

Verhandlungen
des Sechzehnten
**ÖSTERREICHISCHEN
JURISTENTAGES**

Graz 2006



I/2

Öffentliches Recht

Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht

Referate und Diskussionsbeiträge

Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl

Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht

I. Vorbemerkung

Anlass für den Juristentag, die subjektiven Rechte im Verwaltungsrecht zum Thema dieser Tagung zu wählen, war eine Entscheidung des OGH zu einer bis dahin strittigen Frage: Kann der Nachbar, der als Partei aus dem sog vereinfachten Betriebsanlagenverfahren ausgeschlossen ist¹⁾, sein Interesse, durch Immissionen der Betriebsanlage nicht gestört zu werden, im Zivilrechtsweg geltend machen? Kann er also auf Unterlassung jener Emissionen klagen, die zu verbreiten dem Anlagenbetreiber durch den verwaltungsbehördlichen Genehmigungsbescheid gerade erlaubt worden ist? Der OGH hat diese Frage in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 bejaht²⁾.

Dieses Urteil und noch mehr die Rechtslage, die ihm zugrunde liegt, muss uns tatsächlich dazu veranlassen, einmal – oder auch wieder einmal – grundlegend über das subjektive öffentliche Recht nachzudenken. Denn sie führt in gewisser Weise an den Ursprung dieses Instituts, in das frühe 19. Jahrhundert, in dem man ganz allgemein dazu tendierte, subjektive Rechte nur im Privatrecht, nicht aber auch in Verwaltungssachen zu akzeptieren³⁾. Dass das subjektive Recht im Privatrecht von jeher einen so gefestigten Platz hatte, hat verschiedene Gründe, wohl auch den, dass der Einzelne als Privater eine eigene Interessensphäre und zudem einen klar erkennbaren Gegner hat: den anderen Privaten, an den er seine Forderungen richten kann⁴⁾. Einen solchen Gegner hatte der Bürger im Verwaltungsrecht zunächst nicht, wiederum aus verschiedenen Gründen. Maßgeblich dafür war zunächst, dass der Einzelne nicht als Individuum, sondern als Teil des Kollektivs und Glied des Staates begriffen wurde. Dass er dem Staat gegenüber eigene Rechte haben und diese auch klagsweise geltend machen sollte, war von daher gar nicht denkbar oder doch nur um den Preis, dass Staat und Verwaltung selbst

¹⁾ Vgl § 359b GewO, näher *Grabenwarter*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT Band I/1 (2006) 55 f, 97 ff.

²⁾ OGH 8.7.2003, 4 Ob 137/03f; dazu mwN *Grabenwarter* (FN 1) 103 f.

³⁾ S zur historischen Entwicklung des subjektiven Rechts näher *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht (1986) hier insbesondere 69 ff; *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997) 56 ff.

⁴⁾ *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht (1968) 55 f.

zu „privati“ gemacht würden⁵). Zumindest ebenso schwer wie dieser theoretische Einwand gegen das subjektive Recht wog jedoch, dass das öffentliche Interesse, das im Verwaltungsrecht realisiert wird, allein als Sache der Krone und ihrer Exekutive betrachtet wurde: Den Bürger ging das öffentliche Interesse schlicht nichts an⁶). Ihm ungeachtet dessen subjektive öffentliche Rechte zuzugestehen, gelang erst durch einen geschickten Rückgriff auf das Privatrecht: Verstanden als die „Fähigkeit, Rechtsnormen im *individuellen* Interesse in Bewegung zu setzen“⁷), ließ sich das subjektive öffentliche Recht als im Grunde vertraute, weil privatrechtsähnliche Position innerhalb des öffentlichen Rechts begreifen. Zugleich war mit dieser Definition aber auch klargestellt, dass das *öffentliche* Interesse weiterhin eine Angelegenheit der Exekutive, dem Einfluss des Bürgers also entzogen bleibt⁸).

Diese Konstruktion des subjektiven öffentlichen Rechts hat sich in der Folge in der österreichischen und deutschen Rechtsordnung durchgesetzt. Doch das subjektive öffentliche Recht ist nicht der einzige Weg, auf dem der Bürger zu einem Klagerecht kommen kann. Es wäre auch denkbar, dass er ohne weitere Voraussetzungen dazu ermächtigt wird, ein Rechtskontrollverfahren in Verwaltungssachen in Gang zu setzen. Eine solche *Popularklage* kann in einer Demokratie sogar als besonders konsequent empfunden werden, gibt sie doch jedem Bürger die Befugnis, an der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mitzuwirken: Sie macht so die öffentliche Angelegenheit zu jedermanns eigener Angelegenheit und verwirklicht damit geradezu ein Ideal der Demokratie⁹). Der solcherart Klagsberechtigte ist dann freilich eine Art Staatsorgan, sein Einschreiten dient nicht primär seinen eigenen Interessen – es dient der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit. Damit sind wir bei einem ersten Trend angelangt, den das Gutachten konstatiert: Der Gesetzgeber räumt in letzter Zeit nicht nur Personenmehrheiten Klagerechte ein, er schafft verschiedentlich auch die Möglichkeit einer Populärbeschwerde¹⁰).

Diese Möglichkeit auszudehnen und jedem Bürger die Legitimation einzuräumen, jede beliebige Rechtsverletzung geltend zu machen, kann allerdings unerwünschte Folgen haben. Um sie zu vermeiden, muss die Befugnis des Einzelnen, eine Rechtskontrolle in Gang zu setzen, be-

⁵) Henke (FN 4) 58 f.

⁶) Masing (FN 3) 56 ff, insbesondere 66.

⁷) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte² (1905) 51 (Hervorhebung nicht im Original).

⁸) Masing (FN 3) 65 f.

⁹) Henke (FN 4) 59.

¹⁰) Grabenwarter (FN 1) 126 ff, 130 ff.

schränkt, also von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, etwa von einer hinlänglichen Nahebeziehung des Klägers zur Rechtssache, von einer irgendwie näher umschriebenen Betroffenheit, die den Kläger aus der Masse der Allgemeinheit heraushebt. Auch dann noch dient seine Klage aber der Einhaltung des objektiven Rechts: Der Kläger macht nicht „sein“ Recht geltend, er wird nur mobilisiert, um die objektive Rechtmäßigkeit der Verwaltung sicherzustellen. Dies zu tun wird dem *Gemeinschaftsrecht* attestiert¹¹⁾ – ein zweiter Faktor, den das Gutachten verarbeitet¹²⁾, der auf unsere Rechtsordnung einwirkt und der vielleicht über kurz oder lang unser Verständnis des subjektiven Rechts verändern kann.

Noch eine dritte Tendenz hat das Gutachten festgestellt: Der Gesetzgeber räumt in jüngerer Vergangenheit vermehrt Gebietskörperschaften und *Staatsorganen* zur Geltendmachung öffentlicher Interessen Parteistellung im Verwaltungsverfahren ein, bisweilen gewährt er ihnen sogar explizit „subjektive Rechte“¹³⁾. Doch wir haben Schwierigkeiten, diese Bezeichnung hier zu akzeptieren, und zwar ähnliche Schwierigkeiten, wie man sie im 19. Jahrhundert hatte zu akzeptieren, dass der Einzelne dem Staat gegenüber Rechte haben soll. Dass der Bürger nicht bloß ein Teil, ein Glied des Staates ist, sondern von ihm verschieden und getrennt, darüber sind wir uns heute einig. Wie aber sollen wir eine Gebietskörperschaft oder ein Staatsorgan als dem Staat gegenüber anspruchsberechtigt begreifen können?

In Ansehung all dieser Tendenzen konstatiert das Gutachten einen Umbruch und eine gute Zeit für eine Bilanz¹⁴⁾, zu Recht: Wenn der Gesetzgeber Popularbeschwerden eröffnet und damit den Bürger zu einer Art Staatsorgan macht, wenn er umgekehrt nicht nur Personenmehrheiten, sondern selbst Gebietskörperschaften und Staatsorganen, „subjektive Rechte“ zur Geltendmachung öffentlicher Interessen gewährt und wenn schließlich das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen als Kläger nur mobilisiert, um dem objektivem Recht zum Durchbruch zu verhelfen, so scheint das subjektive Recht zu erodieren, und es stellt sich einmal die Frage: Was ist und wozu brauchen wir das subjektive öffentliche Recht?

¹¹⁾ S statt vieler *Masing* (FN 3) 50 ff; auch das französische System kommt ohne subjektive Rechte aus, s zu diesem mwN *Grabenwarter* (FN 1) 37 f.

¹²⁾ *Grabenwarter* (FN 1) 39 ff.

¹³⁾ S die Beispiele bei *Grabenwarter* (FN 1) 136 ff.

¹⁴⁾ *Grabenwarter* (FN 1) 5.

So uneinig sich die Lehre ist und immer war, was überhaupt ein subjektives Recht ist, so sehr hat man sich heute doch auf eines verständigt: dass die Grundrechte subjektive öffentliche Rechte sind¹⁵). An diesem Konsens wird hier nicht gerüttelt; die folgenden Erwägungen gehen vielmehr von ihm aus und fragen, ob sich aus den Grundrechten die eine oder andere Klarheit über das subjektive öffentliche Recht gewinnen lässt.

II. Durchsetzbarkeit als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts?

1. Rechtshistorischer Befund

Unsere Sicherheit, dass Grundrechte subjektive öffentliche Rechte sind, hat mehrere Gründe, einer wurde implizit schon angesprochen: Grund-, insbesondere Freiheitsrechte gewähren dem Bürger einen staatsfreien Raum, sie lösen den Einzelnen aus dem Kollektiv, begreifen ihn als Individuum und stellen ihn dem Staat gegenüber. So erhält der Bürger auch im öffentlichen Recht – wie schon lange zuvor im Zivilrecht – einen klaren Gegner, an den er seine Forderungen richten kann.

Ein zweiter Grund für unsere Sicherheit mag sein, dass gemeinsam mit den Grundrechten in aller Regel ein Rechtsweg eingerichtet wurde, auf dem der Einzelne eine Verletzung seiner Rechte geltend machen konnte. Von einem Rechtsweg zu sprechen, auf dem diese Rechte „durchgesetzt“ werden konnten, ginge dabei schon einen Schritt zu weit. Denn dass das, was das Grundrecht garantiert, auch Realität wird, war durch diese Rechtswege keineswegs immer gewährleistet. So sah der Reichstag von Kremsier neben einem Grundrechtskatalog für den Fall der Grundrechtsverletzung bloß eine Klage auf „volle Genugthuung“ vor¹⁶). Genugtuung ist nicht wenig, doch der zugesprochene Schadener-

¹⁵) S zu dem Weg, der zu dieser Annahme geführt hat, zB *Bauer* (FN 3) 54 ff; s auch *Grabenwarter* (FN 1) 73, der Grundrechte als eine „Teilmenge aus dem Gesamten der subjektiven Rechte“ bezeichnet.

¹⁶) S § 138 des Entwurfs der Constitutionsurkunde nach den Beschlüssen des Verfassungsausschusses, wiedergegeben bei *Reiter*, Texte zur österreichischen Verfassungsentwicklung, 1848 – 1955 (1997) 20 (28): „Wegen Verletzung der durch die Constitution festgestellten staatsbürgerlichen Rechte durch Bedienstete des Staates in Ausübung ihrer Amtsgewalt kann der Verletzte durch eine Civilklage vom Staate volle Genugthuung fordern. Diese Civilklage schließt die strafrechtliche Verfolgung des Schuldtragenden nicht aus.“ Zuständig zur Entscheidung war nach § 140 Z 1 des Entwurfs das Oberste Reichsgericht als einzige Instanz.

satz kann die Verletzung eines Grundrechts nur ausgleichen oder lindern, rückgängig machen kann er sie nicht¹⁷⁾). Das Reichsgericht, das flankierend zum StGG 1867 eingesetzt wurde¹⁸⁾, hatte gar nur die Kompetenz, eine Verletzung politischer Rechte *festzustellen*¹⁹⁾. Das ist – für sich genommen – noch weniger als Schadenersatz²⁰⁾, eine bloße Deklaration, deren Autorität den Behörden genügen kann, aber nicht genügen muss. Erst mit dem B-VG 1920 erhielt der VfGH die Kompetenz, Verwaltungsakte, die ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht verletzen, zu kassieren, sie also aus dem Rechtsbestand zu beseitigen²¹⁾).

17) Dass die Grundrechte des Kremser Entwurfes deshalb keine subjektiven Rechte, sondern bloß Staatszielbestimmungen gewesen wären, folgt daraus freilich nicht (aA *Brauneder*, Zum Wesen der Grundrechte des „Kremser Verfassungsentwurfes“, ÖJZ 1989, 417 ff). Denn auch mit der Erhebung einer Schadenersatzklage macht der Rechtsunterworfenen eine Grundrechtsverletzung geltend, setzt doch die Zuerkennung von Schadenersatz die inzidente Prüfung der Grundrechtswidrigkeit des jeweiligen Staatsaktes voraus. Davon abgesehen sollte die Zuerkennung voller Genugtuung auch nicht gering geschätzt werden; sie hätte gerade aus damaliger Sicht für den Betroffenen durchaus einen Rechtsschutz auf beachtlichem Niveau geschaffen, s dazu auch *Walter*, Waren die „Grundrechte“ des „Kremser Verfassungsentwurfes“ bloße „Staatszielbestimmungen“? ÖJZ 1990, 609 ff.

18) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143.

19) Nach Art 3 des erwähnten Gesetzes kam dem Reichsgericht „die endgiltige Entscheidung zu: [...] b) über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteteten politischen Rechte, nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgetragen worden ist.“ Das Gesetz vom 18. April 1869, betreffend die Organisation des Reichsgerichtes, das Verfahren vor demselben und die Vollziehung seiner Erkenntnisse, RGBl 1869/44, sah sodann in § 35 vor, dass das Reichsgericht bei „der Entscheidung von Beschwerden über Verletzung politischer Rechte im Sinne des Artikels 3, lit. b) desselben Staatsgrundgesetzes [...] auszusprechen [hat], ob und in welchem Umfange in dem zur Entscheidung vorliegenden Falle die behauptete Verletzung eines politischen Rechtes des Beschwerdeführers stattgefunden habe.“

20) Art 12 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145, bestimmte zwar, dass „die civilrechtliche Haftung“ der Staatsdiener „für die durch pflichtwidrige Verfügungen verursachten Rechtsverletzungen [...] durch Gesetz normirt [wird].“ Ein solches Gesetz ist dann aber nicht erlassen worden, s auch *Walter* (FN 17) 611.

21) Vgl Art 144 Abs 1 B-VG, BGBl 1920/1, wonach der VfGH über Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmäßig gewährleisteteten Rechte durch die Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges erkennt. Das stattgebende Erkenntnis des VfGH bewirkte, wie sodann in Art 144 Abs 2 B-VG bestimmt war, die Aufhebung der verfassungswidrigen Entscheidung oder Verfügung. In der nunmehr geltenden Fassung sieht das B-VG nur mehr vor, dass der VfGH über Bescheidbeschwerden „erkennt“; nach § 87 Abs 1 VerfGG hat dieses Erkenntnis aber

Das macht die Rechtsverletzung zwar idR rückgängig, bedeutet aber nicht notwendig, dass das Grundrecht in jeder Hinsicht in die Realität umgesetzt werden kann²²⁾. Bei manchen Grundrechten ist dies auch von vornherein nicht möglich: Eine Folter, eine rechtswidrige Verhaftung, die gesetzlose Auflösung einer Versammlung, aber auch eine überlange Verfahrensdauer kann nicht rückgängig gemacht werden; es kann nur die Rechtswidrigkeit dieser Vorgänge festgestellt und allenfalls Ersatz für den dadurch erlittenen Schaden gewährt werden. In all diesen Fällen war und ist dem Grundrechtsträger also zwar keineswegs eine lückenlose Durchsetzung seiner Rechte möglich, wohl aber konnte und kann er *geltend machen*, dass er in diesen Rechten verletzt worden ist.

2. Rechtstheoretischer Befund

Die Rechtsmacht, die Verletzung objektiven Rechts durch Klage geltend zu machen, wird tatsächlich auch in Lehre und Judikatur immer wieder als ein Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts angesehen²³⁾. *Kelsen* meinte sogar: Dass jemand einem anderen zu einem Verhalten verpflichtet ist, erzeuge für den zweiten noch kein Recht, jedenfalls kein

weiterhin auszusprechen, ob der Beschwerdeführer durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt worden ist; bejahendenfalls ist der angefochtene Bescheid aufzuheben.

²²⁾ Zu denken ist hier an jene Umsetzungsdefizite, auf die *Moritz*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, in diesem Band, hingewiesen hat, dann aber auch an Grundrechtsverletzungen, die auf andere Weise als durch einen Bescheid, einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die Entscheidung eines ordentlichen Gerichts stattfinden. Für den Bereich der Sicherheitsverwaltung hat § 88 Abs 2 SPG hier mit einer Beschwerdemöglichkeit an den UVS Abhilfe geschaffen. In allen anderen Bereichen bleibt dem Rechtsunterworfenen innerstaatlich nur eine Amtshaftungsklage, die aber den Eintritt eines Schadens, rechtswidriges sowie schuldhaftes Verhalten des Organwalters voraussetzt und überdies nur auf Schadenersatz in Geld gerichtet sein kann (§ 1 AHG). Ist ein in der EMRK garantiertes Grundrecht verletzt, so steht auch eine Individualbeschwerde an den EGMR zur Verfügung, auch sie führt aber nur zur (für die Vertragsstaaten freilich verbindlichen) Feststellung der Konventionsverletzung und allenfalls zur Zuerkennung einer Entschädigung (Art 41 und 46 EMRK).

²³⁾ S die bei *Grabenwarter* (FN 1) 14 FN 39 und 41 genannten Autoren sowie zB VwGH 18.10.1994, 94/04/0016: „Ein subjektives öffentliches Recht liegt dann vor, wenn das Gesetz einen Anspruch einräumt und dem Berechtigten auch verfahrensrechtliche Mittel an die Hand gibt, diesen Anspruch zu verfolgen“; s auch VwSlg 14.750 A/1997, wo unter Berufung auf (nun) *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 283 festgestellt wird: „Subjektives öffentliches Recht ist die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung seiner Interessen ein bestimmtes Verhalten zu verlangen“.

Recht, das über einen bloßen Reflex der Pflicht hinausgeht²⁴) Ein subjektives Recht im technischen Sinn habe dieser zweite erst, wenn ihm die Rechtsmacht zukommt, die Nichterfüllung der ihm gegenüber bestehenden Pflicht durch Klage geltend zu machen. *Nur diese Rechtsmacht*, nichts sonst, unterscheide das subjektive Recht von jener Norm, die die Rechtspflicht statuiert²⁵).

Die Rechtsmacht, die ein subjektives Recht konstituiert, muss nach *Kelsen* allerdings nicht notwendig in der Geltendmachung einer Pflichtverletzung bestehen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Berechtigte durch die ihm verliehene Rechtsmacht an der *Erzeugung einer Norm* mitwirkt: Das kann wie hier eine individuelle Norm sein, nämlich die gerichtliche oder behördliche Entscheidung, die die geltend gemachte Pflichtverletzung feststellt oder sanktioniert. Es kann aber ebenso gut eine generelle Norm sein, an deren Erzeugung der Einzelne mitzuwirken ermächtigt ist, wie dies beim Wahlrecht der Fall ist. Die mit dem Wahlrecht verliehene Rechtsmacht dient, wie *Kelsen* ausführt, nicht dazu, die Verletzung der Amtspflicht der Wahlbehörde geltend zu machen, sie diene überhaupt nicht dazu, die Nichterfüllung einer individuellen Rechtspflicht geltend zu machen, sondern dazu, an der Erzeugung genereller Rechtsnormen mitzuwirken – *diese* Rechtsmacht kennzeichne das Wahlrecht dann als subjektives Recht²⁶). *Wenn* ein Recht aber auf die Einhaltung der Verhaltenspflicht eines anderen abzielt – und um diese Rechte geht es im Verwaltungsrecht in der Hauptsache – dann ist die

²⁴) *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 132 f.

²⁵) *Kelsen* (FN 24) 139 ff.

²⁶) *Kelsen* (FN 24) 145 ff. Subjektive Rechte können in dieser Hinsicht tatsächlich noch in vielfältiger Weise weiter ausdifferenziert werden: *Alexy*, Theorie der Grundrechte² (1994) unterscheidet etwa 1. Rechte auf etwas, 2. Freiheiten und 3. Kompetenzen und trifft innerhalb dieser Kategorien zahlreiche weitere Differenzierungen. Im Anschluss an *Hohfeld* unterscheidet *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte im Verwaltungsrecht (2003) 129 ff, 1. Anspruchsrechte, die auf ein fremdes Verhalten gerichtet sind, 2. Erlaubnisrechte, die die Erlaubnis zu eigenem Verhalten beinhalten, 3. Kompetenzrechte, die zur Rechtsgestaltung ermächtigen, 4. Immunitätsrechte, die Immunität vor fremder Rechtssetzung gewähren, 5. Subjektionsrechte, die jemanden in begünstigender Weise der Rechtssetzungskompetenz eines anderen unterwerfen, und schließlich 6. Statusrechte, die einen bestimmten, typischerweise begünstigenden Zustand im Rechtssinne konstituieren. Von diesen sechs Kategorien können nur die Anspruchsrechte verletzt werden, nur sie können daher auch in der oben beschriebenen Rechtsmacht bestehen, die Nichteinhaltung einer Pflicht im Klagsweg geltend zu machen. Die anderen fünf Kategorien von Rechten müssen erst mit einem solchen Anspruchsrecht verknüpft werden, was allerdings regelmäßig auch geschieht: Dieses Bündel an Rechten wird dann als eine Einheit wahrgenommen; verletzt und durchgesetzt werden kann aber nur das darin enthaltene Anspruchsrecht.

Rechtsmacht, die Nichterfüllung dieser Pflicht im Klagsweg geltend zu machen, für seine Qualifikation als subjektives Recht nach *Kelsen* unabdngbar.

3. Rechtsdogmatischer Befund

Das Gutachten ist nicht derart radikal. Es stellt an diese Rechtsmacht einerseits wohl höhere Ansprüche, spricht nämlich von der „Durchsetzbarkeit“ subjektiver Rechte²⁷⁾. Andererseits sieht es diese Durchsetzbarkeit nicht als Begriffsmerkmal, sondern bloß als eine regelmäßige Folge des subjektiven Rechts an²⁸⁾. § 8 AVG, Art 129a, 131 und 144 B-VG scheinen ihm dabei recht zu geben. Nach diesen Vorschriften hat Parteistellung im Verwaltungsverfahren bzw Beschwerdelegitimation vor den UVS und den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, wer an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt ist (§ 8 AVG) bzw wer behauptet, durch einen Bescheid oder eine Maßnahme in seinen Rechten verletzt zu sein (Art 129a, 131 und 144 B-VG). Fasst man diese Rechtsansprüche, rechtlichen Interessen und Rechte als „subjektive Rechte“ auf, dann sieht es so aus, als wären sie die Voraussetzung der Parteistellung und der Beschwerdelegitimation, die „Durchsetzbarkeit“ also erst die Folge, nicht ein Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts²⁹⁾. Anders würde man sich, wie auch *Merkel* zur gleich gefassten Beschwerdelegitimation vor dem Bundesgerichtshof meint, in einem Zirkel bewegen: „Denn wenn das Gesetz den Bestand [...] eines subjektiven Rechtes zur *Voraussetzung* einer Beschwerde [...] macht, so kann dieses subjektive Recht nicht im Beschwerderecht bestehen.“³⁰⁾

Liest man *Merkel* weiter, so zeigt sich allerdings, dass dies bloß ein Zwischenbefund war. Die Verfassung sage nämlich, wie er meint, mit keinem Wort, wann ein subjektives Recht vorliege. Diese Frage zu beantworten, sei damit dem Gericht anheim gestellt³¹⁾. Die Formel „wer

²⁷⁾ *Grabenwarter* (FN 1) 13 ff.

²⁸⁾ *Grabenwarter* (FN 1) 15 f, 19.

²⁹⁾ *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft, Band II (1990) 212, trennt aus diesem Grund zwischen dem materiellen Anspruch und seiner Durchsetzbarkeit: Da erst beide gemeinsam ein subjektives Recht im rechtswissenschaftlichen Sinn bildeten, könnten die in § 8 AVG, Art 131 und 144 B-VG genannten Rechtsansprüche, rechtlichen Interessen und Rechte keine subjektiven Rechte sein.

³⁰⁾ *Merkel*, Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde als Ermessensfrage, JBl 1937, 201 (204) (Hervorhebung im Original).

³¹⁾ *Merkel* (FN 30) 204.

durch den Bescheid in seinen [...] Rechten verletzt zu sein behauptet“ sei demnach theoretisch unrichtig, milder formuliert: ein praktisch nützlicher Kunstgriff, der ein subjektives Recht *fingiert*. Sie nötige Beschwerdeführer und Gericht dazu, das Vorliegen eines Rechts zu behaupten und zu begründen und dies als Rechtsfindung zu maskieren. Tatsächlich liege hier jedoch eine Interessenabwägung vor³²). Wie so oft habe, meint *Merkel* weiter, die lange Übung „der Maske den Schein der Wirklichkeit gegeben. In Wahrheit entsteht aber [...] das vom Gesetz *a priori* vorausgesetzte subjektive Recht erst *a posteriori* durch die einem bewussten oder unbewussten Ermessensakt entspringende Zubilligung der Beschwerdelegitimation“³³). Das wiederum würde bedeuten: Die Zuerkennung der Beschwerdelegitimation bringt das subjektive Recht erst hervor, und das heißt umgekehrt: Das subjektive Recht besteht in der Beschwerdelegitimation.

Merkel verweist in diesem Zusammenhang auf seinen gemeinsam mit *Kelsen* und *Froehlich* verfassten Kommentar zum B-VG³⁴). Dort ist zur Beschwerdelegitimation vor dem VwGH zu lesen: „Wann die Verletzung eines Rechtes vorliegt – gedacht ist offenbar an ein ‚subjektives Recht‘ – lässt sich durch eine generelle Formel nicht bestimmen. Die Entscheidung dieser Frage liegt letztlich im Ermessen des Verwaltungsgerichtshofes.“³⁵) Rund 60 Jahre später stellt *Ringhofer* § 8 AVG einen ähnlichen Befund aus. Diese Bestimmung sage „lediglich, daß gewisse, aber nicht wirklich welche Interessen gewisser, aber nicht wirklich welcher Personen rechtlichen Schutz genießen und also deren Parteistellung begründen. Das ist sicher wenig. So wenig, daß es mit gleichem Recht als nichts bezeichnet werden kann.“³⁶) Die Suche nach dem subjektiven Recht laufe letztlich auf die Frage hinaus, ob ein Interesse schutzwürdig ist. Schutzwürdigkeit lasse sich aber nicht erkennen, sondern weitestgehend nur bekennen. Soweit es der Gesetzgeber an einem solchen Bekenntnis fehlen lässt, sei der Vollziehung nicht Rechtsfindung, sondern Interessenabwägung aufgetragen. Und das heißt: Das Interesse wird insoweit zu einem rechtlichen und der Interessent zur Partei, „weil es die Vollziehung, nicht weil es das Gesetz so will“³⁷). Das bedeutet neu-

³²) *Merkel* (FN 30) 207.

³³) *Merkel* (FN 30) 207 (Hervorhebungen im Original).

³⁴) *Merkel* (FN 30) 204.

³⁵) *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 241.

³⁶) *Ringhofer*, Zur Frage der Parteistellung im Verwaltungsverfahren, Der Jurist im Steirischen Landesdienst, Heft 2/1984, 76.

³⁷) *Ringhofer*, Strukturprobleme des Rechtes (1966) 80; *derselbe* (FN 36) 77.

erlich: Das subjektive Recht entsteht erst mit der Zuerkennung der Parteistellung, ohne Parteistellung ist es nicht denkbar. Denkbar wäre nur, dass der Gesetzgeber dem Rechtsunterworfenen mit der einen Hand explizit ein „subjektives Recht“ gewährt, um ihm dann mit der anderen Hand die Geltendmachung dieses Rechts zu verwehren. Die Deklaration dieser Norm als subjektives Recht bliebe dann freilich folgen- und bedeutungslos, und man würde wohl sagen: Der Gesetzgeber hat hier etwas Sinnloses getan³⁸⁾.

III. Kritik und Lob der Schutznormtheorie

1. Die so genannte Schutznormtheorie

Kelsen, Froehlich, Merkl und *Ringhofer* sind in ihrer Radikalität unerhört – und unerhört geblieben. Die Lehre und auch das Gutachten halten es durchaus für möglich, durch Rechtsfindung, nicht bloß durch Interessenabwägung zu erkennen, ob eine Norm des objektiven Rechts ein subjektives Recht vermittelt. Soweit sich der Gesetzgeber dazu nicht eindeutig äußert, seien subjektive Rechte mithilfe der Schutznormtheorie zu eruieren. Ihr zufolge liegt ein subjektives Recht vor, wenn eine „Norm des objektiven Rechts der Behörde eine Pflicht deshalb auferlegt, weil diese (auch) im Interesse bestimmter, im Besonderen Betroffener und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit liegt.“³⁹⁾ Eine zweite, in Judikatur und Lehre ebenso geläufige Formel nimmt subjektive Rechte an, 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.“⁴⁰⁾

³⁸⁾ Sehr deutlich zB *B. Davy*, Grundrechtsgefährdung und Technik – Zum verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz vor atypischen Grundrechtsverletzungen, ZfV 1985, 133 (134): „Fehlt es an Durchsetzbarkeit, liegt höchstens eine objektive Rechtswidrigkeit vor“. Nach *Grabenwarter* (FN 1) 19 würde sich ein subjektives öffentliches Recht ohne Durchsetzungsmöglichkeit „stark dem Begriff des objektiven öffentlichen Rechts, auf dessen Einhaltung das Individuum in Ermangelung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruches nicht dringen kann, annähern“. Der Unterschied bestünde bloß (aber eben doch) in der „offensichtliche[n] Formulierung als Individualrecht oder als Rechtspflicht einem Individuum gegenüber“.

³⁹⁾ ZB VwSlg 9151 A/1976, VfSlg 12.838/1991; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 1137; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht³ (2005) Rz 85; *Grabenwarter* (FN 1) 21.

⁴⁰⁾ ZB VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328. In der Judikatur sind noch weitere Formeln gebräuchlich, sie laufen aber im Wesentlichen alle auf das oben Wiedergegebene hinaus, s

2. Individualisierbarkeit

Diese beiden Formeln machen das Vorliegen eines subjektiven Rechts zunächst von einem quantitativen Kriterium abhängig: Die erste Formel erklärt das Interesse „bestimmter“, im Besonderen Betroffener zu einem subjektiven Recht. Die zweite Formel nimmt ein subjektives Recht an, wenn eine Norm dem Schutz „Einzelner“ bzw. „einzelner“ Bürger dient. Beide verlangen also, dass der Kreis der Berechtigten individualisierbar⁴¹⁾ und damit ist wohl gemeint: *abgrenzbar* ist. Dass ein subjektives Recht definitionsgemäß nicht jedem Bürger, sondern nur einem beschränkten Kreis von Personen zukommen soll, muss freilich verwundern, jedenfalls dann, wenn man diese Definition mit den Grundrechten konfrontiert, über deren Charakter als subjektive öffentliche Rechte Einigkeit besteht: Sie haben in der Regel keinen begrenzten Kreis von Schutzberechtigten, sondern kommen jedem Staatsbürger und sehr häufig überhaupt jedermann zu⁴²⁾. Davon abgesehen ist das Kriterium der Individualisierbarkeit aber auch manipulierbar, wie ein Beispiel aus dem Gutachten zeigt: Einer Gemeinde wird im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren Parteistellung ua eingeräumt, um die Wasserversorgung der Gemeindebewohner sicherzustellen⁴³⁾. Liegt hier nur ein Interesse der Allgemeinheit oder ein Interesse bestimmter, im Besonderen Betroffener vor? Das Gutachten erwägt beides und kommt letztlich zu dem Schluss, dieses Interesse sei zwar in der Nähe eines öffentlichen Interesses angesiedelt, doch nehme die Norm auf die Bewohner der Gemeinde Bezug. Diese bildeten einen abgrenzbaren Kreis von Privatpersonen, daher komme der Gemeinde ein subjektives Recht und folglich auch Beschwerdelegitimation vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts zu⁴⁴⁾. Gegen das Ergebnis ist kein Einwand zu erheben, doch es wirft die Frage auf: Wenn die Gemeindebewohner hinreichend individualisierbar sind, warum dann nicht auch die Bewohner eines

mWN *Pöschl*, Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte, FS Wimmer (2007) 494 (497 f).

⁴¹⁾ Auf die Individualisierbarkeit stellt etwa auch *Mayer*, Der Parteibegriff im Verwaltungsverfahren als Strukturproblem des Rechts, in *GedS Ringhofer* (1995) 109 (116 f) ab.

⁴²⁾ S schon *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 369.

⁴³⁾ Nach § 31c Abs 1 und 2 WRG bedarf die Gewinnung von Sand und Kies unter näher umschriebenen Voraussetzungen einer wasserrechtlichen Bewilligung. § 31c Abs 3 WRG verpflichtet die zur Erteilung der Bewilligung zuständige Behörde ua, darauf zu achten, „daß Gemeinden in der Versorgung ihrer Bewohner mit Trinkwasser nicht beeinträchtigt werden.“ Den Gemeinden kommt in diesem Verfahren nach § 102 Abs 1 lit d WRG „zur Wahrung des ihnen nach [...] § 31c Abs 3 zustehenden Anspruches“ Parteistellung zu.

⁴⁴⁾ *Grabenwarter* (FN 1) 139 f.

Landes, und wenn diese, warum dann nicht die Bewohner dreier Länder, und wenn schließlich diese, warum dann nicht alle Bewohner der Republik?

Ungeachtet dieser Unschärfe ist das Kriterium der Individualisierbarkeit für sich genommen wohl begründet. Es erfüllt offensichtlich den Zweck, den Kreis der Beschwerdeberechtigten einzugrenzen, also eine Popularklage zu verhindern. Um eine Popularklage zu verhindern, brauchen wir allerdings – wie das Gemeinschaftsrecht und andere Rechtsordnungen beweisen⁴⁵⁾ – die *spezifische* Konstruktion des subjektiven öffentlichen Rechts nicht.

3. Individualinteresse

Neben dem quantitativen Kriterium der Individualisierbarkeit ist der Schutznormtheorie auch ein qualitatives Kriterium für das subjektive Recht zu entnehmen: Den erwähnten Lehr- und Judikaturformeln zufolge wird ein subjektives Recht nur durch Normen statuiert, die zumindest auch dem „Interesse Einzelner“ dienen; Normen, die bloß im Allgemeininteresse liegen, begründen demnach kein subjektives Recht. Dieses Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts ist mit den Grundrechten scheinbar kompatibler, dienen diese doch offensichtlich individuellen Interessen. Eine nähere Betrachtung der Geschichte zeigt allerdings, dass auch dieser Befund weniger eindeutig ist, als man zunächst annehmen möchte. Zu denken ist nur an den ersten Grundrechtskatalog in Österreich, der mit der sog Pillersdorffschen Verfassung im Jahr 1848 geschaffen worden ist⁴⁶⁾. Das Volk hat sich diese Grundrechte bekanntlich in der Märzrevolution erkämpft; als der Kaiser sich das Versprechen einer Verfassung abrang, ließ er das Volk allerdings auch wissen, warum er das tat: „Sonach“ – also nach Verleihung der begehrten Konstitution – „erwarten Wir mit Zuversicht, daß die Gemüther sich beruhigen, die Studien wieder ihren geregelten Fortgang nehmen, die Gewerbe und der friedliche Verkehr sich wieder beleben werden“⁴⁷⁾, im Klartext: Der Kaiser wollte Ruhe, Ordnung und Sicherheit im Land – das Lehrbuchbeispiel eines *öffentlichen* Interesses.

⁴⁵⁾ S schon FN 11.

⁴⁶⁾ §§ 17 ff des Ah Patentens vom 25. April 1848, Verfassungs-Urkunde des österreichischen Kaiserstaates, PGS 1848/49, wiedergegeben zB bei *Reiter* (FN 16) 1 (3).

⁴⁷⁾ Ah Patent vom 15. März 1848, Verleihung der Constitution und Aufhebung der Censurgesetze, PGS 1848/29, wiedergegeben zB bei *Reiter* (FN 46) 1.

Gerade die Geburtsstunde der Grundrechte zeigt also die Ambivalenz von öffentlichen und individuellen Interessen. Wenn sich einmal alle gemeinsam im jeweils eigenen Interesse gegen den Staat erheben – und das war in der Märzrevolution der Fall –, dann wird die Befriedigung dieser Einzelinteressen plötzlich zu einem Allgemeininteresse. Die Interessen, die eine Norm schützt, erscheinen so wie ein Vexierbild: Je nachdem, von welcher Seite man hineinsieht, tritt ein jeweils anderes Interesse hervor, und wenn man will, wird man das eine Interesse regelmäßig als das andere verstehen können. Ein besonders krasses Beispiel hierfür findet sich schon in der älteren Judikatur: Der Wiener Gemeinderat bewilligt eine Subvention für die Restaurierung des Stephansdoms. Dagegen beschwert sich ein Gemeindeglieder, und man möchte meinen: ohne Erfolg, denn die Restaurierung des Stephansdoms geht nur die Allgemeinheit etwas an. Dennoch ließ der VwGH die Beschwerde zu⁴⁸⁾. Die bewilligte Subvention könne nämlich, wie er begründend meinte, durch Steuern finanziert werden, sie betreffe folglich auch die Interessen des Einzelnen, der zur Aufbringung dieser Steuern herangezogen wird – gewiss ein extremer Standpunkt, aber ist er unvertretbar?⁴⁹⁾

Ein weiteres Beispiel liefert die nach wie vor ständige und von der Lehre auch weithin gebilligte Judikatur: Normen, die die Ausschaltung oder Beschränkung wirtschaftlicher Konkurrenz bezwecken, begründen regelmäßig keine subjektiven Rechte⁵⁰⁾, ja, ganz allgemein sollen wirtschaftliche Interessen, wenn anderes nicht ausdrücklich geregelt ist, dem Interessenten keine Parteistellung verschaffen⁵¹⁾. Mag dies auch ständi-

48) VwSlg 4737 A/1906.

49) Offenbar nicht: Ansätze, eine „taxpayer injury“ anzuerkennen, finden sich etwa im US-amerikanischen Recht, s mwN Ehlers, Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischem Recht, VerwArch 1993, 139 (162).

50) S zB VwSlg 3511 A/1954, 4935 A/1959, 7427A/1968, 10.853 A/1982, VwGH 24.9.1982, 82/08/0139, 82/08/0140; 5.5.1987, 86/04/0232, VwSlg 12.838 A/1989, VwGH 10.12.1991, 91/04/0279; 22.2.1994, 93/04/0195, VwSlg 14.257 A/1995, VwGH 10.12.1996, 96/04/0242.

51) ZB VwSlg 2594 A/1952, 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; s auch *Antoniolli/Koja* (FN 23) 293, sowie *Raschauer* (FN 39) Rz 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.“ Zum Teil ist die Judikatur aber auch weniger strikt und begnügt sich damit, dass ein wirtschaftli-

ge Rechtsprechung sein, so liegen ihre Gründe doch nicht auf der Hand. Denn das wirtschaftliche Interesse des Konkurrenten ist doch gewiss individuell. Wenn dem solcherart Interessierten gleichwohl kein subjektives Recht zuerkannt wird, dann oft mit der Begründung, die Anwendung der jeweiligen Norm ändere nur seine wirtschaftliche Lage, nicht auch seine Rechtslage⁵²). Müsste nach der Schutznormtheorie aber nicht genügen, dass die Norm *auch* die Interessen des Konkurrenten schützt? – dann hätte er ein subjektives Recht, und die Anwendung der Norm berührte folglich auch seine Rechtslage.

4. Schutzintention und Schutzeffekt

Das führt zu einem dritten Kriterium, das die genannten Judikaturformeln teilweise als Voraussetzung für ein subjektives Recht aufstellen: Ein solches Recht liege nur vor, wenn eine Norm des objektiven Rechts der Behörde eine Pflicht „deshalb“ auferlegt, weil diese (auch) im Interesse bestimmter Betroffener liegt; diese behördliche Pflicht müsse (zumindest auch) dem Interesse Einzelner zu dienen „bestimmt“ sein. Verlangt wird also eine entsprechende Schutzintention des Gesetzgebers. Am vermeintlichen Fehlen einer solchen Intention scheitert dann auch oft, wer als wirtschaftlich Interessierter in einem Verwaltungsverfahren Parteistellung begehrt: Ihm wird entgegengehalten, der Schutz seiner Interessen sei vom Gesetzgeber nicht intendiert, die Norm, die etwa einen Konkurrenzschutz statuieren, sei nicht dazu bestimmt, den Konkurrenten, sondern nur dazu, öffentliche Interessen zu schützen⁵³). Wie aber hat man sich eine solche Intention des Gesetzgebers eigentlich vorzustellen? Selbst wenn er den Konkurrenzschutz nur geschaffen hat, um ein öffentliches Interesse zu befördern, hat er – als Mittel zur Erreichung dieses Zieles – doch eine Norm erlassen, die bestimmte Personen

ches Interesse zu einem rechtlichen erhoben wird, ohne dafür die ausdrückliche Zuerkennung der Parteistellung zu verlangen, s zB 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; s auch *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁸ (2003) Rz 120; *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Teilband (2004) § 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, sondern auch im Interesse des Privaten erlassen wurden. S allgemein zu dieser Judikatur *Pöschl* (FN 39) 495 ff.

⁵²) ZB *Raschauer* (FN 51) Rz 1131; *Grabenwarter* (FN 1) 24 mwN.

⁵³) S zB VwSlg 3511 A/1954, 5347 A/1960, 7427 A/1968, VwGH 26.2.2003, 2000/03/0328.

vor Konkurrenz schützt. Kann der Gesetzgeber, der ein öffentliches Interesse wahren will, das dazu eingesetzte Mittel und dessen zwangsläufig eintretende Schutzeffekte ernstlich *nicht* wollen? Man könnte wieder einwenden, dass der Gesetzgeber – hätte er den Schutz der wirtschaftlichen Interessen Einzelner intendiert – den Konkurrenten auch ausdrücklich Parteistellung eingeräumt hätte⁵⁴). Das Fehlen einer solchen Parteistellung beweise also die fehlende Schutzintention. Wenn dieser Beweis schlüssig wäre, müsste freilich die ganze Schutznormtheorie ihren Sinn verlieren, dient diese Theorie doch nach ihrer Selbstbeschreibung gerade dazu, subjektive Rechte zu ermitteln, die der Gesetzgeber *nicht* ausdrücklich als solche gekennzeichnet hat⁵⁵).

Bei näherer Betrachtung erweist sich also auch die Schutzintention als das dritte Kriterium eines subjektiven Rechts als problematisch. Gerade weil sich öffentliche und individuelle Interessen oft genug nicht klar voneinander unterscheiden lassen, verwickelt sich die Anwendung dieses Kriteriums in Widersprüche: Entweder sie unterstellt dem Gesetzgeber eine Intention, die er ernsthaft gar nicht haben kann oder sie arbeitet mit Beweisen, die die Schutznormtheorie in ihren Grundlagen sabotieren. Insgesamt kann man sich nicht recht des Eindrucks erwehren, dass dieses Kriterium nur eingesetzt wird, um im Ergebnis ein subjektives Recht verneinen zu können. Dementsprechend wird die Schutzintention auch keineswegs durchgehend zur Voraussetzung des subjektiven Rechts erklärt; manchen Formeln der Schutznormtheorie genügt für die Annahme eines subjektiven Rechts vielmehr ohne weiteres, dass eine Norm dem Schutz der Interessen einzelner Bürger *dient* bzw dass der Rechtsunterworfenen an der Einhaltung einer Norm ein Interesse *hat*⁵⁶).

⁵⁴) S zB VwSlg 2594 A/1952, 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, wonach wirtschaftliche Interessen eine Parteistellung nur begründen, wenn dies ausdrücklich normiert ist.

⁵⁵) So jedenfalls meint der VwGH in ständiger Rechtsprechung, soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich regelt, wem in einem Verfahren Parteistellung zukommt, sei zu prüfen, ob die maßgebenden Vorschriften nur eine Rechtspflicht der Behörde oder auch einen subjektiven Anspruch – und damit Parteistellung – für die Person begründen. Bei der Beurteilung dieser Frage komme es wesentlich auf den Zweck der Norm an: s zB VwSlg 9151 A/1976, 13.411 A/1991, 14.826 A/1998, VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133.

⁵⁶) S zB VwGH 23.5.2002, 2001/07/0133: Entscheidungsgegenständlich war eine Vorschrift des Sbg TierzuchtG, die die Anerkennung einer Zuchtorganisation nur zuließ, wenn dies (ua) das Zuchtprogramm einer anerkannten Zuchtorganisation nicht gefährdet. Für

5. Kritik der Schutznormtheorie

Alles in allem scheint die Schutznormtheorie also ziemlich wenig zu besagen, so wenig, dass es mit gleichem Recht als nichts bezeichnet werden kann. Die von ihr aufgestellten Kriterien sind entweder vage oder ambivalent oder sie sind beides: Das Kriterium der Individualisierbarkeit ist, so berechtigt es sein mag, manipulierbar, vor allem aber hat es mit subjektiven Rechten nichts zu tun. Individuelle Interessen können als öffentliche Interessen verstanden werden und umgekehrt. Eine Schutzintention des Gesetzgebers wird manchmal verlangt, manchmal auch nicht, oft ist sie nicht nachweisbar, oft wird dem Gesetzgeber auch eine Intention unterstellt, die er bei Licht besehen kaum haben kann.

6. Lob der Schutznormtheorie

Dass sich die Schutznormtheorie dennoch so hoher Anerkennung in Lehre und Rechtsprechung erfreut, liegt vielleicht daran, dass ihre Schwäche ihre eigentliche Stärke ist⁵⁷⁾. Man kann mit ihr – *Merkl* würde wohl sagen: unter der „Maske der Rechtsfindung“ – nahezu jedes Ergebnis erzielen, das einem richtig erscheint. Schwäche und Stärke der Schutznormtheorie verweisen indes auf ein tiefer liegendes und ungelöstes Problem des subjektiven Rechts: Wir wissen einerseits, dass es subjektive Rechte geben muss – das zeigen deutlich § 8 AVG, Art 129a, 131 und 144 B-VG. Andererseits kann nicht jede Norm des objektiven Rechts ein subjektives Recht vermitteln – auch das zeigen die genannten Bestimmungen: Könnte jeder jede beliebige Rechtswidrigkeit geltend machen, dann wäre es ja nicht erforderlich gewesen, hier die Parteistellung und dort die Beschwerdebefugnis überhaupt von einem subjektiven Recht abhängig zu machen. In diesem schwierigen Spiel um den Rechtsschutz fungiert die Schutznormtheorie offenbar als Jolly Joker. Ihre hohe Flexibilität ermöglicht es Behörden und Gerichten für jene Lösung, die ihnen im Einzelfall adäquat erscheint, eine Begründung zu geben. Der Befund von *Merkl*, *Kelsen*, *Froehlich* und *Ringhofer* scheint damit allerdings bestätigt: Soweit es der Gesetzgeber an einem klaren Bekenntnis fehlen lässt, wird das subjektive Recht nicht „erkannt“; es

den VwGH lag auf der Hand, dass die bereits anerkannte Organisation ein Interesse an der Einhaltung dieser behördlichen Pflicht hat. 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.

⁵⁷⁾ S auch *Bauer* (FN) 140, insbesondere 143.

wird vielmehr durch Dezision der Behörde und des Gerichts mit der Parteistellung oder der Beschwerdelegitimation zuerkannt.

IV. Gemeinschaftsrecht

1. Die Versatilität der Schutznormtheorie

Gerade weil die Schutznormtheorie für praktisch alles offen ist, bringt sie uns bei der Beachtung des Gemeinschaftsrechts auch nicht in ernste Schwierigkeiten. Das Gemeinschaftsrecht macht zwar Klagebefugnisse nicht oder doch nicht in jenem Maße wie das nationale Recht vom Vorliegen eines subjektiven Rechts abhängig⁵⁸). Um Popularklagen zu vermeiden, wird freilich auch hier für die Klagebefugnis eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit, also eine hinreichende Nahebeziehung des Klägers zu Rechtssache verlangt⁵⁹). Die Schutznormtheorie will im Wesentlichen nichts Anderes: Auch sie wendet Popularklagen durch das Kriterium der Individualisierbarkeit ab⁶⁰). Dass sie überdies ein individuelles Interesse verlangt, stört nicht, weil sich ein solches Interesse in der Regel finden lässt, sofern man das nur will. Auch dass der Gesetzgeber nach der Schutznormtheorie eine spezifische Schutzintention haben muss, ist kein ernstes Problem; denn der (regelmäßig nicht leistbare) Nachweis einer solchen Intention wird auch im nationalen Recht nur verlangt, wenn eine Klagebefugnis unerwünscht erscheint. Ist die Klagebefugnis gemeinschaftsrechtlich geboten, kann man guten Gewissens auf diesen Nachweis verzichten und sich auf jene Judikaturformeln stützen, denen der Schutzeffekt einer Norm für den Einzelnen genügt⁶¹). Ich stimme dem Gutachten also in dem Befund zu, dass es möglich ist, den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts innerstaatlich Rechnung zu tragen⁶²). Wir brauchen unser Rechtsschutzsystem dafür nicht umzubauen. ME ist es nicht einmal erforderlich, die Schutznorm-

⁵⁸) S mwN *Grabenwarter* (FN 1) 35.

⁵⁹) S mwN *Grabenwarter* (FN 1) 42 ff.

⁶⁰) S schon *von Danwitz*, Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, DÖV 1996, 481 (486), und ihm folgend auch *Grabenwarter* (FN 1) 44, nach dem „die gemeinschaftsrechtliche Klagebefugnis Privater im Ergebnis weitgehend dem [entspricht], was in der Schutznormtheorie durch die Zugehörigkeit zu einem individualisierbaren Personenkreis gefordert wird“.

⁶¹) S schon oben bei FN 40 sowie III.4.

⁶²) *Grabenwarter* (FN 1) 46 f.

theorie dafür zu „modifizier[en]“⁶³): Sie ist flexibel genug, um auch gemeinschaftsrechtlich gebotene Ergebnisse zu erzielen.

2. Aus dem Gemeinschaftsrecht lernen

Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts mag allerdings dazu veranlassen, manche als gefestigt angesehene Position zu hinterfragen, zB die, dass faktische, insbesondere wirtschaftliche Interessen grundsätzlich nicht schutzwürdig sind⁶⁴) – eine Annahme, die sich hartnäckig hält, obwohl viele Bestimmungen des positiven Rechts gerade einen Schutz dieser Interessen anordnen⁶⁵). Der EuGH ist in dieser Hinsicht offener, und zwar – durch den im Gemeinschaftsrecht sehr dominanten Wettbewerbsgedanken – vor allem, was wirtschaftliche Interessen betrifft. Viele durch das Gemeinschaftsrecht erzwungene Klagebefugnisse haben denn auch, wenn sie nur einmal gewährt worden sind, hohe Überzeugungskraft: Dass etwa die Bieter in einem Vergabeverfahren Parteistellung genießen, scheint uns heute völlig selbstverständlich. Müsste dann aber Gleiches nicht auch gelten, wenn mehrere Personen um eine gewerberechtliche Bewilligung ansuchen, die nur einmal vergeben werden kann?⁶⁶) Und erscheint dann nicht auch erklärungsbedürftig, warum den Bewerbern um ein öffentliches Amt sehr oft nach wie vor überhaupt keine Parteistellung zugestanden wird?⁶⁷) Gerade in Fällen wie diesen könnten von den durch das Gemeinschaftsrecht bereits veranlassten Klagsbefugnissen über kurz oder lang wertvolle Impulse für die Spruchpraxis der nationalen Gerichte ausgehen⁶⁸).

⁶³) So *Grabenwarter* (FN 1) 46.

⁶⁴) S dazu die Nachweise in FN 51.

⁶⁵) S nur für wirtschaftliche Interessen Art 4, 5 und 6 StGG, Art 1. 1. ZPEMRK, § 1 UWG, für faktische Interessen Art 3 und 5 EMRK, Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG etc.

⁶⁶) Anders der VfGH, 10.12.1991, 91/04/0279; 22.2.1994, 93/04/0195; 10.12.1996, 96/04/0242, wonach der Konzessionswerber mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelung keine Parteistellung im Verfahren seiner Mitbewerber hat. S nun allerdings Art 10 Abs 6 der Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, AB1 2006 L 376/36.

⁶⁷) Zur Judikatur, die dies im Wesentlichen als zulässig ansieht s mwN *Grabenwarter* (FN 1) 68 ff.

⁶⁸) Im Ergebnis ähnlich *Grabenwarter* (FN 1) 47, nach dem sich der Gesetzgeber aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen veranlasst sehen könnte, in bestimmten Verwaltungsmaterien in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts geschaffene Klagebefugnisse auch in vergleichbaren Verwaltungsmaterien einzuräumen. Ob auch der VfGH eine Ausdehnung der Klagebefugnisse auf andere Materien als gleichheitsrechtlich geboten ansehen würde, ist allerdings in Ansehung der Ordnungssystemjudikatur nicht ausgemacht, s zB

3. Der Einzelne als Agent der objektiven Rechtmäßigkeit: nichts Neues

Dass schließlich der gemeinschaftsrechtliche Rechtsschutz den Einzelnen für die Durchsetzung des objektiven Rechts „mobilisiert“⁶⁹), wie oft gesagt wird, muss uns gerade in Österreich nicht weiter fremd erscheinen. Neuerlich lohnt hier ein Blick in die Geschichte der Grundrechte, näherhin in das Jahr 1849. Nachdem der Kaiser im März dieses Jahres den Reichstag von Kremsier als unproduktiv aufgelöst hatte⁷⁰), gab er dem Volk eine neue Verfassung⁷¹). Mit ihr und auch mit den darin gewährten Grundrechten verfolgte er ein klares Ziel: Die intermediären Gewalten, die noch immer zwischen ihm und dem Bürger standen, sollten aufgebrochen, die Macht der Stände und der Länder mit ihren lästigen Sonderinteressen auf den Monarchen überführt werden⁷²). Dementsprechend bestimmt die Verfassung unter dem Titel „Von dem Reichsbürgerrechte“, dass kein Kronland „im bürgerlichen oder peinlichen Rechte, im Rechtsverfahren oder in der Vertheilung der öffentlichen Lasten“ zwischen seinen eigenen Angehörigen und den Angehörigen eines anderen Kronlandes unterscheiden darf⁷³). Moderner gesprochen: Kein Unionsstaat darf andere Unionsbürger gegenüber eigenen Staatsangehörigen diskriminieren. Folgerichtig bestimmt die Verfassung 1849 auch sofort danach, dass die Freizügigkeit der Person „innerhalb der Reichsgränzen [...] keiner Beschränkung [unterliegt]“⁷⁴), ferner, dass die Reichsbürger „in allen Theilen des Reiches Liegenschaften jeder Art erwerben, so wie jeden gesetzlich erlaubten Erwerbszweig ausüben“ dürfen⁷⁵) und schließlich, dass die „Freizügigkeit des Vermö-

VfSlg 13.420/1993, wonach es dem Normsetzer freisteht, sich in einzelnen Verfahrensbereichen für eigenständige Ordnungssysteme zu entscheiden, die den Erfordernissen und Besonderheiten unterschiedlicher Verfahrensarten Rechnung tragen.

⁶⁹) S mwN *Masing* (FN 3) 50 ff; *Grabenwarter* (FN 1) 40.

⁷⁰) Kaiserliches Manifest vom 4. März 1849, wodurch der Reichstag von Kremsier aufgelöst, und den Völkern Oesterreichs aus eigener Macht des Kaisers eine Reichsverfassung für das gesammte Kaiserthum Oesterreich verliehen wird, RGBI 1849/149, wiedergegeben zB bei *Reiter* (FN) 31.

⁷¹) Kaiserliches Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend, RGBI 1849/150, wiedergegeben zB bei *Reiter* (FN) 33.

⁷²) S schon *Brauneder*, Die Gesetzgebungsgeschichte der österreichischen Grundrechte, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich (1991) 189 (254).

⁷³) § 24 der Reichsverfassung 1849.

⁷⁴) § 25 der Reichsverfassung 1849.

⁷⁵) § 30 der Reichsverfassung 1849.

gens innerhalb der Reichsgränzen [...] keiner Beschränkung [unterliegt]⁷⁶⁾ – das kann nicht mehr moderner formuliert werden. Wenn sich der Reichsbürger auf diese Rechte beruft, mag er das tun, weil es ihm nützlich ist; doch zugleich stärkt er damit auch die Zentralmacht des Monarchen. Auf einer ähnlichen Linie liegt ein Schreiben, das Innenminister Pillersdorff knapp ein Jahr vorher an sämtliche Landeschefs schickte, um darzulegen, was bei der Handhabung der Aprilverfassung zu beachten sei. Er ermahnte die Behörden darin ua, die Gleichstellung aller Staatsbürger vor dem Gesetz zu beachten und keine Ausnahme vom Gesetz zu machen, dies aber nicht etwa, weil der Staatsbürger sich sonst kränken könnte, sondern weil „jede Ausnahme das *Gesetz* schwächt“⁷⁷⁾. Aus der Sicht der Regierung hatte der Gleichheitssatz also durchaus auch, vielleicht sogar primär die Funktion, die Autorität des Gesetzes zu heben und zu bewahren. Der Bürger, der sich über eine Verletzung dieses Grundrechts beschwert, mag dies im eigenen Interesse tun, doch er leistet damit auch einen Beitrag zu einem öffentlichen Interesse – nicht anders als der Unionsbürger, den das Gemeinschaftsrecht durch eine Klagebefugnis dazu mobilisiert, den Interessen der Gemeinschaft zum Durchbruch zu verhelfen.

Aber auch das geltende österreichische Rechtsschutzsystem ist weniger stark an individuellen Interessen orientiert, als dies zunächst den Anschein haben mag; insbesondere ist es keineswegs so konstruiert, dass eine objektive Rechtmäßigkeit nur insoweit hergestellt werden kann, als dies den Interessen des Einzelnen dient. Das B-VG nützt individuelle Betroffenheiten vielmehr geradezu systematisch aus, um eine weit darüber hinausgehende objektive Rechtmäßigkeit sicherzustellen. Zu denken ist zunächst an den Individualantrag, den jeder Rechtsunterworfene mit der Behauptung stellen kann, durch eine generelle Norm in seinen Rechten verletzt zu sein⁷⁸⁾. Trifft diese Behauptung zu, so verliert diese Norm nicht bloß für den Antragsteller ihre Wirkung, sie wird aufgehoben, also – mit Wirkung und Nutzen für die Allgemeinheit – aus dem Rechtsbestand beseitigt⁷⁹⁾. Noch deutlicher wird die Mobilisie-

76) § 31 der Reichsverfassung 1849.

77) Wiedergegeben bei *Hugelmann*, Jahrbuch für Landeskunde von Niederösterreich 1918 und 1919 (1919) 266 ff FN 1 (hier: 267) (Hervorhebung nicht im Original).

78) Art 139 Abs 1, 139a, 140 Abs 1 B-VG.

79) S Art 139 Abs 3 und Art 140 Abs 3 B-VG, die den VfGH bei besonders gravierenden Rechtswidrigkeiten sogar dazu ermächtigen, nicht bloß die angefochtene Bestimmung, sondern die Verordnung bzw das Gesetz als Ganzes aufzuheben; anderes gilt nur, wenn eine solche Aufhebung offensichtlich den rechtlichen Interessen des (Individual-)Antragstellers zuwiderläuft. Diese Einschränkung vermeidet, dass der Antragsteller aus dem Erfolg seiner

rungsfunktion des österreichischen Rechtsschutzsystems bei der individuellen Normenkontrolle auf Antrag eines Gerichts, bestimmter Verwaltungsbehörden oder von Amts wegen durch den VfGH. Diese Normenkontrolle setzt zwar die Präjudizialität der Norm im Anlassfall und insofern eine individuelle Betroffenheit voraus⁸⁰), aber nicht mehr. Die Norm kann dann in jede Richtung auf ihre Verfassungskonformität geprüft werden, selbst Rechte unbeteiligter Dritter kommen dafür in Betracht⁸¹). Und ob die Normaufhebung dem im Anlassfall Betroffenen nützt, ist ganz unerheblich, ja selbst wenn sie ihm schadet, hindert dies die Normenkontrolle nicht⁸²). Hier wie dort ist die aufgehobene Norm auf seinen Fall nicht mehr anzuwenden, was für ihn freilich regelmäßig von Vorteil ist – ein Effekt, den man treffend „Ergreiferprämie“ nennt⁸³) und den der VfGH noch verstärkt, indem er den Bescheid im Anlassfall überwiegend schon dann aufhebt, wenn nach Lage des Falles *nicht ausgeschlossen* werden kann, dass die Anwendung der aufgehobenen Norm für den Beschwerdeführer nachteilig war⁸⁴). Bisweilen führt die Norm-

Normanfechtung im Ergebnis keinen Nutzen ziehen kann (s. Schäffer, in Rill/Schäffer [Hrsg], Bundesverfassungsrecht – Kommentar, 1. Lieferung [2001] Art 140 B-VG, Rz 66); sie vermeidet aber zugleich, dass er eine Anfechtung erst gar nicht unternimmt, eine inter omnes wirkende Rechtsbereinigung also nicht in Gang setzt.

⁸⁰) Art 89 Abs 2, Art 129a Abs 3, Art 129c Abs 6, Art 139 Abs 1, Art 139a, Art 140 Abs 1 B-VG.

⁸¹) S zB das Erkenntnis VfSlg 15.394/1998, in dem der VfGH aus Anlass einer Strafe, die über einen nichtislamischen Bürger verhängt wurde, geprüft hat, ob die Strafbestimmung die Glaubensfreiheit islamischer Bürger verletzt.

⁸²) S neuerlich Art 139 Abs 3, Art 139a letzter Satz, Art 140 Abs 3 B-VG, wonach der VfGH bei besonders gravierenden Rechtswidrigkeiten eine Verordnung bzw ein Gesetz – über den präjudiziellen Umfang hinaus – als Ganzes aufzuheben hat; zu unterbleiben hat eine solche Aufhebung nur im amtswegig eingeleiteten Normenkontrollverfahren, sofern sie den rechtlichen Interessen der Partei im Anlassfall offensichtlich zuwiderliefe. In Normenkontrollverfahren, die auf Antrag eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde eingeleitet wurden, gilt diese Beschränkung nicht. Soweit eine Norm bloß im Umfang ihrer Präjudizialität aufgehoben wird, muss auf die Interessen der Partei im Anlassfall weder im amtswegig noch in dem auf Antrag eingeleiteten Normenkontrollverfahren Rücksicht genommen werden. Nach Art 139 Abs 2, Art 139a letzter Satz, Art 140 Abs 2 und Art 140a Abs 1 B-VG sind amtswegig eingeleitete Normenkontrollverfahren sogar dann noch fortzusetzen, wenn die Partei im Anlassfall klaglos gestellt, die Präjudizialität der Norm also weggefallen ist.

⁸³) Art 139 Abs 6, Art 139a letzter Satz, Art 140 Abs 7 B-VG; sowie mwN Rohregger, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lieferung (2003) Art 140 B-VG, Rz 317.

⁸⁴) VfSlg 10.303/1984, 10.622/1985, 10.790/1986, VfGH 29.11.1996, B 208/95; 14.12.2000, B 730/00; 11.10.2006, B 389/05.

aufhebung aber auch dazu, dass die Beschwerde auf der Grundlage der bereinigten Rechtslage abgewiesen werden muss: Auch dann noch spricht der VfGH dem Beschwerdeführer ungeachtet des fehlenden Prozesserfolges die Kosten für dieses Verfahren zu⁸⁵⁾ – als Lohn für den Beitrag, den er zur Rechtsbereinigung geleistet hat.

Das im B-VG geschaffene Rechtsschutzsystem hat nach all dem eine beachtliche Mobilisierungskraft: Schlechthin *jedes* Rechtsschutzverfahren, das ein Einzelner zur Geltendmachung „seiner“ Rechte in Gang setzt, birgt die Chance, eine objektive Rechtmäßigkeit herzustellen, die weit über die Beachtung dieser subjektiven Rechte hinausgeht. Angesichts dessen kann uns die dem Gemeinschaftsrecht oft attestierte Mobilisierung des Bürgers für die Herstellung einer objektiven Rechtmäßigkeit kaum fremd erscheinen.

V. Subjektive Rechte für Organparteien?

All das zeigt, dass wir zwar gewohnt sind, das subjektive Recht vom Individuum her zu betrachten, als etwas, das seinen Interessen nützt. Die Geschichte und auch das geltende Recht lassen aber eine zweite Deutung zu: Der Einzelne ist bei der Verfolgung seiner subjektiven Rechte auch ein Agent der objektiven Rechtmäßigkeit und ein Agent des öffentlichen Interesses: Der Nachbar im Anlagenrecht will Immissionen auf sein Grundstück abwehren; tut er das mit Erfolg, so leistet er damit auch einen Beitrag zum Schutz der Umwelt. Der übergangene Bieter, der im Vergabeverfahren geltend macht, dass er das beste Angebot unterbreitet hat, macht dies, weil er den Zuschlag will. Wenn er Recht hat und sich durchsetzt, leistet er aber auch einen Beitrag zu einem vernünftigen Einsatz öffentlicher Mittel. Macht ein Bewerber um ein öffentliches Amt im Ernennungsverfahren mit Erfolg geltend, dass nicht ein anderer, sondern er die höchste Qualifikation hat, so profitiert er, weil er auf das Amt ernannt wird. Zugleich profitiert aber auch die Allgemeinheit, weil der Staat einen fähigen Beamten bekommt.

Akzeptiert man, dass die Geltendmachung subjektiver Rechte durch den Bürger zwei Seiten hat, dann mag man noch eine weitere Tendenz, die das Gutachten konstatiert, in einem anderen Licht sehen, die Tendenz des Gesetzgebers nämlich, zunehmend Gebietskörperschaften und staatlichen Organen im Verwaltungsverfahren Parteistellung zu gewähren⁸⁶⁾. Räumt der Gesetzgeber dem Bürger Parteistellung ein, so schlie-

⁸⁵⁾ S zB VfSlg 13.899/1994, 16.493/2002, VfGH 27.6.2006, B 1153/04.

⁸⁶⁾ Näher *Grabenwarter* (FN 1) 133 ff.

ßen wir daraus ohne weiteres, dass dieser Bürger ein subjektives Recht hat⁸⁷). Bei staatlichen Organen und Gebietskörperschaften hingegen sind Judikatur und Lehre und mit ihnen das Gutachten skeptisch. Stellt sich beim Bürger regelmäßig nur die Frage, ob ihm ein subjektives Recht eingeräumt werden muss, so wird bei staatlichen Organen und Gebietskörperschaften in Frage gestellt, dass ihnen überhaupt ein subjektives Recht eingeräumt werden darf.

1. Einwand: Das Staatsorgan hat keine Rechte, sondern Kompetenzen und Pflichten

Gegen die Fähigkeit von Gebietskörperschaften und staatlichen Organen, Träger subjektiver Rechte zu sein, wird bisweilen schon grundsätzlich eingewendet, Gebietskörperschaften und staatliche Organe hätten keine Rechte, sondern nur Kompetenzen bzw Pflichten⁸⁸). Dies ist freilich mehr eine Behauptung auf begrifflicher Ebene, die für sich noch keine Überzeugungskraft hat. Dass staatliche Organe Kompetenzen haben, beweist schon deshalb nicht, dass sie keine Rechte haben können, weil „Kompetenz“ und „Recht“ nur zwei verschiedene Bezeichnungen für die gleiche Sache sind: Hier wie dort wird jemandem eine Ermächti-

87) Nach der Judikatur macht der Gesetzgeber durch die autoritative Bestimmung der Parteien eine Prüfung des Falles auf die Grundsätze des § 8 AVG entbehrlich, s ZB VwSlg 8498 A/1973, VwGH 13.11.1996, 96/03/0241; 26.2.2003, 2000/03/0328; 29.1.2004, 2003/11/0259, in diesem Sinn auch zB *Antoniolli/Koja* (FN 23) 295 ff; *Hengstschläger* (FN 39) Rz 85, 88.

88) ZB *Grabenwarter* (FN 1) 13: „keine Rechte, sondern Kompetenzen“, 135: „der Staat [wird] als Träger von Hoheitsgewalt [...] regelmäßig nicht mit Handlungsmacht zur Ausübung von Berechtigungen ausgestattet [...], sondern zur Ausübung von Kompetenzen und Zuständigkeiten ermächtigt und verpflichtet“, 147 f: „staatlichen Organen [werden] ‚Rechte‘ idR mit dem Zweck eingeräumt, um öffentliche Interessen geltend zu machen [...]. Das Organ ist in der Regel zur Geltendmachung der ‚Rechte‘ verpflichtet [...] Damit fällt aber jenes Element des Rechtsbegriffs weg, das die (Nicht)Ausübung des Rechts grundsätzlich dem Belieben des Berechtigten anheimstellt. Hier verfügt das Organ nicht über ‚subjektive Rechte‘, sondern es übt ‚Kompetenzen‘ aus. Der Inhalt der Kompetenzausübung des Organs besteht hier in der Regel ‚im Geltendmachen von ‚Rechten‘ des Rechtsträgers [...]‘ Was sich nach dem Wortlaut einer Bestimmung oft als ‚Recht‘ eines staatlichen Organs darstellt, entpuppt sich indes meist als dessen Kompetenz und Pflicht, weshalb es verfehlt erscheint, in diesen Fällen von der Annahme eines subjektiven Rechts zu sprechen.“ S zum Meinungsstand der Lehre, die überwiegend materielle subjektive Rechte bei Amtsparteien nicht schon dem Grunde nach ausschließt, aber verlangt, dass der Gesetzgeber solche Rechte ausdrücklich zuerkennt, mwN *Domej*, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006) 151 ff.

gung erteilt⁸⁹⁾. Dass diese Ermächtigung bei staatlichen Organen üblicherweise „Kompetenz“ und bei Bürgern „Recht“ genannt wird⁹⁰⁾, besagt für die hier relevante Frage nichts.

Auch aus der Tatsache, dass jemandem ein Verhalten zur Pflicht gemacht wird, kann nicht geschlossen werden, er habe darauf kein Recht. Oft wird einem staatlichen Organ eine Parteistellung sogar gerade eingeräumt, *damit* es seine Aufgaben erfüllen kann, oder umgekehrt: mit der Einräumung der Parteistellung wird deren Wahrnehmung auch zur Pflicht⁹¹⁾. Dass das Bestehen einer Pflicht das Bestehen eines Rechtes noch nicht ausschließt⁹²⁾, zeigen auch die Grundrechte. So lässt sich etwa das Wahlrecht problemlos mit einer Wahlpflicht verbinden, ohne dass ihm dies den Charakter eines Rechtes nimmt⁹³⁾. Dieses Beispiel zeigt aber noch ein Weiteres: Der Staatsbürger, der von seinem Wahlrecht Gebrauch macht, wirkt an der Erzeugung von Gesetzen mit. In einem weiten Sinn wird er dadurch zu einem Staatsorgan⁹⁴⁾. So fließend

⁸⁹⁾ S schon *Kelsen* (FN 24) 153: „Geschäftsfähigkeit und subjektives – Privat- oder politisches – Recht eines Individuums sind in demselben Sinne dessen ‚Zuständigkeit‘ oder ‚Kompetenz‘ wie die Fähigkeit bestimmter Individuen, Gesetze zu beschließen, richterliche Entscheidungen zu fällen oder Verwaltungsbescheide zu erlassen. Die traditionelle Terminologie verhüllt die Wesensverwandtschaft, die zwischen allen diesen Rechtsmacht ausübenden Funktionen besteht, statt sie deutlich zum Ausdruck zu bringen.“

⁹⁰⁾ Auch das ist aber bloß eine Frage der Begriffsbildung. Für *Alexy* (FN 26) 212 f ist die Kompetenz etwa ein Unterfall des Rechts; er nennt hier exemplarisch die Rechtsmacht, ein Gesetz oder einen Verwaltungsakt zu erlassen ebenso wie die Rechtsmacht, einen Vertrag oder eine Ehe abzuschließen.

⁹¹⁾ S etwa *Walter*, Die Stellung des Disziplinaranwaltes nach dem Beamten-Dienstrechtsgesetz, FS Melichar (1983) 433 ff, der dafür plädiert, den Disziplinaranwalt als nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG beschwerdelegitimiert anzusehen. Der Gesetzgeber weise dem Disziplinaranwalt in § 103 BDG die Aufgabe zu, dienstliche Interessen zu wahren, und räume ihm in § 106 BDG Parteistellung ein, damit er diese spezifische Aufgabe erfüllen kann. Folglich stehe ihm die Vertretung der dienstlichen Interessen als rechtliches Interesse iSd § 8 AVG zu.

⁹²⁾ S zB *Alexy* (FN 26) 184 zur Verbindung von Erlaubnis und Gebot.

⁹³⁾ Mit einer Wahlpflicht verbunden ist das Wahlrecht zB in Belgien (Art 62, Art 68 § 2 der Verfassung Belgiens), Griechenland (Art 51 der Verfassung der Griechischen Republik), Luxemburg (Art 89 des Wahlgesetzes vom 18.2.2003), Liechtenstein (Art 3 Volksrechtsgesetz), Italien (Art 48 der Verfassung der Italienischen Republik), der Türkei (Art 63 Gesetz Nr. 2839 über Parlamentswahlen vom 10. Juni 1983) und auch im Schweizer Kanton Schaffhausen (Art 23 der Verfassung des Kantons Schaffhausen).

⁹⁴⁾ S zB *Kelsen* (FN 24) 160, nach dem „mit Rücksicht auf den Inhalt der in der Rechtsordnung bestimmten Funktion der Wähler nicht weniger als Staatsorgan betrachtet werden könnte als das von ihm gewählte Parlament“ und die „in der Rechtsordnung bestimmte Funktion des Wählers ebenso wie die in der Rechtsordnung bestimmte Funktion des Par-

die Grenze zwischen öffentlichen und individuellen Interessen ist, so fließend ist also auch die Grenze zwischen Staatsorgan und Bürger. Schon deshalb liegt es nicht nahe, Staatsorganen und Gebietskörperschaften jenseits der Privatwirtschaftsverwaltung kategorisch die Fähigkeit abzusprechen, Träger von subjektiven öffentlichen Rechten zu sein. Zu Recht tut dies auch das Gutachten nicht, existieren doch zahlreiche Bestimmungen des positiven Rechts, die Gebietskörperschaften und staatlichen Organen im Verwaltungsverfahren Parteistellung einräumen und ihnen manchmal sogar explizit „subjektive Rechte“ zuerkennen⁹⁵).

2. Einwand: Geltendmachung bloß öffentlicher Interessen

Beschwerdelegitimation nach Art 131 Abs 1 Z 1 und Art 144 B-VG begründen diese Rechte nach dem Gutachten allerdings nur, wenn sie „den subjektiven öffentlichen Rechten des Individuums in ihrer Funktion, Begründung, Beschaffenheit und Wirkung vergleichbar sind“⁹⁶). Ob dies der Fall ist, sei mit Hilfe der Schutznormtheorie festzustellen, deren Anwendung dann in der weit überwiegenden Zahl der analysierten Fälle zum Ergebnis führt, dass ein „echtes“ subjektives Recht nicht vorliegt, weil das jeweilige staatliche Organ bzw die Gebietskörperschaft nur zur Geltendmachung *öffentlicher* Interessen ermächtigt sei. Diese Organe bzw Gebietskörperschaften könnten dann zwar zur Erhebung einer Amtsbeschwerde nach Art 131 Abs 2 B-VG ermächtigt werden; von einer Parteibeswerde nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG oder Art 144 B-VG seien sie aber ausgeschlossen⁹⁷).

laments [...] der Rechtsgemeinschaft, dem Staate, zugeschrieben werden könnte.“ Der Unterschied zwischen beiden liege nur darin, dass das Parlament durch einen besonderen Akt zu seiner Funktion berufen werden muss, während beim Wähler genügt, dass er bestimmte „naturegegebene“ Bedingungen (zB Alter, geistige Gesundheit) erfüllt; ebenso *Jellinek* (FN 7) 159: „jeder Anteil an einer staatlichen Wahl ist Ausübung einer staatlichen Funktion, daher selbst Organtätigkeit [...] Der Berechtigte wird im Augenblick der Wahl staatlicher Funktionär, um sofort nach Ausübung dieser Funktion in den Stand des Privaten zurückzukehren“. *Jellinek* zog aus diesem Befund allerdings noch den Schluss, dass die Wahlhandlung selbst niemals Inhalt eines subjektiven Rechts sein könne. Das Wahlrecht bestehe daher keineswegs in dem Recht zu wählen: Dass dies paradox ist, wusste er natürlich selbst (aaO 159 f), s auch noch unten bei FN 101 f.

⁹⁵) *Grabenwarter* (FN 1) 136.

⁹⁶) *Grabenwarter* (FN 1) 136.

⁹⁷) Vgl *Grabenwarter* (FN 1) 137 ff, insbesondere 145, wonach Gebietskörperschaften im Regelfall öffentliche Interessen geltend machen: „Hier verbieten es schon die Kriterien der Schutznormtheorie, von ‚echten‘ subjektiven Rechten zu sprechen“ sowie aaO 150, wo-

Dass die Schutznormtheorie auf solche Fälle angewendet wird, versteht sich indes nicht von selbst. Diese Theorie verlangt zwar für ein subjektives öffentliches Recht die Geltendmachung eines individuellen Interesses⁹⁸). Nach ihrer Selbstbeschreibung soll die Schutznormtheorie aber nur dann zum Einsatz kommen, wenn der Gesetzgeber *nicht* autoritativ festgelegt hat, wer in einem Verfahren subjektive Rechte als Partei geltend machen kann⁹⁹). Dass niemand einen Rechtsanspruch auf die Wahrung öffentlicher Interessen hat, trifft also spätestens dann nicht mehr zu, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich etwas anderes angeordnet hat¹⁰⁰). Räumt der Gesetzgeber einem Bürger Parteistellung ein, so wird folgerichtig im Verwaltungsverfahren auch nie weiter gefragt, ob dieses Recht dem Schutz individueller oder öffentlicher Interessen dient. Zu denken ist etwa an § 4 WählerevidenzG, nach dem jeder Staatsbürger gegen die Wählerevidenz Einspruch erheben und begehren kann, dass eine (andere) Person in diese Evidenz aufgenommen oder aus ihr gestrichen wird. Die Richtigkeit der Wählerevidenz liegt in niemandes speziellem, und das heißt dann wohl: sie liegt im *öffentlichen* Interesse, das nach § 4 WählerevidenzG jeder einzelne Staatsbürger geltend machen kann. Soll man dem Staatsbürger deshalb aber ein „echtes“ subjektives Recht auf die Richtigstellung der Wählerevidenz und folglich eine Beschwerdelegitimation vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts absprechen?

Das Beispiel ist nicht zufällig gewählt. Die Begründer der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht hat nämlich das Wahlrecht tatsächlich vor unlösbare Probleme gestellt: Dass dieses Recht nicht primär zum Schutz der individuellen Interessen des Wählers, sondern im „eminent staatlichen Interesse“ gewährt ist, hat selbst *Jellinek* zugestanden¹⁰¹). Die in der Literatur sodann geführte Debatte, ob das Wahlrecht nur funktionalen oder bloß individuellen Charakter oder aber beides habe, wird heute selbst in der Schweiz zum Teil als „unfruchtbar“ und

nach staatliche Organe idR zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen berufen sind bzw keine eigene Interessensphäre haben, die ihnen gegenüber dem Staat zusteht.

⁹⁸) S oben III.3.

⁹⁹) S schon oben FN 55.

¹⁰⁰) Sehr klar in diesem Sinn *Domej* (FN 88) 186. S ferner VwGH 30.9.1992, 89/03/0224, wonach auf die Beachtung bloß öffentlicher Interessen „der Natur der Sache nach – jedenfalls *soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet ist* [...] – weder physischen noch juristischen Personen ein Rechtsanspruch zustehen“ könne (Hervorhebungen nicht im Original).

¹⁰¹) *Jellinek* (FN 7) 136.

„esoterisch“ angesehen¹⁰²⁾, schlicht weil sie sich durch das positive Recht erledigt hat: Hat der Gesetzgeber dem Einzelnen dieses oder ein anderes Recht erst einmal ausdrücklich gewährt, so wird – und dies tut auch die Schutznormtheorie – nach der Qualität der dadurch jeweils geschützten Interessen regelmäßig nicht mehr weiter gefragt¹⁰³⁾. Tatsächlich ist gerade mit dem Wahlrecht auch in einem tieferen Sinn jeder Grund weggefallen, das subjektive öffentliche Recht auf den Schutz – wie immer zu definierender – individueller Interessen zu beschränken: Politisch hatte diese Beschränkung ja bloß den Sinn, Entscheidungen über das öffentliche Interesse weiterhin der Krone und der Exekutive vorzubehalten, sie dem Einfluss des Bürgers also zu entziehen¹⁰⁴⁾. Mit dem Übergang zur Demokratie, und das heißt: mit dem Wahlrecht ist das öffentliche Interesse aber zu einer Sache des Bürgers geworden, und dass die Exekutive dem Parlament verantwortlich ist, ist folgerichtig eine Selbstverständlichkeit. Damit gibt es aber keinen Grund mehr, das subjektive öffentliche Recht von vornherein auf individuelle Interessen zu reduzieren, zumal sich diese von öffentlichen Interessen ohnedies oft genug nicht trennen lassen¹⁰⁵⁾. Was den Bürger betrifft, hat sich die Lehre von dieser Beschränkung auch tatsächlich weitgehend gelöst, aus gutem Grund freilich nur, wenn der Gesetzgeber ein subjektives Recht *ausdrücklich* gewährt: Schweigt der Gesetzgeber, so hat der Satz, dass auf ein öffentliches Interesse niemandem ein Anspruch zusteht, in einem quantifizierenden Sinn volle Berechtigung. Denn zur Geltendmachung eines öffentlichen Interesses müsste ja – mangels näherer Individualisierbarkeit – jeder berechtigt sein, was zwangsläufig zur Popularbeschwerde führt: Dass der Gesetzgeber eine solche Beschwerde wünscht, ist mangels gegenteiliger Regelung aber nicht anzunehmen¹⁰⁶⁾.

¹⁰²⁾ S mwN *Nowak*, Politische Grundrechte (1988) 150 ff, insbes 158.

¹⁰³⁾ S auch *Masing* (FN 3) 74 f. Nur bei der Bürgerinitiative, die nach § 19 Abs 4 UVP-G (damals noch einfachgesetzlich) befugt war, „die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften als subjektives Recht im Verfahren geltend zu machen“, hat der VfGH weiter gefragt, ob ihr ein „echtes subjektives Recht“ iSd Art 144 B-VG zukommt, ob sie also durch die betreffende Verwaltungsvorschrift „in ihren Interessen“ geschützt werde. Der VfGH hat dies mit der Begründung bejaht, dass eine Bürgerinitiative nur Personen angehören dürfen, die einen Hauptwohnsitz in der Standortgemeinde oder in einer an diese unmittelbar angrenzenden Gemeinde besitzen. Der Gesetzgeber sei daher mit gutem Grund von möglichen Einwirkungen des UVP-pflichtigen Vorhabens auf jene Personen ausgegangen.

¹⁰⁴⁾ S schon oben bei FN 8.

¹⁰⁵⁾ S schon oben III.3.

¹⁰⁶⁾ S schon oben III.6.

Wenn der Gesetzgeber den Bürger nach all dem ausdrücklich dazu ermächtigen kann, öffentliche Interessen als subjektive Rechte geltend zu machen, warum sollte dies dann bei staatlichen Organen und Gebietskörperschaften anders sein? Dass der Gesetzgeber ihnen in jüngerer Zeit vermehrt Parteistellung und bisweilen sogar explizit subjektive Rechte einräumt¹⁰⁷⁾, weist jedenfalls darauf hin, dass auch er das subjektive öffentliche Recht nicht mehr allein auf den Bürger und auf – wie immer definierte – individuelle Interessen bezieht. Will man dem Rechnung tragen und einen Begriff des subjektiven Rechts bilden, der geeignet ist, diese Phänomene der Rechtsordnung abzubilden, dann muss für diesen Begriff freilich endgültig auf materielle Elemente verzichtet werden. Das Ergebnis wäre ein sehr weiter Begriff des subjektiven Rechts: Ein subjektives Recht hat, wer die Rechtsmacht hat, die Nichteinhaltung einer Norm des objektiven Rechts geltend zu machen, ganz gleichgültig, welchem „Interesse“ diese Norm dann dient.

3. Subjektive Rechte iSd Art 131 Abs 1 und Art 144 B-VG?

Ob dieser weite Begriff des subjektiven Rechts auch jener des Art 131 Abs 1 Z 1 und des Art 144 B-VG ist, ist eine andere Frage. Das Gutachten und zum Teil auch die Judikatur verneinen sie¹⁰⁸⁾. Diese Po-

¹⁰⁷⁾ S neben den bei *Grabenwarter* (FN 1) 137 ff genannten Fällen auch die umfassende Aufstellung bei *Domej* (FN 88) 125 ff.

¹⁰⁸⁾ *Grabenwarter* (FN 1) 136 ff. Nach der jüngeren Judikatur des VfGH kommt staatlichen Organen, die in einem Verwaltungsverfahren zur Geltendmachung öffentlicher Interessen ermächtigt sind, kein Recht iSd Art 144 B-VG zu; dem einfachen Gesetzgeber ist es demnach verwehrt, solchen Organen eine Beschwerdelegitimation nach Art 144 B-VG einzuräumen (VfSlg 17.220/2004, 17.233/2004, 17.234/2004). Auch der VwGH lässt bei staatlichen Organen, denen der Gesetzgeber in einem Verwaltungsverfahren Parteistellung zuerkennt, in der Regel keine Parteibeswerde nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG zur Geltendmachung materieller Rechte zu; wohl aber sollen diese Amtsparteien die aus ihrer Parteistellung folgenden prozessualen Rechte nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG geltend machen können (mwN *Grabenwarter* [FN 1] 150 FN 638 f; *Domej* [FN 88] 163 ff). Soweit das staatliche Organ aber eine eigene Interessenssphäre hat, die ihm dem Staat gegenüber zusteht, lässt der VwGH Parteibeswerden zu (mwN *Grabenwarter* [FN 1] 150 FN 641; *Domej* [FN 88] 170 f, insbesondere 179 ff). Gemeinden hat der VwGH in manchen Entscheidungen als bloße Legalparteien angesehen, denen ein subjektives Recht fehlt (mwN *Grabenwarter* [FN 1] 143 f FN 609 ff). In anderen Entscheidungen hat er Beschwerden einer Gemeinde zugelassen (mwN *Grabenwarter* [FN 1] 143 FN 612, 616; *Domej* [FN 88] 169 f), manchmal allerdings ohne zu thematisieren, ob es sich dabei um eine Partei- oder um eine Amtsbeschwerde handelt (mwN *Grabenwarter* [FN 1] 141 FN 604). In VfSlg 12.669/1991 hat auch der VfGH die Beschwerdelegitimation einer Gemeinde nach Art 144 B-VG bejaht, dies in der Annahme, eine Gemeinde, die am Grunderwerb eines

sition hat als Argument für sich, dass das B-VG in Art 131 B-VG zwischen der Partei- und der Amtsbeschwerde differenziert. Das spricht tatsächlich für die Annahme, dass Staatsorgane und Gebietskörperschaften (jenseits der Privatwirtschaftsverwaltung) nicht beschwerdebe-rechtigt sind, solange der einfache Gesetzgeber sie nicht – diesen Weg öffnet das B-VG ja in Art 131 Abs 2 – zur Erhebung einer Beschwerde ausdrücklich ermächtigt. Die im B-VG vorgenommene Trennung zwischen Partei- und Amtsbeschwerde hat freilich auch merkwürdige Konsequenzen: Denn zumindest für das Verwaltungsverfahren ist doch anerkannt, dass der Gesetzgeber staatlichen Organen nicht bloß Parteistellung, sondern auch materielle Rechte zuerkennen kann¹⁰⁹). Dass die Partei dann nicht legitimiert sein soll, eine Verletzung der ihr gesetzlich zuerkannten Rechte vor dem VwGH geltend zu machen, will nicht recht einleuchten. Und es erscheint auch seltsam, dass der einfache Gesetzgeber der Amtspartei den Weg zum VwGH unter Berufung auf Art 131 Abs 2 B-VG zwar öffnen kann, dass er aber die Verfassung verletzt, wenn er dieselbe Partei zur Erhebung einer inhaltlich durch nichts verschiedenen Beschwerde nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG ermächtigt. Zieht man schließlich die Grenze zwischen Partei- und Amtsbeschwerde nach der „Natur“ des jeweils geltend gemachten Interesses, so gibt man sich unweigerlich auf unsicheres Terrain; die schwankende Judikatur, die die Beschwerdelegitimation in durchaus vergleichbaren Fällen einmal bejaht, dann wieder verneint, um sie schließlich manchmal gar nicht zu thematisieren¹¹⁰), bezeugt das.

Ausländers ein kulturelles Interesse besitzt und dies in einer Stellungnahme bekundet hat, habe nach dem nö GVG ein subjektives Recht auf die Erteilung einer grundverkehrsbehördlichen Zustimmung. In VfSlg 17.557/2005 hat der VfGH ferner die Beschwerde einer Gemeinde gegen einen Wasserrechtsbescheid zugelassen, und zwar im Hinblick auf § 31c Abs 3 WRG, demzufolge die Behörde bei der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung darauf zu achten hat, dass Gemeinden in der Versorgung ihrer Bewohner mit Trinkwasser nicht beeinträchtigt werden.

¹⁰⁹) S mwN *Domej* (FN 88) 151 ff, 187.

¹¹⁰) S die Nachweise in FN 108 und auch den Befund *Grabenwarters* (FN 1) 136, die Rechtsprechung lasse eine einheitliche Linie vermissen.

VI. Grundrechte: Hilfreich bei der Ermittlung subjektiver Rechte?

1. Substanz statt Schutznormtheorie

Nach dem bisher Gesagten erweisen sich gängige Annahmen zum subjektiven öffentlichen Recht als problematisch, wenn man sie mit den Grundrechten als dem unbestrittenen Musterbeispiel subjektiver öffentlicher Rechte konfrontiert: Dass subjektive Rechte von vornherein nur einem beschränkten Kreis von Personen zukommen können, überzeugt schon deshalb nicht, weil für Grundrechte offenkundig Anderes gilt. Die Individualisierbarkeit ist zwar ein geeignetes Kriterium, um Popularklagen abzuwehren, aber kein Kriterium, das subjektive Rechte inhaltlich zu beschreiben vermag. Auch dass subjektive Rechte primär dem Schutz individueller Interessen dienen, hat sich aus verschiedenen Gründen als nicht restlos überzeugend erwiesen. Gleiches gilt für die darauf aufbauende Annahme, ein subjektives öffentliches Recht liege nur vor, wenn der Gesetzgeber den Schutz individueller Interessen intendiert hat. Die drei Kriterien der Schutznormtheorie – Individualisierbarkeit, individuelles Interesse und Schutzzintention – haben wohl auch gar nicht die Funktion, subjektive öffentliche Rechte aus dem positiven Recht zu erkennen; sie ermöglichen es Behörden und Gerichten vielmehr, subjektive Rechte im Anschein der Rechtsfindung dort zuzuerkennen, wo der Gesetzgeber es an einem Bekenntnis fehlen lässt.

Die vorliegende Arbeit hat die Grundrechte bis jetzt eher destruktiv eingesetzt. Nun ist es an der Zeit, ihre Ehre zu retten. Die Grundrechte können auch einen konstruktiven Beitrag zu den subjektiven Rechten im Verwaltungsrecht leisten, dies in zweifacher Hinsicht. Ihre erste und ganz wesentliche Bedeutung ist, dass sie uns bei der Suche nach dem subjektiven Recht behilflich sind. *Ringhofer* hat treffend darauf hingewiesen, dass die Frage, ob ein subjektives Recht vorliegt oder nicht, immer auf die Frage hinausläuft, ob ein Interesse schutzwürdig ist oder nicht, und auch darauf, dass die Schutzwürdigkeit eines Interesses nicht erkannt werden kann, sondern bekannt werden muss¹¹¹). Derartige Bekenntnisse sind in der Rechtsordnung aber sonderzahl abgegeben worden, eben durch die Grundrechte, die eine breite Palette von Interessen einerseits vor übermäßiger Beeinträchtigung durch den Gesetzgeber bewahren und die dem Gesetzgeber andererseits auftragen, den Grund-

¹¹¹) S schon oben II.3. ab FN 36.

rechtsträger vor Beeinträchtigungen dieser Interessen durch Dritte zu schützen. Ob eine einfachgesetzliche Norm ein subjektives Recht gewährt oder nicht, ist daher nicht primär mit der inhaltsleeren Schutznormtheorie, sondern vor allem mit Hilfe der Grundrechte zu beurteilen. Wenn eine einfachgesetzliche Norm in ein Grundrecht eingreift, ein Grundrecht ausgestaltet oder eine grundrechtliche Gewährleistungspflicht erfüllt, dann ist – sofern der Gesetzgeber nicht ausdrücklich anderes bestimmt – davon auszugehen, dass der Rechtsunterworfenen ein subjektives Recht auf die Einhaltung dieser Norm hat. Da die Verweigerung eines subjektiven Rechts in solchen Fällen ein Grundrechtseingriff wäre, bedürfte sie schon deshalb – wie jeder Eingriff – einer klaren Grundlage im Gesetz. Spielt man das Spiel um den Rechtsschutz so, dann zwingt man den Gesetzgeber erstens dazu, den Jolly Joker aus dem Spiel zu nehmen und Farbe zu bekennen, also zu sagen, ob er ein subjektives Recht verweigern will. Zweitens entspricht dieser Weg auch der Rechtsbereinigungsfunktion, die der Normenkontrolle des VfGH nach dem B-VG zukommt: Ist die Verweigerung eines subjektiven Rechts nämlich mit einem Grundrecht unvereinbar, so kann der VfGH – da ja eine ausdrückliche Norm existiert – diese in Prüfung nehmen und aus dem Rechtsbestand beseitigen. Verweigert der Gesetzgeber das subjektive Recht nicht, dann gibt es drittens eine klare Lösung: Das subjektive Recht ist als bestehend anzusehen.

Soweit die Zuerkennung (genauer: die Nichtaberkennung) subjektiver Rechte nicht schon durch die Grundrechte geboten ist, steht es dem Gesetzgeber frei, ob er solche Rechte gewähren will oder nicht. Es wäre wünschenswert, dass er sich in dieser Hinsicht klar bekennt, allein bei diesem Wunsch wird es auch in Zukunft oft genug bleiben. Dann mag man weiterhin das erste Kriterium der Schutznormtheorie anwenden und fragen, ob sich ein Personenkreis ausfindig machen lässt, der durch die jeweils in Frage stehende Norm stärker betroffen ist als alle anderen Bürger; man wird auch prüfen müssen, ob die Zuerkennung der Parteistellung an eben diesen Personenkreis konsequent fortgedacht in anderen Verwaltungsmaterien zu unabsehbaren Weiterungen führen würde und umgekehrt, wie die Zuerkennung der Parteistellung in gleich gelagerten Fällen bisher gehandhabt worden ist. Schließlich wird man das Interesse der Behörden, in einem Verfahren nicht mit einer unübersehbaren Vielzahl von Parteien konfrontiert zu sein, mit der Bedeutung abzuwägen haben, die die jeweilige Rechtssache für den betroffenen Bürger hat. Für die Abwägung dieser Interessen stellt die Rechtsordnung – jenseits der Grundrechte – keine Kriterien zur Verfügung. Ihr Ergebnis ist schlicht eine Dezision, die der Gesetzgeber den Behörden unter der nachprüfenden Kontrolle der Gerichtshöfe des öffentlichen

Rechts überlässt. Wenn der Gesetzgeber diese Entscheidung aber an sich zieht und jemandem, sei es einem Bürger, einem Staatsorgan oder einer Gebietskörperschaft in einem Verwaltungsverfahren Parteistellung oder sogar explizit ein subjektives Recht gewährt, sollte diese Entscheidung respektiert werden: Verschafft der Gesetzgeber einem Interesse auf diese Weise Schutz, so ist es schutzwürdig, und es besteht kein Grund mehr zu fragen, ob dieses Interesse eines subjektiven Rechts nun wirklich würdig ist oder nicht.

2. Der Ausgangsfall

Noch eine zweite Bedeutung kommt den Grundrechten für die subjektiven Rechte im Verwaltungsrecht zu. Sie binden den Gesetzgeber bei der Gewährung subjektiver Rechte bzw – je nach Begriff – bei der Einräumung der Parteistellung im Verwaltungsverfahren. Diese Bindungswirkungen sind im Gutachten eingehend dargelegt worden¹¹²). Ich stimme in vielem zu, in jenem Fall, der den Juristentag zur Vergabe dieses Themas veranlasst hat, bin ich teilweise anderer Meinung.

Der Ausgangssachverhalt ist schnell rekapituliert: Der Nachbar wird als Partei aus dem vereinfachten Betriebsanlagenverfahren ausgeschlossen; er kann dort seine Interessen weder geltend machen noch kann er den Genehmigungsbescheid bekämpfen¹¹³). Wohl aber kann er nach der erwähnten Entscheidung des OGH den Anlagenbetreiber im Zivilrechtsweg auf Unterlassung der ihn schädigenden Emissionen klagen¹¹⁴). Die Frage ist nun: Ist diese Rechtslage verfassungskonform? Dies hängt, wie das Gutachten zu Recht ausführt, davon ab, ob der Gesetzgeber seinen aus Art 8 EMRK resultierenden Schutzpflichten für den Nachbarn nachgekommen ist¹¹⁵). Der Gesetzgeber hat hier Gestaltungsspielraum: Er kann seine Schutzpflichten auf verschiedenen Wegen erfüllen; entscheidend ist nur, dass der Nachbar am Ende seine grundrechtlich geschützten Interessen effizient geltend machen kann¹¹⁶). Das muss nicht unbedingt im Verwaltungsverfahren geschehen¹¹⁷). Ausgehend von diesen Prämissen wäre mE nicht zuerst zu fragen, ob der

¹¹²) *Grabenwarter* (FN 1) 73 ff.

¹¹³) Zur Rechtslage im Detail näher *Grabenwarter* (FN 1) 53 ff; zur bisher dazu ergangenen Rechtsprechung aaO 98 ff.

¹¹⁴) S schon oben FN 2.

¹¹⁵) *Grabenwarter* (FN 1) 86 f.

¹¹⁶) *Grabenwarter* (FN 1) 84 ff, 89 f.

¹¹⁷) *Grabenwarter* (FN 1) 84 f, 89 ff.

Ausschluss des Nachbarn aus dem Verwaltungsverfahren dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht¹¹⁸⁾. Zu fragen wäre vielmehr, ob der vom Gesetzgeber derzeit eingeschlagene Weg des streitigen Zivilverfahrens dem Nachbarn eine effiziente Realisierung seiner Interessen ermöglicht. Ist das der Fall, dann begegnet auch der Ausschluss des Nachbarn aus dem Verwaltungsverfahren keinen Bedenken; ist das nicht der Fall, dann muss dieser Ausschluss auf seine Verhältnismäßigkeit geprüft werden.

Die Probleme des Zivilrechtsweges sind nun hinlänglich bekannt¹¹⁹⁾: Der Kläger, aber auch der Beklagte tragen erstens ein hohes Kostenrisiko¹²⁰⁾. Zweitens herrscht im Zivilverfahren ab einem Streitwert von 4000 € Anwaltszwang¹²¹⁾, auch das ist ein erheblicher Kostenfaktor. Drittens trifft den Kläger hier – anders als im Verwaltungsverfahren – die Beweislast¹²²⁾, die gerade bei Betriebsanlagen besonders drückend ist: Sie bedeutet vor allem, dass der Kläger teure Sachverständigengutachten finanzieren können muss¹²³⁾. Dazu kommt, dass Zivilverfahren

¹¹⁸⁾ So die Prüfungsabfolge bei *Grabenwarter* (FN 1) bei Art 8 EMRK allgemein 87 ff (Ausschluss aus dem Bewilligungsverfahren), 91 f (alternative Rechtsschutzwege: nachträgliche Kontrolle oder Änderung des Bewilligungsbescheides, Zivilrechtsweg), im vereinfachten Betriebsanlagenverfahren im Speziellen 104 (Frage, ob der Zivilrechtsweg ein Surrogat für den Ausschluss aus dem Verwaltungsverfahren ist).

¹¹⁹⁾ Die Ausgangsfrage des Gutachtens ist in diesem Zusammenhang, ob der „zivilrechtliche Rechtsschutz (Unterlassungsanspruch bei im vereinfachten Genehmigungsverfahren genehmigten Anlagen, Schadenersatz bei im Normalverfahren genehmigten Anlagen) ein – zur Verfassungskonformität des Rechtsschutzsystems insgesamt führendes – Surrogat dafür bilden kann, dass keinerlei Mitwirkung an einem Verwaltungsverfahren mit den Instrumenten einer Partei iS des § 8 AVG vorgesehen ist“ (*Grabenwarter* [FN 1] 104). Einen bloß auf Geldersatz gerichteten Anspruch hält *Grabenwarter* (FN 1) 105 mE zu Recht für ungenügend, soweit aber „auch auf Unterlassung geklagt werden kann, verbunden mit einstweiligem zivilrechtlichen Rechtsschutz im Provisorialverfahren“, komme eine Rechtfertigung der Beschränkung in Betracht. Die folgenden Erwägungen beziehen sich daher nur auf die Unterlassungsklage nach § 364 Abs 2 ABGB, die im streitigen Zivilverfahren geltend zu machen ist.

¹²⁰⁾ S zu den Problemen des Zivilrechtswegs in dieser Hinsicht auch schon *Merli*, Rechtspolitik der Zukunft – Umweltrecht, in *Holoubek/Lienbacher* (1999) 353 (374). Nach § 40 Abs 1 ZPO hat jede Partei die durch ihre Prozesshandlungen verursachten Kosten zunächst selbst zu bestreiten. Die am Ende unterliegende Partei hat ihrem Gegner nach § 41 Abs 1 ZPO alle durch die Prozessführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen.

¹²¹⁾ § 27 ZPO.

¹²²⁾ § 226 ZPO.

¹²³⁾ Vgl § 365 ZPO, wonach dem Beweisführer der Erlag eines Vorschusses für die Kosten des Sachverständigen aufzuerlegen ist.

lange dauern. Bis zu ihrem Abschluss ist der Nachbar also durch die Immissionen belastet. Zwar kann ihm theoretisch auch ein provisorischer Rechtsschutz gewährt werden; ihn zu beantragen, will aber gut überlegt sein: Unterliegt der Nachbar nämlich am Ende, so drohen ihm zusätzlich zu den Prozesskosten auch noch erhebliche Schadenersatzforderungen des Anlagenbetreibers. Es müsste schon ein sehr streitbarer und vor allem finanzkräftiger Nachbar sein, der ein solches Risiko auf sich nimmt. Ein wirtschaftlich schwacher Nachbar, der einem finanzkräftigen und rechtsschutzversicherten Anlagenbetreiber gegenübersteht, wird in Ansehung des Kostenrisikos regelmäßig schon vor der Erhebung einer Unterlassungsklage selbst zurückschrecken, und wenn er den Streit doch beginnt, wird er ihn schwer durchstehen. Dem Nachbarn steht nach allem dem zwar zur Verfolgung seiner Interessen ein Rechtsschutzverfahren zur Verfügung; faktisch effizient ist es aber in vielen Fällen nicht.

Ich bin hier weniger skeptisch als das Gutachten, dass sich die Judikatur des VfGH zum Vergaberecht auf das Betriebsanlagenverfahren übertragen lässt¹²⁴). Dass Verfahrensgegenstand und Interessen der Betroffenen mit dem Anlagenrecht kaum vergleichbar sind¹²⁵), trifft mich nicht zu. So wie die Bieter im Vergaberecht befinden sich auch der Nachbar und der Anlagenbetreiber in einer Konkurrenzsituation: Beide konkurrieren um die Nutzung ihres Eigentums – die Nutzung, die der eine begehrt, schränkt die Nutzung des anderen ein und umgekehrt. Auch der Faktor Zeit spielt für beide eine große Rolle – für den Nachbarn, weil er nicht jahrelang bei der Nutzung seines Grundstücks durch Immissionen beeinträchtigt werden möchte, für den Anlagenbetreiber, weil er sein Grundstück sofort wirtschaftlich nützen will. An einer raschen Klärung der Zulässigkeit der Betriebsanlage sind nach deren Errichtung beide Parteien interessiert. Für das Vergaberecht wurde der Zivilrechtsschutz nun vor allem aus drei Gründen als unzureichend angesehen: Den übergangenen Bieter trifft erstens ein sehr hohes Prozesskostenrisiko. Zweitens wird ihm der Nachweis, dass ohne Regelverstoß gerade er den Zuschlag erhalten hätte, nur schwer gelingen. In Anbetracht dessen wird er drittens – wenn überhaupt – bloß den Ersatz des frustrierten Aufwandes der Angebotserstellung erstreiten: Angesichts dessen ist der „Lohn der Angst, [...] im weiten Feld des vergaberechtlichen Ermessens“ zu unterliegen, regelmäßig zu gering, um eine Rechts-

¹²⁴) *Grabenwarter* (FN 1) 105 f.

¹²⁵) *Grabenwarter* (FN 1) 105.

kontrolle zu initiieren¹²⁶). Für den Nachbarn einer Betriebsanlage gilt im Ergebnis wohl Gleiches: Auch er muss, ehe er klagt, schlicht Angst und Lohn gegeneinander abwägen. In Ansehung der hohen Prozesskosten, insbesondere der kostspieligen Beweise und der relativ unbestimmt formulierten Voraussetzungen des Unterlassungsanspruches in § 364 Abs 2 ABGB wird die Angst vor dem Unterliegen die vage Hoffnung auf den Lohn sehr häufig überwiegen. Bei einem finanzkräftigen Nachbarn, der einem wirtschaftlich schwachen Kleinunternehmer gegenübersteht, mögen die Dinge anders liegen. Aber das ändert am Grundproblem nichts, es zeigt nur, dass die derzeit geltende Rechtslage in gewissen Situationen auch für den Anlagenbetreiber höchst unbefriedigend sein kann. Der zivilrechtliche Rechtsschutz genügt daher mE nicht, und er ist gewiss gravierend schlechter als der Rechtsschutz, den der Nachbarn hat, wenn er seine Interessen ohne Kostenrisiko bereits im verwaltungsbehördlichen Genehmigungsverfahren geltend machen kann¹²⁷).

Zu prüfen bleibt dann, wie der Ausschluss des Nachbarn aus dem vereinfachten Betriebsanlagenverfahren gerechtfertigt wird. Das Gutachten führt hier das wirtschaftliche Wohl des Landes an, ein in Art 8 EMRK ausdrücklich genanntes Eingriffsziel, dem die drei wesentlichen Gründe für den Ausschluss subsumiert werden können, erstens die Verfahrensbeschleunigung, zweitens die Sicherung des Wirtschaftsstandortes und drittens die Investitionssicherheit¹²⁸). Die Investitionssicherheit wird durch diese Rechtslage allerdings nicht befördert, eher ist sogar das Gegenteil der Fall. Denn die Betriebsanlagengenehmigung im vereinfachten Verfahren verschafft dem Anlagenbetreiber in Wahrheit gerade keine Sicherheit. Er muss stets damit rechnen, dass er seine Anlage schließen muss, weil er einen finanzkräftigen und streitbaren Nachbarn hat oder bekommt, der ihn auf Unterlassung klagt. Damit gerät aber auch das zweite Ziel ins Wanken – die Sicherung des Wirtschaftsstand-

¹²⁶) S. Aicher, in Korinek/Aicher, Vergabekontrollkommission (1991) 30 f, auf dessen Ausführungen der VfGH in VfSlg 15.106/1998 verweist.

¹²⁷) Weniger skeptisch *Grabenwarter* (FN 1) 106, nach dem – ausgehend von der Annahme, die Rechtsprechung des VfGH zum Vergaberecht sei nicht auf das Betriebsanlagenrecht übertragbar – die „besseren Gründe [...] für die Annahme [sprechen], dass es das allgemeine ‚Rechtsstaatsprinzip‘ zulässt, dass rechtsstaatliche Defizite im vereinfachten Genehmigungsverfahren durch einen vergleichbaren zivilrechtlichen Rechtsschutz kompensiert werden.“ Damit sei allerdings nicht gesagt, „dass das bestehende System des zivilrechtlichen Rechtsschutzes in jeder Hinsicht und in jeder Konstellation hinreichend sein muss. Viel wird auch von der Art und Weise abhängen, wie die Zivilgerichte künftig mit auf § 364 Abs 2 ABGB gestützten Klagen umgehen.“

¹²⁸) *Grabenwarter* (FN 1) 88.

ortes. Es war sehr lange ein besonderer Vorzug des Wirtschaftsstandortes Österreich, dass der Anlagenwerber nach Abschluss des Betriebsanlagenverfahrens seine Ruhe hat, nicht nur vor der Behörde, sondern auch vor den Nachbarn. Davon kann nun aber keine Rede mehr sein. Auch der dritte Grund, die Verfahrensbeschleunigung, rechtfertigt nicht den Ausschluss des Nachbarn nicht. Man braucht ihn nicht gegen die ersten beiden Gründe auszuspielen und fragen, was der Anlagenbetreiber von einer schnell erteilten Genehmigung hat, die ihm dann keine Sicherheit verschafft. ME ist das Ziel der Verfahrensbeschleunigung als Grund für den Ausschluss des Nachbarn schon an sich fragwürdig. Erstens scheint es der Verfahrensbeschleunigung gerade nicht dienlich, wenn mit sehr ähnlichen Fragen – dem Ausmaß der Emissionen und ihrer Zulässigkeit – zwei verschiedene staatliche Behörden befasst werden, zuerst die Verwaltungsbehörde und dann das Zivilgericht. Zweitens ist fraglich, ob selbst das Verwaltungsverfahren für sich genommen durch den Ausschluss des Nachbarn spürbar beschleunigt werden kann. Wie eine Studie der Wirtschaftsuniversität Wien nachweist, ist der eigentliche Bremsfaktor im gewerblichen Betriebsanlagenverfahren nämlich nicht – wie so oft behauptet wird – der Nachbar. Was Verzögerungen hervorruft, sind dieser Studie zufolge unsorgfältig vorbereitete Antragsunterlagen, behördeninterne Organisationsdefizite und schließlich Kommunikationsfehler zwischen dem Antragsteller und der Behörde¹²⁹). Der Ausschluss des Nachbarn aus dem Verfahren ist aber kein geeignetes Mittel, diese Fehler zu beheben. Zuzugestehen ist freilich, dass die Parteistellung des Nachbarn einen Verfahrensaufwand erzeugt, weil sich die Behörde mit seinen Einwendungen auseinandersetzen muss¹³⁰). Dieser Aufwand ist allerdings die zwangsläufige Begleiterscheinung und auch Sinn der Parteistellung überhaupt¹³¹); er trägt zur

¹²⁹) Grün/Michl/Haller/Eder, Genehmigungsverfahren bei Betriebsanlagen(1998) 30; die häufig als Verzögerungsfaktoren genannten Einwendungen der Nachbarn hemmen das Verfahren nach dieser Studie „nicht nennenswert“.

¹³⁰) S in diesem Sinn auch Grabenwarter (FN 1) 55, wonach das vereinfachte Betriebsanlagenverfahren eingeführt wurde, um „der Problematik Rechnung zu tragen, dass die Mitwirkungsmöglichkeit der Nachbarn zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führen kann“.

¹³¹) S nur VfSlg 13.646/1993: „Die Einräumung der Parteistellung soll es dem am Verfahren Beteiligten ermöglichen, seine Einschätzung der Sach- und Rechtslage darzutun und der Behörde alle zweckdienlichen Beweismittel und sonstigen Erkenntnisquellen an die Hand geben, gegebenenfalls auch Rechtsmittel zu ergreifen und dies alles mit dem Ziel, eine ihm günstige Entscheidung zu erwirken.“

Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes bei¹³²⁾ und stellt überdies sicher, dass die Behörde ihre Entscheidung unparteilich und nicht nach sachfremden Kriterien trifft¹³³⁾. Dies gilt keineswegs nur, aber in besonderer Weise auch für das Mehrparteienverfahren, in dem divergierende Interessen verschiedener Personen aufeinanderprallen: Soll die Behörde zwischen diesen Interessen einen ausgewogenen Ausgleich finden und nicht einem Teil einseitig den Vorzug geben, wird sie alle Seiten hören müssen. Mit dem Verfahrensaufwand, den die Mitwirkung des Nachbarn verursacht, allein den Ausschluss der Parteistellung zu rechtfertigen, müsste konsequent zu Ende gedacht auch zu rechtsstaatlich unmöglichen Ergebnissen führen. Denn dieser Einwand könnte dann ja stets gegen die Parteistellung vorgebracht werden. Selbst wenn man diesen Eingriffsgrund noch akzeptierte, müssten aber die allenfalls erzielten Effekte der Verfahrensökonomie den Interessen des ausgeschlossenen Nachbarn gegenübergestellt werden: Dass die gewonnene Zeit und die eingesparten Kosten schwerer wiegen als das Interesse des Nachbarn, an einem Verfahren mitzuwirken, das für ihn eine Beeinträchtigung seiner Gesundheit und seines Privatlebens zur Folge haben kann, könnte nur dann angenommen werden, wenn die – auf anderem Weg nicht erreichbare – Verfahrensbeschleunigung wirklich erheblich wäre und wenn umgekehrt eine Gefährdung des Nachbarn im konkreten Fall praktisch ausgeschlossen werden kann. Weder das eine noch das andere wird aber im Regelfall zu bejahen sein.

Zusammengefasst: Aus der Sicht des Anlagenbetreibers sprechen nur rechtspolitische, aus der Sicht des Nachbarn aber auch verfassungsrechtliche Gründe dafür, den Nachbarn wieder als Partei am Betriebsanlagenverfahren mitwirken zu lassen. Dass er mit seinen Interessen auf das Zivilverfahren verwiesen worden ist, hat mE nur einen Nutzen: Dass

¹³²⁾ S auch *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in FS Walter (1991) 271 (278), sowie *Raschauer*, Entscheidungsanmerkung zu VfGH 18.6.1996, G 1355/95, V 158/95, RdU 1996, 185 (189), der die besondere Bedeutung der Parteien für die vollständige Ermittlung des Sachverhaltes betont; s ferner *Kerschner/Raschauer*, Editorial, RdU 1997, 1, die sich gegen einen Parteiausschluss aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung wenden, ua mit dem Argument, dass Sachfragen und Gefährdungspotentiale immer schwieriger und komplexer werden, sodass „tendenziell längere Verfahren auch sachlich nötig und gerechtfertigt [sind]“.

¹³³⁾ S auch *Stolzlechner*, Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz-BVG und Parteistellung von Nachbarn im technischen Anlagenrecht, in FS Walter (1991) 665 f, nach dem es eine Erfahrungstatsache ist, „daß nur der Bürger selbst um seine (rechtlich abgesicherten) Interessen kämpft, während die Verwaltung – sofern nicht vom Bürger gedrängt – in der für sie typischen Konfliktscheu allzu leicht bereit ist, die Interessenverfolgung vorzeitig abzubrechen“.

der Juristentag uns dazu angeregt hat, wieder einmal über das subjektive Recht nachzudenken.