

# Amtswegigkeit, Faktenermittlung und Beweislastumkehr: Inquisitions- vs. Kontradiktionsmodell in der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lichte europarechtlicher Herausforderungen



ALFRED GROF

1.

Im Jahr 2018 wurden diversen öffentlichen Stellen seitens des BMI elektronische Listen übermittelt, deren Inhalt den Verdacht entstehen ließ, dass zehntausende darin angeführte, mittels zahlreicher persönlicher Daten individualisierte Österreicher zugleich auch türkische Staatsbürger sein könnten. Träfe diese Vermutung tatsächlich zu, so führte dies ex lege zum Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft (vgl § 27 Abs 1 des Staatsbürgerschaftsgesetzes<sup>1</sup>), wobei ein solcher Umstand seitens der Behörden jeweils von Amts wegen mittels Bescheid entsprechend festgestellt werden muss.

Davon ausgehend sind in der Folge zahlreiche derartige Feststellungsbescheide ergangen, gegen die von den Betroffenen – da die Vollziehung des StbG in die Zuständigkeit der Länder fällt<sup>2</sup> – entsprechende Beschwerden an diverse Landesverwaltungsgerichte erhoben wurden.

Diese Beschwerdeverfahren nahmen letztlich jedoch einen unterschiedlichen Ausgang:

- ▷ So hat das LVwG OÖ die behördlichen Feststellungsbescheide jeweils aufgehoben<sup>3</sup>. Die Begründung hierfür wurde im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Umstand, dass die Bescheidadressaten (zumindest implizit) iSd § 27 Abs 1 StbG einen Antrag auf Wiederaufnahme in den türkischen Staatsverband gestellt hätten, insbesondere deshalb nicht als erwiesen angesehen werden könne, weil sich nicht habe feststellen lassen, dass die in diesen elektronischen Listen enthaltene Datensammlung eine Wählererevidenz für im Ausland lebende türkische Staatsangehörige verkörpert oder diese (zudem nicht

nachträglich modifizierten) Personaldaten zumindest aus einer solchen Wählererevidenz stammen.

- ▷ Dem gegenüber hatten zuvor das LVwG Sbg<sup>4</sup> und das LVwG Wien<sup>5</sup> die entsprechenden Beschwerden jeweils abgewiesen. Dies insbesondere deshalb, weil infolge bestimmter Indizien (zB detaillierte Angabe von Namen, Geschlecht, Geburtsdaten etc sowie insbesondere einer Identitätsnummer samt spezifischer Methode zu deren Ermittlung) davon auszugehen gewesen sei, dass die elektronische Listen jeweils eine Wählererevidenz repräsentieren, wobei die Aufnahme von Personen in eine solche Liste die Wiedererlangung der türkischen Staatsbürgerschaft voraussetze; im Übrigen hätten die Bf. ihrer im Hinblick auf sensible Daten erhöhten Mitwirkungspflicht nicht entsprochen und vor allem auch keine gegenteiligen Beweismittel beigebracht.

In weiterer Folge wurden gegen die abweisenden Erkenntnisse des LVwG Sbg und des LVwG Wien gemäß Art 133 Abs 4 B-VG Revisionen an den VfGH bzw auf Art 144 Abs 1 B-VG gegründete Beschwerden an den VfGH bzw Amtsrevisionen gegen die aufhebenden Erkenntnisse des LVwG OÖ erhoben.

Mit (Grundsatz-)Beschluss vom 25.9.2018, Ra 2018/01/0364, hat der VfGH eine dieser gegen eine Entscheidung des LVwG erhobenen Revisionen deshalb mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zurückgewiesen, weil die vom LVwG zu der Feststellung, dass dem Revisionswerber auf seinen Antrag hin die türkische Staatsangehörigkeit wieder verliehen wurde, durchgeführte Beweiswürdigung keinen Bedenken begegne (RN 24) bzw diese insbesondere nicht in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Weise vorgenommen worden sei (RN 15). Denn das LVwG habe schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass es sich bei den Datensätzen um eine Wählererevidenz betreffend den Amtsbereich des türkischen Generalkonsulats in Salzburg handle und der Revisionswerber in

1 § 27 Abs 1 des Staatsbürgerschaftsgesetzes, BGBl 311/1985 idGF BGBl I 56/2018 (im Folgenden: StbG), lautet:

»§ 27. (1) Die Staatsbürgerschaft verliert, wer auf Grund seines Antrages, seiner Erklärung oder seiner ausdrücklichen Zustimmung eine fremde Staatsangehörigkeit erwirbt, sofern ihm nicht vorher die Beibehaltung der Staatsbürgerschaft bewilligt worden ist.«

Vgl zur Problematik des Erwerbes bzw Verlustes der Staatsbürgerschaft auch *Eberhard-Ranacher-Weinhandl*, ZfV 2018, 414 ff.

2 Vgl Art 11 Abs 1 Z 1 B-VG.

3 Vgl zB LVwG Oberösterreich v 7.9.2018, LVwG-750503.

4 Vgl zB LVwG Salzburg v 19.6.2018, 405-11/78/1/15-2018.

5 Vgl zB LVwG Wien v 2.8.2018, VGW-152/071/1828/2018-24.

dieser Wählerevidenz aufscheine. Angesichts der notorischen Unmöglichkeit, von Amts wegen personenbezogene Auskünfte von den türkischen Behörden zu erhalten, einerseits und des trotz mehrfacher Aufforderung erfolgten unbegründeten Unterlassens der Vorlage eines Auszuges aus dem türkischen Personenstandsregister durch den Revisionswerber andererseits könne dem gegenüber ein Abstellen des LVwG darauf, dass Letzterer der ihn treffenden erhöhten Mitwirkungspflicht nicht entsprochen habe, nicht als eine unzulässige Umkehr der Beweislast gewertet werden (RN 21 und 22).

Der VfGH hat hingegen in seinem »leading-case«-Erkenntnis vom 11. 12. 2018, E 3717/2018 (das erstaunlicherweise auf den vorerwähnten Grundsatzbeschluss des VwGH keinerlei Bezug nimmt), festgestellt, dass das LVwG Wien im Anlassfall seine Verpflichtung zur amtswegigen Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes in einer in die Verfassungssphäre reichenden Art und Weise verletzt habe (RN 64). Dies vornehmlich deshalb, weil die verfahrensentscheidende Feststellung, dass der Bf. die türkische Staatsangehörigkeit wieder angenommen habe, ohne taugliche Beweisgrundlage auf die Vermutung der Authentizität einer elektronischen Wählerevidenzliste gegründet worden sei, obwohl diesbezüglich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausdrücklich festgestellt worden sei, dass es sich um kein authentisches Dokument einer in irgendeiner Weise für Angelegenheiten des türkischen Wahlrechts oder der türkischen Staatsangehörigkeit zuständigen Behörde handle (RN 65 und 67), sodass es dieser Umstand der mangelnden Authentizität – insbesondere auch in Verbindung mit der ungeklärten Herkunft des Inhalts (der zudem einem schreibenden Zugriff durch jedermann offen stand) – von vornherein ausschließen würde, dass der Datensatz im Hinblick auf den Bf. ein für die Zwecke des § 27 Abs 1 StbG taugliches Beweismittel darstellt (RN 68). Und soweit dem Betroffenen entgegengehalten werde, dass er es im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht unterlassen habe, einen Auszug aus dem türkischen Personenstandsregister (aus dem hervorgehe, dass er im fraglichen Zeitraum die türkische Staatsangehörigkeit nicht wiedererworben hat) vorzulegen, habe das LVwG Wien insoweit in verfassungswidriger Weise eine unzulässige Beweislastumkehr vorgenommen (RN 63 und 73).

Schließt man die Alternative, das Eingeständnis einer entsprechenden Judikaturdivergenz zwischen den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts dadurch verschleiern zu wollen, dass Spezifika der jeweiligen Anlassfälle zu entscheidungswesentlichen Unterschieden hochstilisiert werden<sup>6</sup>, von vornherein schon deshalb

6 Wie etwa der Umstand, dass das LVwG Wien selbst davon ausgegangen ist, dass die Authentizität der Liste nicht mit absoluter

aus, um sich nicht dem Vorwurf des Sophismus auszusetzen, so resultiert letztlich aus diesen beiden höchstgerichtlichen Entscheidungen sogar ein doppelter Widerspruch: Denn zum einen erachtet der VwGH die durchgeführte Beweiswürdigung als unbedenklich, während der VfGH diese nicht nur als un schlüssig, sondern obendrein als einen Willkürakt qualifiziert; und zum anderen ist nun aus der Sicht der Behörden im Ergebnis weiterhin ungeklärt, ob eine behördliche bzw gerichtliche Aufforderung an den Betroffenen dahin, einen Auszug aus dem türkischen Personenstandsregister vorzulegen, eine unzulässige Beweislastumkehr verkörpert. Vor diesem rechtlichen Hintergrund bleibt schließlich auch die Tatsachenfrage nach der Authentizität der vom BMI übermittelten elektronischen Wählerlisten weiterhin offen.

Unversehens gerieten damit aus rechtsdogmatischer Sicht auch zwei zentrale Aspekte des (nicht nur für das behördliche, sondern auch) für das erstinstanzlich-verwaltungsgerichtliche Verfahren maßgeblichen Officialprinzips in den Fokus, nämlich zum einen die Reichweite der gerichtlichen Faktenermittlungspflicht angesichts durch die Tatsachenebene gezogener Grenzen und zum anderen die prozessuale Beweislastverteilung beim Vorliegen von staatlichen Eingriffen (wie zB des Entzuges von Berechtigungen oder der Verhängung von Verwaltungsstrafen) in die Freiheitssphäre des Einzelnen.

2.

An diesem Punkt dürfte es zweckmäßig sein, einige in jüngerer Zeit ergangene, diesen Themenkreis tangierende und zugleich jeweils richtungsweisende Entscheidungen von europäischen Höchstinstanzen in den Blick zu nehmen, zumal diesen ja eine – wenn nicht ohnehin unmittelbar, so zumindest auf Umwegen – auch das nationale Recht determinierende Verbindlichkeit zukommt.

2.1.

So hat der etwa EuGH mit Urteil vom 14. 6. 2017, C-685/15, die Frage, ob die Art 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) im Lichte des Art 47 EGRC (fares Verfahren) dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie § 39 Abs 2 AVG<sup>7</sup> –

Sicherheit (sondern nur mittels Indizien) festgestellt werden konnte.

7 Sog. Amtswegigkeits- oder Officialprinzip in der (in Entsprechung zur Judikatur des VwGH) Ausprägung einer Inquisitionsmaxime. Diese gemäß § 17 VwGVG (sowie nach § 38 VwGVG i.V.m. § 24 VStG) auch im verwaltungs(straf)gerichtlichen Verfahren anzuwendende Bestimmung lautet in ihrer derzeit geltenden Fassung:

»(2) Soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen enthalten, hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen und unter Beobachtung der in diesem Teil enthaltenen

nach der das innerstaatliche Gericht, das darüber entscheidet, ob eine die Ausübung einer Grundfreiheit (zB in Form einer Verwaltungsstrafe) beschränkende Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist, die Umstände der bei ihm anhängigen Rechtssache von Amts wegen zu ermitteln hat – entgegenstehen, dahin beantwortet, dass dies (nur) dann und insoweit nicht anzunehmen ist, als diese Regelung nicht zur Folge hat, dass das Gericht an die Stelle der zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates zu treten hat, weil es nämlich den Letzteren obliegt, jene Beweise vorzulegen, die erforderlich sind, damit das Gericht prüfen kann, ob die Beschränkung der Grundfreiheit gerechtfertigt ist.

#### 2.1.1.1.

Geht es also um eine intentional eingreifende Norm, dann trifft nach der **zweiten Schlussfolgerung** dieses Urteilstenors den Staat die Beweislast dafür, dass diese Regelung einerseits auf Grund eines überwiegenden öffentlichen Interesses erforderlich und davon ausgehend andererseits auch verhältnismäßig, dh, dass diese sowohl zur Zweckerreichung geeignet als auch keine die Erzielung dieser Intentionen in gleicher Weise sichernde, aber weniger eingriffsintensive Alternative realisierbar ist.

#### 2.1.1.2.

Zum vollen Verständnis der **ersten Schlussfolgerung** des Urteilstenors bedarf es hingegen – wie sich zwingend aus einem entsprechenden, in RN 66 dieser Entscheidung enthaltenen Verweis ergibt – eines ergänzenden Rückgriffs auf die dieser conclusio zu Grunde liegenden Schlussanträge der mit der Entscheidungsaufbereitung betrauten Generalanwältin des EuGH<sup>8</sup>. Deren Anträge waren nämlich von folgender rechtssystematischer Konzeption getragen (Hervorhebungen jeweils nicht im Original):

»38 Im Rahmen dessen, was allgemein als **kontradiktorisches Verfahren** bekannt ist, sind die Aufgaben von **Anklagebehörde** und **Gericht** zumindest theoretisch **klar getrennt**. Erstere muss die Fakten beschaffen und vorlegen, auf die sie ihre Anklage stützt, während Letzteres auf der Grundlage dieser Fakten unter Berücksichtigung u. a. des Vorbringens der Verteidigung eine

Vorschriften den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen. Sie kann insbesondere von Amts wegen oder auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen und mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei allen diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.«

8 Vom 9. März 2017, C-685/15 (ECLI:EU:C:2017:201).

Entscheidung zu erlassen hat. Wollte ein Gericht im Rahmen dieses Verfahrens die Aufgaben der Anklagebehörde wahrnehmen, würde es sich in unerträglicher Weise von seiner gerichtlichen Funktion entfernen; jede daraus resultierende Entscheidung würde fast sicher im Rechtsmittelverfahren aufgehoben.

39 In dem bei ihm anhängigen Verfahren hat das vorlegende **Gericht** die **Fakten von Amts wegen zu ermitteln**. Ein solches Verfahren, das eine grundlegend andere Aufgabenverteilung als diejenige zwischen Anklagebehörde und Gericht kennt, wird traditionell als »**inquisitorisches**« **Verfahren** bezeichnet.

40 Es wurde festgestellt, dass es heutzutage **schwierig** ist, irgendein **Rechtssystem** zu finden, das entweder **rein kontradiktorischer** oder **rein inquisitorischer** Natur ist.

...

46 Ich wende mich ... gegen die Vorstellung, wonach das **Inquisitionsmodell** [schon] **seinem Wesen nach** nicht den Anforderungen von Art 6 EMRK und Art 47 EGRC genügen soll.

...

48 Es bleibt [aber] ... zu klären, wie das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Pfleger* u. a. im Rahmen eines nationalen Rechtssystems wie vorstehend ... beschrieben anzuwenden ist.

49 Insoweit bietet die österreichische Regierung eine Auslegung dieses Urteils an, deren wesentliche Schwäche darin besteht, dass sie RN 50 des Urteils außer Acht lässt. ...

50 ... Ich halte das nicht für angemessen. Es darf auch nicht vergessen werden, dass die Argumentation in dieser Randnummer die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Bereich wiedergibt.

51 RN 50 stellt an die Mitgliedstaaten sowohl wichtige als auch hohe Anforderungen. Geht es um eine **Ausnahme** von einer der **Grundfreiheiten**, so obliegt es dem **Mitgliedstaat**, klare und überzeugende Gründe zu ihrer Rechtfertigung **darzulegen**.

...

55 Es bleibt natürlich die **Aufgabe** des nationalen **Gerichts**, die **Angaben des Mitgliedstaats** zu **würdigen** und darüber zu **entscheiden**. Dies gilt **unabhängig** davon, ob das Verfahren vor diesem Gericht **kontradiktorischer** oder **inquisitorischer** Natur ist. ...

56 Es bleibt weitestgehend dem nationalen Gericht überlassen, wie es seine Nachforschung konkret ausgestaltet, **vorausgesetzt**, den **Anforderungen der Menschenrechtskonvention** und

des Unionsrechts, insbesondere des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes, sowie gegebenenfalls der Charta ist Genüge getan. ...

...

63 Das vorliegende Gericht findet es bedenklich, dass die **Anklagebehörde keine klare Rolle** in der Gerichtsverhandlung spiele. ... Das vorliegende Gericht scheint in diesem Zusammenhang vor allem die **Verwischung der Grenzen** zwischen **Gericht und Anklagebehörde** sowie die sich daraus möglicherweise ergebenden Auswirkungen auf die richterliche **Unabhängigkeit und Unparteilichkeit** mit Skepsis zu betrachten. Es verweist insoweit auf **drei Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte**<sup>9</sup>. ...

...

67 Ich kann nicht erkennen, dass all diese Feststellungen durch einen **Leitgedanken** miteinander verbunden wären, abgesehen von dem **zwingenden Erfordernis**, dass der **Spruchkörper**, der über die Schuld des Angeklagten ... zu befinden hat, den **objektiven Anschein von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit** bieten muss. ...

68 ... Da dem Erfordernis der **Unabhängigkeit und Unparteilichkeit** der **Vorrang** gebührt, muss das Gericht, wenn **insoweit irgendein Zweifel** bestehen sollte, bei seiner Entscheidung vorrangig dafür sorgen, dass diesem Erfordernis Genüge getan wird. Sollte dies in irgendeinem Fall bedeuten, dass das nationale **Gericht davon Abstand nehmen muss**, einen **Punkt aufzugreifen**, der der **Anklage zugutekommen**, sich **jedoch nachteilig für den Angeklagten auswirken** könnte, dann ist das eben so. ... **Unter keinen Umständen** kann ein **Gericht**, das sich in einer Lage wie das vorliegende Gericht befindet, die **Aufgabe** haben, **anstelle des Mitgliedstaats die Rechtfertigungsgründe** darzulegen, die Letzterer nach RN 50 des Urteils Pfleger u. a. beizubringen hat. Sollte eine derartige Rechtfertigung nicht geliefert werden (wie auch in allen anderen Fällen, in denen die **Anklagebehörde** es wegen Abwesenheit, Passivität oder aus einem anderen Grund **versäumt**, einer **ihr obliegenden Aufgabe** nachzukommen), darf das nationale Gericht aus diesem Versäumnis die **gebotenen Schlussfolgerungen** ziehen. «

Danach kommt es also nicht darauf an, ob eine innerstaatliche Verfahrensordnung ideell-systematisch als »kontradiktorisch« oder »inquisitorisch« intendiert und/oder ausgestaltet ist: Unabhängig davon, nach

9 Vgl. EGMR v 15.12.2005, 73797/01; v 18.5.2010, 64962/01; und v 20.9.2016, 926/09.

welchem System die nationale Regelung jeweils theoretisch konzipiert ist, ist es vielmehr in einem (nicht behördlichen, sondern eben) gerichtlichen Verfahren – soll dieses den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC entsprechen – jedenfalls geboten, eine Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion stets nicht nur tatsächlich, sondern schon dem Anschein nach hintanzuhalten; dies gilt ganz besonders in Konstellationen, in denen die staatlichen Organe am gerichtlichen Verfahren nicht teilnehmen oder in diesem passiv bleiben, obwohl die Beweislast wegen des Eingriffscharakters der staatlichen Maßnahme in Grundfreiheiten oder Grundrechtssphären<sup>10</sup> nicht beim Einzelnen, sondern beim Staat liegt<sup>11</sup>.

2.2.

Mit diesen Ausführungen hat der EuGH (letztlich offenbar über »Initialzündung« durch das LVwG OÖ) explizit eine Argumentationslinie übernommen, die zuvor bereits der EGMR entwickelt gehabt hatte – eine dementsprechende zusammenfassende Darstellung findet sich insbesondere im Urteil des EGMR vom 20.9.2016, 926/08, wobei insoweit für die hier maßgebliche Fragestellung die von diesem Gerichtshof mittlerweile in ständiger Judikatur vertretene Auffassung, dass

»the Court considered that the trial court had not preserved the guarantees of the **adversary nature** of the criminal proceedings and **had confused the functions of prosecutor and judge**: it had taken up the prosecution's case, examined the issues, determined the applicant's guilt and imposed a sanction.« (RN 56 – Hervorhebungen nicht im Original).

von besonderem Interesse ist: Denn daraus ergibt sich nicht nur, dass der EGMR davon ausgeht, dass (auch) ein Strafverfahren dann, wenn europäische Grundrechtsstandards angelegt werden, jedenfalls de facto – dh unabhängig von der jeweiligen innerstaatlich-systematischen Konzeption – kontradiktorisch durchgeführt werden muss, sondern auch, dass eine Vermischung von richterlicher und Anklagefunktion (bzw bereits ein dementsprechender Anschein) schon a priori dem Fairnessgebot des Art 6 Abs 1 EMRK widerspricht.

10 In rechtsdogmatischer Hinsicht besteht der Unterschied zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten vornehmlich darin, dass sich der Einzelne lediglich in letzterem Bereich unmittelbar auf einen durchsetzbaren subjektiv-öffentlichen Rechtsanspruch stützen kann.

11 Dass sich das Evidenzbüro des VwGH seinerzeit zur umgehenden Feststellung beeilte, dass das Amtswegigkeitsprinzip des § 39 Abs 2 AVG (gemeint) ohnehin keinerlei unionsrechtlichen Bedenken begegnen würde, muss angesichts eines derartigen Hintergrundes im Ergebnis nahezu als eine Irreleitung der Unterinstanzen angesehen werden.



Darüber hinaus hat der EGMR in dieser Entscheidung zudem auf seine ständige Rechtsprechung hingewiesen, wonach eine unzulässige Verschiebung der Beweislast auf den Normunterworfenen eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK) nach sich zieht:

»The Court reiterates ... that Article 6 § 2 of the Convention safeguards the right to be ›presumed innocent until proved guilty according to law‹. The presumption of innocence will be infringed where, as a matter of fact or on account of the operation of the applicable law (for instance, a legal presumption), the **burden of proof is shifted from the prosecution to the defence** (see *Telfner v. Austria*, no. 33501/96, § 15, 20 March 2001).« (RN 72 – Hervorhebungen nicht im Original)

Speziell in Bezug auf Österreich hat der EGMR – damals gleichsam in Anerkennung der Bemühungen, dass (erst) im Jahr 1991 mit den Unabhängigen Verwaltungssenaten endlich auch im Bereich des Öffentlichen Rechts die Institutionalisierung von gerichtsähnlichen Behörden erreicht worden war – die **Hilfskonstruktion**, dass im UVS-Verfahren (wie heute im verwaltungsgerichtlichen Verfahren) die Behörde die Anklage vertritt, als mit Art 6 Abs 1 EMRK vereinbar angesehen – dies freilich unter dem **dreifachen Vorbehalt**, dass es lediglich um Delikte mit geringfügiger Strafdrohung ging, die auch nach nationalem Recht (nicht als gerichtliche Straftaten mit entsprechender Stigmatisierungsfolge, sondern) bloß als Verwaltungsübertretungen qualifiziert waren und der UVS im konkreten Anlassfall auch tatsächlich keine der staatlichen Behörde vorbehaltene Funktion wahrgenommen hatte<sup>12</sup>. Diese Unbedenklichkeitsbescheinigung des EGMR betraf also gleichsam nur den organisatorischen Aspekt, und zwar dahin, dass zumindest auf (generell-abstrakter) gesetzlicher Ebene eine auch im Hinblick auf den Anschein der Unparteilichkeit ausreichende Trennung zwischen richterlicher und Anklagefunktion gewährleistet schien. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob dieser **Minimalkonsens** (als dessen primär negative Konsequenz es erforderlich ist, stets in jedem **Einzelfall** zu prüfen, ob die aufgezeigten Vorbehalte des EGMR auch tatsächlich beachtet wurden<sup>13</sup>) vor allem im Lichte der durch die materielle Grundrechtsjudikatur

des EuGH seither deutlich gestiegenen Anforderungen an den Fairnessgrundsatz des Art 6 Abs 1 und 2 EMRK bzw des Art 47 EGRC seitens der europäischen Instanzen auch weiterhin akzeptiert werden wird<sup>14</sup>.

2.3.

Wenngleich die zuvor angeführten Entscheidungen nicht zu Grundrechten, sondern zu Grundfreiheiten, und nicht in Bezug auf Administrativ-, sondern auf Verwaltungsstrafverfahren ergingen, bleibt deren essentielle Kernbotschaft aber dennoch unverkennbar: Bei hoheitlichen Eingriffen in die bürgerliche Freiheits-sphäre – seien diese genereller oder individueller Natur – trifft den Staat sowohl die Beweislast für deren Rechtfertigung als auch für deren Verhältnismäßigkeit; und im Zuge einer diesbezüglichen, dem Anspruch von »gerichtsmäßig« gerecht werden wollenden Rechtmäßigkeitskontrolle darf das Gericht nicht (und zwar nicht einmal dem Anschein nach) die Funktion der Behörden übernehmen, indem es an deren Stelle – und damit notwendigerweise zugleich zu Lasten des Einzelnen – die erforderlichen Beweise substituiert.

2.4.

Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang schließlich auch noch eine jüngst ergangene Entscheidung des EFTA-GH (vom 16. 11. 2018, E-8/17), in der dieser unter Hinweis auf Vorjudikatur – darunter auch solcher des EuGH – ausgesprochen hat, dass es zwar jener Partei, die eine Beschränkung einer Grundfreiheit normiert (d. i. in der Regel der Staat<sup>15</sup>), obliegt, deren Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nachzuweisen. Allerdings kann

14 Besonders bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang, dass einerseits der VfGH die erforderliche Einzelfallprüfung generell nicht vornimmt, sondern entsprechende Beschwerden unter Hinweis auf sein Erkenntnis vom 14. 3. 2017, E 3282/2016, entweder pauschal abweist (vgl VfGH v 27. 6. 2017, E 883/2017; v 27. 6. 2017, E 1381/2017; v 27. 6. 2017, E 1383/2017; und v 21. 9. 2017, E 2341/2017) oder deren Behandlung überhaupt ablehnt, und auf der anderen Seite auch eine Revision an den VwGH mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung nicht möglich ist (vgl zB VwGH v 25. 8. 2017, Ra 2017/17/0389; v 25. 9. 2017, Ra 2017/02/0149; und v 11. 7. 2018, Ra 2018/17/0048). De facto läuft daher die Effizienz der Grundrechtsjudikatur des EGMR in Österreich weitgehend leer, sobald einer gesetzlichen Regelung die innerstaatlich-verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigt wird, zumal ja seitens des EGMR infolge dessen ausufernd gehandhabter Ablehnungspraxis (vgl dazu etwa *Schöpfer*, Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, NLMR 2017, 307 ff; *Karl*, 25 Jahre »Newsletter Menschenrechte«, NLMR 2017, 405; *Polakiewicz – Suominen-Picht*, Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK, EURGR 2018, 383 ff) kaum eine Verurteilung zu befürchten ist (und selbst eine solche wiederum nur Einzelfallcharakter hätte).

15 Im Anlassfall war dies hingegen – gleichsam ausnahmsweise – ein nationaler Sportverband, dem allerdings hinsichtlich seiner Befugnis zur Zustimmung zum Abschluss individueller Sponsorverträge eine dem Staat vergleichbare Machtposition zukam.

12 Vgl. EGMR v 4. 7. 2002, 38544/97.

13 Gerade eine solche Einzelfallprüfung wurde jedoch vom VfGH in dessen Erkenntnis vom 14. 3. 2017, E 3282/2016, mit dem festgestellt wurde, dass auch das nunmehrige verwaltungsgerichtliche Verfahren solchen Bedenken im Hinblick auf Art 6 Abs 1 EMRK, wie sie der EGMR in seinem Urteil vom 20. 9. 2016, 926/08, geäußert hat, gleichsam schon vorweg-abstrakt nicht begegnen würde, unterlassen.

»that burden of proof ... not be so extensive as to require the party to **prove, positively**, that **no other conceivable measure** could enable that objective to be attained under the same conditions ...« (RN 123).

Die aus einem Eingriff in Grundfreiheiten resultierende Beweislast reicht also nicht so weit, dass der Staat (nicht bloß naheliegende, sondern) sämtliche denkbaren Alternativen zu eruieren und sodann hinsichtlich dieser jeweils konkret zu belegen hätte, dass und weshalb diese nicht in gleich effizienter Weise zur Zielerreichung geeignet erscheinen.

Österreich ist zwar seit dem EU-Beitritt (1.1.1995) kein EFTA-Staat mehr<sup>16</sup>, als EU-Mitglied wohl aber weiterhin Vertragspartner des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR). Da die Grundfreiheiten der EU inhaltlich jenen des EWR-Abkommens (EWRA) entsprechen<sup>17</sup> und sowohl der EuGH als auch der EFTA-GH gemäß Art 6 EWRA sowie Art 3 Abs 2 des Abkommens zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (ÜGA) wechselseitig zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des jeweils anderen GH angehalten sind – wobei dieser Forderung in der Regel auch tatsächlich entsprochen wird –, erweist sich sohin die Judikatur des EFTA-GH zumindest mittelbar auch für Österreich als maßgeblich; dies gilt vornehmlich insbesondere dann, wenn und soweit sich EuGH und/oder EGMR direkt oder indirekt einer Entscheidung des EFTA-GH anschließen<sup>18</sup>.

2.5.

Zusammenfassend lässt sich somit aus der Judikatur dieser europäischen Höchstgerichte als deren für den vorliegenden Kontext maßgebliche gemeinsame Auffassung ableiten, dass

- 1.) in Konstellationen hoheitlicher Eingriffe in die Freiheitssphäre des Einzelnen die Beweislast in Bezug auf Rechtfertigung (Gerechtfertigkeit) und Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung beim Staat liegt,
- 2.) insoweit eine Umkehr der Beweislast unzulässig ist und
- 3.) eine tatsächlich oder auch nur dem Anschein nach vorliegende Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion – und zwar unabhängig davon, ob das nationale Verfahrensrecht kont-

radiktorisch oder inquisitorisch konzipiert ist – keinesfalls in Betracht kommen kann,

bzw anders formuliert: dass jeder dieser Verstöße schon für sich allein genommen jeweils eine Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren (Art 6 Abs 1 und 2 EMRK bzw Art 47 EGRC) verkörpert.

3.

Überlegt man vor diesem Hintergrund, inwieweit die hier in Rede stehenden – und wechselseitig kontroversiellen – Entscheidungen der beiden österreichischen Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts jeweils den vorangeführten europarechtlichen Anforderungen entsprechen, so liegt zunächst auf der Hand, dass eine bescheidmäßige Feststellung der Aberkennung der österreichischen Staatsbürgerschaft einen hoheitlichen Eingriff in die Grundrechtsposition des Betroffenen darstellt.

Davon ausgehend trifft die Beweislast für die Erfüllung des nach § 27 Abs 1 StbG geforderten Tatbestandsmerkmals der Wiederlangung der türkischen Staatsbürgerschaft daher ebenso die Behörde(n) wie die Notwendigkeit einer überzeugenden Darlegung dahin, dass eine derartige Eingriffsregelung sowohl durch im überwiegenden Allgemeininteresse gelegene Gründe gerechtfertigt als auch geeignet und verhältnismäßig ist.

Soweit es vor einem derartigen Hintergrund die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der behördlichen Vorgangsweise durch Verwaltungsgerichte, denen zudem die Kompetenz zur reformatorischen Entscheidung eingeräumt ist, betrifft, darf diese – um dem Fairnessgebot des Art 6 Abs 1 und 2 EMRK bzw des Art 47 EMRK zu entsprechen – selbst angesichts einer textlich weitgefassten Regelung wie § 39 Abs 2 AVG lediglich derart erfolgen, dass gerichtliche und behördliche Ermittlungsfunktion nicht in einer solchen Weise vermengt werden, dass eine gesamthafte Würdigung letztlich ergibt, dass das Verwaltungsgericht de facto die Stelle der Behörde eingenommen hat (wobei schon ein dementsprechender Anschein verpönt ist). Konkret bedeutet eine dementsprechend europarechtlich bedingte **restriktive Interpretation des § 39 Abs 2 AVG** für die Praxis, dass bereits die angefochtene behördliche Entscheidung in der Regel zumindest auf tatbestandsbezogenen Beweisthemen und darauf rekurrierenden Beweismitteln fußen muss, während demgegenüber eine originäre Beweisführung durch das Verwaltungsgericht – jedenfalls wenn und soweit eine solche zu Lasten des Einzelnen geht – typischerweise nicht in Betracht kommt. Vielmehr muss das Verwaltungsgericht im Zuge seiner Entscheidung – § 39 Abs 2 AVG im Lichte des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC verfassungs- und vor allem europarechtskonform auslegend – stets dafür sorgen, dass vorrangig dem Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit Genüge getan wird; dies kann

16 Vgl Art 15 Z 2 des Abkommens über einen parlamentarischen Ausschuss der EFTA-Staaten, BGBl 915/1993.

17 Vgl zB Art 49 AEUV und Art 31 EWRA (Niederlassungsfreiheit) bzw Art 56 AEUV und Art 36 EWRA (Dienstleistungsfreiheit).

18 Vgl näher zB *Baudenbacher*, Grundfreiheiten und Grundrechte im EWR-Recht, in: Kley – Vallander (Hg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein (1992), 779f.

vor allem auch »bedeuten, dass das nationale Gericht davon Abstand nehmen muss, einen Punkt aufzugreifen, der der Anklage zugutekommen, sich jedoch nachteilig für den Angeklagten auswirken könnte«<sup>19</sup>.

Mit Blick auf die hier maßgeblichen Ausgangsfälle bedeutet dies:

Im Verwaltungsverfahren hätte es ausschließlich den Behörden obliegen, entweder unmittelbar (zB durch forensische Methoden) oder im Wege entsprechend stringenter Indizien die Authentizität der Dateien als türkische Wählerevidenzen zu beweisen.

Soweit sich dieser Nachweis im Beschwerdeverfahren als nicht überzeugend, nicht ausreichend, nicht möglich (insbesondere zB mangels Auskunftserteilung in Bezug auf das Personenstandsregister durch türkische Behörden) etc darstellte<sup>20</sup>, kam hingegen eine supplementäre Ergänzung durch das LVwG schon deshalb nicht in Betracht, weil sich eine solche Tatbestandsfeststellung entsprechend der in § 27 Abs 1 StbG angeordneten Rechtsfolge (ex-lege-Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft) klar zum Nachteil der Betroffenen ausgewirkt hätte. Vielmehr bildete die Würdigung der bereits von der Behörde vorgelegten Beweismittel und Indizien gleichsam die absolute Grenze der richterlichen Ermittlungspflicht, die insbesondere auch nicht durch eine Verschiebung der Beweislast auf die Bescheidadressaten – nämlich durch eine Bewertung von deren Weigerung (bzw Unterlassung) um (der) Einholung eines Auszuges aus dem türkischen Personenstandsregister als zwingendes Indiz dafür, dass diese die türkische Staatsbürgerschaft tatsächlich bereits wieder erworben hatten – umgangen werden durfte.

Im Ergebnis ist somit auch in einem auf einfachgesetzlicher Ebene prinzipiell inquisitorisch geprägten Verfahrenssystem hinzunehmen, dass übergeordnete Verfassungs- und Europarechtsprinzipien eine Reduktion der – zumindest der richterlichen – Ermittlungspflicht dahin gebieten, einen gesetzlichen Tatbestand, der einen staatlichen Eingriff in die Freiheitssphäre

des Einzelnen rechtfertigt, dann als nicht gegeben anzunehmen, wenn sich dessen faktische Substanz weder unmittelbar noch im Wege stringenter Indizien belegen lässt.

4.

Im Unterschied zu den europäischen Instanzen entscheiden der VwGH tendenziell behörden- und der VfGH zudem überwiegend regierungsfreundlich<sup>21</sup> (was angesichts des zusätzlichen Mankos, dass diese kein gerichtliches Verfahren iS des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC durchführen, und der jeweiligen Rekrutierung der einzelnen Mitglieder dieser Gerichtshöfe kaum erstaunlich ist), sodass global besehen die eingangs angeführte VwGH-Entscheidung vom 25.9.2018, Ra 2018/01/0364, wenig überrascht, während das VfGH-Erkenntnis vom 11.12.2018, E 3717/2018, eine doch erstaunliche bzw zumindest nicht erwartbare Regelabweichung verkörpert: Denn Letztere liegt nicht nur auf der Linie des zuvor dargestellten aktuellen europäischen Grundrechtsstandards<sup>22</sup>, sondern verunmöglicht im Endeffekt den Behörden auch die Erfüllung von aktuell prestigeträchtigen politischen Vorgaben<sup>23</sup>.

Ein zwischen den seitens VwGH und VfGH zum Amtswegigkeitsgrundsatz des § 39 Abs 2 AVG (konkret in Bezug auf die vermutete Doppelstaatsbürgerschaft) vertretenen bipolaren Extrempositionen angesiedelter – und zudem im Hinblick auf europarechtliche Anforderungen dauerhafter – Mittelweg könnte auch in einer jüngeren Grundsatzentscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes erblickt werden. Mit Beschluss vom 23.10.2018, 1 BvR 2523/13, hat das BVerfG nämlich im Kern festgestellt, dass – und insoweit kongenial mit den Europäischen Gerichten – hinsichtlich

19 Vgl die Schlussanträge der Generalanwältin zu C-685/15 (siehe oben, FN 8), RN 68.

20 Wenngleich Postfaktizismus gegenwärtig gleichsam als salonfähig gilt, kann vor dessen weitreichenden negativen Konsequenzen nicht eindringlich genug gewarnt werden (anschaulich zB *Neiman*, Widerstand der Vernunft – ein Manifest in postfaktischen Zeiten [2017]), sodass jedenfalls in Bezug auf die Beweisführung in gerichtlichen Verfahren (weiterhin) zu akzeptieren ist, dass sich unter Umständen gewisse Fakten und/oder Tatbestandsmerkmale mit den gegenwärtig vorhandenen wissenschaftlichen Methoden und Instrumentarien in concreto nicht bzw. nicht unmittelbar verifizieren lassen und diese daher entweder lediglich im Wege von Indizien als zutreffend beurteilt werden können oder eben als nicht erwiesen qualifiziert werden müssen, wobei in diesem Zusammenhang in Eingriffssituationen der **Zweifelsregel zugunsten des Einzelnen** (siehe oben, FN 19) besondere Bedeutung zukommt.

21 Vgl einerseits den Tätigkeitsbericht des VwGH für das Jahr 2017 (wonach lediglich 973 **stattgebenden** [wobei diese Zahl offenbar unter Einschluss auch der Amtsrevisionen zu verstehen ist, die einerseits so gut wie nie zugunsten der Bürger erhoben werden und andererseits schon deshalb die erfolgsgeneigteste Revisionswerbergruppe verkörpern, weil der VwGH insoweit zudem – und ohne dass sich Derartiges aus dem B-VG ableiten ließe – praktisch sämtliche prozessuale Hürden eliminiert hat; vgl zB VwGH v 15.4.2016, Ra 2014/02/0058] Entscheidungen [insgesamt] **2.914 Ab- und Zurückweisungen** gegenüberstehen [S. 18]) und andererseits den Tätigkeitsbericht 2017 des VfGH (Gesetzesprüfungsverfahren [S. 67]: insgesamt **124 geprüfte Normen**, davon nur 19 [und zudem überwiegend nur teilweise] **aufgehoben**; Verordnungsprüfungsverfahren [S. 68]: insgesamt **63 geprüfte Normen**, davon lediglich 27 [und zudem überwiegend nur teilweise] **aufgehoben**; Beschwerden gemäß Art 144 Abs 1 B-VG [S. 79]: bloß **194 Stattgebungen** gegenüber [insgesamt] **2.080 Abweisungen, Zurückweisungen und Ablehnungen**).

22 Während die gegenwärtige Bundesregierung mit § 1 Abs 4 des Deregulierungsgrundsatzgesetzes (DRGG), BGBl I 45/2017, einen deutlich gegenläufigen Trend eingeleitet hat.

23 Vgl zB Die Presse v 17.12.2018 (»Türkische Doppelstaatsbürger: Verfassungsrichter stoppen Ausbürgerung«).



hoheitlicher Eingriffsmaßnahmen stets den Staat die Beweislast für deren Rechtmäßigkeit trifft, wobei es allerdings in Konstellationen, in denen ein direkter Beweis nicht gelingt oder de facto unmöglich ist, ausreichend ist, dass die Behörden zumindest den Nachweis für eine jeweils überzeugende Plausibilität einer konkret vorgenommenen Grundrechtsbeeinträchtigung erbringen.

Im Besonderen geht das BVerfG davon aus, dass es einem Verwaltungsgericht durch das Bonner Grundgesetz (GG) nicht auferlegt ist, ein außerrechtliches tatsächliches Erkenntnisdefizit aufzulösen. Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitest möglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes von Wissenschaft und Praxis, so zwingt Art 19 Abs 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen oder zur Erstellung einer unabhängigen eigenständigen Einschätzung, sondern das GG erlaubt ihm vielmehr, seiner Entscheidung die von der Behörde zur fachlichen Frage vorgenommene Einschätzung insoweit zu Grunde zu legen, als diese objektiv plausibel erscheint (sodass diese Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle unmittelbar aus der Verfassung – und nicht aus einer der Verwaltung [gegebenenfalls rechtswidrig] eingeräumten Einschätzungsprärogative – folgt und deshalb auch keiner eigenständigen gesetzlichen Ermächtigung bedarf). Allerdings darf der Gesetzgeber der Verwaltung und auch den Gerichten in grundrechtsrelevanten Bereichen nicht auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen »Erkenntnisvakuum« übertragen, sondern er muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung – wie zB durch die Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden – sorgen.

Zu beachten ist im gegebenen Zusammenhang allerdings, dass dieser Beschluss des BVerfG essentiell davon getragen wird, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren in der BRD traditionell kontradiktorisch konzipiert<sup>24</sup> ist. Die Anforderungen an die gerichtliche Ermittlungspflicht erscheinen daher vor einem derartigen Ausgangspunkt – und im Gegensatz zum seit der Monarchie inquisitorisch geprägten System in Österreich – als schon von vornherein vergleichsweise wesentlich stärker eingeschränkt; zugleich besteht infolge dieser dogmatischen Grundkonzeption die Gewähr dafür, dass die Gefahr einer Verletzung der oben dargestellten, aus der Sicht des EGMR und des EuGH im Zusammenhang mit dem Fairnessgrundsatz des Art 6 Abs 1 und 2 EMRK bzw des Art 47 EGRC gegenwärtig maßgeblichen Prinzipien auf einem minimalen Niveau gehalten wird, ohne dass

es jeweils einer diesbezüglichen verwaltungsgerichtlichen Einzelfallkontrolle bedarf<sup>25</sup>.

5.

Zusammenfassend lassen sich aus all dem folgende, den derzeitigen europäischen Schutzstandard in Bezug auf ein faires Verfahren kennzeichnende Eckpunkte, denen sich – um eine Verletzung der EMRK oder von Unionsrecht hintanzuhalten – jedenfalls mittelfristig auch die nationalen Rechtsordnungen (und somit auch die österreichischen verwaltungsprozessualen Normenkomplexe) anpassen werden müssen, ableiten:

- ▷ In einem gerichtsförmigen – und deshalb notwendig kontradiktorischen – Verfahren dient die öffentliche Verhandlung von ihrer Zwecksetzung her besehen in der Regel nicht dazu, Ermittlungsergebnisse erst zu produzieren, sondern diese setzt bereits – zumal Gerichte wesensgemäß nicht über eigenständige Ermittlungsorgane verfügen – das Bestehen solcher voraus, die dann vom Gericht unter Beteiligung der jeweils einen gegenläufigen Interessesstandpunkt vertretenden Parteien zu erörtern sind. Daran schließt sich die Beweiswürdigung als ureigenste Domäne des Gerichts, wobei eine solche kaum (und erst recht dem Anschein nach nicht) objektiv und unvoreingenommen sein kann, wenn und soweit zuvor Beweise (also tatbestandsbezogene Beweisthemen und/oder darauf rekurrierende Beweismittel) originär vom Gericht selbst produziert wurden. Davon ausgehend kann beispielsweise die Konstellation, dass (nicht auf Grund eines entsprechenden Parteienantrages, sondern) über richterliche Anordnung hin ein Sachverständiger sowohl den Befund als auch sein Gutachten erst(mals) in der öffentlichen Verhandlung erstellt, nicht den Regel-, sondern nur einen extremen Ausnahmefall bilden, wobei zusätzlich sichergestellt sein muss, dass

25 Man könnte bzw müsste sich an diesem Punkt neuerlich bzw weiterhin fragen, ob eine innerstaatliche Konzeption (wie das Amtswegigkeitsprinzip in Gestalt einer Inquisitionsmaxime), die – **offenkundig systembedingt** – nicht schon zu einer Problemlösung auf gesetzlicher Ebene führt, sondern diese gleichsam auf das Niveau der gerichtlichen Einzelfallprüfung subdelegiert (wobei hinzukommt, dass auf dieser untergesetzlichen Ebene der Rechtsschutz weitgehend leerläuft, maW also – euphemistisch umschrieben – die innerstaatlichen Höchstgerichte keine aktive Rolle zur Sicherung der Unionsrechtskonformität des nationalen Rechts wahrnehmen), überhaupt unionsrechtskonform sein kann bzw ob eine solche Modellwahl nicht schon infolge ihres der Grundannahme der loyalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten systembedingt diametral zuwiderlaufenden Charakters zwingend gegen Unionsrecht verstoßen muss. Denn diese Problematik ist letztlich weder im Urteil des EuGH vom 14. 6. 2017, C-685/15, noch in den damit verbundenen Schlussanträgen der Generalanwältin (s.o., 2.1.) noch seither in anderen europarechtlichen Entscheidungen behandelt (geschweige denn entschieden) worden.

24 Vgl zB *Nolte*, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (2015), 104 ff.



eine solche Art der Beweisführung keinesfalls zu einem nachteiligen Eingriff in die Freiheitssphäre des Bürgers führt.

- ▷ In Konstellationen, in denen hoheitliche Eingriffe in die Freiheitssphäre der Normunterworfenen vorgenommen werden, ist selbst bei einfachgesetzlicher Festlegung eines Inquisitionssystems auch für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Umkehr und/oder eine verschleierte Überwälzung der den Staat bzw die Verwaltungsbehörden treffenden Beweislast durch ein Abstellen auf die Mitwirkungspflicht der Betroffenen ebenso prinzipiell unzulässig (iSv: dem Art 6 EMRK bzw dem Art 47 EGRC widersprechend) wie eine (bzw bereits der Anschein einer) Vermischung von richterlicher und Anklagefunktion und/oder ein faktischer Leerlauf des Systems »Einzelfallprüfung infolge Verschiebung der Problemlösung von der Ebene der Gesetzgebung hin zur gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle«. Ausnahmen von diesem Grundsatz wurden von den europäischen Instanzen bisher lediglich beim Vorliegen von sehr spezifischen Sonderszenarien anerkannt (etwa dahin, dass die staatliche Beweislast nicht so weit reicht, hinsichtlich sämtlicher hypothetisch denkbarer Alternativen belegen zu müssen, dass diese jeweils einen gravierenderen Freiheitseingriff zur Folge hätten<sup>26</sup>, oder in Bezug auf die Lenkerauskunftspflicht und eine daran anknüpfende Vermutung der Lenkereigenschaft des Zulassungsbesitzers im Straßenverkehr, sofern diese Aspekte nicht das einzige oder das zentrale Beweismittel bilden<sup>27</sup>).
- ▷ Vor einem derartigen Hintergrund muss daher auch in einem auf einfachgesetzlicher Ebene inquisitorisch ausgeprägten Verfahrenssystem gegebenenfalls hingenommen werden, dass ein gesetzlicher Eingriffstatbestand dann als nicht erwiesen anzusehen ist, wenn sich dessen faktische Substanz weder unmittelbar noch im Wege stringenter Indizien belegen lässt (während dem gegenüber in einem kontradiktorischen System die Übernahme plausibler Verwaltungsentscheidungen deshalb hinreicht, weil dieses per se [nämlich durch diese systematische Konzeption selbst bedingt und damit ohne Notwendigkeit einer Verlagerung auf gerichtliche Einzelfallkontrolle] hinreichend Gewähr dafür bietet, Verletzungen des Fairnessgrundsatzes des Art 6 Abs 1 und 2 EMRK bzw des Art 47 EGRC verlässlich hintanzuhalten).

Nach bisher gängigem Muster wird der VwGH die bestehende Judikaturdivergenz wohl dadurch beenden, dass er sich über kurz oder lang der Rechtsansicht des VfGH anschließt. Dies brächte immerhin den Vorteil einer maßgeblichen, allerdings weiterhin bloß auf einen abgegrenzten Materienbereich<sup>28</sup> beschränkten (und damit das »Delegationssystem durch richterliche Einzelfallprüfung« prolongierenden) Aufweichung des strikten Inquisitionsgrundsatzes und damit zumindest einen Schritt in die Richtung, den Anschluss an europäischen Standard nicht zu verpassen.

<sup>26</sup> Vgl EFTA-GH v 16.11.2018, E 8/17, und dazu oben, 2.4.

<sup>27</sup> Vgl EGMR v 18.3.2010, 13201/05, und dazu näher Grabenwarter – Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl (2016), 547f.

<sup>28</sup> Wie etwa auch: Glücksspielmonopol (vgl EuGH v 14.6.2017, C-685/15, und dazu oben, 2.1.).