, dass der mit dem Mieter geschlossene Vertrag gekündigt, womöglich sogar ex lege aufgelöst wird. Damit verliert der Mieter ein im Privatrecht gründendes Recht. Ob ihm dies auch Parteistellung im Abbruchverfahren verschafft, wurde in der Judikatur mehrfach, mit immer wieder wechselnden Argumenten und auch mit unterschiedlichem Ergebnis beurteilt.¹⁰⁶ Zunächst verneinten VwGH und VfGH die Parteistellung mit dem Argument, das

⁹⁹ Ebenso nun auch VwGH 4.8.2005, 2004/17/0035, 0036 betreffend eine Konzession für die Durchführung von Sofortlotterien, Klassenlotterie und Nummernlotterien; siehe dazu auch *Schwartz/Brandl*, *Pyrrhussieg für Lotterien*, *ecolex* 2006, 525.

¹⁰⁰ Siehe zB VwGH 12.5.1982, 82/03/0099.

¹⁰¹ VwSlg 10.206 A/1980.

¹⁰² VwGH 10.12.1991, 91/04/0279.

¹⁰³ VwGH 5.5.1987, 86/04/0232.

¹⁰⁴ Siehe zB VwGH 10.12.1991, 91/04/0279; 22.2.1994, 93/04/0195; 10.12.1996, 96/04/0242.

¹⁰⁵ Siehe zu dieser Judikatur mit weiteren Nachweisen *Grabenwarter* (FN 1) 68 ff.

¹⁰⁶ Siehe dazu zB *Glaser*, *Zur Frage der Parteistellung des Mieters im Feststellungsverfahren gemäß § 19 (2) Z. 4a Mietengesetz*, *ÖJZ* 1953, 31; *Hauer*, *Zur Rechtsstellung des Mieters im baubehördlichen Auftragsverfahren*, *ÖJZ* 1970, 117.

Abbruchverfahren habe nicht das Mietrecht zum Gegenstand, sondern die Abtragung des Hauses – über sie habe die Behörde nur unter dem Gesichtspunkt öffentlicher Interessen abzusprechen,¹⁰⁷ eine Bedachtnahme auf die Interessen des Mieters sei ihr im Gesetz nicht aufgetragen.¹⁰⁸ Adressat des Abbruchsauftrages sei, so ein weiteres Argument, nur der Hauseigentümer,¹⁰⁹ der Mieter werde durch den Abbruchbescheid nicht primär und nicht unmittelbar berührt,¹¹⁰ er habe an der Erhaltung der Baulichkeit bloß ein wirtschaftliches Interesse.¹¹¹ Anderes gelte allerdings, wie der VwGH in der Folge feststellte, wenn der Vermieter einen Abbruchbescheid nach dem (damaligen) MietenG erwirkt: Dies verschaffte ihm nämlich nach demselben Gesetz einen Kündigungsgrund.¹¹² Durch diese im Gesetz erzeugte Verbindung werde „das Interessenobjekt des Mieters (Erhaltung der Mietwohnung) einer rechtlichen Veränderung im Sinne einer Zerstörung ausgesetzt ... Damit hat sich aber das tatsächliche Interesse des Mieters zu einem rechtlichen gewandelt.“¹¹³ Noch einen Schritt weiter ging sodann der VfGH unter Berufung auf die Judikatur des OGH: Nach dieser führte ein baubehördlicher Räumungs- oder Abbruchauftrag ganz allgemein zur Auflösung des Mietverhältnisses. Da das Zivilgericht in dieser Hinsicht an den Abbruch- bzw Räumungsbescheid gebunden sei, entscheide im Ergebnis die Baubehörde über das Schicksal von Mietverträgen. Der Mieter habe folglich das Recht, den Räumungs- oder Abbruchauf-

107 VwSlg 16.654 A/1931, 1513 A/1950, 1608 A/1950, siehe dann auch wieder VwGH 16.6.1992, 91/05/0234.

108 VwSlg 16.654 A/1931.

109 VwSlg 1513 A/1950, 1608 A/1950, VwGH 24.10.1966, Z 1408, 1409/66, VwSlg 7048 A/1967, VfSlg 5358/1966.

110 VwGH 24.4.58, Z 424/56; bestätigt in VwSlg 6579 A/1965.

111 VwSlg 1513 A/1950, 1608 A/1950.

112 VwSlg 2457 A/1952. Siehe zuvor schon VwSlg 2034 A/1950, wonach einer Mieterin Parteistellung in einem Bewilligungsverfahren zukommen müsse, wenn ihr Mietrecht durch die Bewilligung „irgendwie eingeschränkt oder aufgehoben werden konnte“ – eine Voraussetzung, an der es im vorliegenden Fall allerdings fehlte; siehe auch VwSlg 2903 A/1953, wonach dem Vermieter in einem gewerbebehördlichen Verfahren über die Witwenfortbetriebsanzeige Parteistellung zukäme, wenn in der Zurkenntnisnahme ein Abspruch über das privatrechtliche Benützungrecht an den als Standort angegebenen Lokalitäten und damit eine Verpflichtung zur Duldung der Benützung enthalten wäre; gerade dies sei aber nicht der Fall. Ebenso VfSlg 1571/1947 in einem Fall, in dem die Zuerkennung einer Konzession ex lege zur Aufhebung des Bestandsrechtes des früheren Konzessionsinhabers führte.

113 VwSlg 2457 A/1952, 7761 A/1970, VwGH 20.10.1971, ZI 1660/71, siehe auch VfSlg 3109/1956 in Abkehr von VfSlg Anh 5/1949.

trag beim VfGH zu bekämpfen.¹¹⁴ Der VwGH hielt dem entgegen, dass der baubehördliche Räumungs- und Abbruchauftrag nicht notwendig den Untergang des Mietvertrages zur Folge habe, weil die Behörde den Bescheid ja zurücknehmen oder der Eigentümer einen Vollstreckungsaufschub erwirken könne.¹¹⁵ Mit *dieser* Begründung lässt sich freilich schlechthin jede Rechtswirkung eines Bescheides relativieren. Dennoch revidierte der VfGH, zunächst nicht ausdrücklich,¹¹⁶ über den Vorhalt einer Partei dann aber auch explizit seine Judikatur,¹¹⁷ ja er ging sogar hinter die Judikatur des VwGH¹¹⁸ zurück und meinte, die Abbruchreife schaffe zwar einen Kündigungsgrund nach dem MietenG, sie zu beurteilen unterliege aber der freien Beweiswürdigung des Gerichtes; auch der nach dem MietenG erwirkte Abbruchbescheid greife daher nicht unmittelbar in die Rechte des Mieters ein.¹¹⁹ In den folgenden Entscheidungen wiederholten VfGH und VwGH jene Argumente, die sie schon ursprünglich gegen die Parteistellung des Mieters angeführt hatten,¹²⁰ zugleich nannten sie hierfür stets neue Gründe, so, dass die jeweilige BauO für die Parteistellung grundsätzlich an das Eigentumsrecht anknüpfe, nicht aber den Mieter zur Partei erkläre,¹²¹ dass sie der Baubehörde die Wahrung des Mietrechts nicht zur Pflicht gemacht habe,¹²² dass der Mieter seine aus dem Mietvertrag resultierenden Rechte gegen den Vermieter im Zivilrechtsweg geltend machen könne,¹²³ und dass der Mieter auch aus baupolizeilichen Vorschriften, die dem Schutz der Benutzer eines Bauwerks dienen, keine Parteistellung ableiten könne, ebenso wenig wie der Dienstnehmer und der Kunde des Geschäftslokals.¹²⁴ Der Abbruchbescheid ändere überdies nur die Rechtssphäre des Hauseigentümers unmittelbar, nicht hingegen

114 VfSlg 4610/1963.

115 VwSlg 6579 A/1965, 6949 A/1966.

116 VfSlg 5358/1966.

117 VfSlg 5401/1966, siehe dann auch VfSlg 5496/1967, 5707/1968.

118 Der er ursprünglich gefolgt war: VfSlg 3109/1956, anders noch VfSlg Anh 5/1949.

119 VfSlg 5358/1966, 5388/1966. Der VwGH folgte dieser Einschätzung nicht: VwSlg 7761 A/1970, VwGH 20.10.1971, ZI 1660/71.

120 Siehe zB das Erkenntnis VwGH 24.10.1966, ZI 1408, 1409/66, das nur mehr auf VwSlg 1609 A/1950 verweist; VwGH 22.9.1967, ZI 952/67.

121 VwGH 16.10.1990, 90/05/0060; siehe schon zuvor VwSlg 15.599 A/1929, VfSlg Anh 5/1949.

122 VwSlg 6579 A/1965.

123 VwSlg 7048 A/1967, VwGH 30.6.1994, 94/06/0112.

124 VwGH 16.6.1992, 91/05/0234.

die Rechtssphäre von Personen, die mit dem Hauseigentümer in einem Dauerschuldverhältnis stehen, so „Bestandnehmer, aber auch öffentliche Versorgungsunternehmungen, Rauchfangkehrer, Hausbesorger etc.“¹²⁵

3. *Quantitatives Kriterium und Substanz*

Das zuletzt genannte Argument deutet an, dass der Kreis der Parteien in einem Abbruchverfahren unübersehbar werde, wenn man erst einmal dem Mieter eine Mitwirkung an diesem Verfahren zugesteht: Es müssten dann auch alle anderen Personen an diesem Verfahren teilnehmen, mit denen der Hauseigentümer in einem Dauerschuldverhältnis steht. Die neben dem Mieter beispielhaft genannten Personen erhöhen die Zahl der Parteien allerdings nicht merklich, jedenfalls nicht auf ein Maß, das nicht abgrenzbar wäre. Immerhin zeigt dieses Argument aber, dass das Kriterium der Unmittelbarkeit bei der Wirkungstheorie dieselbe Funktion erfüllt wie das öffentliche Interesse in der zweiten Lesart der Schutznormtheorie: Es dient dazu, Popular- und Massenbeschwerden zu vermeiden und bestimmt damit das subjektive Recht nach einem quantitativen Kriterium. Ließe man jede, auch noch so entfernte Wirkung eines Bescheides für die Parteistellung genügen, so wäre man bald bei einer Popularklage angelangt, zeitigt doch jeder Bescheid unendlich viele Wirkungen, wenn man die Kausalkette nur lang genug sein lässt. Das mag auch der Grund sein, warum die Judikatur überhaupt die hier problematisierte These entwickelt hat: Unter den vielen Wirkungen, die ein Bescheid hat, ist wohl die Mehrzahl wirtschaftlicher Natur.

Die These, dass wirtschaftliche Interessen im Zweifel keine Parteistellung begründen, hat wie gezeigt, in Art 6 StGG auch ein verfassungsrechtliches Fundament, soweit sie davon ausgeht, dass ohne ausdrückliche Regelung niemand ein Recht darauf hat, einen anderen vom Markt fernzuhalten. Die Erwerbsfreiheit stützt diese These allerdings nicht auch in jeder anderen Hinsicht. Dass der Arzt Parteistellung in einem Verfahren hat, das in weiterer Folge notwendig zur Aberkennung einer ihm zuerkannten Hausapothekenbewilligung führt, muss im Lichte des Art 6 StGG *nicht* ausdrücklich im Gesetz geregelt werden; es genügt, dass die Parteistellung gesetzlich nicht ausgeschlossen wird. Dasselbe gilt für einen Konzessionswerber im Hinblick auf das Verfahren seiner Mitbewerber, sofern die Erteilung der Konzession an den einen die Erteilung der Konzession an den anderen ausschließt. Sowohl der Arzt als auch der Konzessionswerber

haben in einer solchen Konstellation bereits nach Art 6 StGG ein Recht darauf, „unter den gesetzlichen Bedingungen“ jeden Erwerbszweig auszuüben. In einem Verfahren, in dem über das Vorliegen oder Fehlen dieser Bedingungen abgesprochen wird, muss ihnen folglich auch Parteistellung zukommen,¹²⁶ ob sie oder ihr Konkurrent dieses Verfahren in Gang gesetzt haben, spielt dabei keine Rolle. Die in der Judikatur für wirtschaftliche Interessen aufgestellte Zweifelsregel zu Lasten des subjektiven Rechts gilt für Personen, die Zugang zum Markt suchen, also gerade nicht, das Gegenteil ist richtig: Nur wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich bestimmt, ist hier vom Fehlen, andernfalls aber vom Bestehen der Parteistellung auszugehen. Will der Gesetzgeber den Betroffenen als Partei vom Verfahren ausschließen, so muss er dies also explizieren – mit der Folge, dass der VfGH die Ausschlussnorm in Prüfung nehmen und im Fall ihrer Unvereinbarkeit mit Art 6 StGG aus dem Rechtsbestand entfernen kann.

Gleiches müsste mE nach Art 3 StGG auch für die Bewerber um ein öffentliches Amt im Ernennungsverfahren gelten.¹²⁷ Mangels gegenteiliger Regelung kommt ihnen Parteistellung zu; will der Gesetzgeber dort, etwa aus verwaltungswirtschaftlichen Gründen, Massenverfahren vermeiden, so muss er die Parteistellung eben nach sachlichen Kriterien auf bestimmte Personen einschränken. Mit grundrechtlichen Erwägungen lässt sich schließlich auch beantworten, ob ein Mieter im Abbruchverfahren

¹²⁶ Siehe bereits *Griller* (FN 95) 76, nach dem bestehende einfachgesetzliche Bestimmungen wegen Art 6 StGG und Art 7 B-VG verfassungskonform so zu interpretieren sind, dass den konkurrierenden Bewerbern um eine Konzession die Möglichkeit offen steht, die Auswahlentscheidung der Behörde wirksam zu bekämpfen; dafür komme eine Parteistellung des Mitbewerbers im Verfahren seiner Konkurrenten oder im Rahmen eines Mehrparteienverfahrens in Frage. Ein Mehrparteienverfahren nimmt in solchen Fällen unter Berufung auf Art 7 B-VG auch *Dearing* (FN 95) 591, an, offenbar auch, wenn der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich vorsieht; anders möglicherweise *Stolzlechner*, Formen und Instrumente des Konkurrenzschutzes im öffentlichen Wirtschaftsrecht, ÖZW 1982, 97 (109), nach dem Art 6 StGG die „Einführung“ eines Mehrparteienverfahrens fordert.

¹²⁷ So wohl auch *Dearing* (FN 95) 591, nach der bei jeder Besetzung von Planstellen des öffentlichen Dienstes alle Bewerber Parteistellung besitzen müssen; ihr rechtliches Interesse stütze sich auf § 8 AVG iVm den Bestimmungen, die ein Ausschreibungs- oder Bewerbungsverfahren regeln, oder iVm Art 3 StGG. Dass die Parteistellung des Bewerbers direkt aus Art 3 StGG folgt, wird zwar in der Lehre sonst nicht durchwegs angenommen, wohl aber ist sich die Lehre weitgehend einig, dass die Judikatur den Anforderungen des Art 3 StGG für die Ausgestaltung des Ernennungsverfahrens nicht zureichend Rechnung trägt, siehe *Grabwarter* (FN 1) 115 ff, sowie mit weiteren Nachweisen *Kucsko-Stadlmayer*, Art 3 StGG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung) Rz 34.

Parteistellung haben muss: *Wenn* der Abbruchbescheid zur Auflösung des Mietverhältnisses führt, ist die rechtliche Situation des Mieters vor und nach Erlassung des Abbruchbescheides nicht dieselbe. Da sein Mietrecht in den Schutzbereich des durch Art 5 StGG garantierten Eigentums fällt,¹²⁸ müsste ihm im Abbruchverfahren Parteistellung zuerkannt werden. Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass der Baubehörde die Wahrung der Interessen des Mieters nicht aufgetragen ist; denn dies ändert nichts daran, dass ihr Bescheid die Rechte des Mieters beseitigt. Fraglich ist allerdings, *ob* die Prämissen stimmen, ob der Abbruchbescheid also wirklich den Mietvertrag vernichtet. Nach § 1112 ABGB, auf den der OGH diese Annahme stützt, löst sich der Bestandsvertrag nur dann „von selbst auf, wenn die bestandene Sache zugrunde geht.“ Dem Untergang der Bestandssache einen Abbruchbescheid gleichzuhalten, liegt bei unbefangener Lektüre aber keineswegs nahe, schon deshalb, weil der Abbruchbescheid nicht notwendig den Untergang des Gebäudes zur Folge hat: Dem Eigentümer bleibt nach wie vor die Option, das Gebäude zu sanieren und damit die Vollstreckung des Abbruchbescheides zu verhindern (§ 10 Abs 2 Z 1 VVG). Dieses Recht des Eigentümers verdichtet sich dem Mieter gegenüber zu einer Pflicht, wenn die Sanierung möglich und zumutbar ist (§ 1096 ABGB). Dass sich der Vermieter dieser Pflicht nicht entledigen kann, indem er das Gebäude abträgt, versteht sich von selbst: Ein derart pflichtwidriger Abbruch kann den Bestandsvertrag daher nicht nach § 1112 ABGB auflösen. Ebenso wenig kann dies der Abbruchbescheid, der dem Vermieter die Option der Sanierung ja gerade belässt. Zu Recht nimmt denn auch der OGH neuerdings an, dass der Bestandsvertrag bestehen bleibt, wenn die Sanierung möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. Doch der OGH trennt sich von seiner Prämisse nur mit halbem Herzen: Ist die Sanierung unmöglich oder unzumutbar, so soll weiterhin der Abbruchbescheid den Bestandsvertrag auflösen¹²⁹. Gegen das Ergebnis ist nichts einzuwenden, nur ließe es sich auch ohne Verwerfungen erzielen: Ist die Sanierung unmöglich oder unzumutbar, so darf der Vermieter das Gebäude abtragen. Geht es durch den Abbruch zugrunde, so löst sich

¹²⁸ VfSlg 71/1921, 1667/1948, 5499/1967.

¹²⁹ SZ 67/64; OGH 20.12.2006, 9 Ob 96/06t; *Albrecht*, Bindung an Demolierungsbescheid? JAP 1994, 262; s auch *Walter*, Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige präjudizielle Bescheide nach AVG im Rahmen der Zivilprozeßordnung im Vorfragenbereich, ÖJZ 1996, 601 (609 FN 45).

der Bestandsvertrag auf. Wird es saniert, obwohl dies unwirtschaftlich ist, bleibt der Bestandsvertrag bestehen. Nichts anderes sieht § 1112 ABGB vor. Beseitigt der Abbruchbescheid nach all dem den Bestandsvertrag nicht, so geht auch an, dass der Mieter im Abbruchverfahren keine Parteistellung hat.

IV. Wirtschaftliche Interessen – eines subjektiven Rechts würdig

Die These der Judikatur, dass wirtschaftliche Interessen im Zweifel, also mangels gegenteiliger Regelung keine Parteistellung begründen, ist nach all dem teils richtig, teils aber auch nicht. Keinesfalls darf aus dieser These der Schluss gezogen werden, wirtschaftliche Interessen wären unwürdig, Gegenstand eines subjektiven Rechts zu sein, das Gegenteil ist der Fall: Wenn das StGG das Eigentum für unverletzlich, die Erwerbstätigkeit für frei, öffentliche Ämter für zugänglich und die Freizügigkeit der Person und ihres Vermögens für unbeschränkt erklärt, dann ja gerade *weil* es die wirtschaftlichen Interessen der Bürger für schutzwürdig hält. Für die Parteistellung im Verwaltungsverfahren folgt daraus zweierlei:

Wer einen anderen an der Inanspruchnahme dieser Rechte hindern, ihn etwa vom Markt fernhalten will, kann dies nur tun, wenn der Gesetzgeber ihn ausdrücklich dazu ermächtigt. Mangels gegenteiliger Regelung oder einem gegenläufigen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht hat folglich – wie auch die Judikatur seit jeher annimmt – niemand ein Recht darauf, dass ein anderer keinen Zugang zum Markt erhält. Soweit der Einzelne aber mit anderen um den Zugang zum Markt konkurriert, hat er bereits nach Art 6 StGG ein Recht darauf, „unter den gesetzlichen Bedingungen“ auf den Markt zu gelangen, und das heißt – was die Judikatur noch nicht durchgehend anerkennt – auch ein Recht darauf, sich gegen seine Konkurrenten durchzusetzen, wenn der Gesetzgeber die zu vergebenden Berechtigungen limitiert. Nichts anders gilt auch für die Vergabe öffentlicher Ämter und überhaupt für Personen, die, wie etwa der Anlagenbetreiber und sein Nachbar um die Nutzung ihres Eigentums konkurrieren. Dass sie am Ausgang eines Verwaltungsverfahrens wirtschaftlich interessiert sind, kann ihnen nicht schaden, wenn und solange bereits der Verfassungsgesetzgeber ihre Interessen für schutzwürdig erklärt.

Unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts wird sich die Beachtlichkeit wirtschaftlicher Interessen wohl weiter verstärken, weil das Gemein-

schaftsrecht diese Interessen tendenziell noch stärker schützt als das innerstaatliche Recht.¹³⁰ Punktuell mag sich die Zweifelsregel zu Lasten des subjektiven Rechts bei wirtschaftlichen Interessen in Zukunft sogar umkehren. Selbst dafür ist die Judikatur jedoch gerüstet, weil ihr die Schutznormtheorie den dafür erforderlichen Spielraum durchaus lässt: Sie kann dann Interessen, die bislang bloß öffentlich waren, auch als individuell ansehen, sich damit begnügen, dass der Einzelne an der Einhaltung einer Norm interessiert ist und auf den Nachweis einer gesetzgeberischen Schutzintention verzichten. Gelobt sei, und das weiß niemand besser als der Jubilar: ein breites Formelrepertoire!

¹³⁰ Allgemein zur Frage des subjektiven Rechts im Gemeinschaftsrecht mit weiteren Nachweisen Grabenwarter (FN 1) 34 ff.