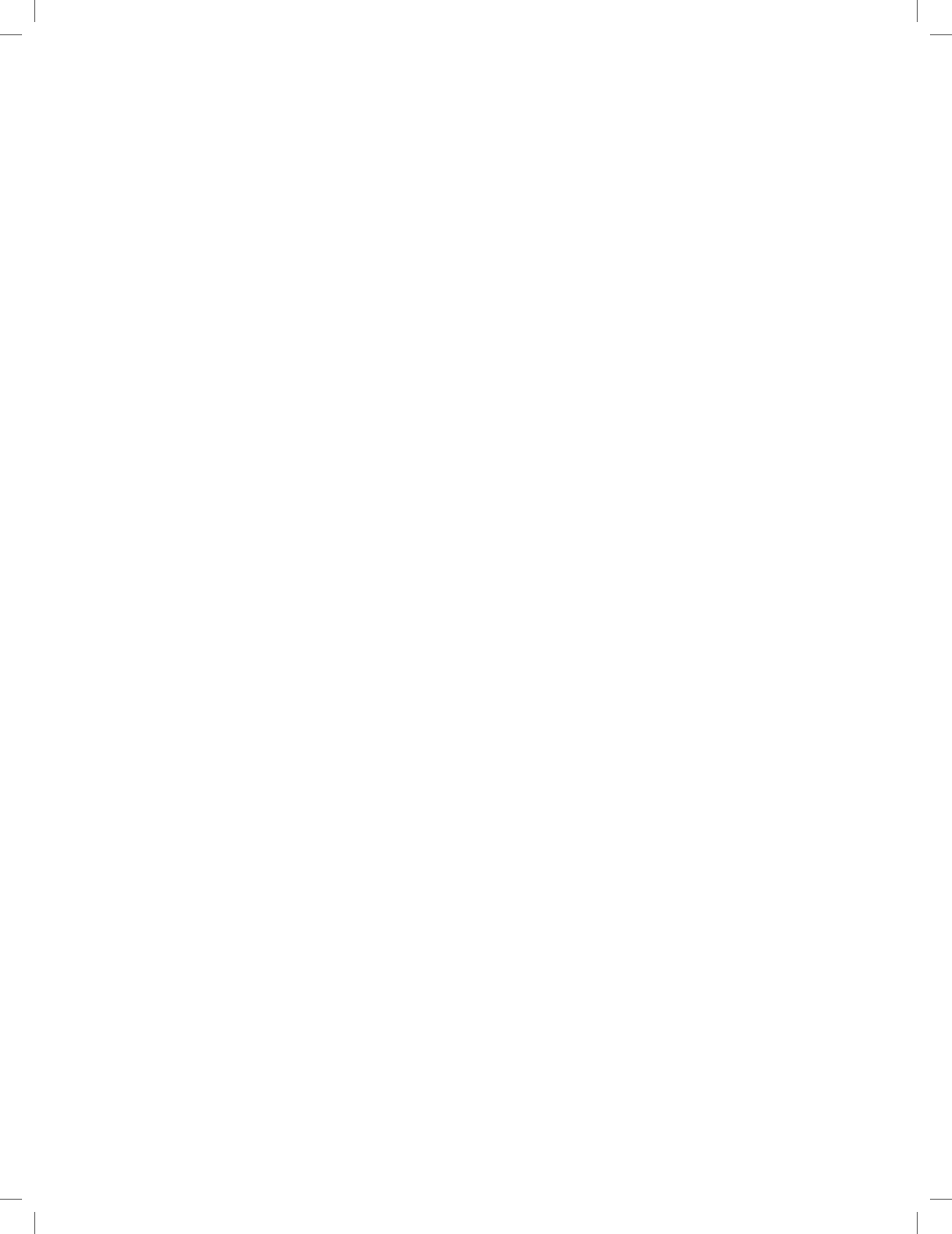


Alfred Grof

**Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit**

 Jan Sramek Verlag



Alfred Grof

# Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Repetitorium zur Prüfungsvorbereitung

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten  
stehen unter <<http://dnb.d-nb.de>> zur Verfügung.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.  
Sämtliche daraus abzuleitenden Rechte sind vorbehalten. Dies gilt  
insbesondere, aber nicht ausschließlich, für das Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung des gesamten Werkes oder von Teilen desselben durch  
druck- und photomechanische Verfahren, zur elektronischen Speicherung  
insbesondere in Datenverarbeitungsanlagen oder auf maschinenlesbaren  
Datenträgern oder das Recht zur Übersetzung in sämtliche Sprachen.  
Für Abdruckgenehmigungen odgl. wenden Sie sich bitte unter  
<[www.jan-sramek-verlag.at](http://www.jan-sramek-verlag.at)> an den Verlag.

Produkthaftung: Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann  
keine Garantie für die Vollständigkeit, Aktualität oder Fehlerlosigkeit  
des Werkes gegeben werden. Eine Haftung des Verlages, der Herausgeber  
und / oder Autoren aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Eigensatz des Verlags  
Schrift: Arnhem Pro  
Druck und Bindung: Primerate kft  
Gedruckt auf: Munken Print Cream 80 g, 1,3 vol.

ISBN 978-3-7097-0269-7

© 2021 Jan Sramek Verlag KG

## Vorwort

1. Recht ist va in jenen Bereichen von praktischem Interesse, in denen es effektiv durchsetzbar ist, und zwar sowohl in aktueller als auch in bloß potentieller, dh in Form der Drohung mit seiner allfälligen tatsächlichen Realisierung.

Infolge des ihm zukommenden Zwangsmonopols bedarf es in diesem Zusammenhang bezüglich der Effektivierung der öffentlichen Interessen keiner weiteren Gedanken (oder gar Sorgen), denn der Staat findet stets (und gegebenenfalls sogar noch über seinen rechtlichen und faktischen Untergang hinaus) entsprechende Mittel (sowie Wege und Handlanger), um sich das Recht dienstbar zu machen – vor allem zu den Primärzwecken, den Machterhalt seiner Leitungs- und Vollzugsorgane sowie die Einbringung der erforderlichen finanziellen Mittel zu sichern.

2. Für den Einzelnen, der sich den staatlichen Organen, die als gleichsam zwiegespaltene Subjekte immer auch »objektive öffentliche Intentionen zu wahren« haben, gegenübergestellt sieht und angesichts prinzipiell konträrer Interessenlagen trotz verschiedentlich festgelegter Objektivitätsgebote nicht darauf bauen kann, dass Personen dann, wenn sie die Rolle bzw Funktion eines Amtsträgers ausüben, sich wenigstens grosso modo um eine neutrale Entscheidung bemühen – und zwar auch (bzw gerade) dann nicht, wenn (und weil) sie (bloß) formal unabhängig agieren können (denn »Unabhängigkeit« bedeutet nur »Weisungs-«, nicht hingegen auch »Wertungsfreiheit«) –, ergibt sich somit die Notwendigkeit, sich angesichts einer stereotyp-emotionslosen Erledigungsroutine der Vollziehung jener rechtlichen Instrumentarien zu vergewissern, mittels deren er seine Interessen, va seine Freiheitssphäre, dem Staat gegenüber bewahren und gegebenenfalls auch wirksam durchsetzen kann. In diesem Zusammenhang erweist sich allerdings allein ein bloßes Wissen um das Bestehen derartiger Rechtsbehelfe oftmals nicht als hinreichend; zusätzlich bedarf es nämlich zu deren zweckmäßig-effektiver Handhabung auch der Kenntnis des Umfeldes und des Kontextes, in das bzw den diese jeweils eingebettet sind.

3. Umgekehrt ist es auch für die staatlichen Organe von maßgeblichem Interesse, die Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen zu kennen und davon ausgehend das staatliche Handeln an der zumindest potentiellen Ergreifung solcher Rechtsbehelfe gegen behördliche und/oder gerichtliche Entscheidungen zu orientieren. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass es gleichsam als eine »anthropologische Konstante« angesehen werden kann, dass der Mensch im Gefolge der Erlassung einer Regelung – mit der im Normalfall eine Beschränkung der individuellen Freiheitssphäre verbunden ist – stets umgehend danach trachtet, (legale oder auch semi- bis illegale) Strategien zur Umgehung solcher Eingriffe zu entwickeln.

Dadurch wird ein permanenter Kreislauf von »Regelung – Ausweichverhalten – Regelungsadaption – Ausweichs-adaption – usw« in Gang gesetzt, der im Zeitverlauf in eine Regulierungsflut und Hyperkomplexität der Gesamtrechtsordnung mündet.

VORWORT

---

4. Vor dem Hintergrund, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit ursprünglich mit der Intention eingerichtet wurde, dem Einzelnen einen Rechtsschutz gegenüber dem Staat zu gewährleisten, diese Funktion aber mittlerweile zunehmend in den Hintergrund getreten ist bzw vorwiegend auf formale Aspekte reduziert wurde, sodass die Behörden- und Gerichtsinstitutionen aus der Sicht des Bürgers gegenwärtig weniger als deren Fürsorger, sondern (euphemistisch formuliert) vielmehr aus kritischer Distanz betrachtet werden, versucht dieses Handbuch so weit als möglich beiden Blickwinkeln – wenngleich tendenziell gleichsam eher auf der Seite des Einzelnen stehend – gerecht zu werden.

Dabei liegt der Fokus vorrangig auf einer Herausstellung der die Praxis prägenden tatsächlichen Verhältnisse und Wechselbeziehungen, wobei in diesem Zusammenhang einer der Schwerpunkte eine Systematisierung der Judikatur der diversen Höchstgerichte bildet. Insoweit versteht sich die gegenständliche Publikation vornehmlich als Illustrierung (eines – von seinem faktischen Einfluss her betrachtet: höchst essentiellen – Teilbereiches) der österreichischen Realverfassung.

5. Die andere Grundintention dieses Buches liegt darin, seinen Benutzern eine Lehr- und Lernunterlage mit dem Ziel einer gleichermaßen theorie- und praxisbezogenen Prüfungsvorbereitung im Rahmen rechtswissenschaftlicher Studien bzw im Zuge der Ausbildung für private und staatliche Rechtsberufe zu bieten.

Deshalb gliedert sich die Darstellung in zwei Hauptbereiche mit nahezu jeweils gleichem Umfang:

Etwa 100 Seiten Theorie sind primär für jene Leser gedacht, die danach trachten, der Staatsfunktion der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts weitest möglich auf den Grund zu kommen, davon ausgehend maßgebliche Zusammenhänge zu erkennen und so schließlich ein fundiertes Problemverständnis zu entwickeln – all dies zu dem bewussten oder bloß intuitiven Primärzweck, sich letztlich gleichsam »individuell-algorithmisierte« Musterstrategien für eine fachspezifische Problemlösung zurechtlegen zu können. Davon ausgehend sind Wiederholungen – von essentiellen Kernthemen – durchaus nicht unbeabsichtigt.

Wem hingegen vorwiegend daran gelegen ist, im Rahmen einer universitären oder beruflichen Ausbildung einen (vielleicht als »wenig interessant« oder sogar als »lästig« empfundenen) Prüfungsgegenstand zu absolvieren, der kann diese theoretischen Fundierungen beiseite lassen oder (mithilfe des Sachverzeichnisses) bloß in Form punktueller Rückversicherungen auf diese zurückgreifen, denn zu einem solchen Zweck dürfte eine Befassung mit dem Praxisteil in aller Regel hinreichend sein.

6. Grundsätzlich wurde für den Theoretischen Teil die Form der Problemdarstellung derart gewählt, dass damit gleichsam die »Hauptknotenpunkte« in einem Grundduktus verbunden werden (siehe dazu die Übersicht auf S 109); um durch ein Abdriften auf »Nebengleise« möglichst nicht irritiert zu werden, werden daher sog »Folgeproblemgebiete« bzw Neben- und Detailfragen vielfach »bloß« in Fußnoten dargestellt.

Da dies stellenweise zu einer gemeinhin unüblichen textlichen Erweiterung des Anmerkungapparates führte, zugleich aber der Umfang der Gesamtdarstellung einen ökonomischen

misch vertretbaren Rahmen nicht überschreiten sollte, musste somit als Kompromiss auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit der – gegenwärtig ohnehin kaum noch überschaubaren – wissenschaftlichen Literatur verzichtet werden (gegebenenfalls lässt sich dies im Zuge späterer Auflagen schrittweise nachholen). Gemeinhin Unstrittiges wird daher grundsätzlich als dem (fortgeschrittenen) Benutzer bekannt vorausgesetzt bzw kann theoretisches Basiswissen dazu unschwer ohnehin den gängigen Standardlehrbüchern und den im Teil A des Literaturverzeichnisses angeführten Publikationen entnommen werden. Vor dem Hintergrund dieser Rahmenbedingungen wurden deshalb im Anmerkungsapparat und im Schrifttumsnachweis auch gegenstandsrelevante rechtspolitische Abhandlungen einerseits sowie andererseits in ebenbürtiger Weise auch Autoren berücksichtigt, die ansonsten nicht zum prädominierenden innersten Kreis des aktuellen Netzwerkes der »Scientific Community« zählen.

7. Als signifikanter Ausdruck einer gegenwärtig nahezu sämtliche Gesellschaftsbereiche dominierenden Courtoisie kann angesehen werden, dass unter Wahrung der »political correctness« selbst negative Erscheinungsformen dessen ungeachtet möglichst euphemistisch umschrieben werden sollen. Freilich wird auf diese Weise häufig vom Kern des Problems abgelenkt bzw der Blick auf das Wesentliche verstellt. Wer sich daher nicht als ein »Politiker« versteht, muss solchen Anforderungen sohin auch nicht stets und in allen Belangen anstandslos entsprechen. Deshalb gebührt dem Verlag besonderer Dank dafür, die Drucklegung einer Darstellung zu ermöglichen, die mit kritischer Grundeinstellung eher quer zum gegenwärtigen Trend einer gelegentlich an frühere Formen der »Hofberichterstattung« erinnernden Literaturszene liegt.

Linz im Juni 2021

*Alfred Grof*

*Die instrumentalisierte Relativierung von Wahrheits- und Wissenschaftstreue ist der Preis, den die Rechtspraxis für den Machterhalt zu zahlen bereit ist.*





## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII

### Teil A:

#### System sowie völkerrechtlicher und verfassungsmäßiger Überbau

I.	Fundamentale normative Parameter; Demokratisches Grundprinzip; Recht und Rechtswissenschaft .....	3
	A. Grundprinzipien der Verfassung .....	3
	B. Demokratisches Grundprinzip als »Scheitelpunkt« der materiellen Deduktion .....	6
	C. Das Verhältnis zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, im Besonderen »Derogation und Stufenbau der Rechtsordnung« ....	9
	1. Ziel- und Zwecksetzung von Wissenschaft .....	9
	2. Rechtssatzformen und »Stufenbau der Rechtsordnung« als Systemdeterminante .....	11
	3. Exkurs: Der wissenschaftliche Standard von Entscheidungsbegründungen .....	17
II.	Liberales Grundprinzip und das Verhältnis »Völkerrecht – Innerstaatliches Verfassungsrecht« am Beispiel der EMRK und der EGRC .....	19
	A. Allgemeine rechtssystematische Determinanten der Koordination zwischen Völkerrecht und nationalem Recht .....	19
	B. Systematische Struktur und Ausgestaltung der EMRK .....	26
	1. Kombiniertes »self-executing«- und »non-self-executing«-Charakter .....	26
	2. Authentische Version der EMRK .....	27
	3. Der völkervertragsrechtliche Grundsatz »Völkerrecht bricht Landesrecht« .....	28
	4. Der Status der EMRK in der österreichischen Rechtsordnung ....	29
	a. Völkerrechtliche Ebene .....	29
	b. Innerstaatliche Ebene, insbesondere: Kundmachung, Sprachfassungen und Verfassungsrang .....	30
	C. Das horizontale Verhältnis zwischen EMRK und EGRC auf völkerrechtlicher Ebene .....	36
	D. Die EGRC im System des nationalen Rechts .....	43
	1. Kein formeller Verfassungsrang .....	43
	2. Autonome Beurteilung und Ausschluss einer nationalen Letztkompetenz .....	45

## INHALTSVERZEICHNIS

	3. Vorlage zur Vorabentscheidung (Gerichtskooperation) anstelle eines Individualbeschwerdesystems .....	46
E.	Stufenbausystem unter Einbeziehung des Völkerrechts .....	47
	1. Völkerrechtlicher, insbesondere vertragsvölkerrechtlicher Blickwinkel: Primat des Völkerrechts .....	47
	2. Innerstaatlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Blickwinkel: Primat (zumindest) der (identitätsstiftenden) Grundprinzipien der Verfassung .....	48
F.	Faktische Effektivität der EMRK und der EGRC in der österreichischen Rechtspraxis .....	50
III.	Die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung als dritte grundprinzipienbasierte Rahmenvorgabe .....	54
	A. Der Trennungsgrundsatz aus rechtssystematischem Blickwinkel ....	54
	B. Bloße Kassationsbefugnis als Problemfall im Lichte »verfassungswidrigen Verfassungsrechts« .....	57
	1. Europarechtliche Anforderungen .....	57
	2. Völkerrechtskonformität im Lichte des Grundsatzes der doppelten Bedingtheit .....	64
IV.	Durch das rechtsstaatliche Grundprinzip bedingte Rahmenvorgaben ....	69
	A. Allgemeines zum Rechtsstaatsprinzip .....	69
	B. Rechtsstaat als Rechtsschutzstaat .....	70
	C. Gerichte als Garanten des Rechtsschutzes .....	72
	D. Europarechtliche Anforderungen an Kontrollorgane bzw nochmals: Zum Minimalerfordernis von zumindest einer tribunalmäßigen Instanz in Gestalt der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte .....	75
	E. Prüfungsumfang und Prüfungsmaßstab: Der Wandel von einer reinen Gesetzmäßigkeits- hin zu einer nahezu umfassenden Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle .....	83
	F. Rechtsstaatsprinzip und Prüfungsgegenstand: Aufweichung des Grundsatzes der »Formalorientiertheit« in Richtung einer »Vollumfänglichkeit« .....	85
	G. Konsequenz der Prüfung: Grundsatz der Substitution der behördlichen durch eine gerichtliche Entscheidung; bloße Rechtswidrigkeitsfeststellung als Ausnahme .....	89
	H. »Letztkompetenz« als meta-rechtssystematische Rahmenbedingung	93
V.	Zusammenfassung .....	101
	A. Schlussfolgerungen .....	101
	B. Schlagwortartige Skizzierung essentieller Problemfelder .....	102

*Teil B:*

**Praxis**

I.	Überblick und Anmerkungen zu den maßgeblichen Rechtsgrundlagen	113
A.	Verfassungsrecht	113
1.	Systematische Konzeption der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts nach dem B-VG	113
2.	Tragende materielle Grundsätze	113
3.	Maßgebliche Detailregelungen im B-VG	113
B.	Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG)	120
1.	Eckpunkte des VwGG	120
2.	Grundzüge der Organisation des VwGH	120
3.	Allgemein maßgebliche Verfahrensbestimmungen	121
4.	Revision	122
C.	Verfassungsgerichtshofgesetz (VfGG)	132
1.	Eckpunkte des VfGG	132
2.	Grundzüge der Organisation des VfGH	132
3.	Allgemein maßgebliche Verfahrensbestimmungen	132
4.	Besondere Verfahrensbestimmungen (Auswahl)	133
D.	Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)	135
1.	Eckpunkte des VwG-Verfahrens	135
2.	Administrativbeschwerdeverfahren	137
3.	Verwaltungsstrafbeschwerdeverfahren	140
4.	Spezifische Sonderregelungen	141
	Überblick Administrativ- und Verwaltungsstrafverfahren der Behörden	142
E.	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)	142
1.	Eckpunkte des behördlichen Administrativverfahrens	142
2.	Parteistellung (§ 8 AVG)	143
3.	Anbringen (§ 13 AVG)	143
4.	Niederschriften (insb Verhandlungsprotokolle) und Aktenvermerke (§§ 14–16 AVG)	143
5.	Akteneinsicht (§§ 17 und 17a AVG)	144
6.	Schriftliche Erledigungen (§ 18 AVG)	144
7.	Ladung	145
8.	Fristen (§§ 32–33 AVG)	145
9.	Ermittlungsverfahren (§§ 37–44a AVG)	145
10.	Bescheide (§§ 56–62 AVG)	147
11.	Berufung (§§ 63–67 AVG)	148
12.	Rechtskraft und Durchbrechung (§ 68 AVG)	148
13.	Wiederaufnahme (§§ 69 und 70 AVG)	149
14.	Wiedereinsetzung (§§ 71 und 72 AVG)	149
15.	Geltendmachung der Entscheidungspflicht (§ 73 AVG)	150
16.	Kosten des Administrativverfahrens (§§ 74–79 AVG)	150
F.	Verwaltungsstrafgesetz (VStG)	151
1.	Eckpunkte des Verwaltungsstrafverfahrens	151

## INHALTSVERZEICHNIS

2. Schuld (§§ 5 und 6 VStG) .....	151
3. Außenvertretungsbefugnis (»Verbandsverantwortlichkeit« – § 9 VStG) .....	152
4. Kumulation (§§ 22 und 30 VStG) .....	152
5. Verjährung (§§ 31 und 32 VStG) .....	153
6. Behördliche Sicherungsbefugnisse (§§ 34b–39a VStG) .....	153
7. Verfahrensarten (§§ 40–50 VStG) .....	154
8. Strafvollstreckung (§§ 53–54d VStG) .....	155
9. Straftilgung (§ 55 VStG) .....	156
10. Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 64 VStG) .....	156
II. Schriftsatzmuster .....	157
A. Revision an den VwGH .....	157
1. Relevanter Sachverhalt/Verfahrensgang .....	158
2. Zulässigkeit der Revision .....	159
3. Revisionspunkte .....	161
4. Revisionsgründe .....	161
5. Anträge und Anregungen .....	167
B. Erkenntnisbeschwerde an den VfGH .....	169
1. Relevanter Sachverhalt/Verfahrensgang .....	170
2. Beschwerdegründe .....	172
3. Anträge .....	179
4. Anregung .....	180
5. Beilagen .....	180
C. Parteien-(Rechtsmittel-Normenkontroll-)Antrag an den VfGH .....	181
1. Relevanter Sachverhalt .....	182
2. Verfassungsrechtliche Bedenken (Art 6 Abs 1 und Art 13 EMRK) .....	183
3. Anträge .....	188
D. Beschwerde an den EGMR .....	189
III. Unterlagen für die praktische Falllösung .....	201
A. Revision an den VwGH .....	201
1. Verfassungsrechtlich-essentielle Elemente der Revision (Art 133 B-VG) .....	201
2. Einfachgesetzlich-essentielle Elemente der Revision (§§ 21–37a VwGG) .....	201
3. Leading-Cases aus der Judikatur .....	204
B. Anträge/Beschwerden an den VfGH/EGMR .....	214
1. Verfassungsrechtlich-essentielle Elemente der Erkenntnisbeschwerde .....	214
2. Einfachgesetzlich-essentielle Elemente der Erkenntnisbeschwerde .....	214
3. Leading-Cases aus der Judikatur .....	216
Auswahl an weiterführender und lesenswerter Literatur .....	219
Stichwortverzeichnis .....	227

## Abkürzungsverzeichnis

AA	Abänderungsantrag
aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (JGS 946/1811 idgF <b>[A]</b> )
ABl	Amtsblatt der EU
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU (kF ABl 2016/C 202/02 <b>[B]</b> )
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
ausg	ausgenommen
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (BGBl 51/1991 idgF <b>[C]</b> )
aW	aufschiebende Wirkung
B	Beschluss
betr	betreffend
Bf	Beschwerdeführer
BFG	Bundesfinanzgericht (Österreich)
BG	Bundesgesetz
BGBL	Bundesgesetzblatt
BH	Bezirkshauptmannschaft
BK	Bundeskanzler
BKA	Bundeskanzleramt
BMin	Bundesminister(in), Bundesministerium
BPräs	Bundespräsident
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw	beispielsweise
BVE	Beschwerdevorentscheidung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (BRD)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (BGBl 1/1920 idgF <b>[D]</b> )
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BVwG	(Allgemeines) Verwaltungsgericht des Bundes (Österreich)
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dgl	dergleichen



[A]

ABGB idgF



[B]

AEUV  
(ABl 2016/C 202/02)

[C]

AVG (BGBl 51/1991  
idgF)

[D]

B-VG (BGBl 1/1920  
idgF)

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS



[E]

EGRC  
(ABl 2012/C 326/02)

dh das heißt  
dies dieselbe(n)

E Entscheidung; Erläuterung(en)  
EBRV Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage  
EGMR Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte  
EGRC Europäische Grundrechtecharta (ABl 2012/C 326/02 [E])  
einschl einschließlich  
EMRK Europäische Menschenrechtskonvention

(BGBI 210/1958 idgF [F])

Erk Erkenntnis

etc et cetera

EU Europäische Union

EuGH Gerichtshof der Europäischen Union

EUGRZ Europäische Grundrechtezeitung

EU-RL Richtlinie der EU

EUV Vertrag über die Europäische Union (kF ABl 2016/C 202/02 [G])

EU-VO Verordnung der EU

EWR Europäischer Wirtschaftsraum



[F]

EMRK (BGBI  
210/1958 idgF)

f, ff folgende, fortfolgende

FN Fußnote

FS Festschrift



[G]

EUV  
(ABl 2016/C 202/02)

G Gesetz

gem gemäß

GewO Gewerbeordnung (BGBI 194/1994 idgF [H])

GG Grundgesetz (BRD)

ggf gegebenenfalls

GmbH Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GP Gesetzgebungsperiode

GZ Geschäftszahl

hA herrschende Auffassung

hM herrschende Meinung

Hrsg Herausgeber



[H]

GewO (BGBI  
194/1994 idgF)

IA Initiativantrag

idF in der Fassung

idgF in der geltenden Fassung

idR in der Regel

idS in diesem Sinne

insb insbesondere

iS im Sinne

iVm in Verbindung mit

JBl	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung
JRP	Journal für Rechtspolitik
Kap	Kapitel
kF	konsolidierte Fassung
KFG	Kraftfahrergesetz (BGBl 267/1967 idgF <b>[I]</b> )
KG	Kommanditgesellschaft
Lfg	Lieferung
LG	Landesgesetz, Landesgericht
LGBL	Landesgesetzblatt
LH	Landeshauptmann
lit	litera
LPD	Landespolizeidirektion
LVwG	Verwaltungsgericht eines (Bundes)Landes
Mat	Materialien
ME	Ministerialentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nov	Novelle
NR	Nationalrat
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJK	Österreichische Juristenkommission
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖZW	Österreichische Zeitung für Wirtschaftsrecht
PersFrSchG	BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit (BGBl 684/1988 idgF <b>[J]</b> )
PolStG	Polizeistrafgesetz
Ra	außerordentliche Revision (VwGH)
RDB	Rechtsdatenbank
RGBL	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie (der EU)
RN	Randnummer
Ro	ordentliche Revision (VwGH)
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
S	Seite
s	siehe



**[I]**

KFG (BGBl  
267/1967 idgF)



**[J]**

PersFrSchG (BGBl  
684/1988 idgF)

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS



[K]

StGB (BGBI  
60/1974 idgF)

[L]

StGG (RGBI  
142/1867 idgF)

[M]

StVO (BGBI  
159/1960 idgF)

[N]

VfGG (BGBI  
85/1953 idgF)

[O]

VwGG (BGBI  
10/1985 idgF)

sa	siehe auch
Slg	Sammlung
so	siehe oben
sog	sogenannt(e, -er, -es)
StenProt	Stenographische Protokolle
StGB	Strafgesetzbuch (BGBI 60/1974 idgF [K])
StGG	Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (RGBI 142/1867 idgF [L])
stRsp	ständige Rechtsprechung
StV	Staatsvertrag
StVO	Straßenverkehrsordnung (BGBI 159/1960 idgF [M])
tlw	teilweise
TP	Tarifpost
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
UVS	Unabhängige(r) Verwaltungssenat(e)
va	vor allem
verstSen	verstärkter Senat
Vf	Verfassung
VfR	Verfassungsrecht
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz (BGBI 85/1953 idgF [N])
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des VfGH
vgl	vergleiche
V(O)	Verordnung
Vorbem	Vorbemerkung(en)
VStG	Verwaltungsstrafgesetz (BGBI 52/1992 idgF)
Vw	Verwaltung
VwR	Verwaltungsrecht
VwG(e)	(erinstanzliche[s]) Verwaltungsgericht(e)
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz (BGBI 10/1985 idgF [O])
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGVG	Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (BGBI I 33/2013 idgF [P])
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des VwGH
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WV	Wiederverlautbarung
Z	Zahl, Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltungsrecht



## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

---

ZPMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZustG	Zustellgesetz (BGBl 200/1982 idgF [Q])
ZUV	Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate
ZVG	Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit
zT	zum Teil



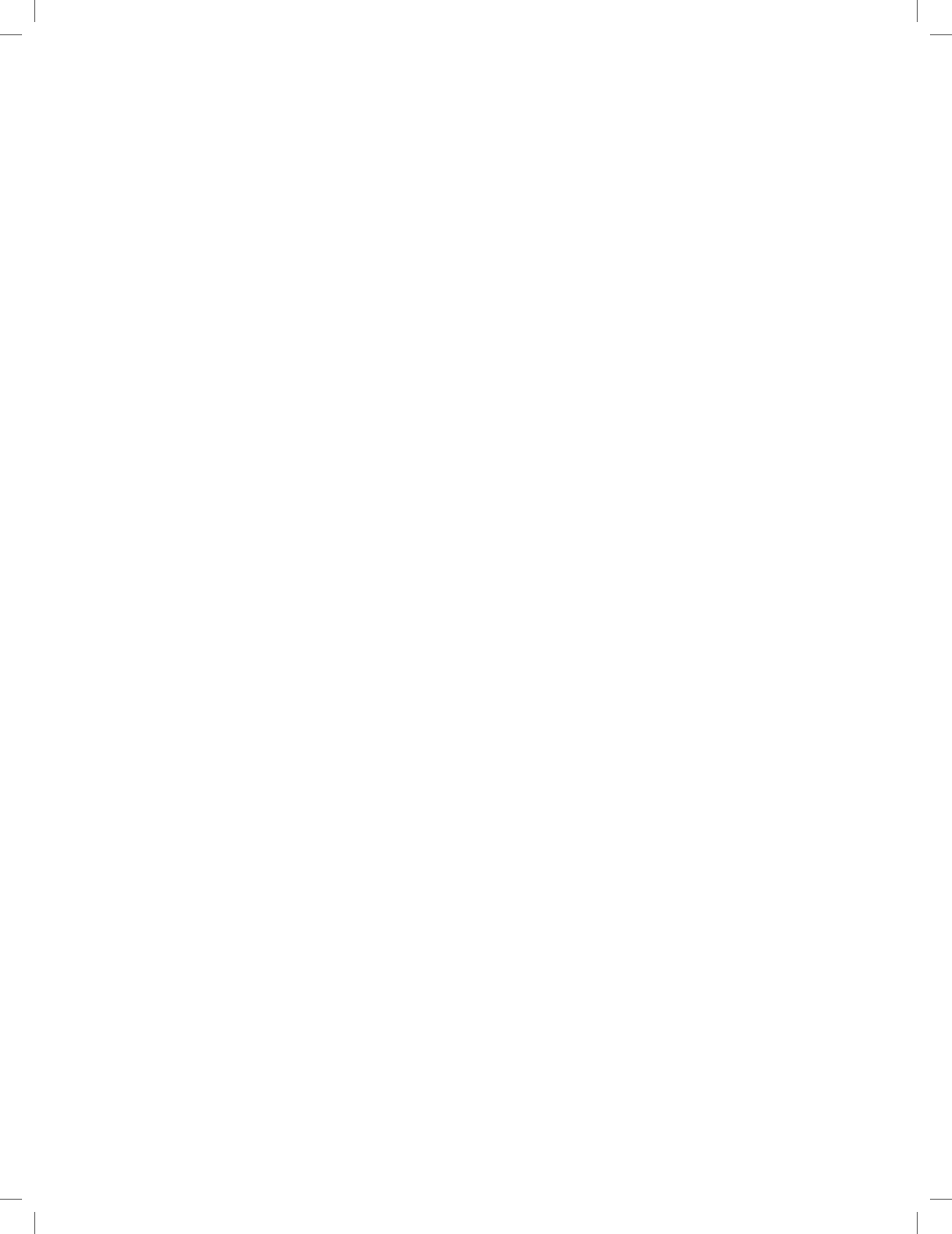
[P]

VwGVG (BGBl I  
33/2013 idgF)



[Q]

ZustG (BGBl  
200/1982 idgF)



**Teil A:**

**System sowie völkerrechtlicher  
und verfassungsmäßiger Überbau**

Autengruber • Bertel • Bußjäger • Czech • Eisenberger • Ennöckl • Forster • Gamper • Giese • Hofstätter • Kahl • Khakzadeh •  
 Klaushofer • Konrath • Kutsche • Lukan • Moser • A. Müller • Th. Müller • Müllner • Neugebauer • Palmstorfer • Posnik •  
 Pürgy • Ranacher • Rattinger • Rosenkranz • Schmid • Sonntag • Wallnöfer • Weber • Wimmer • Wutscher • Zußner

# Handkommentar zu B-VG und Grundrechten

## Für Wissenschaft und Praxis

herausgegeben von  
 Arno Kahl  
 Lamiss Khakzadeh  
 Sebastian Schmid

XLIV, 2036 Seiten  
 150 × 230 mm, Festeinband  
 EUR 248,-  
 ISBN 978-3-7097-0255-0

Zur besseren Orientierung



auf den Punkt gebracht

sorgfältig  
redigiert

durchgängig kommentiert

praxisbezogen

übersichtlich

fundiert



**B-VG**

**EMRK & ZP 1, 4, 6, 7 & 13**

**PersFrG**



1. Vorbemerkung	IX
1. Abschnitt	1
2. Abschnitt	1
3. Abschnitt	1
4. Abschnitt	1
5. Abschnitt	1
6. Abschnitt	1
7. Abschnitt	1
8. Abschnitt	1
9. Abschnitt	1
10. Abschnitt	1
11. Abschnitt	1
12. Abschnitt	1
13. Abschnitt	1
14. Abschnitt	1
15. Abschnitt	1
16. Abschnitt	1
17. Abschnitt	1
18. Abschnitt	1
19. Abschnitt	1
20. Abschnitt	1
21. Abschnitt	1
22. Abschnitt	1
23. Abschnitt	1
24. Abschnitt	1
25. Abschnitt	1
26. Abschnitt	1
27. Abschnitt	1
28. Abschnitt	1
29. Abschnitt	1
30. Abschnitt	1
31. Abschnitt	1
32. Abschnitt	1
33. Abschnitt	1
34. Abschnitt	1
35. Abschnitt	1
36. Abschnitt	1
37. Abschnitt	1
38. Abschnitt	1
39. Abschnitt	1
40. Abschnitt	1
41. Abschnitt	1
42. Abschnitt	1
43. Abschnitt	1
44. Abschnitt	1
45. Abschnitt	1
46. Abschnitt	1
47. Abschnitt	1
48. Abschnitt	1
49. Abschnitt	1
50. Abschnitt	1
51. Abschnitt	1
52. Abschnitt	1
53. Abschnitt	1
54. Abschnitt	1
55. Abschnitt	1
56. Abschnitt	1
57. Abschnitt	1
58. Abschnitt	1
59. Abschnitt	1
60. Abschnitt	1
61. Abschnitt	1
62. Abschnitt	1
63. Abschnitt	1
64. Abschnitt	1
65. Abschnitt	1
66. Abschnitt	1
67. Abschnitt	1
68. Abschnitt	1
69. Abschnitt	1
70. Abschnitt	1
71. Abschnitt	1
72. Abschnitt	1
73. Abschnitt	1
74. Abschnitt	1
75. Abschnitt	1
76. Abschnitt	1
77. Abschnitt	1
78. Abschnitt	1
79. Abschnitt	1
80. Abschnitt	1
81. Abschnitt	1
82. Abschnitt	1
83. Abschnitt	1
84. Abschnitt	1
85. Abschnitt	1
86. Abschnitt	1
87. Abschnitt	1
88. Abschnitt	1
89. Abschnitt	1
90. Abschnitt	1
91. Abschnitt	1
92. Abschnitt	1
93. Abschnitt	1
94. Abschnitt	1
95. Abschnitt	1
96. Abschnitt	1
97. Abschnitt	1
98. Abschnitt	1
99. Abschnitt	1
100. Abschnitt	1

1. Vorbemerkung

1. Abschnitt

2. Abschnitt

3. Abschnitt

4. Abschnitt

5. Abschnitt

6. Abschnitt

7. Abschnitt

8. Abschnitt

9. Abschnitt

10. Abschnitt

11. Abschnitt

12. Abschnitt

13. Abschnitt

14. Abschnitt

15. Abschnitt

16. Abschnitt

17. Abschnitt

18. Abschnitt

19. Abschnitt

20. Abschnitt

21. Abschnitt

22. Abschnitt

23. Abschnitt

24. Abschnitt

25. Abschnitt

26. Abschnitt

27. Abschnitt

28. Abschnitt

29. Abschnitt

30. Abschnitt

31. Abschnitt

32. Abschnitt

33. Abschnitt

34. Abschnitt

35. Abschnitt

36. Abschnitt

37. Abschnitt

38. Abschnitt

39. Abschnitt

40. Abschnitt

41. Abschnitt

42. Abschnitt

43. Abschnitt

44. Abschnitt

45. Abschnitt

46. Abschnitt

47. Abschnitt

48. Abschnitt

49. Abschnitt

50. Abschnitt

51. Abschnitt

52. Abschnitt

53. Abschnitt

54. Abschnitt

55. Abschnitt

56. Abschnitt

57. Abschnitt

58. Abschnitt

59. Abschnitt

60. Abschnitt

61. Abschnitt

62. Abschnitt

63. Abschnitt

64. Abschnitt

65. Abschnitt

66. Abschnitt

67. Abschnitt

68. Abschnitt

69. Abschnitt

70. Abschnitt

71. Abschnitt

72. Abschnitt

73. Abschnitt

74. Abschnitt

75. Abschnitt

76. Abschnitt

77. Abschnitt

78. Abschnitt

79. Abschnitt

80. Abschnitt

81. Abschnitt

82. Abschnitt

83. Abschnitt

84. Abschnitt

85. Abschnitt

86. Abschnitt

87. Abschnitt

88. Abschnitt

89. Abschnitt

90. Abschnitt

91. Abschnitt

92. Abschnitt

93. Abschnitt

94. Abschnitt

95. Abschnitt

96. Abschnitt

97. Abschnitt

98. Abschnitt

99. Abschnitt

100. Abschnitt

## I. Fundamentale normative Parameter; Demokratisches Grundprinzip; Recht und Rechtswissenschaft

### A. Grundprinzipien der Verfassung

Gemeinhin sind in Österreich seit dem Inkrafttreten des B-VG<sup>1</sup> am 1. Oktober 1920 folgende fundamentale Wertungen als verfassungsmäßige Grundprinzipien<sup>2</sup> anerkannt:

1

- ▷ Demokratie (Art 1 Abs 1 B-VG)
- ▷ Republik (Art 1 Abs 1 B-VG)
- ▷ Bundesstaat (Art 2 B-VG)
- ▷ Liberalität
- ▷ Rechtsstaat
- ▷ Trennung zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit (Art 94 B-VG)
- ▷ Legalitätsprinzip (Art 18 Abs 1 B-VG)<sup>3</sup>
- ▷ Neutralität<sup>4</sup>
- ▷ Mitgliedschaft in der Europäischen Union<sup>5</sup>.

In diesem Zusammenhang geht die Verfassung in erster Linie von einem **formellen Verständnis** dahin aus, dass als Grundprinzipien jene Normen anzusehen sind, deren Zustandekommen bzw Abänderung den in Art 44 Abs 3 B-VG festgelegten Erzeugungsbedingungen entspricht: Vor allem bedarf es danach neben den dort angeführten erhöhten Quoren für eine Beschlussfassung im Nationalrat (und gegebenenfalls auch im Bundesrat; vgl Art 44 Abs 2 B-VG) sowie dem entsprechenden Bezeichnungserfordernis zudem noch einer Volksabstimmung mit mehrheitlich positivem Ergebnis. Eine **inhaltlich-wertemäßige Einschränkung** kann dieser formalen Anordnung hingegen **nicht** entnommen werden.

2

Daraus darf allerdings nicht auf eine gänzliche Beziehungslosigkeit geschlossen werden. Denn aus **rechtssystematischem Blickwinkel** lässt sich ableiten, dass diese einzelnen Grundprinzipien offenbar durch ein **spezifisch wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis** geprägt sind:

3

1 Aus rechtspolitischem Blickwinkel ist das B-VG primär als ein **Kompromisswerk** bzw inhaltlich betrachtet vorrangig als ein **Formalkonstrukt** anzusehen. Denn einigermaßen tiefgehend wurden darin nur organisatorische Fragen geregelt, während demgegenüber die Klärung von Wertekonflikten – wie sich symptomatisch anhand der Übernahme des Grundrechtekataloges des StGG 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger zeigt – entweder auf einen späteren Zeitpunkt verschoben oder in großem Umfang auf die unterverfassungsgesetzliche Ebene delegiert wurde. Als »elegant« (vgl *OV*, Bierlein und Van der Bellen würdigten die Verfassung, Salzburger Nachrichten vom 1. Oktober 2019) kann man das B-VG daher nur dann ansehen, wenn man ein Schweigen bzw eine Nichtregelung – und die damit zugleich einhergehende Nichtbindung – als für die unterverfassungsgesetzlichen Normsetzungsorgane vorteilhaft ansieht.

2 Dieser Begriff soll im Folgenden vorrangig anstelle gleichbedeutender Synonyma (wie zB »Baugesetze« oder auch »Identitätsstiftende Verfassungsgrundsätze«) verwendet werden.

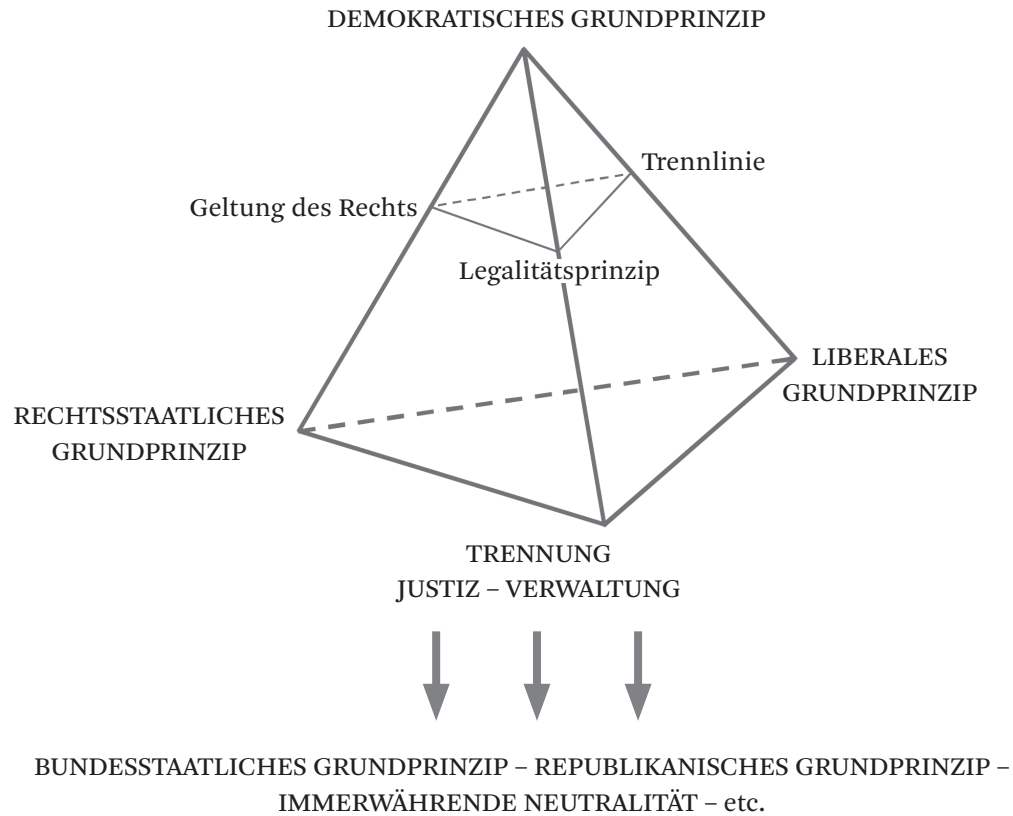
3 Insoweit steht allenfalls in Diskussion, ob es sich um ein eigenständiges Grundprinzip handelt oder dieses als ein Bestandteil des demokratischen und/oder des rechtsstaatlichen Grundprinzips anzusehen ist.

4 Vgl das BVG über die Neutralität Österreichs, BGBl 211/1955 (seit dem EU-Beitritt tlw strittig).

5 Vgl das BVG über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl 744/1994.

## GRUNDPRINZIPIEN DER VERFASSUNG

Diagramm 1 – Wechselseitige Bedingtheit der vorrangig auf die Gerichtsbarkeit bezogenen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien



- 4 Da stufenbaumäßig-formal alle verfassungsrechtlichen Grundprinzipien als auf ein und derselben Ebene angesiedelt anzusehen sind<sup>6</sup>, ist diese Über- und Unterordnung so-nach **systematisch-logisch** bzw **inhaltlich**, nämlich dadurch bedingt, dass die insoweit als **nachgeordnet** anzusehenden, für den Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts vorrangig bedeutsamen Grundsätze der Liberalität, der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung und der Rechtsstaatlichkeit ihre typengebundene Bedeutung jeweils erst – wie im Folgenden dargestellt – im Wege einer materiellen Bezugnahme auf das demokratische Grundprinzip ihren maßgeblichen Sinngehalt erfahren.

6 Siehe dazu unten, RN 13 ff.

## GRUNDPRINZIPIEN DER VERFASSUNG

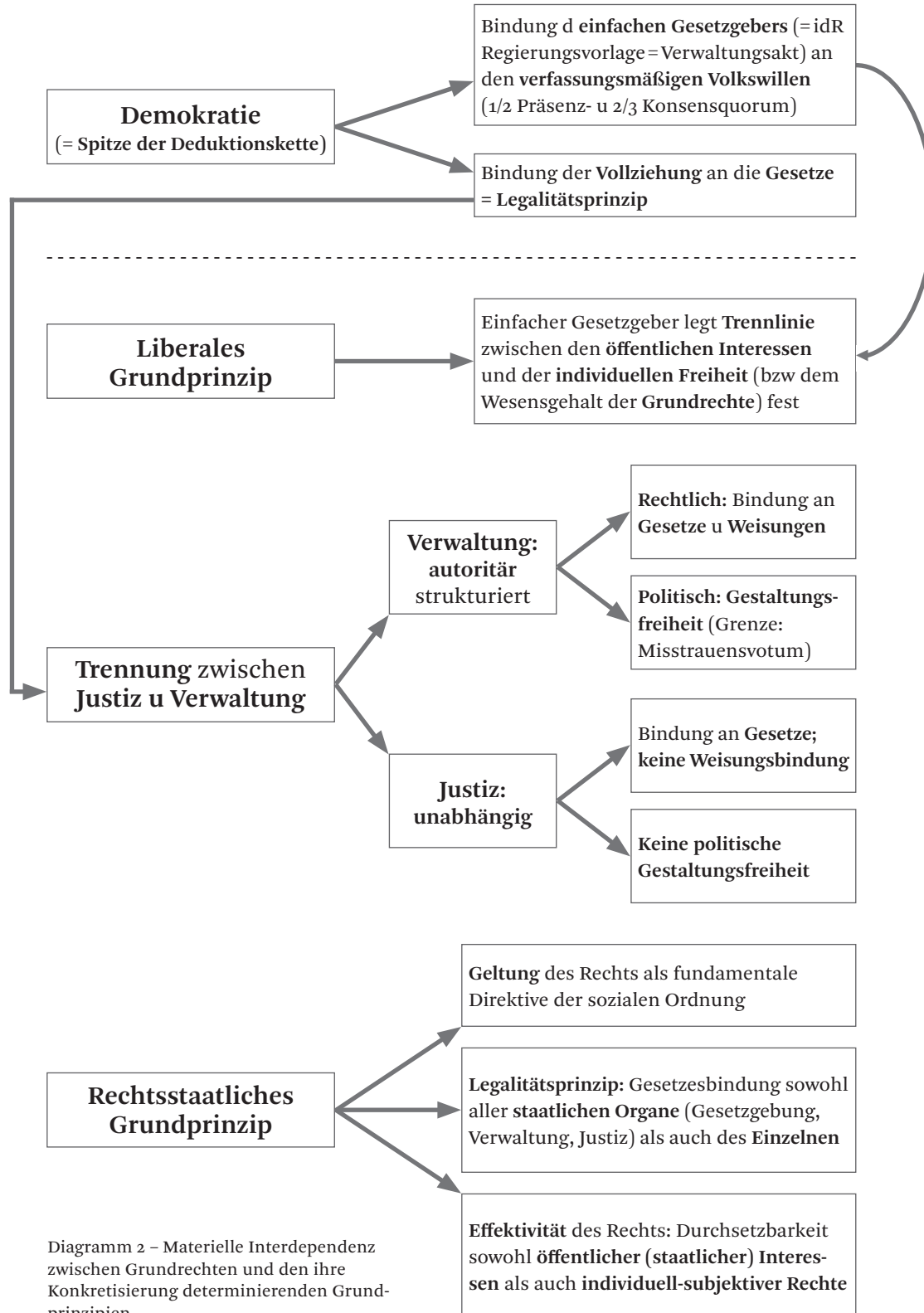


Diagramm 2 – Materielle Interdependenz zwischen Grundrechten und den ihre Konkretisierung determinierenden Grundprinzipien

## DEMOKRATISCHES GRUNDPRINZIP

**B. Demokratisches Grundprinzip als »Scheitelpunkt«  
der materiellen Deduktion**

- 5 Mit dem Beginn der Neuzeit fand die geisteswissenschaftliche Strömung der Aufklärung faktisch auch ihren Niederschlag in einem gesellschaftspolitischen Wandel vom Absolutismus hin zum Konstitutionalismus: Die Ausübung staatlicher Macht gegenüber dem Einzelnen bzw ein obrigkeitlicher Eingriff in dessen Freiheitssphäre wird seither nicht mehr als schlechthin (bzw letztlich **willkürlich**) zulässig erachtet, sondern diese bedarf stets einer **rationalen Rechtfertigung**. Jedenfalls seit dem Inkrafttreten des B-VG findet sich das Fundament dieser Legitimationsgrundlage im **demokratischen Grundprinzip**.
- 6 Von diesem elementaren Dreh- und Angelpunkt leiten sich weitere verfassungsmäßige Grundprinzipien – nämlich: (das **Legalitätsprinzip**<sup>7</sup>), das **rechtsstaatliche Grundprinzip**, das **liberale Grundprinzip**, das **gewaltenteilende Grundprinzip**, das **republikanische Grundprinzip** und das **bundesstaatliche Grundprinzip** – ab, die – wie im obigen Diagramm dargestellt – in einem spezifischen wechselseitigen **Abhängigkeitsverhältnis** zueinander stehen.
- 7 Als eine **Demokratie gemeinhin und essentiell prägende Elemente** können vor allem gelten,
- ▷ dass eine faktische Übereinkunft (und sohin ein außerrechtliches, nämlich soziologisches Phänomen) dahin vorliegt, dass die Volksgesamtheit die **originär-axiomatisch-freie Willensbildung**, die sonst (zufolge des liberalen Grundprinzips) jedem Einzelnen zukäme, auf aus ihrer Mitte **befristet gewählte Repräsentanten delegiert**;
  - ▷ dass diese Repräsentanten innerhalb ihres Kreises nach dem **Mehrheitsprinzip** entscheiden;
  - ▷ dass weiters eine Übereinkunft dahin besteht, dass diese Entscheidungen insoweit **Verbindlichkeit** beanspruchen, dass bzw als sie in der **Form des Rechts** ergehen; sowie
  - ▷ dass zur Sicherung der Effektivität dieser Verbindlichkeit und zugleich als Ausdruck der Unterwerfung unter den Mehrheitswillen das Volk pauschal auch das **umfassende Zwangsmonopol** zur Rechtsdurchsetzung auf dem **Staat** zurechenbare **Vollzugsorgane delegiert**.
- 8 Gleichsam aus der **»Außensicht«** betrachtet **basiert** somit die **Geltung des Rechts** auf einem dementsprechenden **soziologischen Konsens**; **systemintern** besehen wird diese hingegen **axiomatisch vorausgesetzt**.
- 9 Davon ausgehend ist das Recht nach einem System der Über- und Unterordnung konzipiert (sog **Stufenbau**). Dies derart, dass niederrangige Normen (bzw **Typen von Rechtsatzformen**<sup>8</sup>) den höherrangigen Normen prinzipiell<sup>9</sup> (zumindest<sup>10</sup>) **nicht widersprechen**

7 Siehe oben, Diagramm 1.

8 Siehe dazu näher unten, Diagramm 3.

9 Dh: abgesehen von den Fällen einer **bloß vorläufigen Derogation**; siehe dazu unten, RN 24.

10 In systematischer Hinsicht ist bezüglich des Verhältnisses von Normen verschiedener Rangstufen zwischen den Extrempositionen einer bloßen **»Widerspruchsfreiheit«** (bzw **»Vorrang«**) einerseits und



## DEMOKRATISCHES GRUNDPRINZIP

dürfen. Unter einem muss in diesem Zusammenhang beachtet werden, dass Normen in **inhaltlicher** Hinsicht vergleichsweise jeweils **umso weniger präzise formuliert** sind, je **höher** diese in der **Ranghierarchie** stehen (und umgekehrt).

Im Ergebnis setzt sich somit der **konkrete Inhalt des demokratischen Grundprinzips** in Form seiner **spezifisch österreichisch-verfassungsmäßigen Ausprägung** aus einer **Gesamtschau** des vornehmlich aus Grundprinzipienregelungen der Verfassung, aus normalen Verfassungsbestimmungen und aus einfachen Gesetzen gebildeten **»Mehr-Ebenen-Regelungssystems«**, das durch eine **schrittweise fortschreitende Konkretisierung** gekennzeichnet ist, zusammen. 10

Die inhaltliche Offenheit des Art 1 B-VG lässt demgemäß grundsätzliche **jede Spielart** einer Erscheinungsform der Demokratie – wie zB eine fehlende Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung in Verbindung mit einer faktischen Regierungsgesetzgebung und einer Bindung der von der Verwaltung bestellten Gerichtsbarkeit an diese – zu, **solange zumindest formal das Mehrheitsprinzip** gewahrt bleibt.

Dem entsprechend besteht die **verklausulierte Primärfunktion** der – Grundprinzipiencharakter iSd Art 44 Abs 3 B-VG aufweisenden – (bloßen) **»Programmbestimmung«** des Art 1 B-VG – jedenfalls auch – in der abstrakten Anordnung, dass (durch niederrangigere Normen bzw tiefergelagerte Rechtssatzformen) eine (letzten Endes möglichst exakte) **Trennlinie** zwischen der (in Form einer politischen Gestaltungsfreiheit samt rechtlichen Zwanges in Erscheinung tretenden) **Anordnungs- und Eingriffsbefugnis** des Repräsentationsapparates (also des Staates bzw dessen Gesetzgebungs- und Vollzugs-[= Verwaltungs- und Gerichts-]organen) einerseits und der **persönlichen Freiheit** des Einzelnen festzulegen ist. 11

Soweit diese Abgrenzung in der Folge auf nächstniedrigerer Stufe näher ausgestaltet wird, dient sie **vornehmlich der gesamtgesellschaftlichen Wertesicherung** einerseits und dem **individuellen Minderheitenschutz** andererseits, indem mittels der **Rechtssatzform** von »normalen« Verfassungsgesetzen 12

- ▷ die Gestaltungs- und Eingriffsbefugnis des Staates durch die Wesensgehaltsgarantie von Grundrechten, durch Staatszielbestimmungen, durch völkerrechtliche Verpflichtungen etc einerseits sowie
- ▷ die Gestionsfreiheit des Einzelnen durch Grundrechtsvorbehalte, durch die Normierung von bloß objektivem Recht etc andererseits

**jeweils materiell eingeschränkt** wird.

Im systematisch nächstnotwendigen Schritt bedingt das demokratische Grundprinzip ein **generelles Legalitätsprinzip**, also die Bindung des gesamten unterhalb der Ebene der Grundprinzipien angesiedelten Rechtserzeugungs- und -vollziehungsprozesses an erstere, dh im Besonderen: Eine Bindung der Vollzugsebene an (im Unterschied zu bloß politischen Vorgaben) **formalen Charakter** und im Wege ihrer **Kundmachung** eine all- 13

---

einer **»Deckungsgleichheit«** (bzw **»Totalvorbehalt«**) andererseits sowie dazwischenliegenden Erscheinungsformen (**»Ausgestaltungsvorbehalt«**, **»Wesensgehaltsschranke«** etc) zu differenzieren.

## DEMOKRATISCHES GRUNDPRINZIP

gemeine Zugänglichkeit sowie zudem eine **inhaltliche Vorhersehbar- und Berechenbarkeit** aufweisende **Gesetze**, die zwecks Effektivitätssicherung (nicht bloß eine politische, sondern) auch eine rechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht.

- 14 Lässt man rechtspolitische Kriterien beiseite, so ist es bei einem alleinigen Blick auf diesen systematischen Aspekt letztlich bloß von **sekundärer Bedeutung**,
- ▷ ob dieses Legalitätsprinzip selbst auf der Stufe eines Grundprinzips steht oder bloß ein »normales« Verfassungsgesetz verkörpert bzw
  - ▷ ob die Vollziehung
    - ▶ entweder ebenfalls **demokratisch**
    - ▶ oder **autoritär** (dh vornehmlich: Bindung an Gesetze und Weisungen übergeordneter Vollzugsorgane)
    - ▶ oder **autonom** (nämlich: nur Bindung an Gesetze) organisiert ist bzw
  - ▷ ob zwischen Gesetzgebung und Vollziehung bzw im Weiteren zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit eine **Gewaltentrennung** oder eine **Gewaltenverschränkung** festgelegt ist.
- 15 Aus rein rechtssystematischem Blickwinkel erscheint demgegenüber eine Festlegung des **rechtsstaatlichen Grundprinzips** zwar **nicht** als **unumgänglich**; im Falle einer entsprechenden Institutionalisierung verkörpert es allerdings nicht nur einen **rechtspolitisch eminent wichtigen Stabilisierungsfaktor**, sondern es fungiert zudem auch als eine **soziologische Klammer** zur **Sicherung** der **Ordnungsgemäßheit** bzw **Rechtskonformität** der sowohl den Staat als auch den Einzelnen erfassenden **gesetzesbindenden Demokratie**: Denn so lässt sich dann im Wege von prozessualen Befugnissen auch effektiv erreichen, dass sowohl der Staat als auch der Einzelne die Gesetze und sonstigen Normen befolgen, indem deren Handlungen jeweils unter dem Vorbehalt stehen, einer mit (gemeinhin als negativ empfundenen) **Zwangsfolgen** verbundenen Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen zu werden. Solcherart sichert das Rechtsstaatsprinzip den gesetzlich festgelegten Wesensgehalt der Grundrechte zugunsten des Einzelnen und darüber hinaus (bzw objektiv betrachtet) die Rechtmäßigkeit des behördlichen und gerichtlichen Gesetzesvollzuges.
- 16 Auch die übrigen Grundprinzipien – wie »Republik« und »Bundesstaat« – dienen in diesem Sinne vornehmlich der »Verfeinerung« des ihnen systematisch über- bzw sachlogisch vorgeordneten Demokratieprinzips; ihnen kommt jedoch in Bezug auf das hier zu behandelnde Thema der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts ebenso **keine vorrangige Bedeutung** zu wie etwa den spezifisch-konkreten Ausdifferenzierungen des Demokratieprinzips<sup>11</sup>.

Daher wird auf damit jeweils im Zusammenhang stehende Fragestellungen – wie etwa, inwieweit das föderalistische Element seinen Niederschlag in der Organisationsstruktur

11 Wie etwa: Teilung der Gesetzgebungsgewalt (zwischen Bund und Ländern sowie auf Bundesebene zwischen National- und Bundesrat), direktdemokratische Elemente (Volksabstimmung, Volksbegehren, Volksanwaltschaft) oÄ.

## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit finden muss<sup>12</sup> oder ob bzw in welchem Umfang ein bestimmter Bildungsgrad für die Inanspruchnahme demokratischer Befugnisse verfassungs- oder einfachgesetzlich vorausgesetzt bzw festgelegt werden kann – im Folgenden nicht näher eingegangen.

### C. Das Verhältnis zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, im Besonderen »Derogation und Stufenbau der Rechtsordnung«

#### 1. Ziel- und Zwecksetzung von Wissenschaft

Die **zentrale Aufgabe** der **Wissenschaft** besteht darin, eine **strukturierte Ordnung** (bzw ein **System**) zu schaffen, innerhalb der (dessen) **Zusammenhänge** zwischen einzelnen **Elementen** eines Gesamtsystems (bzw Gesamtkomplexes) anhand **vordefinierter Verknüpfungsmodi** hergestellt und **rational** erklärt bzw **deduktiv** oder **induktiv** abgeleitet werden können<sup>13</sup>.

17

So gründet sich beispielsweise die **Mathematik** auf

- ▷ **Begriffe**, wie etwa »Menge«, »Elemente«, »Verknüpfung«;
- ▷ **Axiome** (im Sinne von nicht bewiesenen bzw beweisbaren Grundannahmen, die den Ausgangspunkt für daraus deduktiv ableitbare Aussagen bilden) wie zB: »Es existieren Elemente (zB die Menge der natürlichen Zahlen) und Regeln hinsichtlich deren Verknüpfung (wie etwa die Addition)«;
- ▷ **Theoreme** (»wahre« im Sinne von va logisch widerspruchsfreien Aussagen), wie zB das Kommutativgesetz der Addition;
- ▷ etc.

Gleichsam im Sinne einer Gesamtbewertung kann davon ausgehend ein Wissenschaftszweig als **umso exakter** angesehen werden, **je weniger Axiome** dessen deduktive Ausgangsbasis bilden; **zugleich** geht damit aber auch einher, dass eine solche Disziplin als **theoretisch** vergleichsweise wesentlich **abstrakter** erscheint.

18

In diesem Sinne gilt vor allem die **Logik** als exakteste aller Wissenschaften. Insoweit bildet sie eine Richtschnur für andere Disziplinen, indem sie von diesen – explizit oder unausgesprochen – jedenfalls insoweit vorausgesetzt wird, als sie den **zentralen Gradmesser** für deren **Entscheidungsbegründungen** bildet<sup>14</sup>. Im Besonderen bedeutet dies, dass

<sup>12</sup> Als ein echt föderalistischer Aspekt wäre es beispielsweise anzusehen, wenn in landesrechtlichen Angelegenheiten iSd Art 15 (1) und (9) B-VG keine Zuständigkeit des VwGH gemäß Art 133 (4) B-VG bestünde.

<sup>13</sup> Vgl auch *W. Berka/Ch. Binder/B. Kneihls*, Die Grundrechte, 2. Aufl (2019), 701 f, die unter »Wissenschaft« jedes planvolle und methodische Bemühen um die Gewinnung objektiver Erkenntnisse verstehen, wobei letztlich die »scientific community« darüber entscheidet, ob ein bestimmtes Handeln als wissenschaftlich qualifiziert werden kann; davon ausgehend gilt als »wissenschaftliche Lehre« nur eine auf eigenständiger Forschung aufbauende, nicht hingegen auch eine Lehrtätigkeit, dies sich in einer bloßen Wiedergabe fremder Forschungsergebnisse erschöpft.

<sup>14</sup> Vgl zu den Anforderungen, die eine Begründung von VwG-Erkenntnissen erfüllen muss, zB VwGH vom 21. Oktober 2014, Ro 2014/03/0076 (sa *A. Graf*, Kommentar zu § 29 VwGVG, in: N. Raschauer/W. Wessely [Hrsg], Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz [2018], 421 ff); wünschenswert wäre freilich, dass va Höchstgerichte diesbezüglich stets mit gutem Beispiel vorangehen.

---

 VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT
 

---

weder ein natur- noch ein geisteswissenschaftliches Ergebnis als – nach szientistischem Maßstab – richtig (bzw »wahr«) angesehen werden kann, wenn dieses nicht (wenngleich unter primärer Heranziehung von prinzipiell unterschiedlichen Methoden<sup>15</sup>, so letzten Endes doch vor allem) logisch-argumentativ nachvollziehbar ist.

- 19 Vor diesem allgemeinen Hintergrund bildet das **zentrale Ausgangsproblem** der Rechtswissenschaft die Frage: »Warum gilt Recht?«.

Weil insoweit allein mit einem dieser Disziplin selbst inhärenten Operator nicht erkenntnistheoretisch, insbesondere nicht in logisch stringenter Weise belegt werden kann, dass und warum die Aussage (bzw die Annahme einer initialen Norm [»**Grundnorm**«] des Inhalts) »Das Recht gilt, weil es gilt« keine Tautologie darstellt, sondern vielmehr eine wahre Aussage verkörpert, bedarf es insoweit der **Setzung** eines (um überzeugen zu können: **extern fundierten**) **Axioms**:

Indem objektiv besehen insoweit **keine erkenntnistheoretische**, sondern »**bloß**« eine **faktische Wahrheit**<sup>16</sup> vorliegt, muss also ein außerrechtlicher, nämlich zB ein soziologischer Operator implementiert werden, um einen ansonsten resultierenden logischen Zirkelschluss zu vermeiden; eben dieser Vorgang der Hereinnahme bedeutet aber aus rechtswissenschaftlichem Blickwinkel, dass ein Axiom angesetzt wird bzw werden muss.

- 20 Mit der (notwendig gebotenen) Akzeptanz eines derartigen Rückgriffs auf **externe** Operatoren bzw Methoden kann dann die eingangs gestellte Frage schlüssig, nämlich beispielsweise derart beantwortet werden, dass das Recht deshalb gilt, weil es von den Normadressaten **präventiv** (zumindest in der überwiegenden Zahl der Fälle) aus dem Grund **faktisch befolgt** wird, damit sie auf diese Weise den **subsequenten** Eintritt von gemeinhin als unangenehm empfundenen Konsequenzen (wie va: Geldstrafe, Freiheitsentzug oder Schadenersatzpflicht) von sich fernhalten.

- 21 Aus **intern-rechtswissenschaftlichem** Blickwinkel beruht somit die **effektive Geltung** des Rechts im Ergebnis auf der Setzung eines **sozio-psychologischen** – und in diesem Sinne **faktisch**, nicht rechtlich fundierten – **Axioms**.

- 22 Weitere **Beispiele** solcher extern bedingter Axiome – die zudem jeweils **nicht in Rechtsvorschriften** (wie Gesetzen, Verordnungen etc) positiviert<sup>17</sup>, sondern bereits über Jahrhunderte bzw gar Jahrtausende hinweg praktiziert und in der Folge wissenschaftlich strukturiert und systematisiert wurden<sup>18</sup> – bilden va

---

15 Hier vornehmlich das von jedermann unter gleichen Bedingungen wiederholbare und stets zum selben Ergebnis führende Experiment, dort va kognitiv-hermeneutisch-soziologische Methoden.

16 Beachte zu den Grenzen der richterlichen Pflicht zur Ermittlung der objektiven Wahrheit jüngst BVerfG vom 23. 10. 2018, 1 BvR 2523/13, wonach den Staat stets die Beweislast für Eingriffsmaßnahmen trifft und sohin dieser (und nicht das Verwaltungsgericht) – soweit ein direkter Beweis nicht gelingt oder unmöglich ist – zumindest den Nachweis für eine jeweils überzeugende Plausibilität einer konkret vorgenommenen Grundrechtsbeeinträchtigung erbringen muss; damit ist ein iSe Investigativprinzips verstandener Amtswegigkeitsgrundsatz freilich nur schwer vereinbar.

17 Eine Ausnahme verkörpern die §§ 6 bis 8 ABGB, deren Anwendungsbereich formal allerdings auf das Bürgerliche Recht beschränkt ist.

18 Und daher vorrangig in Lehrbüchern aufzufinden sind.

## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

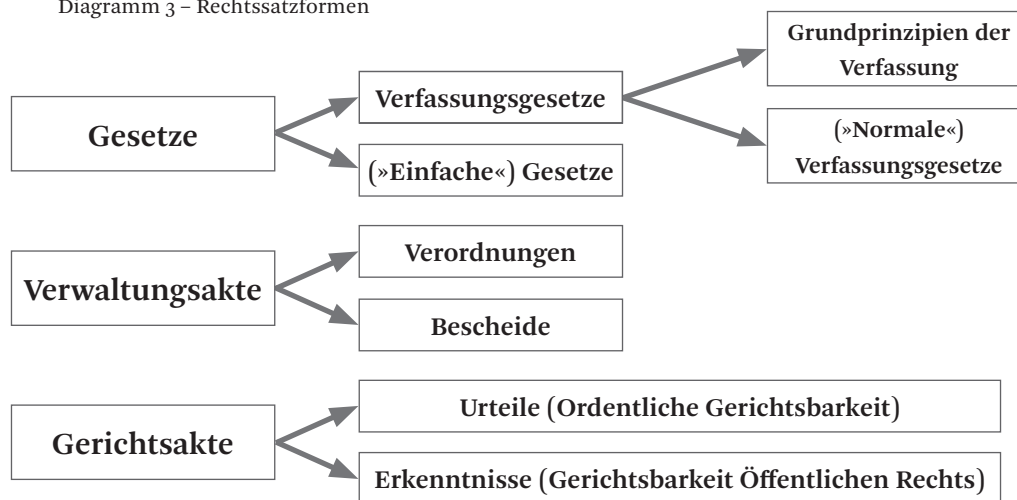
- ▷ die **Auslegungsmethoden** (als ein **hermeneutisch-sprachwissenschaftlich** fundiertes Axiom) und
- ▷ das Prinzip der **Derogation**, im Besonderen der **Stufenbau der Rechtsordnung** (als ein prinzipiell **systematisch-logisch** getragenes Konstrukt).

So basiert etwa die Maßgeblichkeit der Regel, dass der Geltungsbereich einer **generellen** durch den einer **spezielleren** (dh: alle Elemente der allgemeinen und darüber hinaus noch mindestens ein zusätzliches Kriterium aufweisenden) Norm verdrängt wird, vorrangig nicht auf entsprechenden rechtlichen Positivierungen, sondern **sachlogisch** auf dem der Spezialisierung wesensimmanent vor- bzw übergeordneten Verhältnis zwischen **Regel und Ausnahme**<sup>19</sup>.

23

### 2. **Rechtssatzformen und »Stufenbau der Rechtsordnung« als Systemdeterminante**

Diagramm 3 – Rechtssatzformen



Dem gegenüber ist in Bezug auf die Institution der **Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts** vornehmlich die Frage des Vorranges der **lex superior** und in diesem Zusammenhang insbesondere das Prinzip der »(allenfalls) bloß **vorläufigen Derogation**« von Bedeutung: Danach gilt eine im System des **Stufenbaus der Rechtsordnung** als vergleichsweise niederrangiger einzuordnende Norm trotz ihrer – infolge Widersprüchlichkeit zu höherrangigem Recht resultierenden – Rechtswidrigkeit so lange, bis diese förmlich aus dem Bestand der Rechtsordnung eliminiert (also zB ein verfassungswidriges Gesetz vom VfGH oder ein gesetzwidriger Bescheid vom VwG aufgehoben) worden ist. Bleibt der rechtswidrige Akt hingegen unbekämpft und/oder erwächst dieser sogar in Rechtskraft,

24

<sup>19</sup> Vgl zur rechtstheoretischen Fundierung zB auch *E. Vranes, Lex Superior, Lex Posterior, Lex Specialis – Zur Rechtsnatur der »Konfliktlösungsregeln«, ZaöRV 2005, 391 ff.*

---

 VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT
 

---

mutiert die vorläufige zu einer **endgültigen** Derogation, sodass – wenngleich einerseits nur innerhalb der Grenzen der Rechtskraft und andererseits, soweit keine rechtlichen Möglichkeiten für deren Durchbrechung bestehen – die niederrangigere der höherrangigen Norm permanent derogiert und damit – freilich für deren eingeschränkten persönlichen und sachlichen Geltungsbereich – den Stufenbau gleichsam umkehrt.

- 25 Nach dem Kriterium wechselseitig **qualitativ divergierender Erzeugungsbedingungen** einzelner Rechtssatzformen lässt sich ein entsprechender systematischer Zusammenhang – beispielsweise<sup>20</sup> und vorerst **vergrößernd** – in folgender Weise skizzieren<sup>21</sup>:

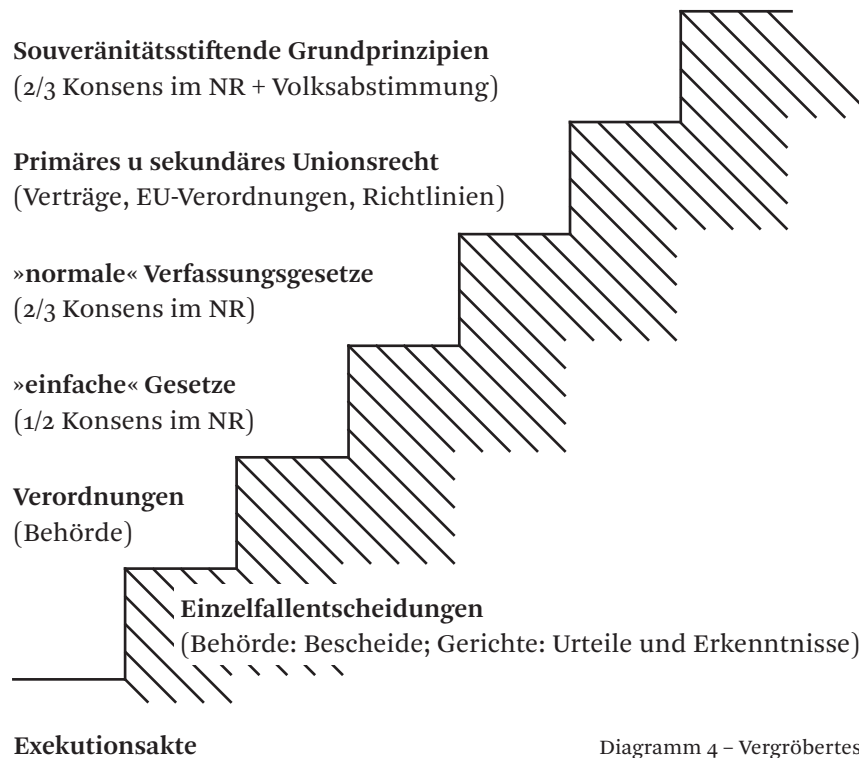


Diagramm 4 – Vergrößertes Stufenbaummodell

- 26 Näher betrachtet stellt sich dieses **Stufenbaummodell** zwar vorrangig als eine **abstrahiert-dogmatische Annahme** dar; zudem ist es stellenweise aber auch **normativ**, nämlich im Wege entsprechender explizit-spezifischer gesetzlicher Festlegungen, fundiert:
- 27 Diesbezüglich lassen sich etwa hinsichtlich des generellen Verhältnisses zwischen **Verfassungsgesetz** und **einfachem Gesetz** vornehmlich Art 31 und Art 44 B-VG, vor allem in

20 Die Frage, ob spezifische, die nationale Identität als auf evolutivem Weg nicht (sondern nur in revolutionärer Weise) veränderbar verkörpernde Grundprinzipien der Verfassung (bzw »souveränitätsstiftende« oder »integrationsfeste« Verfassungsgrundsätze) dem primären und sekundären Unionsrecht rangmäßig übergeordnet sind, ist auch nach der Zurückweisungsentscheidung des EuGH vom 20. Jänner 2021, C-293/20, weiterhin offen (siehe dazu unten, RN 142 ff).

21 Vgl A. Graf, Lebensmittelrecht in Grundzügen (2020), 15.

## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

deren Konnex zu Art 140 B-VG, ins Treffen führen. Denn neben weiteren Kriterien<sup>22</sup> kann daraus abgeleitet werden, dass die entsprechenden Erzeugungsbedingungen insoweit essentiell divergieren, als zur Beschlussfassung des Nationalrates für die **Neuschaffung** von Verfassungsgesetzen eine Mehrheit von zwei Dritteln, für »einfache« Gesetze hingegen bloß eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich ist.

Doch erst im Wege der gleichsam zwangsläufigen Konsequenz, dass diese Differenzierung – was sich schlicht daraus ableiten lässt, dass der Verfassungstext insoweit nur in allgemeiner Weise auf ein »Fassen von Beschlüssen« abstellt – **zugleich** jeweils auch für die **Abänderung** solcher Rechtssatzformen maßgeblich ist, erhält diese Regelung insgesamt ihren tieferen, nämlich in der Institutionalisierung einer hierarchischen Über- und Unterordnung liegenden Sinn. Die Sicherstellung dahin, dass dieser systematischen Konzeption auch in der Rechtswirklichkeit nicht nur potentiell, sondern gegebenenfalls auch im konkreten Einzelfall die nötige Effizienz zukommt, erfolgt schließlich mittels der prozessualen Vorkehrung des Art 140 B-VG, wonach »einfache« Gesetze, die der Verfassung widersprechen, vom VfGH aufzuheben sind.

28

Nach demselben Muster ist zB auch **innerhalb** des Verfassungsrechts eine Rangordnung zwischen »normalen« Verfassungsgesetzen einerseits und den »Bau-« bzw »Grundprinzipien« andererseits (vgl Art 44 Abs 3 B-VG) oder innerhalb der Kategorie der »einfachen« Bundesgesetze (vgl Art 14 Abs 10 B-VG) eine solche festgelegt.

29

Während die zuvor dargestellte Form der Über- und Unterordnung quasi »nur« aus systematischen Zusammenhängen – und in diesem Sinne gleichsam bloß **mittelbar** – abzuleiten ist, wird demgegenüber beispielsweise in Art 18 Abs 1 B-VG eine solche nicht bloß hinsichtlich einzelner Rechtssatzformen, sondern für die Gesamtheit der wechselseitigen Beziehung zwischen den Staatsgewalten »Gesetzgebung« einerseits und (»Vollziehung« bzw) »Verwaltung«<sup>23</sup> andererseits in **expliziter** Weise – und in diesem Sinne **unmittelbar** – festgelegt. Damit ist schon vorweg bzw generell-abstrakt klargestellt, dass insbesondere Verordnungen, Bescheide, behördliche Zwangsakte, verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse sowie zivil- und strafgerichtliche Urteile als den (Verfassungs- und einfachen) Gesetzen hierarchisch untergeordnet anzusehen sind.

30

Um im Weiteren aus rechtssystematischem Blickwinkel die Subordination von individuellen Vollzugsakten unter **Verordnungen** belegen zu können, kann allerdings weder auf Erzeugungsbedingungen noch auf eine entsprechende explizite Festlegung abgestellt werden. Vielmehr ergibt sich eine solche Über- und Unterordnung daraus, dass Individualakte jedenfalls bei einem Verstoß gegen (einfache und Verfassungs-)Gesetze gemäß

31

22 Wie zB die explizite Bezeichnung als Verfassungsnorm (Art 44 Abs 1 B-VG).

23 Dass in Art 18 Abs 1 B-VG mit dem Begriff »Verwaltung« die vollziehende Gewalt insgesamt umschrieben wird, erklärt sich daraus, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung die Gesetzesbindung der Gerichtsbarkeit ohnehin unbestritten war; entsprechend dem das B-VG generell prägenden Antwortcharakter ging es daher damals primär um die Kennzeichnung eines Paradigmenwechsels dahin, dass seitdem auch die Verwaltung stets einer gesetzlichen Grundlage für ihr Handeln bedurfte, während in der Monarchie dieser Grundsatz nur vereinzelt, nämlich va in jenen Bereichen zum Tragen gekommen war, in denen vornehmlich das StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger ein – und insofern gleichsam (bloß) materienbezogenes – Legalitätsprinzip festgelegt hatte.

## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

Art 130, 133 und 144 B-VG aufzuheben sind; dabei ist der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit in dem Sinne **weit auszulegen**, als dieser auch Verordnungen einschließt.

- 32 Soweit es die gleichsam auf unterster Stufe der Normenhierarchie anzusiedelnden **Exekutionsakte** betrifft, wird deren Subordination gegenüber behördlichen und gerichtlichen Einzelfallentscheidungen aus dogmatischer Sicht abermals von einem eigenständigen Argumentarium, nämlich von dem **sachlogischen Aspekt** getragen, dass Zwangsvollstreckungsbefugnisse einer entsprechenden – und zudem rechtskräftigen – materiell-rechtlichen Grundlage in Form eines Exekutionstitels.
- 33 Und schließlich beruht (gleichsam am anderen Ende der Stufenleiter) auch die Positionierung des **Rechts der Europäischen Union** als eine der **höchstrangigen Normenkategorien** – wie im folgenden **Abschnitt** zu zeigen ist<sup>24</sup> – auf einer wiederum eigenständigen systematischen Grundlegung.
- 34 Neben ihrer **inneren Systematik** weist diese Ranghierarchie auch noch gleichsam **externe Folgewirkungen** auf, nämlich vor allem dahin, dass die höherrangigen Normen jeweils einen **Orientierungs- bzw. Auslegungs- bzw. Prüfungsmaßstab**<sup>25</sup> für die ihnen un-

24 Siehe unten, RN 120 ff.

25 Unter »**Prüfungsmaßstab**« sind jene Normenkategorien zu verstehen, die ein im Instanzenzug übergeordnetes Organ (idR ein Gericht) im Zuge der Kontrolle der angefochtenen Entscheidung auf deren Rechtmäßigkeit hin anzuwenden hat; von dieser **Anwendbarkeit** (bzw. **Präjudizialität**; siehe dazu gleich unten) ist wiederum die Frage zu trennen, welcher Institution in diesem Zusammenhang die »**Letztkompetenz**« zur verbindlichen Feststellung des materiellen Gehalts einer spezifischen Normenkategorie zukommt. Beispielsweise hat demnach entsprechend der Konzeption des B-VG ein VwG im Zuge eines Bescheidbeschwerdeverfahrens sowohl Verfassungs- als auch einfache Gesetze als auch Verordnungen als **Prüfungsmaßstab** heranzuziehen; allerdings kommt ihm hinsichtlich keiner dieser Kategorien eine **Letztkompetenz** zur normativen Inhaltsfestlegung zu, sondern diese liegt in Bezug auf **Verfassungsbestimmungen** beim VfGH; hinsichtlich **einfacher Gesetze** und **Verordnungen** ist diese insofern als **geteilt** anzusehen, als sie **prinzipiell** (dh: nur hinsichtlich damit verbundener grundsätzlicher Rechtsfragen) zwar dem **VwGH** zukommt, der **VfGH** insoweit jedoch über die **Prärogative** zur **verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen** und zur **gesetzes- und verfassungskonformen Auslegung von Verordnungen** verfügt. Eine **Besonderheit** ergibt sich zudem aus Art 133 Abs 5 B-VG, wonach der **VwGH** (im Gegensatz zu den VwG) die **Verfassung** schon von vornherein **nicht** als **Prüfungsmaßstab** (sondern allenfalls nur als eine – die VwG und die Behörden insoweit formell **nicht bindende** – **Interpretationsrichtlinie**) heranziehen darf (wobei dieses Konzept in der Praxis **de facto** in weitem Umfang vielfach einerseits dadurch unterminiert wird, dass der **VwGH** im Wege von [infolge eines insoweit dem B-VG inhärenten »Systemfehlers« nicht an den VfGH adressierbaren] **Amtsrevisionen** [tatsächlich, wengleich in rechtlich nicht korrekter Weise, auch] **Verfassungsfragen** entscheidet und sich andererseits die VwG und Behörden auch insoweit an die **Judikatur** des **VwGH** gebunden erachten). Und schließlich folgt in Bezug auf **unmittelbar anwendbares Unionsrecht** aus der dementsprechenden ständigen **Judikatur** des **EuGH**, dass insoweit jedem nationalen Gericht eine **autonome Prüfungsmaßstabs- und Auslegungskompetenz** zukommt, jedoch in diesem Zusammenhang auftretende **Zweifelsfragen** im Wege eines **Vorabentscheidungsverfahrens** nach Art 267 AEUV zu klären sind, was im Ergebnis in eine dementsprechende **Letztkompetenz** des **EuGH** mündet. Soweit es vor diesem Hintergrund die Frage der **Anwendbarkeit** von (gegebenenfalls verschiedenrangigen) Normenkategorien betrifft, soll diese anhand des folgenden Modellfalls verdeutlicht werden: Eine **EU-VO** mit – beispielsweise – lebensmittelrechtlichem Bezug, die **nicht** in der Anlage zum **Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG)**, die eine Auflistung der »unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der EU« enthält, angeführt wird, ist dessen ungeachtet dennoch direkt verbindlich, jedoch nicht von den zur Anwendung des **LMSVG** zuständigen Behörden iSd § 4 Abs 1 **LMSVG** im Rahmen dieses Gesetzes zu vollziehen: Denn den rechtlichen Geltungsgrund bildet insoweit nämlich



## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

tergeordneten Normen bilden; zudem ist die Zuordnung einer Norm zur maßgeblichen (bzw »richtigen«) Kategorie (bzw »**Rechtssatzform**«) deshalb von essentieller Bedeutung, weil dieser daran anknüpfend jeweils ein spezifisches Rechtsschutzinstrumentarium zugeordnet ist. Dies hat einerseits zur Konsequenz, dass sämtliche übrigen Rechtsbehelfe insoweit als unzulässig erscheinen (sog »**aktionenrechtliche**« Konzeption in Anlehnung an das römischrechtliche Prozesssystem<sup>26</sup>) und andererseits, dass im Zuge der Setzung von Rechtsakten, denen überhaupt kein Rechtsschutzinstrumentarium zugeordnet ist, begangene Fehler (in Ermangelung eines sog »Fehlerkalküls«<sup>27</sup>) zu deren absoluter Nichtigkeit führen<sup>28</sup>.

Schematisch lässt sich dieser Zusammenhang etwa folgendermaßen darstellen:

	Anzuwendendes Recht	Prüfungsmaßstab	Letztkompetenz bezüglich Prüfungsmaßstab
<b>EGMR</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ EMRK</li> <li>▷ sonstiges VölkerR (zB EGRC)</li> <li>▷ nationale Rechtsordnungen</li> </ul>	nur EMRK	ja
<b>EuGH</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ UnionsR (va AEUV u EGRC)</li> <li>▷ sonstiges VöR (zB EMRK)</li> <li>▷ nationale Rechtsordnungen</li> </ul>	nur UnionsR	ja
<b>VfGH</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ VölkerR (insb UnionsR)</li> <li>▷ VerfassungsR (insb EMRK)</li> <li>▷ einf Gesetze</li> <li>▷ Verordnungen</li> </ul>	<b>G-Verfahren:</b> VerfassungsR <b>V-Verfahren:</b> VerfassungsR + einf Gesetze <b>E-Verfahren:</b> VerfassungsR	ja ja ja ja
<b>VwGH</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ VölkerR (insb UnionsR)</li> <li>▷ VerfassungsR</li> <li>▷ einf Gesetze</li> <li>▷ Verordnungen</li> </ul>	einf Gesetze Verordnungen	jeweils bloß hinsichtlich grundsätzlicher Rechtsfragen

das EU-Recht und nicht das LMSVG. Diese Differenzierung ist somit nicht nur für die Zuständigkeit, sondern auch für die Strafbarkeit des Zuwiderhandelns maßgeblich, denn im Spruch eines Straferkenntnisses muss gemäß § 44a Z 1 VStG angegeben werden, ob der Betroffene wegen einer »Übertretung einer in der Anlage zum LMSVG angeführten EU-VO« (§ 90 Abs 3 Z 1 LMSVG) oder wegen einer »Übertretung des LMSVG selbst« (ds die in § 90 LMSVG darüber hinaus festgelegten Tatbestände) bestraft wird, wobei die in der EU-VO normierten Gebote allerdings häufig nicht den Anforderungen des strafrechtlichen Legalitätsprinzips gerecht werden (wie zB Art 8 LMIV). Hierbei handelt es sich va deshalb nicht bloß um ein sog »rein akademisches« Problem, weil im Hinblick auf die mit § 90 LMSVG vorgenommene Differenzierung eine Bestrafung wegen einer Übertretung des LMSVG anstelle der EU-VO rechtswidrig und unter Umständen seitens des VwG wegen zwischenzeitlich eingetretener Verjährung auch nicht mehr nachträglich korrigierbar wäre.

26 Vgl *B. C. Funk*, Die »Anwendung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt« im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: D. Mayer-Maly (Hrsg), *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart* (FS Hellbling [1981]), 178.

27 Also einer typusbezogen-rechtlichen Vorkehrung derart, dass der rechtswidrige Akt bis zu dessen formeller Eliminierung aus dem Rechtsbestand als einstweilen gültig anzusehen ist.

28 In diesem Sinne wohl jüngst VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, RN 30, in Bezug auf die Verlautbarung von Beschlüssen des VwGH gemäß § 38a VwGG im Bundesgesetzblatt.



## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

<b>VwG</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ VölkerR (insb UnionsR)</li> <li>▷ VerfassungsR</li> <li>▷ einf Gesetze</li> <li>▷ Verordnungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ VölkerR (insb UnionsR)</li> <li>▷ VerfassungsR</li> <li>▷ einf Gesetze</li> <li>▷ Verordnungen</li> </ul>	nein
<b>Vw-Behörden</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ VölkerR (insb UnionsR)</li> <li>▷ VerfassungsR</li> <li>▷ einf Gesetze</li> <li>▷ Verordnungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ VölkerR (insb UnionsR)</li> <li>▷ VerfassungsR</li> <li>▷ einf Gesetze</li> <li>▷ Verordnungen</li> </ul>	nein

Tabelle 1 – Anwendbarkeit – Prüfungsmaßstab – Letztkompetenz

- 35 Im Sinne einer summarischen Bewertung ist somit resümierend zu konstatieren, dass die Rechtswissenschaft – quasi bei einem »Meta-Vergleich« mit anderen Disziplinen – deshalb, weil infolge ihrer funktions- bzw wesenseigenen Sozietätsbezogenheit hier vergleichsweise mehr Axiome festgelegt werden (müssen) als etwa seitens der Mathematik und Logik, als deutlich **konkret-praxisorientierter** (denn theoretisch-abstrakt ausgerichtet), in Konsequenz dessen aber auch als relativ **weniger exakt**, sondern als regelmäßig eher **schwer kalkulierbar** (bzw euphemistisch formuliert: »**ergebnisflexibel**«) erscheint.
- 36 **Materiell** besehen ist dies vornehmlich dadurch bedingt, dass die zuvor beschriebene Abgrenzungsnotwendigkeit zwischen dem im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegenden staatlichen Eingriffsbereich einerseits und der Freiheitssphäre des Einzelnen andererseits permanent entsprechende **Wertentscheidungen** erfordert<sup>29</sup>. Diese können auf generell-abstrakter Ebene überwiegend bloß in Form von unbestimmten Rechtsbegriffen festgelegt werden, da die Zielsetzung von Gesetzen und Verordnungen primär darin liegt, mit ihrem Anwendungsbereich jeweils eine möglichst große Anzahl von hypothetisch-singulären Anwendungsfällen zu erfassen. Somit erfolgt in der Rechtspraxis die **Konkretisierung** dieser Grenzziehung auf der Ebene **individueller** behördlicher und gerichtlicher **Entscheidungen**; inhaltlich orientieren sich diese wiederum – und zwar vornehmlich aus Gründen der praktischen Effizienz – an der **oberstinstanzlichen Judikatur**.
- 37 Um sich im Zuge dieser Wertungen nicht dem Vorwurf der **Unwissenschaftlichkeit** – oder gar der **Willkür** – auszusetzen, ist von sämtlichen, insbesondere aber von den obersten Vollzugsorganen ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, die **Entscheidungsbeurteilung** – vor allem, soweit sich diese auf die Normauslegung bezieht – auch insofern als weitest möglich szientistisch fundiert erscheinen zu lassen, als diese **subjektive** Beurteilungen des Entscheidungsorgans betrifft (wobei die in der Praxis zwischen »herrschender Judikatur« und »wissenschaftlicher Community« geschaffene Fusion de facto durch entsprechende Netzwerkwerkkonzeptionen derart sichergestellt wird, dass die Herausgabe von meinungsbildenden wissenschaftlichen Zeitschriften

29 Insbesondere in Verfahren gemäß Art 140 B-VG trifft der VfGH idR – nicht wissenschaftlich bzw erkenntnistheoretisch verifizierbare – **Wertentscheidungen** (die sich häufig – als Folge ihrer überwiegend bloß apodiktischen Begründung – nicht wegen ihrer argumentativen Überzeugungskraft, sondern vornehmlich wegen der dem VfGH zukommenden Letztkompetenz in Bezug auf die Auslegung höchstrangiger Normen faktisch durchsetzen).

## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

und Kommentaren von Mitgliedern letztinstanzlicher Spruchkörper dominiert und supervidiert wird<sup>30</sup>).

### 3. Exkurs: Der wissenschaftliche Standard von Entscheidungsbegründungen

Obwohl in diesem Zusammenhang auch nicht übersehen werden darf, dass im Zuge der praktischen Rechtsanwendung oft die Grundhaltung vorherrscht, das Ergebnis einer Interpretation durch bestimmte (**außerrechtliche Wertungs-)**Interessen vorherzubestimmen<sup>31</sup>, ändert dies nichts an der rechtssystematischen Quintessenz, dass die **Rechtsauslegung (Interpretation)** im Zentrum aller faktischen Erscheinungsarten der Befassung mit dem Gegenstand »Recht« steht und vor allem diese zudem (wohl gerade deshalb) von dem steten Bemühen getragen ist, insbesondere im Interesse einer möglichst breiten de-facto-Akzeptanz ihres Ergebnisses zumindest den Anschein einer **tiefengehenden wissenschaftlichen Fundierung** zu erwecken. In erster Linie die effektiv hohe Praxisrelevanz legt es somit nahe, die grundlegenden rechtssystematischen Zusammenhänge im Folgenden vorwiegend unter dem Leitmotiv der Norminterpretation darzustellen.

38

Aus wissenschaftstheoretischer Sicht existieren »das Recht« und die damit im Zusammenhang stehenden Phänomene außerdem nicht in einem gleichsam von der Umgebung hermetisch abgeriegelten »Eigensystem«, sondern diese stehen vielmehr in einer **permanenten wechselseitigen Beziehung** zu anderen Wissenschaftsbereichen einerseits und vor allem zur Tatsachenebene andererseits. Um als wissenschaftlich gelten zu können, bedingt daher eine dogmatisch-analytische Durchdringung des Rechts ebenso

39

30 Vor diesem Hintergrund kann bspw der Umstand, dass in der Entscheidung des VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, die Frage, ob die Kundmachung eines sog »VwGH-Massenverfahrens-Beschlusses« gemäß § 38a VwGG durch den Bundeskanzler als Verordnung zu qualifizieren ist oder nicht, auf Basis (bloß) einer (einzig) wissenschaftlichen Abhandlung – und zudem im Wege eines weder naheliegenden noch überzeugenden Ergebnisses – »geklärt« wurde (vgl RN 26 und 27), die von einem Mitglied des VfGH (mit-)verfasst und in einer Zeitschrift veröffentlicht wurde, als deren Herausgeber ua ein weiteres Mitglied des VfGH und ein Mitglied des VwGH fungieren, ebenso wenig als überraschend erscheinen wie die generelle Neigung der Höchstgerichte zur »Selbstzitierung« unter weitgehend fehlender inhaltlicher Auseinandersetzung mit Gegenpositionen – wissenschaftliche Seriosität sieht (und sah auch bei den Höchstgerichten früher, als die Verfahrensdauer noch kein vorrangig maßgebliches selbst auferlegtes Wertungskriterium darstellte) anders aus.

31 Nicht außer Acht gelassen werden darf auch die Tatsache, dass in der gegenwärtigen sog »postfaktischen Ära« dem Aspekt des Wahrheitsgehaltes einer Aussage keine alles überragende Bedeutung mehr beigemessen wird: In einer nicht (bzw wenig) evidenzbasierten Gesellschaft besteht die Kernstrategie der politischen Entscheidungsträger vielmehr darin, nicht im Wege wissenschaftlich fundierter Argumente, sondern mittels medialer Macht und permanenter Wiederholung so lange eine Behauptung nachdrücklich zu vertreten, bis diese – zumindest von einer Mehrheit – für wahr gehalten wird: Die Reduktion der Komplexität bis hin zu deren Banalisierung bereitet den Weg für Postfaktizität und Fake-News; sobald und soweit sich die objektive Unwahrheit als ein berechenbares, eine gleichwertige Sicherheit vermittelndes Handlungsmuster etabliert, tritt sie »gleichberechtigt« neben die Wahrheit hin. Für einen derartigen Paradigmenwandel sind die primär werteorientierten Nicht-Naturwissenschaften (und damit auch die Rechtswissenschaft samt den obersten Organen der Rechtspraxis) besonders anfällig; aber auch die Naturwissenschaften sind dagegen in jenen Bereichen, in denen noch keine gesicherten Erkenntnisse bestehen (wie zB die widersprüchlichen Aussagen von Virologen im Zuge der Corona-Pandemie belegen) nicht gefeit (vgl dazu auch G. Gigerenzer/M. Tomic, Von der Evidenz lernen, Die Furche v 26. 11. 2020, sowie allgemein P. Strasser, Die ganze Wahrheit – Aufklärung über ein Paradoxon [2019]).

## VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSPRAXIS UND RECHTSWISSENSCHAFT

wie dessen lösungsorientiert-schlüssige Handhabung in der Praxis jeweils notwendig, dass Erkenntnisse aus anderen Wissenschaftsbereichen als faktische Gegebenheit (sog »Datum«) jeweils angemessen berücksichtigt werden, und zwar derart, dass diese im Sinne von irreversiblen externen Vorgaben (sog aprioristisch-axiomatischen Determinanten) in das Recht integriert werden müssen.

40 Im Ergebnis bedeutet dies allerdings **nicht**, dass »das Recht« **stets und in allen Belangen** dem Anspruch gerecht werden muss, **wissenschaftlichen Anforderungen** zu genügen<sup>32</sup>: Vielmehr kann sich ein solches Postulat nur dann und insoweit als **rechtsverbindlich** erweisen, als es gleichzeitig auch – explizit oder implizit – normativ angeordnet ist. Eine fehlende normative Verpflichtung hinsichtlich des Rechts dazu, wissenschaftlichen Ansprüchen genügen zu müssen, vermag andererseits aber nichts daran zu ändern, dass die Rechtswissenschaft auf die Rechtspraxis kontinuierlich einen **enormen faktischen Einfluss** ausübt<sup>33</sup> und es auch objektiv besehen keinem Zweifel unterliegt, dass die Akzeptanz von rechtlichen Folgewirkungen bei den Betroffenen umso nachhaltiger gegeben ist, je mehr sich die vom Normsetzungsorgan konkret gewählte Entscheidungsalternative auch wissenschaftlich fundieren lässt (und nicht bloß als spekulativ oder gar willkürlich erscheint).

41 Vor diesem Hintergrund und auch deshalb, weil der mit der sog »68er«-**Bewegung** des vergangenen Jahrhunderts eingeleitete **Autoritätsschwund** mittlerweile sämtliche staatliche Institutionen erfasst<sup>34</sup> (und insbesondere auch oberste Organe nicht exkludiert) hat, käme sohin gegenwärtig dem Kriterium der **rational überzeugenden Entscheidungsbegründung** eine geradezu vorrangige Bedeutung zu.

Dem steht allerdings als **gravierendes faktisches Hindernis** entgegen, dass Rechtsbehelfe in der Praxis infolge einer nunmehr schon **prinzipiell zweifelhaften**, nicht zuletzt auch durch eine Hyperkomplexität des Rechtssystems an sich beeinträchtigten staatlichen Autorität geradezu **standardmäßig** ergriffen werden und dadurch zu einer massiven Überlastung des Rechtsschutzsystems führen.

Zurzeit ist daher gesamthaft betrachtet **de facto** eher **Gegenteiliges** zu konstatieren, nämlich eine nahezu flächendeckende **Algorithmisierung** der Behörden- und Gerichtsverfahrensverfahren und damit einhergehend eine **verbreitete Apodiktik** im Sinne einer **fortschreitenden »Entwissenschaftlichung«** der Entscheidungsbegründung<sup>35</sup>.

32 Ein derartiges Theorem wird traditionell va für den Bereich des Zivilrechts behauptet.

33 Augenfälligster Ausdruck einer entsprechenden Steuerung (bis hin zur Meinungskanalisation) ist der Umstand, dass bei führenden wissenschaftlichen Publikationsorganen meist Mitglieder von Höchstgerichten als Herausgeber und/oder Schriftleiter (sowie de facto gelegentlich auch als Zensoren) fungieren.

34 Vgl zB *P. Strasser*, Zur Zähmung des Menschen, Die Furche vom 10.12.2020; *A. Rohrer/A. Kirchner*, Die Nase rümpfen genügt nicht, Die Furche vom 10.12.2020.

35 Symptomatisch aus jüngster Zeit das Erkenntnis des VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, in dem im Wesentlichen bloß mit dem Argument, dass die Kundmachung eines VwGH-Beschlusses gemäß § 38a VwGG deshalb nicht als Verordnung zu qualifizieren sei, weil es sich insoweit bloß um einen Publikationsakt handle, in dessen Zuge der Verwaltung keine inhaltliche Einflussnahmemöglichkeit zukomme (RN 26 f) – dies unter Hinweis auf bloß eine (!) Literaturstelle und ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit Gegenargumenten.

## KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT

Aktuell lässt sich somit eher folgender faktischer **Status quo** konstatieren:

42

→ Aufgrund relativ geringer Bedeutung einer wissenschaftlichen Begründungsfundierung dominiert in der Praxis überwiegend eine unkritische Orientierung an Entscheidungen oberster Instanzen; und Letztere beschränken sich ihrerseits wiederum weitgehend auf Apodiktik unter Hervorkehrung ihrer Letztkompetenz.

Fraglich ist freilich, ob bzw wie lange eine derart **formalisierende** bzw **rational-reduktionistische Grundhaltung** noch dazu geeignet sein kann und wird, ein – auch europa-, wenn nicht sogar weltweit – immer deutlicher wahrnehmbares sog »**Wutbürgertum**« im Zaum zu halten<sup>36</sup>.

43

## II. Liberales Grundprinzip und das Verhältnis »Völkerrecht – Innerstaatliches Verfassungsrecht« am Beispiel der EMRK und der EGRC

### A. Allgemeine rechtssystematische Determinanten der Koordination zwischen Völkerrecht und nationalem Recht

Aus dem Blickwinkel der Praxis weisen vor allem jene Teilbereiche der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts eine maßgebliche Relevanz auf, in denen staatliche Zielsetzungen gegenüber den dazu konträr gerichteten Interessen von Grundrechtsträgern abzugrenzen sind. Vornehmlich **insoweit** erhält das **demokratische Grundprinzip** als die Normauslegung vorrangig determinierende Leitidee eine entsprechende **inhaltliche Spezifikation** durch das **liberale Grundprinzip** (während dieser Aspekt in jenen praktisch kaum relevanten und daher in der vorliegenden Untersuchung nur oberflächlich dargestellten Verfahrensarten, die sich primär auf die **interne Staatsorganisation** beziehen – wie zB die Kompetenz<sup>37</sup>- oder die Staatsgerichtsbarkeit<sup>38</sup> des VfGH – nicht bzw gegebenenfalls bloß peripher zum Tragen kommt<sup>39</sup>).

44

Vorweg ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass Österreich über keine Grundrechtssammlung von **nationaler Provenienz** verfügt, die **gegenwärtigen modernen Ansprüchen** – insbesondere solchen Anforderungen, die an eine Mitgliedschaft in der

36 Vgl zB *W. Machreich/O. Tanzer*, Aufgeputscht – Politik im Rausch, Die Furchen vom 14. Jänner 2021; *E. Schüssler*, Die neue Wut, der neue Zweifel, die neue Solidarität?, Kepler Tribune 1/2021.

37 Vgl Art 137 B-VG.

38 Vgl Art 142 B-VG.

39 Dies vornehmlich schon deshalb, weil in solchen Verfahren keine Notwendigkeit zur Schaffung einer Trennlinie (zwischen objektiv-staatlicher Interessenssphäre- und subjektiver Freiheitsgewährleistung des Einzelnen), deren Beachtung durch Gerichte iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC zu kontrollieren ist, besteht.

---

 KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT
 

---

Europäischen Union gestellt werden – genügen würde. Sohin bestand und besteht weiterhin die **Notwendigkeit**, entsprechende **völkerrechtliche Grundrechtskataloge** – und unter diesen vorrangig die EMRK und die EGRC – zu rezipieren<sup>40</sup>.

- 45 Im Wesentlichen lässt sich die **Bindungsintensität**, die völkerrechtlichen Normen auch im innerstaatlichen Bereich zukommt, rechtsdogmatisch betrachtet anhand nachstehender Kriterien beurteilen:
- 46 ▶ Völkerrecht und staatliches Recht können entweder als Einheit oder als prinzipiell getrennte, jedoch (zumindest zum Teil) zueinander in Beziehung stehende Rechtsordnungen aufgefasst werden (**Monismus** bzw **Dualismus**). Insoweit handelt es sich allerdings lediglich um theoretisch alternative Deutungsschemata bzw Erklärungsmuster, hinsichtlich deren konkreter Ausgestaltung der (Verfassungs-)Gesetzgeber sowohl aus völkerrechtlicher als auch aus national-verfassungsrechtlicher Sicht in weiten Bereichen frei ist. Entscheidende Bedeutung kommt somit stets der **konkret**-vorgenommenen **normativen Positivierung** zu, während dahinter stehenden systematischen Grundkonzeptionen allenfalls nur argumentatives Gewicht im Zuge der Auslegung jener Regelungen, wie sie letztlich tatsächlich festgelegt wurden, beige-messen werden kann<sup>41</sup>;
  - 47 ▶ Im ersteren Fall (**Monismus**) erhält das Völkerrecht zugleich mit seiner Entstehung auch die Natur staatlichen Rechts (**Adoption**), während völkerrechtliche Bestimmungen in einem **dualistischen System** – um diesen auch staatliche Geltung zu verschaffen – im Wege interner Normsetzungsakte in nationales Recht umgewandelt werden müssen (Transformation), wobei dies entweder in bloß deklarativer (**generelle Transformation**) oder in konstitutiver Form, dh durch Hinzutreten eines materiell-innerstaatlichen Rechtsaktes (**spezielle Transformation**), erfolgen kann<sup>42</sup>.
  - ▶ Die nationale Verfassung (sollte zwar,) muss allerdings ihre Entscheidung für eine monistische oder dualistische Grundkonzeption nicht systematisch konsequent durchhalten. Vielmehr kann insoweit etwa va nach der Art der völkerrechtlichen Rechtsquelle eine Differenzierung vorgenommen werden. Davon ausgehend werden

---

40 Siehe näher unten, RN 66 ff und 117 ff.

41 Vgl A. Verdross, *Völkerrecht*, 3. Aufl (1955), 61 ff, und Th. Öhlinger/A. Müller, in: K. Korinek ua (Hrsg), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (14. Lieferung, 2018), RN 3 ff zu Art 50 B-VG; allgemein dazu auch I. Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 7. Aufl (1992), RN 539 ff; P. Fischer/H. F. Köck, *Völkerrecht*, 6. Aufl (2004), RN 44 ff; L. K. Adamovich/B. Ch. Funk/G. Holzinger/St. Frank, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd 1, 3. Aufl (2020), RN 16.010; Ch. Grabenwarter, *Völkerrecht, Recht der Europäischen Union und nationales Recht*, in: A. Reinisch (Hrsg), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Bd 1, 5. Aufl (2013), RN 524 ff; W. Berka, *Verfassungsrecht*, 7. Aufl (2018), RN 244 ff.

42 Rechtstheoretisch davon zu unterscheiden (wenngleich in der Praxis weitgehend gleichgesetzt) ist die (auf den Rechtsquellentypus »völkerrechtlicher Vertrag« beschränkte) Determinierung von »non-self-executing«-Staatsverträgen durch innerstaatliche Rechtsvorschriften: Hier kommt es nicht zu einer Umwandlung, sondern lediglich zu einer inhaltlichen Ausgestaltung von völkerrechtlichen Anordnungen (die als solche – gleichsam extern – bestehen bleiben) durch innerstaatliche Normen; dies gilt in gleicher Weise auch für solche Gesetze, die vom Parlament als Ausfluss eines anlässlich des Abschlusses des Staatsvertrages beschlossenen **Erfüllungsvorbehaltes** ergehen; vgl dazu auch Th. Öhlinger/A. Müller, in: K. Korinek ua (Hrsg), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (14. Lieferung, 2018), RN 96 zu Art 50 B-VG.

## KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT

als **traditionelle Typen** gemeinhin »Völkergewohnheitsrecht«, »allgemeine völkerrechtliche Rechtsgrundsätze« und »völkerrechtliche Verträge« unterschieden, wobei den beiden ersteren gemeinsam ist, dass diese – zumindest originär<sup>43</sup> – jeweils ungeschriebenes Recht darstellen; als **zusätzlicher Typus** einer völkerrechtlichen Rechtsquelle ist in jüngerer Zeit der weit verzweigte Bereich des »Sekundärvertragsrechts«, dh des von **Internationalen Organisationen** erzeugten und infolge originär völkervertraglicher Bindungen innerstaatlich umzusetzenden Rechts (zB Beschlüsse des EWR-Ausschusses), hinzugetreten<sup>44</sup>.

- ▷ Im Falle eines Widerspruches zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht erhebt sich die Frage, welcher Norm insoweit **Vorrang** zukommt. Auf gleichsam oberster abstrakter Ebene lässt sich diese Problematik entweder nach dem Grundsatz des **Primates des Völkerrechts** oder umgekehrt des **Primates des Staatsrechts**<sup>45</sup> bzw auf fallbezogen-konkreterer Ebene mittels der systematischen Denkfigur der Derogation (bzw, sofern auch in Bezug auf Völkerrecht ein sog »Fehlerkalkül« institutionalisiert ist, genauer: der einstweiligen Derogation) lösen, wobei sich in primär an Rechtssatzformen orientierten Rechtssystemen als Folge daraus auch die Frage einer entsprechend rangmäßigen Einordnung des Völkerrechts in den Stufenbau des nationalen Rechts<sup>46</sup> ergibt.

48
  
- ▷ Wenngleich im Bereich des Völkergewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze infolge deren ungeschriebenen Charakters eine formelle **Kundmachung** solcher Normen ausscheidet, kommt diesem Aspekt hingegen in Bezug auf völkerrechtliche Verträge vor dem Hintergrund einer rechtsstaatlich geprägten Verfassung geradezu **vorrangige Bedeutung** zu: Als Ausfluss des Legalitätsprinzips ist nämlich **staatsintern** in erster Linie entscheidend, welcher spezifische Rechtsakt mit welchem konkreten Inhalt auf verfassungsrechtlich ordnungsgemäßem Weg kundgemacht wurde<sup>47</sup>, sodass dem gegenüber eine damit nicht (völlig) im Einklang stehende systematische Grundkonzeption ebenso in den Hintergrund tritt wie eine allenfalls divergierende völkerrechtlich-rechtspolitische Motivation.

49
  
- ▷ Darüber hinaus können völkerrechtliche Verträge bei materieller Betrachtung entweder derart ausgestaltet sein, dass sie den Vollzugsorganen unmittelbar ihre Handhabung ermöglichen (**»self-executing«**), oder dass es für deren Anwendbarkeit zuvor der Schaffung einer entsprechenden innerstaatlichen Rechtsgrundlage bedarf

50

43 Vgl P. Fischer/H.F. Köck, Völkerrecht, 6. Aufl (2004), RN 160, 170 u 176 ff; B. Simma/St. Wittich, in: A. Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 5. Aufl (2013), RN 205 ff.

44 Vgl P. Fischer/H.F. Köck, Völkerrecht, 6. Aufl (2004), RN 140 ff; B. Simma/St. Wittich, Ch. Binder/K. Zemanek, W. Schroeder, W. Schroeder/Ch. Schreuer, W. Schroeder/St. Wittich u. W. Schroeder/W. Karl, alle in: A. Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 5. Aufl (2013), RN 162 ff.

45 Vgl A. Verdross, Völkerrecht, 3. Aufl (1955), 61 ff, und Th. Öhlinger/A. Müller, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lieferung, 2018), RN 3 zu Art 50 B-VG.

46 Vgl Th. Öhlinger/A. Müller, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lieferung, 2018), RN 53 ff zu Art 50 B-VG.

47 Vgl R. Thienel, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lieferung, 1999), RN 30 f zu Art 48 u 49 B-VG, mwN; H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer/K. Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl (2015), RN 233 ff.

## KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT

- (»non-self-executig«)<sup>48</sup>; im letzteren Fall geht es hier also (und im Unterschied zu der oben<sup>49</sup> angesprochenen **speziellen Transformation**) nicht um die Umformung von Völkerrecht in staatliches Recht, sondern um die Erlassung nationaler Normen, die derart in einem inhaltlichen Konnex mit dem Völkerrecht stehen, dass durch sie dessen Vollziehung überhaupt erst – und zudem ausschließlich auf Basis nationalen Rechts – ermöglicht wird (sog »Annexgesetzgebung«).
- 51 ▶ Eine weitere Besonderheit bei völkerrechtlichen Verträgen bildet schließlich der Umstand, dass der Staat hier (und anders als im Bereich des Völkergewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze) im Wege eines förmlichen Verfahrens an der **Normerzeugung mitbeteiligt** und diese Mitwirkung in demokratischen Verfassungen zwischen den Staatsfunktionen »Verwaltung« und »Gesetzgebung« geteilt ist. Eine solche Aufteilung kann vornehmlich derart ausgestaltet sein, dass der Abschluss eines Staatsvertrages zwar prinzipiell einen Rechtsakt der Verwaltung verkörpert, sich das Parlament jedoch ausbedingen kann, dass die Behörden zwecks innerstaatlicher Vollziehbarkeit von solchen Staatsverträgen, die einen rechtspolitisch entsprechend erheblichen Inhalt aufweisen, einer vorangehenden (mehr oder weniger weit reichenden) Ermächtigung des Gesetzgebers bedürfen<sup>50</sup> (sog »Genehmigungsvorbehalt«)<sup>51</sup>.
- 52 Im Zuge einer Systematisierung dieser Kriterien hat man zunächst von der Tatsache auszugehen, dass keine staatliche Verfassung für ihren Geltungsbereich einen **vorbehaltlosen Vorrang** des Völkerrechts zulässt oder gar einen solchen anordnet<sup>52</sup> – vielmehr stellt sich umgekehrt die Frage, ob eine derartige Souveränitätspreisgabe (bzw »Selbstauslieferung«) überhaupt mit Völkerrecht vereinbar wäre.
- Realistisch** besehen kann daher nicht von einem Primat des Völkerrechts, sondern muss vielmehr von einem gleichsam »ursprünglichen« **Primat des Staatsrechts** ausgegangen werden; auf dieser Basis kann sich in der Folge die Frage stellen, in welchem Umfang dieser etwa im Zuge eines Beitritts zu einer Internationalen Organisation und des damit verbundenen Souveränitätstransfers an diese preisgegeben wurde.
- 53 Nimmt man darauf basierend **demokratisch-rechtsstaatlich** konzipierte Verfassungen, wie diese in Europa vorwiegend faktisch bestehen, in den Blick, dann erweist sich vorweg das **allgemeine Legalitätsprinzip** als zentrale Determinante: Rechtliche Verbind-

48 Vgl Th. Öhlinger/A. Müller, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lieferung, 2018), RN 97 ff zu Art 50 B-VG.

49 Vgl RN 46.

50 Vgl Th. Öhlinger/A. Müller, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lieferung, 2018), RN 58 ff zu Art 50 B-VG, mwN.

51 Vgl für die BRD das Urteil des BVerfG vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08, zum Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und zum Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union.

52 Symptomatisch zB der Beschluss des BVerfG v 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, in dem unter Hinweis auf die Judikatur zahlreicher anderer europäischer Höchstgerichte betont wurde, dass »im Verfassungsrecht zahlreicher anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union ... Vorkehrungen zum Schutz der Verfassungsidentität und der Grenzen der Übertragung von Souveränitätsrechten auf die Europäische Union ... enthalten« seien.



### KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT

lichkeit kann danach eine Norm generell nur in der Form und mit dem Inhalt erlangen, in der bzw mit dem diese gültig kundgemacht wurde.

Hinsichtlich der Inkorporation des Völkerrechts im Allgemeinen und völkerrechtlicher Verträge im Besonderen enthält das B-VG – soweit es diesbezüglich nicht das (externe) Verhältnis zur Europäischen Union oder die (internen) Beziehungen zwischen Bund und Ländern betrifft – eher **nur kursorische Regelungen**<sup>53</sup>.

54

Diese betreffen **drei spezifische Teilbereiche**, nämlich 1.) die (prinzipielle Allein-)Zuständigkeit des Bundespräsidenten zum Abschluss von Staatsverträgen (Art 65 und 66 B-VG) und in diesem Zusammenhang bestehende Mitwirkungsbefugnisse des Nationalrates (Art 50 B-VG), 2.) die **Kundmachungspflicht** (Art 48 und 49 B-VG) und 3.) die Befugnis des VfGH zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Staatsverträgen selbst einerseits (Art 140a B-VG) sowie von verwaltungsgerichtlichen Erkenntnissen (nicht aber von Gesetzen, Verordnungen oder von ordentlichen Gerichten) im Lichte eines Staatsvertrages (Art 144 B-VG) andererseits.

Dem gegenüber lässt sich die Frage, ob diesen Bestimmungen eine monistische oder dualistische Konzeption zu Grunde liegt, nicht eindeutig klären, sodass keine dieser beiden Theorien in valider Weise zur Interpretation von damit im Zusammenhang stehenden Zweifelsfragen und Folgeproblemen (wie zB Adoption oder Transformation? Aufhebung oder bloße Nichtanwendbarkeit?) herangezogen werden kann.

Sohin resultiert insgesamt, dass der **Kundmachung** des Staatsvertrages in jener Form, wie diese ganz konkret vorgenommen wurde, stets eine **zentrale Bedeutung** zukommt.

Angesichts dessen, dass am Verfahren zur Erzeugung der Rechtssatzform »Staatsvertrag« verfassungsmäßig (gegebenenfalls<sup>54</sup>) sowohl Verwaltungs- als auch Gesetzgebungsorgane beteiligt sind, kann dieser Typus systematisch sowohl der ersteren als auch der letzteren Staatsgewalt zugeordnet werden. Diesbezüglich hat das B-VG die gleichsam »originäre« Systementscheidung getroffen, dass Staatsverträge, obwohl diese (überwiegend) einen generell-abstrakten Charakter und häufig keine materiell-gesetzliche Deckung aufweisen (sondern vielmehr ihrerseits erst eine solche bilden), als **Rechtsakte der Verwaltung** zu qualifizieren sind, an denen gesetzgebenden Organen lediglich eine – beschränkte – Mitwirkungsbefugnis zukommt.

55

Positivrechtlich ergibt sich dies daraus, dass einerseits die gemäß Art 65 und 66 B-VG prinzipiell dem Bundespräsidenten vorbehaltene Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen sowie deren allfällige Übertragung auf andere Verwaltungsorgane im Dritten Hauptstück des B-VG (»Vollziehung des Bundes«) verortet ist und andererseits die Überschrift vor Art 50 B-VG, der die Genehmigung des Staatsvertrages durch die

56

53 Vgl darüber hinaus Art 9 B-VG (in Bezug auf Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze einerseits sowie die Übertragung von Hoheitsrechten andererseits), Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG (Staatsverträge als prinzipielle Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung) und Art 49a B-VG (Wiederverlautbarung von Staatsverträgen).

54 Jene Staatsverträge, die nach Art 50 Abs 1 B-VG keiner Genehmigung des Nationalrates bedürfen, verkörpern ausschließliche Regierungsakte, sind aber in rechtspolitischer Hinsicht weniger bedeutsam.

---

 KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT
 

---

gesetzgebende Körperschaft regelt, explizit darauf hinweist, dass es sich hierbei (nicht um Gesetzgebung, sondern bloß) um einen Akt der »**Mitwirkung** des Nationalrates und des Bundesrates an der **Vollziehung** des Bundes« handelt<sup>55</sup>.

- 57 Dem steht auch nicht entgegen, dass nach Art 50 Abs 1 B-VG der Abschluss von bestimmten Kategorien von Staatsverträgen – dh: indem dazu alle politischen<sup>56</sup> Staatsverträge sowie solche, die gesetzändernden oder Gesetzesergänzenden Inhalt haben, zählen, im Ergebnis die überwiegende Mehrzahl – einer vorangehenden Genehmigung durch den Nationalrat bedarf. Denn dem Wesen einer Genehmigung entsprechend bedeutet dies in rechtlicher Hinsicht, dass dem Gesetzgebungsorgan damit von Verfassungs wegen zunächst nur eine Befugnis zur Zustimmung oder Ablehnung, nicht jedoch darüber hinaus auch eine aktive materielle Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt ist. Eine solche ergibt sich vielmehr erst dann, wenn der Nationalrat gemäß Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG anlässlich der Genehmigung beschließt, dass bzw in welchem Umfang ein Staatsvertrag durch die Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist; aber auch in diesem Fall tangiert weder die Genehmigung noch das entsprechende innerstaatliche Ausführungsgesetz den Staatsvertrag als solchen (dh im Außenverhältnis bzw auf völkerrechtlicher Ebene), sondern im Ergebnis werden damit lediglich **gesetzliche Rahmenbedingungen für dessen innerstaatliche Wirksamkeit** festgelegt.
- 58 Selbst wenn man diesbezüglich aber nicht eine verfahrensrechtliche, sondern eine primär materielle Sichtweise zu Grunde legt und davon ausgehend zu der Ansicht gelangt, dass ein Staatsvertrag einen Gesetzgebungsakt darstellt<sup>57</sup>, ergeben sich allein aus einer insoweit andersartigen systematischen Kategorisierung noch keine divergierenden rechtlichen<sup>58</sup> Konsequenzen.
- 59 Aus Art 48 B-VG, wonach Staatsverträge, deren Abschluss einer Genehmigung durch den Nationalrat bedarf<sup>59</sup>, unter Berufung auf den entsprechenden Genehmigungsbeschluss des Nationalrates kundzumachen sind, lässt sich im Umkehrschluss ableiten, dass ein solcher Staatsvertrag (gegebenenfalls völkerrechtliche, jedoch) keine<sup>60</sup> innerstaatlichen Rechtswirkungen entfalten kann, solange dessen Kundmachung noch nicht erfolgt ist.

55 Vgl schon *H. Kelsen/G. Fröhlich/A. Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922), 134 ff, und jüngst *W. Berka*, Verfassungsrecht, 7. Aufl (2018), RN 261.

56 Zur Unschärfe dieses Begriffes vgl schon *H. Kelsen/G. Fröhlich/A. Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922), 134.

57 Vgl *Th. Öhlinger/A. Müller*, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lieferung, 2018), RN 47 zu Art 50 B-VG.

58 Insbesondere erweist sich auch das Argument einer solcherart besseren Vereinbarkeit im Hinblick auf die Einordnung des Staatsvertrages in den Stufenbau der Rechtsordnung (vgl *Th. Öhlinger/A. Müller*, in: K. Korinek ua [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht [14. Lieferung, 2018], RN 48 f zu Art 50 B-VG) deshalb nicht als überzeugend, weil auch die sog Rangfrage« bloß ein systematisches Konzept darstellt. Allerdings wäre bei einer solchen Sichtweise beispielsweise dadurch, dass der Staatsvertrag keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, sondern selbst eine solche bildet, dem Legalitätsprinzip für jene Fälle besser entsprochen, in denen kein Erfüllungsvorbehalt iSd Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG beschlossen wurde.

59 Indem dazu – soweit für den vorliegenden Zusammenhang relevant – alle politischen sowie solche, die gesetzändernden oder Gesetzesergänzenden Inhalt haben, zählen, sind demnach in der Praxis nahezu alle Staatsverträge von der verfassungsmäßigen (Genehmigungs- und) Kundmachungspflicht erfasst.

60 Ausgenommen den Fall, dass nachträglich eine entsprechende Rückwirkung angeordnet wird.

### KOORDINATION ZWISCHEN VÖLKERRECHT UND NATIONALEM RECHT

Dem entspricht auch Art 49 Abs 2 letzter Satz B-VG, wonach solche (ohne Erfüllungsvorbehalt genehmigte) Staatsverträge in der Regel (dh, soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist) mit Ablauf des Tages ihrer Kundmachung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten. **Insgesamt** ergibt sich somit die Konsequenz, dass diese **Kundmachung konstitutiv** ist: Innerstaatlich besehen hat ein Staatsvertrag ausschließlich jeweils den normativen Inhalt, der konkret kundgemacht wurde.

Trifft nun jene rechtliche Entität (also die von ihrem »völkerrechtlichen Double« [wenn gleich inhaltlich weitestgehend ident, so doch] rechtlich zu unterscheidende innerstaatliche Rechtssatzform »Staatsvertrag«), die im Wege ihrer Kundmachung im Bundesgesetzblatt (oder in anderer Weise) in das nationale Recht inkorporiert wurde, auf entgegenstehendes nationales Recht, so lässt sich aus den Art 140a und 144 B-VG zunächst induktiv die verfassungsmäßige Richtungsentscheidung dahin erschließen, dass (gleichsam auf einer Meta-Ebene betrachtet) Staatsverträge keinen bzw zumindest keinen unbedingten Vorrang beanspruchen können: Vielmehr soll ein in die Rechtssatzform »Staatsvertrag« gekleideter Rechtsakt **prinzipiell** – dh, sofern nicht völker(vertrags)rechtlich (wie zB im EU-Recht, das von einem absoluten Vorrang gegenüber nationalem Recht geprägt ist) **Abweichendes** angeordnet ist – nur so lange entgegenstehendem innerstaatlichen Recht vorgehen, bis ein entsprechender Widerspruch vom VfGH entweder allgemein oder im Einzelfall formell festgestellt und hierauf gegebenenfalls der Staatsvertrag als generell unanwendbar erklärt wurde<sup>61</sup>.

60

Aus der eher kursorischen positivrechtlichen Regelung, die Staatsverträge im B-VG erfahren, lassen sich somit gesamthaft besehen lediglich – aber immerhin – die folgenden Eckpunkte ableiten:

61

- ▷ Die Rechtssatzform »**Staatsvertrag**« verkörpert rechtssystematisch besehen einen **kombinierten Verwaltungs- und Gesetzgebungsakt**; im Zuge von dessen Erlassung kommt dem Nationalrat rechtlich-formal besehen keine, rechtspolitisch betrachtet hingegen insoweit eine durchaus maßgebliche materielle Gestaltungsbefugnis zu, als die zu dessen völkerrechtlichem Abschluss zuständigen Verwaltungsorgane hierfür einer entsprechenden Mehrheit in der gesetzgebenden Körperschaft bedürfen.
- ▷ Die **Kundmachung** von Staatsverträgen wirkt in dem Sinn **konstitutiv**, dass der Staatsvertrag aus rechtsdogmatischer Sicht eine **Doppelnatur** (nämlich extern-völkerrechtlich einerseits und national-innerstaatlich andererseits) annimmt; für den Bereich der nationalen Rechtsordnung wird der Staatsvertrag – nur – mit jenem Inhalt wirksam und verbindlich, mit dem er kundgemacht wurde.
- ▷ Staatsverträgen kommt – sofern in diesen nicht **Abweichendes** geregelt ist<sup>62</sup> – aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts **kein absoluter Vorrang** zu; sie gelten vielmehr nur vorläufig (einstweilige Derogation), sind von sämtlichen Gerichten am inner-

62

63

64

61 Ein modifizierter Fehlerkalkül wird für Staatsverträge anzunehmen sein, die Grundprinzipien der Bundesverfassung widersprechen, denn solche werden als von Anfang an absolut nichtig anzusehen sein.

62 So zB im **Unionsrecht**, das von einem unbedingten Vorrang gegenüber nationalem Recht ausgeht.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

staatlichen Recht (je nach Typus: an der Verfassung bzw am einfachen Gesetz) zu messen und im Falle eines festgestellten Widerspruches vom VfGH als für die Vollziehung nicht weiter anwendbar zu erklären (bloße Suspension, dh der innerstaatlich kundgemachte und als rechtswidrig feststehende [Teil eines] Staatsvertrag[es] wird nicht eliminiert, sondern bleibt bis zur Erlassung eines *contrarius actus* Bestandteil der nationalen Rechtsordnung).

- 65 Die cursorische Regelung im B-VG selbst führt sohin dazu, dass letztlich **jeder Staatsvertrag eigenständig darauf hin zu untersuchen** ist, ob mit diesem – von seinem Inhalt abgesehen – noch **weitere**, über die vorstehenden Eckpunkte hinausreichende **Systementscheidungen** getroffen wurden.

## B. Systematische Struktur und Ausgestaltung der EMRK

- 66 Der EMRK kommt im Rahmen der österreichischen Verfassungsordnung insofern eine Sonderstellung zu, als diese in der Praxis **gegenwärtig** – und in Nachfolge zum StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (RGI 142/1867), nachdem der Versuch, einen innerstaatlich-modernen Grundrechtskatalog zu schaffen, eher kläglich gescheitert ist<sup>63</sup> – gleichsam den **Prototyp** der Ausformung des **liberalen Grundprinzips** verkörpert (während die EGRC insofern quasi bloß eine – wenngleich de facto nicht minder bedeutsame – Surrogatstellung einnimmt<sup>64</sup>).

Diese spezifische Funktion legt es nahe, die **EMRK** gleichsam als **Musterbeispiel** für die mit der Inkorporation von Völkerrecht ins nationale Recht generell verbundenen grundsätzlichen Fragestellungen heranzuziehen.

## 1. Kombiniertes »self-executing«- und »non-self-executing«-Charakter

- 67 Hinsichtlich der Frage, welchen Status die EMRK – als gleichermaßen **praktisch eminent bedeutsam** wie auch im Sinne einer systematisch-paradigmatischen **Variable** für ein **multilaterales** völkerrechtliches Abkommen mit **Grundrechtsbezug** – in den Rechtsordnungen einzelner Unterzeichnerstaaten<sup>65</sup> aufweist, ist vorweg darauf hinzuweisen, dass diese nicht ausschließlich durch einen »self-executing«- bzw »non-self-executing«-Charakter gekennzeichnet ist; vielmehr sind im Detail durchaus **beide Erscheinungsformen** anzutreffen.

63 Zu den misslungenen Versuchen diverser Experten- und Reformkommissionen, einen neuen nationalen Grundrechtskatalog zu erstellen, vgl zB *M. Welan*, Über die Grundrechte und ihre Entwicklung in Österreich, Österreich in Geschichte und Literatur, Heft 4.-5. (2002), auch downloadbar unter: <[www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/welan\\_grundrechte.pdf](http://www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/welan_grundrechte.pdf)>; sa *M. Bajjilicz*, Erfolg und Scheitern von Bundesverfassungsreformvorhaben, ZfV 2021, 4 ff.

64 Wobei sich durchaus nicht ausschließen lässt, dass die EGRC künftig die Vorreiterrolle mit der EMRK tauschen könnte.

65 Das sind gegenwärtig alle 47 Mitgliedsländer des Europarates.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

So können (und müssen) etwa Anordnungen wie »Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.« (Art 3 EMRK) oder »Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden. Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten.« (Art 4 erster und zweiter Satz EMRK) und ähnliche, sog **absolut-vorbehaltlose Gewährleistungen** von sämtlichen Rechtsanwendungsorganen regelmäßig wohl unmittelbar beachtet und damit vollzogen werden.

68

Dem gegenüber setzt beispielsweise eine Garantie wie jene auf ein faires Verfahren (»Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, ...« – Art 6 Abs 1 EMRK) zunächst bzw als einen zusätzlichen gesetzgeberischen Akt die Einrichtung solcher Gerichte durch den betreffenden Mitgliedstaat notwendig voraus. Und schließlich gilt besonders hinsichtlich jener Rechte, die von EMRK wegen schon von vornherein bloß unter einem expliziten **materiellen Vorbehalt** eingeräumt werden (wie zB die Gewährleistungen der Art 8 bis Art 12 EMRK), dass deren Inhalt seitens des nationalen Gesetzgebers erst konstituiert bzw jedenfalls näher determiniert werden muss bzw kann.

Dies bedingt daher, dass **hinsichtlich jeder konkreten Anordnung** der EMRK jeweils **gesondert** – und zwar nicht nur anhand der spezifischen Formulierung, sondern unter dem Aspekt ihrer jeweiligen materiellen Intention<sup>66</sup> – **zu prüfen** ist, ob bzw inwieweit diese ein »self-executing«- oder »non-self-executing«-Charakter kennzeichnet – denn jedenfalls in letzterem Bereich bedarf es der Erlassung entsprechender innerstaatlicher Konkretisierungsnormen, um der völkerrechtlichen Verpflichtung ordnungsgemäß gerecht zu werden.

69

## 2. Authentische Version der EMRK

Der maßgebliche Vertragstext der EMRK, der in seiner ursprünglichen Fassung auf der Homepage des »Treaty Office« des Europarates abgerufen werden kann<sup>67</sup>, findet sich in einer Urkunde, die heute (in ihrer einzigen Ausfertigung) im Archiv des Europarates aufbewahrt ist. Dieses Dokument ist in englischer und französischer Sprache verfasst und endet (auf S 17 vor den Unterschriften der einzelnen Regierungsmitglieder) ua mit der Fertigungsklausel:

70

»Done at Rome this 4<sup>th</sup> day of November 1950 in English an French, both texts being equally authentic, ...«

bzw

66 Auf diese Weise gelangt der EGMR zB zu dem Ergebnis, dass die Garantien des Art 6 EMRK – obwohl der Normtext dies nicht nahelegen würde – nicht absolut gewährleistet sind, sondern dem nationalen Gesetzgeber diesbezüglich ein entsprechender Gestaltungs- und Eingriffsspielraum zukommt.

67 Vgl <[https://www.echr.coe.int/Documents/Collection\\_Convention\\_1950\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf)>.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

»Fait à Rome, le 4 novembre 1950, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, ...«<sup>68</sup>.

- 71 Aufgrund dieser schon ursprünglich vertraglich festgelegten Spezialbestimmung sind daher auf **völkerrechtlicher Ebene** sowohl die englische als auch die französische Version – allerdings auch **nur diese beiden Sprachfassungen** – verbindlich.
- 72 Im Übrigen ergibt sich Gleiches auch aus heutiger Sicht<sup>69</sup>, nämlich gemäß Art 33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (sog »Wiener Vertragsrechtskonvention« – WrVK<sup>70</sup>).
- 73 **Übersetzungen** der EMRK in die jeweilige Landessprache eines Unterzeichnerstaates können daher (was insbesondere im Lichte eines Beschwerdeverfahrens vor dem EGMR von Bedeutung ist) keine – jedenfalls keine völkerrechtliche, sondern **allenfalls nur eine innerstaatliche** – Normativität beanspruchen<sup>71</sup>.
- 74 All dies gilt im Übrigen auch für sämtliche Zusatzprotokolle (zuletzt Protokoll Nr. 16 vom 2. Oktober 2013) zur EMRK.

### 3. Der völkervertragsrechtliche Grundsatz »Völkerrecht bricht Landesrecht«

- 75 Darüber hinaus haben die zeitlich später geschaffenen Bestimmungen des Art 27 erster Satz WrVK (»Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.«) sowie des Art 46 Abs 1 WrVK mit der spezielleren Regelung, dass ein Staat nicht einwenden kann, dass seine Erklärung, durch einen Vertrag völkerrechtlich gebunden zu sein, unter Verletzung innerstaatlichen Rechts erfolgt und daher ungültig sei, für das Außenverhältnis den **Primat des Völkerrechts** bzw den Grundsatz »Völkerrecht bricht Landesrecht«<sup>72</sup> festgelegt: Im Konfliktfall geht danach also das Völkerrecht stets dem entgegenstehenden nationalen Recht vor.
- 76 Freilich gilt dies nur, soweit in einem **konkreten supranationalen Vertrag nicht Gegenteiliges vereinbart** ist.

68 Eine Abbildung der diese Schlussklausel enthaltenden Seite der Originalurkunde kann im Übrigen im Zuge einer auf der Homepage des EGMR placierten Slideshow (vgl <[https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer)>) eingesehen werden.

69 Die WrVK ist erst 1980 in Kraft getreten und hat per se keine rückwirkende Kraft (vgl Art 4 WrVK); allerdings enthält die WrVK weitgehend kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht, sodass diese materiell auch für völkerrechtliche Verträge maßgeblich ist, die bereits vor ihrem Inkrafttreten abgeschlossen wurden (vgl zB *P. Fischer/H.F. Köck*, Völkerrecht, 6. Aufl [2004], RN 202).

70 Vgl dazu Art 85 WrVK, wonach nicht die deutsche Version, sondern lediglich deren »chinesischer, englischer, französischer, russischer und spanischer Text gleichermaßen authentisch« sind.

71 Hinsichtlich der auf der Homepage des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte einerseits und des Vertragsbüros des Europarates andererseits ebenfalls abrufbaren Übersetzungen der EMRK in andere Sprachen der Mitgliedstaaten des Europarates ist daher jeweils explizit auf deren inoffizielle Urheberschaft und deren nichtamtlichen Charakter hingewiesen (vgl <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>> und <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>>).

72 So auch die E zur RV, 983 BlgNR 14. GP, 51.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

Daher kann etwa auch die Maßgeblichkeit des Prinzips des **Vorranges von Unionsrecht gegenüber nationalem Recht** eben nur dann und insoweit in Zweifel gezogen werden, als sich entsprechend **Gegenteiliges** aus dem **Primär- bzw Sekundärrecht der EU** ableiten ließe<sup>73</sup>.

Zu betonen ist hierbei allerdings, dass nur auf völkerrechtlicher Ebene eine entsprechende Verpflichtung besteht. 77

Wird hingegen in der **nationalen Verfassung** diesbezüglich **Abweichendes** – so zB insbesondere in Bezug auf sog »identitätsstiftende Prinzipien« – angeordnet<sup>74</sup>, so liegt insoweit zwar gegebenenfalls eine **Völkerrechtswidrigkeit** vor; dem Verfassungsrecht kommt jedoch (in dem Umfang eine **jedenfalls vorläufig**) **derogatorische Wirkung** zu, wenn (als) – wie in Art 140a B-VG – zugleich auch ein entsprechendes **Fehlerkalkül** verfassungsrechtlich (implizit oder explizit) normiert ist.

#### 4. Der Status der EMRK in der österreichischen Rechtsordnung

Hinsichtlich der Einordnung der EMRK in das Schema des Stufenbaus der Rechtsordnung ist vorweg zwischen den Österreich im **Außenverhältnis** treffenden völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie – dem Grundsatz der **doppelten rechtlichen Bedingtheit**<sup>75</sup> entsprechend – den Anforderungen des **innerstaatlichen** Verfassungsrechts zu unterscheiden. 78

Idealerweise sollten demnach – auf gleichsam **horizontaler Ebene** – Völkerrecht und Verfassungsrecht im Sinne einer **wechselseitigen Widerspruchsfreiheit** miteinander harmonieren, während in **vertikaler Richtung** sowohl die Völkerrechts- als auch die Verfassungskonformität jeder rangniedrigeren Norm gegeben sein muss.

##### a. Völkerrechtliche Ebene

Seitens der Republik Österreich wurde die EMRK samt (deren erstem) Zusatzprotokoll erst sieben Jahre nach Vertragsschluss, nämlich am 13. Dezember 1957 unterzeichnet; gemäß Art 59 Abs 4 EMRK war sie daher am Tag nach der Hinterlegung der entsprechenden Ratifikationsurkunde, konkret seit dem 3. **September 1958**, für Österreich völkerrechtlich verbindlich. 79

Wenngleich die WrVK damals noch nicht in Geltung stand und eine dieser entsprechende positivrechtliche Vorgängerregelung fehlte, war dennoch schon zu dieser Zeit bereits ein **allgemeiner Rechtsgrundsatz** dahin anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge nach dem darin jeweils zum Ausdruck gebrachten wahren Willen auszulegen sind. 80

73 In diese Richtung könnte gegebenenfalls der Beschluss des EuGH vom 20. Jänner 2020, C-293/20, weisen; vgl dazu sowie zu der aus **rechtssystematischem Blickwinkel** letztlich **unvertretbaren** Annahme eines **vorbehaltlosen (bzw absoluten)** Vorranges des Unionsrechts näher unten, RN 108 ff.

74 So zB BVerfG vom 13. Februar 2020, 2 BvR 739/17, zu Art 79 Abs 3 GG.

75 Siehe dazu unten, RN 172 ff.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

- 81 Wurden davon ausgehend etwa in einem Vertrag – wie explizit in der Fertigungsklausel zur EMRK – **mehrere Sprachfassungen** als gleichermaßen authentisch erklärt, so waren **nur** – aber auch **alle** – **diese Versionen** als dessen **authentischer Normtext** anzusehen<sup>76</sup>.  
Auf **völkerrechtlicher Ebene** war daher die **EMRK** auch für Österreich sowohl bzw **ausschließlich** in **englischer und französischer Sprache** **normativ**.
- b. Innerstaatliche Ebene, insbesondere: Kundmachung, Sprachfassungen und Verfassungsrang*
- 82 Nach Art 50 B-VG in der damals geltenden Fassung BGBl 12/1958 bedurften politische<sup>77</sup> Staatsverträge – und als ein solcher war die EMRK zweifelsfrei anzusehen – zu ihrer innerstaatlich-verfassungsmäßigen Gültigkeit einer gesonderten Genehmigung durch den Nationalrat, wobei für solche Beschlüsse die Bestimmungen über das gewöhnliche Gesetzgebungsverfahren sinngemäß anzuwenden waren.  
Aus national-verfassungssystematischer Sicht bildete sohin der Abschluss von Staatsverträgen keinen Akt der Gesetzgebung, sondern vielmehr eine als Ausfluss des demokratischen Grundprinzips konzipierte Mitwirkung<sup>78</sup> der **gesetzgebenden Körperschaft** an einem prinzipiell der Staatsfunktion »**Verwaltung**« zuzuordnenden Rechtsakt.
- 83 Dazu kam, dass Staatsverträge – in Entsprechung zum Legalitäts- bzw Rechtsstaatsprinzip – gemäß Art 48 und 49 B-VG im Bundesgesetzblatt **kundzumachen** waren, wobei eine solche Kundmachung nach **damaliger Praxis** regelmäßig in **sämtlichen authentischen Vertragssprachen** – sowie gegebenenfalls **zusätzlich** noch in **deutscher Sprache** – erfolgte<sup>79</sup>.
- 84 Diese spezifische Verfassungsrechtslage war auch zum Zeitpunkt des Beitritts zur EMRK maßgeblich<sup>80</sup>, wobei – wie sich aus BGBl 210/1958 ergibt – die EMRK und das 1. ZPMRK konkret folgendermaßen im BGBl verlautbart wurden:

76 Vgl näher A. Verdross, Völkerrecht, 3. Aufl (1955), 148 ff.

77 Zur Unschärfe dieses Begriffes vgl schon H. Kelsen/G. Fröhlich/A. Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922), 134.

78 Vgl insbesondere die Überschrift vor Art 50 B-VG: »Mitwirkung des Nationalrates und des Bundesrates an der Vollziehung des Bundes«.

79 Vgl zB BGBl 152/1955 (Staatsvertrag von Wien, Art 38): deutsch, russisch, englisch und französisch.

80 Vgl zB L. Adamovich/H. Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl (1957), 330.



1927

# BUNDESGESETZBLATT

## FÜR DIE REPUBLIK ÖSTERREICH

Jahrgang 1958

Ausgegeben am 24. September 1958

60. Stück

**210.** Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten samt Zusatzprotokoll.

### 210.

Nachdem die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 und das Zusatzprotokoll zu dieser Konvention vom 20. März 1952, welche also lauten:

CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS	CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES	(Übersetzung.) KONVENTION ZUM SCHUTZE DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN
The Governments signatory hereto, being Members of the Council of Europe, Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948;	Les Gouvernements signataires, Membres du Conseil de l'Europe, Considérant la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948;	In Erwägung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 verkündet wurde;

...

For the Government of the Republic of Austria:  
Pour le Gouvernement de la République d'Autriche:  
Für die Regierung der Republik Österreich:

Leopold Figl

die verfassungsmäßige Genehmigung des Nationalrates erhalten haben, erklärt der Bundespräsident diese Konvention unter dem Vorbehalt, daß

...

für ratifiziert und verspricht im Namen der Republik Österreich die gewissenhafte Erfüllung der in dieser Konvention samt Zusatzprotokoll enthaltenen Bestimmungen.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

Zu Urkund dessen ist die vorliegende Ratifikationsurkunde vom Bundespräsidenten unterzeichnet, vom Bundeskanzler, vom Bundesminister für Inneres, vom Bundesminister für Justiz, vom Bundesminister für Unterricht, vom Bundesminister für soziale Verwaltung, vom Bundesminister für Finanzen, vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, vom Bundesminister für Handel und Wiederaufbau, vom Bundesminister für Verkehr und Elektrizitätswirtschaft, vom Bundesminister für Landesverteidigung und vom Bundesminister für die Auswärtigen Angelegenheiten gegengezeichnet und mit dem Staatssiegel der Republik Österreich versehen worden.

Geschehen zu Wien, den 5. August 1958.

Der Bundespräsident:

**Schärf**

Der Bundeskanzler:

**Raab**

• • •

Diagramm 5 – Kundmachungsoriginal der EMRK (Auszug)

- 85 Mangels abweichender Anordnung in dieser Kundmachung erlangten die EMRK und das 1. ZPMRK sohin gemäß Art 49 Abs 1 zweiter Satz B-VG in der damals (und bis heute unverändert) maßgeblichen Fassung am 25. September 1958 – also drei Wochen später als auf völkerrechtlicher Ebene (wobei dieser zeitlichen Verzögerung gegenwärtig wohl keinerlei rechtliche Relevanz mehr zukommt) – **innerstaatliche Verbindlichkeit**.
- 86 Weiters wurden auf diese Weise jedenfalls sowohl die **englische** als auch die **französische Fassung** der EMRK innerstaatlich normativ.
- 87 Hinsichtlich der **deutschen Übersetzung** ist davon ausgehend Folgendes zu beachten:  
Anders als bei Gesetzen hat der Nationalrat die EMRK nicht selbst erlassen, sondern nur seine zu deren Gültigkeit erforderliche **Genehmigung** erteilt. **Kundgemacht** wurde also ein – im Besonderen der Rechtssatzform »Staatsvertrag« zuzuordnender – Rechtsakt der **Bundesregierung**.  
Diesbezüglich legte Art 49 Abs 2 B-VG iVm § 2 Abs 1 lit b des Bundesgesetzblattgesetzes, BGBl 33/1920 idF BGBl 277/1925 (im Folgenden: BGBIG 1920), fest, dass solche Rechtsakte im Bundesgesetzblatt zu verlautbaren waren; deren – weil insoweit gegenteilige, insbesondere die Sprachfassungen von Staatsverträgen betreffende Anordnungen fehlten – vollinhaltliche »rechtsverbindliche Kraft« begann daher gemäß § 4 Abs 1 BGBIG 1920 nach Ablauf des Tages der Kundmachung.  
Da auch die dem Beschluss des Nationalrates zu Grunde gelegene Regierungsvorlage bereits eine deutsche Übersetzung aufgewiesen hatte<sup>81</sup>, lag insoweit jedenfalls **keine ordnungswidrige Kundmachung** vor.  
Sohin kam (und kommt) im Ergebnis (wenngleich nicht auf völkerrechtlicher Ebene, so doch) **innerstaatlich-verfassungsmäßig** der **deutschen Übersetzung** – hinsichtlich

81 Vgl 459 BlgNR 8. GP, 1 ff.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

der generell darauf hinzuweisen ist, dass sich einerseits deren Urheberschaft (insbesondere auch im Wege der Gesetzesmaterialien<sup>82</sup>) nicht eruieren lässt<sup>83</sup> und dass diese andererseits von der später auf der Homepage des Vertragsbüros des Europarates veröffentlichten nichtamtlichen deutschen Version<sup>84</sup> teilweise abweicht – die **gleiche rechtliche Verbindlichkeit** wie der authentischen englischen und französischen Fassung zu<sup>85</sup>.

In diesem Zusammenhang könnte zwar eingewendet werden, dass sich der dem in BGBl 210/1958 abgedruckten deutschen Text vorangestellte Klammersausdruck »Übersetzung« teleologisch auch dahin auslegen lasse, dass sich daraus insgesamt gleichsam eine Rangfolge derart ergeben soll, dass die englische und französische Fassung als einander wechselseitig gleichwertig und davon ausgehend beide als der deutschen Version jeweils übergeordnet anzusehen sind.

88

Dem wäre allerdings entgegenzuhalten, dass ein derart extensives, auf einem bloß formal-technischen Begriffswort fußendes Auslegungsergebnis wohl als überschießend zu qualifizieren ist, wenn und weil zugleich entsprechende ergänzend-materielle Hinweise fehlen.

Insgesamt betrachtet lässt sich allerdings nicht übersehen, dass durch diese Form der Kundmachung<sup>86</sup> eine gewisse **Antinomie** zur Anordnung des **Art 8 B-VG**<sup>87</sup> entstanden war, die (von für den vorliegenden Zusammenhang nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) seit dem Inkrafttreten des B-VG lautet:

89

»Die deutsche Sprache ist ... die Staatssprache der Republik.«

Solche und andere allfällige Widersprüchlichkeiten und Bedenken wurden aber jedenfalls durch das Bundesverfassungsgesetz BGBl 59/1964, »mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes ... über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden«, maßgebend entschärft, indem dessen Art II Z 7 festlegte:

90

»Die nachstehenden Staatsverträge und in Staatsverträgen enthaltenen Bestimmungen, die vom Nationalrat als verfassungsändernd behandelt und in Anwe-

82 Vgl 459 BlgNR 8. GP, 31 ff.

83 Es dürfte sich um eine wohl von der Bundesregierung (Bundeskanzleramt und/oder Außenministerium) erstellte Übersetzung handeln.

84 Auch deren Urheberschaft lässt sich nicht zuverlässig eruieren; sie deckt sich allerdings mit der von der Homepage des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte abrufbaren deutschen Übersetzung (vgl <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>> und <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>>).

85 Das BGBlG 1920 wurde in der Folge durch BGBl 660/1996 ersetzt. Dadurch, dass § 2 Abs 5 Z 1 BGBl 1996 anordnete, dass das Bundesgesetzblatt III (BGBl III) ua zur Verlautbarung von Staatsverträgen »einschließlich ihrer Übersetzung in die deutsche Sprache« bestimmt war (vgl nunmehr § 5 Abs 1 Z 1 BGBlG [BGBl I 100/2003 idGF BGBl I 14/2019]), ist insofern keine maßgebliche Änderung der Rechtslage eingetreten. Wenn daher allein unter Hinweis auf diese Wendung und ohne nähere Begründung die Auffassung vertreten wird, dass »die Beifügung einer Übersetzung ... nicht verbindlich« ist (vgl *R. Thienel*, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht [1. Lieferung, 1999], RN 31), wird damit die normative Wirkung des tatsächlich kundgemachten Textes verkannt.

86 Dies gilt ebenso hinsichtlich anderer Staatsverträge, die in gleicher Weise kundgemacht wurden (wie zB die Genfer Flüchtlingskonvention, BGBl 55/1955).

87 Nunmehr Art 8 Abs 1 B-VG.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

senheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen genehmigt worden sind, sind, obwohl sie weder im Beschluss des Nationalrates noch anlässlich ihrer Kundmachung im Bundesgesetzblatt ausdrücklich als verfassungsändernd bezeichnet wurden, gemäß Artikel 50 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 44 Absatz 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes ... genehmigt:

1. ...
7. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten samt Zusatzprotokoll, BGBl. Nr. 210/1958.
8. ...«

91 Dadurch wurde der EMRK – und sogar rückwirkend – **Verfassungsrang** zuerkannt, dh, ihr wurde im Hinblick auf Fragen der Kundmachung, der Rangordnung, des materiellen Verhältnisses zu innerstaatlichen Grundrechtsgewährleistungen, des Prüfungsmaßstabes etc jeweils der Status einer auf der obersten Stufe der Normenhierarchie stehenden lex-specialis-Regelung verliehen.

92 Aus dem Blickwinkel des Fehlerkalküls könnte die EMRK sohin seither schon von vornherein nur mehr insoweit **verfassungsrechtlichen Bedenken** begegnen, als sie im Widerspruch zu einem übergeordneten Grundprinzip der Verfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG stünde.

Von der minimalen Wahrscheinlichkeit einer derartigen Divergenz abgesehen erweist sich daher die nach Art 140a B-VG **systematisch bloß einstweilig derogatorische Wirkung faktisch als permanent**.

93 Angesichts dieses nachträglich modifizierten rechtlichen Hintergrundes hat daher auch der VfGH in seinem Grundsatzurkenntnis vom 14. Oktober 1965, G 28/64 (= VfSlg 5100/1965, S 620) ausgesprochen:

»Kraft Art. II des Bundesverfassungsgesetzes vom 4. März 1964, BGBl Nr 59, ... hat die Konvention Verfassungsrang, u. zw. – wie sich aus dem einleitenden Satz des genannten Art. II eindeutig ergibt – schon seit ihrer Zugehörigkeit zur österreichischen Rechtsordnung (3. September 1958<sup>88</sup>) und nicht erst seit der Kundmachung des Bundesverfassungsgesetzes BGBl Nr 59/1964 am 6. April 1964 ...

Der Verfassungsgerichtshof hat zur Klärung von Zweifelsfragen bei seiner Entscheidung von den authentischen Texten der Konvention, also von den in französischer und englischer Sprache im Bundesgesetzblatt kundgemachten Texten auszugehen (vgl. die Schlussklausel nach Art. 66 der Konvention). ...«

94 Neben diesen beiden ausdrücklichen Feststellungen, dass der EMRK einerseits ex tunc Verfassungsrang zukommt und andererseits – ohne nähere Begründung<sup>89</sup> – deren englische und französische Textierung nur zur Klärung von »Zweifelsfragen« heranzuziehen

88 Unpräzise; eigentlich (erst – s.o., RN 85): 25. September 1958.

89 Die sich auf Grund der vorangegangenen Ausführungen im Ergebnis allerdings als zutreffend erweist.

## SYSTEMATISCHE STRUKTUR UND AUSGESTALTUNG DER EMRK

sind, während, wie sich aus dem sonach gebotenen Umkehrschluss ergibt, gleichsam im **Regelfall** die im BGBl kundgemachte **deutsche Fassung maßgeblich** ist<sup>90</sup>, findet sich im weiteren Verlauf der Entscheidungsbegründung zudem auch ein (impliziter) Fingerzeig dahin, dass die EMRK zumindest teilweise – nämlich konkret im Hinblick auf die Gewährleistung eines fairen Verfahrens im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK – einen »**non-self-executing**«-Charakter aufweist.

Zugleich erfolgte mit der B-VG-Novelle 59/1964 aber auch ein grundlegender **verfassungsdogmatischer Paradigmenwechsel**: Denn im Wege von deren Art I Z 2 wurde eine Modifikation des Art 50 B-VG dahin vorgenommen, dass dem Nationalrat die Möglichkeit eingeräumt wurde, anlässlich der Genehmigung eines Staatsvertrages zudem zu beschließen, dass dieser durch die »Erlassung von Gesetzen zu erfüllen« ist.

95

Damit wandelte sich nicht nur die bis dahin als (gleichsam bloß untergeordnete) **Mitwirkungsbefugnis an einem Verwaltungsakt** anzusehende Kompetenz des Nationalrates in jenen Fällen, in denen von einem Erfüllungsvorbehalt gemäß Art 50 Abs 2 B-VG Gebrauch gemacht wird, in eine solche, die (zumindest) **materiell als Gesetzgebung zu qualifizieren** ist<sup>91</sup>; vielmehr muss die Institutionalisierung der Möglichkeit einer **speziellen Transformation**<sup>92</sup> zugleich auch als ein signifikanter Schritt in Richtung **Abkehr vom Monismus** (bzw hin zu dessen weitestgehender Beschränkung auf die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts iSd Art 9 B-VG) angesehen werden.

Diese Öffnung gegenüber dem **dualistischen Prinzip**, das von der je gesonderten Eigenständigkeit des Völkerrechts einerseits und des nationalen Rechts andererseits ausgeht, hat in der Folge vor allem dadurch weitergehende Dynamik erhalten, dass seitdem multilaterale Abkommen und das Recht von Internationalen Organisationen die zentrale völkerrechtliche Rechtsquelle bilden und solche Rechtsakte oftmals zumindest die Institutionalisierung bzw kompetenzrechtliche Betrauung von konkreten Organen zu ihrer effektiven innerstaatlichen Umsetzung – und somit häufig schon aus diesem Grund eines entsprechenden Erfüllungsvorbehaltes gemäß Art 50 Abs 2 B-VG – bedürfen.

96

**Zusammenfassend** lassen sich somit hinsichtlich der Einordnung der EMRK in das innerstaatliche System der österreichischen Rechtsordnung vor allem infolge der **Besonderheit**, dass diesbezüglich eine **authentischen Interpretation** durch den **Verfassungsgesetzgeber** selbst vorliegt, die folgenden wesentlichen und im Grunde kaum zweifelhaften Feststellungen treffen:

97

- ▷ Die EMRK wurde im Wege ihrer **generellen Transformation** sowie durch **Kundmachung** ihres Inhalts im Bundesgesetzblatt (BGBl 210/1958) in die österreichische Rechtsordnung inkorporiert; materiell reicht diese Verlautbarung dadurch über die

90 Eine solche Auffassung übersieht allerdings die Divergenz zwischen völkerrechtlicher und innerstaatlich-verfassungsrechtlicher Verbindlichkeit: der Umfang der Ersteren resultiert primär aus dem Vertragsdokument, der Umfang der Letzteren hingegen in erster Linie aus dem im BGBl verlautbarten Text.

91 Vgl *Th. Öhlinger/A. Müller*, in: K. Korinek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lieferung, 2018), RN 47 zu Art 50 B-VG.

92 Vgl *L.K. Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl (1971), 369.

## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNISS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

- völkerrechtlichen Obliegenheiten hinaus<sup>93</sup>, als ihr in Entsprechung zu Art 8 B-VG auch eine deutsche Übersetzung beigefügt ist.
- ▷ Angesichts dessen, dass die EMRK inhaltlich besehen teilweise auch einen »**non-self-executing**«-Charakter aufweist, wurde (und wird) jedoch die völkerrechtliche Verpflichtung allein durch deren Kundmachung mit BGBl 210/1958 noch nicht erfüllt – vielmehr bedurfte (und bedarf) es insoweit noch entsprechender zusätzlicher innerstaatlicher **Ausführungsgesetze**<sup>94</sup>.
  - ▷ Nicht nur der authentische englische und französische Text, sondern auch die in BGBl 210/1958 **kundgemachte** (nicht hingegen jene von der Homepage des Vertragsbüros des Europarates bzw von der Homepage des EGMR abrufbare) **deutsche Übersetzung** ist jeweils **gleichrangig normativ verbindlich** (was freilich nichts an der mittlerweile in Österreich durchgängig – und insbesondere auch von Höchstgerichten – gepflogenen Praxis, regelmäßig nur die deutsche Fassung heranzuziehen, ändert).
  - ▷ Die EMRK steht in vollem Umfang im Rang eines (**normalen**<sup>95</sup>) **Verfassungsgesetzes**; sie **derogiert** nicht nur einstweilig iSd Art 140a B-VG, sondern de facto **permanent** sämtlichen (generellen und individuellen) Akten innerstaatlichen Rechts und fungiert auch als **Prüfungsmaßstab** für diese (bzw geht sie **nationalen Grundrechtsgewährleistungen** als **lex specialis** vor, soweit solche nicht den Charakter einer **lex posterior** aufweisen<sup>96</sup>).
  - ▷ All dies gilt auch für **sämtliche späteren Zusatzprotokolle** zur EMRK<sup>97</sup>.

### C. Das horizontale Verhältnis zwischen EMRK und EGRC auf völkerrechtlicher Ebene

98

Wie sehr das Inkrafttreten der EGRC im Hinblick auf den **Individualrechtsschutz** eine **markante Zäsur** für den gesamteuropäischen Raum verkörperte, wird insbesondere schon daran deutlich, dass dieser Grundrechtskatalog – wie sich vor allem anhand Art 52 f EGRC zeigt – explizit auf der Konzeption basiert, dass dadurch die bis dahin gewährleisteten Garantien der EMRK nicht nur in keiner Weise geschmälert, sondern vielmehr sogar **maßgeblich erweitert** werden sollen.

93 Dies jedoch nicht im Sinne eines sog »gold plating« (freiwillige Übererfüllung), sondern gemäß dem Grundsatz der »doppelten Bedingtheit«, wonach jede spezielle Transformation sowohl dem höher-rangigen völkerrechtlichen als auch dem übergeordneten innerstaatlichen Recht entsprechen muss (vgl zB VfGH vom 16. Oktober 2004, G 35/04).

94 Wie beispielsweise die Institutionalisierung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verfassungsnovelle BGBl I 51/2012 zeigt.

95 Eine Volksabstimmung gemäß Art 44 Abs 3 B-VG (damals: Art 44 Abs 2 B-VG), die der EMRK sogar den Höchststrang eines Grundprinzips der Verfassung verliehen hätte, wurde im Zuge von deren Implementierung nicht durchgeführt.

96 So zB das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 Abs 1 DSG, BGBl I 65/1999 idGF BGBl I 14/2019.

97 Vgl zB zuletzt BGBl III 68/2021; die Kundmachungen der Zusatzprotokolle folgten bislang jeweils dem mit BGBl 210/1958 begonnenen Muster, dh es handelt sich stets um vom Nationalrat als verfassungsändernd genehmigte Staatsverträge, deren authentischen englischen und französischen Texten auch immer eine deutsche Übersetzung beigegeben wurde.

## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNIS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

- Zugleich wurde damit auch die Frage nach der **letztkompetenten Deutungshoheit** in Bezug auf diesen neu konzipierten Grundrechtsstandard virulent. Insoweit wird aus dem **Gutachten des EuGH 2/13** vom 18. Dezember 2014 deutlich, dass diese fortan nicht allein beim EGMR verbleiben soll, sondern der **EuGH** scheint – nachdem er diese Thematik bis dahin eher nur stiefmütterlich behandelt hatte – seither offensichtlich geneigt, sich insoweit als (wenn nicht sogar vorrangig, so) zumindest **gleichwertig** einbringen zu wollen. 99
- Als Grundlage dafür dient in erster Linie die allgemeine völkerrechtliche Konzeption des Primärrechts der Europäischen Union, wonach ein Staat **mit seinem EU-Beitritt zugleich dessen nationales Verfassungsrecht dahin modifiziert**, dass dem **Unionsrecht** (in Form des sog »acquis communautaire«<sup>98</sup>) in **allen Belangen** und zudem auch in **faktisch tatsächlich effektiver Weise stets der Vorrang** vor innerstaatlichem Recht zukommt<sup>99</sup>. 100
- Insoweit handelt es sich gleichsam um ein »**essentialium negotii**« des jeweiligen **bilateralen Beitrittsabkommens**.
- Davon ausgehend stellt es sohin gleichsam (keine »Regelungsnotwendigkeit« der EU, sondern) ausschließlich eine »**innere Angelegenheit**« des jeweiligen Mitgliedstaates dar, im Wege seiner nationalen (Gesetzgebungs- und Vollzugs-)Organe – und zwar nicht nur vorab, sondern **permanent** – zu klären, ob und inwieweit eine derartige **Preisgabe der Souveränität** mit innerstaatlichem Recht, vor allem mit den **verfassungsrechtlichen Grundprinzipien**, zu **harmonisieren** ist.
- Letztlich basiert die Rechtsfigur eines derartigen **Derogationsautomatismus** auf einer judikativen Anerkennung bzw. Institutionalisierung der systematischen Konzeption des Primates des Völkerrechts seitens des EuGH<sup>100</sup>. 101
- In deren Zuge hat der Gerichtshof im Interesse einer inhaltlich gleichförmigen Geltung des EU-Rechts in sämtlichen Mitgliedsstaaten auch früh das damit verbundene Begriffsverständnis dahin klargestellt, dass dieser »Vorrang« – zumindest aus unionsrechtlicher Sicht<sup>101</sup> – weder zur Nichtigkeit (ex tunc) noch zur Aufhebung (ex nunc), sondern lediglich zu einer (**vorübergehenden**) **Zurückdrängung** einer entgegenstehenden nationalen Norm (**bloß**) **in dem Umfang** führt, als eine solche **geboten** ist, um dem Unionsrecht eine (bloß) auf den **Anlassfall** beschränkte **effektive Geltung** zu verschaffen. 102
- Da hinsichtlich der **Determinierungsdichte** von Unionsrecht vor allem zwischen der unmittelbaren Maßgeblichkeit von **EU-Verordnungen** und der bloß indirekten Bindungswirkung von **EU-Richtlinien** zu differenzieren ist, steht der EGMR – gleichsam aus der **Außensicht**, die jedoch in der Praxis **für den einzelnen Grundrechtsträger** besonderes 103

98 Dazu zählt das gesamte Primär- und Sekundärrecht der EU.

99 Dem Primärrecht der EU ist somit (teilweise explizit, teilweise implizit) der Grundsatz des »**Primates des Völkerrechts**« (vgl dazu oben, RN 39, 43 u 65) inhärent.

100 Vgl grundlegend EuGH vom 5. März 1980, C-243/78 (Simmenthal).

101 Innerstaatlich wird eine als EU-widrig festgestellte Bestimmung meist auch formell aus dem Rechtsbestand eliminiert (vgl zB die BGBl-Novelle zu § 10 Abs 6a ApG).

## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNIS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

**Gewicht** aufweist<sup>102</sup> – diesbezüglich auf dem Standpunkt, dass er zwecks Gewährleistung der Anforderungen an ein faires Verfahren iSd Art 6 EMRK lediglich im Zuge der Implementierung von **Richtlinien** eine intensivere eigenständige (**»Fein«**-) **Kontrolle** durchzuführen hat. Demgegenüber besteht in Bezug auf **Verordnungen** ohnehin schon a priori eine strikte Bindung des Mitgliedstaates an EU-Recht und insoweit an eine Rechtsschutzkonzeption, hinsichtlich der – vor allem mit Blick auf die EGRC – (zumindest) grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass diese den Gewährleistungen der EMRK gleichwertig ist (sog **»Bosphorus«**-Vermutung); daher wird insoweit im Regelfall eine bloße **»Grobprüfung«** als ausreichend angesehen<sup>103</sup>.

- 104 Es kann wohl kein Zweifel daran bestehen, dass die sonach vorgenommene **Gleichstellung** der nach EMRK und EGRC jeweils eingerichteten **Rechtssysteme** schon angesichts der in letzterem Bereich **fehlenden Individualbeschwerdebefugnis** im Ergebnis wohl als **unvertretbar** qualifiziert werden muss<sup>104</sup>.
- 105 Zumindest einigermaßen verständlich erscheint dieser Standpunkt allerdings aus **rechtspolitischem Blickwinkel**, nämlich dann, wenn man den Aspekt berücksichtigt, dass der EGMR mit dieser Vorgangsweise offenbar eine Vorleistung im Zusammenhang mit der seinerzeit beabsichtigten (letztlich aber am vorerwähnten negativen EuGH-Gutachten<sup>105</sup> gescheiterten) Statusänderung der EU als Vertragspartnerin der EMRK, wie dies in Art 6 Abs 2 EUV explizit vorgesehen ist, erbringen wollte.
- 106 Dies ändert freilich nichts daran, dass in Bezug auf **Verordnungen** die **Beweislast** für das Nichtzutreffen dieser Vermutung im konkreten Anlassfall stets als **auf den Grundrechtsträger verschoben** anzusehen ist, während im Hinblick auf **Richtlinien**, hinsichtlich deren Umsetzung ein national-autonomer Spielraum besteht, die Behauptung des

102 Dies deshalb, weil dem Einzelnen eine Beschwerdeerhebung lediglich an den EGMR, nicht aber auch an den EuGH möglich ist; um eine Verletzung der EGRC, die für den EGMR keinen Prüfungsmaßstab bildet, effektiv geltend machen zu können, sind die Grundrechtsträger demgegenüber auf die – in der Praxis freilich selten anzutreffende (denn davon, dass dem EuGH im Sinne des von diesem propagierten Kooperationsgedankens tatsächlich jede Zweifelsfrage in Bezug auf die Unionsrechtskompatibilität von innerstaatlichem Recht gemäß Art 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorgelegt wird, kann keine Rede sein; im Übrigen trägt der EuGH dazu selbst seinen Teil bei, indem er die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Vorabentscheidungsersuchen in jüngster Zeit zunehmend restriktiver interpretiert) – Gewogenheit der innerstaatlichen Gerichte angewiesen.

103 Indem der Anwendungsbereich dieser Vermutung insbesondere dadurch erweitert wird, dass seitens des EGMR die Anforderungen an die Begründung, weshalb ein letztinstanzliches Gericht – obwohl diesbezüglich eine entsprechende Pflicht gemäß Art 267 AEUV besteht – keine Vorabentscheidung eingeholt hat, maßgeblich reduziert werden, resultiert insgesamt in der Praxis nahezu im Regelfall eine weitgehende Freistellung der Mitgliedstaaten von den Bindungen der EMRK (bzw der diesbezüglichen Kontrolle durch den EGMR) dann und insoweit, als diese sie bindendes Unionsrecht umsetzen. Implizit läuft dies auf die Akzeptanz eines prinzipiellen, nur durch ein Exzessverbot beschränkten Vorranges von ökonomischen gegenüber grundrechtlichen Interessen hinaus.

104 Dazu kommt, dass sich in der Praxis die innerstaatlichen Gerichte keineswegs bezüglich sämtlicher Zweifelsfragen hinsichtlich der Unionsrechtskompatibilität nationaler Normen den Mühen eines aufwändigen Vorabentscheidungsersuchens unterziehen; seine Judikaturlinie, dass die Nichtvorlage zur Vorabentscheidung eine Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter nach sich zieht (vgl zuletzt VfSlg 16988/2003), scheint der VfGH mittlerweile aufgegeben zu haben.

105 S.o., RN 99.



## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNIS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

Mitgliedstaates, insoweit zur Umsetzung von (grundrechtsbeeinträchtigenden) EU-Vorgaben verhalten gewesen zu sein, einer näheren Überprüfung durch den EGMR unterzogen wird, wobei (im Ergebnis eben **nur**) in dieser Konstellation den **Staat** die entsprechende **Nachweispflicht** trifft.

Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass dann, wenn und soweit der Vorrang des Unionsrechts auf Rechte gestützt werden kann, die in der **EGRC** – die wiederum der EMRK nicht nur gleichwertig ist, sondern deren Schutzbereich vielfach ausdehnt – gewährleistet sind, der Sachverhalt des Anlassfalles – im **Unterschied** zu Konstellationen einer Heranziehung unionsrechtlicher **Grundfreiheiten** – **nicht zwingend** auch einen **Auslandsbezug** aufweisen muss<sup>106</sup>.

Aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist abzuleiten, dass der Vorrang des Unionsrechts **prinzipiell absolut** gilt; spärliche Ausnahmen bestehen nur in außergewöhnlichen Sonderkonstellationen, nämlich etwa dann, wenn eine Vorrangwirkung des Unionsrechts dazu führen würde, dass dessen Intention dadurch letztlich vergleichsweise noch stärker beeinträchtigt erscheint als ohne diesen formalen Derogationseffekt<sup>107</sup>.

Demgegenüber gehen allerdings (Grenz-)Organe mancher Mitgliedstaaten – beharrlich insoweit vor allem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) der BRD<sup>108</sup> – von einem **bloß relativen Vorrang des Unionsrechts** aus, der zumindest an einem sog »**integrationsfesten Verfassungskern**« seine Grenze findet.

Diesen Standpunkt bekräftigend hat das BVerfG etwa in seiner Entscheidung vom 5. Mai 2020, 2 BvR 859/15<sup>109</sup>, als Quintessenz festgestellt, dass das den ausufernden Anleihenkauf der Europäischen Zentralbank pardonierende Urteil des EuGH vom 11. Dezember 2018, C-439/17, im Ergebnis als eine »qualifizierte Kompetenzüberschreitung« bzw ein »schlechterdings nicht mehr nachvollziehbarer ultra-vires«-Akt zu qualifizieren und somit als nicht bindend anzusehen ist. Dies bedeutet, dass das genannte EuGH-Urteil – um einen ansonsten bewirkten Eingriff in die Verfassungsidentität der BRD zu vermeiden – von sämtlichen **deutschen Vollzugsorganen** nicht beachtet werden darf.

106 Vgl grundlegend EuGH vom 26. Februar 2013, C-617/10 (insbesondere RN 17); allerdings ist zu beachten, dass die Frage, ob eine Regelung des nationalen Rechts mit den Anforderungen der EGRC vereinbar ist, vom EuGH nur dann beurteilt werden kann, wenn das nationale Gericht nicht bloß innerstaatliches Recht, sondern – abgesehen von der EGRC – auch noch sonstige Rechtsvorschriften (va Verordnungen und/oder Richtlinien der EU) anzuwenden bzw iSd Art 51 Abs 1 EGRC »durchzuführen« hat (vgl dazu beispielsweise auch EuGH vom 13. Juni 2017, C-258/14, RN 44, vom 19. November 2019, C-609/17, RN 42, und vom 25. Februar 2021, C-378/20, RN 28).

107 Vgl zB EuGH vom 28. Juli 2016, C-379/15 (Association France Nature Environment).

108 Vgl aber zB auch »Tschechische Höchststrichter düpieren den EuGH – Das Verfassungsgericht in Tschechien hat ein EuGH-Urteil, mit dem es nicht übereinstimmt, für unanwendbar erklärt« (Der Standard v 18.09.2012); in gleicher Weise entschied auch einmal der Oberste Gerichtshof Dänemarks (06.12.2016, 15/2014; siehe dazu <<https://verfassungsblog.de/legal-disintegration-the-ruling-of-the-danish-supreme-court-in-ajos/>>). Ebenso kümmert es die EU-Instanzen auch wenig, dass etwa das Glücksspielmonopol und der Gebietsschutz für Apotheken trotz jeweils offensichtlichen Widerspruchs zum Unionsrecht von den österreichischen Höchstgerichten weiterhin nicht angetastet werden.

109 Vgl A. Grof, BVerfG widerspricht EuGH: EZB-Anleihekäufe in der BRD ohne Rechtswirkung, *ecolex* 2020, 656; S. Storr, Von der Kooperation zur Konfrontation: Das PSPP-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020, *JRP* 2020, 65.

## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNISS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

110 Wenngleich es aus **rechtssystematischem Blickwinkel** als zielführender erscheint, dem Vorrang des Unionsrechts **absolute Natur** zuzuerkennen und zugleich zu akzeptieren, dass die **Letztkompetenz** zur verbindlichen Ausgestaltung (Interpretation) dieses Problembereiches ausschließlich dem **EuGH** zuzubilligen ist<sup>110</sup>, vermag diese Einsicht in der **Praxis** freilich nicht zu verhindern, dass diesbezüglich **anhaltende Meinungsdivergenzen** im **Extremfall** sogar – wie sich am Beispiel **Großbritanniens** gezeigt hat – zu einem **Austritt aus der EU** führen<sup>111</sup>.

111 Erhebliche Praxisprobleme können sich weiters auch daraus ergeben, dass **Spannungsverhältnisse** zwischen nationalem Recht und Unionsrecht nach ständiger Rechtsprechung des **EuGH** **vorrangig** von den **mitgliedstaatlichen Vollzugsorganen** zu klären sind und diese insoweit jeweils **autonom** vorzugehen haben.

Dies bedeutet, dass beispielsweise ein erstinstanzliches Gericht die Frage der Unionsrechtskompatibilität einer innerstaatlichen Norm im konkreten Anlassfall eigenständig und **ohne Bindung** an die diesbezügliche Rechtsmeinung anderer – allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter – nationaler Gerichte beurteilen muss<sup>112</sup> und davon ausgehend allein auf dieser eigenständigen Rechtsmeinung basierend zu entscheiden hat.

112 Da dieses Autonomieprinzip aber selbst im Zuge der Sondererscheinungsform von sog »**Serienfällen**« – also einer stets analog wiederkehrende Abfolge von Beschwerdeverfahren – zum Tragen kommt<sup>113</sup>, erhebt sich insoweit speziell die Frage, wie das instanzmäßig untergeordnete Gericht seiner Rechtsansicht auf Dauer gesehen tatsächlich und effektiv zum Durchbruch verhelfen können soll, wenn die oberinstanzliche Institution insoweit eine entgegengesetzte Auffassung vertritt.

Während eine solche Konstellation vor dem Hintergrund einer **gleichsam »normalen Konzeption«** derart, dass auch das übergeordnete Gericht mit voller Kognitionsbefug-

110 Vgl *A. Grof*, Anleihenkauf und Nullzinspolitik als »ultra-vires«-Akt der EZB?, SPWR 2020, 327 ff; bedauerlicherweise hat der **EuGH** die Gelegenheit verabsäumt, diese Problematik im Beschluss vom **20. Jänner 2021, C-293/20**, mit der gebotenen Deutlichkeit klarzustellen; insoweit dürfte allerdings die auf eine vorgeblich mangelhafte Erfüllung von Prozessvoraussetzungen (vgl dazu die Wiedergabe des entsprechenden Vorabentscheidungsersuchens des LVwG OÖ bei *A. Grof*, Neuralgische Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, SPWR 2020, 458 ff) gestützte Zurückweisung des Vorlageantrages wohl bloß als Vorwand dafür gedient haben, diesen rechtspolitisch (va mit dem deutschen BVerfG) hart umkämpften Fragenkomplex jedenfalls nicht anhand der gemeinhin verpönten Materie »Glücksspiel« entscheiden zu müssen bzw wollen.

111 Im Kern hat der sog »Brexit« seine Ursache zweifellos in der ablehnenden Haltung, die England in den letzten Jahrzehnten dem **EuGH** permanent entgegengebracht hat; vgl zB *J.A. Kämmerer/H.-B. Schäfer*, Der Brexit zwischen britischem Autonomiestreben und Handelsgewinnen, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2020, 856 ff (auch downloadbar unter: <<https://www.wirtschaftsdienst.eu/inhalt/jahr/2020/heft/11/beitrag/der-brexit-zwischen-britischem-autonomiestreben-und-handelsgewinnen.html>>).

112 Vgl in diesem Sinne speziell zu Österreich zB **EuGH** vom 15.10.2015, C-581/14, und vom 07.06.2018, C-589/16, jeweils mit weiteren Hinweisen.

113 So etwa zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des österreichischen Glücksspielmonopols (vgl dazu jüngst etwa LVwG OÖ vom 17. November 2020, LVwG-413736) und der apothekenrechtlichen Bedarfsprüfung (vgl zB LVwG OÖ vom 21. Oktober 2019, LVwG-050013).

## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNIS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

nis<sup>114</sup> ausgestattet ist und von einer solchen Basis ausgehend eine eigenständige reformatorische Entscheidung trifft, keine substantiellen Probleme bereitet, bedeutet sie für ein **Kassationssystem**, dass in präsuntiven Beschwerdeverfahren stets eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung in Kombination mit einer Bindung an die obergerichtliche Rechtsmeinung für das fortgesetzte Verfahren zu gewärtigen ist.

Auf den Punkt gebracht kann die Lösung dieser Problematik im letzteren Fall weder in der Schaffung und Akzeptanz eines quasi »**infiniten Kreislaufs**« zwischen divergierenden unter- und oberinstanzlichen Entscheidungen noch in der zuvor angesprochenen Annahme einer **bloßen Relativität des Vorranges** des Unionsrechts (im Sinne eines »**integrationsfesten Verfassungskerns**«) bestehen – zumindest, solange der EuGH (dem insoweit aus rechtssystematischem Blickwinkel die Letztkompetenz zukommt) diesbezüglich nicht explizit Stellung bezogen hat.

113

Vielmehr bleibt wohl nur die Möglichkeit, dass eine im fortgesetzten Verfahren ergangene unterinstanzliche Entscheidung, die nicht (mehr) gegen nationales Recht verstößt, von den übergeordneten Gerichten nicht (mehr) mit der Begründung aufgehoben werden kann, dass Letztere hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität der präjudiziellen innerstaatlichen Normen eine abweichende Meinung vertreten. Eine solcherart begründete Kassation müsste diese vielmehr als einen kompetenzüberschreitenden »**ultra-vires**«-Akt erscheinen lassen, bzw anders formuliert: Aus **rechtsdogmatischer Sicht** liegt die Lösung somit darin, dass im Zuge eines Rechtsbehelfes gegen eine im fortgesetzten Verfahren<sup>115</sup> ergangene »Ersatz«-Entscheidung eines VwG die Frage der Unionsrechtskompatibilität einer nationalen Rechtsvorschrift **keinen tauglichen Beschwerdegrund** mehr bilden kann bzw eine alleine mit dieser Rechtsverletzungsbehauptung erhobene Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG bzw (Amts-)Revision gemäß Art 133 B-VG **zurückgewiesen werden müsste**.

114 Hingegen vermag selbst eine reformatorische Entscheidung keine Konventionskonformität herzustellen, wenn die Kognitionsbefugnis materiell – zB auf Grundrechtsverletzungen (VfGH) oder auf die Klärung von bloß grundsätzlichen Rechtsfragen (VwGH) – eingeschränkt ist. Zum Kriterium der nach Art 6 Abs 1 EMRK geforderten »vollen Kognitionsbefugnis« (»full jurisdiction«) vgl allgemein EGMR vom 9. März 2021, 76521/12, RN 103, mwN.

115 Schwieriger erweist sich eine Argumentation dahin, ob bzw weshalb eine Revision, die ausschließlich damit begründet wurde, dass das VwG die Frage der Unionsrechtskompatibilität einer nationalen Norm unzutreffend beurteilt hat, nicht in gleicher Weise als unzulässig zurückgewiesen werden muss. Diesbezüglich lässt sich jedoch ins Treffen führen, dass die Judikatur des EuGH, wonach eine solche Problematik von jedem Gericht autonom zu entscheiden ist, offensichtlich die Einrichtung eines innerstaatlichen Instanzenzuges nicht ausschließt. Erfolgt eine solche tatsächlich, so ist mit dieser aber auch die Möglichkeit inkludiert, dass ein Mitgliedstaat die übergeordnete Instanz(en) mit umfassender (oder dieser zumindest nahekommender) Kognitionsbefugnis ausstatten kann. Damit ist wiederum verbunden, dass solcherart der Oberinstanz die Befassung mit bzw die richtungsweisende Klärung dieser Frage ermöglicht wird (bzw abstrakt formuliert kann sich das der EuGH-Judikatur zu Grunde liegende Problem einer jeweils autonomen Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität von nationalen Bestimmungen überhaupt nur und erst dann stellen, wenn die faktischen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass hierüber mindestens zwei Gerichte [in über- oder parallelgeordneter Form] entscheiden können). Dass im fortgesetzten Verfahren das VwG der Rechtsansicht der Oberinstanz hinsichtlich der Auslegung der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Unionsrecht nicht folgt, ist vor diesem Hintergrund somit als (va praktischer, aber auch rechtsdogmatischer) Ausnahmefall anzusehen.

## DAS HORIZONTALE VERHÄLTNIS ZWISCHEN EMRK UND EGRC

Da dies allerdings von den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts de facto nicht in dieser Weise gehandhabt wird, bleibt daher nur der Ausweg, den **Vorrang des Unionsrechts** mit der Begründung zu ignorieren, dass ein andernfalls letztlich resultierender, gleichsam »endloser« Kreislauf mit der **nationalen Verfassungsidentität**, konkret: dem innerstaatlich-verfassungsrechtlichen **Rechtsstaatsprinzip** nicht (mehr) vereinbar wäre<sup>116</sup>.

- 114 In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der EuGH mit Beschluss vom 20. Jänner 2021, C-293/20, die **Lösung** der Frage, ob dem **Unionsrecht tatsächlich und unter allen Umständen ein absoluter Vorrang** einzuräumen ist, vorerst **offensichtlich bewusst** (nämlich unter Rückzug darauf, dass das Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ die nach der EuGH-VerfO geforderten Prozessvoraussetzungen nicht erfüllen würde) **vermieden** hat.

Demnach ist also bei national-internen Meinungsdivergenzen in Bezug auf die Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht weiterhin jedes mitgliedstaatliche Organ genötigt, für sich selbst einen **in der Alltagspraxis auch tatsächlich gangbaren (Aus-)Weg** zur Bewältigung des vom EuGH geschaffenen Dilemmas zwischen »absolutem Vorrang des Unionsrechts« einerseits und »einzelfallbezogen-autonomer Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität« zu finden<sup>117</sup>.

- 115 Ungeachtet dessen lässt sich gleichsam als Sukkus für das **horizontale Verhältnis** zwischen **EMRK** und **EGRC** resümierend festhalten:

- ▷ In beiden Fällen handelt es sich jeweils um **völkerrechtliche Verträge**, die aus dem Blickwinkel des Systems des **Stufenbaus** der Rechtsordnung als – auf völkerrechtlicher Ebene – **wechselseitig gleichrangig** zu qualifizieren sind.
- ▷ Soweit es **identische** Mitgliedstaaten und deren Bürger betrifft, geht damit prinzipiell ein Anspruch auf **reziproke Widerspruchsfreiheit** einher, wie dies auch in Art 52 f EGRC explizit zum Ausdruck kommt. Wenig förderlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Befugnis zu deren **verbindlicher Auslegung** in organisatorischer Hinsicht nicht in den Händen bloß einer gerichtsförmigen Instanz konzentriert, sondern derart zwischen dem EGMR und dem EuGH **aufgeteilt** ist, dass ersterem in Bezug auf die EMRK die Letztkompetenz zu deren Interpretation zukommt, während er hierzu die EGRC lediglich im Sinne einer Auslegungsrichtlinie heranziehen kann; analog verfügt der EuGH über die Letztkompetenz zur Interpretation der EGRC, wobei in diesem Rahmen wiederum die EMRK nur die Funktion einer Leitlinie einnimmt<sup>118</sup>.

116 So nunmehr LVwG OÖ, beginnend mit dem Erkenntnis v 15. 11. 2017, LVwG-410600; dieser Weg ist vom VwGH (vgl zB vom 26.04.2017, Ra 2017/17/0201) bislang als »zulässige Alternativbegründung« akzeptiert worden. Freilich darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass eine ausufernde Inanspruchnahme dieser Konstruktion in simultaner Weise auch zu einer entsprechenden Ineffektivität des Unionsrechts führt – ein Problem, das die EU seit Anbeginn permanent begleitet (vgl zB *F.C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung [2000] 172).

117 Vgl daher in diesem Sinne statt vieler zB LVwG OÖ vom 17.02.2021, LVwG-413731.

118 Vgl jüngst EuGH vom 02.02.2021, C-481/19, RN 36.

## DIE EGRC IM SYSTEM DES NATIONALEN RECHTS

Auf welcher Ebene die EMRK und die EGRC in dem aus nationalrechtlicher Sicht maßgeblichen Stufenbau der Rechtsordnung rangieren, ist demgegenüber jeweils anhand der entsprechenden innerstaatlichen Verfassungsnormen (die insoweit freilich mit den völkerrechtlichen Vorgaben entsprechend harmonieren sollen) zu beurteilen. 116

#### D. Die EGRC im System des nationalen Rechts

Die vorstehend zur EMRK angestellten Überlegungen lassen sich infolge deren identischer Rechtsnatur als multilateraler völkerrechtlicher Vertrag grundsätzlich auch auf die EGRC übertragen. 117

Allerdings sind in diesem Zusammenhang aus dem Blickwinkel des österreichischen Verfassungsrechts vornehmlich die nachfolgend dargestellten **strukturellen Besonderheiten** zu beachten.

##### 1. Kein formeller Verfassungsrang

Im Hinblick auf die in Art 144 Abs 1 B-VG festgelegte Formulierung kommt aus der Sicht des Normadressaten dem Umstand vorrangige Bedeutung zu, ob ihm eine subjektiv eingeräumte Berechtigung bloß durch einfaches Gesetz oder auf verfassungsgesetzlicher Basis gewährleistet ist. Denn nur im letzteren Fall besteht die Möglichkeit einer Beschwerdeerhebung an den VfGH, die dessen diesbezüglich umfassende Prüfungsbefugnis auslöst, während im Übrigen gegen die Entscheidung eines VwG nur mehr im Wege einer **doppelt eingeschränkten** Rechtsmittelbefugnis vorgegangen werden kann: Im Revisionsverfahren ist nämlich die Kontrollbefugnis des VwGH vorweg durch die geltend gemachten »**Revisionspunkte**« iSd § 28 Abs 1 Z 4 VwGG limitiert, wobei diese – bei sonstiger a-limine-Unzulässigkeit der Revision – jeweils die Klärung von **grundsätzlichen Rechtsfragen** iSd Art 133 Abs 4 B-VG intendieren müssen, die wiederum – wie aus Art 133 Abs 5 B-VG hervorgeht – **keine Grundrechtsprobleme** zum Gegenstand haben dürfen<sup>119</sup>. 118

Hinsichtlich der Frage, ob solcherart »verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte« vorliegen, stellt(e) der VfGH in traditioneller Judikatur nicht auf materielle Kriterien, sondern auf den formellen Aspekt des Zustandekommens im Wege des Art 44 Abs 1 B-VG sowie auf eine dementsprechende Bezeichnung ab<sup>120</sup>. 119

An diesem Kriterium gemessen ist zu konstatieren, dass dem Grundrechtskatalog der EGRC nicht die Qualität von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten zukommt. 120

Denn insoweit handelt es sich um einen nicht in staatliches Recht transformierten und sohin **ausschließlich völkerrechtlichen** Rechtsakt, im Besonderen um eine durch den

<sup>119</sup> Vgl näher unten, RN 175.

<sup>120</sup> S aber zB VfGH v 21.02.2014, U 152/2013: Verletzung im »verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht ... gem Art 47 EGRC« (uHa 14.03.2012, U 466/11).

## DIE EGRC IM SYSTEM DES NATIONALEN RECHTS

Vertrag von Lissabon im Jahr 2007 vorgenommene Ergänzung bzw nähere Konkretisierung des Primärrechts der Europäischen Union (va des AEUV).

Davon ausgehend beansprucht die EGRC somit **aus völkerrechtlichem Blickwinkel** in den einzelnen Mitgliedstaaten nach dem **spezifisch unionsrechtlichen Prinzip des Vorranges des Unionsrechts**<sup>121</sup> rechtliche Verbindlichkeit und tatsächliche Wirksamkeit (zumal sich Österreich diesbezüglich – anders als seinerzeit etwa Polen und Großbritannien – keinen Sonderstatus ausbedungen hat).

Gleiches würde sich allerdings – wie gezeigt<sup>122</sup> – auch aus **generell-völkervertragsrechtlichen Prinzipien** der WrVK ergeben, sodass im Ergebnis eine **parallel-doppelte Verpflichtung** Österreichs auf **Völkerrechtsebene** besteht (die allerdings gleichsam nur »einbeinig«, nämlich auf der »EU-Schiene« [durch den EuGH], in rechtlich durchsetzbarer Form abgesichert ist, während sie im Übrigen eine bloß rechtspolitische Ausstrahlungswirkungen nach sich ziehende *lex imperfecta* verkörpert).

Um diesem Grundsatz gerecht zu werden, dh ihr aus dem **Blickwinkel des innerstaatlichen Rechts** effektive Geltung zu verschaffen, **reicht** es jedoch vielfach hin, der EGRC bloß **einfachgesetzlichen Rang** beizumessen. Dies derart, dass die EGRC in einem konkreten Anlassfall als **lex specialis** das ihr entgegenstehende nationale Gesetz – allerdings gleichsam nur »interimistisch-punktuell«, nämlich bloß konkret-fallbezogen – zurückdrängt.

Da ein nationales Gericht eine solche Vorrangwirkung jeweils autonom zu beurteilen und festzustellen hat, führt dies gesamthaft betrachtet allerdings zu einer erheblichen **Rechtsunsicherheit**.

- 121 Wohl nicht zuletzt aus diesem Grund hat der VfGH im Wege einer Leitentscheidung vom 14. März 2012, U 466/11, seine (im Prinzip nach wie vor) ausschließlich an formellen Kriterien orientierte **Judikatur** speziell in Bezug auf die EGRC insoweit **modifiziert**, als die mit der EGRC gewährleisteten Rechte zumindest insoweit, als diese ein **materielles Äquivalent** in der österreichischen Verfassung – wozu va auch die EMRK zählt – aufweisen, seither in gleicher Weise als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gemäß Art 144 Abs 1 B-VG geltend gemacht werden können.
- 122 Funktionell hat der VfGH dadurch auch der Sache nach den insoweit (bislang **noch immer**) **ausständigen gesetzgeberischen Parallelakt** zu der seinerzeit mit BGBl 59/1964 vorgenommenen formellen Hebung der EMRK in den Verfassungsrang **substituiert**.
- 123 Unter einem mag auch beabsichtigt gewesen sein, dem **VwGH** – zwecks Vermeidung von Parallelitäten und oberstgerichtlichen Rechtsprechungsdivergenzen – die (innerstaatliche) **Letztkompetenz** zur Auslegung der EGRC<sup>123</sup> zu **entziehen**<sup>124</sup>: Denn nach Art 133

121 Das diesbezüglich im Hinblick auf Polen und das Vereinigte Königreich im Umfang des Protokolls Nr. 30 zum AEUV als entsprechend eingeschränkt anzusehen ist.

122 Siehe oben, RN 80.

123 Aus rechtspolitischem Blickwinkel hat sich der VwGH – gesamthaft betrachtet – im Verlauf seiner bisherigen Tätigkeit **vorrangig** auf verfahrensrechtliche Fragen konzentriert, sodass die Lösung von materiell-, insbesondere verfassungsrechtlichen Problemen im Hintergrund geblieben ist.

## DIE EGRC IM SYSTEM DES NATIONALEN RECHTS

Abs 5 B-VG sind von der Zuständigkeit des VwGH solche Angelegenheiten schon kategorisch ausgenommen, die vom VfGH zu erledigen sind – und hierzu zählt eben schon seit jeher die Beschwerdeführung gegen (früher behördliche, nunmehr verwaltungsgerichtliche) Entscheidungen mit der Behauptung, dadurch in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden zu sein.

Im Lichte der bereits zuvor angesprochenen ständigen Judikatur des EuGH, wonach die Unionsrechtskompatibilität von nationalem Recht von jedem innerstaatlichen Gericht autonom zu beurteilen ist, würde sich allerdings eine derartige Auslegung des hier in Rede stehenden Leiterkenntnisses des VfGH als **unionsrechtswidrig** (und insoweit als ein »**ultra-vires**«-Akt) erweisen. Somit wäre aber der VwGH auch nicht gehalten, sich an diese VfGH-Entscheidung gebunden zu erachten, sodass eine Revision, mit der als grundsätzliche Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG ausschließlich eine Verletzung in einem nach der EGRC gewährleisteten subjektiven Recht geltend gemacht wird, nicht wegen schon a priori gegebener Unzuständigkeit gemäß Art 133 Abs 5 B-VG zurückgewiesen werden kann<sup>125</sup>.

## 2. Autonome Beurteilung und Ausschluss einer nationalen Letztkompetenz

Indem die **EGRC** einen **Teil des Primärrechts der EU** bildet, sind somit hinsichtlich deren verbindlicher Handhabung und Auslegung die dementsprechenden **allgemeinen Grundsätze** in gleicher Weise maßgeblich. 124

Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies zunächst, dass der EGRC prinzipiell ein **effektiver Vorrang** vor entgegenstehendem innerstaatlichem Recht einzuräumen ist, wobei die Frage der Unionsrechtskompatibilität von jedem nationalen Gericht **autonom**, dh insbesondere ohne Bindung an eine abweichende Auffassung eines anderen nationalen – gegebenenfalls auch im Instanzenzug übergeordneten – Gerichts, beurteilt werden muss<sup>126</sup>. 125

Angesichts dessen würde sich somit eine innerstaatliche Regelung, die einem nationalen Gericht eine – wenngleich hinsichtlich ihrer Wirksamkeit bloß auf das Staatsgebiet beschränkte – **Letztkompetenz** zu einer **verbindlichen Auslegung** des Unionsrechts und/oder zur **bindenden Entscheidung** hinsichtlich der Unionsrechtskompatibilität einer innerstaatlichen Regelung einräumt, ihrerseits als **unionsrechtswidrig** erweisen. 126

124 Eine ähnliche – nämlich auf eine entsprechende Machtarrogation in Bezug auf EU-Recht hinauslaufende – Grundhaltung konnte bereits beim sog »Staatshaftungserkenntnis« (vgl VfGH vom 07.10.2003, A 11/01 – dort zu Lasten des OGH) beobachtet werden.

125 Vgl in diesem Sinne VwGH vom 8. August 2018, Ra 2018/10/0076.

126 Im Übrigen darf einerseits ein unterinstanzliches Gericht weder rechtlich noch faktisch daran gehindert werden, ein von ihm als erforderlich erachtetes Vorabentscheidungsersuchen einzuholen (vgl zB EuGH vom 26. März 2020, C-558/18, mwN); andererseits ist aber auch ein übergeordnetes Gericht nicht verpflichtet, dann, wenn ein solches Verfahren bereits anhängig ist, in einem analogen Fall ebenfalls ein Vorabentscheidungsersuchen einzubringen oder die Entscheidung des EuGH über jenes abzuwarten (vgl zB EuGH vom 9. September 2015, C-72/14).

## DIE EGRC IM SYSTEM DES NATIONALEN RECHTS

Dies bedeutet, dass eine solche Bestimmung schon von vornherein von keinem nationalen Gericht angewendet werden dürfte.

### 3. Vorlage zur Vorabentscheidung (Gerichtskooperation) anstelle eines Individualbeschwerdesystems

- 127 Während Art 34 EMRK vorsieht, dass der EGMR – wenngleich nur bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen (vgl Art 35 EMRK), so doch prinzipiell – von jeder Person in Form einer **Individualbeschwerde** angerufen werden kann, beruht aus dem Blickwinkel des Einzelnen die Effektivität der EGRC auf einer grundlegend andersartigen systematischen Konzeption:
- 128 Nach dem vom EuGH insoweit als »**wechselseitige Kooperation**« propagierten Modell<sup>127</sup> obliegt es im Regelfall – nämlich dann und insoweit, als die Frage der Anwendbarkeit der EGRC und deren diesbezüglichen materiellen Gehalts keinem Zweifel unterliegt (sog »**acte-clair**«-Doktrin)<sup>128</sup> – **vorrangig** den **innerstaatlichen Gerichten**, den Gewährleistungen der EGRC effektiv zum Durchbruch zu verhelfen<sup>129</sup>.
- 129 Lediglich dann, wenn sich insoweit Unklarheiten ergeben, ist ein **Vorabentscheidungsverfahren** gemäß Art 267 AEUV zu initiieren. Prozessual kann ein solches allerdings **nur** seitens eines **innerstaatlichen Gerichts** in Gang gesetzt werden; außerdem dient dieses dem ausschließlichen Zweck (bzw ist es darauf beschränkt), dem **EuGH** die **Klärung** der im Anlassfall aufgeworfenen **unionsrechtlichen Problematik** zu ermöglichen, nicht hingegen auch dazu, innerstaatliches Recht verbindlich auszulegen. Deshalb kann die Frage, ob eine Regelung des nationalen Rechts mit den Anforderungen der EGRC vereinbar ist, vom EuGH nur dann beurteilt werden, wenn das nationale Gericht nicht bloß innerstaatliches Recht, sondern – abgesehen von der EGRC – auch noch sonstige Rechtsvorschriften (va Verordnungen und/oder Richtlinien der EU) anzuwenden bzw iSd Art 51 Abs 1 EGRC »durchzuführen« hat<sup>130</sup>.
- 130 Freilich kommt dem **EuGH** auf diese Weise (nicht nur) **faktisch** (sondern auch **formal**, weil die Entscheidungen des Gerichtshofs einen integrierenden Bestandteil des »**acquis communautaire**«<sup>131</sup> der EU bilden) die **Letztkompetenz zur Auslegung des Unionsrechts** – und damit einer ranghöchsten Rechtsquelle im Stufenbau der Rechtsordnung – zu.
- 131 Obgleich sich die diesbezügliche Praxisbedeutung als wesentlich geringer darstellt, ist vor allem aus Gründen der systematischen Vollständigkeit darauf hinzuweisen, dass dem **EFTA-Gerichtshof** – mit Wirkung für einen **Teil der EFTA-Staaten** (nämlich Island,

127 Angemerkt sei, dass diesem Ideal von vornherein der jedem System bzw jeder Organisation immanente Hang zur weitest möglichen Wahrung seiner eigenen Kompetenzsphäre zuwiderläuft.

128 Vgl grundlegend EuGH vom 16. Oktober 1982, C-283/81, RN 21.

129 Vgl zB EuGH vom 16. Oktober 2019, C-490/18, RN 20 ff, mwN.

130 Vgl EuGH vom 26. Februar 2013, C-617/10, RN 17, und dazu oben, FN 106.

131 Dieser »gemeinsame Besitzstand« des Unionsrechts, der sich inhaltlich ständig weiterentwickelt, muss nicht nur von jedem aktuellen Mitgliedstaat, sondern auch von jedem neu beitretenden EU-Mitglied (übernommen und) im Sinne einer permanent-effektiven Vorrangwirkung beachtet werden.



## STUFENBAUSYSTEM UNTER EINBEZIEHUNG DES VÖLKERRECHTS

Liechtenstein und Norwegen<sup>132</sup>) – in Bezug auf die Auslegung des **EWR-Abkommens** dieselbe Funktion zukommt wie insoweit dem EuGH hinsichtlich der EU-Mitgliedsländer.

Da jedoch im Besonderen die EGRC (zwar zum Primärrecht der EU zählt, jedoch) **keinen Bestandteil des EWR-Rechts** bildet und das **EWR-Abkommen** selbst auch sonst **keine Grundrechtsgewährleistungen** aufweist, braucht daher in Bezug auf diesen Themenbereich der Rechtsprechung des EFTA-GH keine vorrangige Beachtung beigemessen werden.

### E. Stufenbausystem unter Einbeziehung des Völkerrechts

Erweitert man nun vor diesem Hintergrund das zuvor dargestellte »vereinfachte Stufenbaummodell« unter – aus dem Blickwinkel des liberalen Grundprinzips vorrangig gebotener – Einbeziehung der EMRK und der EGRC, so unterscheidet sich dieses insbesondere auf den obersten Rängebenen jeweils danach, ob man gleichsam einen extern-völkerrechtlichen oder einen intern-verfassungsrechtlichen Zugang wählt. 132

#### 1. Völkerrechtlicher, insbesondere vertragsvölkerrechtlicher Blickwinkel: Primat des Völkerrechts

In Entsprechung zum allgemeinen völkerrechtlichen, insbesondere aber auch zum vertragsvölkerrechtlichen Rechtsgrundsatz »**pacta sunt servanda**« sind die Mitgliedstaaten eines internationalen Abkommens dazu verhalten, ihre daraus resultierenden rechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen<sup>133</sup>. 133

Im Zusammenhang damit, dass den **Entscheidungen der supranationalen Spruchkörper** insoweit bloß **feststellender Charakter** zukommt, als durch diese ein konventionswidriger innerstaatlicher Akt nicht unmittelbar eliminiert wird, bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten ihre nationale Rechtsordnung jeweils derart auszugestalten haben, dass in dem ihrer Direktionsbefugnis unterstehenden Hoheitsgebiet die europarechtlich gewährleisteten Garantien auch tatsächlich und effektiv zum Tragen kommen<sup>134</sup>. 134

Derartiges lässt sich beispielsweise – wie etwa in Österreich – dadurch erreichen, dass der völkerrechtliche Vertrag entweder explizit – wie die EMRK – oder implizit, nämlich – wie die EGRC – zufolge der EU-rechtlich festgelegten Vorrangwirkung **unmittelbar** in die Kategorie der stufenbaumäßig höchstrangigen Normen eingereiht werden. 135

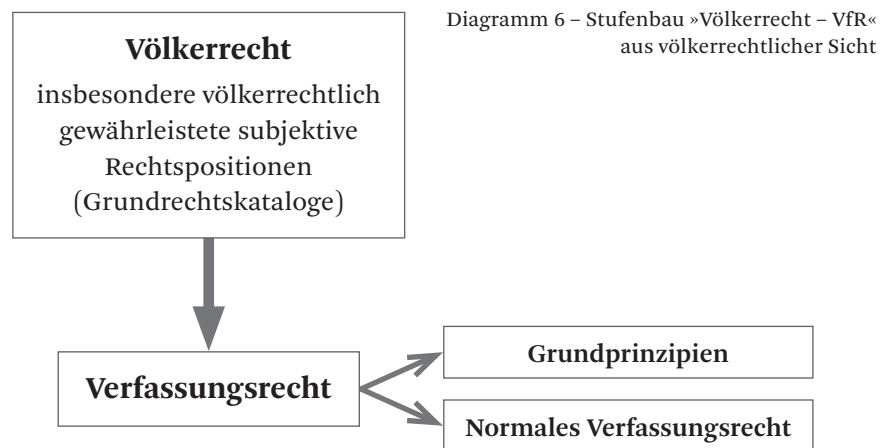
132 Die Schweiz ist zwar EFTA- und damit auch EWR-Mitglied, hat sich aber bislang weder der Jurisdiktionsgewalt des EFTA-Gerichtshofs noch jener des EuGH unterworfen.

133 Vgl Art 33 WrVK und dazu oben, RN 72.

134 Eine explizite normative – geschweige denn verfassungsmäßige – Anordnung dahin, dass einer vom EuGH in einem Vorabentscheidungsersuchen getroffenen Feststellung dahin, dass eine innerstaatliche Norm als unionsrechtswidrig anzusehen ist, im Anlassfall oder gar darüber hinaus generell und effektiv Folge zu leisten ist, findet sich in der österreichischen Rechtsordnung bislang nicht.

## STUFENBAUSYSTEM UNTER EINBEZIEHUNG DES VÖLKERRECHTS

- 136 Eine weitere rechtssystematische (wenngleich relativ weniger durchschlagskräftige) Möglichkeit besteht darin, dass ein solcher Grundrechtskatalog (wie etwa die EMRK in der BRD) in **bloß mittelbarer** Form – nämlich im Wege einer verbindlichen Auslegungsrichtlinie für sämtliche Stufen des nationalen Rechts – zum Tragen kommen<sup>135</sup> (zumal die in der EMRK festgelegten Garantien in der BRD – anders als in Österreich – schon vor deren dortigem Inkrafttreten ohnehin bereits in nationalen Verfassungsbestimmungen enthalten waren).
- 137 Vor diesem Hintergrund stellt sich somit aus völkerrechtlichem Blickwinkel der spezifische Teilbereich<sup>136</sup> des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und nationalem Verfassungsrecht im Stufenbau der Rechtsordnung folgendermaßen dar:



2. Innerstaatlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Blickwinkel:  
Primat (zumindest) der (identitätsstiftenden) Grundprinzipien  
der Verfassung

- 138 Um seine Eigenständigkeit als Völkerrechtssubjekt nicht zu verlieren, kann ein Staat die ihn konstituierende **Souveränität** nicht in vollem, sondern lediglich in **eingeschränktem Umfang** auf supranationale Organisationen übertragen.
- 139 Auch und insbesondere gegenüber der EU haben daher manche Mitgliedstaaten – so zB die BRD<sup>137</sup> – (in ihren Verfassungen als solche in diesem Sinne **nicht disponible**) Bereiche sog »**identitätsstiftender Prinzipien**« festgelegt und damit die Konsequenz verbunden, dass derartige Grundsätze aus innerstaatlichem Blickwinkel als rangmäßig über

135 Vgl zB Wissenschaftlicher Dienst des deutschen Bundestages, Bedeutung der Europäischen Konvention für Menschenrechte und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die deutsche Gesetzgebung (2016), abrufbar unter: <<https://www.bundestag.de/resource/blob/436800/8e288ab7acd739fcad2463017ad44bo8/wd-3-162-16-pdf-data.pdf>>.

136 Im Sinne einer entsprechenden Erweiterung des oben unter RN 25 dargestellten »Grob«-Diagramms.

137 Vgl dazu bereits oben, RN 68 und 100.

## STUFENBAUSYSTEM UNTER EINBEZIEHUNG DES VÖLKERRECHTS

den Regeln des Völkerrechts stehend anzusehen sind; diesen gegenüber kommt somit der Vorrang des Unionsrechts nicht zum Tragen.

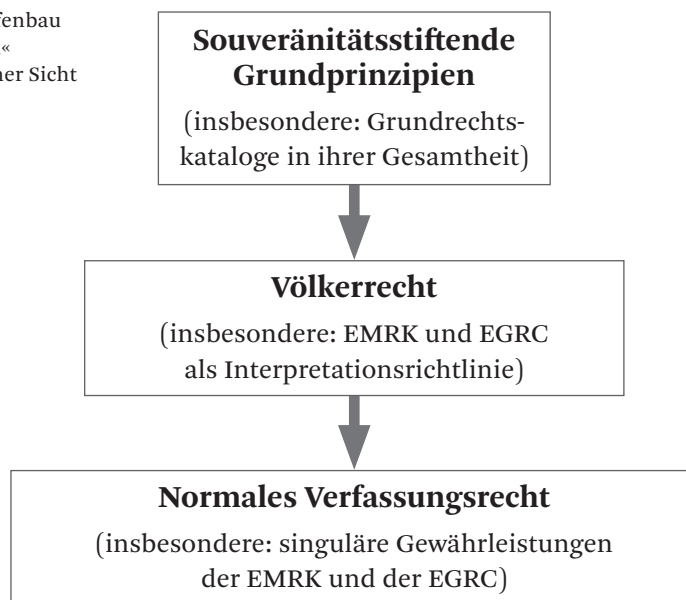
Abgesehen davon, dass in Österreich – schon im Hinblick auf die hier gemeinhin als »wertneutral« qualifizierte Verfassung – ein derartiger Ansatz nicht (zumindest bislang nicht explizit) vertreten wird, ist diese Problematik im Besonderen hinsichtlich der EMRK schon dadurch maßgeblich entschärft, dass dieser Grundrechtskatalog **formell** einen Teil auch der **innerstaatlichen Verfassung** bildet und somit einerseits in seiner **Gesamtheit** als ein Element des **liberalen Grundprinzips** anzusehen und andererseits mit Blick auf **einzelne** seiner **Gewährleistungen** einem »normalen Verfassungsgesetz« **gleichrangig** ist. 140

Vor diesem Hintergrund könnte daher allenfalls in Bezug auf die EGRC die Ansicht vertreten werden, dass diese – wie etwa in der BRD – rechtstheoretisch als den Grundprinzipien der Verfassung nachgeordnet anzusehen ist<sup>138</sup>. 141

Doch selbst wenn man einen solchen Standpunkt einnehmen würde, könnte dieser in **Ermangelung** eines grundlegenden **inhaltlichen Widerspruches** zwischen (der Rechtsordnung der EU als Gesamtheit, vor allem wenn man den Wertekatalog des **Art 2 EUV** in den Blick nimmt – bzw insbesondere) der EGRC einerseits und den **Grundprinzipien** der österreichischen Verfassung andererseits in effektiver Hinsicht allenfalls **bloß in extremen** – und somit gesamthaft betrachtet zu vernachlässigenden – **Ausnahmekonstellationen** tatsächlich schlagend werden.

Angesichts dessen lässt sich somit aus innerstaatlichem Blickwinkel der spezifische Teilbereich<sup>139</sup> des Verhältnisses zwischen nationalem Verfassungsrecht und Völkerrecht im Stufenbau der Rechtsordnung folgendermaßen skizzieren: 142

Diagramm 7 – Stufenbau  
»Völkerrecht – VfR«  
aus staatsrechtlicher Sicht



<sup>138</sup> Vgl BVerfG vom 5. Mai 2020, 2 BvR 859/15, und dazu oben, RN 100.

<sup>139</sup> Im Sinne einer entsprechenden Erweiterung des oben unter RN 25 dargestellten »Grob«-Diagramms.

## F. Faktische Effektivität der EMRK und der EGRC in der österreichischen Rechtspraxis

- 143 Gesamthaft betrachtet kann vor diesem Hintergrund eine Bewertung dahin, bis zu welchem Ausmaß der Grundsatz des **Vorranges des Unionsrechts** in der mitgliedstaatlichen Vollzugspraxis tatsächlich beachtet wird, auch deshalb als nicht mehr denn »**durchschnittlich sichergestellt**« ausfallen, weil gleichsam schon im Vorfeld die Frage, »was **im Detail** überhaupt EU-Recht ist«, infolge von dessen häufig **vager Formulierung** und dadurch bedingter **Auslegungsbedürftigkeit** letzten Endes **nicht ex ante** – nämlich allgemeinverbindlich bzw in **genereller Rechtssatzform** – feststeht, sondern vielfach (wenn nicht sogar regelmäßig) erst **ex post** und lediglich **punktuell**, nämlich bezogen auf eine konkrete Verordnungsbestimmung, auf eine spezifische Maßnahme eines EU-Organes oÄ, durch den EuGH im Wege zahlreicher und insgesamt kaum überschaubarer Vorabentscheidungsverfahren geklärt wird.
- 144 Aus der Sicht des Einzelnen fällt in diesem Zusammenhang schließlich noch besonders ins Gewicht, dass sich der **supranationale Rechtsschutz** generell schon deshalb als **weitgehend ineffektiv** erweist, weil die Möglichkeit einer **Individualbeschwerde** an den **EuGH** schon von vornherein **nicht** besteht und der **EGMR** insoweit in der Praxis schon seit Jahrzehnten mit einem kaum zu bewältigenden Quantum an Anlassfällen **überhäuft** wird, sodass die – **substanzlos-apodiktisch begründete**<sup>140</sup> – **Nichtannahme** einer solchen Beschwerde gegenwärtig den Regelfall darstellt.
- 145 Das sich solcherart unweigerlich verfestigende Gesamterscheinungsbild, dass sich der **Rechtsschutz** als **umso ausgedünnter** präsentiert, je **weiter die Verfahren** im Instanzenzug **fortgeschritten** sind, findet auch auf **innerstaatlicher Ebene** insbesondere für den Bereich der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit seine **Bekräftigung** darin, dass seit dem Inkrafttreten der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 **nunmehr sogar beide Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts** (wenngleich mit unterschiedlicher Nuancierung) im Ergebnis bloß auf eine **Grobprüfung beschränkt** sind: Während nämlich beim VfGH (nach wie vor) lediglich eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte geltend gemacht und von diesem die Behandlung einer solchen Beschwerde zudem – unter Anlegung von objektiv kaum nachvollziehbaren Kriterien – vorweg abgelehnt werden kann, ist gegenwärtig (selbst im Falle evidenter Rechtswidrigkeiten) auch eine Anrufung des VwGH nur mehr dann und insoweit zulässig, als es einem Betroffenen – nach Überwindung notorisch restriktiv gehandhabter Zulassungshürden<sup>141</sup> – darüber hinaus noch gelingt, (eine) Rechtsfrage(n) von (über den Einzelfall hinausgehender und in diesem Sinne) grundsätzlicher Bedeutung aufzuzeigen.

140 Vgl zB EGMR vom 2. Juli 2020, 28405/20: »The court finds in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto and that the admissibility criteria set out in Articles 34 and 35 of the Convention have not been met. The Court declares the application inadmissible.«.

141 Hierzu zählen va die vom VwGH seit jeher idealisierten »Revisionspunkte« iSd § 28 Abs 1 Z 4 VwGG; vgl dazu zB VwGH vom 21. Oktober 2020, Ra 2020/02/0231.

## FAKTISCHE EFFEKTIVITÄT DER EMRK UND DER EGRC

Mit der Übernahme der diesbezüglich traditionellen Musterkonzeption aus dem Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit hat damit die **schleichend-sukzessive Tieferverlagerung** der »Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit«<sup>142</sup> auf die Ebene unterhalb der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts – in nunmehr gleichsam demaskierender Form – ihren vorläufigen Abschluss gefunden. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass die Substitution der früheren Oberbehörden durch nunmehrige erstinstanzliche Verwaltungsgerichte über einen **bloß formell-organisatorischen Winkelzug** kaum hinauskommt: Da nach überwiegender Ansicht zuvor die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) bereits den Anforderungen an ein Tribunal iSd Art 6 EMRK entsprochen haben sollen, war mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 eine über die mit der nunmehrigen Etikettierung als »Gerichte« vornehmlich verbundene dauerhafte dienstrechtliche Absicherung ihrer Mitglieder hinausgehende Aufwertung gar nicht beabsichtigt. 146

In der Sache hat sich somit vornehmlich deshalb **nichts Substantielles geändert**, weil sowohl die UVS als auch nunmehr die VwG nach wie vor in weiten Bereichen ein **für weisungsgebundene Verwaltungsbehörden konzipiertes Verfahrensrecht anzuwenden** hatten bzw haben<sup>143</sup> wobei eine Klarstellung des VfGH dahin, dass sich die diesbezügliche frühere, zum Verfahren der UVS ergangene Judikatur des VwGH insoweit auf die VwG **eben nicht unbesehen** – nämlich: **ohne ständigen Rückbezug zur nunmehr geänderten verfassungsrechtlichen Basis** – übertragen lässt, **bislang nach wie vor fehlt**. 147

Hand in Hand geht damit eine weitgehend unreflektierte **Fortschreibung der überkommenen VwGH-Judikatur** zu diesen Verwaltungsverfahrensgesetzen, vornehmlich etwa, dass sowohl die Sachverhaltsfeststellung als auch die Beweiswürdigung des VwG seitens des VwGH nur in Extremfällen gerügt wird, wobei in diesem Zusammenhang nicht nur von den Behörden, sondern auch von den VwG im Regelfall jeweils Amtssachverständige heranzuziehen sind; ein im VwGH-Verfahren hinzutretendes<sup>144</sup> Neuerungsverbot und 148

142 Vgl zB VwGH vom 5. Oktober 2020, Ra 2020/20/0329, RN 9, mwN.

143 Demgemäß sehen sich die VwG seit dem Inkrafttreten der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 dem unterschwelligen Vorwurf ausgesetzt, dass sich dadurch im Hinblick auf eine Verbesserung des Rechtsschutzes nichts geändert habe, sondern im Wesentlichen gleichsam »nur Türschilder ausgewechselt« worden seien.

144 Vgl zB LVwG OÖ vom 8. Februar 2021, LVwG-400510:  
 »Einerseits wird das AVG, das gemäß § 38 VwGVG auch für das Beschwerdeverfahren der Verwaltungsgerichte maßgeblich ist, insoweit, als keine spezialgesetzlich abweichenden Regelungen bestehen, von dem Grundsatz beherrscht, dass kein Neuerungsverbot gilt. Andererseits muss aber eine binnen vier Wochen (vgl. § 7 Abs. 4 VwGVG) einzubringende Beschwerde nach § 9 Abs. 1 Z. 3 VwGVG bereits jene Gründe enthalten, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides stützt. Wenngleich in diesem Zusammenhang nicht jene strengen Anforderungen zum Tragen kommen, wie sie gemäß § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG für eine Revision an den VwGH (sog. »Revisionspunkte«) maßgeblich sind (vgl. z.B. A. Larcher, in: N. Raschauer/W. Wessely [Hrsg], Kommentar zum VwGVG [2018], S 127, m.w.N.) ergibt sich daraus insgesamt doch, dass die Beschwerdegründe seitens des Rechtsmittelwerbers bis zum Ende der Rechtsmittelfrist derart spezifiziert – und damit zugleich eingegrenzt – werden müssen, dass eine Beurteilung dahin möglich ist, ob von dieser Basis ausgehend eine in der Folge vorgenommene Beschwerdeergänzung als eine unzulässige Erweiterung zu qualifizieren ist oder nicht. Denn nach Ablauf der Beschwerdefrist lässt sich Grundsatz des Nichtbestehens eines Neuerungsverbotens nur noch auf das Vorbringen von Tatsachen, die Vorlage von Beweismitteln o.Ä., nicht mehr jedoch auch auf ein additives Vorbringen von Beschwerdegründen, das eine Erweiterung der als verletzt erachteten subjektiven Rechtssphäre (sowie der damit in einem untrennbaren

## FAKTISCHE EFFEKTIVITÄT DER EMRK UND DER EGRC

tiefgreifende Einschränkungen der Waffengleichheit (wie Präklusion, Amtsrevision<sup>145</sup>, »ewige« Verjährungsfristen<sup>146</sup> etc) runden dieses Bild ab.

Konnex stehenden objektiv-öffentlichen Interessen) intendiert, beziehen. Andernfalls würde nämlich nicht nur die Befristung des Rechtsmittels ihren Sinn verlieren, sondern es wäre auch dem Willen des Gesetzgebers dahin, dass – wie sich auch aus § 27 VwGVG ergibt – die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes schon vorweg in dieser Weise ex lege beschränkt sein soll (vgl. die E zur RV, 2009 BlgNR, 24. GP, S. 4 und 6), nicht entsprochen. Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass dem System des österreichischen Behörden- und Verwaltungsgerichtsverfahrens die bloße Anmeldung eines Rechtsbehelfs unter dem Vorbehalt einer erst später – nämlich nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgenden – näheren Konkretisierung unbekannt ist.«

145 Während § 28 Abs 1 Z 4 VwGG hinsichtlich Revisionen von **staatsfremden Personen (Individualrevisionen)** die Bezeichnung jener Rechte, in denen diese verletzt zu sein behaupten (sog »Revisionspunkte«) fordert, reicht nach § 28 Abs 2 VwGG in Bezug auf **Amtsrevisionen** eine bloße Erklärung über den **Umfang** der Anfechtung hin. Damit werden nicht nur **Prozessvoraussetzungen**, sondern auch der **Umfang der Prüfungsbefugnis** des VwGH – und zwar in jeweils unterschiedlicher Weise – festgelegt: Denn hinsichtlich der **Zulässigkeit** der Revision (im Sinne einer **Prozessvoraussetzung** derselben) bedeutet dies zunächst, dass der Einzelne die Sphäre seiner Rechtsbeeinträchtigung zu spezifizieren – und damit gleichzeitig entsprechend einzugrenzen – hat, während eine Beschränkung im Zuge einer Amtsrevision nur dann resultiert, wenn das staatliche Organ die Entscheidung des VwG nicht (wie im Regelfall) »ihrem gesamten Umfang« nach, sondern zB lediglich in Bezug auf einen bestimmten Spruchpunkt (wie etwa hinsichtlich der Kosten) anfight. In weiterer Folge ist der VwGH dann im Fall der Revision einer staatsfremden Person (und insoweit im Gegensatz zum unterinstanzlichen VwG [vgl § 9 Abs 1 VwGVG, der eine Bezeichnung von »Beschwerdepunkten« nicht vorsieht] oder zum VfGH in einem Beschwerdeverfahren nach Art 144-B-VG) darauf beschränkt, **nur** zu kontrollieren, ob **jene(s) subjektive(n) Recht(e)** verletzt wurden, die der **Revisionswerber explizit bezeichnet** hat, während die im Zuge einer Amtsrevision angefochtene Entscheidung des VwG **nach jeder Richtung** dahin überprüft werden kann, ob **objektives oder subjektives Recht** verletzt wurde. Essentielle Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Revision staatsfremder Personen sind somit die denkmögliche Behauptung subjektiver Rechte sowie die Geltendmachung einer auf diesen **engen Bereich** bezogenen grundsätzlichen Rechtsfrage, für eine Amtsrevision hingegen die Bezeichnung des **Umfanges** der Anfechtung und die Geltendmachung einer auf diesen **weiten Bereich** abstellenden grundsätzlichen Rechtsfrage. Wird mit einer Amtsrevision das Erkenntnis des VwG im gesamten Umfang angefochten, dann kann davon ausgehend prinzipiell jegliche Verletzung subjektiven, vorrangig aber auch jeglichen objektiven Rechts geltend gemacht werden, sofern in diesem Zusammenhang eine grundsätzliche Rechtsfrage releviert wird. Bezieht sich die Amtsrevision hierbei etwa auf einen Widerspruch zur VwGH-Judikatur, dann gelten allerdings insoweit dieselben Anforderungen, wie sie auch an eine entsprechende Revision einer staatsfremden Person gestellt werden (vgl zB VwGH vom 9. September 2020, Ra 2020/22/0066, vom 23. September 2020, Ra 2020/02/01022, und vom 2. Oktober 2020, Ra 2020/11/0137, jeweils mwN). Abgesehen davon, dass in der Praxis (va in Konstellationen, in denen die staatsfremde Person durch die VwG-Entscheidung im Ergebnis begünstigt wäre) anhand der Entscheidungsbegründung des VwGH gelegentlich nicht nachvollziehbar ist, ob eine solche Prüfung auch tatsächlich vorgenommen wurde (vgl zB VwGH vom 17. Dezember 2020, Ra 2020/16/0009), ändert dies nichts an der aus dieser unterschiedlichen Regelung der Prozessvoraussetzungen resultierenden, traditionell-monarchischem Denken verhafteten **prinzipiellen Ungleichstellung** dahin, dass die öffentlichen Interessen – in Ermangelung einer entsprechenden Spezifikationspflicht – im Amtsrevisionsverfahren im Ergebnis uneingeschränkt zum Tragen kommen (wobei eine solcherart vorbehaltlos-pauschale Bevorzugung nicht nur aus gleichheitsrechtlichem Blickwinkel, sondern zudem auch im Hinblick auf die Wesensgehaltsgarantie von Grundrechten als verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen muss. (Will man dem VfGH nicht unterstellen, die Problematik der pauschalen Bevorzugung öffentlicher Interessen angesichts deren durch die Wesensgehaltsgarantie von Grundrechten gebotene Einschränkung in dessen Beschluss vom 7. Oktober 2020, G-196/2020, nicht erkannt zu haben, dann wollte er eine Auseinandersetzung mit dieser essentiellen, im Gesetzesprüfungsantrag vom LVwG OÖ explizit angesprochenen Kardinalfrage offenbar sehenden Auges vermeiden). Um diesen Effekt zumindest einigermaßen zu **relativieren**, ist daher § 28 VwGG insgesamt dahin **verfassungskonform** zu interpretieren, dass – abgesehen davon, dass die Zulässigkeit einer Amtsrevision in gleicher Weise (streng) zu prüfen ist wie bei einer Revision einer staatsfremden Person (vgl bspw

Als Essenz gilt somit resümierend festzuhalten:<sup>147</sup>

149

→ In der Praxis entscheidet sich eine konkrete Rechtssache inhaltlich schon weitgehend bereits in erster Instanz vor der Verwaltungsbehörde. Staatsverschiedene Parteien dürfen sich sohin nicht deshalb, weil kein Neuerungsverbot besteht, das Amtswegigkeitsprinzip gilt etc, zur Passivität verleiten lassen, sondern diese müssen das Verfahren quasi gleich von Beginn an in die eigene Hand nehmen. Denn im anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren kommt es eher nur mehr in Ausnahmefällen zu einer grundlegenden materiellen Korrektur der Behördenentscheidung.

Dass dieses inhaltliche Ergebnis letztlich vorrangig durch die Judikatur der innerstaatlichen Höchstgerichte präformiert wird, hängt de facto nicht nur mit der selbst heute noch höfisch-monarchisch geprägten Attitüde der österreichischen Vollziehung, sondern maßgeblich auch damit zusammen, dass seitens des EGMR und/oder des EuGH kaum eine substantielle »externe Einmischung« zu befürchten ist: Solange nämlich in Straßburg bzw in Luxemburg andere Vertragsstaaten mit wesentlich gravierenderen Grundrechtsverletzungen gleichsam als »Dauergast« fungieren<sup>148</sup>, läuft Österreich kaum Gefahr, sein bestehendes System der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts grundlegend ändern zu müssen; vielmehr kann man sich generell damit zufrieden geben, dass hier die EMRK und die EGRC zumindest im Großen und Ganzen eingehalten bzw vor allem deren »Kerngarantien« (ds die Art 2 bis 5 EMRK bzw die Art 1 bis 6 EGRC<sup>149</sup>) nicht systematisch-zielgerichtet verletzt werden.

150

als seltenen Fall der Zurückweisung einer [freilich nicht von einer obersten Bundesinstanz, sondern von einer Bezirksverwaltungsbehörde erhobenen] Amtsrevision VwGH vom 14. September 2020, Ra 2020/02/0181) – die Prüfungskompetenz des VwGH auch in Amtsrevisionsverfahren selbst dann – und im Ergebnis in dreifacher Weise – als eingeschränkt anzusehen ist, wenn die VwG-Entscheidung lapidar »in vollem Umfang« angefochten wurde: Vorweg ist der VwGH an die in der Amtsrevision vorgebrachten »Gründe« iSd § 28 Abs 1 Z 5 B-VG gebunden, dh dass er überhaupt nur innerhalb dieses thematisch abgesteckten Rahmens eine rechtliche Prüfung vornehmen darf; und soweit es diese Gründe betrifft, müssen sie (positiv) jeweils die Klärung von »grundsätzlichen Rechtsfragen« iSd Art 133 Abs 4 B-VG zum Gegenstand haben, die jedoch (negativ) nicht auf die Lösung von Verfassungsfragen gemäß Art 133 Abs 5 B-VG abzielen dürfen (vgl in diesem Sinne VfGH vom 7. Oktober 2020, G 196/2020; sa zB VwGH vom 9. September 2020, Ra 2020/01/0370).

146 Diese werden vom VfGH regelmäßig als »im öffentlichen Interesse sachgerecht« bewertet (vgl zB VfGH vom 7. Oktober 2020, G 227/2020).

147 Bildhaft ausgedrückt ist zu konstatieren, dass die VwG mittlerweile die Rolle einer Art »weitgehend willensbefreiten Kopieranstalt« der durch die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts mediatisierten Zielvorstellungen des »Gesetzgebers«, der sich wiederum (qua inhaltlich nahezu unveränderter Beschlussfassung von Regierungsvorlagen) mit jenem der Verwaltungsspitze deckt, angenommen haben; abgesichert wird das reibungslose Funktionieren dieser Scheindemokratie durch eine Gleichschaltung bzw Personalunion zwischen Mitgliedern von Höchstgerichten und Herausgebern von maßgeblichen wissenschaftlichen Medien.

148 Hierzu zählen vorrangig Russland, die Türkei, Polen und Ungarn.

149 Vgl dazu die umseits (S 54) folgende Festlegungen des EGMR aus dem Jahr 2017 (siehe dazu auch *J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht*, Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK, EuGRZ 2018, 383 ff).

## TRENNUNGSGRUNDSATZ

### III. Die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung als dritte grundprinzipienbasierte Rahmenvorgabe

- 151 Neben den beiden Antagonisten »Demokratie« und »Liberalität« bildet auf der Ebene der Grundprinzipien der Verfassung der Trennungsgrundsatz eine weitere essentielle Direktive für die von den nachgeordneten Normsetzungsorganen im Zuge der konkreten strukturellen Ausgestaltung und Handhabung der innerstaatlichen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit jeweils zu beachtenden Rahmenbedingungen.

#### A. Der Trennungsgrundsatz aus rechtssystematischem Blickwinkel

- 152 Die staatliche Vollziehung der an einen **generellen** Adressatenkreis gerichteten Rechtsnormen (dazu zählen vornehmlich Gesetze und Verordnungen), die mit der Zielsetzung erfolgt, solche allgemeine Anordnungen aus Anlass eines konkret-rechtserheblichen Sachverhalts in (ggf diverse) Formen von **individuell-verbindlichen** Rechtsvorschriften zu **transferieren**, obliegt den nach dem Konzept der österreichischen Verfassung (vor allem im Hinblick auf das Kriterium »Weisung«) prinzipiell **konträr** konzipierten Teilstaatsgewalten »**Verwaltung**« (vornehmlich gekennzeichnet durch **Weisungsbindung**) einerseits und »**Gerichtsbarkeit**« (geprägt durch Weisungsfreiheit bzw **Unabhängigkeit** [bloß] in Bezug auf die Entscheidungsfindung) andererseits.

I.	Urgent applications (in particular risk to life or health of the applicant, the applicant deprived of liberty as a direct consequence of the alleged violation of his or her Convention rights, other circumstances linked to the personal or family situation of the applicant, particularly where the well-being of a child is at issue, application of Rule 39 of the Rules of Court)
II.	Applications raising questions capable of having an <b>impact on the effectiveness of the Convention system</b> (in particular a structural or endemic situation that the Court has not yet examined, pilot-judgement procedure) or applications raising an <b>important question of general interest</b> (in particular a serious question capable of having major implications for domestic legal systems or for the European system)
III.	Applications which on their face raise as main complaints issues under <b>Articles 2, 3, 4 or 5 § 1</b> of the Convention (»core rights«), irrespective of whether they are repetitive, and which have given rise to direct threats to the physical integrity and dignity of human beings
IV.	Potentially well-founded applications based on other Articles
V.	Applications raising issues already dealt with in a pilot/leading judgement (»well-established case-law cases«)
VI.	Applications identified as giving rise to a problem of admissibility
VII.	Applications which are manifestly inadmissible

Tabelle 2 – Ranghierarchie der EMRK-Gewährleistungen



Diesbezüglich legt Art 94 Abs 1 B-VG als **Maxime** fest, dass beide Bereiche voneinander »in allen Instanzen getrennt« sein müssen. 153

Aus **rechtssystematischem** Blickwinkel handelt es sich hierbei allerdings **nicht** um die Normierung eines (uneinschränkbar-)absoluten Prinzips: Vor dem Hintergrund, dass das die zentrale national-verfassungsrechtliche Organisationsstruktur enthaltende B-VG nicht von einer strikten Gewaltentrennung, sondern vielmehr durch den Grundsatz von deren wechselseitiger Abhängigkeit und Kontrolle (»checks and balances«) geprägt ist, stellt diese Verfassungsnorm gleichsam **bloß** die Festlegung einer **lex generalis** dar. Demgemäß kommt also diese – quasi »inhaltlich verkümmerte« – Sondererscheinungsform der Gewaltentrennungsidee<sup>150</sup> im Endeffekt jeweils nur insoweit zum Tragen, als – zufolge eines (sachlogisch abzuleitenden<sup>151</sup>) Derogationsprinzips<sup>152</sup> – auf **Verfassungsebene** keine entsprechenden **Spezialregelungen** normiert sind<sup>153</sup>. 154

150 Wenngleich teilweise nur schwach ausgeprägt, besteht dennoch allgemein Übereinstimmung dahin, dass es sich hierbei um ein »Bauprinzip der Verfassung« iSd Art 44 Abs 3 B-VG handelt (vgl zB *W. Berka*, Verfassungsrecht, 7. Aufl [2018], RN 379 ff; *Th. Öhlinger/H. Eberhard*, Verfassungsrecht, 12. Aufl [2019], RN 75 f; *H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer/K. Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl [2015], RN 556 ff). Gemeinsam ist allen diesen Grundprinzipien, dass deren Inhalt jeweils nicht apriorisch-präpositiv festgelegt ist, sondern sich vielmehr stets aus der Gesamtheit aller speziell darauf Bezug habenden Einzelverfassungsbestimmungen zusammensetzt.

151 Wie bereits zuvor ausgeführt (siehe oben, RN 23 ff), handelt es sich aus (rechts-)wissenschaftlichem Blickwinkel insofern ebenso um ein **Axiom** (= unbewiesene bzw nicht beweisbare Basisannahme) wie bei den insoweit vergleichbaren Erscheinungsformen der **Rechtsauslegung**, des **Stufenbaus der Rechtsordnung** oder dem sog »Grundnorm«-Problem etc: Denn in keiner dieser Konstellationen lässt sich nämlich (allein) mittels eines der Rechtswissenschaft selbst inhärenten Operators erkenntnistheoretisch belegen, dass bzw weshalb Leitprinzipien wie solche, dass »eine Norm gilt, weil sie gilt« bzw dass »die inhaltliche Bedeutung einer Norm stets zunächst im Wege ihrer grammatischen Auslegung zu ermitteln ist« bzw dass »eine untergeordnete Norm einer ihr rangmäßig übergeordneten Bestimmung nicht widersprechen darf« oÄ, eine wahre Aussage verkörpert. Indem objektiv besehen insoweit jeweils keine erkenntnistheoretischen, sondern »bloß« faktische Wahrheiten vorliegen, bedarf es der **Einbringung** eines **außerrechtlichen**, nämlich zB soziologischen Operators, um einen ansonsten resultierenden logischen Zirkelschluss zu vermeiden. Aus rechtswissenschaftlichem Blickwinkel bedeutet aber eben dieser Vorgang der Hereinnahme, dass jeweils ein Axiom angesetzt wird. Von einer Metaebene her betrachtet erscheint die Rechtswissenschaft in dieser Hinsicht dadurch, dass von ihr infolge ihrer funktions- bzw wesenseigenen Gesellschaftsbezogenheit letztlich vergleichsweise mehr Axiome festgelegt werden (müssen) als etwa seitens der Mathematik und Logik, zwar einerseits als deutlich **konkreter** und **lebensorientierter** (bzw anders formuliert: als relativ **weniger abstrakt**); allerdings führt dies auf der anderen Seite auch dazu, dass sie zugleich als relativ **unexakt** (bzw anderes formuliert: wesentlich **flexibler** im Sinne von »**ergebnisoffen**«) zu qualifizieren ist.

152 Dass der Geltungsbereich einer generellen durch den einer spezielleren (dh: alle Elemente der allgemeinen und darüber hinaus noch mindestens ein zusätzliches Kriterium aufweisenden) Norm verdrängt wird, resultiert nicht aufgrund einer entsprechenden rechtlichen Positivierung, sondern sachlogisch aus dem der Spezialität wesensimmanent vor- bzw übergeordneten Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme (vgl zur rechtstheoretischen Fundierung zB auch *E. Vranes*, *Lex Superior, Lex Posterior, Lex Specialis* – Zur Rechtsnatur der »Konfliktlösungsregeln«, *ZaöRV* 2005, 391 ff). Dem gegenüber ist in Bezug auf die Institution der »Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts« vornehmlich die Frage des Vorranges der **lex superior** und in diesem Zusammenhang insbesondere das Prinzip der »(allenfalls) bloß **vorläufigen Derogation**« von Bedeutung: Danach gilt eine im System des Stufenbaus der Rechtsordnung als vergleichsweise niederrangiger einzuordnende Norm trotz ihrer – infolge Widersprüchlichkeit zu höherrangigem Recht resultierenden – Rechtswidrigkeit so lange, bis diese förmlich aus dem Bestand der Rechtsordnung eliminiert (also zB ein verfassungswidriges Gesetz vom VfGH oder ein gesetzwidriger Bescheid vom VwG aufgehoben worden) ist. Erwächst der rechtswidrige Akt hingegen in Rechtskraft, mutiert die vorläufige zu einer **endgültigen Derogation**, sodass – einerseits

## TRENNUNGSGRUNDSATZ

- 155 Vor diesem Ausgangspunkt ist sozusagen das »Achte Hauptstück« (Art 129 ff) des B-VG insoweit als ein **eigenständiger Gesamtkomplex** von derartigen **Sonderbestimmungen** anzusehen, als darin eine **gerichtsförmige** Kontrolle hinsichtlich der Staatsfunktion »**Verwaltung**« festgelegt, damit die Gerichtsbarkeit (des Öffentlichen Rechts) der Verwaltung übergeordnet und insoweit der **Trennungsgrundsatz** in einem nicht unerheblichen Umfang **konterkariert** wird.
- 156 In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass bereits in der **Stammfassung** des B-VG<sup>154</sup> **konkrete Typen** solcher Kontrollbefugnisse vorgesehen waren, wobei diese damals nicht neu geschaffen, sondern – wie auch das Trennungsprinzip selbst<sup>155</sup> – im Wesentlichen aus der Verfassung der Monarchie übernommen<sup>156</sup>, teilweise aber auch – va, soweit es die damals neu geschaffene Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH betrifft<sup>157</sup> – ausgeweitet wurden.
- 157 Anhand dieser für den Verfassungsgesetzgeber ursprünglich maßgeblichen **Parameter**<sup>158</sup> lässt sich als eine **generelle Interpretationsrichtlinie** ableiten, dass jede **Erweiterung** von gerichtlichen Kontrollbefugnissen hinsichtlich der Staatsfunktion »**Verwaltung**«, die **insoweit nicht als zumindest »typusimmanent«** zu qualifizieren ist, gleichsam vorweg in den **Verdacht** gerät, als **grundprinzipienwidrig** zu erscheinen, weil eben der Trennungsgrundsatz des Art 94 Abs 1 B-VG gemeinhin als ein **Baugesetz der Verfassung** iSd Art 44 Abs 3 B-VG angesehen wird<sup>159</sup>. Verfassungswidrig erscheint eine

innerhalb der Grenzen der Rechtskraft und andererseits, soweit keine rechtlichen Möglichkeiten zu deren Durchbrechung bestehen – die niederrangigere der höherrangigen Norm permanent derogiert (vgl dazu auch näher RN 24 und 246 ff).

- 153 Beispielsweise bildet Art 94 Abs 2 B-VG, wonach der einfache Gesetzgeber anstelle des standardmäßigen Instanzenzuges einer Beschwerde gegen einen Bescheid an die VwG ein Rechtsmittel an die ordentlichen Gerichte vorsehen kann, deshalb, weil sowohl die VwG als auch die ordentlichen Gerichte jeweils zur Staatsfunktion »Gerichtsbarkeit« zählen, zwar nicht unter dem Aspekt »Ausnahmen vom Trennungsprinzip des Art 94 Abs 1 B-VG«, wohl aber innerhalb des Komplexes »Verwaltungsgerichtsbarkeit« eine *lex specialis*; systematisch zutreffender wäre diese Bestimmung daher nicht als Abs 2 zu Art 94 B-VG, sondern als ein eigener Absatz des Art 130 B-VG (bzw ggf auch des Art 131 B-VG) zu verorten gewesen.
- 154 BGBl 1/1920.
- 155 Vgl Art 14 des StGG über die richterliche Gewalt, RGBL 144/1867 (»Die Rechtspflege wird von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.«).
- 156 Vgl insbesondere Art 3 lit b des StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (RGBL 143/1867 – Vorläufer der gegenwärtigen Erkenntnisbeschwerde gemäß Art 144 Abs 1 erste Alternative B-VG); Art 4 und Art 15 zweiter und dritter Satz (Grundzüge des Vorläufers der [zwischenzeitlichen VwGH- und] gegenwärtigen VwG-Beschwerde gemäß Art 130 B-VG) sowie Art 7 zweiter Satz ([generelles] Verordnungsprüfungsrecht der Gerichte – Vorläufer des gegenwärtigen VfGH-Monopols iSd Art 139 B-VG) des StGG über die richterliche Gewalt (RGBL 144/1867); Art 9 (Ministerverantwortlichkeit – Vorläufer des gegenwärtigen Art 142 B-VG) und Art 12 dritter Satz (Amtshaftung – Vorläufer des gegenwärtigen Art 23 B-VG) des StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt (RGBL 145/1867); sowie die §§ 2 und 3 (Zuständigkeit) und die §§ 6 bis 8 (Entscheidungsbefugnisse) des Gesetzes betreffend die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBL 36/1876 (Ausführung des Vorläufers der [zwischenzeitlichen VwGH- und] gegenwärtigen VwG-Beschwerde).
- 157 Erstmals in Österreich mit Art 15 des Gesetzes über die Volksvertretung, StGBL 179/1919; vgl *K. Heller*, Der Verfassungsgerichtshof (2010), RN 152.
- 158 Wie zB Formalorientiertheit, Nachträglichkeit, Kassation etc (siehe dazu näher unten, RN 240 ff).
- 159 Vgl etwa *H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer/K. Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl (2015), RN 163, sowie *Th. Öhlinger/H. Eberhard*, Verfassungsrecht, RN 75 (am Beispiel der B-VG-Novelle 1929); sa *W. Berka*, Verfassungsrecht, 7. Aufl (2018), RN 388 ff; differenzierend *L. Khakzadeh*

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

solche Ausdehnung sohin eben auch dann, wenn diese formal im Wege von (bloß) »normalen« Verfassungsbestimmungen implementiert wird<sup>160</sup>.

Als **Richtmaß** wird daher in diesem Zusammenhang wohl gelten müssen, inwieweit der Zunahme der richterlichen Kontrollbefugnis jeweils eine – noch bzw nicht mehr tolerable – Einschränkung der traditionellen politischen Gestaltungsbefugnis der Verwaltung korreliert.

## B. Bloße Kassationsbefugnis als Problemfall im Lichte »verfassungswidrigen Verfassungsrechts«

Als Beispiel für eine Möglichkeit von »verfassungswidrigem Verfassungsrecht« – nämlich des Widerspruchs von sog »normalem« Verfassungsrecht gegen ein verfassungsmäßiges Grundprinzip – soll im Folgenden der mit der B-VG-Novelle BGBl I 52/2012 einher gegangene **Paradigmenwechsel** eines »Vorranges der **reformatorischen Entscheidung**« gegenüber bloßer »Kassation« näher erörtert werden.

158

### 1. Europarechtliche Anforderungen

In dieser Hinsicht fand sich in der Stammfassung des B-VG noch folgende Festlegung<sup>161</sup>:

159

#### »Artikel 133.

(1) Das stattgebende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes bewirkt die Aufhebung der rechtswidrigen Entscheidung oder Verfügung.

(2) ...

(3) Der Verwaltungsgerichtshof kann in der Sache selbst entscheiden, soweit nicht die Behörde nach den Bestimmungen des Gesetzes zur Entscheidung oder Verfügung nach freiem Ermessen befugt ist.«

Ursprünglich war daher – vor dem Hintergrund einer bloß einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit – als **Regelfall** (bzw in Bezug auf den VfGH sogar **ausschließlich**<sup>162</sup>) die

*Leiler*, in B. Kneihls/G. Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Losenblattausgabe [Stand: 2020]), RN 11 zu Art 94 B-VG.

160 In diesem Zusammenhang neuerlich unergiebig die apodiktische Begründung des VfGH in dessen Beschluss vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, RN 33.

161 Wobei Art 133 Abs 3 B-VG idF BGBl 1/1920 bereits insoweit eine maßgebliche Abweichung von der monarchischen Verfassung darstellte, als § 7 des Gesetzes betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBL 36/1876, den VfGH ausnahmslos auf eine bloße Kassation beschränkte (»Findet der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde begründet, so hat er die angefochtene Entscheidung oder Verfügung unter Angabe der Gründe als gesetzwidrig aufzuheben.« – vgl dazu auch *H. Kelsen/A. Merkl/G. Fröhlich*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 [Neudruck 2003], 245 f).

162 Vgl Art 144 Abs 2 erster Satz B-VG idF BGBl 1/1920 (»Das stattgebende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bewirkt die Aufhebung der verfassungswidrigen Entscheidung oder Verfügung.«).

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

bloße **Kassation** vorgesehen. Eine **ausnahmsweise meritorische Erledigung** bedingte hingegen, dass seitens des einfachen (Materien- oder Verfahrens-)Gesetzgebers eine **Rechtsentscheidung** normiert und so dem VwGH eine Ermessensübung – und damit eine (den **eigentlichen Zankapfel** bildende) »**Führung der Verwaltung**« – schon von vornherein verwehrt war.

- 160 Von dieser Grundlegung ausgehend können beispielsweise die mit der B-VG-Novelle BGBl 392/1929 vorgenommenen **geringfügigen** Erweiterungen der Sachentscheidungsbefugnis des VwGH hinsichtlich der **selbständigen Festsetzung der Strafhöhe**<sup>163</sup> bzw des **Ausmaßes** eines gegen eine Gebietskörperschaft bestehenden Anspruches<sup>164</sup> wohl als typusimmanent und damit als im Hinblick auf das Trennungsprinzip des Art 94 Abs 1 B-VG unbedenklich qualifiziert werden; Gleiches dürfte auch noch hinsichtlich der erstmals mit der »Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 1946«<sup>165</sup> implementierten **Säumnisbeschwerde** gelten, wenngleich damit auch eine Befugnis zur Ermessensausübung verbunden war. Dies insbesondere deshalb, weil damals zugleich – und somit quasi im Gegenzug – die sonstigen Sachentscheidungsbefugnisse des VwGH wieder eliminiert wurden (wobei diese Form der Erledigungskompetenz des VwGH gegenwärtig auf Verfassungsebene<sup>166</sup> überhaupt nicht mehr statuiert ist).
- 161 Ungeachtet dessen wurde jedoch mit der »**Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012**« hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis der neu eingeführten erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte folgender **Grundsatz** in den **Verfassungsrang** erhoben:

**Artikel 130.**

- (1) Die Verwaltungsgerichte erkennen über Beschwerden
1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit;
  2. ...
- (2) ...
- (4) Über Beschwerden gemäß Abs 1 Z 1 in Verwaltungsstrafsachen hat das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden. Über Beschwerden gemäß Abs 1 Z 1 in sonstigen Rechtssachen hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn
1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
  2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.
- (5) ...

163 Vgl Art 133 Abs 4 B-VG idF BGBl 392/1929.

164 Vgl Art 133 Abs 5 B-VG idF BGBl 392/1929 (sog »Kausalgerichtsbarkeit«, die allerdings seit der B-VG-Novelle BGBl 211/1946 in die Kompetenz des VfGH fällt).

165 Vgl BGBl 211/1946.

166 Vgl nunmehr § 42 Abs 4 VwGG (»Der Verwaltungsgerichtshof kann in der Sache selbst entscheiden, wenn sie entscheidungsreif ist und die Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt. ...«).

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

Wenngleich die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien<sup>167</sup> insoweit unergiebig sind, kann es letztlich doch keinem Zweifel unterliegen, dass die – bei gleichzeitiger Reduktion der beiden nationalen Letztinstanzen auf eine bloße »Grobprüfungskompetenz« – vorgenommene Normierung einer umfassenden Sacherledigungsbefugnis<sup>168</sup> der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte vorrangig den Anforderungen der EMRK und EGRC geschuldet war: Denn nach übereinstimmender Judikatur des EGMR und des EuGH ist den Anforderungen an ein »Tribunal« iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw an ein »Gericht« iSd Art 47 EGRC (neben anderen essentiellen Kriterien) nur dann Genüge getan, wenn die entsprechende Institution auch über »volle Kognitionsbefugnis« verfügt, dh den Anlassfall jeweils nach jeglicher rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht autonom beurteilen kann<sup>169</sup>.

162

Speziell diese Voraussetzung erfüll(t)en de facto aber bloß die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte, nicht hingegen der diesbezüglich seit jeher auf die Beurteilung von Grundrechtsbeeinträchtigungen limitierte VfGH bzw der nunmehr auf die Klärung von bloßen Grundsatzfragen iSd Art 133 Abs 4 B-VG – und insofern ebenfalls – jurisdiktionsbeschränkte VwGH.

Davon ausgehend kann sich die Bestimmung des Art 130 Abs 4 B-VG jedoch nur unter der weiteren Bedingung, dass sich das damit zugleich verbundene Problem eines unzulässigen »overruling« der Entscheidung eines instanzenmäßig untergeordneten Tribunals durch eine Institution, der diese Eigenschaft idR schon voraussetzungsgemäß nicht zukommt, ebenfalls einer mit der EMRK bzw der EGRC konvenierenden Lösung zuführen lässt, als insgesamt europarechtskonform erweisen.

163

167 Vgl die EB zur RV, 1618 BlgNR, 24. GP, auch abgedruckt bei A. Grof, Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt, in N. Raschauer/W. Wessely (Hrsg), Kommentar zum VwGVG (2018), 323 ff und 328 f.

168 »In der Sache entscheiden« bedeutet, dass das VwG jene Rechts-(und zugleich die damit verbundene Sach-)Frage, die den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet, in der Regel und zugleich in einer EMRK-konformen Art und Weise inhaltlich abschließend (iSv rechtskräftig) erledigen soll. In diesem Zusammenhang sind die VwG zumindest in zweifacher Weise, nämlich einerseits durch die »Sache« (siehe dazu sogleich) und andererseits durch den »Prüfungsumfang« (Rechtmäßigkeit in Bezug auf höherrangige Normen; vgl § 27 VwVfG) beschränkt. Das Kriterium der »Sache« des Verfahrens (bzw des Prozessgegenstandes) bildet die primäre Grenzziehung der verwaltungsgerichtlichen Kontrollbefugnis, auf dem (im Interesse der Limitierung der Eingriffsbefugnis in den Bereich des »Führens der Verwaltung«) weitergehende Schrankenregelungen – wie Prüfungsmaßstab, Prüfungsumfang etc – aufbauen. In diesem Sinne ist unter »Sache« ein konkretes rechtserhebliches Faktum (wie etwa ein auf ein bestimmtes Grundstück bezogenes, in bestimmter Weise auszuführen beabsichtigtes Bauvorhaben; ein durch selbständige oder unselbständige Arbeit erzielttes Einkommen; oÄ) zu verstehen, das mit in darauf bezogenen Gesetzen (Baurecht, Gewerberecht, Wasserrecht, Einkommensteuerrecht etc) festgelegten Konsequenzen verknüpft wird. In prozessualer Hinsicht wird die »Sache« durch den Spruch des Bescheides (= individuell-konkretisierte normative Beurteilung eines tatsächlichen, durch eine Person gesetzten Verhaltens) konstituiert (bzw abstrahiert; vgl zB VwGH vom 27. November 2020, Ra 2020/16/0151): Ausschließlich diese normative Entscheidung ist Gegenstand einer Kontrolle dahin, 1.) ob die rechtliche Beurteilung der Behörde zutreffend ist; 2.) wenn ja, wird diese seitens des VwG bestätigt; 3.) falls nicht, wird diese vom VwG korrigiert und substituiert. Im Zuge eines derartigen prozessualen Vorgehens darf der Rahmen des ursprünglich-verfahrenseinleitenden Verhaltens des Einzelnen prinzipiell (nämlich: sofern Derartiges vom Gesetzgeber nicht speziell als zulässig erachtet wird – vgl zB § 13 Abs 8 AVG) nicht verlassen (dh: eingeschränkt oder erweitert) werden.

169 Vgl zB H. Kühne, in K. Pabel/St. Schmah, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattausgabe; Stand: 2020), RN 286–289 zu Art 6 EMRK, und Th. Kröll, in M. Houbek/G. Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar, 2. Aufl (2019), RN 50 zu Art 47 EGRC, jeweils mwN.

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

164

Somit stehen also bezüglich der Möglichkeit einer allfälligen Qualifikation eines Vollzugsorganes als »Tribunal« iSd Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC mit Blick auf die Spezifika des österreichischen Systems der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts und unter gleichzeitiger Bedachtnahme auf die insoweit übereinstimmende Judikatur des EGMR und des EuGH (sowie abgesehen von zahlreichen weiteren, nicht minder bedeutsamen Parametern<sup>170</sup>) vor allem **drei essentiellen (Negativ-)Kriterien** im Fokus:

- ▷ Eine Institution weist dann und insoweit **keinen Tribunalcharakter** auf, als diese nicht über volle **Kognitionsbefugnis** in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht verfügt;
- ▷ im Falle einer instanzenmäßigen Gliederung reicht es zwar hin, wenn **zumindest in einer Instanz** ein Tribunal iSd Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC entschieden hat; dabei ist jedoch zugleich effektiv sicherzustellen, dass diese (singuläre) Tribunalentscheidung bei einer Gesamtzusammenschau nicht als letztlich durch das Verdikt einer Institution, der eine solche Qualität nicht zukommt, substituiert erscheint (Unzulässigkeit des »**overruling**« durch ein Nicht-Tribunal);
- ▷ schließlich muss auch noch effektiv gewährleistet sein, dass die Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht von jedem innerstaatlichen Gericht **tatsächlich autonom**, dh ohne rechtliche Bindung an die diesbezügliche Rechtsauffassung eines anderen – allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneten – Gerichts beurteilt werden kann.

165

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu konstatieren, dass wegen deren **zufolge innerstaatlicher Rechtsvorschriften** jeweils **eingeschränkter Kognitionsbefugnis** weder der VfGH noch der VwGH als ein Tribunal bzw Gericht iSd Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC qualifiziert werden können.

Denn schon nach nationalem Verfassungsrecht (und erst recht gemäß der dementsprechenden einfachgesetzlichen Basis) kann der VfGH die angefochtene Gerichtsentscheidung nur darauf hin kontrollieren, ob diese eine Grundrechtsverletzung nach sich gezogen hat oder auf einem verfassungswidrigen Gesetz und/oder auf einer gesetzwidrigen Verordnung fußt (vgl die Art 139, 140 und 144 B-VG); und der VwGH ist jedenfalls auf die Prüfung von bloß grundsätzlichen Rechtsfragen beschränkt (vgl Art 133 Abs 4 B-VG) und darüber hinaus überdies idR an die unterinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen gebunden<sup>171</sup>.

170 Vgl insbesondere die in *European Court of Human Rights* (Hrsg), *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial, civil limb* (Stand: 31. August 2020), 34 ff, bzw *criminal limb* (Stand: 31. Dezember 2020), 18 ff, zahlreich angeführten Entscheidungen sowie beispielsweise EuGH vom 21. Jänner 2020, C 274/14, vom 19. Dezember 1919, C 752/18, vom 8. April 2020, C 791/19 R, vom 26. März 2020, C-542/18, vom 19. März 2020, C 406/18, vom 19. November 2019, C 585/18, vom 16. Oktober 2019, C 189/18, vom 24. Juni 2019, C 619/18, vom 8. Mai 2019, C 230/18, und vom 15. Oktober 2015, C 581/14 (jeweils mwN).

171 Vgl § 41 VwGG.

TABELLE 3 - KRITERIEN FÜR EIN »TRIBUNAL« iSD ART 6 EMRK

Gegenüberstellung der für die Qualifikation einer Einrichtung als »Tribunal« iSD Art 6 EMRK bzw als »Gericht« iSD Art 47 EGRC primär maßgeblichen Kriterien	
»tribunal« iSD Art 6 EMRK	davon abweichende bzw darüber hinausgehende Kriterien nach Unionsrecht
<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ »civil-rights«-Angelegenheit oder »criminal charge«</li> <li>▷ Gesetzliche Grundlage für die Zuständigkeit, das Verfahren und die Richterernennung</li> <li>▷ Unabhängigkeit (keine externe sachliche Einflussnahme; gesetzliche Abberufungsgründe und gerichtliches Abberufungsverfahren; Entziehung zugeteilter Rechts-sachen nur durch gerichtliche Entscheidung)</li> <li>▷ Unparteilichkeit (objektiver und subjektiver Test, insbesondere: Verbot [des Anscheins] der Funktionsvermischung)</li> <li>▷ Gesetzlich festgelegte Funktionsdauer</li> <li>▷ Gerichtliche Funktion – Streitentscheidung</li> <li>▷ Streitiger (kontradiktorischer) Charakter des Verfahrens</li> <li>▷ Uneingeschränkte Kognitionsbefugnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht</li> <li>▷ Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsbegründung</li> <li>▷ Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit der Entscheidung</li> <li>▷ Kein »overruling« der Entscheidung durch ein Nicht-Tribunal</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ grundsätzlich unbeschränkter Anwendungsbereich, solange eine »Durchführung des Unionsrechts« vorliegt</li> <li>▷ effektive Gewährleistung des Vorranges des Unionsrechts durch                         <ul style="list-style-type: none"> <li>• autonome Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität ohne diesbezügliche Bindung an die Rechtsansicht anderer – allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter – Gerichte</li> <li>• Nichtanwendung unionsrechtswidriger innerstaatlicher Normen</li> <li>• Sicherstellung der Effektivität zur Initiierung von Vorabentscheidungsersuchen</li> <li>• ggf Beugehaft gegenüber Behördenorganen zur Durchsetzung des Unionsrechts</li> </ul> </li> <li>▷ Überprüfbarkeit von Richterernennungen</li> <li>▷ Sicherung der Durchsetzbarkeit des Unionsrechts ggf im Wege von Beugehaft gegen Behördenorgane</li> </ul>
<p>➔ Vgl im Einzelnen insbesondere die in European Court of Human Rights (Hrsg), Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial, civil limb (Stand: 31. August 2020), 34 ff, bzw criminal limb (Stand: 31. Dezember 2020), 18 ff, zahlreich angeführten Entscheidungen</p> <p>sowie</p> <p>➔ beispielsweise EuGH vom 21. Jänner 2020, C-274/14, vom 19. Dezember 1919, C-752/18, vom 8. April 2020, C-791/19-R, vom 26. März 2020, C-542/18, vom 19. März 2020, C-406/18, vom 19. November 2019, C-585/18, vom 16. Oktober 2019, C-189/18, vom 24. Juni 2019, C-619/18, vom 8. Mai 2019, C-230/18, und vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (jeweils mwN)</p>	

Tabelle 3 – Kriterien für ein »Tribunal« iSD Art 6 EMRK

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

- 166 Diese zufolge entsprechender historischer Rahmenbedingungen eher ungünstige innerstaatliche Ausgangsbasis<sup>172</sup> bedeutet aber noch nicht, dass jenes das Verfahren der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts prägende **Kassationssystem** nicht (bzw zumindest **grundsätzlich**) ebenfalls dazu **geeignet** wäre, ein insgesamt konventionswidriges »overruling« zu verhindern; entscheidend ist insoweit freilich, wie dieses System im konkreten Anlassfall jeweils **tatsächlich in die Praxis umgesetzt** wird bzw wurde<sup>173</sup>.
- 167 Denn gleichsam »von System wegen« reduziert sich die **Quintessenz** der Entscheidung des VfGH bzw des VwGH – wenn man unter einem die Anforderung der autonomen Beurteilung der Unionsrechtskompatibilität mitberücksichtigt – nämlich auf die bloße **Feststellung**, dass die angefochtene Gerichtsentscheidung in **konkreten** und zudem lediglich **innerstaatlich** maßgeblichen Punkten **rechtswidrig** und deshalb **aufzuheben** ist.
- Damit ist aber die gerichtliche Beschwerde gegen den Bescheid **prozessual noch nicht abschließend erledigt**: Vielmehr ist das VwG aufgrund dieser Feststellungsentscheidung dazu verhalten, in einem fortgesetzten Verfahren **neuerlich** eine Sachentscheidung zu treffen, wobei am Ende ausschließlich **Letztere** – im Falle und in Form ihrer **reformatorischen Rechtskraft** – eine **sachliche Verbindlichkeit herstellt**.
- Somit liegt aber im Ergebnis (zumindest grundsätzlich<sup>174</sup>) eine solche **Sacherledigung** vor, die den Gesamtanforderungen des Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC standhält.
- 168 Im Kern bedeutet dies allerdings zugleich auch, dass der **EGMR**, obwohl sich eine an diesen gerichtete Individualbeschwerde formell gegen die Entscheidung des VfGH, des VwGH oder auch des OGH – bzw genauer: gegen die mit dieser Erledigung jeweils einhergehenden Bindung der vorgelagerten Instanzen an die letztgerichtliche Rechtsmeinung – wendet, angesichts einer derartigen systematischen Konzeption dann, wenn es hinreicht, dass zumindest in einer Instanz ein Tribunal agiert (und dies auch de facto so praktiziert wird), im Grunde **vorrangig** zu prüfen hat, ob die **unterinstanzliche Entscheidung** des VwG den Kautelen des Art 6 EMRK entsprochen hat, da ja der VfGH und der VwGH selbst diese Voraussetzungen wegen deren jeweils eingeschränkter Kognitionsbefugnis schon von vornherein nicht erfüllen können<sup>175</sup>.

172 Vgl aber in diesem Zusammenhang jüngst EGMR v 25.02.2021, 894/12, wonach auch ein übergeordnetes Gericht, dem eine reformatorische Entscheidungsbefugnis zukommt (indem es die Rechtssache nach jeder Richtung hin bezüglich Rechts- und Tatsachenfragen überprüfen kann), grundsätzlich dazu verpflichtet ist, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, wobei Ausnahmen von diesem Prinzip nur im Sinne einer restriktiven Interpretation der hierfür maßgeblichen Rechtfertigungsgründe zulässig sind. Soweit diese Anforderungen systembedingt nicht erfüllt werden (können), vermag also selbst die Ausstattung der übergeordneten Instanz mit voller Kognitionsbefugnis keine Gewähr für das Vorliegen eines tribunalmäßigen Verfahrens iSd Art 6 EMRK zu bieten.

173 Fraglos wäre es aus systematischem Blickwinkel optimal, wenn VfGH und VwGH jeweils über eine eigenständig-vollumfängliche Kognitionsbefugnis in sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht verfügen würden; dann wäre allerdings die hohe Zahl von Anlassfällen von diesen Gerichten de facto nicht zu bewältigen.

174 Nämlich nur dann und insoweit, als die VfGH- bzw VwGH-Entscheidung nicht über ihren Kompetenzbereich hinausgeht (und diesbezüglich als – absolut nichtiger – ultra-vires-Akt zu qualifizieren wäre).

175 Angesichts dessen ließe sich auch die Auffassung vertreten, dass eine Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges iSd Art 35 Abs 1 EMRK erst dann vorliegt, wenn die Entscheidung bzw die Ersatzentscheidung des VwG unanfechtbar geworden ist.



## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

Somit kommt es **in der Praxis entscheidend** darauf an, dass **zumindest** die Erledigung des VwG in **jeder Hinsicht** den Anforderungen des **Art 6 Abs 1 EMRK** bzw des **Art 47 EGRC** entspricht.

Vergleichsweise größere Schwierigkeiten bereitet es hingegen, im Zuge eines nach nationalem Recht bestehenden Kassationssystems nicht nur das zuvor illustrierte Kriterium eines unzulässigen »**outruling**«, sondern zudem auch die Befugnis sämtlicher innerstaatlichen Gerichte zur **autonomen Prüfung** der **Unionsrechtskompatibilität** von nationalem Recht **effektiv sicherzustellen**. 169

Für Fälle einer diesbezüglichen Meinungsdivergenz zwischen den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts einerseits und den bzw einem Verwaltungsgericht(en) andererseits können systematisch besehen nur folgende Alternativen erwogen werden: 170

- ▷ Einerseits könnten sowohl der VfGH als auch der VwGH ihre bisherige Praxis dahin ändern, dass sie **jeweils regelmäßig** eine **eigenständige Sachverhaltsfeststellung** (inklusive autonomer Beweisaufnahme etc) vornehmen und dann auf dieser Basis (nicht bloß eine kassatorische, sondern) eine **Sachentscheidung** treffen. Dies wäre dem VwGH nach aktueller innerstaatlicher Rechtslage im Wege einer ausdehnenden Heranziehung des § 42 Abs 4 VwGG ohnehin problemlos möglich; und auch der VfGH könnte die einer derartigen Vorgangsweise entgegenstehenden Bestimmungen des B-VG und/oder des VfGG wegen Widerspruches zum Unionsrecht unbeachtet lassen. Auf diese Weise würde die höchstgerichtliche Entscheidung jeweils (nicht nur in kassatorischer [bzw feststellende-deklaratorischer] Hinsicht, sondern zudem auch) **reformatorisch** (und damit [auch insoweit] die VwG-Entscheidung substituierend) **rechtskräftig**. Unter einem würde solcherart aber wiederum die Problematik der Nichtentsprechung zu Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC bezüglich des Kriteriums der bloß eingeschränkten Kognitionsbefugnis aufbrechen, wobei sich dieses Hindernis auch durch eine Übertragung der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit gemäß Art 144 B-VG auf den VwGH nicht eliminieren ließe.
- ▷ Andererseits könnte das VwG dann, wenn die Aufhebung seiner Entscheidung nicht nur wegen der Meinungsdivergenz in Bezug auf die Unionsrechtskompatibilität, sondern auch wegen (eines damit nicht zusammenhängenden) Widerspruches zu einer innerstaatlichen Norm erfolgte, nach Beseitigung der letztgenannten Rechtswidrigkeit im fortgesetzten Verfahren eine im Hinblick auf die Auslegung des Unionsrechts **gleichlautende** Entscheidung erlassen. Im Falle einer neuerlichen Beschwerdeführung könnte diese Ersatzerledigung dann – sofern sie jetzt nicht mehr gegen bloß nationales Recht verstößt – bloß wegen einer Meinungsdivergenz hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskompatibilität einer innerstaatlichen Norm seitens des VfGH bzw des VwGH **nicht mehr kassiert** werden. In der Praxis erscheint diese Variante allerdings deshalb kaum gangbar, weil sie zur Existenz von einander widersprechenden Auslegungsergebnissen und damit zu einer erheblichen **Rechtsunsicherheit** führen würde. Dass der insoweit ins Auge gefasste **Umweg**, dass sich das VwG anstelle der Wiederholung seiner Rechtsmeinung darauf zurückzieht, sich zB unter Berufung auf einen »integrationsfesten Verfassungskern« der Auffassung des Höchstgerichtes anzuschließen (und so allerdings den Vorrang des Unions-

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

rechts nicht zur Geltung kommen zu lassen), akzeptabel erscheint, könnte sich allenfalls (obiter dictum) dem Beschluss des EuGH vom 20. Jänner 2021, C-293/20, entnehmen lassen<sup>176</sup>. Dies deshalb, weil der Gerichtshof dann, wenn er einem tatsächlich und unter allen Umständen bedingungslos geltenden Vorrang des Unionsrechts anhängen würde, wohl kaum ein entsprechendes Zuwiderhandeln in Gestalt von – wie vom LVwG OÖ im Vorabentscheidungsersuchen nachdrücklich betont – mehreren hundert Entscheidungen bloß unter vordergründiger Berufung auf angeblich mangelhaft erfüllte Prozessvoraussetzungen hingenommen hätte. Der sonach resultierende Sukkus eines nur bedingten Vorranges des Unionsrechts bedürfte aber wohl einer expliziten Bestätigung durch den EuGH<sup>177</sup>.

171 Auf das Wesentliche verkürzt lässt sich somit der **aktuelle status quo** folgendermaßen charakterisieren:

---

➔ Seit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 kommt den Verwaltungsgerichten insofern eine umfangreiche faktische Machtbefugnis zu, als diese die einzige innerstaatliche Tribunalinstanz verkörpern, wobei letztlich allein deren Entscheidungen materiell rechtskräftig werden, sodass diese insofern nunmehr die Gestaltung der Sachfrage (= das »Führen der Verwaltung«) dominieren; aus prozessualer Sicht bedeutet dies, dass sich die Sachfrage des Verfahrens im Hinblick auf den Zwang zur Heranziehung von Amtssachverständigen de facto bereits bei den Behörden, spätestens jedoch vor den Verwaltungsgerichten entscheidet.

---

## 2. Völkerrechtskonformität im Lichte des Grundsatzes der doppelten Bedingtheit

172 Vor dem Hintergrund des dem österreichischen Verfassungsrecht inhärenten Prinzips der »**doppelten Bedingtheit**«, wonach jene innerstaatliche Regelung, die Unionsrecht umsetzt, sowohl den europarechtlich als auch den national maßgeblichen Anforderungen des höherrangigen Rechts entsprechen muss<sup>178</sup>, löst ein mit Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC harmonisierendes Auslegungsergebnis per se noch nicht die Problematik, ob sich die durch den zuvor dargestellten Paradigmenwechsel bewirkte Modifikation des Trennungsprinzips als (noch) baugesetzmäßig qualifizieren lässt.

176 Vgl in diesem Sinne zB statt vieler LVwG OÖ v 17.02.2021, LVwG-413731.

177 Einen weiteren Ansatz in diese Richtung bildet der Umstand, dass der EuGH – wenngleich in bloß eng begrenzten Ausnahmefällen – die Aufrechterhaltung einer temporären Unionsrechtswidrigkeit akzeptiert (vgl zB EuGH vom 28. Juli 2016, C-379/15, sowie jüngst EuGH vom 27. Juni 2019, C-579/17); vgl dazu näher A. Grof, Verwaltungsstrafrecht: Kumulation – Verhältnismäßigkeit – Koordination, SPWR 2019, 257 ff.

178 Vgl zB H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer/K. Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl (2015), RN 246/8; siehe dazu auch oben, RN 78 und FN 93.

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

Denn aus **innerstaatlich-verfassungsrechtlichem Blickwinkel** können etwa weder der Hinweis, dass dem Wandel von einer ursprünglich bloßen Rechtmäßigkeitskontrolle hin zu einer rechtspolitischen Dispositionsbefugnis der Gerichte in Verwaltungssachen (wenngleich vom Gesetzgeber eher unbewusst, so dennoch) mit der Einrichtung der Unabhängigen Verwaltungssenate durch die B-VG-Novelle BGBl 685/1988 – damals allerdings noch eingegrenzt auf einen eng überschaubaren Teilbereich – zumindest **der Weg bereitet** worden war<sup>179</sup>, noch der vom VfGH bloß auf die insoweit vagen Gesetzesmaterialien gestützte Erklärungsversuch, dass die VwG von der Möglichkeit einer kassatorischen Erledigung (bzw Zurückverweisung) »nur bei krassen und besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch« machen dürfen<sup>180</sup> – bzw umgekehrt formuliert: diese prinzipiell stets eine Sachentscheidung treffen müssen<sup>181</sup> – im Hinblick auf eine allfällige Grundprinzipienwidrigkeit im Raum stehende Bedenken ausräumen.

173

Beide Sichtweisen berücksichtigen nämlich nicht gebührend, dass der mit einer umfassenden Kognitionsbefugnis bzw mit einer Hinwendung von einer bloß kassatorischen zu einer reformatorischen Entscheidungsbefugnis verbundene Wandel notwendigerweise auch eine (im Vergleich zur vorgelagerten B-VG-Novelle 1988 nicht mehr bloß relativ marginale, sondern durchaus) **weit reichende Verschiebung der rechtspolitischen Gestaltungsbefugnis** von der Verwaltung hin zur Gerichtsbarkeit (des Öffentlichen Rechts) nach sich zieht.

174

Wie bereits zuvor betont, wird diese Problematik zusätzlich noch dadurch verschärft, dass dem VfGH und dem VwGH nunmehr jeweils nur noch eine »**Grobprüfungskompetenz**« zukommt<sup>182</sup>, was eben dazu führt, dass solcherart nicht zuverlässig ausgeschlossen ist, dass im Ergebnis die Entscheidungen von »Gerichten« iSd Art 6 EMRK bzw Art 47

175

179 Da die UVS aus verfassungsrechtlicher Sicht keinen Gerichts-, sondern bloß Behördencharakter aufgewiesen und dem entsprechend das AVG anzuwenden hatten, kam insoweit auch bereits die restriktive Judikatur des VfGH zu § 66 Abs 2 AVG zum Tragen, wonach eine Zurückverweisung nur in engen Grenzen zulässig und damit im Regelfall – wenngleich damals noch beschränkt auf das (gesamte) Verwaltungsstrafverfahren sowie auf bloß vereinzelte (sich im Lauf der Zeit jedoch vermehrt habende; vgl insbesondere das »Verwaltungsreformgesetz 2001«, BGBl I 65/2002) Materiengesetze im Bereich des Administrativverfahrens – eine Sachentscheidung der UVS geboten war (vgl zB die Nachweise bei *W. Hauer/O. Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Aufl [2004], 852 ff, und *J. Hengstschläger/D. Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Teilband (2007), RN 9 ff zu § 66 AVG).

180 Vgl VfGH vom 26. Juni 2014, Ro 2014/03/0063, sowie aus jüngerer Zeit VfGH vom 17. Dezember 2020, Ra 2018/06/0241 (Notwendigkeit einer Gutachtenseinholung rechtfertigt Zurückverweisung nicht).

181 Anderer Ansicht *A. Grof*, Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt, in N. Raschauer/W. Wessely (Hrsg), Kommentar zum VwGVG (2018), 333 ff.

182 Vgl VfGH vom 12. März 2014, E 30/2014: »Mit der Einführung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ... hat der Verfassungsgesetzgeber das durch den Verfassungsgerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof gebildete Rechtsschutzgefüge maßgeblich verändert. Während bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl I 51/2012 mit 1. Jänner 2014 (...) gegen letztinstanzliche Bescheide der Verwaltungsbehörden grundsätzlich an beide Höchstgerichte des öffentlichen Rechtes ohne weitere Beschränkungen der Rechtsbehelf der Beschwerde zulässig war, kann dieser Rechtsbehelf seither nur mehr gegen Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte erster Instanz und nur noch an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Erkenntnisses eines Verwaltungsgerichtes ist hingegen nur noch mittels einer Revision möglich, deren Erhebung nicht uneingeschränkt zulässig ist.«.

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

EGRC in europarechtswidriger Weise durch Entscheidungen von »Nicht-Gerichten« iSd Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC substituiert werden<sup>183</sup>.

- 176 Schließlich kann – im Sinne einer »**normativen Kraft des Faktischen**« – auch der Umstand, dass die umfassende Verlagerung der Sachentscheidungsbefugnis von der Verwaltung auf die<sup>184</sup> (unter-)gerichtliche Ebene mittlerweile als **tatsächlich etabliert** zu konstatieren ist, nicht über eine mögliche Grundprinzipienwidrigkeit dieser Konzeption hinwegtäuschen<sup>185</sup>: Denn insoweit liegt lediglich ein rechtspolitisches Argument vor, dem aus rechtsdogmatischem Blickwinkel – wenn überhaupt, so – nur ein geringer Überzeugungswert zukommt.
- 177 Am ehesten lässt sich der Befund von verfassungswidrigem Verfassungsrecht wohl nur dadurch hintanhaltend, dass die Bestimmung des Art 130 Abs 4 B-VG **nicht** als ein gleichsam »**absolutes**« **Gebot zur Sachentscheidung** ausgelegt wird, sondern vielmehr im Sinne einer grundprinzipienkonformen Interpretation in einem **ersten Schritt** davon auszugehen ist, dass die Funktion der Ausübung von **rechtspolitischer Gestaltungsbe-  
fugnis**, die quasi von Verfassung wegen ein **archetypisches Element** einer **Verwaltungs-  
kompetenz** verkörpert, damit **schon a priori nicht** in das **Ermessen** der Behörden gestellt ist, sondern eine **verfassungsrechtliche Verpflichtung** für diese verkörpert.

183 Vgl zB schon EGMR vom 19. April 1994, 16034/90, und vom 25. Februar 1997, 22107/93, sowie jüngst vom 16. Juni 2020, 72164/14.

184 Zwar muss eine Beschwerde an die VwG »die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt« (§ 9 Abs 1 Z 3 VwGVG) sowie »die Erklärung über den Umfang der Anfechtung« (§ 9 Abs 3 VwGVG) enthalten. Wenngleich diese Bestimmungen hinsichtlich ihrer Formulierungen offenkundig als an § 28 Abs 1 Z 4 VwGG bzw an § 28 Abs 2 VwGG angelehnt erscheinen, lässt sich insoweit aus dem Gesetzgebungsprozess dennoch zweifelsfrei ableiten, dass damit gerade keine gleichartigen Prozessvoraussetzungen, sondern für das VwG-Verfahren deutlich weniger anspruchsvolle Anforderungen, die keine Einschränkung des Prüfungsumfanges intendieren, normiert werden sollten (vgl näher *A. Larcher*, in: N. Raschauer/W. Wessely [Hrsg], Kommentar zum VwGVG [2018], 127, mwN). Anders als beim VwGH wird daher die – nicht mit dem Prüfungsumfang zu vermengende – **Kognitionsbefugnis der VwG** nicht erst durch die Verfahrensparteien jeweils fallbezogen-konkret konstituiert, sondern diese ist schon vorweg durch Gesetz, dh – um insoweit auch den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK zu entsprechen – als prinzipiell (nämlich: abgesehen vom **Prüfungsumfang** iSd § 27 VwGVG, der einerseits durch den im Wege des angefochtenen Bescheides sachlich umgrenzten Beschwerdegegenstand und andererseits durch die materiellen Grenzen der Beschwerdegründe gemäß § 9 Abs 1 Z 3 VwGVG [vgl dazu LVwG OÖ vom 8. Februar 2021, LVwG-400510, dessen Leitsätze oben, FN 144, wiedergegebenen sind] eingeschränkt wird) **schränkenlos**, festgelegt. Das VwG prüft also die Frage der **Rechtmäßigkeit** des angefochtenen Bescheides stets in vollem Umfang (und nicht bloß hinsichtlich Grundrechtsbeeinträchtigungen oder beschränkt auf grundsätzliche Rechtsfragen) und nach dem Abschluss des Beschwerdeverfahrens tritt die VwG-Entscheidung, die eine Erledigung (in) der Sache selbst verkörpert, zumindest dogmatisch besehen auch in vollem Umfang an die Stelle des angefochtenen Bescheides (und zwar selbst dann, wenn die Beschwerde abgewiesen wurde). Dies bedeutet allerdings nicht, dass das VwG auch einen im praktischen Rechtsleben erforderlichen Verwaltungsakt aus eigenem substituieren müsste: Wird beispielsweise einer Beschwerde auf Erteilung einer Lenkerberechtigung stattgegeben, so ist vielmehr die Behörde gemäß § 28 Abs 5 VwGVG dazu verpflichtet, dem Beschwerdeführer in Umsetzung der VwG-Entscheidung ein entsprechendes Dokument auszustellen (vgl näher *A. Grof*, in: N. Raschauer/W. Wessely [Hrsg], VwGVG-Kommentar [2018], 403 ff, mwN).

185 Vielmehr handelt es sich insoweit um ein plastisches Beispiel für eine bereits an der Grenze zur Korrektur liegende Umwandlung des gesetzgeberischen Willens durch Gerichte im Sinne von *I. Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich (2018), insb 178 ff, wobei die von der Autorin angesprochene »Kompetenzlücke« hier dadurch entstanden ist, dass zu dieser Problematik eine richtungsweisend-stringente Entscheidung des diesbezüglich letztkompetenten VfGH bislang immer noch fehlt.

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

Von dieser Basis ausgehend muss die Behörde weiters vor allem danach trachten, ihren rechtspolitischen Willen in Form einer in jeder Weise **rechtmäßigen Entscheidung** umzusetzen, in der Folge aber auch danach, eine **inhaltliche ex-post-Modifikation** der von ihr vorgenommenen Erledigung durch nachprüfende Gerichte weitest möglich dadurch zu **verhindern**, dass sie die ihr in diesem Zusammenhang zukommenden verfahrensrechtlichen Instrumentarien – wozu insbesondere die Erlassung einer **Beschwerdevor-entscheidung** (§ 14 VwGVG), die Erhebung eines **Widerspruches** (§ 28 Abs 3 VwGVG) und die **Nachholung** des Bescheides im Säumnisfall (§ 16 VwGVG) zählen – **tatsächlich** und **effektiv** zum **Einsatz** bringt.

178

**Ex post** betrachtet kommt der Behörde letztlich auch die Möglichkeit zu, gegen die Entscheidung des VwG eine **Amtsrevision** an den VwGH zu erheben (Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG). In diesem Zusammenhang ist zwar darauf hinzuweisen, dass dieser Rechtsbehelf bei richtigem Verständnis<sup>186</sup> in **mehrfacher Hinsicht beschränkt** – und dadurch der Umfang der Prüfungsbefugnis des VwGH entsprechend eingegrenzt – ist<sup>187</sup>, nämlich insbesondere dahin, dass

- ▷ zunächst der **Umfang**, in dem die VwG-Entscheidung angefochten wird, festgelegt werden muss (zB in vollem Umfang, nur hinsichtlich einzelner Spruchpunkte etc)<sup>188</sup>;
- ▷ die **Zulässigkeit**, dh gesondert und gegebenenfalls unter detailliertem Hinweis auf entsprechende VwGH-Judikatur zu begründen ist, **dass, inwiefern** und **welche grundsätzliche(n) Rechtsfrage(n)** im Zuge des Revisionsverfahrens zu klären ist (sind);
- ▷ eine – von der Zulässigkeitsfrage zu trennende (und mit dieser nicht zu vermischende) – **sachliche Begründung** dafür, weshalb die angefochtene VwG-Entscheidung als rechtswidrig erachtet wird, vorgebracht werden muss; in diesem Zusammenhang sind jene **objektiv-öffentlichen Interessen**, gegebenenfalls aber auch – wenngleich eine Amtsrevision, die generell der Wahrung der Rechtmäßigkeit dienen soll, in der Praxis so gut wie nie im Interesse einer staatsfremden Person erhoben wird – jene **subjektiven Rechte** zu bezeichnen, die durch die bekämpfte VwG-Entscheidung beeinträchtigt wurden; und
- ▷ im Zuge der Begründung **keine Verfassungsfragen** releviert werden dürfen<sup>189</sup>.

Allerdings zeigt sich in der Praxis, dass eine derartige Prüfung in der Praxis kaum stringent vorgenommen wird.

186 Dies dürfte der VfGH mit seiner Aussage im Beschluss vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, RN 29, dass eine rechtswidrige Handhabung des § 28 VwGG durch den VwGH nicht überprüft werden kann, im Auge gehabt haben.

187 Vgl dazu näher oben, FN 144 und 145.

188 Daran knüpfen sich gegebenenfalls kostenrechtliche Folgen, etwa, inwieweit der Mitbeteiligten Partei ihre Kosten dann zu ersetzen sind, wenn einer »in vollem Umfang erhobenen« Amtsrevision nur teilweise stattgegeben wird.

189 Gesamthaft betrachtet unterscheiden sich somit Amtsrevisionen von Revisionen staatsfremder Personen nur insoweit, als mit ersterer sowohl subjektive als auch objektive, mit letzterer hingegen nur subjektive Rechtsverletzungen geltend gemacht werden können, wobei der Umfang der Prüfungsbefugnis des VwGH – im Gegensatz etwa zu jenem des VfGH in einem Erkenntnisbeschwerdeverfahren gemäß Art 144 Abs 1 B-VG – nicht schon vorweg von Gesetzes wegen feststeht, sondern erst fallkonkret durch die Verfahrensparteien festgelegt wird.

## BLOSSE KASSATIONSBEFUGNIS ALS PROBLEMFALL

- 179 Vor einem derartigen Hintergrund, bei dem sich die genannten Behördenpflichten und das Gebot der Verwaltungsgerichte zur reformatorischen Entscheidung gleichwertig gegenüberstehen, **relativiert** sich das (vom VfGH vorschnell propagierte und zudem einer Neigung zur Arbeitsvermeidung bzw Aufgabendelegation geradezu Vorschub leistende) »Striktheits-Gebot« auf ein solches zu einer **prinzipienkonform-moderateren Interpretation**: Danach dürfen die VwG nur in den **verfassungsmäßig explizit** angeführten Fällen – nämlich, wie sich dies aus Art 130 Abs 4 B-VG ergibt, **generell** nur in Verwaltungsstrafsachen, in **Administrativverfahren** hingegen **nur** bei feststehendem Sachverhalt oder dann, wenn dessen vergleichsweise **raschere bzw kostensparendere Feststellung** durch das VwG selbst erfolgen kann – eine Sachentscheidung treffen.
- Zu betonen ist, dass es sich insoweit jeweils um die **Interpretation von Verfassungsbegriffen** handelt, hinsichtlich der dem **VfGH keine Letztkompetenz** zukommt<sup>190</sup>, sodass diesbezüglich auch **keine Bindungswirkung** für die VwG besteht<sup>191</sup>.
- Anders gewendet lässt die Verfassung eine Auslegung des § 28 VwVfG so, wie vom VfGH intendiert, nur dann zu, wenn sich das Ausmaß des Überganges des Führens der Verwaltung auf die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts nicht unsachlich ist oder gegen den Trennungsgrundsatz des Art 94 B-VG verstößt<sup>192</sup>.
- 180 Soweit **einfachgesetzliche Ermächtigungen** wie § 28 Abs 2 bis 4 VwGVG darüber hinausreichen, müssen einerseits die **Behörden** ein besonderes Augenmerk darauf legen, die vorerwähnten, ihnen zur Sicherstellung der politischen Gestaltungsbefugnis eingeräumten **verfahrensmäßigen Befugnisse** zur Geltung zu bringen; andererseits und unabhängig davon haben auch die **VwG** in derartigen Konstellationen **weitest mögliche Zurückhaltung** zu üben<sup>193</sup>, zumal in der Praxis bei korrekter Sichtweise die Voraussetzungen des Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG eher nur selten erfüllt sein werden.
- 181 Vor einem derartigen Hintergrund muss das VwG also jeweils im **konkreten Einzelfall** – freilich unter Beachtung der zuvor dargestellten Anforderung, dass dessen Verfahren **im Ergebnis** insbesondere dem Art 6 Abs 1 EMRK bzw dem Art 47 EGRC entsprochen haben muss (was eine interimistische Zurückverweisung allenfalls nur unter dem Aspekt einer angemessenen Verfahrensdauer ausschließt)<sup>194</sup> – beurteilen, ob mit Sachentscheidung oder Kassation vorzugehen ist, wobei aus national-verfassungsrechtlicher Sicht **im Zweifel** eher der letzteren Variante der Vorzug zu geben ist.
- 182 In der Form einer derartigen »**Restriktions- und Zweifelsregel**« scheint die Annahme, dass sich die mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 vorgenommene Verschiebung der rechtspolitischen Gestaltungsbefugnis von der Verwaltung hin zu den Verwaltungs-

190 Vielmehr liegt diese beim VfGH; vgl näher RN 265.

191 Vgl dazu näher RN 266 ff.

192 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der VfGH bereits früher (vgl VfGH vom VfSlg 8202/1977 sowie VfGH vom 28.06.2011, B 254/11, und vom 14.10.1987, B 267/86) entschieden hat, dass bei verfassungs- und unionsrechtskonformer Interpretation eine reformatorische Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit (damals: des VfGH) – anstelle bloßer Kassatorik – nicht verfassungswidrig wäre.

193 Vgl näher dazu A. Grof, in: N. Raschauer/W. Wessely (Hrsg), Kommentar zum VwGVG (2018), Vorbemerkung zu §§ 28 ff, 338 ff.

194 Vgl dazu oben, RN 174 ff.

## ALLGEMEINES ZUM RECHTSSTAATSPRINZIP

gerichten in gerade noch vertretbaren Grenzen hält, im Sinne einer **grundprinzipienkonformen Interpretation** als tolerierbar<sup>195</sup>.

Dies wird freilich nichts daran ändern, dass sich in der **Praxis** die Judikatur des VwGH faktisch durchsetzen und davon ausgehend im Wege einer – wenngleich systematisch **unzulässigen** – »**schleichenden Gesamtänderung der Verfassung**« das »**Führen der Verwaltung**« im Sinne planend-vorausschauenden Gestaltens von dieser auf die Gerichtsbarkeit übergehen und demgemäß die Funktion von (früher unter- und mittelinstantlichen) Behörden mittelfristig hauptsächlich auf **reine Exekutivbefugnisse** (im Sinne von Inspektions- und Kontrolltätigkeiten) **reduziert** werden wird.

183

#### IV. Durch das rechtsstaatliche Grundprinzip bedingte Rahmenvorgaben

##### A. Allgemeines zum Rechtsstaatsprinzip

Wenngleich das Rechtsstaatsprinzip in innerstaatlichen Verfassungsnormen als solches **keine explizite Erwähnung** findet, ist dennoch allgemein unstrittig, dass dieses ein Baugesetz iSd Art 44 Abs 3 B-VG verkörpert: Aus rechtssystematischem Blickwinkel ist es gleichsam – analog dem gewaltenteilenden Grundprinzip – als ein sich aus **einzel-spezifischen Teilkomponenten** – wozu in erster Linie das **Legalitätsprinzip** (Art 18 Abs 1 B-VG)<sup>196</sup> und die Institutionalisierung von **unabhängigen Rechtsschutzeinrichtungen** (vgl die Art 82 ff und Art 129 ff B-VG) zählen – zusammensetzender **Gesamtkomplex** anzusehen<sup>197</sup>, der seine **faktische Effektivität** im **Zusammenwirken** mit **anderen verfassungsmäßigen Baugesetzen** (vor allem mit dem demokratischen, dem liberalen und dem gewaltenteilenden Grundprinzip) entfaltet<sup>198</sup>.

184

Inhaltlich betrachtet ist das rechtsstaatliche Grundprinzip – etwa im Unterschied zur Gewaltenteilung, deren Verwirklichung sich auf eine (zudem bloß grundsätzliche; vgl Art 94 Abs 2 B-VG) Trennung zwischen den beiden Vollzugsfunktionen »Justiz« und »Verwaltung« beschränkt – nicht bloß rudimentär, sondern **tendenziell**, vor allem in formeller Hinsicht<sup>199</sup>, **vollumfänglich** verwirklicht.

185

Dazu hat nicht nur die **Judikatur** des **EGMR**, des **EuGH** und des **VfGH** – die jeweils übereinstimmend davon ausgeht, dass die **EMRK** und die **EGRC** nicht bloß theoretische oder illusorische, sondern **materiell-effektive Gewährleistungen** garantieren, die von den Mitgliedstaaten gegenüber ungerechtfertigten Eingriffen der öffentlichen Gewalt

186

<sup>195</sup> Im Ergebnis ebenso – aber mit anderer Begründung – *Th. Öhlinger*, Abschied von den UVS, ZUV 2012, 55.

<sup>196</sup> Siehe dazu schon oben, RN 4.

<sup>197</sup> Vgl zB oben, RN 15.

<sup>198</sup> Vgl zur wachsenden Bedeutung der Gewaltenteilung im Lichte der Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK an die richterliche Unabhängigkeit vgl jüngst auch EGMR vom 09.03.2021, 1571/07, RN 96; ebenso auch EuGH vom 02.03.2021, C-824/18, zu Art 19 EUV.

<sup>199</sup> Nämlich in Bezug auf Organisation und Verfahren; vgl *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 10. Aufl (1983).

## RECHTSSTAAT ALS RECHTSSCHUTZSTAAT

in **tatsächlich wirksamer Weise** zu schützen sind – beigetragen, sondern auch der Umstand, dass die »Rechtsstaatlichkeit« nunmehr in **Art 2 EUV explizit** als ein »Wert, auf die sich die Union gründet«, positiviert ist, wobei **Art 7 EUV** zudem einen eigenständigen – wenngleich in der Praxis nicht sonderlich durchschlagkräftigen<sup>200</sup> – **Sicherstellungsmechanismus** hinsichtlich dieses Grundwertes der EU vorsieht.

## B. Rechtsstaat als Rechtsschutzstaat

187 Hinsichtlich der einzelnen Komponenten des Rechtsstaatsprinzips kommt für den Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts dem Teilaspekt des **Rechtsschutzes** vorrangige Bedeutung zu.

Denn in diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, welche Determinanten vor allem insoweit eine Bindungswirkung für die untergrundprinzipienrechtlichen Normsetzungsorgane – und unter diesen vornehmlich für den »normalen« Verfassungs- und den einfachen Gesetzgeber – konstituieren.

188 Nach dem Konzept des B-VG ist das innerstaatliche Rechtsschutzsystem traditionell »**aktionenrechtlich**« konzipiert<sup>201</sup>, dh, dass den einzelnen stufenbaumäßig zu differenzierenden Rechtssatzformen jeweils ein spezifisches Rechtsschutzinstrumentarium (mit gleichzeitiger Ausschlusswirkung in Bezug auf parallele Rechtsbehelfe) zugeordnet ist<sup>202</sup>.

189 Damit verbindet sich allerdings (schon systembedingt) die Konsequenz, dass kein Rechtsschutz besteht, soweit sich ein konkretes staatliches Handeln nicht einem spezifischen Rechtssatztypus zuordnen lässt<sup>203</sup>, bzw anders formuliert: Der Rechtsschutz ist nach einem derartigen nationalen Verfassungskonzept **nicht lückenlos**<sup>204</sup> verwirklicht. Dass vor diesem Hintergrund die außerhalb des sog »**Fehlerkalküls**« gesetzten Akte als **ex tunc absolut nichtig** anzusehen sind<sup>205</sup>, bedeutet für einen davon betroffenen Normadressaten nicht nur keinen Gewinn, sondern vornehmlich deshalb eine gravierende

200 Vgl die jüngste Posse um den Tauschhandel »Rechtsstaatsprinzip gegen Ungarns und Polens Zustimmung zum EU-Budget« und dazu zB *O. Grimm*, Brüsseler Deal mit Beigeschmack, *Die Presse* v 11.12.2020; *Th. Mayer*, Kein Ende der EU-Verfahren gegen Ungarn und Polen in Sicht, *Der Standard* vom 19. Jänner 2021, 7; *P. Fischer*, Nein, Ungarn ist kein Rechtsstaat, *Die Presse* v 11.12.2020, *J. Opielka*, Polens »Hungarisierung«, *Die Furche* vom 18. Februar 2021.

201 Vgl dazu *B. C. Funk*, Die »Anwendung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt« im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: *D. Mayer-Maly* (Hrsg), *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart* (FS Hellbling – 1981), 178.

202 Vgl dazu schon oben, RN 34.

203 Vgl die Beispiele bei *R. Walter/H. Mayer*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 9. Aufl (2000), RN 167.

204 Wenngleich sich der VfGH bemüht, einen möglichst umfassenden Rechtsschutz einzufordern, sodass zB die nach Art 94 Abs 2 B-VG zulässige »sukzessive Kompetenz« der Gerichte nicht dazu führen darf, dass Letzteren die Überprüfung eines behördlichen Ermessens, das gegebenenfalls einem angefochtenen Bescheid zu Grunde liegt, verunmöglicht wird (vgl VfGH vom 11. Dezember 2020, G 264/2019; siehe demgegenüber jedoch den Beschluss des VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, mit dem im Ergebnis eine Rechtsschutzlücke sehenden Auges in Kauf genommen wird).

205 Zu mangels »Fehlerkalkül« (fehlendem Rechtsschutzinstrumentarium) absolut nichtigen Akten vgl jüngst VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, RN 30 (Kundmachung von VwGH-Beschlüssen gemäß § 38a VwGG im BGBl).



## RECHTSSTAAT ALS RECHTSSCHUTZSTAAT

Schlechterstellung, weil ihm keine unmittelbare prozessuale Möglichkeit zur Geltendmachung dieses Umstandes in die Hand gegeben ist<sup>206</sup>.

Im Übrigen kennt die innerstaatliche Verfassung prinzipiell **kein Grundrecht** des Einzelnen darauf, dass im Zuge der (Neu-)Erlassung von Gesetzen – nämlich, soweit bloß objektives Recht geregelt wird<sup>207</sup> – jeweils auch eine subjektive Rechtsstellung des Einzelnen konstituiert wird, die im weiteren mit einer **Parteistellung** zu deren verfahrensmäßiger Durchsetzung verbunden ist. 190

Diesem prinzipiellen Manko versucht nicht nur der VfGH mit der Ausbildung von **differenzierten**, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten **Anforderungen** entgegenzuwirken, so zB, dass Rechtsschutzeinrichtungen bzw Rechtsbehelfe ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effektivität aufweisen müssen<sup>208</sup>, wozu insbesondere zählt, dass einem Rechtsmittel in der Regel aufschiebende Wirkung zukommt<sup>209</sup>: 191

Denn auf supranationaler Ebene stellen weder der EGMR noch der EuGH auf Rechtsatzformen und/oder Beschwerdetypen, sondern – **materiell-ergebnisorientiert** – ausschließlich darauf ab, dass bzw ob durch eine staatliche Handlung (welcher Art auch immer) die angefochtene Grundrechtsbeeinträchtigung erfolgte<sup>210</sup>. 192

Gesamthaft betrachtet lässt sich somit eine **grundlegende Dichotomie** zwischen dem österreichisch-innerstaatlich-formellen Ansatz und dem europarechtlich materiellen Zugang konstatieren. 193

Diese offenbart sich vor allem darin, dass es den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts deshalb gelegentlich entsprechende **Schwierigkeiten** bereitet, die **Judikatur** des EGMR bzw des EuGH **vollinhaltlich** zu übernehmen<sup>211</sup>.

206 Selbst die mittelbare Geltendmachung im Wege der Inkaufnahme der Zurückweisung eines Rechtsmittels mit der Begründung, dass der angefochtene Akt wegen Fehlerhaftigkeit als absolut nichtig anzusehen ist, ist mit teilweise nicht unerheblichen Prozesskosten verbunden.

207 Hierzu zählt traditionell zB das Naturschutzrecht; sa VwGH vom 16. 02. 2021, Ra 2021/04/0018; vgl demgegenüber jedoch VwGH vom 28. 01. 2021, Ro 2019/02/0017, wonach aus § 43 Abs 1 lit d StVO für Menschen mit Behinderungen ein subjektives Recht auf Erlassung eines entsprechenden Halteverbots abzuleiten ist bzw im Fall des Nichtvorliegens der Voraussetzungen ein (negativer) Bescheid in der Sache zu ergehen hat.

208 Vgl *R. Walter/H. Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 9. Aufl (2000), RN 167.

209 Vgl schon VfGH vom 26. Februar 1997, V 116/96.

210 Wie sich aus Art 35 EMRK ergibt, bedeutet dies freilich nicht, dass eine EGMR-Beschwerde deshalb keinerlei formelle Anforderungen erfüllen müsste, im Gegenteil: In der Praxis werden diese Prozessvoraussetzungen vom EGMR vielmehr derart hochstilisiert, dass bloß eine minimale Anzahl aller Beschwerden diese Hürde zu überwinden vermögen; vgl dazu *E. Schöpfer*, Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, NLMR 2017, 307 ff, und *W. Karl*, 25 Jahre »Newsletter Menschenrechte«, NLMR 2017, 405.

211 So zB im Zusammenhang mit dem Verbot der Mehrfachverfolgung und -bestrafung bzw mit dem Kumulationsprinzip – siehe paradigmatisch die (nicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern) auf das Argument, dass zumindest dann, wenn in der nationalen Rechtsvorschrift eine unüberschreitbare Strafobergrenze festgelegt ist, schon von vornherein keine unionsrechtlichen Bedenken bestünden, geradezu kleinkariert anmutende Verteidigung des Kumulationsprinzips in VwGH vom 05. 03. 2021, Ra 2020/09/0063; vgl demgegenüber zB LVwG OÖ vom 21. 12. 2020, LVwG-413858, sowie allgemein näher *A. Grof*, Ne bis in idem – das »Zolotukhin«-Urteil des EGMR, SPRW 1/2011-V & V-J-1; *ders*, Verwaltungsstrafrecht: Kumulation – Verhältnismäßigkeit – Koordination, SPWR 2019, 257 ff.

## GERICHTE ALS GARANTEN DES RECHTSSCHUTZES

## C. Gerichte als Garanten des Rechtsschutzes

- 194 Das Grundkonzept der österreichischen Verfassung besteht darin, dass die Staatsfunktion »**Verwaltung**« die **öffentlichen (= staatlichen) Interessen** nach ihren **politischen Zielvorstellungen** in die Wirklichkeit umsetzt.
- 195 Hierzu bedarf sie jeweils einer entsprechenden materiengesetzlichen Grundlage (die nur für Ausnahmekonstellationen einen nicht präzise determinierten Gestaltungsspielraum offenlassen darf, in der Regel also die **materiell-rechtspolitische Basisentscheidung umfassend festlegen** muss).
- Dieser sog »**Totalvorbehalt**« (vgl Art 18 Abs 1 B-VG: »**auf Grund der Gesetze**«<sup>212</sup>) ist vornehmlich dadurch bedingt, dass (infolge insoweit **gänzlich fehlender Gewaltentrennung**) der Inhalt der Gesetze zugleich regelmäßig ohnehin in vollem Umfang die Zielvorstellungen der Verwaltung widerspiegelt, und zwar in Gestalt von **Regierungsvorlagen**, die zudem auch noch eine zentrale Stellung im Zuge der höchstgerichtlichen Gesetzesauslegung einnehmen<sup>213</sup>.
- 196 Vor diesem Ausgangspunkt kommt der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit die **vorrangige Aufgabe** zu, darüber zu wachen, dass weder der Gesetzgeber noch die Verwaltung im Zuge der Umsetzung ihrer rechtspolitischen Zielvorstellungen in unzulässiger Weise in die **Grundrechtssphäre** der normunterworfenen Bürger eingreifen; zugleich ist insoweit aber auch ihr Verfassungsauftrag beschränkt<sup>214</sup>.
- In effektiver Weise lässt sich eine solcherart zielgerichtete Kontrolle nur dadurch erreichen, dass **Einflussnahmeinstrumentarien** der **Gesetzgebung** und der **Verwaltung** auf die Gerichtsbarkeit schon von **Verfassungs wegen ausgeschlossen** werden – und zwar **umso nachhaltiger, je weiter** diese Exklusion bereits auf oberster Normsetzungsebene reicht.

212 Gelegentlich wird vom VfGH auch ein gemildertes Legalitätsprinzip anerkannt – dies allerdings für in rechtspolitischer Hinsicht vergleichsweise »nebensächliche« Bereiche wie zB Raumordnung, während er andererseits selbst in Bezug auf Notfälle (wie etwa die gegenwärtige »Corona-Pandemie«) auf dem Totalvorbehalt-Konzept beharrt (vgl zB VfGH vom 14.07.2020, V 363/2020); dies bedeutet nicht nur einen unerklärlichen Wertungswiderspruch, sondern führt in den letztgenannten Situationen auch zur Paralyse von Krisenbewältigungsmaßnahmen.

213 Als »Gegengewicht« könnte erwogen (bzw allenfalls sogar gesetzlich festgelegt) werden, den Gesetzesmaterialien die Regierungsprogramme als gleichwertige Interpretationsmethode gegenüberzustellen – dies mit dem Argument, dass eine neu gewählte Regierung angesichts des gegenwärtigen hohen Komplexitätsgrades der Gesamtrechtsordnung gar keine faktische Möglichkeit hat, während der Kürze bloß einer Legislaturperiode zumindest alle jene Gesetze abzuändern, die ihren grundlegenden rechtspolitischen Zielvorstellungen entgegenstehen, sodass anders der in Form des jüngsten Wahlergebnisses geäußerte Volkswille schon von vornherein im Ergebnis leerlaufen muss.

214 Gegenwärtig rechtspolitisch heikle Entscheidungen in Fragen wie »Zulässigkeit der Sterbehilfe«, »Dritte Piste am Flughafen Wien«, »Arbeitslosenförderungs-Algorithmus« (vgl *A. Lobe*, Der Algorithmus sperrt dich aus, Der Standard v 12.09.2020) etc sind vom **Gesetzgeber** bzw der **Verwaltung**, **nicht** von den **Gerichten** zu treffen; insoweit dürfen sich die Gerichte weder selbst in den Vordergrund drängen noch als politisches Entscheidungs- bzw Nichtentscheidungsargument vorschieben lassen noch die Verwaltung bis zur Angststarre paralisieren. Oder anders gewendet: Gerichte dürfen sich nicht dazu missbrauchen lassen, die Letztverantwortung für erkenntnistheoretisch nicht verifizierbare Wertentscheidungen zu übernehmen (bzw würden sie eben nicht mehr als Gerichte, sondern als politische Organe agieren, wenn und insoweit sie dieser Versuchung erliegen).

## GERICHTE ALS GARANTEN DES RECHTSSCHUTZES

- Gesamthaft bewertet wird das B-VG diesem Anspruch eher **nur durchschnittlich**, nämlich vorrangig bezogen auf formal-organisatorische Aspekte, gerecht. Dies vornehmlich aus folgenden Gründen: 197
- In Art 86 B-VG bzw Art 134 B-VG ist festgelegt, dass Richter (nicht etwa durch Ihresgleichen, sondern) seitens der obersten **Verwaltungsorgane** ernannt werden<sup>215</sup>. Diese sind hierbei zwar an den aus dem Kreis der Richterschaft erstellten Kandidatenvorschlag, nicht jedoch an eine darin allenfalls zum Ausdruck gebrachte Reihung gebunden. 198
- Hinsichtlich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts gelten insoweit diverse verfassungsmäßige Sonderregelungen: 199
- So sieht zB Art 134 Abs 3 B VG in Bezug auf das **Bundesfinanzgericht** eine »**einschlägige** Berufserfahrung« im Ausmaß von fünf Jahren vor, die de facto nur im Wege einer entsprechenden Verwaltungstätigkeit erworben werden kann. Noch deutlicher bringt diesen Gedanken Art 134 Abs 4 B VG im Zusammenhang mit der Richterbesetzung beim **VwGH** zum Ausdruck: Neben einer zehnjährigen Berufserfahrung soll »wenigstens der vierte Teil« der VwGH-Richter »aus Berufsstellungen in den Ländern, womöglich aus dem **Verwaltungsdienst** der Länder, entnommen werden«. 200
- Darüber hinaus ist die Verwaltung hinsichtlich der Besetzung von **Präsidentenstellen**<sup>216</sup> (was sich zumindest einigermaßen plausibel aus der notorischen Tatsache heraus erklären lässt, dass es sich hierbei jeweils **primär** um **Verwaltungs-**, nämlich Leitungsfunktionen handelt, die einer damit betrauten Person nur in einem **vernachlässigbaren** Ausmaß auch noch zusätzliche echte richterliche Agenden ermöglichen) sowie **sämtlicher Mitglieder** des VfGH (dessen personelle Zusammensetzung im Hinblick auf seine exklusive Kompetenz zur Kontrolle genereller Rechtssatzformen offenbar bewusst – wengleich de facto stets etwas »periodenversetzt« – die maßgeblichen parteipolitischen Mehrheitsverhältnisse widerspiegeln soll) **überhaupt frei**. 201
- Besonders hervorzuheben ist schließlich, dass **übergangenen Bewerbern** im Zuge des Ernennungsverfahrens **keine Parteistellung** zukommt<sup>217</sup>, sodass in diesem Zusammenhang vorgefallene Rechtswidrigkeiten schon von vornherein nicht prozessual moniert werden können<sup>218</sup>. 202
- Nach Art 87 B-VG sind Richter – wie insoweit zu betonen ist: **lediglich** – im Zuge der Ausübung ihrer **richterlichen Funktion**, worunter primär die Entscheidungstätigkeit zu verstehen ist (und wozu allerdings auch die kollegiale Justizverwaltung, also die Entscheidungen von Geschäftsverteilungs-, Personal- und Disziplinarsenaten etc zählt bzw zählen), **unabhängig**, dh nicht an Weisungen vorgesetzter Organe gebunden. 203

215 Dagegen bestehen auch seitens der europäischen Instanzen keine Bedenken - vgl zB jüngst EuGH vom 20.04.2021, C-896/19.

216 Vgl Art 134 Abs 2 bis 4 B-VG und Art 147 Abs 7 B-VG.

217 Im Hinblick auf die jüngst ergangene Entscheidung des EGMR vom 01.12.2020, 26374/18, steht dies im Widerspruch zu Art 6 EMRK; vgl auch OGH vom 21. Oktober 2020, 9 Ob A 75/20z, wonach einem übergangenen Bewerber – unter der Voraussetzung, dass dieser der am besten qualifizierte war – nunmehr ein Schadenersatzanspruch zuerkannt wird.

218 Dementsprechende Fehler führen somit theoretisch zwar zur absoluten Nichtigkeit der Ernennung, bleiben aber in der Praxis ohne Konsequenzen.

## GERICHTE ALS GARANTEN DES RECHTSSCHUTZES

Eine Unabhängigkeit von der Gesetzgebung und der Verwaltung va hinsichtlich **Budget-, Sach- und Personalausstattung** der Gerichte – und damit gleichsam hinsichtlich der funktionalen Basisausstattung – ist dadurch allerdings nicht gewährleistet<sup>219</sup>.

204 In Bezug auf die **Funktionsdauer** wird in Art 88 B-VG angeordnet, dass Richter bis zur Erreichung der gesetzlichen Altersgrenze im Amt bleiben und während dieser Periode nur auf Grund einer richterlichen Entscheidung ihrer Funktion enthoben oder auf eine andere Stelle versetzt werden dürfen.

Dies gilt allerdings nicht, wenn und soweit im Wege eines einfachen Gesetzes die **Notwendigkeit einer Änderung der Gerichtsorganisation** festgestellt wird<sup>220</sup>.

205 Im Weiteren ist verfassungsmäßig festgelegt, dass

- ▷ alle anfallenden Rechtssachen für eine gesetzlich bestimmte Zeit im Voraus zu verteilen sind und eine Abnahme der einem Richter solcherart zugewiesenen Rechtssachen nur bei dessen Verhinderung sowie mittels förmlicher Entscheidung im Wege kollegialer Justizverwaltung erfolgen darf (vgl Art 87 Abs 3 B-VG; Grundsatz der **festen Geschäftsverteilung**),
- ▷ die Gerichte va ein Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren beim VfGH initiieren können bzw müssen (vgl Art 89 B-VG, wobei diese Befugnis bzw Kompetenz in der Praxis allerdings vielfach infolge seitens des VfGH überzogener Prozessvoraussetzungen leerläuft<sup>221</sup>), sowie,
- ▷ **Unvereinbarkeiten** zwischen einer (jedoch nur) **OGH-richterlichen Funktion** einerseits und spezifischen **Gesetzgebungs- bzw Verwaltungsfunktionen** andererseits bestehen (Art 92 Abs 2 B-VG).

206 Lediglich diese vorstehend angeführten, zunächst auf die ordentliche Gerichtsbarkeit bezogenen Verfassungsbestimmungen gelten – im Wege einer expliziten Verweisung bzw zumindest der Sache nach – auch für den Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts (vgl insbesondere Art 134 Abs 7 B-VG, Art 135 Abs 2 bis Abs 4 B-VG und Art 147 Abs 6 B-VG).

219 Vgl zum insgesamt ungünstigen Erscheinungsbild, das die österreichische Justiz auf europäischer Ebene gegenwärtig abgibt, va den »Vorläufigen Umsetzungsbericht Österreich« der Group of States against Corruption (GRECO) des Europarates vom 25.09.2020 (downloadbar unter <<https://rm.coe.int/vierte-evaluierungsrunde-korruptionspravention-bei-abgeordneten-richte/1680a1963e>>); zur aktuellen Illustration der gerichtlichen Unabhängigkeit vgl in Bezug auf die nationale Ebene zB *D. Helmlinger*, *Asche der Illusionen*, *Die Furche* vom 18. Februar 2021, und hinsichtlich der europäischen Ebene bspw *J. Opielka*, *Polens »Hungarisierung«*, ebd.

220 Die Brüchigkeit dieser Garantie wurde jüngst eindrucksvoll in Polen und Ungarn demonstriert; entsprechende Vertragsverletzungsverfahren führten ua zu der Feststellung, dass Art 19 EUV dahin auszulegen ist, dass er solchen Änderungen der nationalen Rechtslage entgegensteht, die geeignet sind, bei den Rechtsunterworfenen berechnete Zweifel an der Unempfänglichkeit von Richtern für äußere Faktoren, insbesondere für unmittelbare oder mittelbare Einflussnahmen durch die Legislative und die Exekutive, und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen aufkommen zu lassen, sodass solche Änderungen dazu führen können, dass diese Richter nicht den Eindruck vermitteln, unabhängig und unparteiisch zu sein, wodurch das Vertrauen beeinträchtigt werden kann, das die Justiz in einer demokratischen Gesellschaft und in einem Rechtsstaat bei den Rechtsunterworfenen schaffen muss (vgl EuGH vom 02.03.2021, C-824/18).

221 Symptomatisch etwa der Beschluss des VfGH vom 15. Oktober 2016, G 103/2016.

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

Dem gegenüber kommen **essentielle verfahrensrechtliche Festlegungen** – wie zB die **Mündlichkeit** und **Öffentlichkeit** von Zivil- und Strafverfahren (Art 90 Abs 1 B-VG), das **Anklageprinzip** (Art 90 Abs 2 B-VG) und das **Laienrichterelement** (Art 91 B-VG) in Strafrechtssachen – hier **nicht** oder bloß in deutlich abgeschwächter Form zum Tragen. 207

Lediglich die **verfassungsmäßig-autonome Geschäftsordnungsfestsetzungsbefugnis** der VwG und des VwGH (Art 135 Abs 5 B-VG) sowie des VfGH (Art 148 B-VG) kann gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der diese Selbstorganisationslegitimation nur einfachgesetzlich zuerkannt ist, als eine vergleichsweise Besserstellung der richterlichen Unabhängigkeit qualifiziert werden.

Von diesen Einzelregelungen abgesehen steht aber vor allem die **nähere Gesamtgestaltung des Verfahrensrechts** (sowohl der Justiz als auch der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts) – aus dem Blickwinkel des B-VG – in nahezu **uneingeschränktem Umfang** zur **Disposition** des **einfachen Gesetzgebers** (und damit **de facto** der **Verwaltung**), indem ihm (bzw ihr) dieser Bereich so gut wie **vollumfänglich formal delegiert** wird (vgl Art 90 Abs 2 B-VG; Art 91 Abs 1 und Abs 2 B-VG; Art 136 Abs 2, Abs 3 und Abs 4 B-VG; und Art 148 B-VG). 208

Mangels adäquater innerstaatlicher Vorkehrungen müssen daher – diese **Schwachstelle**<sup>222</sup> zugunsten des Einzelnen konsolidierend – einschlägige **europarechtliche Fundamentalgarantien** herangezogen werden, nämlich **primär** die **EMRK**, die nicht bloß eine entsprechende völkerrechtliche Bindung nach sich zieht, sondern auch in formeller Hinsicht einen Bestandteil des innerstaatlichen Verfassungsrechts bildet, sowie **ergänzend** auch die **EGRC**, zu deren Einhaltung Österreich aufgrund seiner Mitgliedschaft zur Europäischen Union verpflichtet ist. 209

#### D. Europarechtliche Anforderungen an Kontrollorgane bzw nochmals: Zum Minimalerfordernis von zumindest einer tribunalmäßigen Instanz in Gestalt der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte

Wie bereits dargestellt<sup>223</sup>, ist nach ständiger Rechtsprechung des EGMR den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK ua bereits dann Genüge getan, wenn in »**civil-rights**«-Angelegenheiten – wozu auch ein weiter Teilbereich des **innerstaatlich-administrativen Verwaltungsrechts** zählt<sup>224</sup> – bzw über »**criminal charges**«<sup>225</sup> – unter Einschluss des österreichischen **Verwaltungsstrafverfahrensrechts** – über den gesamten Verfahrensgang 210

222 Infolge dieses Makels im B-VG ist es somit kein Zufall, dass Österreich seitens des EGMR vor allem wegen einer Verletzung der Garantien des Art 6 EMRK (faïres Verfahren) und des Art 4 des 7. ZPMRK (Mehrfachverfolgung und -bestrafung) verurteilt wird.

223 Siehe oben, RN 164.

224 Vgl näher *European Court of Human Rights* (Hrsg), Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial, civil limb (Stand: 31. August 2020), 12.

225 Vgl näher *European Court of Human Rights* (Hrsg), Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial, criminal limb (Stand: 31. Dezember 2020), 9 ff.

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

hinweg betrachtet **wenigstens in einer Instanz** eine Institution entschieden hat, die den Anforderungen an ein Gericht (»tribunal«) im Sinne dieser Bestimmung entspricht<sup>226</sup>.

- 211 Unter einem offenbart sich mit dieser bloßen Minimalgarantie auch ein weiterer grundlegender **Makel** der EMRK dahin, dass mit dem Anspruch auf eine gerichtsförmige Entscheidung **nicht** zugleich auch eine **effektive (innerstaatliche) Rechtsmittelbefugnis** verbunden ist.
- Vielmehr reicht in Angelegenheiten der »civil rights« überhaupt die Einrichtung eines **eininstanzlichen** Gerichtsverfahrens hin und auch in Bezug auf »criminal charges« wird vom EGMR toleriert, wenn unter Bezugnahme auf Art 2 des 7. ZPMRK bloß eine **oberflächliche Kontrolle** durch Institutionen erfolgt, selbst wenn diese nicht mit umfassenden Kognitionsbefugnis ausgestattet sind.
- 212 Immerhin fordert der EGMR in diesem Zusammenhang einerseits, dass dann, wenn innerstaatlich dennoch ein Instanzenzug eingerichtet ist, grundsätzlich auf **jeder Ebene** den Anforderungen des Art 6 EMRK zu genügen ist; trifft dies nicht zu, so müssen zumindest **wirksame Vorkehrungen dagegen** bestehen, dass die von einem Gericht getroffene Entscheidung von einer Institution, der keine Tribunalqualität iSd Art 6 EMRK zukommt, inhaltlich abgeändert werden kann. Diesem »**overruling**«-Verbot wird die innerstaatlich-verfassungsrechtliche Konzeption in Österreich (gerade noch) dadurch gerecht, dass sowohl hinsichtlich des VfGH als auch des VwGH wegen deren jeweils eingeschränkter Kognitionsbefugnis bloß eine **kassatorische** Entscheidungszuständigkeit festgelegt ist: Rechtskräftig im Sinne von **inhaltlich verbindlich** wird **letzten Endes** – dh einerseits dann, wenn sie überhaupt unangefochten bleibt bzw von den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts nicht aufgehoben wird, oder andererseits im fortgesetzten Verfahren – **nur** die (im Regelfall) **reformatorische** Entscheidung des VwG und damit eines Gerichts, das grundsätzlich den Anforderungen des Art 6 EMRK entspricht.
- 213 Im Ergebnis ist damit einem **erst- und vornehmlich einem eininstanzlichen Gericht** eine **umfassende Machtposition** zur **Einzelfallentscheidung** eingeräumt: Denn dieses nimmt **investigativ** und **autonom** sowohl die **Sachverhaltsfeststellung** als auch die **Beweiswürdigung** vor und entscheidet auf dieser Basis **weitgehend unangefochten** über die **Sach- und Rechtsfragen**, nämlich im Wissen darum, (abgesehen allenfalls vom letzteren Bereich) keine allzu penible Kontrolle fürchten zu müssen.
- 214 Im Interesse der Sicherstellung von höchstmöglicher **Objektivität** würde dies eine **radikal seriöse**, von politischen Willenslenkungen vollständig losgelöste **Personenauswahl** bei der Besetzung von Richterämtern bedingen. Daran ist aber schon von vornherein nicht zu denken, wenn den nicht zum Zug gekommenen Bewerbern (gleichsam

226 Im Falle einer instanzenmäßigen Gliederung muss jedoch sichergestellt sein, dass die Entscheidung eines »Tribunals« nicht durch eine solche eines »Nicht-Tribunals« substantiell modifiziert werden kann – vgl (mwN) *J. Frowein/W. Peukert*, EMRK-Kommentar, 3. Aufl (2009), RN 93 ff zu Art 6 EMRK; *W. Schabas*, The European Convention on Human Rights (2015), 286; *Ch. Grabenwarter/K. Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl (2021), § 24, RN 63 f; *H. Kühne*, in K. Pabel/St. Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattausgabe; Stand: 2020), RN 318 f zu Art 6 EMRK.

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

»sicherheitshalber«) **keine Parteistellung** im Ernennungsverfahren zukommt – eine in Österreich traditionell gepflogene Praxis, die im Widerspruch zu Art 6 EMRK<sup>227</sup> steht<sup>228</sup>.

Insoweit muss einem daher das der EMRK und dem EGMR vorschwebende, wohl noch vergangenheitsbezogen-traditionelle Richterbild heutzutage als einigermaßen **realitätsfremd** erscheinen (dies ganz abgesehen davon, dass die Einflussnahme der Verwaltung im Weiteren auch **verfahrensrechtlich** – wie zB durch die Verpflichtung der VwG, ihrem Verfahren regelmäßige Amtssachverständige beiziehen zu müssen – **in einer den Prozessausgang entscheidend determinierenden Weise** protegirt wird).

Derartigen innerstaatlichen Fehlentwicklungen kann auch vor dem **EGMR** – schon im Hinblick auf dessen **quantitative Dauerüberlastung** – wenn überhaupt, so allenfalls nur in Bezug auf **Extremauswüchse** begegnet werden. 215

Immerhin ist aber zu konzедieren, dass der EGMR sowohl den Zivil- als auch den Strafrechtsbegriff stets **autonom interpretiert** und **beiden Termini** in diesem Zusammenhang jeweils ein **weites Verständnis** beigemessen hat, wodurch im Ergebnis auch der **Anwendungsbereich all jener EMRK-Bestimmungen**, die auf den Terminus »Gericht« (»tribunal«) abstellen<sup>229</sup>, als entsprechend **ausgedehnt** erscheint. 216

Für den vorstehenden Zusammenhang brachte auch die **EGRC** keine spürbare Verbesserungen zugunsten des Einzelnen, und zwar weder durch Festlegung einer umfassenden Rechtsmittelbefugnis in Zivil- und Strafsachen noch im Hinblick auf eine entsprechend gesteigerte supranationale Effektivität, und zwar schon deshalb nicht, weil (weiterhin) keine Individualbeschwerdebefugnis an den EuGH vorgesehen ist. 217

Abgesehen von dem eben angesprochenen Manko, dass seitens der EMRK (und der insoweit ebenfalls nicht über diesen Standard hinausgehenden EGRC) lediglich in **einer Instanz ein tribunalmäßiges Verfahren** garantiert ist, zählen in der Folge (nämlich insoweit, als diese Gewährleistung dann effektiv zum Tragen kommt) zu den damit verbundenen Anforderungen **vorrangig**, dass diese Einrichtung – insbesondere von der Verwaltung – **unabhängig** ist; eine **gerichtliche Funktion** ausübt; über eine **uneingeschränkte Kognitionsbefugnis** verfügt; deren Mitglieder **unparteiisch** agieren (wozu vor allem beitragen soll, dass diese für eine festgelegte Zeitdauer bestellt sind und während dieser Periode nur wegen gesetzlich festgelegter Gründe sowie im Wege einer – wiederum tribunalmäßigen Ansprüchen genügenden – Entscheidung abberufen werden können); das durchgeführte Verfahren **kontradiktorischer Natur** ist; und eine **verbindliche Entscheidung** getroffen wird, die va gegen eine **Abänderung** durch ein **Nicht-Tribunal** abgesichert ist<sup>230</sup>. 218

227 Vgl EGMR vom 1. Dezember 2020, 26374/18.

228 Vgl auch OGH vom 21. Oktober 2020, 9 Ob A 75/20z, wonach einem übergangenen Bewerber – unter der Voraussetzung, dass dieser der am besten qualifizierte war – nunmehr ein Schadenersatzanspruch zuerkannt wird.

229 Dazu zählen insbesondere Art 2, Art 8 und Art 10 EMRK sowie die Art 1 des 1. ZPMRK und Art 2 und 4 des 7. ZPMRK.

230 Vgl oben, RN 164, sowie zB EGMR vom 22. Juni 2000, 32492/96, mwN; sa die in *European Court of Human Rights* (Hrsg), Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

219

Obgleich der EGMR hinsichtlich des österreichischen Systems der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts zuvor in zahlreichen Entscheidungen festgestellt hatte, dass der VfGH und in aller Regel auch der VwGH – vornehmlich wegen deren jeweils rechtlich bzw faktisch eingeschränkter Kognitionsbefugnis – diesen Anforderungen letztlich **nicht** genügen<sup>231</sup>, hatte die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012 **nicht** unbedingt als **Primärziel** (sondern lediglich als eines unter mehreren wechselseitig gleichrangigen Motiven) im Fokus, künftig wenigstens diesen eingangs angesprochenen **Minimalgarantien** gerecht zu werden. Denn nach damals verbreiteter Auffassung war ja der Anforderung, dass zumindest in einer Instanz ein tribunalmäßiges Organ entscheidet, ohnehin bereits durch die **Verfassungsnovelle BGBl 685/1988** in Gestalt der **Unabhängigen Verwaltungssenate** (UVS) Genüge getan worden<sup>232</sup> bzw hätte es nach Ansicht des VfGH<sup>233</sup> – an der sich der Gesetzgeber (wenngleich dies in den

trial, civil limb (Stand: 30. April 2020), 34 ff, bzw criminal limb (Stand: 30. April 2020), 18, zahlreich angeführten Entscheidungen.

231 Vgl zB schon EGMR vom 21. September 1993, 12235/86, RN 30, in Bezug auf den VfGH bzw vom 28. Juni 1990, 11761/85, RN 70, hinsichtlich des VwGH.

232 Vgl zB *H. Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht – Kurzkomentar, 2. Aufl (1997), 353, mwN.

233 Vgl dazu das richtungweisende Erkenntnis des VfGH vom 28. Juni 2011, B 254/11, in dem Folgendes ausgeführt wird:

»Der VwGH hat in Verfahren nach Art131 Abs1 Z1 B-VG den Bescheid gemäß § 41 Abs1 VwGG ‚auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalts‘ zu überprüfen. Dem VwGH ist dabei die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen und -annahmen der Behörde nicht verwehrt: So ist der VwGH nicht schlechthin an die Tatsachenfeststellungen der belangten Behörde gebunden, sondern nur insoweit, als diese in einem von wesentlichen Mängeln freien Verfahren getroffen wurden (...); die Erwägungen der Behörde bei der Beweiswürdigung selbst unterliegen der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung auf ihre Schlüssigkeit (...). Der VwGH hat den von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalt auf dessen Vollständigkeit zu prüfen und allenfalls den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs2 Z3 VwGG aufzuheben, wenn der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt aktenwidrig angenommen wurde, der Ergänzung bedarf oder bei seiner Ermittlung Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (...).

Diese Vorschriften ermöglichen es dem VwGH, in einer mit dem gerichtlichen Verfahren vergleichbaren und wirksamen Weise ausreichende Tatsachengrundlagen zu erarbeiten, um die maßgebliche Rechtsfrage beurteilen zu können (...), indem er sich nach seiner eigenen Rechtsprechung zu einer – wenngleich beschränkten – Kontrolle der Beweiswürdigung, im Regelfall aber nicht zu eigenen Beweisaufnahmen befugt sieht (...).

Art19 Abs1 EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Schaffung der erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes bildet einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der sich sowohl aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt, als auch in den Art6 und 13 EMRK verankert ist und von Art47 GRC bekräftigt wurde (...). Gemäß Art47 Abs2 GRC hat jede Person – in einem Fall der ‚Durchführung des Rechts der Union‘ wie diesem, der in den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta fällt (Art51 Abs1 GRC) – ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Für die Auslegung des Art47 Abs2 GRC ist Art6 EMRK heranzuziehen. Gemäß Art52 Abs3 GRC haben jene Chartarechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Der Wortlaut des Art47 Abs2 GRC entspricht in wesentlichen Teilen jenem des Art6 Abs1 EMRK. Auch nach den Erläuterungen zur Grundrechtecharta – die auch vom Verfassungsgerichtshof ‚gebührend zu berücksichtigen‘ sind (Art52 Abs7 GRC) – entspricht Art47 Abs2 GRC dem Art6 Abs1 EMRK (...).

Anders als Art6 EMRK enthält Art47 GRC keine Beschränkung des Schutzbereichs auf Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (‘civil rights and obligations’) und auf Strafver-



## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

Materialien nicht explizit zum Ausdruck gebracht wurde, so in der Sache doch) augenfällig orientiert hatte – in erster Linie hingereicht, dass der VfGH seine gesetzlichen Aufgaben bzw Befugnisse in »verfassungs- und konventionskonformer« Weise wahrnimmt<sup>234</sup>.

fahren. Insoweit ist Art6 EMRK für die Auslegung des Art47 Abs2 GRC ohne Bedeutung. Wohl aber bestimmt Art6 EMRK die Auslegung des Gerichtsbegriffs der Grundrechtecharta. Aus dem Gleichklang der in beiden Grundrechten explizit genannten Anforderungen an ein Gericht (unabhängig, unparteiisch, auf Gesetz beruhend bzw zuvor durch Gesetz errichtet) ist abzuleiten, dass auch jene Anforderungen an ein Gericht, die nicht ausdrücklich Niederschlag im Text gefunden haben, sondern in der Rechtsprechung des EGMR zu Art6 EMRK entwickelt wurden, in der von der Rechtsprechung geprägten Weise für die Auslegung des Art47 Abs2 GRC maßgeblich sind. Zu diesen gehören im Besonderen die Entscheidungsbefugnisse und die Kontrolldichte – in der Diktion des VfGH und der belangten Behörde: die Kognitionsbefugnis – des Gerichts.

Die Rechtsprechung des EGMR zur von Art6 EMRK für ein nachprüfendes Tribunal erforderlichen Kontrolldichte differenziert zunächst zwischen Strafverfahren und Verfahren über ›civil rights‹. Für erstere lässt er eine kassatorische Entscheidungsbefugnis mit einer beschränkten Kontrollbefugnis in Tatsachenfragen, wie sie dem VfGH zukommt, in ständiger Rechtsprechung nicht genügen (...). Für Verfahren über ›civil rights‹ war Ende der Achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts beim damaligen Stand der Rechtsprechung des EGMR zweifelhaft, ob eine beschränkte Tatsachenkognition Art6 EMRK entspreche (...). Der VfGH hielt der Rechtsprechung des EGMR in dieser Situation entgegen, dass die nachprüfende Kontrolle des VfGH diesen Anforderungen zumindest dann genüge, wenn die ›in Rede stehenden Streitigkeiten nicht über ›civil rights‹ selbst entstanden‹ seien, ›sondern solche nur in ihren Auswirkungen betreffen‹. Außerhalb der traditionellen Ziviljustiz müsse eine nachprüfende Kontrolle durch ein Tribunal – wie jene des VfGH – jedenfalls dann als ausreichend angesehen werden, wenn diese dem Gericht die Gelegenheit gebe, ›sich von der Richtigkeit der Lösung sowohl der Tat- wie der Rechtsfrage zu überzeugen‹ (...).

In der Folge entwickelte der EGMR – beginnend mit dem Urteil im Fall Zumtobel im Jahr 1993 – eine auf den Einzelfall bezogene Rechtsprechung, die darauf abstellte, dass die Entscheidung in der betreffenden Angelegenheit nicht ausschließlich im Ermessen der Verwaltungsbehörden lag, sondern von der Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen abhängig war, deren Einhaltung der VfGH überprüfen konnte. Im konkreten Fall sah der EGMR – unter Berücksichtigung der Art der vorgebrachten Beschwerdepunkte und des für diese erforderlichen Prüfungsumfangs – die nachprüfende Kontrolle des VfGH als den Erfordernissen des Art6 Abs1 EMRK entsprechend an, da dieser keinen der Beschwerdepunkte wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen, sondern jeden einzelnen auf seine inhaltliche Begründetheit überprüft hatte (...). Erst jüngst bestätigte der EGMR – in einem das Ausländerbeschäftigungsrecht betreffenden Fall – die Tribunalqualität des VfGH, da es keine Anhaltspunkte dafür gegeben habe, dass dessen Kognitionsbefugnis den Anforderungen des Art6 Abs1 EMRK nicht genügt hätte (...).

Dieser Rechtsprechung des EGMR ist der VfGH stets gefolgt, wobei er in jüngerer Zeit, ohne auf die Unterscheidung zwischen Kernbereich und Randbereich des Zivilrechts Bezug zu nehmen, wiederholt angenommen hat, dass die – in verfassungskonformer Weise wahrgenommene – nachprüfende Kontrolle des VfGH in Streitigkeiten über ein ›civil right‹ den Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiliches Tribunal nach Art6 EMRK genügt (...).

Im Ergebnis erfüllt der VfGH bei verfassungs- und konventionskonformer Wahrnehmung seiner gesetzlichen Befugnisse zur Sachverhaltskontrolle im Allgemeinen und im Besonderen auch in Verfahren wie jenem, das dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegt, die Anforderungen an ein Gericht im Sinne des Art6 EMRK (...).

Daraus folgt, dass der VfGH auch für die korrespondierende grundrechtliche Garantie im Recht der Union als Gericht mit hinreichender Kontrollbefugnis in Tatsachenfragen anzusehen ist. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des EuGH, die vor In-Kraft-Treten der Grundrechtecharta ergangen ist. Ihr zufolge widerspricht ein System der nachprüfenden gerichtlichen Kontrolle dem Unionsrecht nicht. In seinem Urteil in der Rechtssache Upjohn sprach der EuGH vielmehr aus, dass weder die in diesem Fall zu beachtende Richtlinie noch das Gemeinschaftsrecht (nunmehr: Unionsrecht) es erfordern würden, dass das zuständige nationale Gericht im Nachprüfungsverfahren (in concreto: über den Widerruf von Genehmigungen für das In-Verkehr-Bringen von Arzneispezialitäten) ermächtigt werde, seine Würdigung des Sachverhalts an die Stelle der Würdigung durch die nationale Behörde zu setzen (...).

234 Siehe VfGH vom 28.06.2011, B 254/11 = VfSlg 19425/2011, 1086.

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

- 220 Dies hätte freilich bedeutet, dass der VwGH in zahlreichen Konstellationen **selbst** umfangreiche Sachverhaltserhebungen durchzuführen bzw zumindest eine dementsprechend detaillierte Kontrolle<sup>235</sup> vorzunehmen gehabt hätte. Um jedoch eine solcherart drohende Überlastung des letztinstanzlichen Gerichts zu vermeiden, wurde diese Pflicht auf **Verfassungsebene** schließlich – und quasi nur »nebenher«, nämlich im Wege der unscheinbaren Bestimmung des Art 130 Abs 4 B-VG – **kursorisch** den VwG auferlegt und die nähere Ausgestaltung dem **einfachen Gesetzgeber** überlassen.
- 221 Insgesamt entsteht so der Eindruck, dass es aus dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel des Art 6 EMRK (bzw des Art 47 EGRC) letztlich stillschweigend als ausreichend angesehen wurde, die Konzeption der UVS vornehmlich in formell-organisatorischer Hinsicht – nämlich durch Ausstattung der VwG mit den vollen (**organisations-**)richterlichen Garantien<sup>236</sup> des B-VG – zu modifizieren, **ansonsten** deren **Status** jedoch im Wesentlichen **unverändert** zu übernehmen, wobei insbesondere der **verfahrensrechtlichen Komponente** dieser beiden europarechtlichen Garantien **verfassungsmäßig keine essentielle Beachtung** beigegeben wurde.
- 222 Im Besonderen wurde das Kriterium der bis dahin fehlenden umfassenden Kognitionsbefugnis eher »unauffällig« (im Sinne von »unreflektiert«) **in erster Linie** dadurch (mit)erfüllt, dass die **erstinstanzlichen VwG** im Wege des Art 130 Abs 4 B-VG nunmehr zu einer **grundsätzlich meritorischen Erledigung** der anhängigen Rechtssachen verhalten sind<sup>237</sup>. **Darüber hinaus** ermöglicht § 42 Abs 4 VwGG seither auch dem VwGH eine Entscheidung in der Sache selbst, wobei diese Befugnis (bzw Verpflichtung<sup>238</sup>) **bislang in der Praxis quantitativ kaum**<sup>239</sup> zum Tragen gekommen ist; und wenngleich dies einiger-

235 Sog »Punkt-für-Punkt«-Prüfung; vgl EGMR vom 21. September 1993, 12235/86, vom 25. November 1994, 12884/87, und vom 29. Mai 2001, 37950/97.

236 Vgl VfGH vom 13. Dezember 2017, G 408/2016:

»Im Übrigen hat das Rechtsschutzgefüge der Bundesverfassung durch die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz mit der Novelle BGBl I 51/2012 insgesamt eine tiefgreifende Veränderung erfahren (...). Mit dieser Novelle schuf der (Verfassungs-)Gesetzgeber Verwaltungsgerichte erster Instanz, deren Mitglieder gemäß Art. 134 Abs. 7 B-VG Richter sind. Diese Richter der Verwaltungsgerichte erste Instanz genießen – ebenso wie die Richter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit – die richterlichen Garantien des Art. 87 Abs. 1 und 2 bzw Art. 88 Abs. 1 und 2 B-VG (...). Durch die Einräumung der richterlichen Garantien unterscheiden sich die neu geschaffenen Verwaltungsgerichte erster Instanz grundsätzlich von den zuvor bestehenden Rechtsschutzeinrichtungen in Gestalt der Unabhängigen Verwaltungssenate: Letztere waren zum einen nur mit bestimmten, nicht aber mit den vollen richterlichen Unabhängigkeitsgarantien ausgestattete Berufungsbehörden (vgl insbesondere die bloß mit einer Mindestvorgabe festgelegte Bestattungsdauer gemäß Art. 129b Abs. 1 B-VG; darüber hinausgehende Gewährleistungen waren nur durch einfaches Gesetz vorgesehen), zum anderen waren sie nicht der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit, sondern jener der Verwaltung zuzuordnen (...).«

237 Auf die einschlägige Judikatur des EGMR wurde weder in den Gesetzesmaterialien (vgl die E zur RV, 1618 BlgNR, 24. GP) noch in der im zeitlichen Nahebereich hierzu ergangenen Literatur (vgl zB *Österreichische Juristenkommission* [Hrsg], Justizstaat: Chance oder Risiko? [2014]; *J. Fischer/K. Pabel/N. Raschauer* [Hrsg], Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl [2019]; und *Österreichischer Juristentag* [Hrsg], Verhandlungen des 20. Österreichischen Juristentages – Die Neuordnung der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, Bd I/1 [2018] und Bd I/2 [2019]) Bezug genommen.

238 Bei grundrechtskonformer Interpretation handelt es sich insoweit – ungeachtet der Verwendung des Wortes »kann« im Normtext – nicht um eine Ermessens-, sondern um eine Rechtsentscheidung.

239 Vgl zB VwGH vom 16.02.2021, Ra 2019/10/0085.

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

maßen paradox anmuten mag, muss dies aus systematischem Blickwinkel im Ergebnis jedoch sogar als **positiv** angesehen werden<sup>240</sup>.

Wenngleich auf diese Weise die insoweit im Bereich des **Verwaltungsrechts** – das, wie erwähnt, zu einem **maßgeblichen Teil** in den vom EGMR autonom interpretierten Anwendungsbereich des **Art 6 EMRK** fällt – zuvor bestanden habende Defizite eliminiert werden sollten, konnten diesbezüglich weiterhin aufrechte Bedenken allein im Wege dieses spezifischen Legislativaktes des Verfassungsgesetzgebers nicht gänzlich ausgeräumt werden: Denn die dahinter stehende Intention (auch) der Herstellung einer **Minimalkompatibilität** mit Art 6 EMRK und Art 47 EGRC wurde in der Folge auf **einfachgesetzlicher Ebene** insofern **unterminiert**, als danach die VwG **de facto** in **weitem Umfang** – wie die seinerzeit noch als Verwaltungsbehörden konzipierten UVS – nach wie vor ein **intentional für weisungsgebundene Organe geschaffenes Verfahrensrecht** (va in Gestalt des – jeweils noch auf tragenden Verwaltungsrechtsideen der konstitutionellen **Monarchie** fußenden – **AVG** und des **VStG**) anzuwenden haben, das vornehmlich durch Grundsätze wie **Amtswegigkeit (Investigativprinzip)**, Heranziehung von **Amts-sachverständigen, Vermischung** bzw **Identität** von Partei- bzw im Besonderen: **Anklage- und richterlicher Funktion** in einer Person, **Fehlen** einer echten **Kontradiktorik** usw gekennzeichnet ist.

223

Dem gegenüber hätte die zentrale Aufgabe des einfachen Gesetzgebers vielmehr darin bestanden, für die VwG ein von den behördlichen Verwaltungsverfahrensgesetzen **vollständig abgekoppeltes und per se gerichtsmäßiges Prozessrecht** zu schaffen<sup>241</sup>.

224

Dass die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts solchen Vorbehalten umgehend entgegengetreten sind<sup>242</sup>, vermag allerdings daran schon angesichts der ihnen **fehlenden Letztkompetenz** zur Entscheidung dieser Frage – die insoweit beim EGMR bzw beim EuGH liegt – naturgemäß ebensowenig zu ändern wie der Umstand, dass deren Entscheidungen im Hinblick darauf, dass weder der VfGH noch der VwGH noch die erstinstanzlichen VwG **vorbehaltlos** als vollwertige »Tribunale« im Sinne des Art 6 EMRK bzw »Gerichte« im Sinne des Art 47 EGRC qualifiziert werden können, letztlich **stets** schon a priori vom **Verdacht** eines **möglichen Verstoßes** gegen diese europarechtlichen Bestimmungen begleitet sind.

225

240 Weil der VwGH selbst infolge bloß eingeschränkter Kognitionsbefugnis die Anforderungen des Art 6 EMRK nicht erfüllt, würde dann, wenn er tatsächlich eine derartige Sachentscheidung trifft, zugleich stets der Verdacht eines unzulässigen »overruling« einer tribunalmäßigen Instanz (nämlich des VwG) und damit insoweit eine schon strukturbedingt vorgegebene Verletzung dieser Konventionsbestimmung im Raum stehen. Andererseits ist es dem VwGH dadurch beispielsweise sogar verwehrt, auf der Hand liegende Formalfehler aus eigenem zu korrigieren (vgl statt vieler zB VwGH vom 3. Februar 2021, Ra 2019/17/0105, und dazu LVwG OÖ vom 22. Februar 2021, LVwG-411456, Pkt. 16.2.), sodass in derartigen Fällen einer Kassation nicht nur eine unschwer hintanzuhaltende erhebliche Verzögerung, sondern auch eine vermeidbare Kostenbelastung der öffentlichen Hand resultiert.

241 Wie dies beispielsweise in der BRD in Gestalt des »Verwaltungsverfahrensgesetzes« (vom 23. Jänner 2003, BGBl I S 102, idGF vom 21. Juni 2019, BGBl I S 846) einerseits und der »Verwaltungsgerichtsordnung« (vom 19. März 1991, BGBl I S 686 idGF vom 3. Dezember 2020, BGBl I S 2946) andererseits der Fall ist, wobei Letztere konsequenterweise ohne globalen Verweis auf Ersteres auskommt.

242 Vgl VfGH vom 14. März 2017, E 3282/2016, bzw VwGH vom 25. September 2017, Ra 2017/02/0149.

## EUROPARECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN KONTROLLORGANE

- 226 Als **Sukkus** resultiert aus all dem, dass somit **keine entsprechend positive Vermutung der Konventionskonformität** aufgestellt werden kann, sondern vielmehr im Gegenteil gleichsam **in jedem Einzelfall gesondert nachgeprüft** werden muss bzw eben **nicht vorweg-abstrakt** davon ausgegangen, sondern immer **erst anlassfallbezogen-konkret** festgestellt werden kann, ob bzw dass den Anforderungen der EMRK bzw der EGRC auch tatsächlich entsprochen wurde<sup>243</sup>.
- 227 Hinsichtlich Verfahren, in denen Parteien mit konträren Interessenlagen beteiligt sind, besteht sohin eine erhöhte Neigung dahin, dass diese der gesetzgeberischen Absicht nach einer **Verwaltungsentlastung zuwider** mehrere bzw alle in Betracht kommenden Instanzen durchlaufen (müssen), bis eine – auch diesbezüglich – verbindliche Entscheidung vorliegt.
- 228 Für betroffene Rechtsschutzsuchende bedeutet dies wiederum, dass in letzter Konsequenz auch die Erhebung einer **Individualbeschwerde** an den **EGMR** prinzipiell **stets angezeigt** ist (wenngleich in der **Praxis** die **weitgehende Ineffizienz** dieses Rechtsschutzinstrumentariums nicht unbeachtet bleiben darf).
- 229 Und auch gesamthaft betrachtet führt die quasi **jedem** Verwaltungsstraf- und Administrativverfahren **potentiell anhaftende EMRK-** (und zugleich auch **EGRC-)**widrigkeit – ungeachtet der gegenteiligen Verheißungen der Gesetzesmaterialien – **langfristig nicht** zu einer **Verringerung**, sondern lediglich zu einer »**Tieferverlagerung**« des Beschwerdeanfalls von den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts auf die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte<sup>244</sup> (bzw im schlimmsten Fall auf unterster Stufe zu einer stets noch

243 Vor diesem Hintergrund ist sohin der mit dem Erkenntnis vom 13. Dezember 2017, G 408/2016, begonnene (vgl zuletzt auch vom 25. Februar 2019, G 325/2018, mwN) Judikaturwandel des VfGH hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht, der nunmehr maßgeblich (auch) auf dem (alleinigen) organisatorischen) Aspekt aufbaut, dass die erstinstanzlichen VwG – im Gegensatz zu den vormaligen UVS – nunmehr von Verfassungs wegen mit den richterlichen Garantien ausgestattet sind, dabei jedoch die nach Art 6 Abs 1 EMRK gleichermaßen essentielle verfahrensrechtliche Komponente völlig außer Acht lässt, ebenso als verfehlt anzusehen wie die im Erkenntnis vom 14. März 2017, E 3282/2016, getroffene – jedoch gänzlich realitätsferne – Annahme, dass »die allfällige Abwesenheit einer Partei« – wie dies in Bezug auf die belangte Behörde in der alltäglichen Praxis nicht nur einen Ausnahme-, sondern vielmehr den Regelfall darstellt – »am kontradiktorischen Charakter des Verfahrens ... nichts ändert« Es bleibt daher inständig zu hoffen, dass diese Sichtweise künftig nicht auch auf den »civil-rights«-Bereich übertragen wird, weil dies aus der Sicht des normunterworfenen Bürgers jedenfalls mit einer gravierenden Rechtsschutzeinbuße verbunden wäre (was sich beispielsweise dann, wenn die VwG auch über die Höhe der Enteignungsentschädigung zu entscheiden hätten, im Hinblick auf die insoweit für den Verfahrensausgang maßgeblichen Determinanten etwa schon daran zeigt, dass nicht nur Amtssachverständige anstelle von gerichtlich beeedeten Sachverständigen heranzuziehen wären – was regelmäßig wohl zur Einholung eines Gegengutachtens zwingt –, sondern hinsichtlich dieser Personen zudem auch kein Ablehnungsrecht bestünde).

244 Symptomatisch – wengleich de facto wenig hilfreich – VwGH vom 2. November 2020, Ro 2020/09/0014, wonach es dem Präsidenten als gerichtsintern höchstem Leitungsorgan der monokratischen Justizverwaltung obliegt, im Rahmen der Organisationsverantwortung und Fürsorgepflicht des Dienstgebers die Unterstützungen der Richter für die Ausübung ihrer Tätigkeiten sicherzustellen und im Bedarfsfall punktuell zu konzentrieren, wobei diese zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Gerichtsbetriebs flankierenden Reaktionsmöglichkeiten und -notwendigkeiten der Justizverwaltung auf unterschiedliche Rahmenbedingungen das Vorhandensein ausreichender Ressourcen voraussetzen. Daraus resultiert wiederum ein komplexes Gefüge von (Mit-)Verantwortlichkeiten für die rückstandsfreie Führung einer Gerichtsabteilung bzw des ganzen Gerichtsbetriebs, die auch den

weiter fortschreitenden Ausweitung der sog »Systemverlierer« bzw des sog »Wutbürgertums«<sup>245</sup>).

Will man daher zumindest den **permanenten Makel einer Europarechtswidrigkeit eliminieren** (bzw positiv formuliert: eine **tragfähige Vermutung der Konventionskonformität institutionalisieren**), dann führt kein Weg an einer **grundlegenden Neugestaltung des Verfahrensrechts der VwG** vorbei.

### E. Prüfungsumfang und Prüfungsmaßstab: Der Wandel von einer reinen Gesetzmäßigkeits- hin zu einer nahezu umfassenden Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle

Nach Art 129 Abs 1 B-VG in dessen **Stammfassung** BGBl 1/1920 war derjenige befugt, eine Beschwerde beim VwGH zu erheben, der (denkmöglich) behaupten konnte, durch eine **rechtswidrige** Entscheidung<sup>246</sup> oder Verfügung<sup>247</sup> einer **Verwaltungsbehörde** in seinen Rechten verletzt zu sein, wobei gemäß Art 129 Abs 3 B-VG eine derartige Rechtsverletzung **nicht** vorlag, soweit die Behörde nach den Bestimmungen des (einfachen Materien-)Gesetzes zur Entscheidung oder Verfügung nach freiem **Ermessen** befugt war und von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hatte. 230

(Erst) durch die **Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 1946** (BGBl 211/1946) wurde deren Textierung folgendermaßen modifiziert: 231

»Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung ist der Verwaltungsgerichtshof in Wien berufen.«

Schließlich lautete diese Bestimmung im **unmittelbaren Vorfeld** der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl I 51/2012) noch: 232

»Zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung sind die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, der Asylgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof berufen.«

Nach den Gesetzesmaterialien zur Novelle 2012 konnte auf eine **adäquate Nachfolgeregelung** vornehmlich deshalb **verzichtet** werden, weil sich nunmehr ohnedies (und ausschließlich) aus den hierfür maßgeblichen Bestimmungen ergebe, welche Zuständigkeiten den VwG und dem VwGH im Einzelnen zukommen<sup>248</sup>. 233

(jeweiligen) Gesetzgeber im Sinne einer Zurverfügungstellung ausreichender Ressourcen für die Erfüllung der justiziellen Staatsaufgaben innerhalb angemessener Zeit unter Berücksichtigung der vom EGMR in dessen Judikatur zu Art 6 EMRK entwickelten Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer einschließt.

245 Siehe dazu schon oben, RN 43; s allgemein auch *St. Schulmeister*, Umbau statt Geldspritzenpolitik, Die Furche vom 25. Februar 2021; *E. Schüssler*, Die neue Wut, der neue Zweifel, die neue Solidarität?, Kepler Tribune 1/2021.

246 Als Synonym für »Rechtsentscheidung«.

247 Als Synonym für »Ermessensentscheidung«.

248 Vgl 1618 BlgNR, 24. GP, 12.

## PRÜFUNGSUMFANG UND PRÜFUNGSMASSSTAB

- 234 Dessen ungeachtet wurde allerdings übersehen, dass diese Generalklausel **nicht nur Zuständigkeiten** normiert, sondern darüber hinaus auch einen **Prüfungsmaßstab** festgelegt hatte: Demnach war die Verwaltungsgerichtsbarkeit nämlich – im Sinne einer **verfassungsmäßig verbindlichen**, die **Separation** zwischen den Staatsfunktionen »Gerichtsbarkeit« und »Verwaltung« im konkreten Einzelfall fixierenden **Trennlinie** – auf eine **reine Gesetzmäßigkeits-** im Sinne einer **bloßen Rechtmäßigkeitskontrolle** eingeschränkt<sup>249</sup> (wobei das Rechtsinstitut der Säumnisbeschwerde nach Art 132 B-VG im Sinne einer *lex specialis* die einzige Ausnahme von diesem Prinzip bildete).
- 235 Eine vergleichbar **fundamental-systematische verfassungsrechtliche Zielvorgabe fehlt nunmehr**.
- 236 Vielmehr ist demgegenüber – wie sich aus den Art 129 ff B-VG idGF ergibt – jetzt hinsichtlich jedes Beschwerde- bzw Revisionstypus der **zugehörige Prüfungsmaßstab** jeweils erst **gesondert zu eruieren**.
- 237 Dieser ist bezüglich mancher Kategorien bereits **verfassungsmäßig vorgegeben** (und dort in der Regel auf »**Rechtmäßigkeit**« eingeschränkt<sup>250</sup>), in anderen Fällen wird die entsprechende Konkretisierung hingegen dem **einfachen Gesetzgeber** überlassen<sup>251</sup>.
- 238 Soweit es davon ausgehend die **praktische Hauptzuständigkeit** der erstinstanzlichen VwG betrifft, legt Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG zunächst fest, dass diese über Beschwerden gegen Bescheide »wegen **Rechtswidrigkeit**« zu erkennen haben.

Ergänzend ordnet allerdings Art 130 Abs 3 B-VG zudem an, dass »Rechtswidrigkeit ... außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen gehörenden Rechtssachen **nicht**« vorliegt, »soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde **Ermessen** einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat.«<sup>252</sup>

Insgesamt betrachtet stellt damit eine gesetzeskonforme Ermessensübung zwar grundsätzlich keine Rechtswidrigkeit dar (und insoweit entspricht Art 130 Abs 3 B-VG auch der Vorgängerbestimmung des Art 130 Abs 2 B-VG in der Fassung zum 31. Dezember 2013); dies gilt jedoch dann nicht, wenn es sich um eine Angelegenheit des **Verwaltungsstrafrechts** oder um einen darüber hinausgehenden Beschwerdetypus in einer **Administrativsache** handelt, der in die Zuständigkeit des **Bundesfinanzgerichts** fällt und diesbezüglich verfassungsmäßig oder einfachgesetzlich das Kriterium »Rechtswidrigkeit« als Prüfungsmaßstab festgelegt ist.

249 Vgl A. Grof, Die Materialisierung der Generalklausel des Art. 129 B-VG durch den VfGH, ZUV 2000, H. 3, 18 ff.

250 Vgl zB Art 130 Abs 1 Z 1 und Z 2 B-VG (Bescheid- und Maßnahmenbeschwerde).

251 Vgl zB Art 130 Abs 1a B-VG (Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber Auskunftspersonen eines Untersuchungsausschusses des Nationalrates).

252 Diese kryptische Formulierung meint wohl, dass in Verwaltungsstrafsachen und in zur Zuständigkeit des BFG gehörenden Angelegenheiten bspw selbst dann eine von der Behörde verhängte Strafe vom VwG herabgesetzt (bzw in einem Amtsbeschwerdeverfahren auch hinaufgesetzt) werden kann, wenn das der Behörde im Zuge der Strafbemessung zukommende Ermessen von dieser im Grunde gesetzeskonform ausgeübt wurde, sodass die »Rechtswidrigkeit« letztlich nur darin besteht, dass das Ermessen vom VwG nachfolgend anders ausgeübt wird.

## RECHTSSTAATSPRINZIP UND PRÜFUNGSGEGENSTAND

Im Ergebnis führte dies somit dazu, dass der verwaltungsgerichtliche Kontrollmaßstab allein schon hinsichtlich dieses Beschwerdetypus im Vergleich zur früheren Rechtslage als erheblich erweitert oder anders gewendet: die **rechtspolitische Dispositionsbefugnis der Verwaltung** – ganz abgesehen vom Aspekt der bereits zuvor problematisierten **meritorischen Entscheidungskompetenz**<sup>253</sup> – nunmehr als in **nicht unbedeutendem Umfang eingeschränkt** erscheint.

Eine sich hierzu notwendig-komplementär gerierende **Ausweitung** der (verwaltungs-)gerichtlichen **Einflussosphäre** kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn der **einfache Gesetzgeber** unter Inanspruchnahme der entsprechenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung einen weiten, über eine bloße Rechtswidrigkeit hinausreichenden Prüfungsmaßstab festlegt.

239

#### F. Rechtsstaatsprinzip und Prüfungsgegenstand: Aufweichung des Grundsatzes der »Formalorientiertheit« in Richtung einer »Vollumfänglichkeit«

Traditionell stellt sich der Rechtsschutz im Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts derart dar, dass jeder **gesonderten Rechtssatzform**, in der staatliche Organe von Verfassungs wegen zu Handeln befugt sind – also etwa »Gesetz«, »Verordnung«, »Bescheid«, »Erkenntnis« etc –, jeweils ein **spezifisches Rechtsschutzinstrumentarium** – wie »Gesetzesprüfungsantrag« (an den VfGH gemäß Art 140 B-VG), »Verordnungsprüfungsantrag« (an den VfGH gemäß Art 139 B-VG) usw – zugeordnet ist<sup>254</sup>. Diese **Konnexität** ist im Besonderen mit der **Wirkung** verbunden, dass einerseits jeglicher **andere** als der jeweils speziell beigegebene Rechtsbehelf, andererseits aber ein solcher auch in dem Fall **von vornherein prozessual unzulässig** ist, dass ein solcher **fehlt**, also rechtlich überhaupt nicht vorgesehen ist<sup>255</sup>.

240

Ein **Rechtsstaat** zeichnet sich gemeinhin dadurch aus, dass für den Bürger die Möglichkeit besteht, sich gegen jegliches staatliche Handeln rechtlich zur Wehr setzen zu können<sup>256</sup>.

241

Beginnend mit dem Wandel Österreichs von einer absolutistischen hin zu einer konstitutionellen Monarchie und schließlich zu einer liberal-rechtsstaatlichen Demokratie wurde – und wird – **schrittweise** versucht, dieser nunmehr vor allem unter dem Blickwinkel des **rechtsstaatlichen Grundprinzips**<sup>257</sup> zu bewertenden Anforderung **möglichst umfassend** gerecht zu werden. Dem entsprechend finden sich gegenwärtig bei gesamthafter Betrachtung – wenn man davon absieht, dass die **Zulässigkeitsvoraussetzungen**

253 Siehe dazu oben, RN 183.

254 Sog »aktionenrechtliche Konzeption«; vgl dazu schon oben, RN 188.

255 Vgl zB jüngst VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020.

256 Vgl zB jüngst VfGH vom 11. Dezember 2020, G 264/2019, RN 38, mwN.

257 Wenngleich nicht explizit positiviert, ist dessen Maßgeblichkeit dennoch allgemein anerkannt; vgl schon oben, RN 184.

## RECHTSSTAATSPRINZIP UND PRÜFUNGSGEGENSTAND

hinsichtlich der Rechtsbehelfe tendenziell<sup>258</sup> (und gelegentlich sogar in unverhältnismäßiger Weise<sup>259</sup>) **restriktiv interpretiert** werden<sup>260</sup> – eher nur mehr **vereinzelte Restbereiche**, in denen ein vollwertiger effektiv-gerichtlicher Rechtsschutz nicht besteht<sup>261</sup>.

242

Vor diesem Hintergrund stellt sich derzeit die **wechselseitige Abhängigkeit** zwischen **Rechtssatzform** und jeweils zugeordnetem **Rechtsschutzinstrumentarium** – am Stufenbau der Rechtsordnung orientiert – in simplifizierter Form wie folgt dar:

▷

258 Vgl nur die zahllosen Revisionszurückweisungen des VfGH gemäß § 34 VwGG sowie die massenweisen Ablehnungsbeschlüsse des VfGH gemäß Art 144 Abs 2 B-VG und des EGMR gemäß Art 35 Abs 3 lit a EMRK.

259 So zB VfGH vom 15. Oktober 2016, G 103/2016 (OGH – Glücksspielmonopol).

260 Nach einer Phase, in der die Gerichte vorrangig darum bemüht waren, Aufmerksamkeit, Bedeutung und fachlichen Respekt zu erlangen, ist nunmehr zu beobachten, dass der Rechtsschutz vor allem im Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts – insbesondere seit der Einführung einer (kaum kalkulierbaren) Ablehnungsbefugnis des VfGH durch die B-VG-Novelle BGBl 296/1984 (die mit der B-VG-Novelle BGBl 685/1988 mittels einer analogen Kompetenz des VfGH ergänzt und in der Folge im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012 in Gestalt des Revisionsmodells sogar noch erweitert wurde; im Gefolge einer entsprechenden Novellierung des Art 34 EMRK im Jahr 2010 kommt seither auch dem EGMR eine weitreichende Befugnis zur Ablehnung von Individualbeschwerden in der Weise zu, dass nunmehr lediglich Beschwerden behandelt werden, die ein »internationales Niveau« [»not a court of fourth instance« – vgl zB EGMR vom 06.09.2019, 3401/09, RN 47] erreichen) – im Wege überzogen-restriktiver Auslegung von Prozessvoraussetzungen im Ergebnis faktisch vielfach leerläuft.

261 So hängt es aus verfassungsrechtlicher Sicht beispielsweise letztlich vom einfachen Bundes- oder Landesgesetzgeber ab, ob und in welchem Umfang tatsächlich iSd Art 130 Abs 2 B-VG entsprechende »sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte« vorgesehen werden; auch gleichsam »traditionelle« Rechtsschutzdefizite im Bereich des Prüfungswesens und des Verfahrens zur Besetzung von Planstellen im öffentlichen Dienst – die nach wie vor va durch eine fehlende Parteistellung der nicht zum Zug gekommenen Bewerber gekennzeichnet sind – zählen hierzu (vgl allerdings EGMR vom 1. Dezember 2020, 26374/18; siehe auch OGH vom 21. Oktober 2020, 9 Ob A 75/20z, wonach einem übergangenen Bewerber – unter der Voraussetzung, dass dieser der am besten qualifizierte war – nunmehr ein Schadenersatzanspruch zuerkannt wird).



TABELLE 4 – RECHTSSATZFORMEN & RECHTSSCHUTZINSTRUMENTE

Rechtssatzform	Rechtsbehelf	Rechtsgrundlage	Entscheidungsorgan
Gesetz (einfaches Gesetz, »normales« Verfassungsgesetz)	Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit durch ein(e) hierzu legitimierte(s) Person bzw Organ	Art 140 B-VG	VfGH
Verordnung (Rechts- oder Verwaltungsverordnung)	Antrag auf Prüfung der Gesetzmäßigkeit durch ein(e) hierzu legitimierte(s) Person bzw Organ	Art 139 B-VG	VfGH
Erkenntnis eines VwG	Beschwerde bzw Revision	Art 144 Abs 1 B-VG bzw Art 133 Abs 4 B-VG	VfGH bzw VwGH
Beschluss eines VwG	Beschwerde bzw Revision	Art 144 Abs 4 B-VG + Materiengesetz bzw Art 133 Abs 9 B-VG + Materiengesetz	VfGH bzw VwGH
Bescheid	Beschwerde (»Bescheidbeschwerde«)	Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG
Zwangsakt der Behörde	Beschwerde (»Maßnahmenbeschwerde«)	Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG
Untätigkeit der Behörde	Beschwerde (»Säumnisbeschwerde«)	Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG
Schlicht-hoheitlich rechtswidriges Verhalten der Behörde	Beschwerde (»Verhaltensbeschwerde«)	Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG + Materiengesetz	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG
Rechtswidriges Verhalten eines öffentlichen Auftraggebers	Beschwerde (»Vergabebeschwerde«)	Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG + Materiengesetz	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG
Streitigkeiten öffentlich Bediensteter	Beschwerde (»Dienstrechtsbeschwerde«)	Art 130 Abs 2 Z 3 B-VG + Materiengesetz	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG
Zwang gegenüber Auskunftspersonen eines NR-Untersuchungsausschusses	Beschwerde (»Zwangsbeschwerde«)	Art 130 Abs 1a B-VG + GOGNR	BVwG (exklusiv)
Verletzung des Rechts auf Daten- schutz durch ein VwG	Beschwerde (»Datenschutzbeschwerde«)	Art 130 Abs 2a B-VG	(ein- und dasselbe) VwG
Rechtsbehelfe in sonstigen Angelegenheiten	Beschwerde (»Sonstige Beschwerde«)	Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG + Materiengesetz	(sachlich und örtlich zuständiges) VwG

Tabelle 4 – Rechtssatzformen und korrelierende Rechtsschutzinstrumente

Betrachtet man diese Tabelle genauer, so lässt sich daraus auch ableiten, dass aus dogmatischer Sicht vor allem jene Kontrollkompetenzen umso weniger mit diesem Schema



## RECHTSSTAATSPRINZIP UND PRÜFUNGSGEGENSTAND

harmonisieren, die praktisch besehen eher nur singulären Charakter aufweisen, dh seitens des (einfachen oder Verfassungs-)Gesetzgebers jeweils eine gleichsam **anlassfallbezogene Regelung** erfahren haben (wie zB die Zuständigkeit des BVwG hinsichtlich Zwangsbeschwerden oder jene der VwG zur Entscheidung über Verhaltens-, Vergabe- und Datenschutzbeschwerden), oder die bloß einen sog »**Auffangtatbestand**« verkörpern (so etwa die sog »Kausalgerichtsbarkeit« des VfGH gemäß Art 137 B-VG oder »sonstige Beschwerden« nach Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG).

244

Schließlich besteht auch eine generelle Übereinkunft dahin, die jeweiligen Prozessvoraussetzungen hinsichtlich der einzelnen Rechtsbehelfstypen insoweit **restriktiv** auszulegen und diese dadurch wechselseitig voneinander abzugrenzen, sodass sie jeweils **nicht parallel** zum Tragen kommen, sondern sich subsidiär zueinander verhalten, sodass **Doppel- bzw Mehrgleisigkeiten** des Rechtsweges – und damit letztlich **Judikaturdivergenzen** – vermieden werden.

Als Beispiele dafür können gelten, dass etwa ein Individualantrag auf Normenkontrolle nach Art 139 und Art 140 B-VG nur dann zulässig ist, wenn dem Betroffenen die Erlangung eines Bescheides oder Urteils und dessen Bekämpfung im regulären Instanzenzug – in deren Zuge entsprechende Bedenken gegen jene diese Individualakte tragenden Normen gleichsam »standardmäßig« geltend gemacht werden können, nicht möglich ist oder nicht zugemutet werden kann<sup>262</sup>; Analoges gilt auch für eine Maßnahmenbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG<sup>263</sup>. Weiters läuft etwa die im Erkenntnis vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, RN 29, geäußerte (im Ergebnis jedoch unzutreffende, weil dem VwGH eine jenem insoweit von Verfassungs wegen nicht zukommende Letztkompetenz zuweisende) Rechtsansicht des VfGH<sup>264</sup> darauf hinaus, dass er in einem Gesetzesprüfungsverfahren gemäß Art 140 B-VG (und wohl auch im Verordnungsprüfungsverfahren nach Art 139 B-VG) eine fehlerhafte Auslegung des VwGG durch den VwGH selbst dann nicht aufgreifen kann, wenn diese in die Verfassungssphäre reicht; vielmehr müsste bzw könnte dieser Aspekt nur vom Beschwerdeführer im fortgesetzten Verfahren geltend gemacht werden, indem er die Ersatzentscheidung des VwG wegen deren Bindung an eine zB gleichheitswidrige Interpretation des VwGH gemäß Art 144 B-VG anfecht.

262 Vgl zB VfGH vom 22. September 2009, G 123/08, mwN.

263 Vgl zB VwGH vom 17. Februar 1999, 98/01/0297, mwN.

264 Im Hinblick darauf, dass dem VfGH beispielsweise gemäß Art 140 B-VG die Letztkompetenz zur verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen zukommt, ist daher in einem Verfahren nach Art 144 B-VG eine (»Ersatz-«)Entscheidung eines VwG dann aufzuheben, wenn diese in einem »fortgesetzten Verfahren« in Bindung an eine Rechtsansicht des VwGH ergangen ist, die auf einer verfassungswidrigen Auslegung des einfachen Gesetzes beruht. Die in RN 29 des angeführten VfGH-Erkenntnisses getroffene Feststellung, »dass in der österreichischen Rechtsordnung Entscheidungen eines Höchstgerichtes nicht der Überprüfung eines anderen Höchstgerichtes unterliegen«, erweist sich sohin (weil zB schon mit VfSlg 7330 und 8536 [keine Bindung des VfGH an eine »verfassungskonforme Interpretation« einfacher Gesetze durch den VwGH] unvereinbar) als unpräzise Apodiktik bzw meint möglicherweise nur Fälle einer unmittelbar-prozessualen, nicht aber auch solche einer mittelbaren Kontrolle (wie sich auch am weiteren Beispiel der sog »Staatshaftungskompetenz« des VfGH gemäß Art 137 B-VG zeigt).

### G. Konsequenz der Prüfung: Grundsatz der Substitution der behördlichen durch eine gerichtliche Entscheidung; bloße Rechtswidrigkeitsfeststellung als Ausnahme

Der zuvor dargestellte Leitgedanke des Verfassungsgesetzgebers, mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 die bis dahin in Form der Unabhängigen Verwaltungsse-nate bestehenden Berufungsbehörden lediglich in organisatorischer Hinsicht zu »Gerichten im Sinne des B-VG« zu transformieren, während die Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Komponente (vom Grundsatz der meritorischen Erledigung abgesehen) dem einfachen Gesetzgeber überlassen wurde (vgl Art 136 Abs 2 und 3 B-VG), brachte es in rechtspolitischer Hinsicht mit sich, dass insoweit die für das systematische Verhältnis zwischen »Unterbehörde« (= Behörde der allgemeinen staatlichen Verwaltung) und »Oberbehörde« (= UVS) maßgebliche Grundkonzeption auch für die nunmehrige Relation »Behörde – Verwaltungsgericht« beibehalten wurde. 245

Dieser Konnex (war und) ist aus rechtsdogmatischem Blickwinkel vorrangig durch das Prinzip gekennzeichnet, dass im Falle einer Rechtswidrigkeit diese nicht bloß seitens der übergeordneten Instanz in der Weise festgestellt wird, dass die angefochtene Entscheidung rechtlich bestehen bleibt und lediglich von der Unterinstanz gleichsam im Sinne eines bindenden Modifikationsauftrages zu korrigieren ist. 246

Vielmehr tritt die oberinstanzliche Entscheidung in Form einer vollständigen Substitution an die Stelle jener der Unterinstanz, sodass Letztere damit zugleich aus dem Rechtsbestand ausscheidet.

(Gesamthaft betrachtet: rare) Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen nur dann und insoweit, als das VwG bloß eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung vornimmt und diese zugleich mit einer Zurückverweisung der Rechtssache an die Behörde verbindet oder mehr als die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des Behördenaktes schon aufgrund von dessen Rechtsnatur (wie zB bei einer gegen eine in der Vergangenheit gesetzte, »punktuelle« Zwangsmaßnahme gerichteten Beschwerde) nicht in Betracht kommt.

Im Zusammenhang mit den Prinzipien der Rechtskraft<sup>265</sup> und der aufschiebenden Wirkung ist der Grundsatz der vollständigen Substitution im Einzelnen für den Regelfall so zu verstehen, dass der auf Antrag oder von Amts wegen ergehende Bescheid zunächst wohl existent ist, jedoch während offener Rechtsmittelfrist weder (von den Adressaten) vollzogen noch (von der Behörde) vollstreckt werden soll. (Wird der angefochtene Bescheid ungeachtet dessen von einer Verfahrenspartei dennoch in die Wirklichkeit umgesetzt, so trägt diese in der Folge das Risiko für eine mit einer nachträglichen Bescheidaufhebung verbundenen Rückabwicklung.) 247

Anderes anderes gilt nur dann, wenn einem Rechtsbehelf schon ex lege keine aufschiebende Wirkung zukommt<sup>266</sup> oder diese im angefochtenen Bescheid selbst vorweg aberkannt wurde<sup>267</sup>.

265 Siehe dazu näher unten, RN 248 ff.

266 Vgl zB § 57 Abs 2 AVG.

267 Vgl zB § 13 Abs 2 VwGVG.

## KONSEQUENZ DER PRÜFUNG

248 Wird gegen den Bescheid **kein (zulässiger) Rechtsbehelf** eingebracht, erlangt dieser solcherart **Rechtskraft** und er kann bzw muss in der Folge auch faktisch umgesetzt werden; insoweit liegt daher letztlich aus rechtlicher Sicht **ausschließlich ein Gestaltungsakt der Staatsfunktion »Verwaltung«** vor.

249 Wenn jedoch eine **Beschwerde** an das VwG erhoben wird (und dieser zugleich **ex lege aufschiebende Wirkung** zukommt), dann **hindert** eine solche den Eintritt der **Rechtskraft** des Bescheides.

In einer derartigen Konstellation kann die bescheiderlassende Behörde – abgesehen von ihrer Dispositionsbefugnis hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung gemäß § 13 Abs 2 VwGVG – diese Beschwerde entweder **ohne weitere Veranlassung** dem VwG **vorlegen** oder binnen zwei Monaten im Wege einer sog **»Beschwerdevorentscheidung«** (im Folgenden auch kurz: BVE) den angefochtenen durch einen neuen Bescheid nach jeder Richtung hin ersetzen (§ 14 Abs 1 VwGVG).

Bleibt ein solcher **Ersatzbescheid** unbekämpft, so wird (nur) dieser **rechtskräftig** (während gleichzeitig [erst] damit der ursprüngliche Bescheid aus dem Rechtsbestand ausscheidet), sodass im Ergebnis wiederum **exklusiv ein Rechtsakt der Staatsfunktion »Verwaltung«** vorliegt.

Wird hingegen in weiterer Folge auch ein Rechtsmittel gegen die BVE erhoben oder (wie im Regelfall gängiger Verwaltungspraxis) eine solche von vornherein gar nicht erlassen und davon ausgehend in beiden Fällen diese Beschwerde dem VwG förmlich vorgelegt (vgl § 15 Abs 1 bzw § 14 Abs 2 VwGVG), dann bleibt der Ersatz- bzw der ursprüngliche Bescheid so lange rechtlich existent (aber in dieser Phase – vorausgesetzt, dass der Beschwerde durchgängig aufschiebende Wirkung zukommt – gleichsam »schwebend unwirksam«), bis seitens des VwG eine Enderledigung ergeht: Das **Erkenntnis des VwG** tritt dann **gänzlich** an die Stelle des **behördlichen Bescheides**, und zwar ungeachtet dessen, ob dieser in vollem Umfang oder nur teilweise modifiziert wird. Insoweit kommt es gleichsam zu einem **»Qualitätssprung«** dergestalt, dass **letzten Endes nur noch ein der Staatsgewalt »Gerichtsbarkeit«** (des Öffentlichen Rechts) zurechenbarer Rechtsakt vorliegt.

250 Diese **andersartige Konzeption**, dass sonach dieser Gerichtsakt materiell betrachtet ein **»Führen der Verwaltung«** verkörpert, ist – abgesehen von ihrer **Bedenklichkeit** im Hinblick auf das **Trennungsprinzip** des Art 94 Abs 1 B-VG<sup>268</sup> – nicht **nur völlig** neu und in diesem Sinne gleichsam **»gewöhnungsbedürftig«**, sondern sie führt darüber hinaus auch dazu, dass damit die in der oberbehördlichen Praxis aus Effizienzgründen seit jeher gepflogene Vorgangsweise, im Falle einer gänzlichen oder teilweisen Abweisung der Beschwerde **»den angefochtenen Bescheid«** zur Gänze bzw mit der Maßgabe **»zu bestätigen«**, dass zB eine bestimmte Auflage zeitlich eingeschränkt oder der Spruch des Straferkenntnisses in gewisser Hinsicht konkretisiert wird etc<sup>269</sup>, schon deshalb **unver-**

268 Siehe dazu schon oben, RN 151 ff.

269 Im Lichte des Art 6 EMRK besehen braucht nicht besonders betont zu werden, dass mit einer derartigen Handlungsweise untrennbar der Anschein einer mehr oder weniger intensiven Identifikation der gerichtlichen mit der Verwaltungsentscheidung einhergeht.

einbar ist, weil in allen diesen Fällen der bezogene Bescheid ja rechtlich nicht mehr existiert.

In systemkonformer Weise muss somit eine derartige »Bestätigung« so interpretiert werden, dass mit dieser nicht der (ganze) Bescheid (oder Teile desselben) gleichsam »fortgeführt« wird (bzw werden), sondern fiktiv – wie etwa gemeinhin bei der Übernahme eines wörtlichen Zitates im Zuge der Erstellung eines Schreibens – nur dessen sprachliche Ausgestaltung nunmehr (zur Gänze oder teilweise) als ein autonom-eigenständiger Bestandteil des gerichtlichen Erkenntnisses (oder Beschlusses) anzusehen ist.

Auf diese Weise lässt sich (mehr oder weniger überzeugend) begründen, dass auch in solchen Fällen kein kombinierter Gerichts- und Verwaltungsakt, sondern ausschließlich ein der Gerichtsbarkeit zurechenbarer Rechtsakt vorliegt.

Zugleich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die eingeschränkte Kontrollbefugnis des VfGH und des VwGH letztlich jeweils in eine bloße Feststellungsentscheidung der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts mündet, sodass im Ergebnis jene Entscheidung, die in inhaltlicher Hinsicht rechtskräftig wird, (ausschließlich) von den erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten getroffen wird<sup>270</sup>.

Mit dieser – auf lange Sicht wohl unumkehrbaren – Neukonzeption ist zugleich verbunden, dass der Behörde gesamthaft betrachtet nur wenig effektive rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um die Beseitigung ihrer Entscheidung hintan- und damit ihre eigenen rechtspolitischen Vorstellungen über die Art und Weise der Verwaltungsführung aufrecht zu erhalten.

251

Denn selbst die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Kernaufgabe, nämlich: eine in jeder Hinsicht gesetzmäßige Entscheidung zu erlassen, nützt der Behörde in der Praxis im Grunde nur wenig, weil diese mit relativ geringem fachlichem und finanziellen Aufwand rechtlich bekämpft und allein schon solcherart ein Übergang der materiellen Gestaltungsbefugnis von der Verwaltung hin zur Gerichtsbarkeit in Gang gesetzt werden kann.

252

Dazu kommt auch noch, dass der enorme Komplexitätsgrad der Rechtsordnung und die damit verbundene hohe Fehlerwahrscheinlichkeit bereits vorweg eine ausreichende Gewähr für eine zumindest teilweise Erfolgsaussicht des Rechtsmittels bietet.

253

Angesichts dieses Grundscenarios erscheint somit auch die Erlassung einer Beschwerdeentscheidung aus Sicht der Behörde nur dann als sinnvoll, wenn mit dieser dem Rechtsstandpunkt der Partei vollinhaltlich stattgegeben werden kann.

254

270 1. Liest man Art 144 Abs 2 B-VG iZm der »Ablehnungsformel« des VfGH und dem diesbezgl Standpunkt des VwGH (»ist davon geleitet, dass der VfGH seine Ablehnungsbeschlüsse erst nach intensivem Studium des Falles und entsprechend sorgfältigen Überlegungen fasst« - ZB 24.10.1988, 88/10/0046),  
2. beachtet man weiters die restriktive Judikatur des VwGH zur Zulässigkeit einer Revision und  
3. vergegenwärtigt man sich das notorische Faktum, dass eine Amtsrevision so gut wie nie zugunsten eines Normadressaten erhoben wird,  
so resultiert daraus insgesamt, dass im Ergebnis eine Vielzahl rechtswidriger Entscheidungen der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte rechtswidrig wird – ein insgesamt wohl eher seltsames Verständnis von Rechtsstaatlichkeit und Einzelfallgerechtigkeit.

## KONSEQUENZ DER PRÜFUNG

Derartiges wird allerdings nur dann zutreffen, wenn entweder schon im Zuge der Erlassung des ursprünglichen Bescheides maßgebliche Aspekte fehlerhaft beurteilt bzw solche vom Beschwerdeführer erst nachträglich vorgebracht wurden oder sich die Rechtslage während der Zweimonatsfrist entscheidungswesentlich geändert hat. Da es sich hierbei gesamthaft betrachtet aber jeweils nur um **seltene Ausnahmekonstellationen** handelt, liegt es somit auf der Hand, dass die Erlassung einer **BVE in der Praxis regelmäßig unterbleibt** (bzw – abgesehen vom Bereich des regelmäßig auf bloße Berechnungen abstellenden Abgabenverfahrens – geradezu »totes Recht« darstellt).

- 255 Eine allenfalls parallel zum Bescheid vorgenommene gesonderte Verfügung, die **aufschiebende Wirkung** eines dagegen erhobenen Rechtsmittels auszuschließen (§ 13 VwGVG), kann gegebenenfalls dazu führen, dass dieser bereits zu einem Zeitpunkt vollstreckt wird, zu dem dessen Rechtmäßigkeit noch nicht endgültig (rechtskräftig) feststeht.

Eine derartige Vorgangsweise stellt zwar die **effektivste Form** der faktischen Umsetzung des behördlichen Willens bzw von deren rechtspolitischer Vision des »**Führens der Verwaltung**« dar. Allerdings müssen in diesem Zusammenhang auch stets das **Risiko** einer **Rückabwicklung** sowie die damit verbundenen **Kosten** für den Fall, dass der Bescheid im Gefolge einer gerichtlichen Kontrolle letztlich beseitigt wird, einkalkuliert werden.

- 256 In gleicher Weise bewirkt auch ein **Widerspruch** gemäß § 28 Abs 3 VwGVG im Ergebnis gleichsam bloß einen zeitlichen Aufschub.

Denn in dem Fall, dass der angefochtene Bescheid vom VwG als rechtswidrig qualifiziert wird, führt dies – unter gleichzeitiger Aufhebung ihres Bescheides – zur **Zurückverweisung** der Rechtssache an die Behörde, wobei diese (und sämtliche weitere Instanzen) in der Folge an die **Rechtsansicht des VwG gebunden** ist (sind). Selbst wenn daher der daraufhin unter solchen Rahmenbedingungen ergehende Ersatzbescheid unangefochten bleiben sollte, existiert dann wiederum kein Akt der Staatsfunktion »Verwaltung«, sondern letzten Endes – zumindest **materiell** besehen – ein solcher der **Gerichtbarkeit**.

- 257 Wengleich es sonach summarisch betrachtet zumindest in den von unangefochten bleibenden behördlichen Erledigungen abweichenden Konstellationen, die zugleich häufig mit hohem Auseinandersetzungspotential verbunden sind, de facto ohnehin in großer Zahl zu einer effektiven – und zugleich in rechtlicher Hinsicht für die Zukunft vielfach richtungweisenden – **Substitution** kommt, erscheint eine – wie mit § 28 Abs 5 VwGVG festgelegte – generelle gesetzliche Anordnung der Bindung der Behörde an Entscheidungen der VwG dennoch nicht obsolet: Soweit nämlich mit der Zuerkennung einer Berechtigung auch die Notwendigkeit der **Ausstellung** einer allgemein anerkannten **Bescheinigung** (wie zB eines Reisepasses, eines Führerscheines oder eines Dienstausweises) verbunden ist, wird damit klargestellt, dass diese nicht vom VwG selbst, sondern von der Behörde in Bindung an dessen Entscheidung vorzunehmen ist<sup>271</sup> – die »Vollstreckung« der Gerichtsentscheidung obliegt somit der Behörde<sup>272</sup>.

271 Vgl oben, FN 184.

272 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass solche Verpflichtungen – so zB, wenn sich eine Behörde weigert, dem Berechtigten einen Führerschein auszustellen bzw auszuhändigen – in letzter Konsequenz nicht unmittelbar rechtlich durchsetzbar sind.

## H. »Letztkompetenz« als meta-rechtssystematische Rahmenbedingung

Unter dem Begriff der »Letztkompetenz« soll hier eine **rechtliche Befugnis** verstanden werden, die ein **staatliches Vollzugsorgan** dazu ermächtigt, den **Inhalt einer generellen Norm** in der Weise **verbindlich** festzulegen, dass sowohl andere staatliche Organe als auch davon verschiedene staatsfremde Normadressaten entweder **unmittelbar oder mittelbar** an diese **Rechtsansicht gebunden** werden. 258

Für den Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts interessiert aus diesem Blickwinkel als zentrale Fragestellung, welches **Gericht** innerhalb welcher **Grenzen** im Besonderen über eine Letztkompetenz zur Determinierung des materiellen Gehalts von **Gesetzen und Verordnungen**<sup>273</sup> verfügt.

Insoweit hat man sich in einem ersten Schritt vor Augen zu führen, dass (neben anderen) als **grundlegendes rechtssystematisches Kriterium** zur Differenzierung zwischen generell-abstrakten und individuell-konkreten Rechtssatzformen gemeinhin das Institut der **Rechtskraft(wirkung)** herangezogen wird: Denn diese kommt nur den Letzteren, nicht aber auch Ersteren zu. 259

Hinsichtlich des Begriffs der Rechtskraft ist vorweg wiederum zwischen einem – vergleichsweise engeren – (einfachgesetzlich-) **verfahrensrechtlichen** und einem – relativ weiteren – **verfassungsmäßigen** Verständnis der Rechtskraft zu differenzieren: 260

Denn in **prozessualer** Hinsicht erfasst die inhaltliche und formelle Bindungswirkung eines behördlichen Bescheides oder einer gerichtlichen Einzelfallentscheidung unmittelbar und in der Regel nur die am **konkreten Verfahren** beteiligten staatlichen Organe und sonstigen **Parteien**<sup>274</sup>. 261

Dies bedeutet insbesondere, dass die(selbe oder eine andere) Behörde bzw das(selbe oder ein anderes) Gericht **prinzipiell** – nämlich: soweit in diesem Zusammenhang nicht Willkür geübt wird – **nicht** daran **gehindert** ist, in anderen analogen Fällen eine **abweiche Erledigung** vorzunehmen.

Anders gewendet konstituiert die **Rechtskraft** einer Einzelfallentscheidung sonach keine über diese hinausreichende Bindungswirkung und damit für das (Entscheidungs-)Organ auch **keine** (bzw nicht einmal eine dieses determinierende) **Letztkompetenz**.

Über den einfachgesetzlich nach den diversen Verfahrensordnungen jeweils bloß als singular effektiv intendierten Typus der Rechtskraft hinaus sieht die **Verfassung** systematisch auf diesem aufbauende, tendenziell jedoch **weiter reichende Erscheinungsformen von Bindungswirkungen** vor. 262

273 Und zwar in deren jeweils unterschiedlich typisierten Erscheinungsformen, also: Grundprinzipien der Verfassung, normale Verfassungsgesetze, einfache Gesetze und Rechts- sowie Verwaltungsverordnungen.

274 Davon abgesehen kann gesetzlich auch eine über die konkreten Verfahrensbeteiligten hinausreichende Tatbestandswirkung vorgesehen sein (wie beispielsweise hinsichtlich der Nacheigentümer im Baurecht oder generell die Vorfragenregelung des § 38 AVG).

## »LETZTKOMPETENZ«

263 Hierzu zählt zunächst die Festlegung des Art 133 Abs 4 B-VG, wonach eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung insbesondere dann gegeben ist, wenn zu dieser bislang noch keine Judikatur<sup>275</sup> des VwGH vorliegt oder eine solche zwar besteht, sich diese aber als objektiv uneinheitlich erweist oder davon eine Entscheidung eines VwG abweicht<sup>276</sup>.

Denn mittels einer derart ausgestalteten Anordnung wird zugleich (wenn auch nicht ausdrücklich) festgelegt, dass in **Revisionsverfahren** ergehenden Entscheidungen des VwGH nicht nur jene (ohnehin) aus deren Rechtskraft resultierende einzelfallbezogen-konkrete Bindungswirkung<sup>277</sup>, sondern weiters auch noch ein über den jeweiligen Anlassfall hinausreichender **genereller Determinierungseffekt** zukommt.

264 Hinsichtlich der Problematik, in welcher Weise dessen **Umfang** letztlich **ein- bzw abzugrenzen** ist, erscheint es naheliegend, zunächst auf die mit einer Revision<sup>278</sup> konkret verbundenen **Beurteilungs- bzw Entscheidungskriterien** abzustellen.

Und wenn diesbezüglich in Art 133 Abs 6 B-VG vorgesehen ist, dass ein solcher Rechtsbehelf »wegen **Rechtswidrigkeit**« (und nicht etwa – spezifischer – wegen Verfassungs-, Gesetz-, Verordnungswidrigkeit oÄ) erhoben werden kann, so ist mit diesem Begriff offenbar eine Kompetenz umschrieben, die es ermöglichen soll, dass in diesem Zusammenhang im Grunde **jegliche Form der Widerrechtlichkeit** aufgegriffen werden kann. Dies bedeutet wiederum, dass der VwGH im Zuge einer Revision (ungeachtet spezifischer Zulässigkeitsvoraussetzungen und dem daraus jeweils resultierenden unterschiedlichen Prüfungsmaßstab in einem auf Initiative einer staatsfremden Person einerseits bzw eines staatlichen Organs andererseits eingeleiteten Revisionsverfahrens<sup>279</sup>) – gleichsam im Sinne einer **prinzipiellen Ausgangsbasis** – die angefochtene Entscheidung des VwG unter Heranziehung **sämtlicher** ihm zur Anwendung überantworteten **Rechtssatzformen** auf deren Rechtmäßigkeit hin zu kontrollieren hat bzw anders gewendet: Sowohl als **Prüfungsmaßstab** einerseits als auch als **Beurteilungs- bzw Entscheidungsgrundlage** andererseits fungieren sohin mit Blick auf die generelle Normsetzungsebene das **Unionsrecht**, das **Verfassungsrecht**, die **einfachen Gesetze** und die darauf basierenden **Verordnungen**.

275 In diesem Zusammenhang könnte auch überlegt werden, ob eine einzelne höchstgerichtliche Entscheidung bereits als »Judikatur« im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist. Denn gemeinhin würde eine »Rechtsprechung« eher mehrere gleichartige Erledigungen hinsichtlich ein und derselben Rechtsfrage (sowie gegebenenfalls auch durch mehrere unterschiedliche Senate des VwGH) bedingen. Gesamthaft betrachtet würde dies die Zulässigkeitsbedingungen für VwGH-Revisionen zusätzlich erhöhen.

276 In Wahrheit wurde mit diesem – den Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012 (vgl 1618 BlgNR, 24. GP, S 16) dem OGH-Verfahren angeglichenen – Revisionsmodell einerseits bloß ein bis dahin ohnehin bereits prägendes Faktum – nämlich: Praxisorientierung an der Judikatur des VwGH – nachträglich gesetzlich festgelegt; andererseits wurde zugleich der Blickwinkel quasi insofern verengt, als nun nur mehr auf die Rechtsprechung des VwGH abzustellen ist, jene des EGMR, des EuGH und des VfGH jedoch – zumindest de lege lata – offenbar außer Acht gelassen werden kann.

277 Vgl dementsprechend § 63 VwGG.

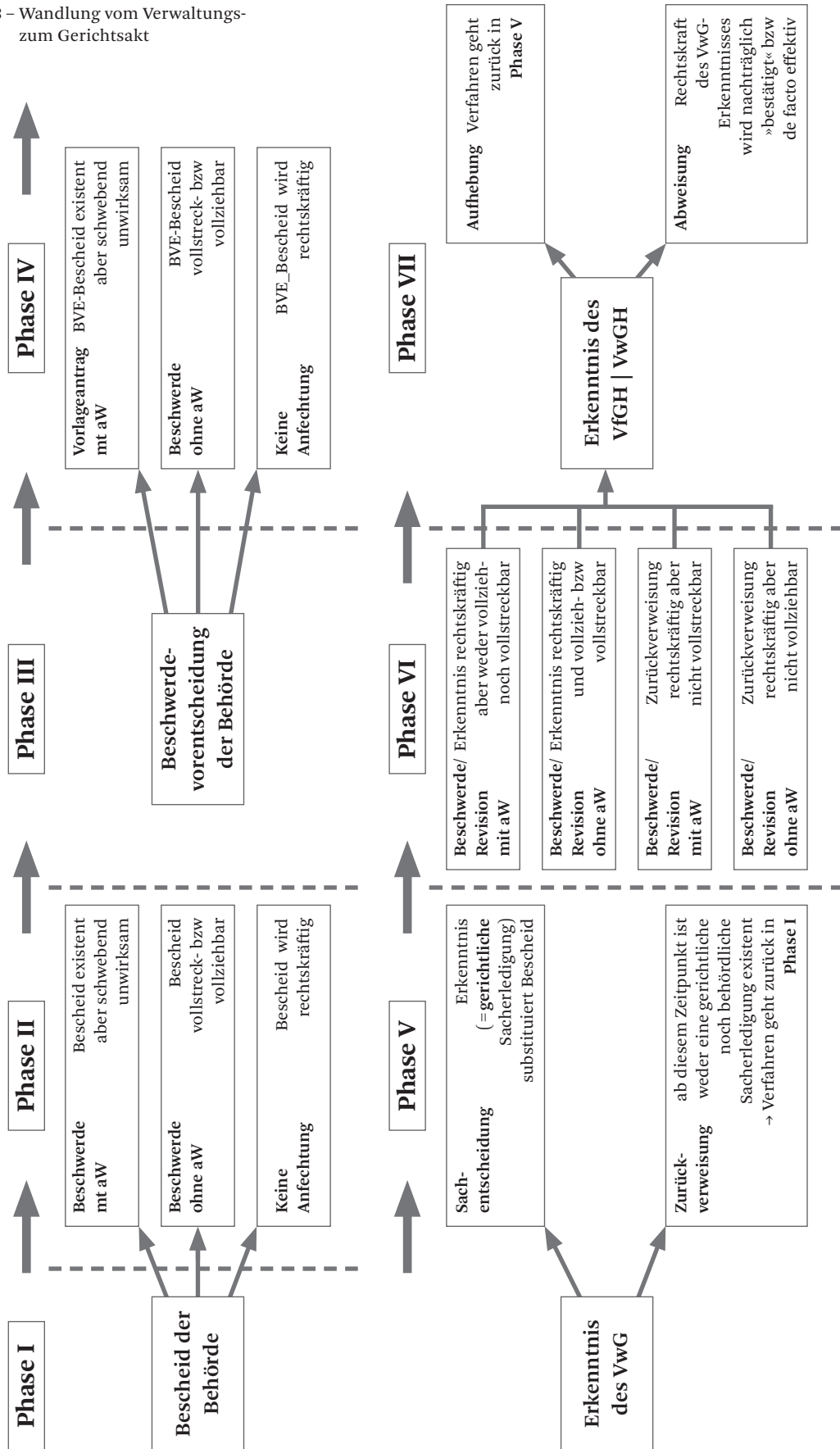
278 Bzw einer sonstigen Zuständigkeit des VwGH.

279 Vgl dazu näher oben, FN 184.



Diagramm 8 – Wandlung vom Verwaltungs- zum Gerichtsakt

»Metamorphose«: **Beschleid** → **Erkenntnis**



## »LETZTKOMPETENZ«

- 265 Allerdings wird diese **grundsätzlich umfassende Kontrollkompetenz** zunächst im Wege der **Spezialbestimmung** des Art 133 Abs 5 B-VG dahin relativiert, dass von der Zuständigkeit des VfGH generell jene Rechtssachen ausgeschlossen werden, die zur **Kompetenz** des VfGH gehören.
- Davon ausgehend folgt unter Einbeziehung der Art 139, 140 und 144 B-VG, dass deshalb, weil der VfGH – grob gesprochen – die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, die Gesetzmäßigkeit von Verordnungen und die Frage, ob die Entscheidung eines VwG ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletzt oder auf einem verfassungswidrigen Gesetz und/oder einer gesetzwidrigen Verordnung beruht, zu beurteilen hat, dem VfGH vorweg schon **insoweit keine verbindliche Beurteilungsbefugnis** – oder mit anderen Worten: **keine dementsprechende Letztkompetenz** – zukommt<sup>280</sup>.
- 266 Zusammengefasst ergibt sich somit aus Art 133 Abs 4 iVm Art 133 Abs 5 B-VG mit Blick auf die Ebene der **innerstaatlichen generellen Normen**,
- ▷ dass der VfGH zwar die **Verfassung** zur **Auslegung** einfachgesetzlicher Rechtsvorschriften – und **in diesem Rahmen** auch als **Beurteilungsmaßstab**<sup>281</sup> – heranziehen kann (und gegebenenfalls auch muss); allerdings fußt die **Bindungswirkung** einer darauf basierenden Entscheidung insoweit lediglich auf deren **Rechtskraft**, sodass diese schon von vornherein bloß auf den **konkreten Einzelfall beschränkt** bleibt. Würden also in einem anderen Verfahren<sup>282</sup> zB der VfGH oder ein VwG zu einem davon abweichenden Interpretationsergebnis kommen, dann wären diese Gerichte jedenfalls, aber auch der (bzw ein anderer Senat des) VfGH selbst (künftig) an dessen diesbezügliche Rechtsauffassung nicht gebunden;
  - ▷ Analoges gilt hinsichtlich der Frage der Heranziehung von verfassungs- und/oder einfachgesetzlichen Rechtsvorschriften zur Auslegung von Verordnungen sowie zur Beurteilung, ob eine VwG-Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz und/oder einer gesetzwidrigen Verordnung beruht (vgl in diesem Zusammenhang auch Art 135 Abs 4 iVm Art 89 B-VG, wonach der VfGH im Falle von Bedenken gegen eine generelle Norm dazu verpflichtet wird, diese Problematik nicht eigenständig zu klären sondern einen entsprechenden Überprüfungsantrag an den VfGH zu stellen) und/oder den normunterworfenen Bürger in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt.
- 267 Schließlich ist in Bezug auf unmittelbar anwendbares **Unionsrecht** (als Prüfungsmaßstab [und Entscheidungs- bzw Beurteilungsgrundlage]) auch noch die dahin gehende ständige Rechtsprechung des EuGH von maßgeblicher Bedeutung, wonach die Qualifikation der Frage, ob eine innerstaatliche Norm mit dem Unionsrecht vereinbar ist, von jedem nationalen Gericht **autonom**, dh ohne Bindung an eine diesbezüglich allenfalls

280 Vgl in diesem Sinne grundlegend VfSlg 7330/1974 und 8536/1979 sowie die weiteren Nachweise bei Ph. Haas, Zur Bindung des VfGH an Entscheidungen der VwG im fortgesetzten Verfahren, JBl 2020, 808 ff.

281 Nicht jedoch als Beurteilungs- und Entscheidungsgrundlage.

282 Anderes gilt nur für jenes vom VwG fortzusetzende Verfahren, in dem eine unmittelbare Bindungswirkung aus § 63 Abs 1 VwGG resultiert.

abweichende Rechtsansicht eines anderen – sei es auch im Instanzenzug übergeordneten – innerstaatlichen Gerichts zu beurteilen ist, von maßgeblicher Bedeutung. Denn daraus folgt, dass sich eine (gegebenenfalls intendierte) Verbindlichkeit einer diesbezüglichen Meinungsäußerung des VwGH schon vorweg nicht einmal auf die Rechtskraftwirkung einer konkreten Einzelfallentscheidung und somit im Weiteren auch nicht auf eine darüber hinausreichende Determinierungswirkung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG gründen lässt.

Zusammengefasst ergibt sich aus all dem, dass einer im **Revisionsverfahren** ergehenden **VwGH-Entscheidung**

268

- ▷ im **Einzelfall** – und zwar aufgrund von deren **Rechtskraftwirkung** – eine **Bindung** (lediglich) der beteiligten **Verfahrensparteien** im Hinblick auf die in dieser Erledigung geäußerte Rechtsansicht in Bezug auf die Auslegung des **Verfassungsrechts** sowie der **einfachgesetzlichen** und der **Verordnungsebene**, **nicht** jedoch hinsichtlich des **Unionsrechts**, zukommt;
- ▷ die **darüber hinaus** reichende, durch **Art 133 Abs 4 B-VG** konstituierte **generelle Bindungswirkung** erweist sich hingegen im Ergebnis als auf eine **Rechtsauffassung limitiert**, die sich in der Beurteilung von **grundsätzlichen Rechtsfragen** im Zusammenhang mit der **Auslegung** des **einfachen Gesetzesrechts** erschöpft<sup>283</sup>; verfassungsmäßige Beurteilungen sind davon hingegen nicht erfasst.

(Lediglich) **innerhalb dieses Rahmens** kommt dem **VwGH** in Bezug auf **Rechtsmittelverfahren** gegen **Entscheidungen der VwG** eine – **unmittelbare rechtliche Bindungswirkung** erzeugende – **Letztkompetenz** zu<sup>284</sup>.

283 Diese systemtheoretisch weit reichende Einschränkung wird in der Praxis dadurch gleichsam »konterkariert«, dass jeglicher Widerspruch zur Judikatur des VwGH als eine grundsätzliche Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG anzusehen ist. Davon ausgehend wird in gleichsam »vorausgehendem Gehorsam« von den Behörden und erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten (und sogar vom VfGH – insoweit verfehlt bzw zumindest überschießend daher VfGH vom 8. Oktober 2020, V 505/2020, RN 29, wonach »Entscheidungen eines Höchstgerichtes nicht der Überprüfung eines anderen Höchstgerichtes unterliegen«) die Judikatur des VwGH de facto auch in solchen Bereichen beachtet, in denen dieser keine rechtliche Bindungswirkung zukommt. Insgesamt führt dies zu einer weitgehend unreflektierten und nahezu ausschließlichen de-facto-Maßgeblichkeit der Judikatur der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts, solange jeweils keine gegenteilige Äußerung des EGMR und/oder des EuGH erfolgt. Dafür, dass von beiden europäischen Gerichten keine ernsthaften »Einmischungen« drohen, sorgt nicht zuletzt ein sorgsam kultivierter »informeller Meinungs Austausch«, in dessen Zuge sich Österreich in Sachen »Grundrechtsschutz« stets als Musterschüler darstellt; dies gelingt umso leichter, weil und solange dort andere Konventionsstaaten (derzeit in erster Linie Russland und die Türkei einerseits bzw Polen und Ungarn andererseits) mit systematischen und gravierenden materiellen Menschenrechtsverletzungen gleichsam die Rolle eines »Dauergastes« einnehmen. Unter derartigen Rahmenbedingungen meint man, sich durchaus damit zufrieden geben zu können, dass die EMRK und die EGRC in Österreich zumindest im Großen und Ganzen – und va hinsichtlich der »Kerngarantien« der Art 2 bis 5 EMRK (vgl dazu oben, FN 149) beachtet wird, sodass formale »Details« als weniger essentiell erscheinen. Somit besteht für Österreich im Endeffekt de facto **kein äußerer Druck** dahin, sein bestehendes System der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts vor allem im Bereich des Verfahrensrechts grundlegend ändern zu müssen.

284 Vergleicht man die Letztkompetenz des VwGH (Klärung eingefetzlicher grundsätzlicher Rechtsfragen) mit jener des VfGH (allgemein-abstrakte Auslegung genereller Normen sowie Grundrechtsverletzungen), dann erscheint die umgekehrt proportionale durchschnittliche Sacherledigungsdauer wenig plausibel (vgl zB VwGH vom 15.02.2021, Ra 2020/17/0006, mit dem nach ca einem halben Jahr [bloß] auf eine Parallelentscheidung hingewiesen wird).

## »LETZTKOMPETENZ«

269

Verfährt man im Weiteren zwecks Ermittlung von konkreten Letztkompetenzen einerseits des VwGH in anderen diesem übertragenen Zuständigkeitsbereichen in derselben Weise und/oder überträgt man diese Methode andererseits auf sonstige dem Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts zuzuordnende Organe und deren jeweilige Kompetenztypen<sup>285</sup>, so ergibt sich überblicksweise folgendes (erweitertes<sup>286</sup>) Gesamtbild:

	Prüfungsmaßstab	Über bloß fallbezogene Rechtskraftwirkung hinausreichende Letztkompetenz
EGMR	EMRK	Auslegung der EMRK
EuGH	Unionsrecht, insb EGRC	Auslegung des Unionsrechts (va AEUV und EGRC)
VfGH	Völkerrecht, Verfassungsrecht, einfache Gesetze und VO; im Besonderen: G-Verfahren: VerfassungsR V-Verfahren: VerfassungsR + einfache Gesetze E-Verfahren: VerfassungsR	Auslegung der Verfassung Auslegung der Verfassung verfassungskonforme Interpretation einfacher Gesetze gesetzeskonforme Interpretation von Verordnungen Auslegung der Verfassung verfassungskonforme Interpretation einfacher Gesetze gesetzeskonforme Interpretation von Verordnungen
VwGH	Völkerrecht, Verfassungsrecht, einfache Gesetze und VO; im Besonderen im Revisionsverfahren: einfache Gesetze Verordnungen	Auslegung des einfachen Gesetzes- und des auf diesem fußenden Verwaltungsrechts, allerdings unter Ausschluss der verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen sowie der gesetzeskonformen Interpretation von Verordnungen und jeweils beschränkt auf die Klärung von grundsätzlichen Rechtsfragen
VwG	VölkerR insb Unionsrecht Verfassungsrecht einfache Gesetze Verordnungen	keine
Vw-Behörden	Völkerrecht insb Unionsrecht Verfassungsrecht einfache Gesetze Verordnungen	keine

Tabelle 5 – Gerichte – Prüfungsmaßstab und Letztkompetenzen

285 Vgl in diesem Zusammenhang beispielsweise die Befugnis des VfGH zur **Kompetenzfeststellung** nach Art 138 Abs 2 B VG, die ebenso mit einer über eine bloß individuell-konkrete Rechtskraftwirkung des Erkenntnisses hinausreichenden **generellen Breitendeterminierung** verbunden ist wie dessen Gesetzes- und Verwaltungsprüfungskompetenz nach Art 140, 139 und 144 Abs 1 zweite Alternative B-VG, während in Bezug auf Erkenntnisbeschwerden gemäß Art 144 Abs 1 erste Alternative B-VG das zuvor zu VwGH-Revisionen Ausgeführte **sinngemäß** gilt.

286 Vgl oben, RN 34.

Anhand eines **Beispiels** lassen sich die vorstehenden theoretischen Ausführungen etwa folgendermaßen näher illustrieren: 270

1. Geht man etwa davon aus, dass die Klärung der sprachlich unbestimmten Formulierung, ob einer Revision der »Mangel der Berechtigung zu ihrer Erhebung« gemäß § 30a Abs 1 letzte Alternative VwGG entgegensteht, als **grundsätzliche Rechtsfrage** iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu qualifizieren ist, so kommt der im Zuge eines konkreten Anlassfalles ergangenen Entscheidung des VwGH hinsichtlich der genannten einfachgesetzlichen Bestimmung 271
  - ▷ einerseits eine die **beteiligten Verfahrensparteien unmittelbar-konkret** erfassende Bindungswirkung zu, die sich auf die **Rechtskraft** dieser Entscheidung gründet,
  - ▷ andererseits aber auch eine darüber hinausreichende **generell-abstrakte Bindungswirkung** dahin, dass jene im Zusammenhang mit der Auslegung der Bestimmung des § 30a Abs 1 letzte Alternative B-VG geäußerte Rechtsansicht des VwGH – soweit damit **nicht** auch die Entscheidung einer **unionsrechtliche Frage** verbunden wurde – auch für (künftige) **analoge Anlassfälle** maßgeblich ist (und zwar solange, als nicht entweder der VwGH diese Rechtsansicht aus eigenem ändert oder der einfache Gesetzgeber eine Novellierung des § 30a Abs 1 letzte Alternative VwGG vornimmt<sup>287</sup>).

**Innerhalb dieses Rahmens** besteht sohin eine entsprechende **Letztkompetenz** des **VwGH**.

2. Diese Fragestellung soll nun dahin erweitert werden, dass im Zuge der Entscheidungsfindung **verfassungsrechtliche Bedenken** gegen einfachgesetzliche Rechtsgrundlage entstehen. 272

So bedingt beispielsweise die Problematik, ob die in § 28 Abs 3 VwGVG festgelegte Zurückverweisungsbefugnis der VwG in einem engen oder weiten Sinn zu verstehen ist, eine entsprechende Auslegung des Art 130 Abs 4 B-VG.

Wird eine solche in einem Revisionsverfahren vom VwGH – mit dem Ergebnis, dass ein **verfassungskonformes Verständnis** des § 28 Abs 3 VwGG möglich ist – vorgenommen, so sind insoweit weder die Parteien noch das belangte VwG gebunden. Da jedoch parallel dazu die Rechtskraftwirkung der VwGH-Entscheidung im Sinne des § 63 Abs 1 VwGG zum Tragen kommt, könnte die Aufhebung einer Zurückverweisungsentscheidung vom VwG allerdings nicht einmal dann unter Hinweis darauf, dass es sich **in dieser Hinsicht** um einen – ex tunc nichtigen – **ultra-vires-Akt** handelt, ignoriert werden, wenn diese seitens des VwGH ausschließlich mit dem Argument der verfassungskonformen Interpretation begründet wäre<sup>288</sup>. Denn (wenngleich nicht als Entscheidungs-, so doch) als (vorläufige) **Beurteilungsgrundlage** ist die **Verfassung** ja vom **VwGH heranzuziehen**, ihm **fehlt** es insofern lediglich an einer entsprechenden **Letztkompetenz**.

287 Es entspricht dem demokratischen Grundprinzip, dass der Gesetzgeber stets oberhalb der Vollzugsorgane steht, sodass er demgemäß auch Gerichtsentscheidungen entsprechend seinen rechtspolitischen Zielvorstellungen korrigieren kann.

288 Freilich wären weder die Verfahrenspartei noch die belangte Partei daran gehindert, gemäß Art 140 B-VG einen Normenprüfungsantrag an den VfGH zu stellen, wenn diese die vom VwGH im Zuge seiner verfassungskonformen Auslegung vertretene Rechtsansicht nicht teilen.

## »LETZTKOMPETENZ«

Deshalb kommt einer **VwGH-Entscheidung** in Bezug auf die **Auslegung von Verfassungsnormen** bzw hinsichtlich einer in deren Zuge vorgenommenen **verfassungskonformen Interpretation** auch **keine** über den Anlassfall hinausgehende **generelle Bindungswirkung** zu<sup>289</sup> (bzw nur insoweit, als diese auch mit anderen, sich ausschließlich auf die Auslegung der einfachgesetzlichen Rechtslage beziehenden Argumenten begründet ist).

273

3. Grundlegend anders stellt sich diese Konstellation hingegen dar, wenn anstelle einer VwGH-Revision gemäß Art 144 B-VG eine **Erkenntnisbeschwerde** an den VfGH erhoben wird:

Da der VfGH das **Verfassungsrecht** nicht nur als (Beurteilungs- und) Prüfungsmaßstab, sondern auch als **Entscheidungsgrundlage** heranzuziehen hat und ihm in diesem Zuge schon systembedingt auch die Befugnis zur **Auslegung** der Verfassung – unter Einschluss der Vornahme einer **verfassungskonformen Interpretation** – mit (wie aus Art 140 Abs 5 bis 7 B-VG zweifelsfrei hervorgeht:) über den bloß individuell-konkreten Rechtskrafteffekt hinausgehender **allgemeinverbindlicher Wirkung** zukommt, entfaltet somit eine in einem Erkenntnisbeschwerdeverfahren ergehende Sachentscheidung insoweit nicht bloß Bindungswirkung für die Parteien des konkreten Anlassfalles: Befindet der VfGH beispielsweise, dass die den VwG gemäß § 28 Abs 3 VwGVG eingeräumte Zurückverweisungskompetenz im Lichte des Art 130 Abs 4 B-VG eng (oder weit oder sachverhaltsbezogen-differenzierend etc) auszulegen ist, dann kommt der solcherart geäußerten Rechtsansicht **grundsätzlich generelle Breitenwirkung** bzw anders formuliert: dem VfGH (und nicht dem VwGH) insoweit (eine bzw) die **Letztkompetenz** zu.

In Analogie zum Rechtsbehelf der VwGH-Revision gilt dies allerdings **nicht**, soweit sich die VfGH-Entscheidung in einem Erkenntnisbeschwerdeverfahren gemäß Art 144 B-VG (ausschließlich) auf eine Interpretation des **Unionsrechts** stützt, weil insoweit ja schon vorweg keine Bindungswirkung bestehen kann.

274

Die vorstehenden Ausführungen abstrahierend lässt sich – davon ausgehend, dass eine Letztkompetenz in der Ermächtigung eines staatlichen Vollzugsorganes zur Festlegung des Inhalts von generellen Normen mit allgemein-abstrakter Bindungswirkung besteht<sup>290</sup> – gleichsam folgendes **essentielles metarechtliches Theorem** ableiten:

➔ **Der rechtssystematische Primärzweck der Ermittlung der Reichweite von Letztkompetenzen besteht darin, jene diese Grenzen überschreitenden Entscheidungen insoweit (rechtspolitisch als Kompetenzanmaßungen bzw) rechtssystematisch als ex tunc nichtige ultra-vires-Akte qualifizieren zu können.**

➔ **In rechtspolitischer Hinsicht ist die Erlangung bzw Behauptung einer Letztkompetenz in Bezug auf generelle Rechtssatzformen vornehmlich deshalb er-**

289 Verschleiert wird dieser Zusammenhang, wenn der VwGH vorgibt, »sich einer verfassungskonformen Interpretation des VfGH angeschlossen« zu haben (vgl zB VwGH vom 8. Oktober 2020, Ra 2020/01/0354, RN 25, mwN); vielmehr kommt dem VwGH insoweit schon von vornherein keine über den Einzelfall hinausreichende Dispositionsautonomie zu.

290 Vgl dazu oben, RN 258.

---

strebenswert, weil damit die de-facto-Handhabung des Gesetzes autoritär-direktional präformiert werden kann (= echte faktische Gesetzgebungskompetenz).

---

## V. Zusammenfassung

### A. Schlussfolgerungen

Als maßgeblicher Sukkus der vorstehenden Ausführungen lassen sich somit aus dem demokratischen, dem liberalen, dem rechtsstaatlichen und dem Grundprinzip der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung einerseits und aus völkerrechtlichen Bindungen andererseits für die nachgeordneten Normsetzungsorgane, insbesondere für den normalen Verfassungs- und den einfachen Gesetzgeber, aber auch für die Praxis, im Zuge der näheren Ausgestaltung bzw der tatsächlichen Handhabung des Funktionsbereiches »Gerichtbarkeit des Öffentlichen Rechts« – **stichwortartig aufgelistet** – folgende **essentielle Rahmenvorgaben** ableiten:

275

- ▷ Einrichtung (Organisation), Verfahrensführung und Entscheidungsfindung jeweils **auf Grund** von bzw **unter Bindung an Gesetze**, wobei deren Funktion im letzteren Bereich darin besteht, die **Trennlinie** zwischen dem **rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der staatlichen Organe** und der **Grundrechtssphäre des Einzelnen** festzulegen;
- ▷ **Bindung** an die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR sowie **Vorrang** des Unionsrechts, insbesondere der EGRC und der Judikatur des EuGH<sup>291</sup>;
- ▷ VfGH und VwGH: **eingeschränkte Kognitionsbefugnis, kassatorische Entscheidung; erstinstanzliche VwG: volle Kognitionsbefugnis und prinzipiell reformatorische Entscheidung** – vor allem diese soll und muss in jeder Hinsicht den Anforderungen der EMRK und der EGRC entsprechen.

Davon ausgehend ist also jeweils im **Einzelfall** und im **Detail** zu beurteilen, ob die einfachgesetzliche Rechtslage – nämlich vor allem spezifisch anlassbezogene Regelungen des VwGVG, des AVG und des VStG – einerseits sowie deren konkrete Handhabung andererseits **zusammengenommen** tatsächlich **zureichend** war, um diesen völker- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu genügen; eine dahingehende **ex-ante-Pauschalvermutung** lässt sich dem gegenüber **nicht** fundieren:

276

Etwa am Beispiel des Amtswegigkeits- in der Form des Investigativprinzips betrachtet würde dies letzten Endes – und gleichsam auf den Punkt gebracht – auf die Frage hinauslaufen, ob eine grundsätzliche (**unwiderlegliche** oder bloß **widerlegliche**) **gesetzliche Vermutung** dahin abgeleitet werden kann, dass diese Richtschnur (nicht einseitig, sondern zumindest) **neutral** (im Sinne von unparteiisch bzw unvoreingenommen) gehandhabt werden soll bzw muss, und wenn ja, ob davon ausgehend dann allein der Umstand der gesetzlichen (oder zumindest judikativen) Festlegung des Neutralitätsgebots zugleich auch eine prinzipielle Annahme dahin rechtfertigt, dass die Amtswegig-

277

---

291 Siehe dazu oben (Gegenüberstellung »Kriterien EMRK« – »Kriterien EGRC«).

## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

keit bis zum Beweis des Gegenteils de facto auch tatsächlich so praktiziert wird – womit wiederum der Effekt einer **Beweislastverschiebung** auf jene Verfahrenspartei, die diese Vermutung in Zweifel zieht, verbunden wäre.

- 278 Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die konkrete Art und Weise der Handhabung des Amtswegigkeitsprinzips durch die **Behörde** nachfolgend immerhin einer **vollumfänglichen Kontrolle** durch ein Tribunal iSd Art 6 EMRK (nämlich: das VwG) unterliegt, während dies für (das) daran anschließende **Rechtsmittelverfahren nicht** mehr zutrifft.
- 279 Grundvoraussetzung dafür, dass eine solche systematische Konzeption als den Anforderungen des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC gerecht werdend angesehen werden kann, wäre allerdings, dass sich jene von den VwG anzuwendenden prozessualen Regelungen als ein auch **gerichtsförmiges** und nicht bloß für Behörden konzipiertes Verfahrensrecht qualifizieren lassen.
- 280 Weil davon jedoch schon angesichts dessen, dass sich das **VwGVG** gesamthaft betrachtet bloß als ein **kursorischer Regelungskatalog** darstellt, der gerade hinsichtlich **essentieller Systemkomponenten** die Heranziehung des **behördenaffinen AVG** bzw des **VStG** festlegt, **nicht vorbehaltlos** ausgegangen werden kann, lässt sich somit eine **uneingeschränkte Vermutung** der generellen Vereinbarkeit des VwGVG mit der EMRK und der EGRC und damit speziell auch die Europarechtskonformität des Investigativprinzips **nicht** begründen.
- 281 Somit kann aber die Annahme, dass ein konkretes Behörden- oder VwG-Verfahren neutral geführt wurde – bzw insbesondere, dass zumindest das Entscheidungsorgan des VwG die nach der systematischen Grundkonzeption des AVG und des VStG geradezu vorprogrammierte, iSd sog »Karelin«-Judikatur des EGMR<sup>292</sup> jedoch strikt verpönte **Funktionsvermischung** fallkonkret nicht vorgenommen hat –, **keinesfalls** eine **unwiderlegliche** gesetzliche Vermutung verkörpern, oder anders formuliert: Einem Beschwerdeführer darf es sohin nicht a priori verwehrt sein, im Revisions- bzw Beschwerdeverfahren eine derartige Parteilichkeit einzuwenden und hierfür auch entsprechende Belege vorzubringen. **Europarechtskonformität** könnte einer solchen sohin **bloß widerleglichen Vermutung** weiters nur dann attestiert werden, wenn in diesem Zusammenhang sonst **strukturelle a-limine-Prozesshindernisse** (wie Neuerungsverbot, Bindung an den unterinstanzlichen Sachverhalt, eingeschränkte höchstgerichtliche Kognitionsbefugnis oÄ) **nicht zum Tragen** kommen (würden).

## B. Schlagwortartige Skizzierung essentieller Problemfelder

- 282 Überblicksartig bzw thesenhaft skizziert lassen sich aufgrund der vorstehenden Ausführungen insbesondere folgende wesentliche, die spezifisch österreichische Ausprägung

292 Vgl insbesondere EGMR vom 20. September 2016, 926/08, sowie dieses Urteil relativierend VfGH vom 14. März 2017, E 3282/2016, und letzterem Ansatz folgend VwGH vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048.



## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts prägende und gleichsam im Sinne kommunizierender Gefäße einander wechselseitig bedingende Problemkreise aufzeigen:

1. Inhalt und Auslegung eines jeglichen Normtypus müssen sich am Grundprinzip der Demokratie orientieren; alle anderen Interpretationsmethoden sind dieser Auslegungsmaxime nachgeordnet. 283  
Darauf aufbauend haben für den Bereich der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit vor allem das liberale Grundprinzip (als Ausdruck der Gesamtheit der in Grundrechtskatalogen enthaltenen subjektiven Rechtsverbürgungen), die Trennung zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit sowie das rechtsstaatliche Grundprinzip Beachtung zu finden.
2. Als oberste Normenkategorie fungiert die Verfassung; die einfache Gesetzgebung ist an diese, die Vollziehung (Verwaltung und Gerichtsbarkeit) ist vorweg an die Gesetze gebunden. Insoweit sowie dadurch, dass sowohl Verwaltungs- als auch Gerichtsakte durch nachfolgende Gesetze aufgehoben werden könn(t)en, ist die Gesetzgebung der Vollziehung übergeordnet<sup>293</sup>. Innerhalb der Vollziehung sind Verwaltung und Gerichtsbarkeit voneinander getrennt, Letztere der Ersteren jedoch insoweit übergeordnet, als Gerichte einen Verwaltungsakt aufheben können, nicht jedoch umgekehrt. 284
3. Aus dieser Wechselbeziehung ergibt sich eine stufenbauartige Konzeption der Gesamtrechtsordnung, an deren Spitze (grob) die Grundprinzipien der Verfassung und das unmittelbar maßgebliche Unionsrecht stehen, gefolgt von normalem Verfassungsrecht, einfachen Gesetzen, Verordnungen und Einzelfallentscheidungen (nämlich: Urteile, Erkenntnisse und Bescheide) bis hin zu den auf unterster Stufe anzusiedelnden Exekutionsakten. 285
4. Im Falle eines Normenwiderspruches geht die niederrangigere der höherrangigen Bestimmung so lange vor, bis die Rechtswidrigkeit der Ersteren formal festgestellt und diese aus dem Rechtsbestand beseitigt wird (einstweilige Derogation). Ansonsten erwächst die niederrangigere Norm trotz ihrer Rechtswidrigkeit in Rechtskraft. Dies allerdings nur, sofern es sich um einen Individualakt handelt, da generellen Rechtssatzformen keine Rechtskraftwirkung zukommt. 286
5. Zusätzlich zu den diversen Erscheinungsformen der Derogation (lex superior, lex specialis, lex posterior) wird va die Methodik der Rechtsauslegung auch im Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts durch weitere außerrechtliche – so va systemlogisch und hermeneutisch bedingte – Axiome determiniert. 287  
In analoger Weise sind auch auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung die evidenzbasierten Methoden und Ergebnisse anderer Wissenschaftszweige als externe Parameter zur Gewinnung eines objektiv wahren Faktenresultates heranzuziehen und als solche bindend der behördlichen bzw gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen.  
Davon abgesehen besteht zwar – vom Aspekt ihrer logisch-deduktiven Nachvollziehbarkeit abgesehen – grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung dahin, dass

<sup>293</sup> Gesetze können hingegen nur ausnahmsweise – nämlich bloß im Rahmen des Art 140 B-VG – und nur durch einen Gerichts-, nicht aber auch durch einen Verwaltungsakt aufgehoben werden.

## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

- eine Entscheidung stets wissenschaftlichen Ansprüchen genügen muss (es sei denn, eine solche wäre gesetzlich festgelegt). Im Interesse der faktischen Überzeugungskraft ihrer Argumentation und des damit verbundenen Zugewinnes an Autorität der Institution soll jedoch die Begründung einer Entscheidung stets so weit als möglich (und durch den konkreten Anlassfall geboten) auch wissenschaftlichen, speziell rechtsdogmatischen, Anforderungen standhalten.
- 288 6. Als abstrahierte Summe aus allen Grundrechtsgewährleistungen steht das liberale Grundprinzip dem demokratischen Baugesetz als materieller Antipode gegenüber. Von Verfassungen wegen ist es davon ausgehend die vorrangige Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, die seitens der staatlichen Organe zu wahren öffentlichen Interessen gegenüber der Freiheitssphäre des Einzelnen im Sinne einer vorhersehbaren und berechenbaren Trennlinie abzugrenzen.
- 289 7. Da in Österreich ein moderner innerstaatlicher Grundrechtskatalog nicht besteht, muss insoweit vorrangig auf entsprechende Quellen völkerrechtlichen Ursprungs zurückgegriffen werden – dies vornehmlich in Gestalt der EMRK, die allerdings inhaltlich betrachtet überwiegend bloß politische Gewährleistungen statuiert; indem die EGRC darüber hinaus auch wirtschaftliche und soziale Garantien verankert, kommt ihr insoweit eine essentielle Komplementärfunktion zu.
- 290 8. Verletzungen der EMRK können durch den Einzelnen im Wege einer Individualbeschwerde an den EGMR geltend gemacht werden, nachdem der innerstaatliche Instanzenzug erschöpft ist (Art 34 und 35 EMRK); Beeinträchtigungen der EGRC lassen sich aus der Sicht des Bürgers dem gegenüber nur indirekt, nämlich über den »Umweg« innerstaatlicher Gerichte im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH gemäß Art 267 AEUV, relevieren.
- 291 9. Bezüglich des Verhältnisses zwischen EMRK und EGRC geht der EGMR von folgender Differenzierung aus:  
Hinsichtlich unmittelbar maßgeblichem Unionsrecht (va: Primärrecht der EU, darunter vorrangig der AEUV und die EGRC, sowie EU-Verordnungen) gilt vor dem Hintergrund, dass den Mitgliedstaaten insoweit keine rechtspolitische Dispositionsbefugnis zukommt, die Vermutung, dass der in Form des Vorabentscheidungsverfahrens bestehende Rechtsschutz als jenem nach der EMRK gleichwertig anzusehen ist (sog »Bosphorus-Vermutung«); dies bedeutet, dass der EGMR bezüglich der Frage der (Un-)Vereinbarkeit von nationalem Recht mit EU-Recht und einer darauf gestützten Behauptung einer EMRK-Verletzung grundsätzlich bloß eine »Grobprüfung« vornimmt, soweit der Einzelne keine überzeugenden Nachweise für eine Widerlegung dieser Vermutung beibringen kann. Gegenteiliges, nämlich eine (»amtswegige«) Feinprüfung durch den EGMR, erfolgt – davon ausgehend, dass insoweit die Vermutung der Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes schon von vornherein nicht zum Tragen kommt – hingegen prinzipiell in Bezug auf bloß mittelbar maßgebliches Unionsrecht, wie zB, wenn im Zuge der Umsetzung von EU-Richtlinien zu beurteilen ist, ob der Mitgliedstaat die ihm insoweit zukommende rechtspolitische Gestaltungsfreiheit (»margin of appreciation«) in concreto in verhältnismäßiger Weise ausgeübt hat.  
Für den Einzelnen besteht sohin ein einigermaßen effektiver Schutz der Gewährleistungen der EGRC auch durch den EGMR im Ergebnis nur im Hinblick auf EU-Richt-

## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

- linien (und diesbezüglich auch nur insoweit, als es sich um solche EGRC-Rechte handelt, die ein entsprechendes Pendant in der EMRK finden).
10. In Österreich kommt der EMRK auch in formeller Hinsicht der Rang eines Verfassungsgesetzes zu. Auf innerstaatlich-letztinstanzlicher Ebene können daher Verletzungen ihrer Gewährleistungen im Wege einer Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG an den VfGH geltend gemacht werden, während gleichzeitig eine darauf gestützte Revision an den VwGH ausgeschlossen ist (Art 133 Abs 5 B-VG). 292
11. Formal besehen verkörpert die EGRC dem gegenüber bloß einen generell transformierten supranationalen Vertrag, der vorrangig nicht anhand innerstaatlicher, sondern spezifisch völkerrechtlicher Methoden (wie zB durch Heranziehung unterschiedlicher Sprachfassungen im Zuge hermeneutischen Interpretation) auszulegen ist. Ihr kommt daher nicht die Funktion eines förmlichen Prüfungsmaßstabes für innerstaatliches Recht zu, sodass die der EGRC als Primärrecht der EU innewohnende Vorrangwirkung rechtsdogmatisch betrachtet nur ein auf den konkreten Anlassfall beschränktes Zurücktreten einer ihr widersprechenden nationalen Norm bewirkt. 293
12. De facto führen jedoch der Umstand, dass die unionsweit verbindliche, im Falle der Zuwiderhandlung ein Vertragsrechtsverletzungsverfahren nach sich ziehende Letztkompetenz zur Auslegung der EGRC beim EuGH liegt, sowie die Grundsatzentscheidung des VfGH, dass jedenfalls jene (vorwiegend politischen) Gewährleistungen der EGRC, die eine materielle Entsprechung in der EMRK finden (also nicht auch deren wirtschaftliche und soziale Verbürgungen), ebenfalls im Wege einer Beschwerde nach Art 144 B-VG eingefordert werden können, dazu, dass aus der Sicht des Einzelnen beide Grundrechtskataloge als einander gleichwertig und wechselseitig ergänzend fungieren (wenngleich mit dem wesentlichen Unterschied, dass Verletzungen der EMRK in letzter Konsequenz im Wege einer unmittelbaren Individualbeschwerde an den EGMR geltend gemacht werden können, während sich dem gegenüber eine letztkompetente Feststellung von Beeinträchtigungen der EGRC nur mittelbar über den Umweg eines Vorabentscheidungsersuchens eines innerstaatlichen Gerichtes an den EuGH erreichen lässt und zudem eine »Durchführung des »Unionsrechts« iSd Art 51 Abs 1 EGRC – und nicht bloß die Frage einer abstrakt-losgelösten Vereinbarkeit der EGRC mit nationalem Recht – vorliegen muss). 294
13. Vor diesem Hintergrund sowie davon ausgehend, dass die Letztkompetenz zur verbindlichen (im Sinne von rechtlich durchsetzbaren) Auslegung der EMRK bzw der EGRC nicht bei innerstaatlichen Organen, sondern beim EGMR bzw beim EuGH liegt, muss die Institution der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts (ebenso wie die Zivil- und Strafjustiz) sowohl in ihrer Gesamtheit als auch in ihrer jeweiligen konkreten Erscheinungsform vorrangig den Anforderungen des Art 6 EMRK und des Art 47 EGRC entsprechen. 295
14. Neben diesbezüglich essentiell-generellen Kriterien wie Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, gesetzliche Grundlage, kontradiktorisches Verfahren etc bedingt dies im Besonderen eine umfassende Kognitionsbefugnis, um als »Tribunal« im Sinne dieser europarechtlichen Garantien zu gelten. 296
- Da einerseits die Entscheidungsbefugnis des VfGH bloß auf die Feststellung von Grundrechtsverletzungen sowie jene des VwGH seit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 lediglich auf die Beurteilung von grundsätzlichen Rechtsfragen beschränkt ist und

## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

- andererseits die Verwaltungsbehörden infolge ihrer Weisungsbindung schon voraussetzungsgemäß nicht unabhängig agieren können, verbleiben somit lediglich die Verwaltungsgerichte als jener Organisationstypus, der prinzipiell für eine Tribunalqualität geeignet erscheint.
- 297 15. Da die VwG gleichsam »in erster Instanz« entscheiden, bedarf es vor dem Hintergrund der traditionellen Organisation der österreichischen Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts einer Sicherstellung dahin, dass im Ergebnis nicht die Entscheidung einer (genauer: der einzigen) tribunalmäßigen Instanz durch die Entscheidung einer solchen Institution, der diese Qualität nicht zukommt, substituiert wird, um auch in dieser Beziehung eine Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC zu vermeiden.
- Soll in diesem Zusammenhang gleichzeitig das lange tradierte Verständnis weitest möglich beibehalten werden, so lässt sich dies nur durch eine Gesamtkonzeption dahin erreichen, dass letztlich ausschließlich die Entscheidung des VwG die Rechts-sache inhaltlich rechtskräftig erledigt.
- 298 16. Konkret bedeutet dies, dass im Falle einer Beschwerde gegen einen Bescheid dieser durch die verfahrenserledigende Entscheidung des VwG substituiert wird. Selbst in dem Fall dass gegen die VwG-Entscheidung eine Beschwerde und/oder eine Revision erhoben und dieser stattgegeben wird, erfolgt seitens des VfGH bzw des VwGH lediglich eine Kassation mit der Folge, dass seitens des VwG eine Ersatzentscheidung zu erlassen ist (und zwar so oft bzw so lange, bis mit dieser die Grundrechtsverletzung beseitigt bzw die grundsätzliche Rechtsfrage im Sinne der Auffassung des VwGH gelöst ist), mit dieser die Rechtssache meritorisch erledigt wird und im Ergebnis nur diese Sacherledigung in Rechtskraft erwächst.
- Eigentliches, nämlich materielles Anfechtungsobjekt vor dem EGMR ist demnach die Entscheidung des VwG; formell richtet sich diese hingegen gegen das VfGH- bzw VwGH-Erkenntnis, sodass der EGMR systematisch besehen in Wahrheit prüft, ob die nationale Letztinstanz die EMRK-Konformität der VwG-Entscheidung zutreffend beurteilt hat.
- 299 17. Anzumerken ist weiters, dass der Bescheid während des laufenden Rechtsmittelverfahrens weiterhin rechtlich existent, in der Regel jedoch – nämlich in Abhängigkeit davon, ob und in welchem Umfang der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt – vorläufig nicht (seitens der Behörde) vollstreckbar bzw (seitens seines Adressaten) vollziehbar ist; nach dessen Transformation in eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung ist es letztlich nur diese, die – wenngleich in der Praxis den Bescheid mediatisierend – in die Realität umgesetzt wird.
- 300 18. Anders gilt nur in zwei (Ausnahme-)Konstellationen:
- Als unbedenklich erweist es sich zunächst, wenn der Bescheid bzw die Beschwerdevorentscheidung unangefochten bleibt und somit in Rechtskraft erwächst. Hier liegt zwar im Ergebnis keine gerichtliche Entscheidung vor, doch hat der Einzelne auf die Erlangung einer solchen gleichsam vorweg aus eigenem verziehtet, sodass insoweit schon von vornherein keine Verletzung des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC in Betracht kommt.
- Entsprechende Probleme ergeben sich allerdings, wenn der VwGH nicht – wie im Regelfall – bloß kassatorisch, sondern gemäß § 42 Abs 4 VwGG in der Sache selbst

entscheidet: Insoweit wird nämlich die Erledigung des VwG durch das VwGH-Erkenntnis substituiert, sodass – infolge der eingeschränkten Kognitionsbefugnis des VwGH – letztlich die Sachentscheidung einer nicht tribunalmäßigen Institution materiell rechtskräftig wird (und somit im Ergebnis eben ein unzulässiges »overruling« vorliegt).

19. Schließlich ist auch generell in Zweifel zu ziehen, ob das Revisionsverfahren vor dem VwGH dem Prinzip der Waffengleichheit entspricht, wenn man sich die unterschiedlichen Prozessvoraussetzungen für eine Revision einer staatsfremden Person einerseits und einer Amtsrevision andererseits vor Augen führt. Davon abgesehen, dass die Prüfungsbefugnis des VwGH generell insoweit beschränkt ist, als sich diese bloß auf grundsätzliche Rechtsfragen beziehen und in diesem Zusammenhang keine genuin verfassungsrechtlichen Probleme einer Lösung zuführen darf, erstreckt sie sich nämlich im ersteren Fall nur auf jene subjektiven Rechte, deren Verletzung von der staatsfremden Person konkret bezeichnet wurden, während im Falle einer – wie regelmäßig – »in vollem Umfang« erhobenen Amtsrevision die Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen nicht näher spezifiziert werden muss. Eine verfassungskonforme Interpretation des § 28 VwGG bedingt daher zumindest, dass der VwGH an die in der Amtsrevision vorgebrachte Begründung zur Verletzung öffentlicher Interessen gebunden ist. Und eine darüber hinausgehende, zudem EMRK-konforme Auslegung würde es erfordern, dass auch in der Amtsrevision die als verletzt erachteten öffentlichen Interessen in gleicher Weise konkret zu bezeichnen sind, wie eine staatsfremde Person dies im Wege der Revisionspunkte vorzunehmen hat. Im Übrigen lässt sich eine absolute Bevorzugung öffentlicher Interessen, deren Geltendmachung das Institut der Amtsrevision dient, angesichts dessen, dass eine Beschränkung der durch die EMRK gewährleisteten Rechte a priori nur in dem Umfang bzw nur in dem Ausmaß zulässig ist, als diese durch entsprechende, in der EMRK selbst positivierte Eingriffsvorbehalte ermöglicht wird, nicht rechtfertigen. 301
20. Generell ist in diesem Zusammenhang weiters zu beachten, dass gemäß Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 EGRC zwar im Ergebnis eine Sachentscheidung eines Tribunals vorliegen muss. Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass die Erledigung der Rechtssache hinsichtlich aller ihrer Komponenten jeweils originär gerichtlicher Natur sein muss. Dem entsprechend ist jedenfalls die prozessuale Möglichkeit der – ohnehin bloß interimistisch wirkenden – Zurückverweisung einer Rechtssache an die Behörde dann und insoweit, als das Gericht zu deren Erledigung voraussetzungsgemäß nicht in der Lage ist, nicht gehindert (sofern eine solche nicht mit dem Anspruch auf Verfahrenserledigung innerhalb angemessener Frist in Konflikt gerät). 302
21. Gesamthaft betrachtet ergibt sich aus all dem, dass gleichsam dem Umstand die alles entscheidende Bedeutung zukommt, dass die VwG vorweg in organisatorischer Hinsicht die Anforderungen der EMRK bzw der EGRC erfüllen, in concreto jeweils ein in jeder Hinsicht den Determinanten dieser Gewährleistungen gerecht werden- des Verfahren durchgeführt haben und schließlich deren Entscheidung auch in inhaltlicher Hinsicht die Konventionsgarantien nicht beeinträchtigt. 303  
Insoweit bilden in der Praxis vornehmlich der organisations- und der verfahrensrechtliche Bereich schon deshalb eine nicht unerheblich breite Angriffsfläche, weil

## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

- speziell deren unterverfassungsgesetzliche Regelung jeweils erhebliche strukturelle Defizite aufweist.
- 304 22. So ist zwar die persönliche Autonomie der Richter der VwG gegenüber (auch) der (Justiz-)Verwaltung umfassend dadurch abgesichert, dass insoweit dieselben verfassungsmäßigen Garantien wie für Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit gelten (Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit, Unversetzbarkeit, Geschäftsabnahme und disziplinarische Verantwortlichkeit nur aufgrund einer richterlichen Entscheidung etc). Davon abgesehen setzt jedoch die Einflussnahme der Verwaltung in der Praxis gleichsam »schon an der Quelle« an, indem sie im Zuge der Besetzung von Richterplanstellen über eine richtungsweisende – und zudem keiner nachgeordneten richterlichen Kontrollbefugnis unterliegende – Alleinentscheidungskompetenz verfügt (»Der Kontrollierte sucht sich seinen Kontrollor gezielt selbst aus«<sup>294</sup>).
- 305 23. In weiterer Folge führen die verfahrensrechtlichen Verpflichtungen der VwG, nach dem Amtswegigkeitsgrundsatz (in Form des Investigativprinzips) vorgehen und im Falle einer entsprechenden Erforderlichkeit in der Regel einen Amtssachverständigen heranziehen zu müssen, in der Praxis dazu, dass die VwG-Richter kaum eine neutrale Position zwischen den konträren Standpunkten der staatsfremden Person als Grundrechtsträger einerseits und der belangten Behörde als Wahrerin der öffentlichen Interessen andererseits einnehmen (können), sondern tendenziell auf der Seite der Letzteren stehen. Zu einer weitgehenden Vermischung zwischen richterlicher und Behörden-(va Ankläger-)Funktion kommt es insbesondere immer dann, wenn die belangte Behörde – was in der Praxis geradezu den Regelfall bildet – an der kontradiktorischen öffentlichen Verhandlung, die das eigentliche Kernelement der Garantie des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 EGRC bilden soll, nicht teilnimmt<sup>295</sup>.
- 306 24. All dies hat letzten Endes zur Konsequenz, dass keine – erst recht keine unwiderlegliche – Pauschalvermutung dahin aufgestellt werden kann, dass die Entscheidungen eines VwG in organisations- und/oder verfahrens- und/oder materiellrechtlicher Hinsicht als vorbehaltlos EMRK- bzw EGRC-konform angesehen werden können. Vielmehr ist in jedem konkreten Einzelfall von den innerstaatlichen Höchstgerichten bzw am Ende von den europäischen Letztinstanzen im Detail zu untersuchen, ob insoweit eine Konventionsverletzung begangen wurde. Dass eine entsprechend positive Vermutung nicht gerechtfertigt ist, ändert allerdings nichts daran, dass jeweils jene Partei entsprechende Nachweise dafür vorzulegen hat, die einen Konventionsverstoß behauptet.
- 307 25. Schließlich bleibt noch anzumerken, dass aus rechtspolitischem Blickwinkel die Ausstattung mit einer Letztkompetenz vornehmlich deshalb als erstrebenswert erscheint, weil damit die richtungsweisend-direktionale Vorgabe der de-facto-Hand-

294 Vgl beispielsweise die jüngsten Diskussionen um Bestellungen von Richtern des »Supreme Court« in den USA und dazu *A. Cassidy*, Die Demokraten schwören schon mal Rache, Süddeutsche Zeitung vom 21. September 2020; siehe allgemein auch *A. Grof*, Wer bewacht die Wächter? – Oder: Soll Kontrolle überhaupt funktionieren?, in: *A. Bammer/G. Holzinger/M. Vogl/G. Wenda* (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen (FS für Rudolf Machacek und Franz Matscher, 2008), 143 ff.

295 Realitätsfremd dagegen VfGH vom 14. März 2017, E3282/2016, RN 29.

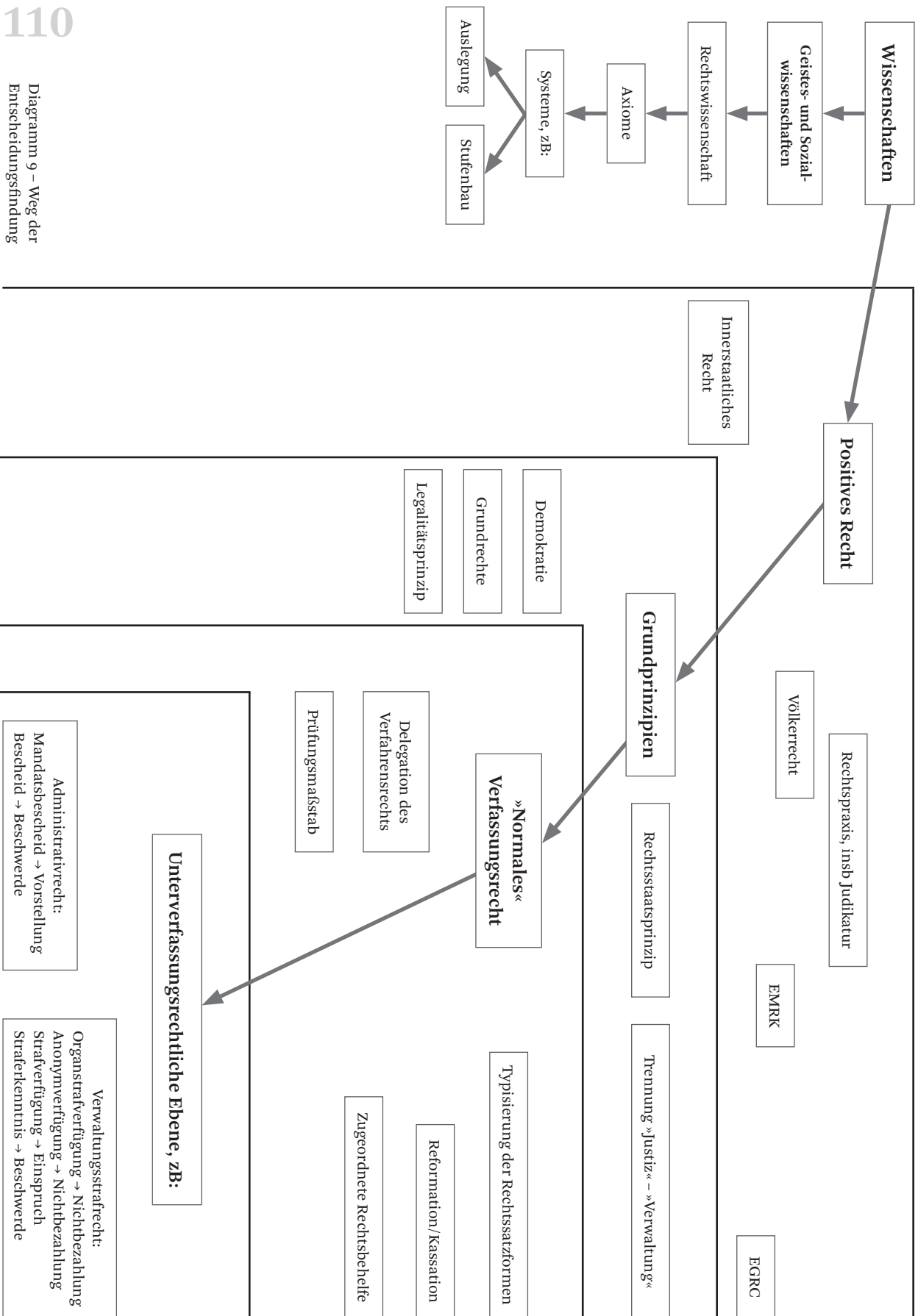
## ESSENTIELLE PROBLEMFELDER

habung des Gesetzes verbunden ist: Selbst in einer Demokratie entscheidet somit in der Praxis nicht der Gesetzgeber, sondern das letztkompetente Vollzugsorgan, idR also ein Höchstgericht, »was Recht ist«<sup>296</sup>.

Überblicksmäßig stellen sich somit die Aufgaben der einzelnen, im Funktionsbereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts agierenden Organe aus einem die Anforderungen der EMRK und der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 weitest möglich harmonisierenden Blickwinkel betrachtet im Regelfall folgendermaßen dar:

- ▷ Die **Behörde** erledigt eine »civil-rights«- bzw eine »criminal-charge«-Angelegenheit in Form eines **Bescheides** (der jedoch im Falle seiner Anfechtung regelmäßig umgehend seine Durchsetzbarkeit verliert);
- ▷ dieser **Bescheid** wird im Zuge eines Beschwerdeverfahrens, das in jeder Hinsicht den Anforderungen des Art 6 EMRK entsprechen muss, durch eine **Sachentscheidung des VwG substituiert**;
- ▷ diese (**ausschließliche**) **Gerichtsentscheidung** kontrollieren der VfGH (**eingeschränkt**) dahin, ob sie im Ergebnis eine Verletzung von **Grundrechten** nach sich zieht (oder auf einem verfassungswidrigen Gesetz und/oder einer gesetzwidrigen Verordnung basiert), bzw der VwGH (**eingeschränkt**) dahin, ob in deren Zuge eine **grundsätzliche Rechtsfrage** unzutreffend gelöst wurde; **bejahendenfalls** wird die Gerichtsentscheidung (nicht durch eine Sachentscheidung des VfGH bzw des VwGH substituiert, sondern lediglich) **aufgehoben**; in der Folge hat das **VwG neuerlich** – und in diesem konkreten Fall unter Bindung an die Rechtsansicht des VfGH bzw des VwGH – ein **Ersatzerkenntnis** in Form einer **Sachentscheidung** zu erlassen, die den **behördlichen Bescheid substituiert**;
- ▷ der **EGMR** prüft, ob sich die **Einschätzung** des VfGH bzw des VwGH dahin, dass die Sachentscheidung des VwG im Ergebnis **keine Verletzung der EMRK** nach sich gezogen hat, als **zutreffend** erweist; **verneinendenfalls** wird ein **Verstoß gegen die Konvention festgestellt**, wobei ein derartiges EGMR-Urteil letztlich dazu führt, dass die rechtskräftig gewordene **Sachentscheidung des VwG** im Zuge eines (idR **amtsweiligen**) **Wiederaufnahmeverfahrens** entsprechend **korrigiert** werden muss;
- ▷ der **EuGH** prüft im Gefolge eines ihm von einem **VwG**, vom **VfGH** oder vom **VwGH** vorgelegten Vorabentscheidungsersuchens, ob eine **präjudizielle innerstaatliche Norm** (idR eine Gesetzes- oder Ordnungsbestimmung) mit dem **Unionsrecht vereinbar** ist, wobei diese **nationalen Organe** in der Folge im Zuge der Erledigung ihrer Anlassverfahren jeweils an die vom EuGH vorgenommene **Auslegung des Unionsrechts gebunden** sind.

296 Vgl *I. Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich (2018), insb 172.





**Teil B:**

**Praxis**

Nicolas Raschauer • Wolfgang Wessely (Hrsg)

# VwGGV KOMMENTAR

»Eine wertvolle Übersicht«  
Österr Städtebund 2019 S 71

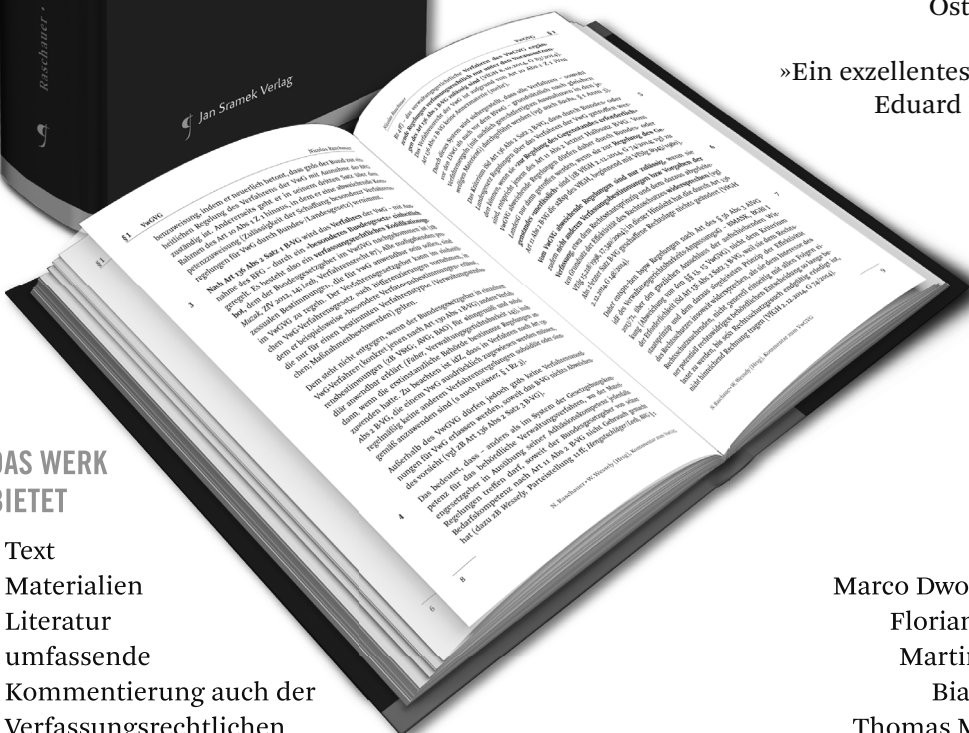
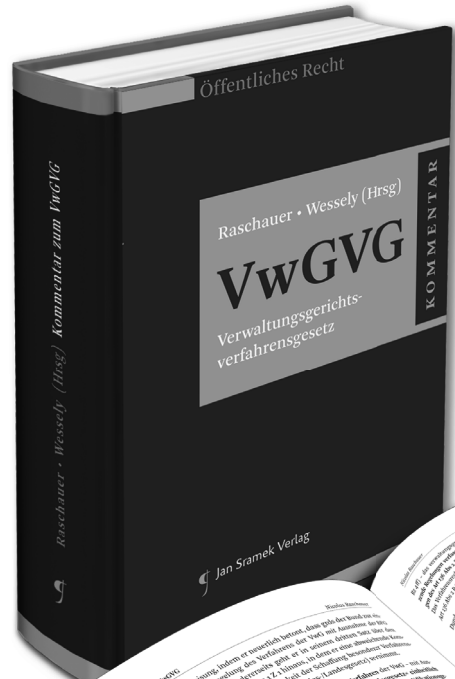
»Ein exzellentes Werk besonderer Güte«  
Eduard Paulus, ÖZK 2018/5 S 195

XXX, 738 Seiten  
135x200 mm  
Festeinband  
EUR 98,-  
ISBN 978-3-7097-0129-4

LIEFERBAR

AUTORINNEN  
UND AUTOREN

Marco Dworschak • Daniel Ennöckl  
Florian Goldstein • Alfred Grof  
Martin Köhler • Albin Larcher  
Bianca Lins • Sabine Moser  
Thomas Müller • Sonja Neudorfer  
Nicolas Raschauer • Wolfgang Wessely



## DAS WERK BIETET

- Text
- Materialien
- Literatur
- umfassende Kommentierung auch der Verfassungsrechtlichen Grundlagen der Art 130 bis 136 B-VG

## Mit den neuen Regeln zur

- ▷ Verfahrenshilfe
- ▷ Verfahrenshilfeverteidiger
- ▷ Video-Einvernahme
- ▷ Niederschrift | Ausfertigung
- ▷ Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand
- ▷ Beschwerde- | Revisionsverzicht



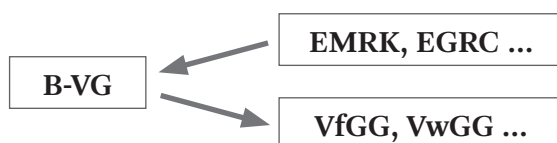
WWW.JAN-SRAMEK-VERLAG.AT

## I. Überblick und Anmerkungen zu den maßgeblichen Rechtsgrundlagen

### A. Verfassungsrecht

#### 1. Systematische Konzeption der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts nach dem B-VG<sup>1</sup>

- ▷ Grundlegung im B-VG
- ▷ konkretisierende Ausführungsbestimmungen im VfGG, VwGG, VwGVG etc (→ »materielles Verfassungsrecht«)
- ▷ externe Determinierung durch völkerrechtliche Verträge, va solche, die
  1. innerstaatlich auf Verfassungsebene stehen und
  2. denen supranationale Gerichtsbarkeit inhärent ist



#### 2. Tragende materielle Grundsätze

- ▷ Trennung »Verfassungsgerichtsbarkeit« | »Verwaltungsgerichtsbarkeit«
- ▷ Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit beim VfGH
- ▷ Zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit
- ▷ oberste Verwaltungsinstanzen: Beschränkung auf essentielle Rechtsfragen
- ▷ vereinzelte Durchbrechungen: zB
  - auch VwG prüfen Grundrechtsverletzungen
  - Kompetenzgerichtsbarkeit des VwGH

#### 3. Maßgebliche Detailregelungen im B-VG

##### 3.1. Erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit

##### 3.1.1. Art 129 B-VG [1]: Prinzipielle Organisationsstruktur

- ▷ (allgemeines) VwG des Bundes – »BVwG«
  - ▷ VwG des Bundes für Finanzen – »BFG«
  - ▷ je 1 VwG pro Bundesland – (9) »LVwG«
- Daneben keine weiteren VwG zulässig (sog »9+2«-Lösung)



[1]

Art 129 B-VG idgF

<sup>1</sup> »B-VG« ist hier als Synonym für »Die Verfassung« zu verstehen.

## A. VERFASSUNGSRECHT



[2]

Art 130 B-VG idgF

## 3.1.2. Art 130 Abs 1–2a B-VG [2]: Sachliche Zuständigkeit der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit

→ Verfassungsmäßige Vorgaben bzgl

a) Beschwerdegegenstand	b) Prüfungsmaßstab	c) Besonderheiten
1) Bescheid	Rechtswidrigkeit	
2) Befehls- und Zwangsgewalt (allg)	Rechtswidrigkeit	
3) Zwangsmittel gg UA-Auskunfts- personen	---	nur BVwG zuständig
4) Säumnis	---	
5) Verhalten bei Gesetzesvollziehung	Rechtswidrigkeit	Normierung in BG* oder LG
6) Verhalten bei Vergabe öffentlicher Aufträge	Rechtswidrigkeit	Normierung in BG* oder LG
7) Dienstrecht öffentlich Bediensteter	---	Normierung in BG* oder LG
8) Typenlose Beschwerden, Streitigkeiten, Anträge	---	Normierung in BG* oder LG
9) Verletzung der EU-DSGVO durch VwG	Rechtswidrigkeit	

\* ggf Zustimmung der Länder nötig!

→ Grundsatz: **Formalorientiertheit** (→ Ausnahmen: 5–9)

## 3.1.3. Art 130 Abs 3–5 B-VG: Konkretisierung einzelner sachlicher Zuständigkeitskriterien

- ▷ Art 130 Abs 3 B-VG: Keine Rechtswidrigkeit, wenn die Behörde ihr **Ermessen** gesetzeskonform ausübt, **ausgenommen**
    - **Verwaltungsstrafsachen**
    - **alle Angelegenheiten des BFG**
- } auch an sich gesetzmäßige Ermessens-  
ausübung = »Rechtswidrigkeit«
- Umkehrschluss: **Rechtswidrigkeit = jede Form der Verletzung von stufenbaumäßig übergeordneten Normen** (insb auch **Verfassungsrecht!**).
  - ▷ Art 130 Abs 4 B-VG: **Reformatorsche** Entscheidung jedenfalls in **Vw-Strafsachen**; in **sonstigen Rechtssachen** dann, wenn der SVH **feststeht** oder die SVH-Feststellung durch das VwG **rascher** erfolgen kann bzw **kostengünstiger** ist.
  - hohe Erfolgsaussicht für Revision gg bloß kassatorische Entscheidung eines VwG → **Beachte:** Bindung an Rechtsansicht des VwG im weiteren Verfahren, wenn keine Beschwerde/Revision erhoben wird!
  - ▷ Art 130 Abs 5 B-VG: Keine Zuständigkeit der VwG in Angelegenheiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder des VfGH, sofern nicht **verfassungsgesetzlich** Abweichendes angeordnet ist (→ sa Art 94 Abs 2 B-VG).

### 3.1.4. Art 131 B-VG [3]: Funktionelle Zuständigkeit

Art 131 Abs 1–3 B-VG: **Prinzipielle Kompetenzverteilungsstruktur**

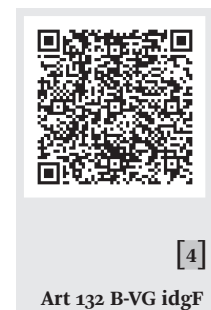
- ▷ **BFG:**
  1. Bescheidbeschwerden
  2. Maßnahmenbeschwerden
  3. Säumnisbeschwerden  
jeweils bzgl
    - a. öffentlichen Abgaben
    - b. Finanzstrafrecht
    - c. sondergesetzlichen finanzrechtlichen Agendensoweit diese jeweils **unmittelbar von Bundesbehörden** zu vollziehen sind.
- ▷ **BVwG:**
  1. **Sämtliche Beschwerdetypen in sonstigen Agenden der unmittelbaren Bundesverwaltung**
  2. Beschwerden gegen die Vergabe **öffentlicher Aufträge im Vollzugsbereich des Bundes**
  3. Beschwerden das **Dienstrecht der Bundesbediensteten** betreffend
- ▷ **LVwG:**  
**Restkompetenz** → va **mittelbare BVw** sowie **unmittelbare/mittelbare LandesVw**

Art 131 Abs 4–6 B-VG: **Abweichende Sonderregelungen**

- ▷ Mit Zustimmung der Länder kann durch **BG**
  - anstelle des BFG bzw des BVwG eine Zuständigkeit der LVwG oder umgekehrt
  - anstelle der LVwG eine Zuständigkeit des BFG bzw des BVwG vorgesehen werden.
- ▷ Mit Zustimmung des Bundes kann durch **LG** in Angelegenheiten der LandesVw eine Zuständigkeit des BFG oder des BVwG vorgesehen werden.
- ▷ **Auffangzuständigkeit** der LVwG bzgl Verhaltens- und typenloser Beschwerden

### 3.1.5. Art 132 B-VG [4]: Beschwerdelegitimation

- ▷ **Bescheid:** wegen **Rechtswidrigkeit**
  - wer durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet (**Beschwer**)
  - der zuständige BMin bei Vollziehung von BG durch Landesbehörden
- ▷ **Befehls- und Zwangsgewalt:** wegen **Rechtswidrigkeit**,
  - wer dadurch in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet (**Beschwer**)
- ▷ **Säumnis:**
  - wer im **Vw-Verfahren** als **Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht** berechtigt zu sein behauptet



## A. VERFASSUNGSRECHT

- ▷ **Sonstige Beschwerdetypen: wegen Rechtswidrigkeit,**
  - sofern in einem BG oder LG vorgesehen
- (→ va: **Amtsrevision der belangten Behörde und von Organparteien!**)
- Eigener Wirkungsbereich der Gemeinde: Erschöpfung des innergemeindlichen Instanzenzuges

## 3.2. Verwaltungsgerichtshof

## 3.2.1. Art 133 Abs 1–2a B-VG [5]: Zuständigkeit

- ▷ Revision gg **Erkenntnis** eines VwG wegen **Rechtswidrigkeit**
- ▷ Antrag auf **Fristsetzung** wegen **Säumnis** eines VwG
- ▷ Entscheidung von **Kompetenzkonflikten** zwischen VwGH und VwG sowie zwischen VwG untereinander
- ▷ Antrag eines **ordentlichen Gerichts** auf **Feststellung der Rechtswidrigkeit** eines **Bescheides** oder eines **VwG-Erkenntnisses** (→ **Amtshaftungsverfahren!**)
- ▷ Beschwerde wegen **Verletzung der EU-DSGVO** durch den **VwGH** selbst



## 3.2.2. Art 133 Abs 3 B-VG: Prüfungsmaßstab

**Rechtswidrigkeit** → liegt insbesondere **nicht** vor, soweit VwG sein **Ermessen** im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat

## 3.2.3. Art 133 Abs 5 B-VG: Abgrenzung zu VfGH

absolute Unzuständigkeit des VwGH bzgl **aller Rechtssachen**, die zur **Kompetenz des VfGH** gehören.

- Es ist daher insbesondere **unzulässig**, in einer **Revision** die Verletzung **verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte** zu behaupten; ggf Anregung auf Prüfungsantrag, dass das VwG-Erk auf einem **verfassungswidrigen G** oder einer **gesetzwidrigen VO** beruht
- Aber: Verletzung der EGRC kann releviert werden → erforderlich zB wegen nachfolgender EGMR-Beschwerde gg VwGH-Entscheidung!

## 3.2.4. Art 133 Abs 4, Abs 6 sowie Abs 8 und 9 B-VG: Revision

- ▷ **Zulässigkeit (Abs 4):** Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, dh
  - Abweichen des VwG-Erk von der Rechtsprechung des VwGH
  - Fehlen einer Rechtsprechung des VwGH
  - Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung des VwGH
  - Sonstige Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung
- ▷ **Legitimation (Abs 6 und 8):**
  - wer durch VwG-Erk in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet
  - die belangte Behörde

- der BMin bzgl BG, die von Ländern zu vollziehen sind (mittelbare BVw)
- soweit in BG oder LG speziell vorgesehen (→ Organparteien)
- ▷ **Beschlüsse (Abs 9):**
  - **nicht generell, sondern nur soweit im VwGG vorgesehen!**

### 3.2.5. Art 133 Abs 7 B-VG: Fristsetzungsantrag

- ▷ **Zulässigkeit:** wer im VwG-Verfahren zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet (§ 34 VwGVG)

### 3.3. Verfassungsgerichtshof

#### 3.3.1. Art 137 B-VG [6]: Kausalgerichtsbarkeit

Klagen betreffend vermögensrechtliche Ansprüche gegen den

- ▷ Bund
- ▷ ein Land
- ▷ eine Gemeinde
- ▷ einen Gemeindeverband,  
die
  1. weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch
  2. durch Bescheid zu erledigen sind



[6]

Art 137 B-VG idgF

#### 2.3.1. Art 138 B-VG [7]: Kompetenzgerichtsbarkeit

- ▷ Entscheidung über Kompetenzkonflikte zwischen
  - Gerichten und Verwaltungsbehörden
  - ordentlichen Gerichten einerseits und VwG/VwGH andererseits
  - dem VfGH einerseits und allen anderen Gerichten andererseits
  - dem Bund einerseits und einem Land andererseits
  - den Ländern untereinander
- ▷ Feststellung, ob Gesetzgebungs- oder Vollzugsakt in die Kompetenz des Bundes oder in jene der Länder fällt (→ »authentische« Verfassungsinterpretation)



[7]

Art 138 B-VG idgF

#### 2.3.2. Art 139 (und 139a) B-VG [8] [9]: Prüfung von Verordnungen (und der Wiederverlautbarungs-KM von Gesetzen)

- ▷ Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer VO
  - von Amts wegen
  - auf Antrag eines Gerichtes
  - auf Antrag einer Person, die **unmittelbar durch die VO** in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wobei die VO **ohne** Fällung einer



[8]

Art 139 B-VG idgF

## A. VERFASSUNGSRECHT



[9]

Art 139a B-VG idgF

**gerichtlichen Entscheidung oder** Erlassung eines **Bescheides** wirksam geworden sein muss (**Individualantrag**)

- auf Antrag einer Person, die durch eine erstinstanzliche Entscheidung wegen Anwendung einer gesetzwidrigen VO in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gg die Gerichtsentscheidung erhobenen Rechtsmittels (»Parteien«- bzw »Rechtsmittel-Normenantrag«)
  - auf Antrag der BReg oder der VoAnw (d Bundes od eines Landes) gegen die VO einer Landesbehörde
  - auf Antrag einer Gemeinde gg die Aufhebung ihrer VO durch die Aufsichtsbehörde
- ▷ Zur Sicherung des Verfahrenszweckes kann ein Parteienantrag gegen eine Gerichtsentscheidung ggf **spezialgesetzlich** für **unzulässig** erklärt werden
- ▷ Die Behandlung eines Individualantrages oder eines Parteienantrages kann vom VfGH a limine **abgelehnt** werden, wenn dieser keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat
- ▷ Aufhebung der VO nur insoweit, als dies ausdrücklich beantragt wurde; ausnahmsweise ist die gesamte VO aufzuheben, sofern dies nicht den Interessen der antragstellenden Partei zuwiderläuft, wenn die VO
- keine gesetzliche Grundlage hat bzw
  - von der unzuständigen Behörde erlassen oder
  - gesetzwidrig kundgemacht wurde
- ▷ VO gilt – mit Ausnahme des Anlassfalles – weiterhin bis zur Kundmachung ihrer Aufhebung im BGBl od LGBI bzw bis zu jenem Zeitpunkt, den der VfGH festgelegt hat; bzgl Parteienanträgen muss gesetzl eine neuerliche Entscheidung ermöglicht werden



[10]

Art 140 B-VG idgF

## 2.3.3. Art 140 (und 140a) B-VG [10] [11]: Prüfung von Gesetzen (und Staatsverträgen)

- ▷ Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes
  - von Amts wegen
  - auf Antrag eines Gerichtes
  - auf Antrag einer Person, die **unmittelbar** durch das Gesetz in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wobei das G **ohne** Fällung einer **gerichtlichen Entscheidung** oder Erlassung eines **Bescheides** wirksam geworden sein muss (**Individualantrag**)
  - auf Antrag einer Person, die durch eine erstinstanzliche Entscheidung wegen Anwendung eines verfassungswidrigen G in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gg die Gerichtsentscheidung erhobenen Rechtsmittels (»Parteien«- bzw »Rechtsmittel-Normenantrag«)
  - auf Antrag einer LReg, 1/3 des NR oder 1/3 des BR gegen ein Bundesgesetz
  - auf Antrag der BReg oder 1/3 des LT gegen ein Landesgesetz
- ▷ Zur Sicherung des Verfahrenszweckes kann ein Parteienantrag gegen eine Gerichtsentscheidung ggf **spezialgesetzlich** für **unzulässig** erklärt werden



[11]

Art 140a B-VG idgF



- ▷ Die Behandlung eines Individualantrages oder eines Parteienantrages kann vom VfGH a limine abgelehnt werden, wenn dieser keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat
- ▷ Aufhebung des G nur in dem Umfang, als dies ausdrücklich beantragt wurde; ausnahmsweise ist das gesamte G aufzuheben, sofern dies nicht den Interessen der antragstellenden Partei zuwiderläuft, wenn das G
  - von einem nach der Kompetenzverteilung nicht zuständigen Organ erlassen oder
  - gesetzwidrig kundgemacht wurde
- ▷ G gilt – mit Ausnahme des Anlassfalles – weiterhin bis zur Kundmachung seiner Aufhebung im BGBl od LGBl bzw bis zu jenem Zeitpunkt, den der VfGH festgelegt hat; bzgl Parteienanträgen muss gesetzl eine neuerliche Entscheidung ermöglicht werden

#### 2.3.4. Art 141 B-VG [12]: Wahlanfechtung

- ▷ Bundespräsidentenwahl
- ▷ Wahlen zu den allgemeinen Vertretungskörpern (NR, LT, GR, Wiener Bezirksvertretungen)
- ▷ Wahlen zum Europäischen Parlament
- ▷ Wahlen zu satzungsgebenden Organen der gesetzl Berufsvertretungen (dazu gehört zB **nicht**: Österreichische Hochschülerschaft → BVwG/VwGH!)
- ▷ Wahlen in die LReg oder in ein Gemeindevollzugsorgan
- ▷ Mandatsverlust des Mitglieds eines allg Vertretungskörpers; Amtsverlust des BPräs, eines Mitglieds der BReg, des Präs des RH, eines Mitglieds der VA, eines Mitglieds der LReg, eines Mitglieds der Gmd-Vollziehung, eines Mitglieds einer gesetzlich-beruflichen Vertretung
- ▷ Ergebnis eines Volksbegehrens, einer Volksabstimmung, einer Volksbefragung, einer Europäischen Bürgerinitiative
- ▷ Aufnahme/Streichung in/aus Wählerevidenzen
- ▷ selbständig anfechtbare Bescheide der Wahlbehörden



[12]

Art 141 B-VG idgF

#### 2.3.5. Art 142 B-VG [13]: Staatsgerichtsbarkeit

VfGH entscheidet über eine Anklage gegen

- ▷ den Bundespräsidenten wegen Verfassungsverletzung
- ▷ die Mitglieder der BReg wegen Gesetzesverletzung
- ▷ den österr Vertreter im Rat der EU wegen Gesetzesverletzung
- ▷ die Mitglieder einer LReg wegen Gesetzesverletzung
- ▷ einen Landeshauptmann wegen Gesetzesverletzung od Nichtbefolgung einer Weisung eines BMin (→ mittelbare BVw)
- ▷ Organe der Stadt Wien wegen Gesetzesverletzung
- ▷ den Präsidenten einer Bildungsdirektion wegen Gesetzes- oder VO-Verletzung oder wegen Nichtbefolgung einer Weisung des BMin



[13]

Art 142 B-VG idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)



[14]

Art 144 B-VG idgF



[15]

§ 88a VfGG idgF



[16]

Art 146 B-VG idgF



[17]

VwGG idgF

### 2.3.6. Art 144 B-VG [14]: Erkenntnisbeschwerde

- ▷ Beschwerde gegen ein VwG-Erkenntnis mit der Behauptung
  - dadurch in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden zu sein (**Grundrechtsbeschwerde**) **oder**
  - wegen Anwendung eines verfassungswidrigen G (StV, KM) oder einer gesetzwidrigen VO in subjektiven Rechten verletzt worden zu sein (**Normenbeschwerde**)
- ▷ VfGH kann die Beschwerde **a limine ablehnen**, wenn
  - diese keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat **oder**
  - durch die VfGH-Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist
- ▷ Abtretung an VwGH über (auch nachträglichen) Antrag des Bf
  - **Beachte:** Dadurch wird die Revisionsfrist (neu) in Gang gesetzt, »Beschwerde« wird zu einem »aliud« (näml: »Revision«)
  - VwGH ist an Vorentscheidung(en) des VfGH nicht gebunden!
- ▷ Zulässigkeit von Beschwerden gg Beschlüsse eines VwG: Negativkatalog in § 88a VfGG [15], insb:
  - Keine Beschwerdemöglichkeit gegen den Ausspruch der Revisionszulässigkeit an VwGH

### 2.3.7. Art 146 B-VG [16]: Exekution der VfGH-Erkenntnisse

- ▷ Erk aufgrund Art (126a, 127c Z 1 und) 137 B-VG: durch ordentliche Gerichte
- ▷ alle sonstigen Erkenntnisse: BPräs;  
Der BPräs kann zu diesem Zweck nach seinem Ermessen sämtliche Organe des Bundes oder der Länder beauftragen

## B. Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) [17]

### 1. Eckpunkte des VwGG

- ▷ Organisation des VwGH (§§ 1–20 VwGG); Elektronischer Rechtsverkehr, Datenschutz u Schlussbestimmungen (§§ 72–80 VwGG)
- ▷ Allgemein maßgebliche Verfahrensbestimmungen (§§ 21–63 VwGG)
- ▷ Sonderverfahrensbestimmungen (AHG, FS-ExRG, Auftragsvergabe, Kompetenzfeststellungsverfahren → §§ 64–71 VwGG)

### 2. Grundzüge der Organisation des VwGH

- ▷ Besetzung offener Planstellen nach öffentl Ausschreibung aufgrund von Dreivorschlägen der Vollversammlung des VwGH (§ 1 VwGG) = sog

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

- »Selbstrekrutierungsrecht« → **aber:** Keine Parteistellung für übergangene Bewerber!
- ▷ rangmäßige Reihung (!) der Richter des VwGH (§ 4 VwGG)
- ▷ subsidiär gelten die entsprechenden Organisationsnormen für den OGH analog (§§ 6 und 7 VwGG)
- ▷ der Präsident hat auf einheitliche Rechtsprechung hinzuwirken (§ 9 VwGG)
- ▷ die Vollversammlung beschließt Ernennungsvorschläge für Richterplanstellen, die Geschäftsverteilung und die Geschäftsordnung (§ 10 VwGG)
- ▷ Senate (§§ 11–15 VwGG):
  - 5 Mitglieder (Regel)
  - 3 Mitglieder (Vw-Strafsachen; Zurückweisung; Einstellung; einen Dreiersenat betreffende WE- oder WA-Anträge; Aufwandersatz; besonders einfache Rechtsfragen)
  - 9 Mitglieder (»verstärkter Senat«): bei Abgehen von oder Uneinheitlichkeit der bisherigen Rechtsprechung
- ▷ Richter (§ 14 VwGG): → verfahrensleitende Verfügungen
- ▷ Abstimmung (§ 15 VwGG): ua: die älteren stimmen vor den jüngeren Mitgliedern ab (ebenso: VfGH → § 31 VfGG)
- ▷ Evidenzbüro, GeO (im BGBl kundgemacht), Tätigkeitsbericht (§§ 17–20 VwGG)

### 3. Allgemein maßgebliche Verfahrensbestimmungen

#### 3.1. Parteien des Revisionsverfahrens (§ 21 VwGG) [18]

- ▷ **Revisionswerber**
  - ▷ die im VwG-Verfahren **belangte Behörde** bzw der/die für diese gem § 22 VwGG eintretende BMin/LReg
  - ▷ wer durch die VwGH-Entscheidung in rechtlichen Interessen berührt wird (**Mitbeteiligter** – va in sog »echten Mehrparteienverfahren«)
  - ▷ Organe, denen durch BG oder LG Parteistellung zuerkannt wird (**Organparteien**)
- Parteien können ihre Sache selbst führen oder sich durch einen RA (in Abgabensachen auch durch StB oder WP) vertreten lassen – **Individualrevisionsschriftsatz** muss aber durch RA verfasst und eingebracht werden; JP d öffentl Hand werden durch ihre satzungsgemäßen Organe oder die Finanzprokurator oder einen BMin vertreten



[18]

§ 21 VwGG idgF

#### 3.2. Partei des Fristsetzungsantragsverfahrens (§ 21 Abs 3 VwGG)

Antragsteller



[19]

§ 24 VwGG idgF

#### 3.3. Schriftsätze (§ 24 VwGG) [19]

- ▷ sind **in der Regel** beim VwG einzubringen;

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

- ▷ Einbringung **ausnahmsweise unmittelbar beim VwGH**:
  - Schriftsätze ab Vorlage der Revision durch VwG an den VwGH
  - Anträge auf Verfahrenshilfe bei ao Revisionen
- ▷ Revisionen, Fristsetzungsanträge, WA-Anträge und WE-Anträge sind durch einen bevollmächtigten RA (StB, WP) abzufassen und einzubringen, ausg
  - Amtsrevisionen
  - Revisionen, die von rechtskundigen Personen in Dienstrechtssachen eingebracht werden
- ▷ Anzahl der Schriftsatzausfertigungen u Beilagen:
  - je 1 pro Partei + 1 für VwGH; Ausnahmen: bloß 1 Ausfertigung
  - 1. wenn Beilage sehr umfangreich ist;
  - 2. vom angefochtenen Erk/Beschluss;
  - 3. bei elektronisch eingebrachten Schriftsätzen → eingebrachte Gleichschriften bedürfen keiner Unterschrift
  - bei Fehlern: Mängelbehebungsauftrag durch VwG
  - a-limine-Zurückweisung durch VwG unzulässig!  
(vgl § 30a Abs 2 VwGG, der explizit auf § 24 VwGG verweist)



[20]

§ 24a VwGG idgF

### 3.4. Gebühren (§ 24a VwGG) [20]

- ▷ Höhe: dzt 240 Euro;
- ▷ für Revisionen, Fristsetzungs-, WA- und WE-Anträge
- ▷ Beilagen sind nicht gesondert zu vergebühren
- ▷ Fälligkeit: bei Einbringung
- ▷ Entrichtung:
  - durch Überweisung – Einzahlungsbeleg anschließen; RA (StB, WP) können auch Überweisungsauftrag begeben
  - bei elektronischer Einbringung: per Abbuchungs-/Einziehungsauftrag

## 4. Revision

### 4.1. Revision/Zulässigkeit (§ 25a Abs 1–4a VwGG) [21]

- ▷ VwG muss aussprechen, ob Rev zulässig ist (**o Rev**) oder nicht (**ao Rev**)
  - ▷ ex-lege-Unzulässigkeit einer gesonderten Revision gegen/wenn
    - a-limine-Zurückweisungsbeschlüsse des VwG wegen Fristversäumnis, Unzuständigkeit des VwGH, res iudicata oder fehlender Legitimation
    - aW-, WA-, WE- und Verfahrenshilfebeschlüsse des VwG
    - Zurückweisung eines Vorlageantrages wegen Fristversäumnis
    - bloß verfahrensleitende Beschlüsse
- } dagegen Vorlageantrag zulässig
- } kein Vorlageantrag zulässig



[21]

§ 25a VwGG idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

- Erk in Vw-Strafsachen, wenn Strafdrohung  $\leq 750$  Euro und keine primäre Freiheitsstrafe verhängt wurde bzw die tatsächlich verhängte Geldstrafe  $\leq 400$  Euro ist: **nur Amtsrevision zulässig**
- auf Revision ausdrücklich verzichtet wurde; Verzicht muss schriftlich erklärt oder in der VH zu Protokoll genommen worden sein – Widerruf binnen 3 Tagen möglich, wenn Verzicht nicht von RA oder in dessen Beisein abgegeben und die Partei zuvor nicht über die Folgen des Verzichts belehrt wurde
- Erkenntnis mündlich verkündet und kein Antrag auf schriftliche Ausfertigung des Erk gestellt wurde

### 4.2. Revision/Einbringung (§ 25a Abs 5 VwGG)

beim VwG (nicht: VwGH!)

→ **Achtung:** mögl Fristversäumnis, weil eine amtswegige Weiterleitung die Revisionsfrist nicht verlängert!

### 4.3. Revision/Frist (§ 26 VwGG) [22]

- ▷ 6 Wochen; Beginn: bzgl Revision
  - einer in subjektiven Rechten verletzten Person: ab **Zustellung**; bei **nur** mündl Verkündung jedoch ab **Verkündungsdatum!**
  - der belangten Behörde: ab Zustellung
  - des BMin: ab Zustellung bzw tatsächlicher Kenntnisnahme
  - eines gesetzlich revisionsberechtigten Organes: ab Zustellung bzw tatsächlicher Kenntnisnahme
  - bei Verfahrenshilfeantrag: ab Zustellung des Bestellungs- bzw des Ablehnungsbeschlusses
  - bei Abtretung durch VfGH: ab Zustellung des Abtretungsbeschlusses
- ▷ bei Kenntnis vom Entscheidungsinhalt ist für jeden Revisionswerber auch vorzeitige Revisionseinbringung möglich



[22]

§ 26 VwGG idgF

### 4.4. Revision/Inhalt (§ 28 VwGG) [23]

- ▷ Bezeichnung des VwG-Erk/Beschlusses
- ▷ Bezeichnung des VwG
- ▷ Sachverhalt
- ▷ Bezeichnung der als verletzt erachteten Rechte (»Revisionspunkte«) bzw (bei Amtsrevisionen) »Anfechtungsumfangserklärung«
- ▷ Begründung
- ▷ Begehren (Anträge)
- ▷ Angaben zur Rechtzeitigkeit der Revision
- ▷ bei ao Rev zusätzlich Angabe der Gründe, weshalb die Rev entgegen dem Ausspruch des VwG für zulässig erachtet wird



[23]

§ 28 VwGG idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

- ▷ Beigabe einer Erkenntnisausfertigung (bzw eines Nachweises dafür, dass eine Erkenntnisausfertigung beantragt oder bereits einer anderen Partei zugestellt wurde)
- ▷ Beigabe einer weiteren Erkenntnisausfertigung für den BMin bzw die LReg, wenn diese nicht Parteien des Revisionsverfahrens sind



[24]  
§ 30 VwGG idgF

### 4.5. Revision/aufschiebende Wirkung (§ 30 VwGG) [24]

- ▷ Revision hat ex lege keine aW → kann aber beantragt werden
- ▷ Zuerkennung der aW durch VwG (bzw ab Vorlage: durch VwGH), wenn für den Revisionswerber oder eine mitbeteiligte Partei aufgrund des Vollzuges des angefochtenen Erk oder der Ausübung der eingeräumten Berechtigung ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre und zwingende öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt werden
- ▷ neuerliche Entscheidung über aW, wenn sich die Voraussetzungen maßgeblich geändert haben



[25]  
§ 30a VwGG idgF

### 4.6. Revision/Vorverfahren durch VwG (§ 30a Abs 1–7 VwGG) [25]

#### 4.6.1. ordentliche Revision:

- ▷ Zurückweisung der Revision a limine bei
  - Fristversäumnis
  - Unzuständigkeit des VwGH
  - res iudicata oder
  - fehlender Legitimation
 } dagegen Vorlageantrag zulässig
- ▷ Mängelbehebungsauftrag, wenn Vorschriften über Form oder Inhalt, insb
  - Vertretung (§ 23 VwGG)
  - Schriftsätze § 24 VwGG)
  - Inhalt (§ 28 VwGG)
  - Ausfertigung für BMin/LReg (§ 29 VwGG)
 nicht eingehalten wurden.  
 → Versäumung gilt als Zurückziehung!
- ▷ »unverzügliche« Entscheidung über die aW
- ▷ Übermittlung zur Revisionsbeantwortung an mitbeteiligte Partei(en) und
- ▷ Vorlage der Revision an VwGH

#### 4.6.2. außerordentliche Revision:

- ▷ Übermittlung zur Revisionsbeantwortung und
- ▷ Vorlage der Revision an VwGH

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

### 4.7. Revision/Verfahren vor dem VwGH (§§ 31 ff VwGG)

#### 4.7.1. Unzulässigkeit/Zurückziehung → Zurückweisung a limine

- ▷ § 34 Abs 1 VwGG [26]: Zurückweisung der Revision bei Unzulässigkeit wegen
  - Fristversäumnis
  - Unzuständigkeit des VwGH
  - res iudicata
  - fehlender Legitimation (→ wie § 30a Abs 1 VwGG) oder
- ▷ wenn sich die Revision wegen »Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG« (= Nichtvorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage) »nicht zur Behandlung eignet« → Entscheidung darüber im abgekürzten Verfahren erscheint verfassungsrechtlich bedenklich!
- ▷ § 34 Abs 1a VwGG: Keine Bindung des VwGH hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit einer Revision durch das VwG; Prüfung der Zulässigkeit einer ao Revision nur im Rahmen der dafür vorgebrachten Gründe
- ▷ § 34 Abs 2 VwGG: Mängelbehebungsauftrag, wenn Vorschriften über Form oder Inhalt (§ 23 VwGG: Vertretung; § 24 VwGG: Schriftsätze; § 28 VwGG: Inhalt; § 29 VwGG: Ausfertigung für BMin/LReg) nicht eingehalten wurden → wie § 30a Abs 2 VwGG → Versäumung gilt als Zurückziehung!



[26]

§ 34 VwGG idgF

#### 4.7.2. Sachliche Eindeutigkeit → Abweisung/Aufhebung a limine

- ▷ § 35 Abs 1 VwGG [27]: Abweisung der Revision, wenn ihr Inhalt erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt
- ▷ § 35 Abs 2 VwGG: Aufhebung der VwG-Entscheidung, wenn
  - dem Revisionsverfahren keine Mitbeteiligte Partei beizuziehen ist,
  - sich die Rechtsverletzung bereits aus der angefochtenen Entscheidung ergibt und
  - die belangte Behörde gegen die erkennbare Rechtsverletzung nichts vorgebracht hat



[27]

§ 35 VwGG idgF

#### 4.7.3. Vorverfahren des VwGH bei zulässiger ao Revision (§§ 36 und 37 VwGG) [28][29]

- ▷ Aufforderung zur Einbringung einer Revisionsbeantwortung;
- ▷ Übermittlung an sämtliche Verfahrensparteien;
- ▷ Pflicht zur Fortsetzung des Revisionsverfahrens, auch wenn angeforderte Schriftsätze nicht eingebracht wurden



[28]

§ 36 VwGG idgF

### 4.8. Fristsetzungsanträge, WA-Anträge und WE-Anträge (§ 30a Abs 8 und 9 VwGG; § 34 Abs 4 VwGG)

#### 4.8.1. Vorverfahren durch VwG

- ▷ Zurückweisung des Antrages a limine bei



[29]

§ 37 VwGG idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

- Fristversäumnis
  - Unzuständigkeit des VwGH
  - res iudicata oder
  - fehlender Legitimation
- } dagegen  
Vorlageantrag  
zulässig
- ▷ Mängelbehebungsauftrag, wenn Vorschriften über Form oder Inhalt insb
    - Vertretung (§ 23 VwGG)
    - Schriftsätze (§ 24 VwGG)
    - Inhalt (§ 28 VwGG)
    - Ausfertigung für BMin/LReg (§ 29 VwGG)
 nicht eingehalten wurden.  
→ Versäumung gilt als Zurückziehung!
  - ▷ danach ist (nur) der Fristsetzungsantrag dem VwGH vorzulegen



[30]

§ 38 VwGG idgF

### 4.8.2. Vorverfahren durch VwGH (§ 38 VwGG) [30]

- ▷ Für WA- und WE-Anträge gilt § 34 Abs 1 und 2 VwGG analog (§ 34 Abs 4 VwGG), dh: a-limine-Zurückweisung bei Unzulässigkeit bzw Mängelbehebungsauftrag bei Form- oder inhaltlichen Mängeln (Zurückziehungsvermutung bei Nichtentsprechung)
- ▷ Säumigkeit des VwG während 6 Monaten (bzw sondergesetzl festgelegter Frist); Zeiten zur Entscheidung einer Vorfrage, der Verfahrenanhängigkeit beim EuGH oder VfGH oder der Anhängigkeit eines Strafverfahrens bei einem ordentlichen Gericht oder der StA sind in diese Frist nicht einzurechnen
- ▷ Inhalt des Fristsetzungsantrages:
  - Bezeichnung des VwG
  - Sachverhalt
  - Begehren, dem VwG eine Entscheidungsfrist zu setzen
  - Angaben zur Glaubhaftmachung des Verstreichens der Entscheidungsfrist
- ▷ Die Bestimmungen des § 34 Abs 1 (a-limine-Zurückweisung) und Abs 2 (Mängelbehebung) sind analog anzuwenden
- ▷ VwGH fordert VwG auf, binnen 3 Monaten zu entscheiden; einmalige Fristverlängerung möglich



[31]

§ 30b VwGG idgF

### 4.9. Vorlageantrag (§ 30b VwGG) [31]

- ▷ Wird vom VwG eine Revision oder ein Fristsetzungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, kann gegen einen solchen Beschluss jede Partei binnen 2 Wochen einen Vorlageantrag einbringen
- ▷ verspätete und unzulässige Vorlageanträge sind vom VwG zurückzuweisen – dagegen ist kein Rechtsmittel zulässig, auch keine VfGH-Beschwerde, insb



## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

auch nicht im Falle von Willkür → vgl Art 144 Abs 5 B-VG iVm § 88a Abs 2 Z 3 VfGG!

### 4.10. Gleichartige Rechtsfragen in zahlreichen Verfahren (§ 38a VwGG) [32]

- ▷ Feststellungsbeschluss des VwGH
- ▷ Kundmachung im BGBl
- ▷ Unterbrechung anhängiger Verfahren und Hemmung von Fristen für Revisionen und Fristsetzungsanträge
- ▷ Rechtssatz des VwGH – dessen Kundmachung im BGBl setzt Fristlauf wieder in Gang



[32]

§ 38a VwGG idgF

### 4.11. Vorabentscheidungsersuchen an EuGH (§ 38b VwGG) [33]

Unterbrechung des VwGH-Verfahrens bis zum Einlangen der EuGH-Entscheidung



[33]

§ 38b VwGG idgF

### 4.12. Öffentliche Verhandlung (§§ 39 und 40 VwGG) [34] [35]

- ▷ Auf Antrag oder von Amts wegen
- ▷ Entfall trotz Parteienantrages, wenn
  - Verfahren einzustellen oder Revision zurückzuweisen ist
  - VwG-Entscheidung wegen Unzuständigkeit aufzuheben ist
  - VwG-Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben ist
  - VwG-Entscheidung nach ständiger VwGH-Judikatur wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben ist
  - keine Partei eine Revisionsbeantwortung eingebracht hat und die angefochtene VwG-Entscheidung aufzuheben ist
  - mündliche Erörterung keine weitere Klärung der Rechtsache erwarten lässt u Art 6 EMRK/Art 47 EGRC nicht entgegensteht
- ▷ Vorsitzender muss von Amts wegen für vollständige Erörterung der Rechtssache sorgen



[34]

§ 39 VwGG idgF

### 4.13. Prüfung der mit Revision angefochtenen VwG-Entscheidung (§ 41 VwGG) [36]

- ▷ Überprüfung
  - auf Grund des vom VwG angenommenen Sachverhalts
  - nur im Rahmen der geltend gemachten Revisionspunkte bzw der Anfechtungsumfangserklärung
- ▷ ausgenommen
  - im Falle der Unzuständigkeit des VwG oder
  - bei Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften



[35]

§ 40 VwGG idgF



[36]

§ 41 VwGG idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)



[37]

§ 42 VwGG idgF



[38]

§ 42a VwGG idgF



[39]

§ 67 VwGG idgF



[40]

§ 71 VwGG idgF



[41]

§ 45 VwGG idgF

## 4.14. Revisionserkenntnis (§ 42 VwGG) [37]

- ▷ kassatorisch (Abweisung der Revision/Aufhebung der VwG-Entscheidung) oder meritorisch (Sacherledigung durch VwGH)
- ▷ Aufhebung der VwG-Entscheidung mit der Wirkung, dass Rechtssache in das Stadium vor deren Erlassung zurücktritt, wegen
  - Rechtswidrigkeit des Inhalts,
  - Unzuständigkeit des VwG oder
  - Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil
    - Sachverhalt in wesentlichem Punkt aktenwidrig angenommen wurde,
    - Sachverhalt in wesentlichem Punkt ergänzungsbedürftig ist oder
    - VwG bei Einhaltung der Verfahrensnorm zu anderem Ergebnis hätte kommen können
- ▷ VwGH kann (= muss? → allfälliges Ermessen muss jedenfalls im Sinne des Gesetzes geübt werden!) in der Sache selbst entscheiden, wenn dies im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt; in diesem Fall muss VwGH den maßgeblichen Sachverhalt selbst feststellen, kann hierzu aber auch das VwG heranziehen (bei Verstoß des VwGH gg § 42 Abs 4 VwGG bleibt nur EGMR-Beschwerde oder Anregung auf Vorlage an EuGH im VwG-Verfahren zur Erlassung eines Ersatzerkenntnisses)

## 4.15. Fristsetzungsauftragsentscheidung (§ 42a VwGG) [38]

Wenn das VwG seiner Entscheidungspflicht nicht entsprochen hat, legt VwGH eine angemessene Frist zur Nachholung der Entscheidung fest

- **VwGH entscheidet nicht meritorisch anstelle des VwG!**
- Entscheidung des VwG kann nur mittelbar erzwungen werden (Amtshaftung, Disziplinaranzeige, Strafanzeige wg Amtsmissbrauchs, ...)

## 4.16. Feststellungserkenntnisse (§ 67 VwGG; § 71 VwGG) [39] [40]

- ▷ in Amts- und Organhaftungsangelegenheiten, in Rechtssachen nach dem Fernseh-ExklusivrechteG, in Verfahren zur Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie
- ▷ Kompetenzkonfliktentscheidungen zwischen dem VwGH und einem VwG bzw zwischen VwGen untereinander
- Fristsetzungsaufträge und Feststellungserkenntnisses sind nicht formell vollstreckbar, dh: § 63 Abs 1 VwGG gilt insoweit nicht!

## 4.17. Wiederaufnahme (§ 45 VwGG) [41]

- ▷ ist auf Antrag einer Verfahrenspartei zu bewilligen, wenn
  - die VwGH-Entscheidung durch eine strafbare Handlung herbeigeführt oder erschlichen wurde,

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

- die VwGH-Entscheidung auf der unverschuldeten irrigen Annahme der Versäumnis einer VwGG-Frist beruht,
- nachträglich eine res-iudicata-Konstellation bekannt wird,
- der VwGH das Parteiengehör verletzt hat und dies zu einer anderslautenden Entscheidung hätte führen können **oder**
- nachträglich der Grund für eine Klaglosstellung wegfällt
- ▷ der WA-Antrag ist binnen 2 Wochen ab Kenntnis, spätestens binnen 3 Jahren nach Zustellung der Entscheidung unmittelbar beim VwGH einzubringen
- ▷ hat der VwGH in der Sache selbst entschieden, gilt § 69 AVG sinngemäß
- ▷ für Beschlüsse der VwG nach § 30a und § 30b VwGG gilt § 45 VwGG mit der Maßgabe sinngemäß, dass der WA-Antrag beim VwG einzubringen ist und das VwG darüber zu entscheiden hat



[42]

§ 46 VwGG idgF

### 4.18. Wiedereinsetzung (§ 46 VwGG) [42]

- ▷ ist auf Antrag einer Verfahrenspartei zu bewilligen, wenn
  - durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis – wie zB keine Kenntniserlangung von einer Zustellung; fehlende oder falsche Rechtsmittelbelehrung – eine Frist versäumt wurde,
  - die Partei dadurch einen Rechtsnachteil erleidet **und**
  - sie daran nur ein milderer Grad des Verschuldens trifft
- ▷ der WA-Antrag ist binnen 2 Wochen ab Kenntnis beim VwG, nach erfolgter Vorlage an den VwGH hingegen unmittelbar bei diesem einzubringen; gleichzeitig ist die versäumte Prozesshandlung nachzuholen; gegen die Versäumung dieser Frist ist keine WE zulässig;
- ▷ bis zur Vorlage entscheidet über den WE-Antrag das VwG, danach der VwGH;
- ▷ im Falle der Bewilligung der WE tritt das Verfahren in jene Lage zurück, in der es sich vor Eintritt der Säumnis befunden hat
- ▷ dem WE-Antrag kann aufschiebende Wirkung zuerkannt werden



[43]

§ 47 VwGG idgF

### 4.19. Aufwandersatz (§§ 47–59 VwGG) [43]

- ▷ Prinzipiell haben Anspruch auf Aufwandersatz (§ 47 Abs 2 und 3 VwGG)
  - der Revisionswerber im Fall der Aufhebung einer VwG-Entscheidung oder im Falle einer Sachentscheidung durch den VwGH selbst
  - der Rechtsträger, für den die im VwG-Verfahren belangte Behörde gehandelt hat, im Fall der Abweisung der Revision
  - Mitbeteiligte Parteien im Fall der Abweisung der Revision
- ▷ In den Fällen einer Amtsrevision haben weder der Revisionswerber noch dessen Rechtsträger einen Anspruch auf Aufwandersatz (§ 47 Abs 4 VwGG)
- ▷ Mehrere Mitbeteiligte sind als eine Partei anzusehen – Aufteilung des Aufwandersatzes nach gleichen Teilen (§ 49 Abs 6 VwGG) [44]
- ▷ Bei bloß teilweiser Aufhebung der VwG-Entscheidung ist deren gänzliche Kassation zu fingieren (§ 50 VwGG) [45]



[44]

§ 49 VwGG idgF



[45]

§ 50 VwGG idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)



[47]

§ 51 VwGG idgF



[48]

§ 52 VwGG idgF



[49]

§ 53 VwGG idgF



[50]

§ 58 VwGG idgF



[51]

§ 59 VwGG idgF

- ▷ Die Zurückweisung/Zurückziehung einer Revision ist deren Abweisung gleichzuhalten (§ 51 VwGG) [47]
- ▷ Wurden mit einem Revisionschriftsatz mehrere VwG-Entscheidungen angefochten, sind diese kostenmäßig als jeweils gesonderte Revisionen anzusehen (§ 52 Abs 1 VwGG) [48]
- ▷ Haben mehrere Verhandlungen am selben Tag oder an aufeinander folgenden Tagen stattgefunden, ist bzgl Fahrt- und Aufenthaltskosten von bloß einer VH auszugehen; ansonsten ist der Verhandlungsaufwand für jede VH zu ersetzen (§ 52 Abs 2 VwGG)
- ▷ Haben mehrere Revisionswerber dieselbe VwG-Entscheidung in einem Schriftsatz oder diese in mehreren Schriftsätzen desselben RA (StB, WP) angefochten, ist kostenmäßig lediglich von einer Revision des Erstangeführten auszugehen (§ 53 VwGG) [49]
- ▷ Sonderregelungen für Wiederaufnahme (§ 54 VwGG), Klaglosstellung (§ 55 VwGG), Einstellung wegen Nachholung der Entscheidung (§ 56 VwGG) und nachträglichen Wegfall des Rechtsschutzinteresses (§ 58 Abs 2 VwGG)
- ▷ Soweit im VwGG nichts bestimmt ist, hat jede Partei ihren Aufwand selbst zu tragen (§ 58 Abs 1 VwGG) [50]
- ▷ Aufwandersatz ist nur auf Antrag zuzuerkennen (Schriftsatzaufwand: im Schriftsatz; Reise- und VH-Aufwand: am Ende der VH; Kommissionsgebühren/Barauslagen: binnen 1 Woche nach tatsächlichem Entstehen); Schriftlichkeit u Begründungspflicht; wurde zumindest ein allgemeiner Antrag gestellt, ist Zurückweisung unzulässig – es sind jedenfalls die jeweiligen Pauschalbeträge zuzusprechen (§ 59 VwGG) [51]
- ▷ Der Ersatzanspruch des Revisionswerbers umfasst
  - Kommissionsgebühren
  - Eingabegebühr gem § 24a VwGG
  - für den VwGH entrichtete Barauslagen
  - Schriftsatzaufwand\*
  - Verhandlungsaufwand\*
  - Fahrt- und Aufenthaltskosten
- ▷ Der Ersatzanspruch der Amtspartei umfasst
  - Schriftsatzaufwand\*
  - Aktenvorlageaufwand\* → nicht in § 48 Abs 2 genannt → problematisch!
  - Verhandlungsaufwand\*
  - Fahrt- und Aufenthaltskosten
- ▷ Der Ersatzanspruch der Mitbeteiligten Partei umfasst
  - Kommissionsgebühren
  - Eingabegebühr gem § 24a VwGG
  - für den VwGH entrichtete Barauslagen
  - Schriftsatzaufwand\*
  - Verhandlungsaufwand\*
  - Fahrt- und Aufenthaltskosten

\* jeweils pauschaliert lt VwGH-AufwandersatzVO BGBl II 518/2013 idF BGBl II 8/2014 [52]



[52]

VwGH-AufwandersatzVO idgF

## B. VERWALTUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VwGG)

### 4.20. Verfahrenshilfe (§ 61 VwGG) [52]

- ▷ Subsidiär gelten insoweit die Bestimmungen der ZPO  
→ Vermögensverzeichnis!
- ▷ Wurde die VwG-Entscheidung mündlich verkündet, ist ein Verfahrenshilfeantrag nur zulässig, nachdem ein Antrag auf Erkenntnisausfertigung gestellt wurde
- ▷ Bei o Rev entscheidet über die Verfahrenshilfe das VwG, im Übrigen – dh bei ao Rev, Fristsetzungs- und Kompetenzfeststellungsanträgen – der VwGH, wobei nach Möglichkeit kurz zu begründen ist, weshalb die Revision für zulässig erachtet wird
- ▷ Keine explizite Regelung bzgl Verfahrenshilfe für WA- und WE-Anträge  
→ hier dürfte die Zuständigkeit jener zur Entscheidung über den WA- bzw WE-Antrag selbst (Regel: bis zur Vorlage: VwG; danach VwGH) folgen
- ▷ (Nur) im Falle einer o Rev sind deren Erfolgsaussichten irrelevant
- ▷ Im Falle der Bewilligung hat die RAK einen RA zu bestellen, wobei dem Wunsch des Antragstellers entsprochen werden kann



[52]

§ 61 VwGG idgF

### 4.21. Anzuwendendes Recht (§ 62 VwGG) [53]

- ▷ Soweit im VwGG nicht anderes bestimmt ist, ist das AVG anzuwenden!
- ▷ Entscheidet der VwGH in der Sache selbst, hat er jene Normen anzuwenden, die das VwG anzuwenden hatte



[53]

§ 62 VwGG idgF

### 4.22. Vollstreckung (§ 63 VwGG) [54]

Hat der VwGH einer Revision stattgegeben, müssen die VwG und die Vw-Behörden unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herstellen

- keine Bindungswirkung in Bezug auf Auslegung des Unionsrechts durch den VwGH!



[54]

§ 63 VwGG idgF

### 4.23. Elektronischer Rechtsverkehr (§§ 72–76 VwGG)

- ▷ Schriftsätze können auch im Wege des ERV rechtswirksam eingebracht werden
- ▷ Näheres ist in einer VO des Präs des VwGH geregelt (BGBl II 360/2014 idF BGBl II 12/2020) [55]
- ▷ RA (StB, WP) sind zur Teilnahme am ERV verpflichtet – entsprechende Verstöße sind wie Formmangel zu behandeln
- ▷ ERV-Schriftsätze der Parteien gelten mit dem Einlangen der gesamten Daten beim BRZ als beim VwGH eingebracht
- ▷ ERV-Erledigungen des VwGH gelten mit dem Werktag (Samstag ≠ Werktag) als zugestellt, der jenem Tag folgt, an dem die Erledigung im Verfügungsbereich des Empfängers eingelangt ist



[55]

VO BGBl II  
360/2014 idgF

## C. VERFASSUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VfGG)

## C. Verfassungsgerichtshofgesetz (VfGG)

## 1. Eckpunkte des VfGG [56]

- ▷ Organisation des VfGH (§§ 1–14 VfGG)
- ▷ Allgemein maßgebliche Verfahrensbestimmungen (§§ 14a–36 VfGG)
- ▷ Wesentliche Sonderverfahrensbestimmungen (Auswahl):
  - Kausalgerichtsbarkeit (§§ 37–41 VfGG)
  - Kompetenzgerichtsbarkeit (§§ 42–56 VfGG)
  - Verordnungsprüfung (§§ 57–61a VfGG)
  - Gesetzesprüfung (§§ 62–65a VfGG)
  - Wahlanfechtung (§§ 67–71a VfGG)
  - Erkenntnisbeschwerden (§§ 82–88a VfGG)



[56]

VfGG idgF

## 2. Grundzüge der Organisation des VfGH

- ▷ Besetzung offener Planstellen nach öffentl Ausschreibung (§ 1 VfGG); keine Parteistellung für übergangene Bewerber
- ▷ VfGH wählt aus seiner Mitte sog »ständige Referenten« (§ 2 VfGG)
- ▷ subsidiär gelten die organisationsrechtl. Vorschriften des GOG (§ 3a VfGG)
- ▷ Befangenheit ist von den jeweiligen VfGH-Mitgliedern aus eigenem wahrzunehmen (§ 12 VfGG)
- ▷ Vollversammlung beschließt GO (§ 14 VfGG)

## 3. Allgemein maßgebliche Verfahrensbestimmungen

- ▷ Schriftsätze an den bzw Erledigungen des VfGH können auch elektronisch (insb ERV) übermittelt werden (§ 14a VfGG und VO BGBl II 82/2013 idgF BGBl II 221/2016 [57])
- ▷ Anträge sind idR schriftlich zu stellen und müssen
  1. eine Bezugnahme auf den entsprechenden Artikel des B-VG,
  2. eine SVH-Darstellung und
  3. ein bestimmtes Begehren enthalten (§ 15 VfGG)
- ▷ der Präsident weist Rechtssache einem der ständigen Referenten zur Berichterstattung zu (§ 16 VfGG) → keine feste Geschäftsverteilung!
- ▷ der Präsident stimmt (ausgen bei Stimmengleichheit) nicht mit; die älteren Mitglieder geben ihre Stimme vor den jüngeren Mitgliedern ab (§ 31 VfGG)
- ▷ Schriftsätze sind idR durch einen bevollmächtigten RA einzubringen (Anwaltpflicht – § 17 VfGG; sa § 24 Abs 1 VfGG)
- ▷ Eingabengebühr: 240 Euro – durch Überweisung auf FA-Konto oder Einziehungsauftrag (wie VwGH – § 17a VfGG)
- ▷ Formmängel: Verbesserungsauftrag (§ 18 VfGG)
- ▷ Vorabentscheidungsersuchen an EuGH (§ 19a VfGG): Unterbrechung des VfGH-Verfahrens bis zum Einlangen der EuGH-Entscheidung



[57]

VO BGBl II  
221/2016 idgF

## C. VERFASSUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VF GG)

- ▷ Vorverfahren: wird vom beauftragten Referenten geführt (§ 20 VfGG); prozessuale Erledigungen (Zurückweisung, Ablehnung, ...) können auf Antrag des Referenten in sog »kleiner Besetzung« erfolgen (§ 7 iVm § 18 VfGG)
- ▷ Einstweiliger Rechtsschutz: Nicht nur bei Erkenntnisbeschwerden, sondern auch, soweit dies unionsrechtlich geboten ist (§ 20a VfGG) → **formal durch »aW«!**
- ▷ Öffentliche Verhandlungen: §§ 21–26 VfGG; Besonderheit: **frei reden!**
- ▷ Kostenersatz: Nur, soweit im VfGG ausdrücklich vorgesehen; »Antrag auf pauschalen Kostenersatz« genügt (§ 27 VfGG)
- ▷ Wiederaufnahme: nur in Verfahren nach Art 137, 143 und 144 B-VG möglich (§ 34 VfGG)
- ▷ Subsidiär gilt ZPO! (§ 35 VfGG)

### 4. Besondere Verfahrensbestimmungen (Auswahl)

#### 4.1. Klagen nach Art 137 B-VG [58]

- ▷ Beklagter kann nur der Bund, ein Land, eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband sein (§ 37 VfGG)
- ▷ Auch Feststellungsklage möglich, soweit ein entsprechendes rechtliches Interesse (= einziges und notwendiges Mittel zu zweckentsprechender Rechtsverteidigung) geltend gemacht werden kann (§ 38 VfGG)
- ▷ Der unterliegenden Partei kann generell der Ersatz von Prozesskosten auferlegt werden; der klagenden Partei auch dann, wenn diese vor Beginn der Verhandlung die Klage zurückzieht und der Beklagten bis dahin bereits Kosten erwachsen sind (§ 41 VfGG)



[58]

Art 137 B-VG idgF

#### 4.2. Gesetzes- und Verordnungsprüfung nach Art 140 und Art 139 B-VG [59] [60]

- ▷ Begehren: Aufhebung des gesamten Gesetzes bzw der gesamten VO (zB bei Kompetenzwidrigkeit oder KM-Mangel) oder von bestimmten Stellen; die Bedenken müssen »im Einzelnen« dargelegt werden; außerdem müssen bei Individualanträgen die unmittelbare Betroffenheit bzw bei Parteienanträgen in anhängigen zivil- oder strafgerichtlichen Verfahren die Vorfragenerheblichkeit plausibel gemacht und die Auswirkungen einer allfälligen Aufhebung dargelegt werden (§ 57 Abs 1 und 2 VfGG; § 62 Abs 1 und 2 VfGG)
- ▷ Wurde der Antrag von einem Gericht gestellt, dürfen von diesem keine Verfahrensschritte mehr gesetzt werden, durch die die Effektivität der VfGH-Entscheidung beeinträchtigt werden könnte (§ 57 Abs 3 VfGG; § 61 Abs 3 VfGG)
- ▷ Während eines bereits anhängigen zivil- oder strafgerichtlichen Verfahrens kann ein Parteienantrag erst nach Erlassung der erstinstanzlichen



[59]

Art 139 B-VG idgF



[60]

Art 140 B-VG idgF

## C. VERFASSUNGSGERICHTSHOFGESETZ (VfGG)

Entscheidung und nur während offener Rechtsmittelfrist gestellt werden; insbesondere in Besitzstörungs-, Beweissicherungs-, Mietrechts-, Insolvenz- und Exekutionsverfahren sind solche Anträge jedoch a priori unzulässig; weiters muss ein derartiger Antrag zusätzlich die Bezeichnung des Gerichts und der Entscheidung sowie Angaben zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrags enthalten, wobei dem Antrag jeweils eine Ausfertigung der Entscheidung und des Rechtsmittels anzuschließen sind (§ 57a VfGG; § 62a VfGG)

- ▷ Wurde das Gesetz bzw die VO aufgrund eines Individualantrages aufgehoben, hat der Antragsteller einen Anspruch auf Kostenersatz (§ 61a VfGG; § 65a VfGG)



[61]

Art 144 B-VG idgF

## 4.3. Erkenntnisbeschwerden nach Art 144 B-VG [61]

- ▷ Frist: 6 Wochen, beginnt ab Zustellung des VwG-Erk bzw der Entscheidung des VfGH über den Verfahrenshilfeantrag; vorzeitige Beschwerdeerhebung zulässig, wenn das VwG-Erk bereits einer anderen Partei zugestellt wurde und der Bf davon Kenntnis erlangt hat; Sonderregelung bzgl mündlicher Verkündung und Verzicht wie im VwGH-Verfahren (§ 82 Abs 1–Abs 3b VfGG)
- ▷ Inhalt/Ausgestaltung (§ 82 Abs 4 und 5 VfGG):
  - Bezeichnung des angefochtenen Erk und des VwG
  - Sachverhalt
  - Angabe, ob Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleistetem Recht (= **Grundrechtsbeschwerde**) und/oder
  - (unter jeweiliger Bezeichnung der entsprechenden Norm) Verletzung subjektiver Rechte durch Anwendung eines vfwidrigen G und/oder einer gesetzwidrigen VO (= **Normenbeschwerde**) geltend gemacht wird
  - bestimmtes Begehren
  - Angaben zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit
  - Anschluss einer Ausfertigung des VwG-Erk
- ▷ Ablehnung der Beschwerde (§ 84 Abs 1 VfGG): durch Beschluss, der kurz zu begründen ist,
  - a. wegen fehlender Erfolgsaussicht oder
  - b. weil die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist
- ▷ ex lege keine aW; kann auf Antrag des Bf zuerkannt werden, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen oder Interessen einer mitbeteiligten Partei entgegenstehen (§ 85 VfGG → sa § 20a VfGG [»EV«])
- ▷ im Falle einer Stattgabe hebt der VfGH das angefochtene Erk auf; VwG und Beh sind verpflichtet, den der Rechtsmeinung des VfGH entsprechenden Zustand herzustellen (§ 87 Abs 1 und 2 VfGG)
- ▷ bei Ablehnung oder Abweisung der Beschwerde kann binnen 2 Wochen ein Antrag auf Abtretung an den VwGH gestellt werden → **Achtung:**



## D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

»Beschwerde« wird zu einem »aliud« (= »Revision«) → in der Folge gelten die Bestimmungen des VwGG über die o/ao Revision in vollem Umfang!

- ▷ Der unterliegenden Partei kann der Ersatz von Prozesskosten auferlegt werden (§ 88 VfGG) → der Rechtsträger des VwG kann keinen Prozesskostenersatz geltend machen (weil das belangte VwG nicht Partei des VfGH-Verfahrens ist)!
- ▷ Bezüglich der Beschlüsse der VwG gelten die für Erk maßgeblichen Bestimmungen grundsätzlich analog; gegen folgende Beschlüsse ist jedoch a priori keine VfGH-Beschwerde zulässig [62]:
  - Beschlüsse betreffend die Zurückweisung einer Revision, eines Fristsetzungsantrages oder eines Vorlageantrages
  - Beschluss hinsichtlich aW einer Revision
  - Beschluss hinsichtlich WE/WA im Konnex mit einer Revision
  - Beschluss über einen Verfahrenshilfeantrag



[62]

§ 88a VfGG idgF

## D. Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)

### 1. Eckpunkte des VwG-Verfahrens [63]

- ▷ Anzuwendendes Recht (§§ 17 und 38 VwGVG): Subsidiär – dh in der Praxis aber: de facto in weiten Bereichen – gelten AVG und VStG sowie jene Sonderverfahrensgesetze, die die belangte Behörde angewendet hat bzw anzuwenden gehabt hätte → die VwG müss(t)en diese jeweils in einem »gerichtsförmigen« Sinn auslegen und handhaben; der VwGH hat insoweit allerdings bereits vielfach festgestellt, dass seine bisherige Judikatur zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen auf das Verfahren der VwG »unverändert übertragbar« ist (vgl zB VwGH v 15.10.2019, Ra 2018/11/0125 [64]; v 25.04.2019, Ra 2018/09/0212; v 24.05.2018, Ro 2017/07/0026; v 18.06.2018, Ra 2018/02/0188) → diese Judikaturlinie soll vermeintlich Rechtssicherheit schaffen, indem sie eine Umstellung auf ein neues System obsolet macht, ist aber **im Grunde verfehlt**: Bezügl des VwG-Verfahrens müssen das AVG und das VStG vielmehr in einem **neuen Licht**, nämlich jeweils **EMRK- und/ oder EGRC-konform interpretiert** werden!
- ▷ Trennung in »Vorverfahren« vor der belangten Behörde (§§ 11–16 VwGVG) und »Hauptverfahren« vor dem VwG (§§ 17 ff VwGVG)
- ▷ Grundsätze des **Hauptverfahrens in Administrativsachen**:
  - Öffentlichkeit der Verhandlung und der Beweisaufnahme (§ 25 VwGVG)
  - meritorische Erledigung (§ 28 VwGVG)
  - Verkündung – RM-Verzicht – gekürzte Ausfertigung (§ 29 VwGVG)
  - Entscheidungsfrist: höchstens 6 Monate (§ 34 VwGVG)



[63]

VwGVG idgF



[64]

VwGH 15.10.2019,  
Ra 2018/11/0125

## D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

- ▷ Diese werden ergänzt durch folgende, das AVG prägende Prinzipien:
    - Akteneinsicht – Waffengleichheit – Amtsverschwiegenheit (§ 17 AVG)
    - Fristenberechnung (§§ 32 und 33 AVG)
    - Amtswegigkeit/Investigativprinzip (§ 39 AVG)
    - Verhandlung/Präklusion/Großverfahren (§§ 42 und 44 AVG)
    - Beweise, insb Amtssachverständige (§§ 45 ff AVG)
    - Durchbrechung der Rechtskraft, Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung (§§ 68, 69 und 71 AVG)
    - Kosten (§§ 74 ff AVG)
  - ▷ Zusätzliche **Hauptverfahrens-Spezifika in Verwaltungsstrafsachen**:
    - Verbot der reformatio in peius (§ 42 VwGVG)
    - Verfahrenshilfeverteidiger (§ 40 VwGVG)
    - Verhandlung/Unmittelbarkeit/Verlesung (§§ 44 ff VwGVG)
    - Kosten (§ 52 VwGVG)
  - ▷ Diese werden ergänzt durch folgende, das VStG prägende Sonderprinzipien:
    - Schuldvermutung/Beweislastumkehr bei Ordnungswidrigkeiten mit einem Strafrahmen bis zu 50.000 Euro (§ 5 VStG)
    - Verantwortlichkeit des Außenvertretungsbefugten des Unternehmens – »Kontrollsystem«-Judikatur des VwGH (zB v 12. 02. 2020, Ra 2020/02/0005 [65] – § 9 VStG)
    - Kumulationsprinzip (§ 22 VStG)
    - Festnahme, Kautions-, Beschlagnahme (§§ 35 ff VStG)  
→ Beachte dazu *leges speciales* in diversen MatG
    - Anonym-, Organstraf- u Strafverfügung; Straferkenntnis (§§ 40 ff VStG)
    - Strafvollstreckung, Straftilgung (§§ 53 ff VStG)
    - Kosten (§ 64 VStG)
- In der Praxis gilt:
- für Administrativbeschwerden: **AVG**, ergänzt durch **VwGVG**
  - für Verwaltungsstrafbeschwerden: **VStG + AVG**, ergänzt durch **VwGVG**
- ▷ Weitere Sonderregelungen für:
    - Säumnis-, Maßnahmen- und Verhaltensbeschwerden:  
Da diese Beschwerdetypen systematisch jeweils zu den Administrativbeschwerden zählen, gelten die insoweit für diese getroffenen Regelungen, die – »verstreut« über das gesamte VwGVG – um entsprechende Sondervorschriften ergänzt werden, zB:
      - Frist zur Erhebung der Säumnisbeschwerde (§ 9 VwGVG)
      - Entscheidung über Maßnahmen-, Verhaltens- u Säumnisbeschwerden (§ 28 Abs 6 und 7 VwGVG)
      - Kostenersatz in MB- und Verhaltensbeschwerdeverfahren (§§ 35 und 53 VwGVG)
    - Beschwerden in Angelegenheiten des eWB der Gemeinde, soweit noch landesgesetzlich ein innergemeindlicher Instanzenzug besteht (§ 36 VwGVG)



[65]

VwGH 12.02.2020,  
Ra 2020/02/0005

## D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

### 2. Administrativbeschwerdeverfahren

Formale Prozessvoraussetzungen (§§ 7 ff VwGVG):

- ▷ Anfechtungsobjekt: Bescheid – Maßnahme – Verhalten – Untätigkeit (nicht zB: bloße Verfahrensordnung)
- ▷ Kein Beschwerdeverzicht → beachte § 39 VwGVG (Anhaltung)!
- ▷ Frist: 4 Wochen ab Zustellung/Verkündung, bei Amtsbeschwerden auch ab Kenntnismahme durch das Organ; MB, VB: 6 Wochen; SB: 6 Monate (beachte: materiengesetzl Sondernormen!)
- ▷ Schriftform (Brief, E-Mail, Telefax, ... nicht: mündlich, telefonisch!) Inhalt (§ 9 VwGVG) – 5 essentielle Elemente (→ Verbesserungsauftrag):
  - Bezeichnung des Anfechtungsobjekts
  - Bezeichnung der belangten Behörde
  - Begründung der Rechtswidrigkeit/Umfang der Anfechtung → kein Neuerungsverbot!
  - Begehren (Antrag)
  - Angaben zur Rechtzeitigkeit

#### 2.1. Vorverfahren der Behörde

- ▷ Einbringung der Beschwerde bei der belangten Behörde (§ 12 VwGVG) → insbesondere auch Säumnis- und Verhaltensbeschwerden! Aber: (nur) Maßnahmenbeschwerden sind unmittelbar beim VwG einzubringen!
- ▷ aufschiebende Wirkung: ex lege (Ausnahme: MB – § 22 VwGVG!); kann von der Behörde ex ante ausgeschlossen oder ex post aberkannt worden sein → dagegen gesonderte Beschwerde an VwG möglich
- ▷ Beschwerdeentscheidung (BVE – §§ 14–16 VwGVG):
  - Bei Bescheidbeschwerden: Abänderung od Aufhebung des Bescheides bzw Zurück- od Abweisung der Beschwerde binnen 2 Monaten
  - Bei Säumnisbeschwerden: Nachholung des Bescheides binnen 3 Monaten führt ex lege zur Einstellung des Beschwerdeverfahrens
  - Rechtsmittel gg BVE: **Vorlageantrag** (Frist: 2 Wochen); hat ex lege aufschiebende Wirkung; bei Zurückweisung des Vorlageantrages durch die Behörde (zB wegen Verspätung) → gesonderte Beschwerde an VwG möglich

#### 2.2. Verfahren des VwG

- ▷ Behörde hat die Beschwerde bzw den gg die BVE eingebrachten Vorlageantrag samt Akten dem VwG zu übermitteln → ab diesem Zeitpunkt sind alle Schriftsätze unmittelbar beim VwG einzubringen (§ 20 VwGVG)
- ▷ Akteneinsicht – Waffengleichheit – Amtsgeheimnis (§ 21 VwGVG)

#### D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

- ▷ Maßnahmenbeschwerden sind unmittelbar beim VwG einzubringen (§ 12 VwGVG) u haben ex lege keine aW, kann jedoch vom VwG über Antrag zuerkannt werden (§ 22 VwGVG)
- ▷ Verhandlung (§§ 24 und 25 VwGVG):
  - von Amts wegen oder auf Antrag; Entfall trotz Antrages, wenn
    - Beschwerde zurückzuweisen od dieser bereits aufgrund der Aktenlage stattzugeben ist oder
    - (zunächst) ein Rechtspfleger entscheidet (→ nur LVwG Wien) oder
    - weitere Klärung nicht zu erwarten ist und Art 6 EMRK/Art 47 EGRC nicht entgegensteht oder
    - alle Parteien ausdrücklich verzichten
  - Beantragung in der Beschwerde/im Vorlageantrag; spätere Zurückziehung nur mit Zustimmung der übrigen Verfahrensparteien möglich
  - Öffentlichkeit – Ausschluss nur aus bestimmten Gründen zulässig
  - Amtswegigkeit der Sachverhaltsfeststellung; rechtliche Erörterung
  - Unmittelbarkeit – Aktenverlesung – Videokonferenz
  - Zeugen haben Anspruch auf Gebührenersatz
- ▷ Prüfungsumfang (§ 27 VwGVG): Überprüfung der Beschwerde im Umfang der vorgebrachten Gründe bzw bei Amtsbeschwerden im Rahmen der Anfechtungsumfangserklärung
- ▷ Entscheidung (§ 28 VwGVG): **meritorisch**, wenn
  - SVH feststeht oder
  - Feststellung des SVH durch VwG im Interesse der Raschheit und Kostenersparnis liegt oder
 wenn
  - diese Voraussetzungen zwar nicht vorliegen, die Behörde jedoch bei der Vorlage der Beschwerde einer meritor Erledigung durch das VwG nicht widersprochen hat
 sonst:
  - **kassatorisch** (Zurückverweisung) → **Achtung: Bindung der Behörde und aller künftig involvierten Instanzen an die Rechtsmeinung des VwG!**
 bzw
  - **deklaratorisch** (MB- u Verhaltensbeschwerde – § 28 Abs 6 VwGVG bzw sonstige Feststellungsentscheidungen)
 bei Säumnisbeschwerden:
  - zunächst Auftrag an die Behörde zur Bescheiderlassung binnen (höchstens) 8 Wochen, dann Entscheidung durch VwG
- ▷ Bindung der Behörde an rechtskräftige Entscheidungen des VwG – Verpflichtung zur Umsetzung (§ 28 Abs 5 VwGVG)
  - vgl VwGH v 17.12.2020, Ra 2018/06/0241 [66] (Notwendigkeit eines Gutachtens)



[66]

VwGH 17.12.2020,  
Ra 2018/06/0241

## D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

- ▷ Mündliche Verkündung (§ 29 VwGVG):
  - allen rechtsmittellegitimierten Parteien ist eine Niederschrift auszuhändigen bzw zuzustellen; diese muss Belehrung darüber enthalten, dass
    - binnen 2 Wochen eine schriftliche Erkenntnisausfertigung verlangt werden kann und
    - die Beantragung einer Erkenntnisausfertigung eine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer VwGH-Revision und/oder einer VfGH-Beschwerde bildet
  - Entfall der mündlichen Verkündung nur, wenn
    - keine VH durchgeführt wurde oder
    - die Entscheidung nicht sogleich nach Schluss der VH getroffen werden kann und jedermann eine Einsichtnahme in diese gewährleistet ist
  - allen Parteien ist eine schriftliche Erkenntnisausfertigung zuzustellen; diese kann (nur) dann in verkürzter Form vorgenommen werden, wenn von allen Parteien auf RM verzichtet wurde und binnen 2 Wo keine schriftl Ausfertigung beantragt wird. Vgl zur verkürzten Ausfertigung **VwGH v 27.08.2020, Ra 2020/21/0269 [67]**
- ▷ Wiederaufnahme (§ 32 VwGVG):
  - Inhaltliche Voraussetzungen:
    - Erschleichung
    - Neuerung
    - Vorfrage oder
    - entschiedene Sache
  - Frist: 2 Wochen ab Kenntnis des WA-Grundes; erfolgt Kenntnisnahme zwischen mündlicher Verkündung und Zustellung der schriftlichen Ausfertigung, dann erst ab Zustellung; Glaubhaftmachung erforderlich; Maximalfrist (ausgen Erschleichung): 3 Jahre ab Erlassung der Entscheidung
  - Einbringung: unmittelbar beim VwG
  - aufschiebende Wirkung: auf Antrag (§ 22 VwGVG analog [?])
- ▷ Wiedereinsetzung (§ 33 VwGVG):
  - Inhaltliche Voraussetzungen:
    - unvorhersehbares und unabwendbares Ereignis (im Besonderen: falsche RM-Belehrung)
    - Rechtsnachteil durch Versäumung einer Frist oder VH (va: Präklusion!)
    - bloß minderer Grad des Versehens
  - Frist: 2 Wochen ab Wegfall des Hindernisses bzw bei falscher RM-Belehrung: ab Zustellung der Zurückweisungsentscheidung bzw ab Kenntnis von der Zulässigkeit des RM; zugleich muss die versäumte Prozesshandlung nachgeholt werden!



[67]

VwGH 27.08.2020,  
Ra 2020/21/0269

## D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

- Einbringung/Entscheidungszuständigkeit: bis Vorlage: bei der Behörde; nach Vorlage: unmittelbar beim VwG
- aufschiebende Wirkung: auf Antrag
- bei Bewilligung tritt das Verfahren in den Status vor dem Eintritt der Säumnis zurück
- ▷ Entscheidungspflicht (§ 34 VwGVG):
  - idR binnen 6 Monaten (Maximalfrist) → spezialgesetzliche Regelungen, zB § 39 AVG: Schluss des Ermittlungsverfahrens → 8 Wochen!
  - Aussetzung (§ 34 Abs 3 VwGVG): über § 38 AVG hinaus auch bei einer erheblichen Anzahl von Parallelfällen, die eine vom VwGH zu klärende Rechtsfrage betreffen und diesbzgl bereits eine Revision beim VwGH anhängig ist → müsste wohl analog auch bzgl VfGH gelten
  - Rechtsmittel: Fristsetzungsantrag an VwGH (§ 38 VwGG)

### 3. Verwaltungsstrafbeschwerdeverfahren

- Grundsätzlich gelten die Bestimmungen des VStG, des AVG und der §§ 1–34 VwGVG, soweit in den §§ 37–52 VwGVG nicht Abweichendes geregelt ist

#### Wesentliche Sonderregelungen

- ▷ Beschwerdeverzicht: unwirksam, wenn während Anhaltung abgegeben (§ 39 VwGVG)
- ▷ Verfahrenshilfeverteidiger (§ 40 VwGVG)
- ▷ aufschiebende Wirkung: kann nicht ausgeschlossen werden (§ 41 VwGVG)
- ▷ Verbot der reformatio in peius – beachte: nicht bei Amtsbeschwerden! (§ 42 VwGVG)
- ▷ Verjährung/Entscheidungsfrist des VwG: 15 Monate ab Einlangen der Beschwerde (§ 43 VwGVG)
- ▷ Verhandlung (§§ 44–49 VwGVG)
  - Absehen von der VH, wenn
    - Beschwerde zurückzuweisen oder StE aufgrund der Aktenlage aufzuheben ist
    - keine VH beantragt wurde
    - und
    - \* lediglich unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht wird
    - oder
    - \* bloß die Strafhöhe bekämpft wird
    - oder
    - \* keine 500 Euro übersteigende Strafe verhängt wurde
    - oder
    - \* bloß ein verfahrensrechtlicher Bescheid bekämpft wird

## D. VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHRENSGESETZ (VwGVG)

- trotz Parteienantrag bloß eine verfahrensrechtliche Entscheidung (Beschluss) zu treffen ist  
und
  - \* eine weitere Klärung der Sache durch eine VH nicht zu erwarten ist
  - und
  - \* Art 6 EMRK [68] bzw Art 47 EGRC [69] dem nicht entgegensteht
- alle Parteien verzichtet haben
- o Beantragung der VH: im Beschwerde- bzw Vorlageantrag-Schriftsatz
- o Ladung: mindestens 2 Wo Vorbereitungszeit; Nichterscheinen hindert weder die Durchführung der VH noch eine Sachentscheidung
- o Sachverhaltsermittlung: von Amts wegen
- o Parteienrechte:
  - Äußerung zur Sache und zu allen Beweismitteln
  - Befragung einvernommener Zeugen, SV etc
  - Zustimmung zur Verlesung schriftlicher Akten(teile)
  - Gebührenersatz (nur für Zeugen, nicht aber für bloß Beteiligte)
- o Entscheidung:
  - nach Möglichkeit sogleich nach Schluss der VH
  - es dürfen nur solche Beweismittel berücksichtigt werden, die Gegenstand der VH waren (Unmittelbarkeit)
- ▷ Kosten (§ 52 Abs 8 und 9 VwGVG)
  - o Verfahrenskostenbeitrag: Pauschale in Höhe von 20% der verhängten Strafe im Fall der **Abweisung** der Beschwerde
    - kein Kostenbeitrag für **VwG- und Behördenverfahren**, wenn der Beschwerde des Beschuldigten **vollinhaltlich stattgegeben** wurde
    - kein Kostenbetrag für **VwG-Verfahren**, wenn der Beschwerde zumindest **teilweise stattgegeben** wurde
  - o Ersatz von Barauslagen: sofern vom Beschuldigten selbst verursacht



[68]

Art 6 EMRK idgF



[69]

EGRC idgF

### 4. Spezifische Sonderregelungen

#### 4.1. Kostenersatz in Maßnahmenbeschwerdeverfahren (§ 35 VwGVG)

- Verweis auf die VwG-AufwandersatzVO BGBl II 517/2013 [70]

#### 4.2. Angelegenheiten des eWB, soweit landesgesetzlich noch ein innergemeindlicher Instanzenzug besteht (§ 36 VwGVG)

- jene Bestimmungen des VwGVG, die sich auf die »Behörde« beziehen, gelten für die Berufungsbehörde sinngemäß (§ 40 VwGVG), dh vor allem: Berufungsbehörde = belangte Behörde!



[70]

VwG-AufwandersatzVO idgF

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

### 4.3. Verhaltensbeschwerden (§ 53 VwGVG)

→ Bestimmungen für MB-Verfahren gelten sinngemäß

### 4.4. Entscheidungen von Rechtspflegern (§ 54 VwGVG) → nur LVwG Wien!

→ RM: Vorstellung an zuständigen Einzelrichter des VwG binnen 2 Wochen

## Überblick Administrativ- und Verwaltungsstrafverfahren der Behörden



[71]

Art 10 B-VG idgF

- ▷ EGVG: regelt den Anwendungsbereich der »Verwaltungsverfahrensgesetze« (= AVG, VStG und VVG); enthält in Art III einige sicherheitspolizeigetzl Vw-Straftatbestände (basierend auf Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG [71]):
  - Winkelschreiberei
  - Schwarzfahren
  - Rassische Diskriminierung
  - Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts



[72]

Art 11 B-VG idgF

- ▷ AVG: regelt das behördliche Administrativverfahren → abweichende, »zur Regelung des Gegenstandes unbedingt erforderliche« Sonderbestimmungen (vgl Art 11 Abs 2 B-VG [72]) finden sich (vielfach) in einzelnen Materiangesetzen!
- ▷ VStG: regelt das behördliche Verwaltungsstrafverfahren, wobei das AVG insoweit zum Tragen kommt, als im VStG nicht Anderes bestimmt ist (vgl § 24 VStG)
- ▷ VVG: regelt die Vollstreckung behördlicher (und verwaltungsgerichtlicher) Entscheidungen



[73]

AVG idgF

## E. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) [73]

### 1. Eckpunkte des behördlichen Administrativverfahrens

- ▷ Regelform der Erledigung: Bescheid – Entscheidung durch weisungsgebundene Organe
- ▷ Bescheidadressat hat materielle und prozessuale subjektiv-öffentliche Rechte
- ▷ Einleitung des Verfahrens auf Antrag oder von Amts wegen
- ▷ Amtswegigkeit der Sachverhaltsermittlung (Investigativprinzip); Amtssachverständige
- ▷ Prinzip der Schriftlichkeit (Aktenverfahren) – (parteien-)öffentliche VH als Ausnahme
- ▷ kein Neuerungsverbot (Ausnahme: Präklusion)
- ▷ Entscheidungspflicht
- ▷ Rechtskraft der Entscheidungen (in gewissen Fällen Durchbrechung gesetzlich vorgesehen)



## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

### 2. Parteistellung (§ 8 AVG)

- ▷ Parteistellung ergibt sich idR nicht aus dem AVG selbst, sondern im Wege eines Verweises auf das MaterienG (§ 8 AVG → Ausnahme: zB Präklusion – §§ 42 und 44b AVG): »Rechtsanspruch oder rechtliches Interesse« = subjektiv-öffentliches Recht (→ Schutznormtheorie → Gesetzesmaterialien: dient die Norm – zumindest auch – dem Schutz des Einzelnen?)
- ▷ mit der Parteistellung sind va folgende wesentliche prozessuale Rechte verbunden:
  - ggf Geltendmachung der Parteistellung im Wege eines Feststellungsbescheides
  - Akteneinsicht (§ 17 AVG)
  - rechtliches Gehör (Stellungnahmerecht; § 37 AVG)
  - Verständigung von einer (parteien-)öffentlichen VH (§ 41 AVG)
  - Äußerung zum Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 45 AVG)
  - Ablehnung eines **nichtamtl** SV od Dolmetschers (§§ 53 und 39a AVG)
  - Zustellung/Verkündung des Bescheides (§ 62 AVG)
  - RM-Befugnis (§§ 57, 63 und 69 ff AVG)
  - Geltendmachung der Entscheidungspflicht (§ 73 AVG)
- ▷ übergangene Partei: kann entweder unmittelbar RM erheben oder Zustellung des Bescheides beantragen und gegen diesen Beschwerde führen (MaterienG sehen allerdings verschiedentlich eine Befristung vor!)

### 3. Anbringen (§ 13 AVG)

- ▷ Form: idR schriftlich (insb RM und fristgebundene Eingaben) in jeder technisch möglichen Form (→ beachte die entsprechende Kundmachung auf der Internetseite der Behörde!), sonst auch mündlich oder telefonisch
- ▷ Mangelhafte Anbringen: Verbesserungsauftrag → Zurückweisung jedoch nur zulässig, wenn diesem nicht fristgerecht entsprochen wird
- ▷ Amtsstunden & Parteienverkehr: Nur während dieser – im Internet und an der Amtstafel kundgemachten – Zeiten ist die Behörde zur Entgegennahme von Anbringen verpflichtet!
  - nach dem Ende der Amtsstunden einlangende Anbringen gelten erst als am nächsten Werktag eingebracht!
  - kann zu Verspätung des Rechtsmittels führen!

### 4. Niederschriften (insb Verhandlungsprotokolle) und Aktenvermerke (§§ 14–16 AVG)

- ▷ NS muss zur Durchsicht vorgelegt werden; andernfalls können die Beteiligten bis zum Ende der Amtshandlung deren Zustellung verlangen und binnen 2 Wochen Einwendungen erheben

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

---

- ▷ NS darf nachträglich nicht verändert werden, Durchgestrichenes soll lesbar bleiben
- ▷ NS muss vom Leiter der Amtshandlung und den Beteiligten unterfertigt werden
- ▷ Über Antrag muss den Beteiligten eine Ausfertigung der NS ausgehändigt oder zugestellt werden
- ▷ NS liefert **vollen Beweis** über den Verlauf und den Gegenstand der Amtshandlung!
  - aber: Gegenbeweis der Unrichtigkeit bleibt zulässig (wenngleich schwer zu führen)
- ▷ Aktenvermerk: immer dann, wenn ex lege keine NS erforderlich; wird nur vom Organ unterschrieben; Beweiswert: freie Beweiswürdigung

### 5. Akteneinsicht (§§ 17 und 17a AVG)

- ▷ Soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, kann jede Partei in die sie betreffenden Akten in vollem Umfang Einsicht nehmen und sich davon Kopien erstellen (ggf kostenpflichtig)
- ▷ allen Parteien muss die Einsichtnahme in gleichem Umfang gewährt werden
- ▷ Aktenbestandteile, hinsichtlich der eine Schädigung der Interessen anderer Parteien oder Dritter (zB Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse), eine Schädigung öffentlicher Interessen (zB Amtsverschwiegenheit) oder eine Gefährdung behördlicher Aufgaben oder der Zwecke des Verfahrens zu befürchten ist, sind von einer Einsichtnahme ausgeschlossen (Stichwort: »geschwärzte Akten« → durchbricht das Prinzip der Waffengleichheit!)
- ▷ Verweigerung der Akteneinsicht = Verfahrensordnung – kann erst mit RM gegen den das Verfahren abschließenden Bescheid releviert werden
- ▷ Sonderregelung für blinde und hochgradig sehbehinderte Personen
- ▷ Antrag auf Übermittlung des Aktes zur Einsichtnahme an die Wohn- oder Unternehmenssitzgemeinde: kein Rechtsanspruch – solchen Ersuchen wird aber de facto meist entsprochen

### 6. Schriftliche Erledigungen (§ 18 AVG)

- ▷ müssen folgende (tlw konstitutive, tlw deklarative) Elemente aufweisen:
  - Bezeichnung der Behörde (k)
  - Datum (d)
  - Name des Genehmigenden (k)
  - Unterschrift od Amtssignatur (k)
- ▷ Bescheide darüber hinaus (§§ 58 ff AVG)
  - Bezeichnung als Bescheid (d)
  - Spruch (normative Anordnung – k)
  - Begründung (d)

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

---

- RM-Belehrung (d)
- Verkündung od Zustellung (k)

### 7. Ladung

einfache Ladung = bloße Verfahrensordnung oder Ladungsbescheid (zwangswise durchsetzbar)

### 8. Fristen (§§ 32–33 AVG)

- ▷ nach Tagen bestimmte Fristen: fristauslösender Tag wird nicht mitgerechnet
  - Beispiel: Zustellung am 11., Frist 14 Tage – Fristablauf am 25. um 24:00 Uhr
- ▷ nach Wochen, Monaten und Jahren bestimmte Fristen: enden mit Ablauf jenes letzten Tages und Monats, der durch seine Bezeichnung dem fristauslösenden Tag entspricht; fehlt dieser, dann am vorhergehenden Tag
  - Beispiele:
    - Zustellung am Mi, 11., Frist 2 Wo – Fristablauf am Mi, 25. um 24:00 Uhr
    - Zustellung am 31.03., Frist 1 Mo – Fristablauf am 30.04. um 24:00 Uhr
    - Zustellung am 29.02.2020, Frist 2 Jahre – Fristablauf am 28.02.2022, 24:00 Uhr
- ▷ fällt das Ende einer Frist auf einen Sa, So, Feiertag, den Karfreitag od den 24.12., endet diese erst am nächsten Werktag (Sa ≠ Werktag)
- ▷ der Postlauf wird nicht in die Frist eingerechnet
- ▷ gesetzlich festgelegte Fristen können seitens der Behörde weder verlängert noch verkürzt werden!

### 9. Ermittlungsverfahren (§§ 37–44a AVG)

- ▷ Zweck: Feststellung des entscheidungswesentlichen SVH + Ermöglichung der Geltendmachung subjektiver Parteienrechte (§ 37 AVG)
- ▷ Vorfragen (§ 38 AVG): Behörde kann selbständig entscheiden (Risiko: Wiederaufnahme) oder förmlich aussetzen (hemmt gesetzliche Entscheidungsfrist), wenn die Vorfrage bereits bei der zuständigen Behörde oder bei einem Gericht anhängig ist
- ▷ § 39 AVG: Amtswegigkeits-(Investigativ-)Prinzip; Trennung/Verbindung paralleler Verfahren nach dem Effizienzprinzip; Parteien trifft gesteigerte Mitwirkungs- in Form einer Verfahrensförderungspflicht; Schluss des Ermittlungsverfahrens durch Verfahrensordnung → Neuerungsverbot, aber:
  1. Ermittlungsverfahren kann entweder (von Amts wegen oder auf Antrag) wieder fortgesetzt werden oder

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

2. Ermittlungsverfahren gilt ex lege als nicht (mehr) geschlossen, wenn binnen 8 Wochen kein Bescheid ergeht

### 9.1. Verhandlung (§§ 40–44 AVG):

- ▷ (nicht volks-, sondern) nur parteienöffentlich; am Sitz der Behörde oder vor Ort
- ▷ Kundmachung: persönliche Ladung aller bekannten Beteiligten + ggf öffentliche KM (Amtstafel, Amtsblatt [Gemeindezeitung] und/oder Internet) + Hinweis auf Präklusionsfolgen + Hinweis auf Neuerungsverbot im Falle einer Schließung des EV
- ▷ Präklusion = Verlust der Parteistellung (§ 42 AVG): tritt nur ein, wenn die VH
  1. entweder an der Amtstafel oder durch Verlautbarung in der für amtliche Mitteilungen bestimmten Zeitung oder durch Verlautbarung im elektronischen Amtsblatt der Behörde **und**
  2. entweder in der im MaterienG allenfalls vorgesehenen besonderen Form oder ansonsten in einer geeigneten Form kundgemacht wurde (zB KM im Internet unter der Adresse der Behörde: dann geeignet, wenn darauf auf Amtstafel dauerhaft hingewiesen wird; oder sonstige Form, die sicherstellt, dass die Beteiligten voraussichtlich Kenntnis erlangen)
    - Gebot der **doppelten Kundmachung!** (vgl VwGH v 15.12.2020, Ra 2018/04/0198 [74])
- ▷ wurde die VH nicht in der vorgenannten Form ordnungsgemäß kundgemacht, erstreckt sich die Präklusion nur auf die rechtzeitig geladenen Beteiligten;
- ▷ bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine WE (§ 71 AVG) können binnen 2 Wochen – spätestens jedoch bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Behörde – nachträgliche Einwendungen erhoben werden
  - Parteien kommt umfassendes Frage- und Äußerungsrecht zu (§ 43 Abs 4 AVG)
  - über die VH ist eine Niederschrift (Protokoll) aufzunehmen



[74]

VwGH 15.12.2020,  
Ra 2018/04/0198

### 9.2. Großverfahren (§§ 44a–44g AVG):

- ▷ Beteiligung von mehr als 100 Personen: Kundmachung des Antrages
  1. durch Edikt im redaktionellen Teil von 2 im Bundesland weit verbreiteten Tageszeitungen sowie
  2. im Amtsblatt zur Wiener Zeitung
- ▷ Inhalt der Kundmachung:
  - Antragsgegenstand und Beschreibung
  - Frist zur Erhebung von Einwendungen (mind 6 Wochen)

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

- Hinweis auf Präklusionsfolgen
- Hinweis, dass weitere KM per Edikt erfolgen
- ▷ Präklusion = Verlust der Parteistellung (§ 44b AVG); bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine WE (§ 71 AVG) können binnen 2 Wochen – spätestens jedoch bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Behörde – nachträgliche Einwendungen erhoben werden
- ▷ Auflage der Antragsunterlagen bei der Behörde zur öffentlichen Einsichtnahme
- ▷ ggf öffentliche Erörterung
- ▷ durch Edikt festgesetzte VH sind öffentlich – ggf Ausschluss der Öffentlichkeit gem § 25 VwGVG analog
- ▷ VH-Schrift ist während 3 Wo zur öffentlichen Einsicht aufzulegen – (nur) während dieser Frist kann Unrichtigkeit geltend gemacht werden

### 9.3. Beweise (§§ 45–55 AVG):

- ▷ Notorische Tatsachen und gesetzl Vermutungen bedürfen keines Beweises
- ▷ Grundsatz der freien Beweiswürdigung
- ▷ Stellungnahmerecht der Parteien zum Ergebnis der Beweisaufnahme
- ▷ Arten der Beweismittel (**demonstrativ**):
  - Urkunden: Beweiskraft richtet sich nach ZPO
  - Zeugen: Entschlagungsrecht für Angehörige, Parteienvertreter, bei Amtverschwiegenheit etc; Verpflichtung zum Kostenersatz bei Nichterscheinen; ggf Ordnungsstrafe; allenfalls audiovisuelle Einvernahme
  - Sachverständige: primär **Amtssachverständige** → führt im Ergebnis zu Beweislastumkehr! **Nichtamtl SV** nur, wenn AmtsSV nicht zur Verfügung stehen, es fallbezogen geboten ist oder der Verfahrensbeschleunigung dient – können von den Parteien abgelehnt werden; Barauslagen der Behörde – Verpflichtung zum Gebührenersatz!
  - Augenschein

### 10. Bescheide (§§ 56–62 AVG)

- ▷ Der Erlassung hat idR ein Ermittlungsverfahren voranzugehen – Ausnahme: Mandatsbescheid bei Gefahr in Verzug oder tarifmäßig festgesetzten Geldleistungen → RM: Vorstellung binnen 2 Wochen → MB tritt ex lege außer Kraft, wenn die Beh nicht binnen 2 Wo ein (nicht notwendigerweise nach außen tretendes) Ermittlungsverfahren einleitet
- ▷ Form und Inhalt:
  - konstitutive Bescheidmerkmale (bei Fehlen: kein Bescheid = Nichtakt):
    1. Bezeichnung der Behörde
    2. Spruch (normative Anordnung): ggf Trennbarkeit d Spruches und/ oder Nebenbestimmungen (Bedingungen, Befristungen, Auflagen)

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

3. Name des Genehmigenden/Unterschrift/Amtssignatur
4. Verkündung/Zustellung: nicht Anwesenden ist schriftliche Ausfertigung zuzustellen
- deklarative Bescheidmerkmale (bei Fehlen: Rechtswidrigkeit = Vernichtbarkeit):
  5. Datum
  6. Bezeichnung als Bescheid
  7. Begründung (→ bei Ermessen: konstitutiv!)
  8. RM-Belehrung (→ Wiedereinsetzung!)
- ▷ Schreib-, Rechen- od sonstige offensichtliche Fehler können jederzeit von Amts wegen berichtigt werden

### 11. Berufung (§§ 63–67 AVG)

- ▷ Nur mehr dort von Bedeutung, wo noch **innergemeindl Instanzenzug** besteht; absolute Unzulässigkeit gegen Bewilligung einer WA oder WE oder bloße Verfahrensanordnungen sowie nach Berufungsverzicht
- ▷ Form und Inhalt:
  - Bezeichnung des angefochtenen Bescheides
  - Begründung
  - Antrag
- ▷ Frist und Einbringung: binnen 2 Wochen ab Zustellung/Verkündung bei bescheiderlassender Behörde oder Berufungsbehörde
- ▷ aufschiebende Wirkung: ex lege – kann von der Behörde ausgeschlossen werden
- ▷ Berufungsvorentscheidung: Erstbehörde kann den angefochtenen Bescheid binnen 2 Monaten nach jeder Richtung hin abändern → RM: Vorlageantrag an Berufungsbehörde – BVE tritt dadurch ex lege außer Kraft
- ▷ kein Neuerungsverbot
- ▷ Berufungsbehörde kann abweisen, eigenständige meritorische Entscheidung treffen oder zurückverweisen → **Achtung: wenn Zurückverweisung rechtskräftig wird, sind alle nachfolgenden Instanzen einschließl der Höchstgerichte an die darin zum Ausdruck gebrachte Rechtsansicht gebunden!**



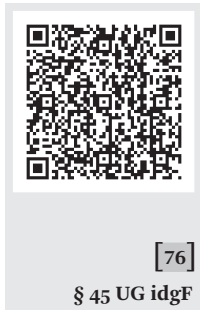
[75]  
§ 68 AVG idgF

### 12. Rechtskraft und Durchbrechung (§ 68 AVG [75])

- ▷ Nur der Spruch des Bescheides (normative Anordnung) ist der Rechtskraft fähig (nicht auch die Begründung)!
- ▷ Die Rechtskraft bezieht sich nur auf die dem Bescheid zu Grunde liegende Sach- und Rechtslage → entscheidungswesentliche Sachverhalts- und Rechtsänderungen führen zum Wegfall der Rechtskraft

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

- ▷ Rekra-Wirkung des Bescheides bezieht sich grundsätzlich nur auf die bescheiderlassende Behörde (sowie ggf andere Behörden als Vorfragenentscheidung) einerseits und die Bescheidadressaten → MaterienG sehen gelegentlich darüber hinausgehende – zB dingliche – Wirkung vor!
- ▷ Grundsatz (**Abs 1**) : ne bis in idem (entschiedene Sache – Unwiederholbarkeit) → es gibt daher grundsätzlich keine »wohlerworbenen Rechte«, soweit sich keine entsprechenden Übergangsbestimmungen zu deren Schutz finden!
- ▷ Ausnahmen: behördliche Befugnis zur Abänderung rechtskräftiger Bescheide (→ kein Rechtsanspruch!), die
  - inhaltlich rein belastend sind (**Abs 2**) oder zwar begünstigend sind, aber
  - das Leben/die Gesundheit gefährden oder schwere volkswirtschaftliche Schäden verursachen (**Abs 3**) oder
  - vom unzuständigen Organ erlassen wurden (→ Vorfrage!), einen strafgesetzwidrigen Erfolg bewirken, tatsächlich undurchführbar oder per Gesetz mit Nichtigkeit bedroht sind (zB § 45 Abs 5 UG **[76]**) (**Abs 4**)
  - materiengesetzliche Sonderregelungen (zB § 79 GewO)



### 13. Wiederaufnahme (§§ 69 und 70 AVG)

- ▷ Voraussetzungen:
  - Erschleichung durch Urkundenfälschung, falsches Zeugnis oder sonstige gerichtlich strafbare Handlung
  - entscheidungsrelevante neue Tatsachen oder Beweismittel
  - Vorfrage von zuständiger/m Behörde/Gericht anders beurteilt
  - entschiedene Sache (res iudicata)
- ▷ Parteienantrag: binnen 2 Wochen ab Kenntnis und unter Glaubhaftmachung des WA-Grundes, längstens binnen 3 Jahren ab Bescheiderlassung (ausg Erschleichung); Entscheidung durch jene Behörde, die den letztinstanzlichen Bescheid erlassen hat
- ▷ WA von Amts wegen: bei Vorliegen des Erschleichungstatbestandes auch noch nach Ablauf von mehr als 3 Jahren

### 14. Wiedereinsetzung (§§ 71 und 72 AVG)

- ▷ Voraussetzungen:
  - Versäumung einer Frist oder VH
  - Antrag der Partei; Begründung: Rechtsnachteil (→ keine solchen Gründe, aus denen Fristverlängerung/Vertagung bereits abgelehnt wurde)
  - Glaubhaftmachung eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses + (höchstens) bloß milderer Grad des Versehens oder
  - fehlerhafte RM-Belehrung

## E. ALLGEMEINES VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ (AVG)

- ▷ Frist: binnen 2 Wochen (dagegen keine WE zulässig!) ab Kenntnis bzw Wegfall des Hindernisses; gleichzeitig Nachholung der versäumten Handlung
- ▷ Einbringung bei/Entscheidung durch jene/r Behörde, bei der die versäumte Handlung zu setzen war
- ▷ aW: kann auf Antrag zuerkannt werden; ein Antrag auf WE gegen Versäumung der VH bewirkt keine Verlängerung der RM-Frist; im Berufungsverfahren darf erst nach Abweisung des WE-Antrages entschieden werden
- ▷ bei Bewilligung der WE tritt das Verfahren in den Status vor der Säumnis zurück

### 15. Geltendmachung der Entscheidungspflicht (§ 73 AVG)

- ▷ Maximale Erledigungsfrist: 6 Monate (→ sondergesetzliche Regelungen, zB § 39 AVG: Schluss des Ermittlungsverfahrens!)
- ▷ Bei Säumnis: **Devolutionsantrag an Berufungsbehörde** (→ nur mehr **Gemeinde!**); Voraussetzungen:
  - Bescheid, gegen den eine Berufung erhoben werden kann
  - Untätigkeit aus überwiegendem Verschulden der Behörde
  - schriftlicher Antrag der Partei
- ▷ Einbringung bei der Berufungsbehörde → Zuständigkeitsübergang ex lege – keine Rückübertragung möglich
- ▷ Für Berufungsbehörde beginnt die Entscheidungsfrist mit dem Tag des Einlangens des Devolutionsantrages zu laufen

### 16. Kosten des Administrativverfahrens (§§ 74–79 AVG)

- ▷ Kosten der Beteiligten:
  - Grundsatz: Selbstkostentragung – jeder Beteiligte hat seine eigenen Aufwendungen zu bestreiten
  - Ausnahme: Kostenersatz (nur, soweit in MaterienG vorgesehen) – muss so zeitgerecht gestellt werden, dass dessen Umfang in den Spruch des Bescheides aufgenommen werden kann
- ▷ Kosten der Behörde:
  - Grundsatz: Kostentragung von Amts wegen
  - Ausnahmen:
    - Stempel- und Rechtsgebühren des Bundes
    - Barauslagen (va nichtamtl SV und Dolmetscher): trägt jene Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt bzw eine kostenpflichtige Amtshandlung verschuldet hat; ggf kann Kostenvorschuss auferlegt werden
    - Kommissionsgebühren für auswärtige Tätigkeiten: trägt jene Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt bzw eine



## F. VERWALTUNGSSTRAFGESETZ (VStG)

kostenpflichtige Amtshandlung verschuldet hat; entweder in tarifmäßiger Höhe (VO-mäßig festgesetzt) oder als Barauslagen vorzuschreiben

- Verwaltungsabgaben: für die Verleihung von Berechtigungen, Tarife durch VO festgelegt

### F. Verwaltungsstrafgesetz (VStG)

#### 1. Eckpunkte des Verwaltungsstrafverfahrens

- ▷ Trennung in »Allgemeiner Teil« des VwStrR und VwStraf-»Verfahren«
- ▷ Beweislastumkehr bei Fahrlässigkeitsdelikten mit einer Strafdrohung bis zu ≤ 50.000 Euro
- ▷ Verantwortlichkeit des Außenvertretungsbefugten – Bestellung eines Beauftragten – Kontrollsystem
- ▷ Freiheitsstrafen
- ▷ Kumulationsprinzip
- ▷ (nahezu »ewige«) Verjährungsfristen
- ▷ Amtswegigkeit der Sachverhaltsermittlung (Investigativprinzip); kein Anklageprinzip, sondern im Gegenteil: systematische Vermischung von Anklage- und Entscheidungsfunktion; Amtssachverständige
- ▷ besondere Sicherungsmaßnahmen (Festnahme, Beschlagnahme, Kaution, Zwangsgewalt, ...)
- ▷ ordentliches Verfahren – abgekürzte Verfahren (Straf-, Organstraf- u Anonymverfügung)
- ▷ Prinzip der Schriftlichkeit (Aktenverfahren) – (parteien-)öffentliche VH als Ausnahme
- ▷ kein Neuerungsverbot
- ▷ Privatanklagesachen
- ▷ Strafvollzug

#### 2. Schuld (§§ 5 und 6 VStG)

- ▷ **Prinzip:** Soweit materiengesetzlich nicht Anderes angeordnet ist, genügt zur Strafbarkeit **fahrlässiges** Verhalten
- ▷ Schuldvermutung bei bloßen Ordnungswidrigkeiten mit einer Strafdrohung bis zu ≤ 50.000 Euro: Fahrlässigkeit kann angenommen werden, soweit Beschuldiger nicht Gegenteiliges beweisen kann → **Beweislastumkehr** → betrifft nur Verschulden, nicht aber auch die Frage der Tatbestandsmäßigkeit – diese muss Behörde beweisen!
- ▷ Unkenntnis entschuldigt nur, wenn der Täter die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens – unter Zugrundelegung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes – nicht einsehen konnte → im Zweifel: Erkundigungspflicht!

## F. VERWALTUNGSSTRAFGESETZ (VStG)

### 3. Außenvertretungsbefugnis (»Verbandsverantwortlichkeit« – § 9 VStG)

- ▷ Prinzip: Strafrechtlich verantwortlich ist jene physische Person, die nach handels-/gesellschaftsrechtlichen Vorschriften als Außenvertretungsbefugte der JP fungiert (zB bei GmbH: [handelsrechtlicher] Geschäftsführer [nicht: Prokurist!; nicht: gewerberechtlicher Geschäftsführer!])
  - ▷ Ausnahme: Möglichkeit der Bestellung von strafrechtlich verantwortlichen Beauftragten
    1. aus dem Kreis der handelsrechtlich Außenvertretungsbefugten:
      - für das gesamte Unternehmen
      - für räumlich/sachlich abgegrenzte Unternehmensbereiche
    2. sonstige Personen:
      - nur für bestimmte räumlich/sachlich abgegrenzte Unternehmensbereiche
- Kriterien:
- Hauptwohnsitz im Inland
  - nachweisliche Zustimmung zur Bestellung
  - klar abgegrenzter Verantwortungsbereich
  - Anordnungsbefugnis
  - Bekanntgabe bei Behörde **vor** Tatbegehung
- keine Strafbarkeit, soweit Weisung der Unternehmensleitung befolgt wurde
  - subsidiäre Verantwortlichkeit des Außenvertretungsbefugten, der die Tat vorsätzlich nicht verhindert hat
  - subsidiäre Haftung des Unternehmens für Geldstrafe und Verfahrenskosten

### 4. Kumulation (§§ 22 und 30 VStG)

- ▷ Grundsatz: mehrere Vw-Strafverfahren müssen zeitlich parallel geführt werden, sonst Verletzung des Verbots der Doppelbestrafung (Art 4 des 7. ZPMRK)
- ▷ Verwaltungsstrafrecht verhält sich subsidiär zum Justizstrafrecht → im Falle einer Anzeige an die StA wird der Ausgang des Justizstrafverfahrens abgewartet → nur bei dessen Einstellung schließt sich daran ein Vw-Strafverfahren an → ist jedoch nur bei engem zeitlichen Zusammenhang zulässig → erfordert entsprechende Koordination zwischen Gerichten und Behörden → dzt bloß informell!
- ▷ mehrere Strafen sind nebeneinander zu verhängen → an sich rein mathematisches Additionsverfahren, aber: Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** erfordert Gesamtbetrachtung (vgl EUGH v 12.09.2019, C-64/18 [77])
- ▷ Problem: fortgesetztes Delikt auch bei bloß fahrlässigem Verhalten



[77]

EUGH 12.09.2019,  
C-64/18

## F. VERWALTUNGSSTRAFGESETZ (VStG)

### 5. Verjährung (§§ 31 und 32 VStG)

- ▶ **Verfolgungsverjährung:** wenn nicht binnen 1 Jahr gegen eine bestimmte Person eine Verfolgungshandlung (= die Behördensphäre verlassender, die essentiellen Elemente des Tatvorwurfes enthaltender Akt, auch wenn dieser sein Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat oder die Behörde hierfür unzuständig war) gesetzt wurde; Beginn der Verfolgungsverjährungsfrist: mit dem Ende der strafbaren Handlung bzw mit dem Eintritt des verpönten Erfolges
- ▶ **Strafbarkeitsverjährung:** 3 Jahre; Beginn: mit dem Ende der strafbaren Handlung bzw mit dem Eintritt des verpönten Erfolges; nicht eingerechnet werden:
  - gesetzliche Einleitungs-/Verfolgungshinderungsgründe
  - Anhängigkeit bei StA, Gericht oder anderer Behörde
  - Unterbrechung wegen Vorfragenentscheidung
  - Anhängigkeit bei VwGH, VfGH oder EuGH
- ▶ **Vollstreckungsverjährung:** 3 Jahre; nicht eingerechnet werden:
  - Unzulässigkeit, Aussetzung, Aufschub oder Unterbrechung der Strafvollstreckung
  - Aufenthalt des Bestraften im Ausland
  - Anhängigkeit bei VwGH, VfGH oder EuGH

### 6. Behördliche Sicherungsbefugnisse (§§ 34b–39a VStG)

- ▶ Identitätsfeststellung (§ 34b VStG): durch Organe des öffentl Sicherheitsdienstes bei Betretung auf frischer Tat
- ▶ Festnahme (§ 35 VStG): durch Organe des öffentl Sicherheitsdienstes bei Betretung auf frischer Tat zwecks Vorführung vor die Behörde für einen Zeitraum von höchstens 24 Stunden bei
  - Nichtfeststellbarkeit der Identität
  - Fluchtgefahr
  - Verharren in der strafbaren Handlung
- ▶ Rechtsbelehrung (§ 36a VStG): wird Rechtsbeistand gefordert, muss dennoch erfolgende vorzeitige Einvernahme schriftlich begründet werden
- ▶ Sicherheitsleistung (Kautions – §§ 37 und 37a VStG): durch Behörde oder Organe des öffentl Sicherheitsdienstes, wenn Strafverfolgung/-vollstreckung andernfalls gefährdet wäre (→ ausländische KFZ-Lenker!)
- ▶ Beschlagnahme (§ 39 VStG): nur in Bezug auf Sachen, hinsichtlich der gesetzlich die Nebenstrafe des Verfalls vorgesehen ist
- ▶ (sonstige) Zwangsmaßnahmen (§ 39a VStG): zwecks Durchsetzung der vorgenannten Sicherungsbefugnisse unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – reicht bis zum Waffengebrauch!

## F. VERWALTUNGSSTRAFGESETZ (VStG)

---

### 7. Verfahrensarten (§§ 40–50 VStG)

#### 7.1. Ordentliches Verwaltungsstrafverfahren (§§ 40–46 VStG)

- ▷ Ablauf:
  - Anzeige
  - Ladung des Beschuldigten/Aufforderung zur schriftlichen Rechtfertigung
  - Stellungnahme zu Beweismitteln
  - Straferkenntnis (mündlich verkündet/schriftlich)
- ▷ Ladung/Aufforderung zur Rechtfertigung (AzR): muss deutliche Bezeichnung der angelasteten Tat unter Angabe der maßgeblichen Rechtsvorschrift enthalten; Hinweis, dass bei Nichtentsprechung das Verfahren ohne weitere Einbeziehung des Beschuldigten fortgeführt wird; AzR muss per RSa zugestellt werden → Ladung/AzR = erste Verfolgungshandlung, die die Verjährung unterbricht!
- ▷ Straferkenntnis/Straf-VH-Schrift: muss insbesondere einen dem Konkretisierungsgebot des § 44a VStG genügenden Spruch enthalten, dh vor allem:
  - die als erwiesen angenommene Tat (bloße Wiederholung des Gesetzestextes reicht nicht!)
  - die verletzte Verwaltungsvorschrift (Verbotnorm)
  - die Strafnorm
- ▷ Achtung: bloß mündlich verkündete Straferkenntnisse sind nur auf Antrag in schriftlich ausgefertigter Form zuzustellen – RM-Frist beginnt unabhängig davon bereits mit Verkündung zu laufen!

#### 7.2. Strafverfügung (§§ 47–49 VStG)

- ▷ kein ordentliches Ermittlungsverfahren – insb dann, wenn die Vw-Übertretung
  - vor einem Gericht
  - vor einer Behörde
  - vor einem Organ der öffentlichen Aufsicht begangen oder
  - im Wege elektronischer Überwachung festgestellt wurde
- ▷ Spruch muss den Anforderungen des § 44a VStG entsprechen
- ▷ Verhängung bloß geringer Geldstrafen (bis **600 Euro**)
- ▷ Rechtsmittel: Einspruch (schriftlich oder mündlich; bei der Behörde einzubringen; keine Begründungspflicht) → StV tritt ex lege außer Kraft (außer wenn Einspruch nur gegen die Strafhöhe gerichtet ist) → Behörde muss binnen 2 Wochen das ordentliche Ermittlungsverfahren einleiten, wobei im allenfalls nachfolgenden Straferkenntnis keine höhere Strafe mehr verhängt werden darf (Verbot der reformatio in peius)

## F. VERWALTUNGSSTRAFGESETZ (VStG)

### 7.3. Anonymverfügung (§ 49a VStG)

- ▷ va kein ordentliches Ermittlungsverfahren, keine Tätersausforschung (sondern Zustellung an hypothetischen Täter) und keine Ersatzfreiheitsstrafe; insbesondere dann, wenn die Vw-Übertretung
  - von einem Organ der öffentlichen Aufsicht oder
  - im Wege elektronischer Überwachung festgestellt wurde
- ▷ Spruch muss den Anforderungen des § 44a VStG entsprechen
- ▷ Verhängung bloß geringer Geldstrafen (bis 365 Euro)
- ▷ »Rechtsmittel«: nicht fristgerechte (4 Wochen) Einbezahlung des Strafbetrages
- Anonymverfügung ist keine Verfolgungshandlung und tritt ex lege außer Kraft
- Behörde kann/wird in der Folge den Täter ausforschen und gegen diesen ein ordentliches Strafverfahren einleiten

### 7.4. Organstrafverfügung (§ 50 VStG)

- ▷ kein Akt der Behörde, sondern von (Hilfs-)Organen (der öffentlichen Aufsicht)
- ▷ kein ordentliches Ermittlungsverfahren, wenn die Vw-Übertretung vom Organ
  - dienstlich wahrgenommen oder
  - vor ihm eingestanden wurde
- ▷ OStV muss Behörde, Straftat, Zeit und Ort der Begehung sowie den Strafbetrag enthalten
- ▷ Verhängung bloß geringer Geldstrafen (bis 90 Euro)
- ▷ »Rechtsmittel«: nicht fristgerechte (2 Wochen) Einbezahlung des Strafbetrages
- OStV tritt ex lege außer Kraft
- Organ hat Anzeige an die Behörde zu erstatten – diese kann in der Folge ein ordentliches Strafverfahren einleiten

## 8. Strafvollstreckung (§§ 53–54d VStG)

- ▷ Vollstreckung von (Ersatz-)Freiheitsstrafen (§§ 53–54a, § 54d VStG): geringe praktische Bedeutung
- ▷ Vollstreckung von Geldstrafen (§§ 54b) :
  - ex-lege-Verpflichtung zur Einzahlung binnen 2 Wochen ab Rechtskraft
  - kostenpflichtige Mahnung (5 Euro) unter Fristsetzung
  - behördliche Vollstreckung; ist eine Geldstrafe uneinbringlich, ist Ersatzfreiheitsstrafe zu vollstrecken

## F. VERWALTUNGSSTRAFGESETZ (VStG)

---

- ist die unverzügliche Zahlung aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar, so hat die Behörde über entsprechenden Antrag hin einen angemessenen Aufschub oder Ratenzahlung zu bewilligen

### 9. Straftilgung (§ 55 VStG)

binnen 5 Jahren nach Eintritt der Rechtskraft

### 10. Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 64 VStG)

- ▷ Pauschalbetrag in Höhe von 10% der verhängten Strafe (mindestens jedoch 10 Euro)
- ▷ ggf Ersatz von Barauslagen, sofern diese vom Beschuldigten verursacht wurden und deren Eintreibung (selbst in Form einer Ratenzahlung) nicht aussichtslos ist

□

## II. Schriftsatzmuster

### A. Revision an den VwGH

#### EINSCHREIBEN

An das  
Landesverwaltungsgericht Kärnten  
<Adr>

vorab per E-Mail an:  
<Adr>

Revisionswerber: <Name >  
<Adr >

vertreten durch: Rechtsanwalt <Name >  
<Adr >

Vollmacht gem § 62 VwGG erteilt

Verwaltungsgericht: Landesverwaltungsgericht Kärnten  
<Adr >

Belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft Feldkirchen  
<Adr >

wegen: Erkenntnis des LVwG Kärnten vom <Datum >,  
GZ: <... >, dem Vertreter des Revisionswerbers  
am <Datum > zugestellt, mit dem über den Revisions-  
werber eine Geldstrafe nach dem LMSVG verhängt wurde

#### **Außerordentliche Revision** gemäß Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG

3-fach  
angefochtenes Erkenntnis in Kopie (3-fach)  
Eingabegebühr iHv EUR 240,- entrichtet (Beleg)  
1 Beilage

## A. REVISION AN DEN VWGH

In umseits bezeichneter Rechtssache gebe ich bekannt, Herrn Rechtsanwalt <Name + Adr> mit meiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und entsprechend bevollmächtigt zu haben. Der einschreitende Vertreter beruft sich auf die erteilte Vollmacht.

Das Erkenntnis des LVwG Kärnten vom <Datum + Geschäftszahl> wurde mir am <Datum> durch Hinterlegung zugestellt. In offener Frist erhebe ich gegen dieses Erkenntnis die nachstehende

### AUSSERORDENTLICHE REVISION

an den Verwaltungsgerichtshof wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Das Erkenntnis wird seinem gesamten Umfang nach angefochten.

#### 1. Relevanter Sachverhalt/Verfahrensgang

1.1. Mit Straferkenntnis der BH Feldkirchen vom 13.04.2018, GZ: ..., wurde über mich auf Grundlage der §§ 5, 90 LMSVG eine Geldstrafe iHv EUR 1.000,- zzgl Verfahrenskostenbeitrag iHv EUR 100,- (Ersatzfreiheitsstrafe: 7 Tage) verhängt. Die Behörde warf mir – gestützt auf eine Anzeige des Amtes der Salzburger Landesregierung vom 14.11.2018 (gemeint wohl: 2017) und das Gutachten der AGES vom 30.10.2017, GZ 17066357 – vor, ich hätte das Produkt »BIO-Putenfrankfurter geräuchert« erzeugt (hergestellt), verpackt und an die X-GmbH in W weitergegeben und somit in Verkehr gebracht, wobei dieses Produkt als verfälscht zu beurteilen und dieser Umstand nicht deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht gewesen sei.

1.2. Gegen diesen Bescheid erhob ich rechtzeitig eine Beschwerde an das LVwG Kärnten und brachte zusammengefasst einerseits vor, dass der Erlassung des Straferkenntnisses eine unzulässige, weil Bundesländergrenzen überschreitende Abtretung des Verwaltungsstrafverfahrens zu Grunde liegt. Andererseits habe ich der Sache nach eingewendet, dass der – im Übrigen ordnungsgemäß deklarierte – Zusatz von Acerolakirschaftpulver keine spezielle Verfahrensart oder Technologie darstellt, sondern schon von Natur aus (ebenso wie Vitamin C) auch antioxidative Wirkungen aufweist. Durch diese Wirkung kann sowohl die – im Zuge der Fleischerzeugung seit jeher bei der Pökellung mit Nitritpökelsalz durchaus beabsichtigte – Umrötung beschleunigt als auch ein damit einhergehender und prinzipiell unerwünschter Rückstand von Nitrit reduziert werden (stabilisiert wird dadurch die Fleischfarbe selbst allerdings – entgegen den Feststellungen der AGES – nicht). Schließlich habe ich darauf hingewiesen, dass es der AGES als einer bloßen Sachverständigen nicht zukommt, anstelle der Behörde eigenständig die Rechtsfrage zu beurteilen, ob ein Lebensmittel als verfälscht zu qualifizieren ist.

Mangels Tatbestandsmäßigkeit meines Verhaltens iSd § 90 LMSVG [78] habe ich daher die Aufhebung des Straferkenntnisses der BH Feldkirchen beantragt.



[78]

LMSVG idF  
BGBl I 51/2017



## A. REVISION AN DEN VWGH

1.3. Das LVwG Kärnten hat mit dem angefochtenen Erkenntnis, GZ: <...>, vom <...> nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung meine Bescheidbeschwerde abgewiesen und mir einen zusätzlichen Beitrag zu den Verfahrenskosten in Höhe von Euro 200,- sowie den Ersatz von Untersuchungskosten der AGES in Höhe von Euro 197,16 vorgeschrieben. Hinsichtlich des Sachverhaltes führte das Verwaltungsgericht aus, dass ich als gemäß § 9 VStG Beauftragter einer-GmbH für das Inverkehrbringen des nach dem Gutachten der AGES vom 30.10.2017 als verfälscht zu beurteilenden Lebensmittels »BIO-Putenfrankfurter geräuchert« verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei. Außerdem hätte ich in der öffentlichen Verhandlung ein monatliches Nettoeinkommen von Euro 2.500,- sowie angegeben, verheiratet zu sein und weder Sorgepflichten noch Schulden zu haben; schließlich besäße ich ein Einfamilienhaus und eine Landwirtschaft.

### 2. Zulässigkeit der Revision

2.1. Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Erkenntnis ausgesprochen, dass eine Revision gegen das Erkenntnis an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig wäre, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu beantworten gewesen sei.

2.2. Der VwGH ist gemäß § 34 Abs 1a VwGG an diesen Zulässigkeitsausspruch des Verwaltungsgerichtes nicht gebunden. Die Revision ist – mangels Erfüllung der Tatbestände des § 25a Abs 2 u 4 VwGG – auch nicht absolut unzulässig.

2.3. Entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes ist die gegenständliche Revision vielmehr aus folgenden Gründen zulässig:

2.3.1. Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie (genauer: die Entscheidung des VwGH über die Revision, vgl VwGH 24.06.2014, Ra 2014/05/0004 [79]) von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird. Das Fehlen von Rechtsprechung begründet nicht für sich schon das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl nur VwGH 18.02.2015, Ra 2014/12/0017 [80]). Zusätzlich muss die (Entscheidung über die) Revision von einer Rechtsfrage abhängen, welche über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat (vgl schon VwGH 24.03.2014, Ro 2014/01/0011 [81]). Nach eigener Rechtsprechung ist der VwGH nach dem Revisionsmodell auch nicht berufen, die Einzelfallgerechtigkeit in jedem Fall zu sichern (vgl VwGH 23.09.2014, Ro 2014/01/0033 [82]). Selbst wenn keine Rechtsprechung des VwGH vorliegt, ist eine Revision auch dann nicht zulässig, wenn die präjudizielle Bestimmung eindeutig und damit nicht weiter auslegungsbedürftig ist (vgl VwGH 25.03.2019, Ro 2018/08/0014; 28.05.2014, Ro 2014/07/0053 [83]).

2.3.2. Im Revisionsfall hatte das Verwaltungsgericht die Rechtsfrage zu beurteilen, ob ein Lebensmittel als nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt und deshalb verfälscht iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG zu qualifizieren ist, wenn und weil diesem ua die zwar als »Acerolakirschaftpulver« deklarierte, insoweit jedoch keine nähere Erläute-



[79]

VwGH 24.06.2014  
Ra 2014/05/0004



[80]

VwGH 18.02.2015  
Ra 2014/12/0017



[81]

VwGH 24.03.2014  
Ro 2014/01/0011



[82]

VwGH 23.09.2014  
Ro 2014/01/0033



[83]

VwGH 28.05.2014  
Ro 2014/07/0053

## A. REVISION AN DEN VWGH

rung – insbesondere nicht den Hinweis darauf, dass dieses Pulver von Natur aus (auch) Ascorbinsäure enthält – aufweisende Zutat zugesetzt war.

Festzuhalten ist zunächst, dass aktuell noch keine Rechtsprechung des VwGH zu(r Auslegung des) § 5 (Abs 5 Z 3) LMSVG vorliegt. Eine Abgrenzung dahin, ob unter solchen faktischen Umständen, die jenen gleichen, die im gegenständlichen Fall vorliegen, jeweils der Tatbestand des Inverkehrbringens von verfälschten Lebensmitteln gemäß § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 1 Z 2 und iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG oder der Tatbestand des Inverkehrbringens von nicht ordnungsgemäß gekennzeichneten Lebensmitteln gemäß § 90 Abs 3 Z 1 iVm Teil 1 Z 32 der Anlage zum LMSVG (d.i. die Verordnung [EU] 1169/2011 [sog. Lebensmittelinformationsverordnung – LMIV]) erfüllt ist oder ob überhaupt kein strafbarer Tatbestand vorliegt, ist jedoch unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips sowie des Grundsatzes »nulla poena sine lege« von grundlegender Bedeutung: Für jeden potentiell Betroffenen muss im Vorhinein abschätzbar und erkennbar sein, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sein Verhalten als strafbar zu qualifizieren ist bzw. sein könnte.

Sollte sich darüber hinaus ergeben, dass die alleinige Bezeichnung eines Lebensmittels mit »Acerolakirschsaftpulver« als ausreichend und gleichwertig zu »ascorbinsäurehaltig« und damit keinen Verstoß gegen die LMIV bildend zu qualifizieren ist, ist folglich auch die damit verbundene Frage, ob ein ordnungsgemäß gekennzeichnetes Lebensmittel überhaupt als »verfälscht« iSd § 5 Abs 1 Z 2 LMSVG gelten kann, höchstgerichtlich nicht geklärt.

Die (Entscheidung über die) Revision hängt daher von der Lösung von (einer) Rechtsfrage(n) ab, zu der (denen) Rechtsprechung des VwGH fehlt.

2.3.3. Die zur näheren Erläuterung des in der Verbotsnorm des § 5 Abs 1 Z 2 LMSVG enthaltenen Begriffes »verfälscht« in § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG ua verwendete Formulierung »nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt« ist, wie gerade die im vorliegenden Anlassfall gegebene Sachverhaltskonstellation zeigt, auch keineswegs eindeutig oder selbsterklärend: Hier war (bzw. wäre) nämlich zu klären (gewesen), was als eine »unzulässige Verfahrensart« iSd § 5 Abs 3 Z 3 LMSVG zu qualifizieren ist bzw. ob der Zusatz von Vitamin C bzw. einer Zutat, die dieses (wie Acerolakirschsaftpulver) ebenfalls enthält, allein schon deshalb als eine »Verfahrensart« anzusehen war, weil diese Zutat beigegeben wurde (= gleichsam rein physiologisch-physikalische Betrachtungsweise), oder ob im Hinblick auf das Qualifikationskriterium der »Unzulässigkeit« unter einer Verfahrensart nicht vielmehr ein Mindestmaß an technischer Manipulation zu verstehen ist (= chemische Betrachtungsweise).

2.3.4. Weiters hatte das Verwaltungsgericht die Rechtsfrage zu beurteilen, wie im Bereich des Lebensmittelrechts ein von der AGES erstelltes Sachverständigengutachten entkräftet werden kann. Indem das Verwaltungsgericht hierzu im angefochtenen Erkenntnis die Auffassung vertritt, dass ein entsprechendes Gegengutachten von einer autorisierten Stelle iSd § 73 LMSVG verfasst worden sein muss, setzt es sich insoweit in einen Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, als dieser zwar ein Entgegenreten auf gleicher fachlicher Ebene voraussetzt (vgl. zB statt vieler jüngst VwGH 26.03.2019, Ra 2017/05/0218 [84], mwH; speziell zum LMSVG zB



[84]

VwGH 26.03.2019  
Ra 2017/05/0218

## A. REVISION AN DEN VWGH

VwGH 29.01.2010, 2008/10/0277 [85], jedoch bislang noch nie ausgesprochen hat, dass diese Anforderung lediglich durch ein von einer autorisierten Stelle iSd § 73 LMSVG stammendes Gutachten erfüllt werden kann.

Würde sich der Verwaltungsgerichtshof in Abkehr von seiner bisherigen Judikatur pro futuro der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtes Kärnten anschließen, würde dies offenkundig zu einer fundamentalen Neuorientierung für sämtliche künftigen lebensmittelrechtlichen Verfahren führen, sodass es sich auch insoweit um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

2.3.5. Da die (Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die) Revision somit gegenständlich von der Lösung von Rechtsfragen iSd Art 133 Abs 4 B-VG abhängt, erweist sich diese objektiv besehen und entgegen der Ansicht des VwG Kärnten als zulässig.

### 3. Revisionspunkte

Das angefochtene Erkenntnis verletzt mich in meinen subjektiv-öffentlichen Rechten auf Nichtbestrafung mangels Erfüllung des gesetzlichen Tatbildes des § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 1 Z 2 und iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG, auf Nichtvorschreibung eines Kostenbeitrages zum behördlichen und zum verwaltungsgerichtlichen Strafverfahren sowie auf Nichtvorschreibung der Gebühren für die von der AGES vorgenommene Lebensmitteluntersuchung.

### 4. Revisionsgründe

Als Revisionsgründe werden die Rechtswidrigkeit des Inhalts des angefochtenen Erkenntnisses (§ 42 Abs 2 Z 1 VwGG) sowie dessen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften (§ 42 Abs 2 Z 3 VwGG) geltend gemacht.

Die Verletzung im Recht auf Nichtbestrafung mangels Erfüllung des gesetzlichen Tatbildes des § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 1 Z 2 und iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG resultiert im Einzelnen aus den folgenden Gründen:

#### 4.1. Rechtswidrigkeit des Inhalts des angefochtenen Erkenntnisses aufgrund unrichtiger Gesetzesauslegung

4.1.1. Das Verwaltungsgericht hat sein Erkenntnis auf §§ 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 1 Z 2 und iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG gestützt.

§ 90 Abs 1 Z 2 LMSVG [86] lautete in der zum Tatzeitraum maßgeblichen Fassung BGBl I 51/2017 auszugsweise:

»§ 90. (1) Wer

...

2. Lebensmittel, die ... verfälscht sind, wenn dieser Umstand nicht deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht ist,



[85]

VwGH 29.01.2010  
2008/10/0277



[86]

§ 90 LMSVG idF  
BGBl I 51/2017

## A. REVISION AN DEN VWGH

3. ...

in Verkehr bringt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu Euro 50 000, im Wiederholungsfall bis zu Euro 100 000, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. ...«



[87]

§ 5 LMSVG idF  
BGBl I 51/2017

§ 5 Abs 1 Z 2 LMSVG [71] lautete in der zum Tatzeitraum maßgeblichen Fassung BGBl I 51/2017 auszugsweise:

»§ 5. (1) Es ist verboten, Lebensmittel, die

...

verfälscht ... sind, ohne dass dieser Umstand deutlich und allgemein verständlich kenntlich gemacht ist, ...

...

in Verkehr zu bringen.«

§ 5 Abs 5 Z 3 LMSVG lautete in der zum Tatzeitraum maßgeblichen Fassung auszugsweise:

»§ 5. ...

(5) Lebensmittel sind

...

3. verfälscht, ... wenn sie nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt wurden;

4. ...«

4.1.2. Zur Interpretation dieser Bestimmungen ist das Verwaltungsgericht vom Gutachten der AGES vom 30.10.2017 ausgegangen, in dem die AGES ua festgestellt hat (vgl S 5), dass die Probe einen (Ascorbinsäure-)»Gehalt von 23 +/- 5,9 mg/100g« aufwies, jedoch »in der Zutatenliste der Probe ... keine Ascorbinsäure deklariert [war], sondern Acerolakirschaftpulver.«. Weiters hat die AGES ohne entsprechende Erhebungen Folgendes angenommen: »Der Zusatz des ascorbinsäurehaltigen Acerolapulvers zu Fleischerzeugnissen dient der Stabilisierung der Fleischfarbe, einer Beschleunigung der Umrötung und der Reduktion des Nitritbedarfs. Mit dem Einsatz von Acerolapulver als Bestandteil einer Gewürzmischung für Fleischerzeugnisse wird somit eine technologische Wirkung erzielt.«

Diese Feststellungen dürften – auf den Punkt gebracht – so zu verstehen sein, dass die AGES bereits in der bloßen Beigabe von ascorbinsäurehaltigen Zutaten eine »Verfahrensart« iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG erblickt.

Dieser Ansicht hat sich das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis angeschlossen, ohne eigenständige Überlegungen zur Ermittlung des rechtlichen Gehalts der Wendung »nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt« anzustellen.

## A. REVISION AN DEN VWGH

4.1.3. Eine solche Auslegung dieses – weder in den Gesetzesmaterialien (vgl 797 BlgNR, 22. GP, S. 11) noch in Art 8 Abs 1 lit b der darin verwiesenen VO (EG) 178/2002 (sog. Lebensmittel-Basis-VO) näher erläuterten – Begriffes ist jedoch schon mit dessen Wortlaut nicht vereinbar.

Danach setzt nämlich die Verwendung des Grundwortes »Art« logisch voraus, dass dem Gesetzgeber im Zuge der Normkonzeption verschiedene – also zumindest zwei – unterschiedliche Typen eines Verfahrens vor Augen gestanden sind. Verdeutlicht wird dies zudem durch die Beifügung »unzulässig«, sodass gesetzlich jedenfalls zwischen »zulässigen Verfahrensarten« einerseits und »unzulässigen Verfahrensarten« andererseits unterschieden wird.

Davon ausgehend kann aber die simple Beigabe einer Zutat per se offensichtlich noch keine »Verfahrensart« iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG darstellen; vielmehr müssen zur Erfüllung dieses Rechtsbegriffes noch qualifizierende technische Aspekte hinzutreten, die beim Lebensmittel physikalische, va aber auch chemische Effekte hervorrufen. In diese Richtung deutet im Übrigen auch Art 4 Abs 3 der – die Grundlage für das LMSVG bildenden (vgl 797 BlgNR, 22. GP, S 1: »Der Entwurf sieht grundsätzlich Maßnahmen vor, zu denen der Bund aufgrund zwingender Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verpflichtet ist.«) – LM-Basis-VO.

Wirkt sich hingegen die Zugabe eines ascorbinsäurehaltigen Gewürzes auch auf die Beschleunigung der Umrötung des Fleischerzeugnisses und/oder auf eine Reduktion des Rest-Nitritgehaltes aus, so liegt darin noch keine Verfahrensart iS einer spezifischen Technologie.

Zu demselben Ergebnis kommt man schließlich auch, wenn man annimmt, dass mit der – seit der Stammfassung unveränderten – Bestimmung des § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG (auch) die mittlerweile außer Kraft getretene Verordnung (EG) Nr 258/97 vom 27. Jänner 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten (ABl. Nr. L 43 vom 14. Februar 1997) innerstaatlich umgesetzt werden sollte (vgl. Teil 1 Z 8 der Anlage zum LMSVG idF BGBl I 13/2006): Denn nach Art 1 Abs 2 lit f VO (EG) 258/97 galt diese Verordnung ua für Lebensmittel und Lebensmittelzutaten, bei deren Herstellung ein nicht übliches Verfahren angewandt wurde und bei denen dieses Verfahren eine bedeutende Veränderung ihrer Zusammensetzung oder der Struktur der Lebensmittel oder der Lebensmittelzutaten bewirkte, was sich auf ihren Nährwert, ihren Stoffwechsel oder auf die Menge unerwünschter Stoffe im Lebensmittel auswirkte. Daraus folgt aber, dass einerseits unter dem Begriff »Verfahren« mehr als der bloß physiologische Akt der Beigabe einer Zutat zu verstehen war und andererseits diese Verordnung traditionell hergestellte Lebensmittel(zutaten) schon von vornherein nicht erfasste bzw. anders gewendet: die Zugabe von Ascorbinsäure, wie diese im Zuge der Fleischherstellung seit jeher vorgenommen wird, keine unzulässige Verfahrensart verkörperte. Gleiches gilt in sachlicher Hinsicht für Vitamin C – hältiges Acerolakisipulver und in rechtlicher Hinsicht nunmehr auch im Lichte der gegenwärtig maßgeblichen Nachfolgeregelung der aktuellen Novel-Food-VO (EU) 2015/2283 (vgl. deren Art 3 Abs 2 lit a Z vii).

Aus allen diesen Gründen kann somit auch die Zugabe eines Gewürzes mit natürlichem Vitamin C – Gehalt nicht als Inverkehrbringen eines verfälschten Lebensmittels

## A. REVISION AN DEN VWGH



[88]

ÖLMB B14 Fleisch/  
Fleischerzeugnisse

iSd §§ 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 1 2 und iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG gewertet werden. Dies wird implizit auch im Österreichischen Lebensmittelbuch dadurch klargestellt, dass einerseits Ascorbinsäure gerade eine Umrötung, wie in Codexkapitel B 14: Fleisch und Fleischerzeugnisse, C.1.6, S 68, vorausgesetzt, selbst nicht »bewirkt«, sondern nur beschleunigt, und andererseits, wie aus Codexkapitel B 14: Fleisch und Fleischerzeugnisse, F.3 bzw S 79 e contrario hervorgeht, die Zugabe von Ascorbinsäure als solche auch nicht als Verfälschung zu beurteilen ist (vgl jeweils Österreichisches Lebensmittelbuch, IV. Auflage, auch über Internet abrufbar unter: <[https://www.verbrauchergesundheits.gv.at/lebensmittel/buch/codex/B\\_14\\_Fleisch\\_und\\_Fleischerzeugnisse\\_aktuell\\_21.1.2019.pdf?6thdy8](https://www.verbrauchergesundheits.gv.at/lebensmittel/buch/codex/B_14_Fleisch_und_Fleischerzeugnisse_aktuell_21.1.2019.pdf?6thdy8)> [88]).

Das angefochtene Erkenntnis erweist sich daher schon aus diesem Grund als inhaltlich rechtswidrig.

4.1.4. Weiters ist festzustellen, dass Vitamine (und somit auch Vitamin C = Ascorbinsäure) gemäß Art 2 Abs 2 LMIV als Nährstoffe iS dieser Verordnung anzusehen sind. Hinsichtlich der Kennzeichnung von Lebensmitteln in Bezug auf Nährstoffe legt Art 30 Abs 2 LMIV auszugsweise Folgendes fest:

»Art 30. (1) Die verpflichtende Nährwertdeklaration enthält folgende Angaben:

- a) Brennwert und
- b) die Mengen an Fett, gesättigten Fettsäuren, Kohlenhydraten, Zucker, Eiweiß und Salz.

Gegebenenfalls kann in unmittelbarer Nähe zur Nährwertdeklaration eine Angabe erscheinen, wonach der Salzgehalt ausschließlich auf die Anwesenheit natürlich vorkommenden Natriums zurückzuführen ist.

(2) Der Inhalt der verpflichtenden Nährwertdeklaration gemäß Absatz 1 kann durch die Angabe der Mengen eines oder mehrerer der nachfolgenden Stoffe ergänzt werden:

- a) ...
- f) jegliche in Anhang XIII Teil A Nummer 1 aufgeführten und gemäß den in Anhang XIII Teil A Nummer 2 angegebenen Werten in signifikanten Mengen vorhandenen Vitamine oder Mineralstoffe.

(3) ...«

Daraus geht zweifelsfrei hervor, dass die Kennzeichnung eines Lebensmittels in Bezug auf Vitamine in keiner Weise verpflichtend ist, auch wenn Vitamin C als lebensnotwendige Substanz für den Menschen essentiell und wertvoll ist.

Die Unterlassung einer Angabe hinsichtlich Vitamin C bzw Ascorbinsäure auf dem Etikett der Verpackung stellt somit jedenfalls keine ordnungswidrige Kennzeichnung iSd § 90 Abs 3 Z 1 LMSVG bzw kein Inverkehrbringen eines falsch gekennzeichneten Lebensmittels dar, sofern der Tatvorwurf bzw der Spruch des behördlichen Straferkenntnisses so zu verstehen sein müsste.

## A. REVISION AN DEN VWGH

Selbst wenn also der – mit dem angefochtenen Erkenntnis dann in rechtswidriger Weise nicht entsprechend korrigierte – Spruch des behördlichen Straferkenntnisses dahin zu verstehen sein müsste, dass damit eigentlich ein Inverkehrbringen eines falsch gekennzeichneten Lebensmittels angelastet wird, erweise sich diese Anlastung als rechtswidrig, weil keine falsche Kennzeichnung und damit auch keine Tatbestandsmäßigkeit vorliegt.

Somit würde sich das angefochtene Erkenntnis auch aus diesem Grund als inhaltlich rechtswidrig darstellen.

4.1.5. Sollte der Verwaltungsgerichtshof entgegen den vorstehenden Ausführungen die Auffassung vertreten, dass die bloße Beigabe einer Gewürzmischung uU als eine unzulässige Verfahrensart iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG zu qualifizieren ist, so stünde meiner Bestrafung allerdings dennoch entgegen, dass das in Verkehr gebrachte Lebensmittel ordnungsgemäß gekennzeichnet war. Denn eine rechtskonforme Kennzeichnung schließt eine Verfälschung dann aus, wenn – wie in der LMIV hinsichtlich Lebensmittel – die Kennzeichnungselemente erschöpfend vorgegeben und sämtliche dieser Elemente auf der Verpackung auch tatsächlich angegeben sind (vgl. dazu näher jüngst Christian Hauer, Lebensmittelkennzeichnung und mündiger Verbraucher, Die Ernährung 2019, 40 ff [siehe BEILAGE 1]).

### 4.2. Rechtswidrigkeit des Inhalts des angefochtenen Erkenntnisses aufgrund fehlender relevanter Sachverhaltsfeststellungen

4.2.1. Das Verwaltungsgericht stützt das angefochtene Erkenntnis auf § 90 Abs 1 Z 2 iVm § 5 Abs 1 2 und iVm § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG. Dies träfe jedoch nur dann zu, wenn objektiv feststeht, dass eine – und welche – »unzulässige Verfahrensart« iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG im gegenständlichen Fall tatsächlich vorlag.

4.2.2. Dies hat das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis ohne darauf abzielende Ermittlungen und Feststellungen einfach pauschal als gegeben angenommen. Der einzige Anhaltspunkt dafür ergäbe sich aus dem Gutachten der AGES vom 30.10.2017, wenn in diesem ausgeführt wird (vgl S 5): »Der Zusatz des ascorbinsäurehaltigen Acerolapulvers zu Fleischerzeugnissen dient der Stabilisierung der Fleischfarbe, einer Beschleunigung der Umrötung und der Reduktion des Nitritbedarfes. Mit dem Einsatz von Acerolapulver als Bestandteil einer Gewürzmischung für Fleischerzeugnisse wird somit eine technologische Wirkung erzielt.« Damit wird jedoch nur ausgesagt, dass Ascorbinsäure bzw Vitamin C einen bestimmten Effekt hat, aber kein »Verfahren« iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG beschrieben, denn das bloße Zusetzen bzw Beigeben stellt noch keine spezifisch-eigenständige Verfahrensart dar, die darauf hin beurteilt werden könnte, ob diese zulässig ist oder nicht. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Denn es ist gänzlich unbestritten, dass das bloße Beigeben von Gewürzen zu Fleischerzeugnissen, im Besonderen der Zusatz von ascorbinsäurehaltigem Acerolapulver, eben nicht schon per se unzulässig ist (vgl in diesem Sinne auch schon EuGH 26.10.1995, C-51/94 [89]). Vielmehr ist dieser Zusatz zur Verbesserung des Nährstoffprofils des Erzeugnisses hinsichtlich seines Vitamingehaltes geeignet.



[89]

EuGH 26.10.1995  
C-51/94

## A. REVISION AN DEN VwGH

4.2.3. Vor allem dieser Aspekt sollte mit den von mir vorgelegten Gutachten und Stellungnahmen aufgezeigt werden, doch hat das Verwaltungsgericht meinen Einwand mit dem bloßen Hinweis darauf abgetan, dass ich dem AGES-Gutachten deshalb nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegen getreten sei, weil die von mir vorgelegten Gutachten und Stellungnahmen nicht von einer akkreditierten Stelle stammen (vgl S 11 des angefochtenen Erkenntnisses).



[90]  
VwGH 26.03.2019  
Ra 2017/05/0218

In diesem Zusammenhang trifft zwar zu, dass der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung festhält, dass ein Sachverständigengutachten nur durch ein auf gleicher fachlicher Ebene stehendes Gutachten entkräftet werden kann (vgl zB statt vieler jüngst VwGH 26.03.2019, Ra 2017/05/0218 [90], mwH; speziell zum LMSVG zB VwGH 29.01.2010, 2008/10/0277 [91]). Allerdings hat der VwGH bislang noch nie gefordert, dass ein solches Gegengutachten zwingend von einer »in der Liste der autorisierten Personen der Lebensmittelgutachter gemäß § 73 LMSVG« (so aber S. 11 des angefochtenen Erkenntnisses) angeführten Stelle stammen muss, um überhaupt vom Verwaltungsgericht inhaltlich zur Kenntnis genommen zu werden. Dies ist hier insofern zusätzlich bedeutsam, weil sich die Autorisierung gemäß § 73 LMSVG – im Gegensatz zur Eintragung als gerichtlich beeideter und zertifizierter Sachverständiger – auf einen akkreditierten Laborbetrieb bezieht, der laboranalytisch ermittelte Gehalt an Vitamin C von  $23 \pm 5,9$  mg/100 g aber überhaupt nicht strittig ist.



[91]  
VwGH 29.01.2010  
2008/10/0277

Indem das bekämpfte Erkenntnis die von mir vorgelegten Gutachten und Stellungnahmen mit dem Hinweis darauf, dass diese nicht von einer autorisierten Stelle gemäß § 73 LMSVG stammen, schon vorweg inhaltlich gänzlich unbeachtet gelassen hat, setzt es sich in einen Widerspruch zur ständigen, zuletzt beispielsweise in VwGH 26.03.2019, Ra 2017/05/0218 [90], neuerlich bestätigten Rechtsprechung des VwGH.

4.2.4. In Verkennung der Rechtslage hat es das Verwaltungsgericht somit im Ergebnis unterlassen, tragfähige Feststellungen dahingehend zu treffen, ob im gegenständlichen Fall tatsächlich eine »unzulässige Verfahrensart« iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG vorlag. Diese Feststellungen wären jedoch für die (richtige) rechtliche Beurteilung des Sachverhalts unabdingbar gewesen. Daher hat das Verwaltungsgericht auch unter diesem Gesichtspunkt das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet.

### 4.3. Verletzung von Verfahrensvorschriften

4.3.1. Wie oben unter Pkt 4.2 ausgeführt, hat es das Verwaltungsgericht unterlassen, für die Beurteilung des Sachverhalts relevante Feststellungen zu treffen. Zum Beweis dafür, dass im gegenständlichen Fall tatsächlich keine unzulässige Verfahrensart vorlag, habe ich Gegengutachten und Stellungnahmen zum Gutachten der AGES vom 30.10.2017 vorgelegt. Dieses Vorbringen wurde jedoch in rechtswidriger Weise keiner inhaltlichen Würdigung unterzogen. Daher hat das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung nicht alle in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt (VwGH 19.05.2014, Ra 2015/19/0091 [92]).



[92]  
VwGH 19.05.2014  
Ra 2015/19/0091

4.3.2. Hätte sich das Verwaltungsgericht mit meinem Vorbringen inhaltlich auseinandergesetzt, anstatt dieses vorweg als nicht auf gleicher fachlicher Ebene stehend abzu-



## A. REVISION AN DEN VWGH

qualifizieren, dann hätte es zur Ansicht gelangen müssen, dass gegenständlich keine unzulässige Verfahrensart iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG zum Einsatz kam. Bei dieser Sachlage hätte es aber mangels Tatbestandsmäßigkeit der angelasteten Übertretung auch keine Strafe über mich verhängen dürfen. Der Verfahrensfehler war daher ganz offensichtlich von essentieller Relevanz für den Ausgang des Verfahrens, denn es ist keineswegs auszuschließen, dass das Verwaltungsgericht im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zB jüngst statt vieler VwGH 08.04.2019, Ro 2018/03/0058 [93], mwH) bei Vermeidung dieses Fehlers zu einem anderen, für mich vorteilhafteren Entscheidungsergebnis hätte kommen können.



[93]

VwGH 08.04.2019  
Ro 2018/03/0058

### 5. Anträge und Anregungen

#### 5.1. Es werden sohin gestellt die

### ANTRÄGE,

der Verwaltungsgerichtshof möge

1. das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts und/oder wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufheben;
2. eine mündliche Verhandlung zur Klärung der Frage, ob gegenständlich eine »unzulässige Verfahrensart« iSd § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG vorlag, durchführen sowie
3. erkennen, der Bund ist schuldig, mir die erwachsenen Prozesskosten im gesetzlichen Ausmaß zu Händen meines Vertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

#### 5.2. Weiters ergehen die

Anregungen,

1. der Verwaltungsgerichtshof möge einen Antrag gemäß Art 89 Abs 3 iVm Art 140 Abs 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof auf Aufhebung der Wortfolge », oder wenn sie nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt wurden« in § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG wegen inhaltlicher, in der Praxis zur Unvollziehbarkeit führender Unbestimmtheit dieser Norm und deshalb wegen Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG stellen;
2. der Verwaltungsgerichtshof möge eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Frage darüber einholen, ob § 5 Abs 5 Z 3 LMSVG bzw die darin enthaltene Wortfolge », oder wenn sie nach einer unzulässigen Verfahrensart hergestellt wurden« mit den Grundfreiheiten der Europäischen Union und den in der Grundrechtecharta garantierten Rechten in jener Ausprägung, wie sie der Gerichtshof der Europäischen Union zuletzt in seinem Urteil vom 08.05.2019, C-230/18 [94], verdeutlicht hat, vereinbar ist.

<Ort und Datum> <Name des Revisionswerbers>



[94]

EuGH 08.05.2019  
C-230/18

## A. REVISION AN DEN VWGH

**Kostenverzeichnis**

Schriftsatzaufwand Revision	EUR	1.106,40
Eingabegebühr	EUR	240,00
<b>Gesamt</b>	<b>EUR</b>	<b>1.346,40</b>

**BEILAGE:**

- ▷ Kopie der Abhandlung Christian Hauer, Lebensmittelkennzeichnung und mündiger Verbraucher (Die Ernährung 2019, 40 ff)

→ **ANMERKUNG**

Gegebenenfalls kann die Revision mit einem **Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung** verbunden werden; dieser ist in gleicher Weise wie beim nachfolgenden Schriftsatzmuster einer Erkenntnisbeschwerde an den VfGH auszugestalten

→ **HINWEIS**

Vgl das dazu ergangene Erkenntnis des **VwGH v 29. Mai 2020, Ra 2019/10/0096 [95]**



[95]

VwGH 29.05.2020  
Ra 2019/10/0096

**B. Erkenntnisbeschwerde an den VfGH**

An den  
Verfassungsgerichtshof  
<Adr>

per webERV

Beschwerdeführer: <Name>,  
Staatsangehörigkeit: Iran, geb 04.07.1984  
<Adr>

vertreten durch: Rechtsanwalt <Name>  
<Adr>  
AEV-Konto: ...

Vollmacht gem § 35 VfGG erteilt

Beschwerdegegner: Bundesverwaltungsgericht  
<Adr>

wegen: Erkenntnis des BVwG vom <Datum>,  
GZ: <...>, mit welchem der Beschwerde  
gegen den Bescheid des BFA vom <Datum>,  
GZ <...>, keine Folge gegeben wurde

**I. Erkenntnisgescherde**

gemäß Art 144 Abs 1 erste Alternative B-VG iVm §§ 82ff VfGG

**II. Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung**

gemäß §§ 20a und 85 Abs 2 VfGG

1-fach

1 Beilage (angefochtenes Erkenntnis in Kopie)  
Ermächtigung zum Gebühreneinzug (oa AEV-Konto) iHv EUR 240,- wird erteilt

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VFGH

In umseits bezeichneter Fremdenrechtssache gebe ich bekannt, dass ich nunmehr RA < Name + Adr > mit meiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und entsprechend bevollmächtigt habe. Der einschreitende Vertreter beruft sich auf die erteilte Vollmacht und ersucht um Zustellung ausschließlich zu seinen Händen.

Das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts, <Datum + GZ>, wurde meinem vormaligen rechtsfreundlichen Vertreter am 29.06.2020 per webERV bereit-, somit am 30.06.2020, zugestellt.

Im offener Frist erhebe ich gegen dieses Erkenntnis die nachstehende

### ERKENNTNISBESCHWERDE

gemäß Art 144 Abs 1 erste Alternative B-VG iVm §§ 82 ff VfGG an den Verfassungsgerichtshof wegen dadurch bewirkter Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten. Das Erkenntnis wird seinem gesamten Umfang nach angefochten.

Im Einzelnen begründe ich meine Beschwerde wie folgt:

#### 1. Relevanter Sachverhalt/Verfahrensgang

##### 1.1. Vorverfahren: Verfahren über den Antrag auf internationalen Schutz

Am 12.11.2015 bin ich aus meinem Heimatstaat (Islamische Republik Iran) in das österreichische Bundesgebiet eingereist und habe noch am selben Tag beim Bundesasylamt in OÖ einen Antrag auf Gewährung von internationalem Schutz nach dem AsylG gestellt. Begründend führte ich aus, dass ich mich vom islamischen Glauben ab- und dem christlichen Glauben zugewandt habe und mir aus diesem Grund Verfolgung im Iran drohte.

Mit Bescheid des BFA RegDir OÖ, GZ: 1094830001-151771431, vom 14.11.2016 wurde mein Antrag abgewiesen und weiters ausgesprochen, dass mir weder der Status eines Asylberechtigten noch der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt noch mir ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen iSd § 57 AsylG erteilt wird. Unter einem wurde gemäß § 52 Abs 2 Z 2 FPG eine Rückkehrentscheidung erlassen und in diesem Zusammenhang festgestellt, dass eine Abschiebung in den Iran zulässig sei. Schließlich wurde festgestellt, dass die Frist für eine freiwillige Ausreise aus dem Bundesgebiet 2 Wochen ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung beträgt (Spruchpunkte I.–IV.).

Die von mir dagegen eingebrachte und gegen sämtliche Spruchpunkte gerichtete Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes <Datum + GZ> als unbegründet abgewiesen.

Das BVwG, welches über ein Jahr vor Entscheidungsfällung, nämlich am 04.06.2018, eine öffentliche Verhandlung durchführte, stellte zwar ua fest, dass ich seit dem 03.04.2017 mit einer österreichischen Staatsbürgerin zusammenlebe und ich diese christlich und nach österreichischem Recht am 23.02.2018 geheiratet habe; über Deutschkenntnisse

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

auf Niveau A2 verfüge; an einem Staplerfahrerkurs teilgenommen und diverse soziale Arbeiten verrichtet habe; seit 2017 das Güterbeförderungsgewerbe als selbständiger Zustellfahrer ausübe, wodurch ich auch krankenversichert bin; im Februar 2017 offiziell aus der islamischen Glaubensgemeinschaft ausgetreten bin, mich am 18.04.2017 in einer katholischen Pfarre habe taufen lassen und seither ca einmal im Monat regelmäßig den Sonntagsgottesdienst besuche; und in Österreich strafrechtlich unbescholten bin.

Zu den Themen Konversion zum Christentum, Fluchtgrund und Verfolgungsgefahr im Herkunftsstaat führte das BVwG aber beweismäßig aus, dass trotz des Umstandes, dass es zwar im Iran eine nur eingeschränkte Religionsfreiheit gebe und Apostasie unter Umständen sogar mit dem Tod bestraft werde, eine mich diesbezüglich konkret treffende Verfolgungsgefahr schon deshalb nicht als wahrscheinlich anzusehen sei, da meine dementsprechenden Schilderungen nicht glaubhaft und in sich höchst widersprüchlich seien.

Damit liege im Ergebnis weder ein Asylgrund und mangels entsprechender Hinweise auch kein Grund für die Gewährung des Status eines subsidiär Schutzberechtigten vor.

Im Hinblick auf das nach Art 8 EMRK geschützte Privat- und Familienleben verwies das BVwG darauf, dass die Eheschließung mit einer österreichischen Staatsbürgerin zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem mir die Unsicherheit der Aufenthaltsberechtigung im Bundesgebiet hätte bewusst sein müssen, da mein Asylantrag damals (nicht rechtskräftig) abgelehnt war. Dazu komme, dass beide Partner erst seit kurzer Zeit zusammenleben, die Ehe bislang kinderlos sei und einer künftigen Aufrechterhaltung der Beziehung im Iran keine Hindernisse entgegenstünden. Insgesamt lägen somit keine Gründe vor, die geeignet wären, hier die im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs gebotene Höherbewertung öffentlicher Interessen an einem geordneten Fremdenwesen in den Hintergrund treten zu lassen.

Der Verfassungsgerichtshof lehnte mit Beschluss vom 24.09.2019, E 2842/2019, die Behandlung meiner gegen dieses Erkenntnis erhobenen Beschwerde ab. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass dem BVwG unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht entgegengetreten werden könne, wenn es fallbezogen von einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an meiner Aufenthaltsbeendigung ausgehe.

Eine Revision an den VfGH wurde in der Folge von meinem damaligen Rechtsvertreter nicht mehr erhoben.

### 1.2. Gegenständliches Verfahren: Antrag nach § 55 AsylG

Mit am 08.11.2019 beim BFA RegDir OÖ überreichtem Antrag beehrte ich die Erteilung einer »Aufenthaltsberechtigung plus« gemäß § 55 AsylG mit der Begründung, dass ich zwischenzeitlich das Modul 1 der Integrationsvereinbarung erfülle und eine erlaubte Erwerbstätigkeit ausübe.

Dieser Antrag wurde vom BFA RegDir OÖ mit Bescheid <Datum + GZ> als unzulässig zurückgewiesen, weil weder ein geänderter Sachverhalt iSd § 9 Abs 2 BFA-VG vorliege noch eine ergänzende bzw neue Abwägung nach Art 8 EMRK erforderlich sei.

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VFGH

---

Gegen diesen Bescheid habe ich Beschwerde erhoben und in dieser über das bisherige Vorbringen hinaus insbesondere darauf hingewiesen, dass seit der Entscheidung des BVwG bereits ein halbes Jahr vergangen ist und schon aus diesem Grund eine Neubewertung und neuerliche Interessenabwägung iSd Art 8 EMRK vorgenommen werden muss. Davon abgesehen habe ich in diesem Zeitraum weitere Integrationsschritte gesetzt, nämlich das Modul 1 der Integrationsvereinbarung erfüllt und in diesem Zusammenhang ein Deutsch-B-1-Diplom beigebracht. Zudem habe ich zahlreiche Empfehlungsschreiben vorgelegt. Demgegenüber kann die Annahme des BFA RegDir OÖ, dass ich mich künftig in meinem Herkunftsland mit meiner Gattin gesellschaftlich integrieren könne, schon angesichts eines mir erst kürzlich zugegangenen Urteils eines iranischen Gerichts, mit dem ich wegen des Erwerbs eines gestohlenen Handys zu einer 8-monatigen Haftstrafe sowie zu einer körperlichen Züchtigung im Ausmaß von 30 Peitschenhieben verurteilt worden bin, nur als gänzlich abwegig angesehen werden.

Ich habe auch explizit die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung speziell zu dem Zweck beantragt, um die aktualisierte Verfolgungsbedrohung im Wege einer persönlichen Schilderung glaubhaft machen zu können.

Der Beschwerde wurde jedoch vom BVwG mit dem gegenständlich angefochtenen Erkenntnis < Datum + GZ > keine Folge gegeben.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen unter Hinweis auf die Judikatur des VwGH ausgeführt, dass die bloß faktische Verlängerung meines Inlandsaufenthalts noch keine wesentliche, eine ergänzende oder neue Abwägung gemäß Art 8 EMRK erforderlich machende Änderung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts darstelle; zum einen sei bislang die nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung maßgebliche »10-Jahres-Grenze« insgesamt noch nicht erreicht, andererseits erweise sich mein Aufenthalt auch nicht als rechtmäßig. Im Übrigen seien bereits alle von mir ins Treffen geführten integrationsbegründenden Argumente (so vor allem: Ehe mit einer Österreicherin, Selbsterhaltungsfähigkeit, Austritt aus der islamischen Glaubensgemeinschaft und Taufe in einer katholischen Pfarre) im rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren behandelt worden, während das von mir erst nach diesem Zeitpunkt beigebrachte Urteil eines iranischen Gerichts deshalb nicht als ein neues Beweismittel zu werten sei, da mir das diesem zu Grunde liegende Strafverfahren bereits bei meiner Einreise ins Bundesgebiet im Jahr 2015 hätte bekannt sein müssen, ich dieses jedoch bislang in keiner Form erwähnt habe.

Von der Durchführung der beantragten Verhandlung hätte gemäß § 24 Abs 4 VwGVG abgesehen werden können.

### 2. Beschwerdegründe

Gemäß Art 144 Abs 1 und 4 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof ua über Beschwerden gegen Erkenntnisse eines Verwaltungsgerichts, sofern der Beschwerdeführer dadurch in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt zu sein behauptet.

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

Nach der Judikatur des VfGH verletzt ein Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes den Beschwerdeführer ua dann in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, wenn das Verwaltungsgericht einem Gesetz fälschlich einen verfassungs-, insbesondere einen grundrechtswidrigen Inhalt unterstellt (stRsp; vgl zuletzt etwa VfGH 29.06.2017, E 875/2017 [96]).

2.1. Im vorliegenden Fall hat das BVwG sein Erkenntnis auf § 58 Abs 10 Satz 1 AsylG gestützt. Diese Bestimmung normiert:

»(10) Anträge gemäß § 55 sind als unzulässig zurückzuweisen, wenn gegen den Antragsteller eine Rückkehrentscheidung rechtskräftig erlassen wurde und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG ein geänderter Sachverhalt, der eine ergänzende oder neue Abwägung gemäß Art. 8 EMRK erforderlich macht, nicht hervorgeht.«

Nach § 55 Abs 1 AsylG ist im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine »Aufenthaltsberechtigung plus« zu erteilen, wenn dies gemäß § 9 Abs 2 BFA-VG zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK geboten ist (Z 1) **und** der Drittstaatsangehörige das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 IntG erfüllt hat **oder** zum Entscheidungszeitpunkt eine erlaubte Erwerbstätigkeit ausübt, mit deren Einkommen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze iSd § 5 Abs 2 ASVG erreicht wird (Z 2).

Wie sich aus dem Gesetzestext zweifelsfrei ergibt, normiert diese Bestimmung **keine Ermessens-**, sondern eine **Rechtsentscheidung**: Wenn und solange die darin festgelegten Voraussetzungen – nämlich 1. Gebotenheit zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens **und** 2.a. **entweder** Erfüllung des Moduls 1 der Integrationsvereinbarung **oder** 2.b. Ausübung einer die Geringfügigkeitsgrenze übersteigenden Erwerbstätigkeit – gegeben sind, hat der Fremde ein **subjektives Recht** auf Erteilung der »Aufenthaltsberechtigung plus«.

2.2. Diesbezüglich steht im gegenständlichen Fall allseits unbestritten fest, dass der Beschwerdeführer sowohl das zuvor angesprochene Kriterium 2.a. als auch das Kriterium 2.b. erfüllt.

Zweifelhaft erscheint nach Auffassung des BVwG lediglich, ob im vorliegenden Fall auch das vorgenannte Kriterium 1 zutrifft, das heißt, ob die Erteilung der beantragten »Aufenthaltsbeeinträchtigung plus« nach § 9 Abs 2 BFA-VG zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK geboten ist.

In diesem Zusammenhang sind nach den einfachgesetzlichen Vorgaben insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- ▷ die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtswidrig war,
- ▷ das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens,
- ▷ die Schutzwürdigkeit des Privatlebens,
- ▷ der Grad der Integration,



[96]

VfGH 29.06.2017  
E 875/2017 ua

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

- ▷ die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden,
- ▷ die strafgerichtliche Unbescholtenheit,
- ▷ Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts,
- ▷ die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren, und
- ▷ die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

Die Aufzählung dieser Gründe ist zum einen – wie sich schon aus dem Wort »insbesondere« ergibt – **nicht erschöpfend**, zum anderen trägt diese Bestimmung quasi »**Antwortcharakter**«, nämlich im Hinblick auf VfGH-Erkenntnisse, als deren Folge charakteristische, aus der Judikatur kontinuierlich resultierende Fallkonstellationen in Form von gesetzlich abstrahierten Abwägungskriterien normativ verfestigt wurden (vgl 88 Blg NR, 24. GP, S 2 [zur AsylG-Novelle BGBl I 29/2009]).

Insgesamt ändert dies freilich nichts daran, dass die Abwägung zwischen den widerstrebenden Interessen eines Drittstaatsangehörigen an der Erlangung einer Aufenthaltsberechtigung zum Zweck der sicheren und ungestörten Ausübung seines Privat- und Familienlebens gegenüber den öffentlichen Interessen an einer geordneten Einwanderung und der Beendigung illegaler Aufenthalte im Bundesgebiet **in erster Linie** anhand des **Art 8 EMRK**, auf den ja § 9 Abs 2 BFA-VG explizit verweist, darüber hinaus aber auch anhand anderer einschlägiger verfassungsrechtlicher Prämissen vorzunehmen ist; hierzu zählen insbesondere – wie im Folgenden noch näher darzustellen sein wird – die Gewährleistungen des **Art 3 EMRK** und des **Art 6 EMRK**.

Vor diesem Hintergrund sind daher die in § 9 Abs 2 BFA-VG normierten 9 Abwägungskriterien **jeweils für sich und im einzelnen verfassungskonform zu interpretieren**.

Dies besonders zu betonen ist vor allem deshalb von eminenter Wichtigkeit, weil die **positive verfassungsmäßige Gewährleistungsintention des Art 8 Abs 1 EMRK auf ein-fachgesetzlicher Ebene nahezu gänzlich ins Gegenteil verkehrt** wird, indem

- ▷ § 9 Abs 2 BFA-VG weitaus **überwiegend Versagungstatbestände** normiert bzw insinuiert und damit **von vornherein tendenziell negativ konnotiert** ist;
- ▷ dies dazu führt, dass in der Vollzugspraxis der Behörden und Verwaltungsgerichte **in erster Linie das Zutreffen dieser negativen Kriterien geprüft und bejaht** wird, während auf der anderen Seite den **Zuerkennungsgründen** gemeinhin **nur oberflächliche Beachtung** geschenkt und deren Geltendmachung **vielfach als unglaubwürdig abgetan** wird; sowie
- ▷ in Verkennung der Gebotenheit des ständigen verfassungsmäßigen Rückbezugs die **Judikatur des VfGH**, vor allem auch jene des **EGMR** und des **EuGH**, von den Behörden und Verwaltungsgerichten – wie die angefochtene Entscheidung bedauerlicherweise eindrucksvoll belegt – **völlig außer Acht gelassen** wird.

2.3. Nach der ständigen Judikatur des VfGH (vgl zuletzt VfGH vom 26.06.2020, G 298/2019, mwN [97]) enthält Art 1 Abs 1 des **BVG** zur Durchführung des Internatio-



[97]

VfGH 26.06.2020  
G 298/2019



## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

nenal Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen **rassistischer Diskriminierung** (BGBI 390/1973) das allgemeine, sowohl an die Gesetzgebung als auch an die Vollziehung gerichtete **Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden** vorzunehmen; diese Verfassungsnorm enthält ein – auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes – **Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander** dahin, dass deren Ungleichbehandlung nur dann und insoweit zulässig ist, als hierfür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist. Diesem einem Fremden gewährleisteten subjektiven Recht widerstreitet eine Entscheidung, wenn sie auf einem gegen diese Bestimmung verstoßenden Gesetz beruht, wenn das **Verwaltungsgericht** dem angewendeten einfachen Gesetz fälschlicherweise einen Inhalt unterstellt hat, der – hätte ihn das Gesetz – dieses als in Widerspruch zum BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung stehend erscheinen ließe oder wenn es **bei Erlassung der Entscheidung Willkür geübt** hat. Ein willkürliches Verhalten des Verwaltungsgerichts, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt **unter anderem** in einer **gehäuften Verkennung der Rechtslage**, aber auch im **Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit** in einem **entscheidenden Punkt** oder dem Unterlassen eines **ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt**, insbesondere in Verbindung mit einem **Ignorieren des Parteivorbringens** und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhalts (vgl. jüngst VfGH vom 05.03.2020, E 4422/2019, mwN [98]).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung stellt sich der Umstand, dass das BFA und das BVwG den Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung einer »Aufenthaltsberechtigung plus« iSd § 55 AsylG nicht in der Sache behandelt, sondern jeweils wegen *res iudicata* zurückgewiesen haben, aus folgenden Gründen als **Willkürakt** dar:

2.3.1. In seinem Beschluss vom 18.12.2019, Ro 2019/14/0006 (= EU 2019/0008-1) [99], ging der VwGH – zusammengefasst – davon aus, dass das Prinzip der »*res iudicata*« auch für das Verfahren der Verwaltungsgerichte gilt, wenngleich sich im VwGVG keine dem § 68 Abs 1 AVG vergleichbare Bestimmung findet (RN 44). Nach überkommener Judikatur des VwGH liege **entschiedene Sache** vor, solange sich die Rechtslage und/oder der Sachverhalt nicht entscheidungswesentlich ändert; vor diesem Hintergrund würden erst nach Erlassung der rechtskräftigen Erstentscheidung hervorkommende Umstände, die eine Unrichtigkeit dieser Entscheidung dartun, keine Änderung des Sachverhalts darstellen, sondern solche könnten lediglich einen Grund für eine **Wiederaufnahme** des Verfahrens iSd § 69 AVG bzw § 32 VwGVG darstellen (RN 45). Behauptete Tatsachen, die bereits zur Zeit des ersten Asylverfahrens bestanden haben, die der Fremde jedoch in diesem nicht vorgebracht hat, seien daher stets von der Rechtskraft erfasst (RN 49).

Angesichts der Regelungen der **RL 2013/32/EU** (sog »**Verfahrensrichtlinie**« [100]) stelle sich allerdings die Frage, ob dieser unionsrechtlichen Norm ebenfalls eine solche auf den Zeitpunkt des Entstehens der neuen Tatsache abstellende Unterscheidung zu Grunde liegt oder ob es danach nur darauf ankomme, dass der Fremde subjektiv etwas im Vergleich zu seinem bisherigen Vorbringen »**Neues**« behauptet (wobei insoweit zusätzlich auf ein allfälliges Verschulden seinerseits abzustellen sein könnte – RN 51).



[98]

VfGH 05.03.2020  
E 4422/2019



[99]

VwGH 18.12.2019  
Ro 2019/14/0006



[100]

RL 2013/32/EU

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

Da diese Problematik jedoch nicht zweifelsfrei allein anhand der Regelungen der Verfahrensrichtlinie entschieden werden könne, sei der VwGH dazu verpflichtet, den EuGH um deren Klärung im Wege eines Verfahrens nach Art 267 AEUV zu ersuchen.

2.3.2. Im hier vorliegenden Fall hat das BVwG **in genau derselben Weise** entschieden wie in jener Rechtssache, die den VwGH bereits **vor mehr als einem halben Jahr** zur Einbringung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH veranlasst hat.

Es ist davon auszugehen, dass das BVwG im Zuge der Erlassung seiner (nunmehr mit der vorliegenden Beschwerde angefochtenen) Entscheidung vom 24.06.2020 von dieser Vorgangsweise des VwGH **Kenntnis hatte** bzw jedenfalls **hätte haben müssen**.

Angesichts dessen hätte das BVwG entweder **selbst ein gleichlautendes Vorabentscheidungsersuchen** an den EuGH richten oder zumindest sein Verfahren bis zum Einlangen der EuGH-Entscheidung über diese Vorfrage gemäß § 17 VwGVG iVm § 38 AVG **unterbrechen** müssen (zumal der VwGH auch gemäß § 38a VwGG vorgehen und damit eine generelle **Sperrwirkung** hätte auslösen können!).

Der Umstand, dass das BVwG die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Zurückweisungsbescheid des BFA demgegenüber dessen ungeachtet und **ohne jegliche Bezugnahme auf unionsrechtliche Bedenken** mit der formalen Begründung, es liege entschiedene Sache iSd § 68 Abs 1 AVG vor, abgewiesen hat, stellt sich somit unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls schon aus diesem Grund als ein **grober Willkürakt** dar.

2.3.3. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang auch auf Folgendes hinzuweisen:

Wenn § 9 Abs 2 BFA-VG explizit die Bestimmung des Art 8 EMRK – also einer **Verfassungsnorm** – als Entscheidungsgrundlage festlegt, dann kann es wohl **nicht primär** darauf ankommen, inwieweit in diesem Zusammenhang die **VwGH-Judikatur** zu § 68 AVG übertragbar ist. Denn über die Auslegung des Art 8 EMRK als einer Verfassungsbestimmung hat – zumindest auf nationaler Ebene – **letztkompetent ausschließlich der VfGH** zu entscheiden.

Und in diesem Zusammenhang ist vor allem von **eminenter Bedeutung**, dass Art 8 EMRK – als eine Grundrechtsverbürgung – jedenfalls dann eine **stets aktualisierte Bewertung** (und zwar nicht von isolierten neuen Sachverhaltsaspekten, sondern insbesondere auch von deren Gewichtung im Gesamtkontext) verlangt, wenn erstmals von einem Gericht eine meritorische Entscheidung zu treffen ist. Insoweit macht es aber offensichtlich einen **gravierenden Unterschied**, von einem anhängigen Strafverfahren bloß zu wissen oder auch dessen Ausgang (Urteil) zu kennen, sodass es geradezu spitzfindig anmutet, eine Identität der Sache ungeachtet der inhaltlichen Bedeutung des neu Hervorgekommenen nur aufgrund des formalen Aspekts anzunehmen, dass dieser Umstand objektiv besehen bereits zum Zeitpunkt der Erlassung der Erstentscheidung faktisch existent war.

2.3.4. Selbst wenn man aber – wie offensichtlich das BVwG – davon ausginge, dass der Beschwerdeführer keinen Antrag auf Erteilung einer »Aufenthaltsberechtigung plus« nach § 55 Abs 1 AsylG hätte stellen können, sondern stattdessen eine Wiederaufnahme

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

des Verfahrens nach § 69 AVG bzw § 32 VwGVG hätte beantragen müssen, wäre das BVwG **verpflichtet** gewesen, das Vorbringen des Beschwerdeführers **von Amts wegen** – vgl § 32 Abs 3 erster Satz VwGVG! – **in genau dieser Weise zu deuten**.

Davon ausgehend wäre somit zu prüfen gewesen, ob der Beschwerdeführer die hierfür vorgesehene Frist eingehalten hat und/oder ihn an der erst nachträglich erfolgten Vorlage kein/ein Verschulden trifft.

Indem das BVwG jedoch **jegliche** in diese Richtung deutende **Ermittlungstätigkeit unterlassen** hat, ist ihm somit insoweit ebenfalls eine **willkürliche Vorgangsweise** vorzuwerfen.

2.4. Als Folge dieses Willküraktes resultieren folgende weitere Grundrechtseingriffe:

2.4.1. Nach **Art 3 EMRK** darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterworfen werden.

In diesem Zusammenhang hatte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde **ausdrücklich** darauf hingewiesen (vgl Seite 5), dass er erst im Anschluss an die rechtskräftige Entscheidung des BVwG vom 27.06.2019, GZ: L512 2142167-1/28E, in Erfahrung bringen bzw einen dementsprechenden urkundlichen Nachweis dafür erlangen konnte, dass er von einem iranischen Gericht mit Urteil vom 11.10.2015 in Abwesenheit zu einer **Haftstrafe von 8 Monaten**, vor allem aber auch zu einer **körperlichen Züchtigungsstrafe** im Ausmaß von **30 Peitschenhieben** verurteilt wurde (vgl **Beilage/...**). Insbesondere soweit es die Auspeitschung betrifft, ist **nachdrücklich darauf hinzuweisen**, dass es sich dabei **keineswegs** um eine **milde** oder **gar harmlose Strafe** handelt; diese verursacht vielmehr **in jedem Fall große bis unerträgliche Schmerzen** sowie **schwere körperliche Verletzungen** und **lange andauernde psychische Beeinträchtigungen**; im schlimmsten Fall kann eine solche Strafe je nach physischer Konstitution des Opfers sogar zum Tod führen (vgl. **Beilage/...**).

2.4.2. Deshalb wird speziell diese Strafart vom EGMR in **ständiger Rechtsprechung** auch **explizit** als **Folter** iSd Art 3 EMRK qualifiziert. Gleichzeitig entspricht es der ständigen Judikatur des EGMR, dass im Besonderen eine **Abschiebung** in den **Iran** vor allem dann die Garantie des **Art 3 EMRK verletzt**, wenn dem Fremden in diesem Staat eine **Auspeitschung droht** (vgl zB EGMR vom 04.04.2019, 36538/17 [101]; vom 18.11.2014, 52589/13 [102]; vom 22.06.2006, 24245/03 [103]; und vom 11.07.2000, 40035/98 [104]).

2.4.3. Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer im Falle seiner Rückkehr bzw Abschiebung in den Iran **ganz offensichtlich** eine **gravierende Menschenrechtsverletzung** zu gewärtigen hat, kann daher objektiv nicht nachvollzogen werden, dass das BVwG diesen Umstand unter Berufung auf den rein formalen Aspekt, dass es sich bei der Vorlage des iranischen Gerichtsurteils nicht um ein »novum productum« handle, gleichsam schon im Keim zu ersticken versucht. Vielmehr stellt sich die diesbezügliche Argumentation, die im Ergebnis ein Wissen des Beschwerdeführers um die bloße Anhängigkeit eines Strafverfahrens und die Nichterwähnung dieses Umstandes schon im Zuge seiner fremdenpolizeilichen Ersteinvernahme mit der Kenntnis von dessen Ausgang gleichsetzt (vgl Seite 6 des angefochtenen Erkenntnisses), **geradezu** als ein **Willkürakt** dar –



[101]

EGMR 04.04.2019  
36538/17



[102]

EGMR 18.11.2014  
52589/13



[103]

EGMR 22.06.2006  
24245/03



[104]

EGMR 11.07.2000  
40035/98

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

dies ganz abgesehen davon, dass der bloße Diebstahl bzw der Kauf eines gestohlenen Mobiltelefons (welches Delikt dem Beschwerdeführer letztlich tatsächlich zur Last gelegt wurde, lässt sich dem Urteil nicht zweifelsfrei entnehmen) bei Anlegung westlich-demokratischer Standards ohnehin **in keinem Fall** die Verhängung einer **derart drakonischen Strafe** (8 Monate Haft und 30 Peitschenhiebe) erwarten ließ.

2.4.4. Art 3 EMRK, der in Österreich auch formal im Verfassungsrang steht, stellt eine **vorbehaltlose Gewährleistung** dar. Dies bedeutet, dass **jegliche gesetzliche und behördliche Einschränkung absolut verfassungswidrig** wäre.

Schon aus diesem Grund muss daher § 55 Abs 1 AsylG – wenngleich Art 3 EMRK in dieser Bestimmung keine explizite Erwähnung findet – dahin **verfassungskonform interpretiert** werden, dass eine »Aufenthaltsberechtigung plus« auch dann zu erteilen ist, wenn dies Art 8 EMRK aus dem Grund gebietet, um im Ergebnis eine **unmenschliche oder erniedrigende Behandlung** iSd Art 3 EMRK – und eine solche würde eine Auspeitschung des Beschwerdeführers zweifelsfrei darstellen – effektiv zu verhindern.

2.4.5. Aus dem Umstand, dass Art 3 EMRK als ein vorbehaltloses Grundrecht konzipiert ist, resultiert schließlich auch, dass insoweit eine **Ablehnung** und/oder **Abtretung** der gegenständlichen Beschwerde an den VfGH ausscheidet (vgl VfSlg 14436/1996 [105]).

2.5. Weiters ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass **Art 6 Abs 1 EMRK** jedermann einen Anspruch darauf gewährt, dass in civil-rights-Angelegenheiten – um solche handelt es sich bei Anträgen auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung – eine **öffentliche Verhandlung** durchgeführt wird, die es dem Antragsteller ermöglicht, dass die seinem Rechtsstandpunkt dienlichen Beweismittel vorgelegt und erörtert werden können.

Einen dementsprechenden Antrag hatte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde an das BVwG auch **ausdrücklich** (siehe Seite 6, unten) gestellt.

Das BVwG hat dazu jedoch in seinem gegenständlich angefochtenen Erkenntnis lediglich angemerkt, dass bereits das Antrags- und Beschwerdevorbringen des Beschwerdeführers »eine andere Beurteilung wie im Ausgangsverfahren« ausgeschlossen hätten »und somit ein Fall des § 24 Abs 4 VwGVG« vorliege.

Tatsächlich gibt das BVwG damit jedoch – soweit es die Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts betrifft, vergleichbar jenem dem Erkenntnis des VfGH vom 05.03.2020, E 4422/2019 [106], zu Grunde liegenden Fall – bloß die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, der Sachverhaltsfeststellungen und der Beweiswürdigung des angefochtenen Bescheides wieder, indem es sich den getroffenen Feststellungen des BFA anschließt und dessen Beweiswürdigung folgt. **Eigene Feststellungen** zur besonderen Situation des Beschwerdeführers, insbesondere zu dem von ihm vorgelegten **iranischen Gerichtsurteil**, wurden **nicht getroffen** und auch die beantragte öffentliche **Verhandlung**, auf deren Basis das BVwG eigene Feststellungen bzw eine entsprechende Beweiswürdigung vornehmen hätte können, wurde **nicht durchgeführt**. Der damit letztlich auf eine bloße Plausibilitätskontrolle hinauslaufende Überprüfungsvorgang entspricht aber nach ständiger Judikatur des VfGH nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen an



[105]

VfGH 29.02.1996  
KI-8/94



[106]

VfGH 05.03.2020  
E 4422/2019

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

die Begründung von Entscheidungen eines (insoweit **erstinstanzlich** entscheidenden) Gerichtes, weshalb das angefochtene Erkenntnis nicht nur **gegen Art 6 Abs 1 EMRK verstößt**, sondern auch aus diesem Blickwinkel mit **Willkür** belastet ist (vgl auch VfGH vom 03.10.2019, E 1533/2019 [107]).

2.6. Gänzlich unberücksichtigt blieb schließlich auch die zum Zeitpunkt der Erlassung der angefochtenen Entscheidung **weltweit** vorherrschende **COVID-19-Pandemie**.

Hätte das BVwG diesen Aspekt aber ins Auge gefasst, dann wäre in dessen Entscheidung **jedenfalls** die **Tatsache** einzubeziehen gewesen, dass gegenwärtig **gerade** der **Iran** zu jenen Ländern zählt, die am schlimmsten von der Corona-Pandemie betroffen sind. So waren nach offiziellen Angaben in diesem Staat bisher bereits über 230.000 Infizierte und rund 11.000 Todesopfer zu beklagen (vgl **Beilage/...**); sa <<https://www.wko.at/service/aussenwirtschaft/iran-bulletin-aussenwirtschaftscenter-zum-coronavirus-.html>> [108]). Daher besteht vor diesem Hintergrund auch für den gesamten Iran eine **Reisewarnung** (**Sicherheitsstufe 6**).

Dies bedeutet wiederum, dass dem Beschwerdeführer eine **freiwillige Ausreise** in seinen Heimatstaat zum einen deshalb, weil ihm derzeit kein Heimreisezertifikat ausgestellt wird, nicht nur (mangels Heimreisezertifikat) rechtlich **unmöglich**, sondern zum anderen dessen **zwangsweise Abschiebung** dorthin sogar **effektiv lebensbedrohlich** ist.

Dass im angefochtenen Erkenntnis dazu keinerlei Ermittlungen getätigt bzw überhaupt, keine diesbezüglichen Überlegungen angestellt wurden, belastet diese Entscheidung somit auch aus diesem Blickwinkel mit **grober Willkür**.

### 3. Anträge

Aus den zuvor angeführten Gründen wird daher beantragt, der Verfassungsgerichtshof möge

1. der vorliegenden Beschwerde gemäß den §§ 20a und 85 Abs 2 VfGG die **aufschiebende Wirkung** zuerkennen;

Dieser Antrag wird damit begründet, dass der Beschwerdeführer gegenwärtig rechtlich dazu verpflichtet wäre, das Bundesgebiet freiwillig zu verlassen. Da ihm dies jedoch schon deshalb unmöglich ist, weil er seitens der iranischen Behörden kein Heimreisezertifikat erhält, muss der Beschwerdeführer seine jederzeitige zwangsweise Abschiebung in den Iran befürchten. In jedem Fall würde ihm im Iran ein gravierender rechtlicher Nachteil einerseits dadurch drohen, dass eine körperliche Züchtigungsstrafe (30 Peitschenhiebe) – was eine Verletzung des Folterverbots des Art 3 EMRK darstellt – sowie eine Haftstrafe vollzogen werden würde. Andererseits müsste der Beschwerdeführer dort infolge seiner Konversion zum Christentum eine permanente Verfolgung und Diskriminierung wegen Apostasie befürchten und zudem besteht in seinem Heimatstaat auch noch eine extrem hohe Gefahr der Ansteckung mit dem COVID-19-Virus und daraus resultierender, gegebenenfalls letal endender Erkrankung.



[107]

VfGH 03.10.2019  
E 1533/2019



[108]

COVID/Iran

## B. ERKENNTNISBESCHWERDE AN DEN VfGH

Dem gegenüber sind öffentliche Interessen durch den weiteren Aufenthalt des Beschwerdeführers im Bundesgebiet bis zur Entscheidung des VfGH über die gegenständliche Beschwerde in keiner Weise beeinträchtigt, zumal er ordnungsgemäß polizeilich gemeldet ist, sich auch tatsächlich und ständig an dieser Adresse aufhält und keinerlei staatliche Sozialleistungen in Anspruch nimmt.

2. im Zuge des verfassungsgerichtlichen Verfahrens eine öffentliche Verhandlung durchführen;
3. das angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts <Datum + GZ> wegen Verletzung des Beschwerdeführers in dessen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gemäß Art 3 EMRK, Art 6 EMRK, Art 8 EMRK und Art I Abs 1 des BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung ersatzlos aufheben; und
4. dem Beschwerdeführer für den Fall des Obsiegens einen pauschalen Kostenersatz für seinen Schriftsatz- und allfälligen Verhandlungsaufwand zusprechen.

### 4. Anregung

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof die vom Verwaltungsgerichtshof in dessen Beschluss vom 18.12.2019, Ro 2019/14/0006 (= EU 2019/0008-1) [109], näher dargelegten Bedenken teilen sollte, wird angeregt, die Klärung der dort angeführten Fragen in gleicher Weise dem Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art 267 AEUV vorzulegen.

### 5. Beilagen

Unter einem werden dem Verfassungsgerichtshof nachstehende Unterlagen vorgelegt:

(Beilage/...)

<Ort + Datum >

<Name des Beschwerdeführers >



[109]

VwGH 18.12.2019  
Ro 2019/14/0006

### C. Parteien-(Rechtsmittel-Normenkontroll-)Antrag an den VfGH

An den  
Verfassungsgerichtshof  
<Adr>

per webERV

Beschwerdeführer: <Name>,  
<Adr>

vertreten durch: Rechtsanwalt <Name >  
<Adr>

Vollmacht gem § 35 VfGG erteilt

Beteiligte Regierung: Bundesregierung,  
vertreten durch den Bundeskanzler

#### ANTRAG

gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG

auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des letzten Halbsatzes des § 357 Abs 1  
(»in den übrigen Fällen jedoch bei dem Landesgericht,  
das für das Hauptverfahren zuständig war«)  
der Strafprozessordnung, BGBl 631/1957,  
diese Bestimmung zuletzt geändert durch BGBl I 93/2007

in eventu

auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolgen  
»... bei dem Landesgericht einzubringen, das die Einstellung beschlossen hat,«  
und »... bei dem Landesgericht, das im Ermittlungsverfahren zuständig  
gewesen wäre, in den übrigen Fällen jedoch bei dem Landesgericht, das für  
das Hauptverfahren zuständig war.« in § 357 Abs 1 und der Wortfolgen  
»Das Landesgericht (§ 31 Abs 6 Z 2) ...« in § 357 Abs 2 erster Satz sowie  
»Das Landesgericht ...« in § 357 Abs 2 zweiter Satz der Strafprozessordnung,  
BGBl 631/1957, diese Bestimmung zuletzt geändert  
durch BGBl I 29/2012

5-fach

## C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VFGH

1. **Relevanter Sachverhalt**

1. Nach seiner Haftentlassung hat der Beschwerdeführer mit Antrag vom 5. Februar 2018 an das Landesgericht für Strafsachen in Wien einen Antrag auf Wiederaufnahme seines Strafverfahrens gestellt.

Diesem Antrag auf Wiederaufnahme lag zugrunde, dass der Beschwerdeführer (erst ex post) ein Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin am Universitätsklinikum Frankfurt vom 30. November 2017 vorlegen konnte, das zweifelsfrei widerlegte, dass er der Hauptbelastungszeugin aus dem ersten Verfahren nicht das von ihr behauptete Betäubungsmittel GHB/GBL (sog. »K.O.-Tropfen«) verabreicht haben konnte, sodass seine Verurteilung durch das Landesgericht Linz auf dem Verdacht einer von der Hauptbelastungszeugin begangenen strafbaren Handlung beruht.

Weitere Belastungszeugen waren ebenfalls suchtgiftsüchtig und damals mit der Hauptbelastungszeugin gemeinsam inhaftiert.

Hierzu wird auf beiliegenden Antrag auf Wiederaufnahme und das vorgelegte Gutachten verwiesen.

2. Im Antrag auf Wiederaufnahme vom 5. Februar 2018 wurde bereits ausführlich begründet, weshalb das Landesgericht Linz für die Wiederaufnahme nicht zuständig sein kann.

Dessen ungeachtet wurde der Antrag auf Wiederaufnahme vom Landesgericht für Strafsachen in Wien dennoch sogleich wieder »zuständigkeitshalber« an das Landesgericht Linz retourniert.

In einem Beschluss wurde dazu mitgeteilt, dass ein »Antrag auf Delegation« nicht möglich sei und daher das Landesgericht Linz gemäß § 357 StPO [110] zuständig wäre.

3. Mit Urteil des Landesgerichtes Linz vom 5. Februar 2013 zu 22 Hv 107/12 v, rechtskräftig seit 23. Oktober 2013, war der Beschwerdeführer der Verbrechen der Vergewaltigung nach § 201 Abs 1 StGB sowie der geschlechtlichen Nötigung nach § 202 Abs 1 StGB schuldig erkannt und zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von fünf Jahren verurteilt worden.

Der Beschwerdeführer befand sich sodann im Strafvollzug zum Urteil 22 Hv 107/12v und wurde mit Beschluss des Landesgerichtes Salzburg vom 1. Oktober 2015 zu 46 BE 45/15s unter Auferlegung von Weisungen am 15. Oktober 2015 bedingt entlassen. Erst danach konnte er das ursprüngliche, lediglich **chemisch-toxikologische** Gutachten der Rechtsmedizin Salzburg-Linz durch ein auf **medizinischen** Studien beruhendes Gutachten des Institutes für Rechtsmedizin des Universitätsklinikums Frankfurt überprüfen lassen, das bestätigte, dass der Beschwerdeführer als Täter für die Verabreichung des Betäubungsmittels, das auch als Suchtmittel verwendet wird, deshalb ausscheidet, weil der Beginn des Verabreichungszeitfensters erst zu einem Zeitpunkt einsetzen konnte, **nachdem** die Hauptbelastungszeugin den persönlichen Nahbereich des Beschwerdeführers bereits verlassen hatte.



[110]

§ 357 StPO idF  
BGBl I 117/2017



## C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VfGH

4. Mit Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 7. Juni 2018 zu 22 Hv 107/12v-173 wurde der Antrag auf Wiederaufnahme – wie sich aus dem Akt ergibt – in nicht-öffentlicher Sitzung und ohne Aufnahme weiterer beantragter Beweise abgewiesen. Dagegen wurde rechtzeitig Beschwerde erhoben.
5. Gegen die in § 357 Abs 1 StPO einfachgesetzlich normierte Zuständigkeit des Landesgerichtes Linz zur Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens, obwohl dieses bereits für das Hauptverfahren zuständig war, richtet sich der gegenständliche Gesetzesprüfungsantrag.

Der Antrag ist jedenfalls rechtzeitig, da der Beschluss vom 7. Juni 2018, GZ 22 Hv 107/12v-173, mit dem der Antrag auf Wiederaufnahme abgewiesen wurde, dem Beschwerdeführer am 12. Juni 2018 zugestellt wurde.

### 2. Verfassungsrechtliche Bedenken (Art 6 Abs 1 und Art 13 EMRK)

1. Der Beschwerdeführer hatte seinen Antrag auf Wiederaufnahme mit dargestellter Begründung nicht an das Landesgericht Linz, das für das Hauptverfahren zuständig war, gerichtet, sondern an das Landesgericht für Strafsachen in Wien; Letzteres hat diesen Antrag unter Hinweis auf die gesetzlichen Zuständigkeitsvorschriften wieder an das Landesgericht Linz retourniert.

2. Aus der Sicht des Beschwerdeführers ist die Bestimmung des § 357 Abs 1 letzter Halbsatz StPO jedoch aus den folgenden Gründen mit dem Verfassungsrecht nicht vereinbar:

Die Regelung des § 357 StPO verstößt – soweit sie für das Wiederaufnahmeverfahren dasselbe Landesgericht für zuständig erklärt, das bereits für das Hauptverfahren zuständig war – gegen Art 6 Abs 1 EMRK [111]:

- a. Art 6 Abs 1 EMRK gewährleistet jedermann ein Recht auf ein faires Verfahren; insbesondere besteht ein Recht darauf, dass über eine strafrechtliche Anklage von einem unparteiischen Gericht entschieden wird.
- b. Diese Bestimmung steht in Österreich im Verfassungsrang. Sie enthält damit in Verbindung mit Art 18 Abs 1 B-VG (generelles Legalitätsprinzip) [112] und Art 7 EMRK (spezifisch strafrechtliches Legalitätsprinzip) [113] die positive Verpflichtung für den einfachen Gesetzgeber, (ua auch) die das gerichtliche Strafverfahren näher determinierenden Normen derart auszugestalten, dass die Einhaltung der Gewährleistung der Unparteilichkeit iSd Art 6 Abs 1 EMRK mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch de facto in jedem konkreten Einzelfall gegeben ist.
- c. Diese Garantie besteht jedoch nicht, wenn und weil die Bestimmung des § 357 StPO für den Antrag auf Wiederaufnahme eines Strafverfahrens ausdrücklich ein und dasselbe Landesgericht, das für das Hauptverfahren zuständig war, auch zur neuerlichen Entscheidung samt allfälligen Beweisaufnahmen im Wiederaufnahmeverfahren bestimmt.



[111]

Art 6 EMRK idgF



[112]

Art 18 B-VG idgF



[113]

Art 7 EMRK idgF

## C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VfGH



[114]

§ 43 StPO idF  
BGBl I 117/2017

Es ist zwar grundsätzlich gewährleistet, dass nicht der oder die unmittelbaren selben Richter (vgl § 43 Abs 4 StPO [114]) über den Antrag auf Wiederaufnahme entscheiden können, jedoch ist eine derartige Festlegung der Zuständigkeit, dass das ursprüngliche Landesgericht, das für das Hauptverfahren zuständig war, über den Antrag auf Wiederaufnahme eines vor diesem Landesgericht geführten Verfahrens selbst abermals entscheidet, mit der Bestimmung des Art 6 EMRK nicht vereinbar, da die Zuständigkeit desselben Gerichts eine Parteilichkeit jedenfalls dem **äußeren Anschein** nach nahezu zwingend nahelegt. Wird einem Wiederaufnahmeantrag stattgegeben, bedeutet dies nämlich implizit, dass dem ursprünglich das Verfahren geführt habenden Richter, der zugleich ein täglicher Arbeitskollege der zur Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag zuständigen Richter ist, ein Verfahrensfehler angekreidet werden muss. Es liegt auf der Hand, dass unter derartigen organisationsrechtlichen Rahmenbedingungen ein Wiederaufnahmeantrag schon von vornherein in aller Regel aussichtslos ist. Und im Besonderen wird dies im hier vorliegenden Fall daran deutlich, dass sich der Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 7. Juni 2018, GZ 22 Hv 107/12V-173, mit dem der Antrag des Beschwerdeführers auf Wiederaufnahme abgewiesen wurde, mit dem neuen Beweisantrag, der zwingend zu einem Freispruch hätte führen müssen, offensichtlich ganz bewusst nur oberflächlich und in jeder Weise unverbindlich auseinandergesetzt hat.

3. Nach hA folgt für den Staat aus Art 6 Abs 1 EMRK die verfahrensrechtliche Pflicht, zu ermitteln, ob ein Gericht unparteiisch agiert (vgl zB *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* EMRK<sup>4</sup> (2017) S 226 f).

Diese Unparteilichkeit umfasst auch die Zuständigkeit und die Organisationsvorschriften. Insbesondere soll dadurch gewährleistet werden, dass das zuständige Gericht nicht voreingenommen agieren kann (*Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, aaO, S 227).

Davon ausgehend prüft der EGMR den Aspekt der Unparteilichkeit nach dessen ständiger Judikatur unter subjektiven und objektiven Gesichtspunkten:

Bei der Prüfung nach objektiven Gesichtspunkten kommt es darauf an, ob berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit ausgeschlossen sind, oder anders ausgedrückt, ob objektiv berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit begründet erscheinen, wobei bereits ein diesbezüglicher **Anschein** hinreicht. Dabei kommt es nicht entscheidend auf den Standpunkt der Beteiligten an, sondern darauf, ob eine solche Befürchtung für objektiv berechtigt gehalten werden kann (*Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, aaO, S 227), was bei § 357 Abs 1 letzter Halbsatz StPO – wie gezeigt – jedenfalls zutrifft.

An der Unparteilichkeit kann es aber auch aus funktionalen Gründen fehlen, zB bei Ausübung verschiedener, aus gewaltenteilender Sicht nicht vereinbarer prozessualer Funktionen durch ein und dieselbe Person. Dies kann insbesondere bei einer Vermischung von Aufgaben oder bei hierarchischen oder sonstigen Verbindungen bestehen.

## C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VfGH

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass ein Wiederaufnahmeverfahren oftmals unvor-  
eingennommener neuerlicher Erhebungen unter Berücksichtigung neuer wissen-  
schaftlicher Erkenntnisse, neuer Beweise bzw dadurch bedingter Beweiswiederho-  
lungen etc im Interesse der verfassungsrechtlichen Garantien des Rechtsstaates  
bedarf.

Objektiv begründete Zweifel an der Unparteilichkeit können auch bestehen, wenn  
der Richter, der über den Fall entscheidet, in einem angreifbaren Verfahren be-  
stimmt worden ist (vgl *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, aaO, S 228 f).

Genau dies ist im gegenständlichen Kontext ein zusätzlicher verfassungsrechtlich  
bedenklicher Angriffspunkt, da nach § 43 StPO im Wiederaufnahmeverfahren le-  
diglich einzelne zuvor beteiligt gewesene Richter ausgeschlossen sein sollen, in  
diesem Zusammenhang jedoch – wie sich auch aus den Gesetzesmaterialien er-  
gibt (vgl 231 BlgNR, 23. GP, S. 19) das innerorganisatorische Kollegenverhältnis  
überhaupt nicht berücksichtigt wird.

4. Die Konventionsstaaten haben bei der Bestimmung der Zuständigkeit zwar einen  
Spielraum, der in § 357 Abs 1 StPO jedoch in unzulässiger Weise überschritten  
wird, da das Wiederaufnahmeverfahren vor dem selben Gericht des Hauptverfah-  
rens keinesfalls unbeeinflusst und unparteilich durchgeführt werden kann (so  
auch *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, aaO, S 228 f).

Wenn einfachgesetzlich lediglich einzelne handelnde Entscheidungsträger  
(Richter/Richterin) ausgeschlossen werden, ohne dass dies objektiv durch ge-  
setzliche Maßnahmen gewährleistet ist, jedoch dasselbe Gericht – hier das Lan-  
desgericht Linz – die Entscheidung seines eigenen Entscheidungsträgers neu-  
erlich zu überprüfen hat, ist der Grundsatz der Unparteilichkeit iSd Art 6 Abs 1  
EMRK jedenfalls dem Anschein nach sicherlich nicht gewährleistet. Denn jede  
solche Wiederaufnahmeentscheidung impliziert auch zwingend eine Bewertung  
über den eigenen, am selben Gericht tätigen Entscheidungsträger (bzw über  
tägliche Arbeitskollegen), die durch die zu treffende Entscheidung nach außen  
gerichtet ist.

Demnach muss nicht nur der einzelne Richter, sondern dasjenige Gericht, an  
dem der Richter aufgrund seiner Überzeugung von der Schuld des Angeklagten  
seine vorherige Entscheidung getroffen hat, von weiteren Ermittlungen – wie sie  
vielfach vorzunehmen sind – auch aus Gründen der Transparenz und der Rechts-  
sicherheit ausgeschlossen sein.

Dieser Ausschluss umfasst daher iSd Rechts auf faires Verfahren nicht nur den  
einzelnen Richter, sondern auch das unmittelbare Gericht, an dem dieser Richter  
seine Vorentscheidung getroffen hat.

Nur dadurch werden neu durchzuführende Ermittlungen vom Anschein jeglicher  
Parteilichkeit im Interesse des Ansehens der Gerichte in der Öffentlichkeit befreit.

5. Interessenkonflikten, Nahebeziehungen, Presseberichten, etc kann nur auf diese  
Weise jeder Nährboden entzogen werde.

### C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VfGH

Hinzutritt in aller Regel, dass am unmittelbaren Gerichtsort die Entscheidungen öffentlich – zB in der Presse oder sonstigen Medien – weiterverbreitet werden und die Entscheidung dem gesamten Gericht aus dem Vorverfahren zugeordnet wird, was ein faires, unbeeinflusstes Verfahren auch im Interesse der Rechtstaatlichkeit unmöglich macht.

Genau solche die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit der Zuständigkeitsregelung begründende Umstände haben sich im gegenständlichen Fall mehrfach manifestiert.

6. Die EMRK akzeptiert Vorschriften des nationalen Rechts nur insoweit, als sie deutlich machen, dass allgemeine Verstöße gegen das faire Verfahren nicht in Kauf genommen werden. Demnach ist die Bestimmung des § 357 StPO mit Art 6 EMRK nicht vereinbar.

Eine ausreichende Distanz ist gerade in Wiederaufnahmeverfahren, die der richterlichen Überzeugung von der Schuld des Angeklagten entgegengerichtet sind, bei ein und demselben Gericht ausgeschlossen.

Vielfach kommt hinzu, dass die Beteiligten aus schutzwürdigen Gründen der Privatsphäre nicht verpflichtet werden können, relevante Umstände, etwa kollegiale, berufliche oder gar private Verbindungen am selben Gericht offenzulegen.

Damit werden auch widerstreitende Interessen des Persönlichkeitsschutzes/der Privatsphäre früherer Entscheidungsträger und sonstiger Beteiligter tangiert, und ist eine Bestimmung, die demselben Gericht über seine eigene Entscheidung neuerlich eine Entscheidung aufträgt, verfassungsrechtlich unzulässig.

7. Besonderer Persönlichkeitsschutz und Verpflichtung zur Objektivität:

Die objektive Unparteilichkeit fehlt bereits, wenn nach der inneren Organisation des Gerichtes die zuständige Richter/Richterin mit der Sache zu tun haben konnte (vgl *Kühne in Pabel-Schmahl S 2009* [EGMR Piersack/Belgien 1982]).

Unzumutbare Konflikte und vorprogrammierte Zuständigkeitskonflikte, die nicht lösbar sind, bewirken einen Verstoß gegen das faire Verfahren.

Im vorliegenden Fall hatte der Beschwerdeführer seinen Antrag auf Wiederaufnahme ohnehin an das Landesgericht für Strafsachen in Wien gerichtet, was jedoch aufgrund der Regelung des § 357 StPO verworfen wurde, sodass der Antrag auf Prüfung der Verfassungswidrigkeit auch insoweit notwendig erscheint.

8. Die als verfassungswidrig bekämpfte Zuständigkeit besteht sogar dann, wenn es – wie hier – im Erstverfahren zur Erhebung eines Rechtsmittels gekommen war (vgl *Lewisch in WK Rz 4 zu § 357 StPO*).

Der Richterausschluss des § 43 Abs 3 StPO reicht für den Grundsatz des fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK in keinsten Weise aus, zumal im Übrigen nur solche Richter ausgeschlossen sind, die mit der inhaltlichen Entscheidung einschlägig vorbefasst waren (vgl nur *Lewisch, aaO, Rz 8 zu § 357 StPO*).

## C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VfGH

Das faire Verfahren des Art 6 EMRK hat daher das gesamte Gericht, das bereits für das Hauptverfahren zuständig war, zu erfassen.

Gerade die Zuständigkeit eines Gerichtes als solches ist eine wesentliche Garantie für ein faires Verfahren.

Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die hinsichtlich der Wiederaufnahme inhaltsgleichen Bestimmungen der StPO im Konventions- und EU-Staat BRD vorsehen, dass ein eigenes Wiederaufnahmegericht für das Erstverfahren festgelegt ist. Dabei ist die Zuständigkeit so verankert, dass eben ein **anderes** Gericht (derselben Ordnung) zu entscheiden hat. Revisionsgerichte sollen dabei mit einer Wiederaufnahme, die sich mit der Tatfrage beschäftigt, nicht befasst werden (*Schmidt/Temming* Strafprozessordnung<sup>5</sup> Rz 1 ff [9] zu § 140a GVG).

9. Für Österreich kann der bloße Ausschluss einzelner Richter nach § 43 StPO dies naturgemäß nicht kompensieren. Dazu kommt, dass hier die richterliche Befangenheit zudem nicht im Wege präziser Formulierungen, sondern bloß mit vagen Umschreibungen, dh mit unbestimmten bzw nicht exakt abgrenzbaren Begriffsandeutungen geregelt ist.

Die Regelung des § 43 StPO kann keineswegs denselben Grad an Sicherheit gewährleisten wie eine bereits durch Gesetz normierte Zuständigkeitsregelung, wonach alle zuvor beteiligten Entscheidungsträger explizit und normativ von einer Mitwirkung iS einer Parteilichkeit ausgeschlossen sind.

Auch aus effektiven Rechtsschutzgründen ist eine gesonderte Zuständigkeitsregelung verfassungsrechtlich geboten.

10. Dazu kommt, dass eine richterliche Geschäftsverteilung, die eine Befangenheit der aufgezeigten Art nicht schon von vornherein wirksam verhindert, zwar gegen Art 6 Abs 1 EMRK verstößt und mangels eines (in Art 140 B-VG oder sonst gesetzlich entsprechend vorgesehenen) Fehlerkalküls aus rechtstheoretischer Sicht absolut nichtig erscheint, doch lässt sich dies für den Betroffenen entgegen Art 13 EMRK [115] in der Praxis eben mangels Rechtsschutzinstrumentariums – hier einer dahingehenden einfachgesetzlichen Zuständigkeitsregelung – nicht effektiv durchsetzen.

So hat das deutsche Bundesverfassungsgericht bereits vor langer Zeit zu Wiederaufnahmeverfahren ausgesprochen, dass der Schutz vor Willkür effektiv gewährleistet sein muss (BVerfG 2 BvR 629/62).

Wenn auch nach dem Recht der BRD der Antrag auf Zulassung der Wiederaufnahme beim Gericht der Vorentscheidung eingereicht werden kann, so ist dieser danach umgehend und unmittelbar an ein gesondert zuständiges Gericht weiterzuleiten (vgl § 140a dGVG NF bzw § 376 dStPO; *Ulrich Franke*, aaO, zu § 140a dGVG).

11. Auch in der Schweiz sind außerordentliche Rechtsmittel (Revisionsgesuche) bei neuen Tatsachen oder neuen Beweismittel (Art 410 chStPO) beim Berufungsgericht (Berufungskammer des Obergerichtes) einzureichen und nicht bei jenem Gericht, das das Urteil erlassen hat.



[115]

Art 13 EMRK idgF

## C. PARTEIEN-(RECHTSMITTEL-NORMENKONTROLL-)ANTRAG AN VFGH

## 3. Anträge

Aus den vorangeführten Gründen wird daher beantragt, der Verfassungsgerichtshof möge

1. den letzten Halbsatz des § 357 Abs 1 [116] (*»in den übrigen Fällen jedoch bei dem Landesgericht, das für das Hauptverfahren zuständig war«*) der Strafprozessordnung, BGBl 631/1957, diese Bestimmung zuletzt geändert durch BGBl I 93/2007§ 357 StPO,

in eventu

die Wortfolgen *»... bei dem Landesgericht einzubringen, das die Einstellung beschlossen hat,«* und *»... bei dem Landesgericht, das im Ermittlungsverfahren zuständig gewesen wäre, in den übrigen Fällen jedoch bei dem Landesgericht, das für das Hauptverfahren zuständig war.«* in § 357 Abs 1 und die Wortfolgen *»Das Landesgericht (§ 31 Abs 6 Z 2)...«* in § 357 Abs 2 erster Satz sowie *»Das Landesgericht ...«* in § 357 Abs 2 zweiter Satz der Strafprozessordnung, BGBl 631/1957, diese Bestimmung zuletzt geändert durch BGBl I 29/2012, wegen Verstoßes gegen Art 6 Abs 1 und gegen Art 13 EMRK – nämlich wegen nicht effektiver Gewährleistung einer unparteiischen richterlichen Entscheidung über eine strafrechtliche Wiederaufnahme – als verfassungswidrig aufheben;

2. im Zuge des verfassungsgerichtlichen Verfahrens eine öffentliche Verhandlung durchführen;
3. dem Antragsteller für den Fall des Obsiegens einen pauschalen Kostenersatz für seinen Schriftsatz- und Verhandlungsaufwand zusprechen.

Ein nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung der Beschwerde zum angefochtenen Beschluss über die Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme allenfalls erforderliches ergänzendes Vorbringen behält sich der Beschwerdeführer explizit vor.

<Ort und Datum >

<Name des Beschwerdeführers >



[116]

§ 357 StPO idF  
BGBl I 117/2017

**D. Beschwerde an den EGMR**

**Achtung:** Es ist nur eine Einbringung auf dem **Postweg** möglich und dabei **zwingend** jenes **Formular** zu verwenden, das unter

<<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms&c=>> [117],

downloadbar ist, wobei es in diesem Zusammenhang auf der Homepage des EGMR heißt:

»The application form should be **downloaded, completed, printed out and sent by post** to the Court with the necessary documents. **No other form must be used.**«

Siehe das Muster auf den Folgeseiten. Die Seiten 7 und 9 des Formulars sind bloße »Leerseiten« und daher nicht abgedruckt.



[117]

Formular EGMR-  
Beschwerde

▷

D. BESCHWERDE AN DEN EGMR



GER - 2018/1

Beschwerdeformular

**Zu diesem Beschwerdeformular**

Dieses Beschwerdeformular ist ein rechtliches Dokument, das Auswirkungen auf Ihre Rechte und Pflichten hat. Bitte folgen Sie der Anleitung im „Merkblatt zum Ausfüllen des Beschwerdeformulars“. Füllen Sie alle Felder aus, die sich auf Ihren Fall beziehen, und legen Sie sämtliche relevanten Unterlagen in Kopie vor.

Achtung: Wenn Ihre Beschwerde unvollständig ist, wird sie nicht angenommen (siehe Artikel 47 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs). Beachten Sie bitte insbesondere Artikel 47 Absatz 2 (a), der vorsieht, dass eine kurz gehaltene Darlegung des Sachverhalts, der geltend gemachten Verletzungen und der Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen in den dafür vorgesehenen Abschnitten des Beschwerdeformulars selbst angegeben werden MUSS. Das ausgefüllte Beschwerdeformular muss den Gerichtshof in die Lage versetzen, die Art und den Umfang der Beschwerde ohne Rückgriff auf andere Dokumente zu bestimmen.

**Strichcode-Aufkleber**

Falls Sie bereits Strichcode-Aufkleber vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erhalten haben, kleben Sie bitte einen davon in dieses Feld.

**Betreff Nr.**

Wenn Ihnen zu dieser Beschwerde bereits eine Nummer vom Gerichtshof mitgeteilt wurde, geben Sie diese bitte hier an.

**A. Der Beschwerdeführer**

**A.1. Einzelperson**

Dieser Teil richtet sich ausschließlich an natürliche Personen. Wenn der Beschwerdeführer eine Organisation ist, füllen Sie nur Abschnitt A.2 aus.

1. Familienname

2. Vorname(n)

3. Geburtsdatum

T	T	M	M	J	J	J	J

z. B. 31/12/1960

4. Geburtsort

5. Staatsangehörigkeit

6. Anschrift

7. Telefon (mit internationaler Vorwahl)

8. E-Mail (falls vorhanden)

9. Geschlecht  männlich  weiblich

**A.2. Organisation**

Dieser Teil ist nur dann auszufüllen, wenn der Beschwerdeführer eine Firma, Nichtregierungsorganisation, Vereinigung oder sonstige juristische Person ist. In diesem Fall füllen Sie auch Abschnitt D.1 aus.

10. Bezeichnung

11. Identifikationsnummer (falls vorhanden)

12. Tag der Registrierung oder Eintragung (falls vorhanden)

T	T	M	M	J	J	J	J

z. B. 27/09/2012

13. Zweck/Aktivität

14. Eingezeichnete Anschrift

15. Telefon (mit internationaler Vorwahl)

16. E-Mail



## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

2 / 13

### B. Staat(en) gegen den/die sich die Beschwerde richtet

17. Kreuzen Sie den/die Namen des Staates/der Staaten an, gegen den/die sich die Beschwerde richtet.

- |  |   |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> ALB - Albanien                | <input type="checkbox"/> ITA - Italien  |
| <input type="checkbox"/> AND - Andorra                 | <input type="checkbox"/> LIE - Liechtenstein                                    |
| <input type="checkbox"/> ARM - Armenien                | <input type="checkbox"/> LTU - Litauen  |
| <input checked="" type="checkbox"/> AUT - Österreich   | <input type="checkbox"/> LUX - Luxemburg  |
| <input type="checkbox"/> AZE - Aserbaidschan           | <input type="checkbox"/> LVA - Lettland   |
| <input type="checkbox"/> BEL - Belgien                 | <input type="checkbox"/> MCO - Monaco   |
| <input type="checkbox"/> BGR - Bulgarien               | <input type="checkbox"/> MDA - Republik Moldau                                  |
| <input type="checkbox"/> BIH - Bosnien und Herzegovina | <input type="checkbox"/> MKD - "Ehemalige Jugoslawische Republik<br>Mazedonien" |
| <input type="checkbox"/> CHE - Schweiz                 | <input type="checkbox"/> MLT - Malta  |
| <input type="checkbox"/> CYP - Zypern                  | <input type="checkbox"/> MNE - Montenegro                                       |
| <input type="checkbox"/> CZE - Tschechische Republik   | <input type="checkbox"/> NLD - Niederlande                                      |
| <input type="checkbox"/> DEU - Deutschland             | <input type="checkbox"/> NOR - Norwegen   |
| <input type="checkbox"/> DNK - Dänemark                | <input type="checkbox"/> POL - Polen  |
| <input type="checkbox"/> ESP - Spanien                 | <input type="checkbox"/> PRT - Portugal   |
| <input type="checkbox"/> EST - Estland                 | <input type="checkbox"/> ROU - Rumänien   |
| <input type="checkbox"/> FIN - Finnland                | <input type="checkbox"/> RUS - Russische Föderation                             |
| <input type="checkbox"/> FRA - Frankreich              | <input type="checkbox"/> SMR - San Marino                                       |
| <input type="checkbox"/> GBR - Vereinigtes Königreich  | <input type="checkbox"/> SRB - Serbien  |
| <input type="checkbox"/> GEO - Georgien                | <input type="checkbox"/> SVK - Slowakische Republik                             |
| <input type="checkbox"/> GRC - Griechenland            | <input type="checkbox"/> SVN - Slovenien  |
| <input type="checkbox"/> HRV - Kroatien                | <input type="checkbox"/> SWE - Schweden   |
| <input type="checkbox"/> HUN - Ungarn                  | <input type="checkbox"/> TUR - Türkei   |
| <input type="checkbox"/> IRL - Irland                  | <input type="checkbox"/> UKR - Ukraine  |
| <input type="checkbox"/> ISL - Island                  |   |

## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

3 / 13

C. Bevollmächtigter des Beschwerdeführers (Einzelperson)	
<p>Als Einzelperson müssen Sie sich im jetzigen Verfahrensstadum nicht vertreten lassen. Wenn Sie sich nicht vertreten lassen, gehen Sie zu Abschnitt E.</p> <p>Wird die Beschwerde für eine Einzelperson von einem nichtanwaltlichen Vertreter erhoben (z. B. Verwandter, Freund oder Betreuer), muss der Vertreter Abschnitt C.1 ausfüllen; wird die Beschwerde von einem Rechtsanwalt erhoben, muss dieser Abschnitt C.2 ausfüllen. In beiden Fällen ist Abschnitt C.3 auszufüllen.</p>	
<p><b>C.1. Nicht-rechtsanwaltlicher Vertreter</b></p> <p>18. Eigenschaft/Beziehung/Funktion</p> <input type="text"/> <p>19. Familienname</p> <input type="text"/> <p>20. Vorname(n)</p> <input type="text"/> <p>21. Staatsangehörigkeit</p> <input type="text"/> <p>22. Anschrift</p> <input type="text"/> <p>23. Telefon (mit internationaler Vorwahl)</p> <input type="text"/> <p>24. Fax</p> <input type="text"/> <p>25. E-Mail</p> <input type="text"/>	<p><b>C.2. Rechtsanwalt</b></p> <p>26. Familienname</p> <input type="text" value="A"/> <p>27. Vorname(n)</p> <input type="text" value="B"/> <p>28. Staatsangehörigkeit</p> <input type="text" value="Österreich"/> <p>29. Anschrift</p> <input type="text" value="&lt; Adr. &gt;"/> <p>30. Telefon (mit internationaler Vorwahl)</p> <input type="text" value="0043 ..."/> <p>31. Fax</p> <input type="text" value="0043 ..."/> <p>32. E-Mail</p> <input type="text" value="office@ra-... .at"/>
<p><b>C.3. Vollmacht</b></p> <p>Der Beschwerdeführer muss seinen Vertreter durch seine Unterschrift im ersten der beiden nachfolgenden Felder ermächtigen, in seinem Namen zu handeln; der Bevollmächtigte muss mit seiner Unterschrift im zweiten Feld bestätigen, dass er die Vertretung übernimmt.</p> <p>Hiermit bevollmächtige ich die oben genannte Person, mich in der nach Artikel 34 der Menschenrechtskonvention erhobenen Beschwerde im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu vertreten.</p> <p>33. Unterschrift des Beschwerdeführers</p> <input type="text"/> <p>34. Datum</p> <input type="text" value="T T M M J J J J"/> z. B. 27/09/2015 <p>Hiermit stimme ich zu, den Beschwerdeführer in der nach Artikel 34 der Menschenrechtskonvention erhobenen Beschwerde im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu vertreten.</p> <p>35. Unterschrift des Bevollmächtigten</p> <input type="text"/> <p>36. Datum</p> <input type="text" value="T T M M J J J J"/> z. B. 27/09/2015	
<p><b>Elektronischer Schriftwechsel eComms zwischen Bevollmächtigtem und Gerichtshof</b></p> <p>37. E-Mail für den eComms-Kontakt (wenn der Bevollmächtigte bereits eComms nutzt, geben Sie die bereits existierende E-Mail-Adresse für eComms an)</p> <input type="text" value="office@ra-... .at"/> Mit Ihrer Unterschrift in diesem Feld stimmen Sie der Nutzung des eComms-Systems zu.	

## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

4 / 13

**D. Bevollmächtigter des Beschwerdeführers (Organisation)**

Eine Organisation, die als Beschwerdeführer auftritt, muss vor dem Gerichtshof durch eine natürliche Person vertreten werden, die bevollmächtigt ist, in ihrem Namen zu handeln (z. B. ein Geschäftsführer oder ein vertretungsbefugter Repräsentant). Die Angaben zu diesem Vertreter müssen in Abschnitt D.1 gemacht werden.

Beauftragt dieser Vertreter einen Rechtsanwalt mit der Vertretung der Organisation, sind sowohl Abschnitt D.2 als auch Abschnitt D.3 auszufüllen.

D.1. Vertreter der Organisation	D.2. Rechtsanwalt
38. Eigenschaft/Beziehung/Funktion (bitte Nachweis vorlegen) <input type="text"/>	46. Familienname <input type="text"/>
39. Familienname <input type="text"/>	47. Vorname(n) <input type="text"/>
40. Vorname(n) <input type="text"/>	48. Staatsangehörigkeit <input type="text"/>
41. Staatsangehörigkeit <input type="text"/>	49. Anschrift <input type="text"/>
42. Anschrift <input type="text"/>	
43. Telefon (mit internationaler Vorwahl) <input type="text"/>	50. Telefon (mit internationaler Vorwahl) <input type="text"/>
44. Fax <input type="text"/>	51. Fax <input type="text"/>
45. E-Mail <input type="text"/>	52. E-Mail <input type="text"/>

**D.3. Vollmacht**

Der Vertreter der Organisation muss den sie vertretenden Rechtsanwalt durch seine Unterschrift im ersten der beiden nachfolgenden Felder ermächtigen, in seinem Namen zu handeln; der Rechtsanwalt muss mit seiner Unterschrift im zweiten Feld bestätigen, dass er die Vertretung übernimmt.

Hiermit bevollmächtige ich die in Abschnitt D.2 genannte Person, die Organisation in der nach Artikel 34 der Menschenrechtskonvention erhobenen Beschwerde im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu vertreten.

53. Unterschrift des Vertreters der Organisation

54. Datum  z. B. 27/09/2015  
T T M M J J J J

Hiermit stimme ich zu, die Organisation in der nach Artikel 34 der Menschenrechtskonvention erhobenen Beschwerde im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu vertreten.

55. Unterschrift des Rechtsanwalts

56. Datum  z. B. 27/09/2015  
T T M M J J J J

**Elektronischer Schriftwechsel eComms zwischen Bevollmächtigtem und Gerichtshof**

57. E-Mail für den eComms-Kontakt (wenn der Bevollmächtigte bereits eComms nutzt, geben Sie die bereits existierende E-Mail-Adresse für eComms an)

Mit Ihrer Unterschrift in diesem Feld stimmen Sie der Nutzung des eComms-Systems zu.

D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

**Beschwerdegegenstand**

Sämtliche Angaben zum Sachverhalt, zu den Beschwerdepunkten und zur Frage der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs sowie der Einhaltung der Sechs-Monats-Frist nach Artikel 35 Absatz 1 der Konvention müssen in diesem Teil des Beschwerdeformulars dargelegt werden (Abschnitt E, F und G). Es ist nicht möglich, diese Abschnitte leer zu lassen oder lediglich auf beigefügte Blätter zu verweisen. Siehe dazu Artikel 47 Absatz 2 der Verfahrensordnung und die Praktische Anordnung zur Einleitung des Verfahrens (nur in Englisch und Französisch verfügbar) sowie das „Merkblatt zum Ausfüllen des Beschwerdeformulars“.

**E. Darlegung des Sachverhalts**

58.

1. Mit Urteil der Einzelrichterin des Landesgerichtes Linz < Datum + GZ > wurde der Beschwerdeführer wegen des Verbrechens der schweren Körperverletzung nach § 84 Abs. 4 StGB unter Widerruf einer bedingten Entlassung aus einer Freiheitsstrafe zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt.

Die Verurteilung beruhte auf einer Anklage, die trotz einer gleichzeitigen Teileinstellung erhoben wurde, da die Staatsanwaltschaft selbst festgestellt hatte, dass das vermeintliche Opfer den Beschwerdeführer zu Unrecht des Suchtgiftkonsums bezichtigt hatte. Das vermeintliche Opfer litt bereits seit Jahren an schweren psychischen Erkrankungen mit drei vorausgehenden Suizidversuchen, Panikattacken, emotionalen Krisen und selbstverletzendem Verhalten sowie Essstörungen, und kannte den Beschwerdeführer ganz genau.

2. Der Berufung des Beschwerdeführers wurde mit Urteil des Oberlandesgerichtes Linz < Datum + GZ > teilweise Folge gegeben und die verhängte Freiheitsstrafe auf 18 Monate herabgesetzt. Der Beschwerde gegen den Widerruf der bedingten Entlassung wurde ebenfalls Folge gegeben.

3. Das Ersturteil des LG Linz sowie das Berufungsurteil des OLG Linz ergingen jeweils zeitgleich zu den beiden überraschenden Ablehnungen in erster und zweiter Instanz der beantragten Wiederaufnahme des Angeklagten gegen dessen frühere Verurteilung und verdecken gänzlich, dass der Angeklagte zeitgleich mit der neuen Anklage ein Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin am Universitätsklinikum Frankfurt vom 30.11.2017 vorlegen konnte, das festgestellt hat, dass der Verurteilte die frühere Tat seiner Vorverurteilung gar nicht begangen haben kann. Aus den Befunden konnte dieses Universitätsgutachten aufgrund neuer wissenschaftlicher Studien nachweisen, dass die im früheren Verfahren beim Opfer festgestellte Menge von GHB/GBL (sog. "KO-Tropfen") nicht von einer Einnahme zur Tatzeit stammen konnte, sondern dieses Opfer im Erstverfahren die Substanz erst lange später eingenommen haben musste. (Siehe Decision EGMR App. no 19438/19.)

4. Das Ersturteil vom des Landesgerichtes Linz vom 13. Juni 2018, das von der selben Richterin, wie bereits die frühere Verurteilung im Vorverfahren, erging, widerspricht sich offenkundig. Während nämlich auf Seite 4 dieses Urteils „zum Gesundheitszustand ... von M.“ festgestellt wird: „Seit Februar 2017 bis zum Vorfalstag ging es M. – in Anbetracht der Vorgeschichte – sehr gut. Sie hörte auf, sich zu ritzen, was sie früher oft tat, um Spannungen abzubauen.“. Demgegenüber führte das Erstgericht auf Seite 24 des Urteils zur subjektiven Tatseite aus: „Die Feststellungen zur subjektiven Tatseite ergeben sich bereits aus dem objektiven Geschehen. Das Opfer war eine Vertraute des Angeklagten und hatte ein freundschaftliches Verhältnis zu ihm. Der Angeklagte wusste, dass das Opfer erst 14 Jahre alt ist und musste wissen [sic!], dass bei 14-Jährigen noch eine instabile Persönlichkeit vorliegen kann [sic!]. Der Angeklagte wusste darüber hinaus, dass es M. gesundheitlich nicht [sic!] gut ging und sie in der Vergangenheit [sic!] an Essstörungen und (deswegen) an Depressionen litt. Er wusste somit um ihre labile gesundheitliche Lage. ...“. Die Feststellung, M. sei es bis zum Vorfalldatum „sehr gut“ gegangen, steht dazu in einem unauflöselichen Widerspruch.

## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

6 / 13

### Darlegung des Sachverhalts (Fortsetzung)

59.

5. Der Verteidiger hatte für die zu erstellende Berufung im Strafverfahren ausdrücklich mit Antrag vom 13. Juli 2018 "die Übermittlung einer Aktenkopie der DVD betreffend die kontradiktorische Einvernahme der mj. M." beantragt (= die EINZIGE Aussage des Opfers, das dem Ersturteil zugrunde gelegt wurde). Dieser Antrag wurde mit Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 14. September 2018 abgewiesen. Begründet wurde dies unzutreffend unter Hinweis auf § 165 Abs. 5a StPO, obgleich der Beschwerdeführer wegen schwerer Körperverletzung nach § 84 Abs. 4 StGB verurteilt worden war (!) und hat die Verteidigung Beschwerde gegen diese Verweigerung der Akteneinsicht für die Berufungserstellung erhoben.

6. Die noch vom Verteidiger vor der Berufungsverhandlung vorgelegte methodenkritische Stellungnahme des renommierten forensischen Psychiaters Prof. Dr. N., ehem. Leiter der Abt. für Forensische Psychiatrie Universität München (LMU), hat fachlich unangreifbar aufgezeigt, dass dem psychiatrischen Gerichtsgutachten zur Persönlichkeit des Opfers gravierende Mängel anhaften, die vor allem in einem Zirkelschluss der Gerichtsgutachterin gipfeln. Dieser Zirkelschluss wurde vom Erst- und auch vom Berufungsgericht völlig übergangen.

7. Besonders gravierend ist, dass die Ton- und Bildaufnahme (DVD) der kontradiktorischen Vernehmung des vermeintlichen Opfers im Aussage-gegen-Aussage-Verfahren nicht einmal der psychiatrischen Sachverständigen vorlag, und trotz Antrags auch der ohnehin der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Verteidigung zur Erstellung der Berufung nicht zur Verfügung gestellt wurde.

Diese gravierende Verletzung der Akteneinsicht hat der Beschwerdeführer auch durch einen gesonderten Antrag auf Normenkontrolle gegen die Bestimmung des § 165 Abs. 5 a StPO, welcher ausdrücklich die Herausgabe der hier einzigen authentischen Vernehmung des vermeintlichen Opfers (DVD) ausschließt, bekämpft.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung nach § 84 Abs. 4 StGB, sohin eine strafrechtliche Anklage, zugrunde.

Der Verfassungsgerichtshof hat zwar ein Verfahren auf Normenkontrolle zunächst eingeleitet und wurde auch von der Republik Österreich eine Stellungnahme zur Normenkontrolle des § 165 Abs. 5 a StPO eingeholt. In der Folge hat jedoch der Verfassungsgerichtshof – ohne Durchführung einer öffentlichen Verhandlung – in dieser strafrechtlichen Angelegenheit den Antrag zurückgewiesen.

Dadurch hat der Verfassungsgerichtshof genauso wie in einer strafrechtlichen Sache entschieden und ist hierdurch eine Verletzung des Rechtes auf eine öffentliche Verhandlung in strafrechtlichen Angelegenheiten erfolgt.

Darüber hinaus wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im Strafverfahren entgegen der schriftlichen Begründung des Berufungsurteiles, welche auch in diesem Verfahren vorgelegt wird, die dort zitierte Entscheidung, die angeblich zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung gefällt worden sein soll und weder in der mündlichen Verhandlung, noch sonst dem Beschwerdeführer zugestellt wurde, obwohl dies ohne Weiteres möglich war, zitiert ist.

Diese dort zitierte Entscheidung ist daher rechtlich nicht existent.

Der Beschwerdeführer wurde daher auch in einer Strafsache in seinem rechtlichen Gehör gravierend verletzt.

Die gegenständliche Entscheidung bewirkt daher die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in seiner früheren ständigen Judikatur aufgezeigte Verletzung des rechtlichen Gehörs, zumal weder eine mündliche Verhandlung anberaumt wurde noch die relevanten Entscheidungen dem Beschwerdeführer in einer Strafsache zugestellt wurden bzw. Akteneinsicht gewährt wurde.

D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

**F. Angabe der geltend gemachten Verletzung(en) der Konvention und/oder Protokolle und Begründung der Beschwerde**

61. Geltend gemachter Artikel	Erläuterung
Art. 6 EMRK	<p>In sog. "Normenkontrollverfahren" - das sind solche, die eine Aufhebung eines generellen Rechtsaktes (vor allem eines Gesetzes oder einer Verordnung) - intendieren, fungiert der Verfassungsgerichtshof in Österreich als <i>e i n z i g e</i> (= erste und letzte) Instanz. Der Typus des vom VfGH durchzuführenden Verfahrens (Normenkontrollverfahren, Grundrechtsbeschwerde, Klage wegen eines vermögensrechtlichen Anspruches etc.) kann jedoch keinen Unterschied dahin machen, ob die Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Tragen kommen oder nicht, bzw. anders gewendet: Liegt einem solchen Normenkontrollverfahren eine "strafrechtliche Anklage" oder ein "civil right" zu Grunde, dann müssen auch in einem solchen Verfahrenstypus die Grundsätze der Fairness gewahrt werden. Dies gilt erst recht dann, wenn ein derartiges Verfahren auf Antrag einer Individualperson (wie hier: des Beschwerdeführers) als Träger der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK eingeleitet wurde!!!</p> <p>Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ist die Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens geboten. Essentieller Ausdruck dessen ist der Grundsatz der Waffengleichheit; dieser bildet einen integrierenden Wesenszug des fairen Verfahrens.</p> <p>Eine effektive Wahrnehmung der Parteienrechte setzt ferner einen Anspruch auf Akteneinsicht voraus. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen können den Grundsatz der Aktenvollständigkeit und den Anspruch auf volle Aktenkopie gem. Art. 6 EMRK nicht substantiell beschneiden. Beschränkungen können allenfalls im Ermittlungsverfahren der Behörde (Staatsanwaltschaft) bestehen, nicht mehr hingegen in einem gerichtlichen Berufungsverfahren und schon gar nicht dann, wenn für die Erstellung der Berufung alle Aktenteile, insbesondere die einzige authentische Aussage des vermeintlichen Opfers (in Form einer DVD), zwingend benötigt werden.</p> <p>Durch die Nichtherausgabe der Bild- und Tonaufnahme der kontradiktorischen Vernehmung (DVD) an seinen Rechtsvertreter - der im Übrigen einer beruflichen (standesrechtlichen) Schweigepflicht unterliegt - wird die im Widerspruch zu Art. 6 EMRK vorgenommene Beschneidung des Fragerechtes des Beschwerdeführers überdeutlich.</p> <p>Gravierend war diese Beschneidung iSd Art. 6 EMRK insbesondere auch deshalb, weil die DVD nicht einmal der psychiatrischen Sachverständigen im Zuge der Erstellung ihres Gutachtens vorlag - die Sachverständige hat einfach die Äußerung der Zeugin ohne nähere eigenständige Prüfung als wahr unterstellt!!!</p> <p>In einem Aussage-gegen-Aussage-Verfahren muss aber die Bild- und Tonaufnahme für das Berufungsverfahren der Verteidigung auf ihren Antrag jedenfalls zur Verfügung gestellt werden.</p>
Art. 13 EMRK	<p>Eine unzulässige und sachlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der Akteneinsicht stellt darüber hinaus auch eine Verletzung der Gewährleistung auf einen effektiven Rechtsschutz im Sinne des Art. 13 EMRK dar.</p>

## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

10 / 13

### G. Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Artikel 35 Absatz 1 der Konvention

Bestätigen Sie für jeden Beschwerdepunkt, dass Sie die im betroffenen Land verfügbaren Rechtsbehelfe einschließlich aller Rechtsmittel eingelegt haben, und geben Sie zum Nachweis der Einhaltung der Sechs-Monats-Frist auch das Datum an, an dem die letzte innerstaatliche Entscheidung erging und Ihnen zugestellt wurde.

63. Beschwerdepunkt	Angabe der eingelegten Rechtsmittel und Datum der letzten Entscheidung
	Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 11.06.2019, G 20/2019-18, zugestellt am 10.07.2019





## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

12 / 13

### I. Liste der beigefügten Unterlagen

Sie sollten vollständige und lesbare *Kopien* sämtlicher Unterlagen beifügen. Unterlagen werden nicht an Sie zurückgeschickt. Es liegt daher in Ihrem eigenen Interesse, Kopien und keine Originale einzureichen. Sie **MÜSSEN**:

- Unterlagen nach Datum und Art des Verfahrens sortieren;
- alle Seiten fortlaufend nummerieren; und
- Unterlagen **NICHT** heften, klammern oder kleben.

70. Bitte führen Sie hier Ihre Unterlagen in chronologischer Reihenfolge mit knapper und präziser Beschreibung auf. Geben Sie für jedes Dokument die Seitennummer an, auf der es sich befindet

1.	_____	S.	_____
2.	_____	S.	_____
3.	_____	S.	_____
4.	_____	S.	_____
5.	_____	S.	_____
6.	_____	S.	_____
7.	_____	S.	_____
8.	_____	S.	_____
9.	_____	S.	_____
10.	_____	S.	_____
11.	_____	S.	_____
12.	_____	S.	_____
13.	_____	S.	_____
14.	_____	S.	_____
15.	_____	S.	_____
16.	_____	S.	_____
17.	_____	S.	_____
18.	_____	S.	_____
19.	_____	S.	_____
20.	_____	S.	_____
21.	_____	S.	_____
22.	_____	S.	_____
23.	_____	S.	_____
24.	_____	S.	_____
25.	_____	S.	_____

## D. BESCHWERDE AN DEN EGMR

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte - Beschwerdeformular

13 / 13

### Sonstige Anmerkungen

Haben Sie weitere Anmerkungen zu Ihrer Beschwerde?

71. Anmerkungen


### Erklärung und Unterschrift

Ich erkläre nach bestem Wissen und Gewissen, dass die von mir im vorliegenden Beschwerdeformular gemachten Angaben richtig sind.

72. Datum

T	T	M	M	J	J	J	J

z. B. 27/09/2015

Der/die Beschwerdeführer oder der/die Bevollmächtigte(n) müssen in diesem Feld unterschreiben.

73. Unterschrift(en)  Beschwerdeführer  Bevollmächtigte(r) - bitte Zutreffendes ankreuzen

--

### Bestätigung der Kontaktperson

Bei mehreren Beschwerdeführern oder Bevollmächtigten geben Sie bitte Name und Anschrift derjenigen Person an, mit der der Schriftwechsel des Gerichtshofs erfolgen soll. Wenn der Beschwerdeführer vertreten wird, erfolgt der Schriftwechsel des Gerichtshofs nur mit diesem Vertreter (Rechtsanwalt oder nicht anwaltlicher Vertreter).

74. Name und Anschrift  des Beschwerdeführers  des Bevollmächtigten - bitte Zutreffendes ankreuzen

Dr. B A, Rechtsanwalt

< Adr >

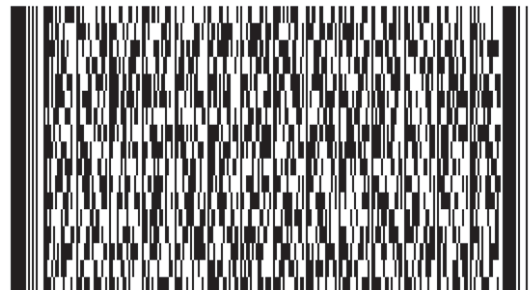
ÖSTERREICH

Tel 0043 ...

E-Mail: office@ra-...at

**Unterschreiben Sie das vollständig ausgefüllte  
Beschwerdeformular und senden Sie es an:**

The Registrar  
European Court of Human Rights  
Council of Europe  
67075 STRASBOURG CEDEX  
FRANCE



### III. Unterlagen für die praktische Falllösung

#### A. Revision an den VwGH

##### 1. Verfassungsrechtlich-essentielle Elemente der Revision (Art 133 B-VG)

- ▷ Prozessgegenstand: Erkenntnis oder Beschluss eines VwG
- ▷ Vorbringen: Rechtswidrigkeit (nicht bloß: Unzweckmäßigkeit = Ermessenshandhabung)
- ▷ Zulässigkeit: Nur bei Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, dh:
  - Abweichen von VwGH-Judikatur
  - Uneinheitlichkeit der VwGH-Judikatur
  - Fehlen von VwGH-Judikatur
  - Sonstige grundsätzliche Rechtsfrage (zB Notwendigkeit bzw Sinnhaftigkeit der Änderung der bisherigen VwGH-Judikatur)
- ▷ Gesetzlicher Ausschluss bei geringer Geldstrafe  
(→ § 25a Abs 4 VwGG → zB VwGH v 09.11.2020, Ra 2020/01/0400 [118])
- ▷ Kein Eingriff in den Kompetenzbereich des VfGH (zB VwGH v 12.08.2020, Ra 2019/05/0099 [119])
- ▷ Revisionsberechtigung gegen **Erkenntnisse**:
  - Einzelperson, die durch das Erk in **subj-öff R** verletzt zu sein behaupten kann (Denkmöglichkeit\*; Beschwer)
  - Belangte Behörde
  - BMin in Fällen der Vollziehung von BG durch die Länder
  - spezielle einfachmateriengesetzliche Revisionsberechtigung
- ▷ Revisionsberechtigung gg Beschlüsse bedarf zusätzlich expliziter Grundlage im VwGG !!!

\* vgl zB VwGH v 20.11.2020, Ra 2019/05/0332 [120] (behauptete Verletzung des Parteiengehörs, obwohl ohnehin Einwendungen erhoben worden waren)

##### 2. Einfachgesetzlich-essentielle Elemente der Revision (§§ 21–37a VwGG)

- ▷ **Parteien (§ 21 VwGG)**:
  - Revisionswerber
  - Belangte Behörde (wenn diese nicht selbst Revision erhoben hat)
  - gegebenenfalls BMin oder LReg
  - Mitbeteiligte (bei echten Mehrparteienverfahren)
- ▷ **Eintrittsrecht der obersten Organe bei Amtsrevisionen (§ 22 VwGG)**
- ▷ **Vertretung (§ 23 VwGG): (relative) Anwaltpflicht**



[118]

VwGH 09.11.2020  
Ra 2020/01/0400

[119]

VwGH 12.08.2020  
Ra 2019/05/0099

[120]

VwGH 20.11.2020  
Ra 2019/05/0332

## A. REVISION AN DEN VWGH

---

- ▷ **Einbringung (§ 24 VwGG):**
  - beim VwG (ab Vorlage an VwGH bzw Verf-Hilfe-Anträge für aoRev: beim VwGH selbst)
  - Abfassung und Einbringung durch RA (ggf StB/WP, ausg Amtsrevisionen)
  - Ausfertigungen: für jede Partei (auch Mitbet!) + VwGH + (ggf) BMin/LReg (§ 29 VwGG); elektronisch: nur einfach
- ▷ **Eingabengebühr (§ 24a VwGG):** dzt EUR 240; Zahlungs-/Überweisungsbeleg beilegen bzw Einziehungsermächtigung erteilen
- ▷ **Akteneinsicht (§ 25 VwGG)**
- ▷ **Zulässigkeit (§ 25a VwGG)**
  - VwG muss aussprechen, ob o Rev zulässig ist
  - absolute Unzulässigkeit einer o/ao Rev (→ aber: jeweils Vorlageantrag möglich!) gegen/wenn
    - Beschluss des VwG betr Zurückweisung der Rev wegen Ungeeignetheit
    - Beschluss des VwG betr aufschiebende Wirkung
    - Beschluss des VwG betr WE oder WA
    - Beschluss des VwG betr Zurückweisung eines Vorlageantrages
    - Beschluss des VwG betr Verfahrenshilfe
    - bloß verfahrensleitende Beschlüsse des VwG
    - gesetzl. Strafe nur bis EUR 750 bzw tatsächl Strafe nur bis EUR 400 reicht  
(→ Achtung: Amtsrevision bleibt zulässig!!)
    - auf Revision verzichtet wurde
- ▷ **Frist (§ 26 VwGG): 6 Wochen; Beginn:**
  - bei Verletzung subj-öff R: mündl. Verkündung, sonst Zustellungstag
  - für belangte Behörde: wenn Zustellung erfolgt, mit Zustellungstag
  - sonstige Amtsrevisionen: Zustellungstag oder tatsächliche Kenntnis
  - bei Kenntnis von Zustellung an andere Partei kann Rev auch früher erhoben werden
  - bei Verf-Hilfeantrag: Zustelltag an RA oder Zustellung des abweisenden Beschlusses
- ▷ **Inhalt (§ 28 VwGG):**
  - Bezeichnung des Erk/Beschlusses
  - Bezeichnung des VwG
  - SVH
  - **Revisionspunkte** (= Bezeichnung verletzter subj-öff Rechte) bzw **Anfechtungsumfangserklärung** bei Amtsrevisionen
  - Gründe für die Behauptung der Rechtswidrigkeit
  - bestimmtes Begehren
  - Angaben zur Rechtzeitigkeit

## A. REVISION AN DEN VWGH

- bei ao Rev: gesonderte Angabe von Gründen, weshalb Rev entgegen Ausspruch des VwG dennoch als zulässig erachtet wird
- Beilage einer Erkenntnisausfertigung (bzw bei Verkündung: eines Nachweises für einen Erkenntnisausfertigungsantrag; bei Amtsrevision: Zustellnachweis)
- ▷ **Aufschiebende Wirkung (§ 30 VwGG):**
  - grundsätzlich keine aW
  - Zuerkennung auf Antrag, wenn keine zwingenden öff Int beeinträchtigt werden bzw einer mitbet. Partei kein unverhältnismäßiger Nachteil droht
  - Zuständigkeit: bis zur Vorlage an VwGH: VwG; ab Vorlage: VwGH
  - Modifikation der aW-Entscheidung bei Änderung der Sachlage auf Antrag bzw von Amts wegen
  - bei Zuerkennung der aW darf Erk/Beschluss weder vollstreckt noch vollzogen werden
- ▷ **Vorentscheidung durch VwG (§ 30a VwG):**
  - ordentliche Revision:
    - Zurückweisung ungeeigneter Rev durch Beschluss (→ Vorlageantrag)
    - Zurückstellung zur Verbesserung bei Form- und inhaltlichen Mängeln unter Fristsetzung → Versäumung gilt als Zurückziehung!
    - Zustellung an übrige Verfahrensparteien → Möglichkeit der Revisionsbeantwortung
    - Vorlage an den VwGH; Zustellung der Rev-Beantwortung an andere Parteien
  - außerordentliche Revision:
    - Übermittlung der ao Rev an VwGH und andere Parteien
- ▷ **Vorlageantrag an VwGH (§ 30b VwGG):**
  - wenn VwG die Revision im Vorverfahren als unzulässig zurückweist
  - Frist: 2 Wochen!
  - bei Verspätung und Unzulässigkeit: Zurückweisung durch VwG-Beschluss (Achtung: dagegen keine Rev zulässig → § 25a Abs 2 Z 2 VwGG!)
- ▷ **Einstellung (§ 33 VwGG):**
  - bei Klaglosstellung: nach Anhörung des Revisionswerbers
  - bei Zurückziehung
  - bei Widerspruch zur bisherigen VwGH-Jud: bei Versäumnis der Äußerungsfrist
- ▷ **Zurückweisung (§ 34 VwGG):**
  - bei Fristversäumnis, entschiedener Sache, Unzuständigkeit des VwGH, Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art 133 B-VG oder fehlender Legitimation
  - hinsichtlich Zulässigkeit keine Bindung an Ausspruch des VwG; Prüfung einer ao Rev anhand der gem § 28 Abs 3 VwGG vorgebrachten

## A. REVISION AN DEN VWGH

Gründe, weshalb die Rev entgegen der Auffassung des VwG dennoch als zulässig erachtet wird

- Zurückstellung zur Verbesserung bei Form- und inhaltlichen Mängeln unter Fristsetzung  
→ Versäumung gilt als Zurückziehung!
- ▷ **Abweisung/Aufhebung a limine (§ 35 VwGG):**
  - Abweisung ohne weiteres Verfahren, wenn Inhalt der Rev erkennen lässt, dass die behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen
  - Aufhebung des Erk/Beschlusses, wenn behauptete Rechtsverletzung offensichtlich ist, keine Mitbeteiligten beizuziehen sind und auch die belangte Behörde nichts Gegenteiliges vorgebracht hat
- ▷ **Vorverfahren (§ 36–37a VwGG):**

Wenn sich ao Rev zur weiteren Behandlung eignet, fordert der VwGH (bei o Rev: das VwG → § 30a VwGG) die übrigen Parteien zur Revisionsbeantwortung auf

### 3. Leading-Cases aus der Judikatur

#### 3.1. VwGH v 23.09.2014, Ro 2014/01/0033 [121]

Die Notwendigkeit der Darlegung, welche grundsätzliche Rechtsfrage zu lösen ist, obliegt bei Zulassung der o Rev sowohl dem VwG als auch dem Bf;  
»Kategorisierung von Feuerwerkskörpern« ist eine Frage der Beweiswürdigung; die Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit obliegt den VwG

Das VwG hätte darlegen müssen, welche konkrete grundsätzliche Rechtsfrage vom VwGH im Zusammenhang mit § 28 PyrTG zu lösen ist; derartige Darlegungen hat auch der Bf unterlassen; ob der Feuerwerkskörper in eine bestimmte Kategorie fällt, stellt bloß eine Frage der Beweiswürdigung dar, die vom VwGH im Allgemeinen nicht zu prüfen ist, insb dann nicht, wenn die Ausführungen des Amtssachverständigen nicht un schlüssig sind; die Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit obliegt den VwG.

→ ebenso VwGH v 23.04.2020, Ro 2020/01/0004 (kein gesondertes Vorbringen); sa VwGH v 20.07.2020, 2019/10/0153: Unzulässigkeit der Revision, wenn hinsichtlich einer tragfähigen Alternativbegründung keine grundsätzliche Rechtsfrage aufgezeigt werden kann, selbst wenn die übrigen Alternativbegründungen unzutreffend sind; VwGH v 25.09.2020, Ra 2020/05/0019: keine grundsätzliche Rechtsfrage bloß deshalb, weil dieselbe Problematik künftig auch in anderen Fällen auftreten könnte

#### 3.2. VwGH v 18.02.2015, Ra 2014/12/0017 [122]

Bei einem Ausspruch der Unzulässigkeit einer o Rev muss der Bf gesondert Gegengründe darlegen; keine grundsätzliche Rechtsfrage, wenn eine bloß die Einzelfallgerechtigkeit berührende Wertungsfrage geltend gemacht wird



[121]

VwGH 23.09.2014  
Ro 2014/01/0033



[122]

VwGH 18.02.2015  
Ra 2014/12/0017

## A. REVISION AN DEN VWGH

Wenn das VwG ausgesprochen hat, dass die Rev unzulässig ist, muss der Bf gesondert darlegen, weshalb eine Rev entgegen diesem Ausspruch als zulässig erachtet wird; hier: keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung, sondern bloß die Einzelfallgerechtigkeit berührende Wertungsfragen.

→ ähnlich VwGH v 18.06.2020, Ra 2020/07/0034 (Bindung an Revisionsvorbringen; keine Unvertretbarkeit der Rechtsansicht des VwG); VwGH v 20.07.2020, Ra 2019/10/0153 (Einzelfallbeurteilung stellt keine grundsätzliche Rechtsfrage dar, wenn diese verfahrensrechtlich einwandfrei sowie im Rahmen der VwGH-Judikatur vertretbar gelöst wurde → Unvertretbarkeit muss aufgezeigt werden).

### 3.3. VwGH v 03.05.2018, Ra 2018/11/0071 [123]

#### **Erforderlichkeit der gesonderten Begründung der Zulässigkeit der Rev einerseits und der sachlichen Begründetheit der Rev andererseits**

Der Pflicht zur Begründung der Zulässigkeit der Revision wird nicht allein durch die Angabe von Argumenten gegen die inhaltliche Rechtswidrigkeit der VwG-Entscheidung Genüge getan; hier: Bei der Geltendmachung von Verfahrensmängeln muss deren Relevanz dargetan sowie jene VwGH-Jud nach Datum und Geschäftszahl angegeben werden, von der das VwG abgewichen ist; das Argument, dass nach der angefochtenen Entscheidung mit vermehrten Befreiungsanträgen zu rechnen sein wird, begründet noch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

→ ebenso VwGH v 20.05.2020, Ra 2018/01/0369 (mündliche Bekanntgabe der Dienstnummer) und VwGH v 05.08.2020, Ra 2018/17/0191 (wortidentische Wiederholung der Begründung zur Rechtswidrigkeit auch als Begründung für die Zulässigkeit ist nicht hinreichend); VwGH v 22.09.2020, Ra 2020/05/0167 (Vermengung von Zulässigkeit und Begründetheit; ebenso VwGH v 17.09.2020, Ra 2020/07/0036).



[123]

VwGH 03.05.2018  
Ra 2018/11/0071

### 3.4. VwGH v 23.04.2018, Ra 2018/11/0066 [124]

#### **Widerspruch zur Judikatur: Angabe von Datum und Geschäftszahl; Hervorhebung der Unterschiede**

In den nach § 28 Abs 3 VwGG gesondert vorzubringenden Gründen muss konkret auf die vorliegende Rechtssache bezogen aufgezeigt werden, welche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung der VwGH zu lösen hat und in welchen Punkten von welcher Rechtsprechung des VwGH abgewichen wurde bzw welche Rechtsfrage bisher uneinheitlich oder noch nicht beantwortet wurde; außerdem muss dargetan werden, inwieweit der vorliegende Sachverhalt jenen der ins Treffen geführten VwGH-Entscheidungen gleicht und inwiefern das VwG davon abgewichen ist; daher reicht die bloße Wiedergabe von Rechtssätzen und auch die Nennung von VwGH-Entscheidungen nach Datum und Geschäftszahl nicht aus, wenn nicht zugleich die maßgeblichen Unterschiede konkret hervorgehoben werden.



[124]

VwGH 23.04.2018  
Ra 2018/11/0066

## A. REVISION AN DEN VWGH

- ebenso VwGH v 21.04.2020, Ra 2019/11/0208 (keine Angabe von VwGH-Erk); v 17.04.2020, Ra 2019/07/0107; v 12.06.2020, Ra 2020/05/0070 (BauR: Vergleich mit anderen Bundesländern); v 09.06.2020, Ra 2020/13/0015 (SV-Beweis); v 29.05.2020, Ra 2020/05/0060 (keine Auseinandersetzung mit den vom VwG zitierten VwGH-Erk); v 20.07.2020, Ra 2019/10/0153 (keine Darlegung, dass der SVH dem einer anderen VwGH-Entscheidung gleicht, hinsichtlich der VwG anders entschieden hat).
- vgl dagegen zB VwGH v 17.04.2020, Ra 2019/05/0037 (Geschoßflächenzahl); v 14.05.2020, Ra 2020/11/0014 (FS-Entzug); v 04.05.2020, Ra 2019/05/0291 (mangelhafte Begründung); v 23.06.2020, Ro 2020/11/0003 (FS-Entzug f Sexualstrafäter); v 23.06.2020, Ra 2020/03/0044 (Arrondierung); v 23.06.2020, Ra 2019/11/0209 (FS-Entzug ohne SV-Gutachten); v 03.06.2020, Ra 2019/22/0156 (Nichtdurchführung einer VH); v 03.06.2020, Ra 2018/16/0023 (fehlende SVH-Feststellungen).



[125]

VwGH 21.01.2020  
Ra 2019/16/0221

## 3.5. VwGH v 21.01.2020, Ra 2019/16/0221 [125]

**Abweichen von VwGH-Jud: Bloße Judikatur- und Literaturzitate stellen kein Aufzeigen einer grundsätzlichen Rechtsfrage dar – Wasseranschlussgebühr – keine mündliche Verkündung – Abgrenzung: Zulässigkeit/Begründetheit der Revision – Zusage eines Behördenmitarbeiters (Grundsatz von Treu und Glauben)**

§ 277 BAO normiert – anders als das VwGVG für das Vw-Strafverfahren – keinen Vorrang der mündlichen Verkündung gegenüber der schriftlichen Ausfertigung; im Übrigen wurde weder – bezogen auf die vorliegende Rechtssache – konkret aufgezeigt, welche Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung zu lösen ist, noch, in welchen Punkten die angefochtene Entscheidung von welcher VwGH-Jud abweicht; dem Gebot der Angabe von Zulässigkeitsgründen wird nicht entsprochen, wenn die in diesem Zusammenhang angeführten Argumente der Sache nach materielle Revisionsgründe darstellen; insoweit reicht nämlich die Anführung abstrakter Rechtssätze ebenso wenig aus wie die Anführung von Literaturstellen, die keine Jud-Nachweise enthalten.



[126]

VwGH 15.04.2019  
Ra 2019/02/0070

## 3.6. VwGH v 15.04.2019, Ra 2019/02/0070 [126]

**Abweichen von VwGH-Jud wurde bloß pauschal behauptet, jedoch kein nach Datum und Geschäftszahl bezeichnetes VwGH-Erk angegeben; bei Fahrerflucht reicht es hin, wenn der Lenker aufgrund konkreter Umstände auf die Möglichkeit eines Unfalls schließen musste (§ 4 StVO); keine krass fehlerhafte Beweiswürdigung**

Pauschales Vorbringen des Judikaturwiderspruchs genügt nicht – es muss zumindest ein mit Datum und Geschäftszahl bezeichnetes VwG-Erk angegeben werden; materiell reicht es hin, wenn der Fahrer den Umständen nach auf die Möglichkeit eines Unfalles schließen musste; weiters: keine krass fehlerhafte Beweiswürdigung.



3.7. VwGH v 18.02.2015, Ra 2014/03/0045 [127]

**Abweichen von VwGH-Judikatur: Anforderung an Begründungspflicht der VwG**

Begründung des VwG muss – aufeinander aufbauend und voneinander formal getrennt – 1. im Indikativ gehaltene Tatsachenfeststellung, 2. Beweiswürdigung und 3. rechtliche Beurteilung enthalten; bloße Zitierung von Äußerungen eines SV stellt keine Würdigung dar; außerdem fehlen Tatsachenfeststellungen.



[127]

VwGH 18.02.2015  
Ra 2014/03/0045

3.8. VwGH v 24.03.2014, Ro 2014/01/0011 [128]

**Abweichen von VwGH-Jud: Beweiswürdigung keine grundsätzliche Rechtsfrage**

VwGH ist als Rechtsinstanz nicht zur Überprüfung der Beweiswürdigung berufen; keine grundsätzliche Rechtsfrage, weil keine Abweichung von der VwGH-Judikatur und keine über den konkreten Einzelfall hinausreichende Bedeutung.



[128]

VwGH 24.03.2014  
Ro 2014/01/0011

3.9. VwGH v 13.02.2020, Ra 2019/02/0245 [129]

**Fehlen bzw Abweichung von VwGH-Jud – Alkoholdelikt – FS-Entzug  
Rechtsmittelverzicht durch Ankreuzen auf Formular (§ 5 StVO)**

Einwand der Nichtbelehrung über die Folgen für das FS-Entzugsverfahren ist aktenwidrig – keine grundsätzliche Rechtsfrage, wenn die diesbezügliche Beweiswürdigung unbekämpft bleibt; bloßes Ankreuzen in einem vorgefertigten Formular schließt Gültigkeit der Willenserklärung jedenfalls dann nicht aus, wenn zugleich eine umfangreiche Rechtsbelehrung erfolgte und sich kein Hinweis darauf findet, dass sich das Kreuz tatsächlich an einer ungewöhnlichen und unscheinbaren Stelle befunden hätte.

→ sa VwGH v 08.07.2020, Ra 2018/11/0018 (unzutreffende Annahme einer Klaglosstellung bei FS-Entzug).



[129]

VwGH 13.02.2020  
Ra 2019/02/0245

3.10. VwGH v 27.02.2020, Ra 2019/11/0102 [130]

**Mängelbehebung – Rechtsmissbrauch – kein Widerspruch zur VwGH-Jud  
(§ 9 VwGVG; § 13 AVG)**

Revision legt nicht dar, inwiefern die Ansicht des VwG hinsichtlich Rechtsmissbräuchlichkeit – nämlich: Erwirkung einer Fristverlängerung bei RM-Einbringung am letzten Tag der Frist durch einen Rechtsanwalt – nicht nachvollziehbar gewesen sein sollte; daher kein Raum für Mängelbehebungsauftrag.



[130]

VwGH 27.02.2020  
Ra 2019/11/0102

3.11. VwGH v 31.12.2019, Ra 2019/02/0226 [131]

**Abweichen von VwGH-Jud: Laserblocker – Beweislastüberwälzung, Beweiswürdigung, Verschulden, fehlende Ermittlungstätigkeit (§ 98a KFG)**



[131]

VwGH 31.12.2019  
Ra 2019/02/0226

## A. REVISION AN DEN VwGH

Einwand der Beweislastüberwälzung nicht konkretisiert, sondern lediglich pauschale Behauptungen; VwGH hat Beweiswürdigung nur insoweit zu überprüfen, als Rechtssicherheit infolge grober Fehlerhaftigkeit oder unvertretbarer Bewertung grob beeinträchtigt worden wäre – wurde aber vom Bf nicht aufgezeigt und ist auch für den VwGH nicht erkennbar; Gutachten wurde nicht nur anhand von Fotos, sondern auch der Stellungnahme des Zeugen zu diesen erstattet; keine näheren Revisionsausführungen zu mangelndem Verschulden und Schuldausschließungsgründen; Aktenwidrigkeit in Bezug auf Einparkhilfe und fehlende Begutachtung ausgebauter Teile; Laserblocker verkörpert hohen Unrechtsgehalt – keine Ermahnung.



[132]

VwGH 12.02.2020  
Ra 2020/02/0016

## 3.12. VwGH v 12.02.2020, Ra 2020/02/0016 [132]

**Widerspruch zur VwGH-Judikatur: Alkoholdelikt Begründungsmangel, Beweiswürdigung, Unmittelbarkeit, Überraschungsverbot (§ 5 StVO)**

Die angefochtene Entscheidung enthält eine Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung, die eine ausreichende Überprüfung durch den VwGH ermöglicht; die Beweiswürdigung ist nicht unschlüssig und damit auch nicht unvertretbar; die Bezugnahme auf die Aussage des zweiten, mit der Unfallaufnahme befassten Polizeibeamten erfolgte lediglich im Rahmen der Wiedergabe des Verfahrensganges und damit nicht in beweiswürdigender Form, sodass kein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsgebot und das Überraschungsverbot vorliegt.



[133]

VwGH 09.03.2020  
Ra 2020/02/0044

## 3.13. VwGH v 09.03.2020, Ra 2020/02/0044 [133]

**Weiterleitung – Fristversäumnis – Wiedereinsetzung – kein Widerspruch zur VwGH-Judikatur (§ 6 AVG)**

Ein WE-Grund liegt nach VwGH-Jud nur dann vor, wenn der Antragsteller durch ein krasses Fehlverhalten der zur Weiterleitung verpflichteten Behörde an der Fristeinhaltung gehindert wurde (vgl VwGH v 23.10.2014, 2012/07/0209 mwN [134]). Besteht ein Zeitraum von maximal 8 Werktagen für fristwahrende Weiterleitung, kann dessen Ausnützung jedenfalls nicht als krasses Fehlverhalten bzw extreme Verzögerung angesehen werden (VwGH v 10.09.2018, Ra 2018/19/0331 mwN [135]); dies gilt erst recht dann, wenn dieser Zeitraum kürzer ist (wie hier, wo dem VwG – abzüglich Feiertage und WE – von vornherein nur 6 Werktage zur Verfügung standen und die Weiterleitung ohnehin innerhalb von 7 Tagen erfolgte).

- ähnlich VwGH v 28.05.2020, Ra 2019/11/0135 (Zurückverweisung wg fehlenden SV-Gutachtens).
- dagegen VwGH v 26.05.2020, Ra 2019/09/0126 (Aktenwidrigkeit) u v 15.05.2020, Ra 2019/05/0102 (fehlende Begründung).



[134]

VwGH 23.10.2014  
2012/07/0209

[135]

VwGH 10.09.2018  
Ra 2018/19/0331

▷

3.14. VwGH v 13.01.2020, Ra 2019/06/0257 [136]

**Abweichen von VwGH-Jud: Einbringung der Revision beim VwGH – Weiterleitung (§§ 24 ff VwGG; § 6 AVG)**

Fristwahrung nur, wenn Übergabe an die Post noch vor Ablauf der Frist erfolgt; hier wurde die Revision jedoch erst am Tag nach Ablauf der Frist vom VwGH der Post übergeben.



[136]

VwGH 13.01.2020  
Ra 2019/06/0257

3.15. VwGH v 27.02.2020, Ra 2019/22/0205 [137]

**Widerspruch zur VwGH-Judikatur: Unschlüssige Beweiswürdigung (Art 8 EMRK; § 47 Abs 2 NAG)**

Grundsätzliche Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG nur dann, wenn Beweiswürdigung die Rechtssicherheit in unvertretbarer Weise beeinträchtigt; dies ist entweder der Fall, wenn der Denkvorgang unschlüssig ist oder die gewürdigten Beweisergebnisse nicht in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt wurden.

Hier: Davon ausgehend, dass das VwG die Internetkontakte nicht in Abrede gestellt hat, liegt ein relevanter Verfahrensfehler vor, weil nicht nachvollziehbar ist, weshalb trotz Flugtickets vom Nichtvorliegen einer Besuchstätigkeit ausgegangen wurde. Nimmt man aber Besuch an, ist nicht auszuschließen, dass ein Familienband besteht und der beantragte Aufenthaltstitel zu dessen Festigung dienen kann.



[137]

VwGH 27.02.2020  
Ra 2019/22/0205

3.16. VwGH v 16.10.2019, Ra 2019/07/0095 [138]

**Abweichen von VwGH-Jud: Rechtskräftiger wasserpolizeilicher Auftrag – Privatrechtstitel; Absehen von VH trotz Antrages; fehlerhafte Grundstücksbezeichnung (§ 138 WRG)**

Die Bewilligungspflicht der Entnahmeverrichtung steht auf Grund eines bereits in Rechtskraft erwachsenen Bescheides fest – Einrede der Unzuständigkeit wg Privatrechtstitel geht daher fehl; ist aufgrund der Akten zu erkennen, dass eine öffentl. VH nichts zur Ermittlung der objektiven Wahrheit beitragen kann, kann VwG trotz Antrages davon absehen, insbesondere, wenn Bf dem bloß nicht näher substantiierte Einreden entgegenhält; fehlerhafte Bezeichnung ist unbeachtlich, wenn allen Verfahrensparteien klar ist, um welches Grundstück es tatsächlich geht – jederzeit korrigierbarer Fehler.



[138]

VwGH 16.10.2019  
Ra 2019/07/0095

3.17. VwGH v 29.03.2019, Ra 2017/04/0136 [139]

**Abweichen von VwGH-Jud: Gewinnbetriebsplan – Beeinträchtigung eines Golfclubs – Parteistellung und subjektiv-öffentliche Rechte (§ 138 WRG)**

Da der Bf nicht die Stellung der Inhaberin einer der in § 116 Abs 3 Z 3 MinROG genannten Einrichtungen (Heime, Krankenanstalten, ...) zukommt, weil die Art



[139]

VwGH 29.03.2019  
Ra 2017/04/0136

## A. REVISION AN DEN VWGH

des Aufenthalts von Golfclubmitgliedern nicht jener von Patienten, Hotelgästen oÄ vergleichbar ist, kann der Golfclub keines der in dieser Bestimmung genannten Rechte geltend machen. Außerdem wurde mit einem bloßen Hinweis auf eine nicht näher bezeichnete Stellungnahme, in der Einwendungen enthalten gewesen sein sollen, nicht fallbezogen-konkret dargetan, welches Vorbringen übergangen wurde, sodass der geltend gemachte Verfahrensmangel nicht nachvollziehbar ist. Insgesamt wurde somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen.

→ sa **VwGH v 20.11.2020, Ra 2019/05/0332**: Nichtverlesung eines Schriftsatzes in der VH.

→ speziell zum Verfahrensmangel »(Nichtdurchführung einer) öffentliche(n) Verhandlung«:

**VwGH v 22.12.2020, Ra 2020/11/0215**: keine Darlegung der Relevanz des Verfahrensmangels (civil right)

**VwGH v 04.12.2020, Ra 2020/05/0157**: sachverhaltsbezogenes Beschwerdevorbringen – VH wäre jedenfalls durchzuführen gewesen (civil right)

**VwGH v 22.12.2020, Ra 2020/11/0101**: Erstmalige Annahme eines Alkoholmissbrauchs in der Entscheidungsbegründung (FS-Entzug)

**VwGH v 03.07.2020, Ra 2019/06/0036**: Kein Versäumen der WH (und somit auch keine WE erforderlich/nötig), wenn Ladung nicht ordnungsgemäß erfolgte

**VwGH v 13.09.2016, Ra 2016/03/0085**: VH lässt keine SVH-Klärung erwarten, wenn  
1.) SVH nicht bestritten wurde,  
2.) kein Antrag auf VH und kein Beweisantrag gestellt wurde und  
3.) keine Fragen der Beweiswürdigung relevant sind

**VfGH v 21.09.2020, E 4111/2019**: Verlegungsantrag ohne Begründung ignoriert – Willkür



[140]

VwGH 31.01.2018  
Ra 2017/15/0007

3.18. **VwGH v 31.01.2018, Ra 2017/15/0007 [140]**

**Fehlende VwGH-Judikatur verkörpert nicht zwangsläufig grundsätzliche Rechtsfrage – Widersprüchliche SV-Gutachten – Einzelfallgerechtigkeit ist Sache der VwG**

Angefochtenes Erk hat ausschließlich die Abweisung des Antrages auf Aufhebung des ESt-Bescheides zum Gegenstand – daher kommt nur eine Verletzung im »Recht auf Aufhebung dieses Bescheides« in Betracht.

## A. REVISION AN DEN VWGH

→ ähnlich VwGH v 06.05.2020, Ra 2020/02/0048 (Feststellungsbescheid); VwGH v 25.06.2020, Ra 2020/02/0116 (Unionsrechtswidrigkeit u Bindung an SVH); VwGH v 31.07.2020, Ra 2020/02/0028 (§ 102 Abs 11 KFG: Verpflichtung zum Öffnen der Motorhaube bei Verdacht auf Laserblocker).

→ vgl dagegen VwGH v 04.05.2020, Ra 2020/03/0009 (Gefahrguttransport – Serienverträge); v 29.05.2020, Ra 2019/10/0096 (»technisches procedere« bei Zutat iSd LMSVG).

### 3.19. VwGH v 11.04.2018, Ra 2017/12/0038 [141]

**Fehlende VwGH-Judikatur verkörpert nicht zwangsläufig grundsätzliche Rechtsfrage – Widersprüchliche SV-Gutachten – Einzelfallgerechtigkeit ist Sache der VwG**

Beweiswürdigung stellt nur dann eine grundsätzliche Rechtsfrage dar, wenn diese in unvertretbarer, die Rechtssicherheit beeinträchtigender Weise vorgenommen wurde; Gutachten vergleichsweise überzeugender, wenn das Gegengutachten innere Widersprüche aufweist oder der anerkannten wissenschaftlichen Fachliteratur weniger entspricht; allein das Fehlen von VwGH-Jud stellt noch keine grundsätzliche Rechtsfrage dar, insb dann nicht, wenn bloß die Einzelfallgerechtigkeit tangierende Wertungsfragen aufgeworfen werden; keine unvertretbaren Schlussfolgerungen.

→ VwGH v 03.08.2020, Ra 2020/09/0032: grundsätzliche Rechtsfrage nur, wenn Beweiswürdigung grob fehlerhaft erfolgte; VwGH v 20.10.2020, Ra 2020/22/0036: zur Beurteilung der Frage, ob Scheinehe vorlag, wäre eine Einvernahme der Ehegattin geboten gewesen; VwGH v 22.12.2020, Ra 2019/04/0014: Feststellungspflicht der VwG betrifft Darstellung der aufgrund der Ermittlungsergebnisse rechtlich relevanten Tatsachen, der (davon getrennt) eine Darstellung der beweiswürdigen Überlegungen voranzugehen hat; VwGH v 15.09.2020, Ra 2020/18/0152: Keine Feststellungen zur CoViD-19-Situation im Heimatstaat des Fremden; VwGH v 13.11.2020, Ra 2020/07/0101: Eingehende Begründung dafür erforderlich, weshalb das Gutachten des ASV überzeugender ist.

### 3.20. VwGH v 23.01.2020, Ra 2019/07/0093 [142]

**Fehlende VwGH-Jud: Bescheidzustellung an alle Miteigentümer (§ 5 OöWVG); Ö-Normen als Richtlinien für SV; rechtliches Gehör**

aa) zur Zurückweisung: Aus den von der Bf angeführten VwGH-Erk kann keine Bindungswirkung an den Bewilligungsbescheid abgeleitet werden, sodass insoweit keine grobe Fehlbeurteilung des VwG vorliegt. Ö-Normen, denen durch Gesetz, VO oder sonstigen Rechtsakt nicht explizit Verbindlichkeit zuerkannt ist, können seitens eines Sachverständigen dennoch als Richtschnur für den Stand der Technik herangezogen werden, sofern dies nicht in unschlüssiger Weise erfolgt (was der Bf im Wege eines Gegengutachtens aufzuzeigen hat). Die Nichtge-



[141]

VwGH 11.04.2018  
Ra 2017/12/0038



[142]

VwGH 23.01.2020  
Ra 2019/07/0093

## A. REVISION AN DEN VWGH

wahrung einer Stellungnahmemöglichkeit (Verletzung des rechtlichen Gehörs) stellt einen Verfahrensmangel dar, hinsichtlich dessen Relevanz sich jedoch keine Ausführungen in der Revision finden.

bb) zur Abweisung: Ein Anschlussverpflichtungsbescheid – und insoweit fehlte es bislang an Rsp des VwGH – muss zwar allen Liegenschaftseigentümern gegenüber ergehen; dies kann jedoch auch in Form gesonderter Schriftstücke erfolgen, wobei eine Vollstreckung erst dann zulässig ist, wenn die Einzelbescheide allen Miteigentümern gegenüber in Rechtskraft erwachsen sind.



[143]

VwGH 24.02.2020  
Ra 2019/07/0119

## 3.21. VwGH v 24.02.2020, Ra 2019/07/0119 [143]

**Kein Abweichen, keine fehlende VwGH-Jud (Anschlusspflicht an Wasserversorgungsanlage); unmaßgebliche Rechtsänderung; Neuerungsverbot; Begründungsmangel (»copy & paste«) (§ 6 OöWVG)**

Keine grundsätzliche Rechtsfrage, wenn spätere Norm von der früheren Regelung nur unmaßgeblich abweicht oder diese präzisiert; daran, dass der Antragsteller die Unverhältnismäßigkeit der Kosten näher spezifizieren muss, hat sich jedenfalls nichts geändert.

Hinsichtlich des Arguments der Alternativleitung handelt es sich um eine unzulässige Neuerung; darunter fällt auch ein rechtliches Vorbringen, das sich auf das Unterlassen von Ermittlungen stützt, die deshalb unterblieben sind, weil diesbezüglich im behördlichen und im VwG-Verfahren nichts vorgebracht wurde. Soweit es den Vorwurf eines bloßen »copy-and-paste«-Verfahrens betrifft, wurde kein Begründungsmangel aufgezeigt, der eine Überprüfung durch den VwGH verunmöglichen würde.



[144]

VwGH 02.09.2014  
Ra 2014/18/0062

## 3.22. VwGH v 02.09.2014, Ra 2014/18/0062 [144]

**Keine grundsätzliche Rechtsfrage bei klarer Rechtslage**

Keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, wenn die Rechtslage bzw der Normtext eindeutig ist.

→ ebenso VwGH v 25.01.2017, Ra 2016/12/0117.



[145]

VwGH 08.08.2018  
Ra 2018/10/0076

## 3.23. VwGH v 08.08.2018, Ra 2018/10/0076 [145]

**Geltendmachung verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Bedenken**

Die Geltendmachung verfassungsrechtlicher Fragen ist mangels Zuständigkeit des VwGH nicht geeignet, die Zulässigkeit einer Rev zu begründen; hinsichtlich unionsrechtlicher Bedenken wäre die Rev zwar grundsätzlich zulässig, hier jedoch deshalb nicht, weil die unionsrechtliche Rechtslage klar und somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen ist.

### 3.24. VwGH v 14.11.2019, Ra 2018/11/0132 [146]

#### Fehlende Judikatur hinsichtlich Abnahme von Kennzeichen und Zulassungsschein; Absehen von Verkündung des Erkenntnisses – Relevanz des Verfahrensmangels (§ 58 KFG)

Frage der Beschwerdelegitimation für Ausgang der Revision nicht relevant, weil VwG diese ohnehin bejaht hat; Ansicht, dass bloßes Abschalten des Laserblockers nicht dauerhaft effektiv ist, war vertretbar; hinsichtlich einer fehlenden Judikatur zu § 10 PBStVO wurde keine konkrete Rechtsfrage präzisiert; Absehen von Verkündung ist zwar Verfahrensmangel, aber dessen Relevanz wurde nicht aufgezeigt.



[146]

VwGH 14.11.2019  
Ra 2018/11/0132

### 3.25. VwGH v 21.04.2020, Ra 2019/17/0122 [147]

#### Zulässigkeitsgründe

Den Anforderungen an eine gesonderte Darlegung der Begründung der Zulässigkeit der Revision kann nicht dadurch entsprochen werden, dass insoweit die für die inhaltliche Begründetheit der Revision geltend gemachten Gründe bloß wiederholt werden.

- ebenso VwGH v 05.08.2020, Ra 2018/17/0191; ähnlich VwGH v 29.05.2020, Ra 2020/05/0051 (bloße Wiedergabe des Akteninhalts).



[147]

VwGH 21.04.2020  
Ra 2019/17/0122

### 3.26. VwGH v 05.06.2020, Ra 2020/05/0062 [148]

#### Revisionspunkte

Es gibt kein subjektiv-öffentliches Recht auf eine richtige Anwendung von durch Paragraphenzahlen bezeichneten Bestimmungen.

- ebenso VwGH v 20.10.2020, Ra 2020/05/0194; v 21.08.2020, Ra 2020/07/0064; v 20.08.2020, Ra 2020/05/0142.
- sa VwGH v 12.11.2020, Ra 2020/06/0242 (eingeschränkte Parteistellung im straßenrechtl Verfahren); v 25.11.2020, 2020/02/0174 (Strafbemessung – keine krasse Fehlbeurteilung).



[148]

VwGH 05.06.2020  
Ra 2020/05/0062

### 3.27. VwGH v 18.06.2020, Ra 2020/05/0063 [149]

#### Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung

Baurecht: Interessenabwägung »irreversible Beeinträchtigung« vs »Verzögerung«  
sa VwGH v 29.07.2020, Ra 2020/02/0168-3, v 21.09.2020, Ra 2020/07/0079-3, v 27.10.2020, Ra 2020/07/0105-4, und v 19.12.2020, Ra 2020/21/0520-6 (jeweils Abweisung), bzw VwGH v 17.09.2020, Ra 2020/11/0156-3, und v 17.09.2020, Ra 2020/11/0157-3 (jeweils Stattgabe)



[149]

VwGH 18.06.2020  
Ra 2020/05/0063

## B. ANTRÄGE/BESCHWERDEN AN DEN VfGH/EGMR

VfGH v 14. 12. 2020, E 4240/2020-4, v 18. 12. 2020, E 3847/2020-4, v 22. 10. 2020, E 3583/2020-6, und v 06. 08. 2020, E 2550/2020-4 (jeweils Abweisung), bzw VfGH v 06. 11. 2020, E 3789/2020-4 (Stattgabe).



[150]

VwGH 25.06.2020  
Ra 2020/07/0042

### 3.28. VwGH v 25.06.2020, Ra 2020/07/0042 [150]

#### Präklusion

Der Revisionswerber hat nicht behauptet, dass die aufgelegten Pläne nicht jene Informationen vermittelten, die er zur Geltendmachung seiner subjektiven Rechte im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren benötigte.

→ dagegen VwGH v 25.06.2020, Ra 2018/07/0455: Keine Präklusion, wenn und soweit der Gegenstand des Genehmigungsverfahrens vom kundgemachten Verhandlungsgegenstand abweicht.

## B. Anträge/Beschwerden an den VfGH/EGMR

### 1. Verfassungsrechtlich-essentielle Elemente der Erkenntnisbeschwerde

- ▷ Beschwerde gegen ein VwG-Erkenntnis mit der Behauptung
  - dadurch in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt worden zu sein (**Grundrechtsbeschwerde**) oder
  - wegen Anwendung eines verfassungswidrigen G (StV, KM) oder einer gesetzwidrigen VO in subjektiven Rechten verletzt worden zu sein (**Normenbeschwerde**)
- ▷ VfGH kann die Beschwerde **a limine ablehnen**, wenn
  - diese keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat **oder**
  - durch die VfGH-Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist
- ▷ Abtretung an VwGH über (auch nachträglichen) Antrag des Bf
  - **Beachte:** Dadurch wird die Revisionsfrist (neu) in Gang gesetzt, »Beschwerde« wird zu einem »aliud« (näml: »Revision«)
  - VwGH ist an Vorentscheidung(en) des VfGH nicht gebunden!
- ▷ Zulässigkeit von Beschwerden gg Beschlüsse eines VwG: Negativkatalog in § 88a VfGG [151], insb:
  - Keine Beschwerdemöglichkeit gegen den Ausspruch der Revisionszulässigkeit an VwGH



[151]

§ 88a VfGG idGF

### 2. Einfachgesetzlich-essentielle Elemente der Erkenntnisbeschwerde

- ▷ Frist: 6 Wochen, beginnt ab Zustellung des VwG-Erk bzw der Entscheidung des VfGH über den Verfahrenshilfeantrag; vorzeitige Beschwerdeerhebung



## B. ANTRÄGE/BESCHWERDEN AN DEN VfGH/EGMR

zulässig, wenn das VwG-Erk bereits einer anderen Partei zugestellt wurde und der Bf davon Kenntnis erlangt hat; Sonderregelung bzgl mündlicher Verkündung und Verzicht wie im VwGH-Verfahren (§ 82 Abs 1–Abs 3b VfGG)

- ▶ Inhalt/Ausgestaltung (§ 82 Abs 4 und 5 VfGG [152]):
  - Bezeichnung des angefochtenen Erk und des VwG
  - Sachverhalt
  - Angabe, ob Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleistetem Recht (= **Grundrechtsbeschwerde**) und/oder
  - (unter jeweiliger Bezeichnung der entsprechenden Norm) Verletzung subjektiver Rechte durch Anwendung eines vfwidrigen G und/oder einer gesetzwidrigen VO (= **Normenbeschwerde**) geltend gemacht wird
  - bestimmtes Begehren
  - Angaben zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit
  - Anschluss einer Ausfertigung des VwG-Erk
- ▶ Ablehnung der Beschwerde (§ 84 Abs 1 VfGG [153]): durch Beschluss, der kurz zu begründen ist,
  - a. wegen fehlender Erfolgsaussicht oder
  - b. weil die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist
- ▶ ex lege keine aW; kann auf Antrag des Bf zuerkannt werden, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen oder Interessen einer mitbeteiligten Partei entgegenstehen (§ 85 VfGG [154] → sa § 20a VfGG [»EV«])
- ▶ im Falle einer Stattgabe hebt der VfGH das angefochtene Erk auf; VwG und Beh sind verpflichtet, den der Rechtsmeinung des VfGH entsprechenden Zustand herzustellen (§ 87 Abs 1 und 2 VfGG [155])
- ▶ bei Ablehnung oder Abweisung der Beschwerde kann binnen 2 Wochen ein Antrag auf Abtretung an den VwGH gestellt werden → **Achtung: »Beschwerde« wird zu einem »aliud« (= »Revision«) → in der Folge gelten die Bestimmungen des VwGG über die o/ao Revision in vollem Umfang!**
- ▶ Der unterliegenden Partei kann der Ersatz von Prozesskosten auferlegt werden (§ 88 VfGG [156]) → der Rechtsträger des VwG kann keinen Prozesskostenersatz geltend machen (weil das belangte VwG nicht Partei des VfGH-Verfahrens ist)!
- ▶ Bezüglich der Beschlüsse der VwG gelten die für Erk maßgeblichen Bestimmungen grundsätzlich analog; gegen folgende Beschlüsse ist jedoch a priori keine VfGH-Beschwerde zulässig:
  - Beschlüsse betreffend die Zurückweisung einer Revision, eines Fristsetzungsantrages oder eines Vorlageantrages
  - Beschluss hinsichtlich aW einer Revision
  - Beschluss hinsichtlich WE/WA im Konnex mit einer Revision
  - Beschluss über einen Verfahrenshilfeantrag



[152]

§ 82 VfGG idgF



[153]

§ 84 VfGG idgF



[154]

§ 85 VfGG idgF



[155]

§ 87 VfGG idgF



[156]

§ 88 VfGG idgF

## B. ANTRÄGE/BESCHWERDEN AN DEN VfGH/EGMR



[157]

VfGH 28.11.2019  
A 18/2019

[158]

VfGH 24.09.2019  
A 12/2019

[159]

VfGH 08.06.2020  
V 361/20203. **Leading-Cases aus der Judikatur**

## 3.1. VfGH v 28.11.2019, A 18/2019 [157]

**Wr. WettenG: Magistrat Wien als passivlegitimierte Partei**

Behördliche Beschlagnahme und Verfall von Bargeld – Aufhebung durch VwG – Klage auf Rückzahlung samt Zinsen und Prozesskosten – Teilerkenntnis – Ergebnis: Euro 35,69.

## 3.2. VfGH v 24.09.2019, A 12/2019 [158]

**Staatshaftungsklage – Zurückweisung**

Die zitierten VfGH-Erkenntnisse betreffen nicht die Klägerin, sondern eine andere Partei; außerdem ist das Verfahren betreffend die Gebührenschuld noch beim BFinG anhängig; und schließlich liegt auch hinsichtlich des Insolvenzantrages ebenfalls noch keine letztinstanzliche Entscheidung vor.

## 3.3. VfGH v 08.06.2020, V 361/2020 [159]

**Zurückweisung eines Individualantrages**

Unmittelbare Betroffenheit – Umwegsunzumutbarkeit: Wurde gegen eine von Maßnahmen einer auf Grund des CoViD-19-Gesetzes erlassenen Verordnung betroffene Person bereits eine Strafverfügung erlassen, kann dagegen ein Rechtsmittel erhoben werden; dieser Umweg ist zumutbar, sofern nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen.

## 3.4. VfGH v 26.11.2020, E 2419/2020 (nicht online allgem zugänglich veröffentlicht)

Die vorliegende Beschwerde rügt die Verletzung in näher bezeichneten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten. Nach den Beschwerdebehauptungen wären diese Rechtsverletzungen aber nur die Folge einer – allenfalls grob – unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen sowie insbesondere der Frage, ob vom Landesverwaltungsgericht ... innerstaatliche einfachgesetzliche Normen oder unionsrechtliche Normen anzuwenden waren, sind spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen nicht anzustellen (VfSlg 14886/1997).

## 3.5. VfGH v 09.07.2020, E 1645/2020 (nicht online allgem zugänglich veröffentlicht)

**Abtretung der Beschwerde an den VwGH**

Hinsichtlich des Systems der Abtretung an den VwGH nach dem Inkrafttreten der B-VG-Novelle BGBl I 50/2012 vgl grundlegend VfSlg 19867/2014: Abtretung löst nur den Lauf der Revisionsfrist neu aus → der VwGH hat dann nicht über die abgetretene Beschwerde, sondern nur mehr über die darauf hin eingebrachte Revision zu entscheiden.

## B. ANTRÄGE/BESCHWERDEN AN DEN VfGH/EGMR

## 3.6. EGMR v 05.03.2020, 4051/20 (nicht online allgem zugänglich veröffentlicht)

**Unzulässigkeit der Beschwerde – EGMR fungiert nicht als eine »oberste Instanz«**

»The court finds that, insofar as the applicant complains of the domestic courts' assessment of the evidence and interpretation of the law and challenges the outcome of the proceedings, the application is of a ›fourth instance‹ nature. The applicant was able to make submissions before the courts which answered those submissions in decisions that do not appear arbitrary or manifestly unreasonable, and there is nothing to suggest that the proceedings were otherwise unfair.

Accordingly, these complaints are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention.

The Court declares the application inadmissible.«

## 3.7. EGMR v 02.07.2020, 28405/20 (nicht online allgem zugänglich veröffentlicht)

**Unzulässigkeit der Beschwerde keine gravierende Rechtsbeeinträchtigung erkennbar**

»The court finds in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto and that the admissibility criteria set out in Articles 34 and 35 of the Convention have not been met.

The Court declares the application inadmissible.«

□

Holger Hembach

# HANDBUCH DER BESCHWERDE BEIM EGMR



- ▷ Zulässigkeit und Verfahren
- ▷ Beschwerdeformular
- ▷ Umfassende Aufarbeitung der Judikatur
- ▷ Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung
- ▷ Gebühren

## ÜBER DEN AUTOR

Holger Hembach ist Rechtsanwalt und berät zu Grund- und Menschenrechten. Er vertritt Mandanten in Verfahren beim EGMR, führt Fortbildungsveranstaltungen zur EMRK durch und veröffentlicht regelmäßig zu menschenrechtlichen Themen.

Vor seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt war er mehr als zehn Jahre lang für verschiedene internationale Organisationen in den Bereichen Menschenrechte und Justizreform tätig.

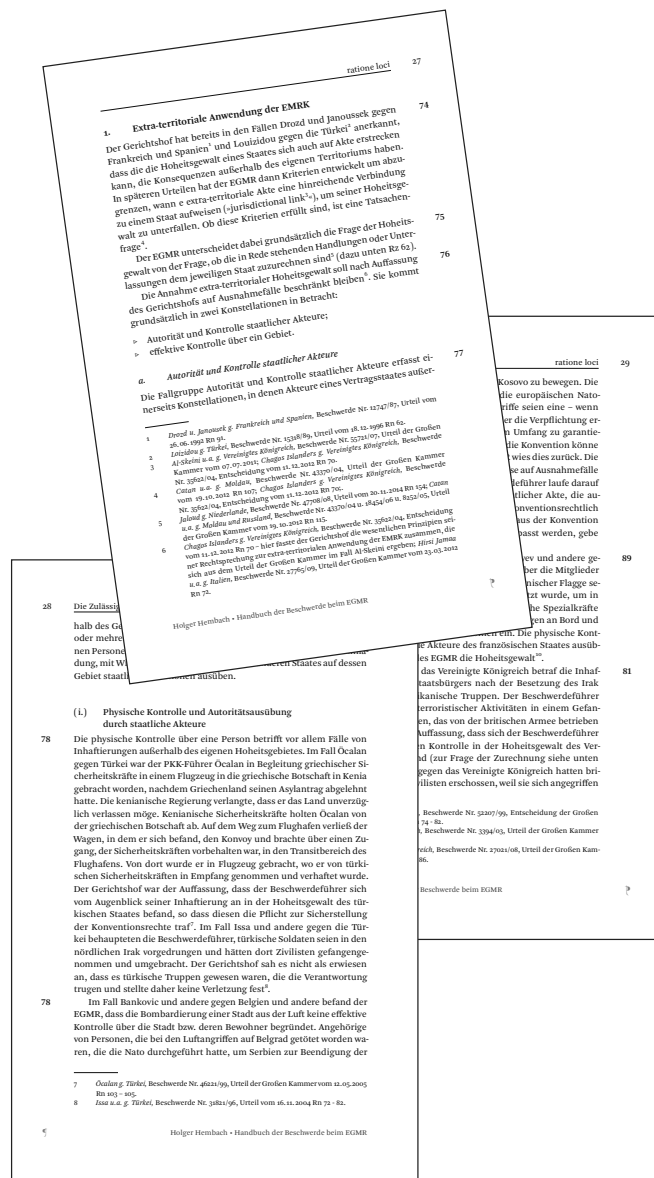
XIV, 272 Seiten | 150 × 230 mm | Festeinband  
€ 59,- | ISBN 978-3-7097-0231-4 | LIEFERBAR



**Claudia Drexel**  
Der Zugang  
zum Recht

XVIII, 338 Seiten  
150 × 230 mm  
Broschiert  
€ 85,-  
978-3-7097-0093-8

ERSCHIENEN



WWW.JAN-SRAMEK-VERLAG.AT

## Auswahl an weiterführender und lesenswerter Literatur

### Teil A: Sonstige Autoren

- ▷ *Adamovich, Ludwig/Spanner, Hans*: Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl (1957) A
- ▷ *Adamovich, Ludwig K*: Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl (1971)
- ▷ *Adamovich, Ludwig K./Funk, Bernd-Christian/Holzinger, Gerhart/Frank, Stefan*: Österreichisches Staatsrecht, 4 Bände (2014–2020)
- ▷ *Adams, Angela/Adams, Willi Paul (Hrsg)*: Alexander Hamilton/James Madison/John Jay – Die Federalist-Artikel (1994)
  
- ▷ *Bajlicz, Michael*: Erfolg und Scheitern von Bundesverfassungsreformvorhaben, ZfV 2021, 4 ff B
- ▷ *Bayer, Florian/Kreutner, Martin*: Trennen, was zu trennen ist, Die Furche v 18. März 2021
- ▷ *Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver*: Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl (2012)
- ▷ *Berka, Walter*: Verfassungsrecht, 7. Aufl (2018)
- ▷ *Berka, Walter/Binder, Christina/Kneihs, Benjamin*: Die Grundrechte – Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl (2019)
- ▷ *Berman, Harold J.*: Recht und Revolution – Die Bildung der westlichen Rechtstradition (1995)
- ▷ *Bernatzik, Edmund*: Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl (1911)
- ▷ *Binder, Bruno*: Wirtschaftsrecht, 2. Aufl (1999)
- ▷ *Binder, Bruno/Trauner, Gudrun*: Lehrbuch Öffentliches Recht, 4. Aufl (2016)
- ▷ *Buchsteiner, Jochen*: Die Flucht der Briten aus der europäischen Utopie (2018)
- ▷ *Butterweck, Hellmut*: Nationalsozialisten vor dem Volksgericht Wien, 4. Aufl (2019)
- ▷ *Bydlinski, Franz*: Fundamentale Rechtsgrundsätze (Nachdruck 2015)
  
- ▷ *Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg)*: EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 5. Aufl (2016) C
- ▷ *Cassidy, Alan*: Nachbesetzung am Supreme Court – Die Demokraten schwören schon mal Rache, Süddeutsche Zeitung vom 21. September 2020
  
- ▷ *Deutscher Bundestag – Wissenschaftlicher Dienst (Hrsg)*: Bedeutung der Europäischen Konvention für Menschenrechte und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die deutsche Gesetzgebung, WD 3-3000-162/16 vom 22. Juni 2016 D
  
- ▷ *Eder, Karl/Martschin, Christian/Schmid, Christian*: Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, 2. Aufl (2019) E
- ▷ *Ermacora, Felix*: Der Verfassungsgerichtshof (1956)
- ▷ *European Court of Human Rights (Hrsg.)*: Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial, civil limb (Stand: 31. August 2020) bzw criminal limb (Stand: 31. Dezember 2020)
  
- ▷ *Faber, Ronald*: Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) F

---

**AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR**


---

- ▷ *Fischer, Johannes/Pabel, Katharina/Raschauer, Nicolas (Hrsg):* Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl (2019)
- ▷ *Fischer, Peter:* Nein, Ungarn ist kein Rechtsstaat, Die Presse v 11.12.2020
- ▷ *Fischer, Peter/Köck, Heribert F.:* Völkerrecht, 6. Aufl (2004)
- ▷ *Fister, Mathis/Fuchs, Claudia/Sachs, Michael:* Verwaltungsgerichtsverfahren, 2. Aufl (2018)
- ▷ *Friedrich, Jörg:* Freispruch für die Nazi-Justiz – Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948 (1983)
- ▷ *Frowein, Jochen A./Peukert, Wolfgang:* Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 4. Aufl (2019)
- ▷ *Funk, Bernd-Christian:* Die »Anwendung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt« im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: D. Mayer-Maly (Hrsg), Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart (FS Hellbling – 1981)
- ▷ *Fuchs, Walter:* Was Hans Kelsen nicht sehen wollte, Die Presse vom 7. Dezember 2020

**G**

- ▷ *Gamper, Anna:* Staat und Verfassung (2007)
- ▷ *Gigerenzer, Gerd/Tomic, Manuela:* Von der Evidenz lernen, Die Furche v 26.11.2020
- ▷ *Grabenwarter, Christoph:* Völkerrecht, Recht der Europäischen Union und nationales Recht, in: Reinisch, August (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 5. Aufl (2013), RN 524 ff
- ▷ *Grabenwarter, Christoph/Fister, Mathis:* Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 6. Aufl (2019)
- ▷ *Grabenwarter, Christoph/Frank, Stefan:* Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte – B-VG (2020)
- ▷ *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina:* Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl (2021)
- ▷ *Grimm, Dieter:* Europa ja – aber welches? – Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 3. Aufl (2016)
- ▷ *Grimm, Oliver:* Brüsseler Deal mit Beigeschmack, Die Presse v 11.12.2020

**H**

- ▷ *Haas, Philipp:* Zur Bindung des VfGH an Entscheidungen der VwG im fortgesetzten Verfahren, JBl 2020, 806 ff
- ▷ *Habermas, Jürgen:* Zur Verfassung Europas – Ein Essay (2011)
- ▷ *Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay, John (Hrsg):* The Federalist Papers – A Collection of Essays Written in Favour of the New Constitution as Agreed Upon by the Federal Convention – September 17, 1787 (Nachdruck 2015)
- ▷ *Hauer, Andreas:* Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, 4. Aufl (2019)
  - *Ders.:* Staats- und Verwaltungshandeln, 5. Aufl (2017)
- ▷ *Hauer, Wolfgang/Leukauf, Otto:* Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Aufl (2004)
- ▷ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich:* Grundlinien der Philosophie des Rechts (Neuausgabe 2017)
- ▷ *Heller, Kurt:* Der Verfassungsgerichtshof (2010)
- ▷ *Helmberger, Doris:* Asche der Illusionen, Die Furche vom 18.2.2021
- ▷ *Hengstschläger, Johannes/Leeb, David:* Grundrechte, 3. Aufl (2019)
  - *Dies.:* AVG – Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Ausgabe (seit 2018)
  - *Dies.:* Verwaltungsverfahrensrecht, 6. Aufl (2018)

---

 AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR
 

---

- ▷ *Hoheneder, Lukas L.*: Die neue österreichisches Verwaltungsgerichtsbarkeit aus rechtsvergleichender Sicht (2015)
- ▷ *Holoubek, Michael/Lang Michael (Hrsg)*: Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015)
- ▷ *Holoubek, Michael/Lienbacher, Georg (Hrsg)*: GRC-Kommentar, 2. Aufl (2019)
- ▷ *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Hrsg)*: Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, 23 Bände (1984)
  
- ▷ *Jabloner, Clemens*: Kelsen verstand sich als Soziologe, Die Presse vom 14.12.2020 J
- ▷ *Janko, Andreas*: Staats- und Verwaltungsorganisation, 2. Aufl (2020)
- ▷ *Janko, Andreas/Leeb, David (Hrsg)*: Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013)
- ▷ *Jantscher, Reinhard*: Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten (2017)
  
- ▷ *Kämmerer, Jörn Axel/Schäfer, Hans-Bernd*: Der Brexit zwischen britischem Autonomiestreben und Handelsgewinnen, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2020, 856 ff K
- ▷ *Kahl, Arno/Khakzadeh, Lamiss/Schmid, Sebastian (Hrsg)*: Kommentar zum B-VG und zu den Grundrechten (2021)
- ▷ *Kahl, Arno/Raschauer, Nicolas/Storr, Stefan (Hrsg)*: Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtecharta (2013)
- ▷ *Karl, Wolfram*: 25 Jahre »Newsletter Menschenrechte«, NLMR 2017, 401 ff
- ▷ *Kelsen, Hans/Merkl, Adolf/Fröhlich, Georg*: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922)
- ▷ *Khakzadeh-Leiler, Lamiss*: Kommentar zu Art. 94 B-VG, in: Kneihls/G. Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Losenblattausgabe)
- ▷ *Klamert, Marcus/Thalmann, Peter*: EU-Recht, 2. Aufl (2018)
- ▷ *Klecatsky, Hans R.*: Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen (1967)
- ▷ *Kneihls, Benjamin*: Beschwerden, Streitigkeiten, Anträge in sonstigen Angelegenheiten – Art. 130 Abs. 2 Z. 4 B-VG
- ▷ *Kneihls, Benjamin/Lienbacher, Georg (Hrsg)*: Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattausgabe: Stand: 16.12.2020)
- ▷ *Köhler, Martin/Brandtner, Nikolaus/Schmelz, Christian (Hrsg)*: VwGVG – Kommentar zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (2020)
- ▷ *Kolonovits, Dieter/Muzak, Gerhard/Stöger, Karl*: Grundriss der österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 11. Aufl (2019)
- ▷ *Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger/Hug, Christian/Ruthig, Josef*: Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO, 27. Aufl (2021)
- ▷ *Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich/Tegethoff, Carsten/Wysk, Peter*: Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG, 22. Aufl (2021)
- ▷ *Korinek, Karl/Holoubek, Michael/Bezemek, Christoph/Fuchs, Claudia/Martin, Andrea/Zellenberg, Ulrich (Hrsg)*: Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattausgabe: Stand: 9.2.2021)
- ▷ *Kröll, Thomas*: Kommentar zu Art. 47 EGRC, in M. Holoubek – G. Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar, 2. Aufl (2019)
- ▷ *Kühne, Hans-Heiner*: Kommentar zu Art. 6 EMRK, in: K. Pabel – St. Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattausgabe seit 2013)
  
- ▷ *Larcher, Albin*: Kommentar zu § 9 VwGVG, in: Raschauer, N./Wessely (Hrsg), Kommentar zum VwGVG (2018) L
- ▷ *Larcher, Albin (Hrsg)*: Handbuch Unabhängige Verwaltungssenate (2012)

---

 AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR
 

---

- ▷ *Larcher, Albin (Hrsg):* Handbuch Verwaltungsgerichte – Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013)
- ▷ *Leeb, David:* Schluss des Ermittlungsverfahrens neu, ZVG 2019, 106 ff
- ▷ *Leeb, David/Zeinhofer, Markus:* Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Das Verfahren der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte, in: Öffentliches Recht – Jahrbuch 2014, 35 ff
- ▷ *Leidenmühler, Franz:* Europarecht – Die Rechtsordnung der Europäischen Union, 4. Aufl (2020)
  - *Ders. (Hrsg):* Grundprinzipien im Binnenmarkt (2017)
- ▷ *Leitl-Staudinger, Barbara:* Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl (2018)
- ▷ *Lobe, Adrian:* Der Algorithmus sperrt dich aus, Der Standard v 12.9.2020
- ▷ *Loick, Daniel:* Juridismus – Konturen einer kritischen Theorie des Rechts (2017)
- ▷ *Luf, Gerhard:* Grundfragen der Rechtsphilosophie und Rechtsethik (2008)
- ▷ *Luhmann, Niklas:* Legitimation durch Verfahren, 10. Aufl (1983)

**M**

- ▷ *Machreich, Wolfgang/Tanzer, Oliver:* Aufgeputscht – Politik im Rausch, Die Furche vom 14. Jänner 2021
- ▷ *Marcic, Rene:* Verfassung und Verfassungsgericht (1963)
  - *Ders.:* Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat (1957)
- ▷ *Maus, Ingeborg:* Justiz als gesellschaftliches Über-Ich – Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie (2018)
- ▷ *Mayer, Franz:* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung – Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über ultra-vires-Akte im Mehrebenensystem (2000)
- ▷ *Mayer, Heinz:* Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht – Kurzkomentar, 2. Aufl (1997)
- ▷ *Mayer, Heinz/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele/Stöger, Karl:* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl (2015)
- ▷ *Mayer, Thomas:* Kein Ende der EU-Verfahren gegen Ungarn und Polen in Sicht, Der Standard vom 19. Jänner 2021
- ▷ *Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.):* Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl (2019)
- ▷ *Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan (Hrsg):* EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl (2017)
- ▷ *Müller, Ingo:* Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz (1987)
- ▷ *Müller, Thomas:* Der EuGH als Gestalter – Durchsetzung der Aarhus-Konvention durch richterliche Rechtsfortbildung?, SPWR 2020, 401 ff
- ▷ *Muzak, Gerhard:* Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG, 6. Aufl (2020)

**N**

- ▷ *Neiman, Susan:* Widerstand der Vernunft – Ein Manifest in postfaktischen Zeiten (2017)

**O**

- ▷ *Oberndorfer, Peter:* Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983)
- ▷ *Opielka, Jan:* Polens »Hungarisierung«, Die Furche vom 18.2.2021
- ▷ *Österreichische Juristenkommission (Hrsg):* Justizstaat – Chance oder Risiko? (2014)
- ▷ *Österreichischer Juristentag (Hrsg):* Verhandlungen des 20. Österreichischen Juristentages – Die Neuordnung der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, Bd I/1 (2018) und Bd I/2 (2019)
- ▷ *Öhlinger, Theo:* Abschied von den UVS, ZUV 2012, 55
- ▷ *Öhlinger, Theo/Eberhard, Harald:* Verfassungsrecht, 12. Aufl (2019)



---

 AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR
 

---

- ▷ *Öhlinger, Theo/Müller, Andreas*: Kommentar zu Art. 50 B-VG, in: Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattausgabe)
- ▷ *Ortner, Helmut*: Wenn der Staat tötet – Eine Geschichte der Todesstrafe (2017)
  - *Ders.*: Der Hinrichter – Roland Freisler – Mörder im Dienste Hitlers, 2. Aufl (2013)
  
- ▷ *Pabel, Katharina/Schmahl, Stefanie*: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattausgabe seit 2013) P
- ▷ *Pauer-Studer, Herlinde/Vellemann, J. David*: »Weil ich nun einmal ein Gerechtigkeitsfanatiker bin« (2017)
- ▷ *Polakiewicz, Jörg/Suominen-Picht, Irene*: Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK, EuGRZ 2018, 383 ff
- ▷ *Potacs, Michael*: Rechtstheorie, 2. Aufl (2019)
- ▷ *Pretenthaler-Ziegerhofer, Anita*: Verfassungsgeschichte Europas vom 18. Jahrhundert bis zum Zweiten Weltkrieg (2013)
  
- ▷ *Raschauer, Bernhard*: Die Bindung der Gerichte an Bescheide, ZfV 2019, 284 ff R
- ▷ *Raschauer, Nicolas/Sild, Judith*: Liechtenstein, die EU-Grundrechtecharta und das EWR-Abkommen - zugleich ein Beitrag zur Präzisierung der Bedeutung der EU-Grundrechtecharta im EWR, JRP 2020, 242 ff
- ▷ *Raschauer, Nicolas/Wessely, Wolfgang (Hrsg)*: Kommentar zum VStG, 2. Aufl (2016)
- ▷ *Raschauer, Nicolas/Wessely, Wolfgang (Hrsg)*: Kommentar zum VwGVG (2018)
- ▷ *Ringhofer, Kurt*: Der Verwaltungsgerichtshof (1955)
- ▷ *Rohrer, Anneliese/Kirchner, Andreas*: Die Nase rümpfen genügt nicht, Die Furche vom 10.12.2020
- ▷ *Rosenkranz, Sigmund*: Art. 129 ff B-VG, in: Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Kommentar zum B-VG und zu den Grundrechten (2021)
- ▷ *Rosenkranz, Sigmund/Kahl, Arno (Hrsg)*: AVG – Praxiskommentar (2021)
  
- ▷ *Schabas, William*: The European Convention on Human Rights (2015) S
- ▷ *Schiffauer, Peter*: Ein Anker von Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union durch den Verbund der Verfassungs- und Obersten Gerichte, EuGRZ 2019, 549 ff
- ▷ *Schmied, Gero/Schweiger, Gerhard*: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz (2013)
- ▷ *Schöpfer, Edmund*: Zur Unzulässigerklärung von Beschwerden durch den EGMR ohne detaillierte Begründung, NLMR 2017, 307 ff
- ▷ *Schröder, Werner*: Die Determinierung des österreichischen Rechts durch Instrumente der EU-Rechtsharmonisierung, ÖJZ 2020, 713 ff
- ▷ *Schüssler, Elke*: Die neue Wut, der neue Zweifel, die neue Solidarität?, Kepler Tribune 1/2021
- ▷ *Schulev-Steindl, Eva*: Verwaltungsverfahrenrecht, 6. Aufl (2018)
- ▷ *Schulmeister, Stephan*: Umbau statt Geldspritzenpolitik, Die Furche vom 25. Februar 2021
- ▷ *Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann*: EU-Kommentar, 4. Aufl (2018)
- ▷ *Sedmak, Clemens (Hrsg)*: Freiheit – Vom Wert der Autonomie (2012)
- ▷ *Singh, Simon*: Fermats letzter Satz (2000)
- ▷ *Somek, Alexander*: Rechtsphilosophie zur Einführung (2018)
  - *Ders.*: Rechtstheorie zur Einführung (2017)

### AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR

- ▷ *Staffler, Lukas*: Verfassungsidentität und strafrechtliche Verjährung, EuGRZ 2018, 613 ff
- ▷ *Strasser, Peter*: Die ganze Wahrheit – Aufklärung über ein Paradoxon (2019)
  - *Ders.*: Zur Zähmung des Menschen, Die Furche v 10.12.2020
- ▷ *Swoboda, Sabine*: Definitionsmacht und ambivalente justizielle Entscheidungen – Der Dialog der europäischen Gerichte über Grundrechtsschutzstandards und Belange der nationalen Verfassungsidentität, ZIS 2018, 276 ff
  
- T**
  - ▷ *Thienel, Rudolf*: Kommentar zu Art. 48 und 49 B-VG, in: Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattausgabe: Stand: 9.2.2021)
  
- V**
  - ▷ *Verdross, Alfred*: Völkerrecht, 3. Aufl (1955)
  - ▷ *Vranes, Erich*: Lex Superior, Lex Posterior, Lex Specialis – Zur Rechtsnatur der »Konfliktlösungsregeln«, ZaöRV 2005, 391 ff
  
- W**
  - ▷ *Walter, Robert*: Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960)
  - ▷ *Weigel, Wolfgang*: Effizienz und Wahrheitsfindung im Rechtsstreit – eine Erkundung, JRP 2019, 87
  - ▷ *Welan, Manfred*: Über die Grundrechte und ihre Entwicklung in Österreich, Österreich in Geschichte und Literatur, Heft 4.–5. (2002)
  - ▷ *Wielinger, Gerhart*: Großkorrektur des Verwaltungsstrafrechts durch den EuGH? Das Ende des Kumulationsprinzips?, JRP 2020, 47 ff
  - ▷ *Winkler, Günther*: Das Recht und die Rechtswissenschaft – Überlegungen zu einem empirisch-rationalen juristischen Denken aus den Perspektiven von Raum und Zeit (2014)
  - ▷ *Wolny, Erich/Grof, Alfred*: Nachträgliche Auflagen gemäß § 79a GewO – ein neues Instrument wirksamen Umweltschutzes?, ZfV 1984, 105 ff
  
- OV** *Ohne Verfasserangabe:*
  - ▷ Bierlein und Van der Bellen würdigten die Verfassung, Salzburger Nachrichten vom 1. Oktober 2019

### Teil B: Vorarbeiten des Autors

- ▷ *Grof, Alfred*: Neuralgische Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit – Lösung oder Permanenz der Inkonsequenz?, SPWR 2020, 457 ff
  - *Ders.*: Anleihenkauf und Nullzinspolitik als »ultra-vires«-Akt der EZB? – Anmerkungen zu einem Aufsehen erregenden Urteil des BVerfG, das den Anfang vom Ende des unbedingten Vorranges des Unionsrechts (und damit sogar der EU?) bedeuten könnte, SPWR 2020, 327 ff
  - *Ders.*: BVerfG widerspricht EuGH: EZB-Anleihekäufe in der BRD ohne Rechtswirkung, ecolex 2020, 656 ff
  - *Ders.*: Grundrechtsambivalent bedingte Einschränkungen der nationalen Strafrechtskompetenz im Zuge der Durchführung lebensmittelrechtlicher EU-Verordnungen, Die Ernährung 2020, 43 ff
  - *Ders.*: Amtsrevision: Ist die in § 28 VwGG normierte Prozessvoraussetzung einer bloßen »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« verfassungskonform? – Prüfungsantrag des LVwG OÖ an den VfGH, SPWR 2020, 79 ff

---

 AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR
 

---

- *Ders.*: Lebensmittelrecht in Grundzügen (2020)
- *Ders.*: Verwaltungsstrafrecht: Kumulation – Verhältnismäßigkeit – Koordination – Zur unionsrechtlich bedingten Notwendigkeit der Modifikation bzw Neuausrichtung eines (weiteren) »tragenden« Prinzips des Behördenstrafrechts, SPWR 2019, 257 ff
- *Ders.*: Die Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichem Protektionismus in einem System kassatorischer Verwaltungsgerichtsbarkeit – Nichtklärung diesbezüglicher Kernfragen durch den EuGH, SPWR 2019, 165 ff
- *Ders.*: Bosphorus-Vermutung und Pflicht zur Begründung der Nichteinholung einer Vorabentscheidung – zur Gleichwertigkeitsprüfung des durch EMRK und EGRC gewährleisteten Schutzniveaus im Zuge der Umsetzung von Unionsrecht in nationales Recht, SPWR 2019, 131 ff
- *Ders.*: Amtswegigkeit, Faktenermittlung und Beweislastumkehr: Inquisitions- vs. Kontradiktionsmodell in der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lichte europarechtlicher Herausforderungen, SPRW 2018, 75 ff
- *Ders.*: Das Doppelbestrafungsverbot im Spiegel der neuesten Judikatur der europäischen Höchstgerichte, AnwBl 2018, 29 ff
- *Ders.*: Vorlageantrag an den EuGH: Bedeutet das Nichtbestehen einer Bindungswirkung auch den Entfall der Verpflichtung zur Erlassung einer Ersatzentscheidung? (C-545/18), SPWR 2018, 125 ff
- *Ders.*: Kommentierung des 4. Abschnittes des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (Art. 130 bis 136 B-VG und §§ 28 bis 34 VwGVG), in: N. Raschauer – Wessely (Hrsg), Kommentar zum VwGVG (2018), 323 ff
- *Ders.*: Unionsrechtskompatibilität und Bindungswirkung – between the lines – zum Beschluss des EuGH vom 7. Juni 2018, C-589/16, SPRW 2018, 27 ff
- *Ders.*: Bankwesengesetz: Höhe der Strafdrohung als alleiniges Kriterium für Grenzziehung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht ungeeignet – Bemerkungen zu VfGH 13. 12. 2017, G 408/2016, ecolex 2018, 416 ff
- *Ders.*: EuGH-Vorlageantrag: Autonome Prüfung der Unionsrechtskompatibilität und innerstaatlicher Instanzenzug, SPRW 2017, 187 ff
- *Ders.*: Die Trennung von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht aus national- und europarechtlichem Blickwinkel (2017)
- *Ders.*: Amtswegigkeit und Verbot der Vermischung von Anklage- und richterlicher Funktion im Verfahren der Verwaltungsgerichte – zu EuGH vom 14. 6. 2017, C-685/15 (»Online Games«), AnwBl 2017, 462 ff
- *Ders.*: Vorabentscheidungsersuchen des LVwG OÖ an den EuGH betreffend die Frage der Unionsrechtskompatibilität der im Glücksspielgesetz verankerten Monopolregelung, SPRW 2017, 25 ff
- *Ders.*: Unparteilichkeit des Gerichts – Abwesenheit des Anklagevertreters in der Verhandlung, ZVG 2016, 665 ff
- *Ders.*: Monopolkompetenz des EuGH in Fragen der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht vs. Kompatibilitätsprüfungsmonopol nationaler Höchstgerichte: Grundbedingungen für ein Harmonisierungsmonopol, SPRW 2016, 107 ff
- *Ders.*: Unionsrechtskompatibilität: Keine Bindung an Höchstgerichte – insb nicht bei Judikaturdivergenz (zB Glücksspielmonopol)?!, ecolex 2016, 739 ff
- *Ders.*: Kommentar zum 4. Abschnitt des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (Art. 130, 132, 133 und 136 B-VG und §§ 28 bis 34 VwGVG), in: N. Raschauer – Wessely (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz mit den einschlägigen Bestimmungen des VwGVG, 2. Aufl (2016), 1.205 ff

## AUSWAHL AN WEITERFÜHRENDER UND LESENSWERTER LITERATUR

- *Ders.*: Verfassungs- und Europarecht (EMRK, EGRC) als Entscheidungsgrundlage bzw. Prüfungsmaßstab im Gefüge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 51/2012, ZVG 2015, 492 ff
- *Ders.*: EuGH: Keine vorbehaltlose Bindungswirkung ober(st)gerichtlicher Entscheidungen, soweit diese Unionsrecht zum Gegenstand haben, SPRW 2015, V&V E, 203 ff
- *Ders.*: Überlange Verfahrensdauer als Systemproblem, ZUV 2013, 63
- *Ders.*: Die wesentlichsten Neuerungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und vor dem Verwaltungsgerichtshof nach dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, SPRW 2013, V&V A, 1–16
- *Ders.*: Die verfassungsmäßige Garantie der Unschuldsvermutung und des Grundrechts, schweigen zu dürfen (*nemo tenetur*), im Rahmen der Beweiswürdigung im Verwaltungsstrafverfahren, ZUV 2012, 10 ff
- *Ders.*: Determinanten der Organisation und der Kompetenzen der Unabhängigen Verwaltungssenate, in: Larcher (Hrsg), Handbuch UVS – Organisation, Verfahren und Zuständigkeiten der Unabhängigen Verwaltungssenate (2012), 106 ff
- *Ders.*: Die judizielle Funktion des UVS Oberösterreich – Entwicklungslinien und Einflussfaktoren, in: Fachbereich Öffentliches Recht der Johannes Kepler Universität Linz (Hrsg), 20 Jahre UVS (2011), 15
- *Ders.*: Erstbehördliche Zuständigkeitsänderung während anhängiger Berufung im Verwaltungs(straf)verfahren am Beispiel der Novellierung des § 111 ASVG, ZUV 2011, 52 ff (gemeinsam mit *Markus Zeinhofner*)
- *Ders.*: *Ne bis in idem* – das »Zolotukhin«-Urteil des EGMR – Folgejudikatur des VfGH und des EGMR und Konsequenzen der neuen »harmonisierenden Auslegung« für die Vollzugspraxis, SPRW 2011, V&V J, 1–11
- *Ders.*: Unabhängige Verwaltungssenate, in: Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 6. Aufl (2008), 221 ff
- *Ders.*: Wer bewacht die Wächter? – Oder: Soll Kontrolle überhaupt funktionieren?, in: Bammer, Armin – Holzinger, Gerhart – Vogl, Matthias – Wenda, Gregor (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen (FS für Rudolf Machacek und Franz Matscher, 2008), 143 ff
- *Ders.*: Der UFS im Vergleich zu den UVS und zum UBAS am Beispiel des Kriteriums der Unabhängigkeit, in: Holoubek – Lang (Hrsg), Der Unabhängige Finanzsenat (2003), ZUV 2003, 50 ff
- *Ders.*: Amtswegigkeitsprinzip des § 39 Abs. 2 AVG EU-konform?, RPA 2002, 90 ff
- *Ders.*: Die Mehrdimensionalität des Begriffes »Gericht« in der österreichischen Bundesverfassung, ZUV 2002, H 1, 15 ff
- *Ders.*: Die Materialisierung der Generalklausel des Art. 129 B-VG durch den VfGH, ZUV 2000, H 3, 18 ff
- *Ders.*: Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit – Art. 4 EMRK und Art. 7 StGG, in: Machacek – Pahr – Stadler (Hrsg), Die Grundrechte in Österreich, Bd III (1997), 497 ff
- *Ders.*: Der Oö. Verwaltungssenat als MRK-konforme Rechtsschutzinstitution?, ÖJZ 1995, 281 ff
- *Ders.*: Versammlungs- contra Meinungsäußerungsfreiheit, ÖJZ 1991, 731 ff
- *Ders.*: Zur Schutzrichtung (Bindungswirkung) der Grundrechte, in: Machacek – Pahr – Stadler (Hrsg), 70 Jahre Republik – Die Grundrechte in Österreich, Bd I (1991), 101 ff
- *Ders.*: Rückwirkende Gesetzesänderung – Mehrfachpensionen, Bausparverträge und Ausschaltung des VfGH, ÖJZ 1987, 705 ff (gemeinsam mit *Anton Ramsauer*)

## Sachverzeichnis

Wenn nicht anders (wie D = Diagramm, FN = Fußnote, S = Seite oder T = Tabelle) angegeben, beziehen sich die Zahlen auf Randnummern

- »9+2«-Lösung ..... S 113  
 68er-Bewegung ..... 41
- ABGB** ..... 22; FN 17
- Abgrenzung, Grundrechtssphäre 12, 36, 44; sa Trennlinie  
 abstrakt ..... 11, 35 f, 48, 55, 226, 294; FN 151  
 acte-clair-Doktrin ..... 128  
 actus contrarius ..... 64  
 Administrativbeschwerden (VwG) ..... S 137 ff  
 Administrativverfahren (Behörde) ..... S 142 ff  
 Adoption ..... 46, 54  
 Akteneinsicht ..... S 144  
 aktionenrechtliche Konzeption ..... 34, 188; FN 254  
 Akzeptanz ..... 20, 38, 40, 110, 113; FN 103, FN 177  
 Algorithmisierung ..... 41; FN 214  
 Alternativbegründung ..... FN 116  
 Amtsrevision ..... 148, 178, 188, 301; FN 25, FN 145, FN 270  
 ■ Einschränkung, dreifache ..... FN 145  
 ■ Zurückweisung ..... FN 145  
 Amtssachverständige ..... 148, 171, 214, 242, 305; FN 243  
 Amtswegigkeitsprinzip 148 f, 223, 277 f, 291, 307; FN 16; sa  
 Investigativprinzip; sa Neutralitätsgebot  
 analytisch ..... 39; FN 31  
 Anfechtungsumfangserklärung ..... FN 145  
 Anforderungen, wissenschaftliche 37 f, 40, 42, 287; FN 13,  
 FN 30, FN 33, FN 147
- Angelegenheit  
 ■ civil rights ..... 210 f, 307; T 3  
 ■ criminal charges ..... 210 f, 307; T 3  
 ■ innere ..... 100  
 Anlassfall 102, 106 111, 120, 226, 243, 272, 293; FN 134, FN 173  
 Anleihenkauf ..... 109  
 Annahme ..... 19, 26, 113, 182, 277, 281; FN 73, FN 243  
 Annexgesetzgebung ..... 50  
 Anonymverfügung ..... S 155  
 Anschein ..... FN 269; T 3  
 Antinomie ..... 89
- Anwendbarkeit ..... 50, 128; FN 25; T 1  
 Anwendungsfälle, hypothetisch-singuläre ..... 36  
 apodiktisch ..... 41, 144; FN 29, FN 160  
 aquis communautaire ..... 100, 130  
 argumentativ ..... 18, 45; FN 29  
 Aufhebung ..... 28, 54, 102, 112, 246, 256, 272; D 8  
 Aufwand, geringer ..... 252  
 Aufwendersatz ..... S 129 f; sa Kosten  
 Ausdünnung ..... 145  
 Ausführungsgesetze ..... 57, 97  
 Auslegung(smethode, -richtlinie) ..... 22, 45, 88, 115, 123 ff,  
 129 ff, 136, 143, 157, 170, 179, 195 244, 266, 268, 271 ff,  
 283, 301, 307; FN 25, FN 29, FN 115, FN 151, FN 260,  
 FN 264, FN 288; D 9; T 5; sa Interpretation  
 Ausgestaltungsvorbehalt ..... FN 10  
 Ausnahmekonstellation ..... 141, 195, 254  
 Außenministerium ..... FN 83  
 Außensicht ..... 8, 103  
 autonom ..... 14, 213, 216, 223, 250; sa Unionsrecht  
 autoritär ..... 14, 274; D 2  
 Autoritätsgewinn ..... 287  
 Autoritätsschwund ..... 41  
 Axiom ..... 7 f, 17, 19 ff, 22, 35, 287; FN 151; D 9
- B**analisisierung ..... FN 31  
 Basisentscheidung ..... 194  
 Baugesetze, Bauprinzipien ..... s Grundprinzipien  
 Bedingtheit  
 ■ doppelte ..... 78, 172 ff; FN 93  
 ■ wechselseitige ..... D 1  
 Befolgung, faktische ..... 15, 20  
 Begriff ..... 17, 31, 258, 264; FN 2, FN 23, FN 56, FN 77  
 Begründung ..... 18, 37, 41, 178, 210, 287; FN 29, FN 14,  
 FN 103, FN 113  
 Behörde ..... 34, 41, 148 ff, 177 ff, 183, 279 ff, 305;  
 FN 25, FN 179, FN 283; T 1, T 5  
 Behördenentscheidung ..... 149

## BEITRITTSABKOMMEN, BILATERALES

Beitrittsabkommen, bilaterales .....	100
Berechenbarkeit .....	13, 288; FN 31
Bescheid .....	167, 240, 247 ff, 255 ff, 299 f, 307; FN 207; D 3, D 4, D 8; T 4; S 147
Beschwerdegründe .....	113; FN 144
Beschwerdelegitimation .....	S 114
Beschwerdepunkte .....	FN 145, FN 233, FN 184
Besonderheiten, strukturelle .....	117
Besitzstand, gemeinsamer .....	s <i>acquis communautaire</i>
Beweise .....	S 147
Beweislast .....	106; FN 16
Beweislastumkehr .....	S 151
Beweispflicht, staatliche .....	106
Beweiswürdigung .....	148, 213; FN 233
Beurteilung, subjektive .....	37
Bildungsgrad .....	16
Bindung(swirkung) .....	13 f, 45, 103, 112, 179, 187, 261 ff, 266 ff, 271 ff; FN 282 f
Bindungsintensität .....	45
Bundesgesetzblattgesetz .....	87; FN 85
Bundeskanzleramt .....	FN 83
Bundespräsident .....	54, 56
Bundesstaat .....	s Grundprinzipien, bundesstaatliches
Bundesverfassungsgericht .....	s BVerfG
BVerfG .....	109; FN 16, FN 109 f, FN 138
BRD .....	109, 136, 139, 141; FN 241
<b>Charakter, formaler</b> .....	13
checks and balances .....	154
civil rights .....	210 f, 307; FN 233, FN 243; T 3
▪ Rechtsschutzeinbuße .....	FN 243
criminal charges .....	T 3
<b>Datenschutz</b> .....	FN 96; T 4
Datum .....	s Gegebenheit
Dauergast .....	150; FN 283
Deckungsgleichheit .....	FN 10
Deduktion .....	5, 17 f, 287; D 2
Demokratie .....	1, 4, 10, 14, 53, 151, 241, 283, 307; D 1, D 2, D 9; sa Grundprinzipien, demokratisches
▪ direkte .....	FN 11
Denken, monarchisches .....	150, 156; FN 145, FN 161; sa Monarchie
Derogation .....	17 ff, 22, 48, 154, 287

## EINMISCHUNG, SUPRANATIONALE

▪ endgültige .....	24, 92, 97; FN 152
▪ interimistische .....	120
▪ permanente .....	24, 92, 97; FN 152
▪ punktuelle .....	120
▪ vorläufige .....	24, 48, 60, 64, 77, 97; FN 9
Derogationsautomatismus .....	101
Determinante .....	39, 44 ff, 53, 187, 303; FN 243
Determinierungsdichte .....	103
Deutschland .....	s BRD
Deutungshoheit .....	99
Deutungsschema .....	45
Dilemma .....	114
Direktionsbefugnis .....	134
dogmatisch .....	26, 32, 45, 243; FN 31, FN 184
Doppelbestrafung .....	s Mehrfachverfolgung
Doppelnatur .....	63
Doppelverfolgung .....	s Mehrfachverfolgung
Double, völkerrechtliches .....	60
Dualismus .....	45 ff, 54, 96
durchschnittlich .....	143, 197; FN 284
<b>Effektivität</b> .....	13, 15, 127 ff, 134, 143 ff, 191, 217; T 3
EFTA-Gerichtshof .....	s EFTA-GH
EFTA-GH .....	131; FN 132
EFTA-Staaten .....	131; FN 132
EGMR .....	34, 99, 103, 115, 144; FN 66, FN 114
▪ Beschwerde, Ablehnung .....	144; FN 140, FN 260
▪ Bosphorus-Vermutung .....	103, 291
▪ Erschöpfung des Instanzenzuges .....	290; FN 175
▪ Homepage .....	70, 87, 97; FN 68, FN 71, FN 84
▪ Kontrollobjekt .....	168
▪ Überlastung .....	144
EGMR-Musterbeschwerde .....	S 189 ff
EGRC .....	34, 44, 66, 98 ff, 117 ff, 135; FN 64
▪ Auslandsbezug .....	107
▪ Auslegung, Letztkompetenz .....	126, 129
▪ Durchführung des Unionsrechts .....	129
▪ Effektivität .....	150
▪ Erweiterung des Grundrechtsschutzes .....	98
▪ Gleichstellung mit EMRK .....	104
▪ Individualbeschwerde .....	144
▪ Surrogatfunktion .....	66
▪ Verfassungsrang .....	118, 120 f, 141
▪ Vorrang .....	125; sa, Unionsrecht, Vorrang
Eigensystem .....	39
Eingriffsbereich, Eingriffsbefugnis .....	11 f, 36; FN 66, FN 168
Einmischung, supranationale .....	150; FN 283

## EINSCHRÄNKUNGEN

Einschränkungen	12, 148, 157; FN 145, FN 184, FN 283
Einzelfallgerechtigkeit	146; FN 270
Elektronischer Rechtsverkehr	S 131
Eliminierung	24, 64, 134, 160, 223, 229
▪ formelle	24; FN 101, FN 152
EMRK	34, 44, 66 ff, 98 ff, 135; FN 64
▪ Beitritt der EU	105
▪ Effektivität	150; FN 103
▪ Gleichstellung mit EGRC	104
▪ Grundprinzip	FN 95
▪ Individualbeschwerde	144
▪ Intention, materielle	69
▪ Kerngarantien	150; FN 149
▪ Kundmachung	83 ff, 97; D 5
▪ Originalurkunde	FN 68
▪ Ranghierarchie	FN 149; T 2
▪ Rückwirkung	91
▪ Status	66, 78
▪ Übersetzung	73, 87 f; FN 71, FN 83 ff
▪ Unterzeichnerstaaten	67
▪ Verfassungsrang	90 f, 97, 140
▪ Version	
▷ authentische	70, 81
▷ deutsche	83, 88, 94, 97; FN 84
▷ englische	70, 81, 87 f, 94, 97
▷ französische	70, 81, 87 f, 94, 97
▪ Verbindlichkeit für Österreich	79, 82 ff, 87, 97
▪ Volksabstimmung	FN 95
▪ Zusatzprotokoll	74, 79, 97; FN 97
England	s Großbritannien
Entität, rechtliche	60
Entscheidung	
▪ behördliche	149
▪ feststellende	134, 166, 250; FN 134
▪ gleichlautende	170
▪ kassatorische	112, 158 ff; FN 158
▪ reformatorische	112, 158 ff, 167, 170; FN 114, FN 168
Entscheidungspflicht	S 150
Entwissenschaftlichung	41
Erfüllungsvorbehalt	51, 59, 95 f; FN 42, FN 58
ergebnisflexibel	35; FN 151
Erkenntnis (Erledigungsform)	D 3, D 4
Erkenntnis, wissenschaftliche	19; FN 13, FN 31, FN 151
Erkenntnisbeschwerde	S 120, S 134 f, S 169 ff (Muster)
Ermessen	159 f, 177, 230, 238; FN 247, FN 252
Ermittlungslücken, krasse	171
Ermittlungsverfahren	S 145
Ersatzbescheid	249
Ersatzentscheidung	113, 244, 249, 298; FN 175

## FESTSTELLUNGSENTSCHEIDUNG

Erzeugungsbedingungen	2, 25, 27, 31
essentialium negotii	100
Europarat	70, 87, 97; FN 65, FN 71; sa Treaty Office
Europarechtskonformität	163, 280 f
Europäische Grundrechtscharta	s EGRC
Europäische Menschenrechtskonvention	s EMRK
Europäische Zentralbank	s EZB
Europäischer Gerichtshof	s EuGH
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	s EGMR
EU	44
▪ Austritt	110
▪ Beitritt zur EMRK	105
▪ Brexit	FN 111
▪ Grundfreiheiten	107
▪ Primärrecht	100, 120, 124, 131, 291, 293; FN 98 f
▪ Sekundärrecht	76; FN 98
EuGH	34, 99, 101 f, 109, 114, 115, 129, 144; FN 25
▪ Auslegung	129
▷ innerstaatliches Recht	129
▷ Unionsrecht	129
▪ Brexit	FN 111
▪ Durchführung des Unionsrechts	129
▪ Gutachten	99, 105
▪ Letztkompetenz	110, 126
▪ Meinungsdivergenz	110
▪ Prozessvoraussetzungen	114; FN 110
▪ Urteil, Nichtbeachtung in Mitgliedstaaten	FN 108
EuGH-VerfO	114
EU-Recht	s Unionsrecht
EU-Richtlinie	s Richtlinie
EU-Verordnung	106; FN 25
evidenzbasiert	287; FN 31
EWR	131; FN 132
EWR-Ausschuss	47
Exaktheitsgrad	18, 25
Exekutionsakt, Exekutionstitel	32; D 4
Experiment, naturwissenschaftliches	FN 15
Expertenkommission	FN 63
EZB	109
<b>F</b> ake-News	FN 31
Faktizität	FN 29
Fehlerkalkül	31, 34, 48, 77, 91 f, 189; FN 61, FN 205
Feinkontrolle	103
Fertigungsklausel	70, 81
Feststellungsentscheidung	167, 250

- Föderalismus ..... s Grundprinzipien, bundesstaatliches
- Folter ..... 68
- Formalorientierung ..... 240 ff; FN 158
- Formulierung, vage ..... 143
- Freiheit, persönliche ..... 11, 20; D 2
- Freiheitssphäre ..... 5, 36, 288; FN 39
- Freiheitsstrafe ..... 20
- Fristsetzungsantrag ..... S 125 f
- Führen der Verwaltung ..... s Verwaltung
- Führerschein ..... FN 184, FN 271
- full jurisdiction ..... s Kognitionsbefugnis
- Fundierung, szientistische ..... 18, 37 f
- Funktionsvermischung ..... 281
- Gegebenheit, faktische** ..... 39
- Gehorsam, vorauseilender ..... FN 283
- Geldstrafe ..... 20
- Geltung, effektive ..... 102, 120
- Genehmigungsvorbehalt, völkerrechtlicher ..... s Erfüllungsvorbehalt
- Gericht ..... 68; sa tribunal
- Bindung, keine bzgl Unionsrecht ..... 111
  - Effektivität ..... 112
  - Gewogenheit ..... FN 102
  - innerstaatliche(s) ..... 128
  - Instanz ..... FN 126; sa Instanzenzug
- Gerichtsakte ..... D 3
- Gerichtsbarkeit ..... 152 ff
- Öffentlichen Rechts ..... D 3
  - Organisationsstruktur ..... 16
  - ordentliche ..... FN 153; D 3
- Gerichtsbetrieb ..... FN 244
- Gerichtshof der EU ..... s EuGH
- Gerichtskooperation ..... 127 f; FN 102
- Geschäftsordnung ..... s Richter
- Geschäftsverteilung ..... s Richter
- Gesetz ..... 13; D 3
- Abänderung ..... 28
  - Aufhebung ..... 28
  - einfaches ..... 29, 34; FN 25; D 3
  - Neuerlassung ..... 28
- Gesetzesbindung ..... 15; FN 23; D 2
- Gesetzesmaterialien ..... 87, 162, 173, 229, 233; FN 147, FN 213, FN 237, FN 276
- Gesetzesprüfung ..... S 118, S 133 f; sa Normenkontrollantrag
- Gesetzesvollzug ..... 15
- Gesetzgebung
- materielle ..... 95
  - Korrektur durch Gerichte ..... FN 185
  - Verwaltungsaffinität ..... FN 147
  - Zielvorstellung ..... FN 147
- Gesetzgebungsakte ..... 62; sa Staatsvertrag
- Gestaltungsbefugnis ..... 11, 62, 106, 157; 174, 177, 180, 182, 252; FN 66
- Gewaltenteilung ..... 6, 10, 14, 154, 185; FN 198; sa Grundprinzipien, Trennungsgrundsatz
- Gewaltentrennung ..... s Gewaltenteilung
- Gewaltenverschränkung ..... s Gewaltenteilung
- Gleichrangigkeit ..... 97, 115, 140, 219
- Glücksspiel ..... FN 108, FN 110, FN 113, FN 259
- gold plating ..... FN 93
- GRECO-Bericht ..... FN 219
- Grobprüfung ..... 103, 145, 162, 175, 291
- Großbritannien ..... 120; FN 111, FN 121; sa Brexit
- Großverfahren ..... S 146
- Grundnorm ..... 19; FN 151
- Grundprinzipien ..... 1 ff, 29, 91, 141; D 1, D 2, D 3, D 4, D 6; sa Staatsvertrag
- Abhängigkeit, wechselseitige ..... 3, 6; D 1, D 2
  - Betrachtungsweise, formale ..... 2
  - Beziehung, wechselseitige ..... 3
  - bundesstaatliches ..... 1, 16; FN 11; D 1
  - demokratisches ..... 1, 4 f, 7, 10, 44, 151; D 1, D 2
  - Erzeugungsbedingungen ..... 2
  - EMRK ..... FN 95
  - EU-Mitgliedschaft ..... 1
  - liberales ..... 1, 4, 44, 66, 140, 151; D 1, D 2
  - identitätsstiftende ..... 77, 139; FN 52
  - Legalitätsprinzip ..... 1; D 1, D 2
  - Neutralität, immerwährende ..... 1; D 1
  - rechtsstaatliches ..... 1, 4, 15, 83, 113; D 1 D 2
  - republikanisches ..... 1, 16; D 1
  - Souveränität ..... 100
  - Trennungsgrundsatz ..... 1, 4, 151 ff; D 1, D 2
  - Ausnahmen ..... FN 153
  - Zuständigkeit, sukzessive ..... FN 153
- Grundprinzipienwidrigkeit ..... 157 ff, 173
- Grundrechte ..... 44, 66 ff, 119, 121 ff FN 1, FN 120; D 2; sa Grundprinzip, liberales
- Deutungshoheit ..... 99
  - Trennlinie ..... 11, 275, 288; FN 39; D 1, D 2
  - Vorbehalt, materieller ..... 68
  - vorbehaltlose ..... 68
  - Wesensgehalt ..... 12, 15; FN 10, FN 145; D 2; sa Ausgestaltungsvorbehalt, Erfüllungsvorbehalt



- Grundrechtskatalog ..... 44, 67, 120, 136; FN 63
- Grundrechtsreform ..... FN 63
- Grundrechtssammlung ..... 44; sa Grundrechtskatalog
- Grundrechtssphäre ..... 44
- Grundrechtsverletzung ..... 118, 150, 296; FN 114
- Grundsätze, allgemeine ..... 124
- Gültigkeit, einstweilige ..... FN 25
- Gutachten ..... 99
- EuGH ..... 99
- H**andlungsmuster ..... FN 31
- Hauptverfahren ..... S 135 f
- Hermeneutik ..... 22
- Höchstgerichte ..... 97, 150, 170, 306 f; FN 14, FN 30, FN 33, FN 52, FN 108, FN 147, FN 182, FN 264, FN 283
- horizontal ..... 78, 98 ff, 115
- Hyperkomplexität ..... 41
- i**llusorisch ..... 186
- Induktion ..... 17, 60
- Individualbeschwerde ... 104, 127 ff, 144, 168, 217, 228, 290, 294; FN 102
- Individualbeschwerdesystem ..... 127 ff
- Individualisierung ..... 152
- Individualrechtsschutz ..... 98, 104
- Individualrevision ..... 264, 301; FN 145, FN 189; S 157 ff (Muster), S 201 ff
- Instanzenzug, innerstaatlicher ..... 111, 125, 145, 149 f, 153, 163 f, 168, 211 ff; FN 25, FN 115, FN 126, FN 153, FN 175; T 3; sa overruling
- Interessen, grundrechtliche ..... FN 103
- öffentliche ..... FN 145 f
  - ökonomische ..... FN 103
- Interpretation ..... FN 25
- authentische ..... 97
  - ergebnisorientierte ..... 38
  - gesetzeskonforme ..... FN 25
  - verfassungskonforme ..... FN 25, FN 145; sa Auslegung
- Interpretationsrichtlinie ..... 157; FN 25; D 7
- Investigativprinzip ..... 213, 223, 277, 280, 305; FN 16
- Island ..... 131
- j**udicial self restraint ..... FN 214
- Judikatur
- oberstinstanzliche ..... 36 f, 42, 123
  - VwGH ..... FN 275
- Judikaturdivergenz ..... 123, 244
- Jurisdiktionsbeschränkung (VwGH) ..... 162
- Jurisdiktionsgewalt ..... FN 132
- Justizstrafrecht ..... FN 243
- Trennung Verwaltungsstrafrecht ..... FN 243
- justice seen to be done ..... FN 269
- Justizverwaltung ..... 203, 205; FN 244
- K**alkulierbarkeit ..... 35; FN 260; sa Berechenbarkeit
- Karelin-Judikatur ..... 281
- Kassation(sbefugnis) ..... 112, 158 ff
- Kassationssystem ..... 112, 166, 169
- Klagen nach Art 137 B-VG ..... S 133
- Kognitionsbefugnis ..... 112, 162, 165, 168, 170, 211 f, 218 ff, 222, 275, 281, 296, 300; FN 114 f, FN 168, FN 171, FN 173 f, FN 184, FN 233, FN 240; T 3
- Konstituierung ..... FN 184
- kombiniert ..... 62, 67, 250
- Kompetenzüberschreitung, qualifizierte ..... 109; sa ultra-vires-Akt
- Kompetenzwahrung ..... FN 127
- Komplexität ..... 253; FN 31, FN 213
- Kompromisscharakter (B-VG) ..... FN 1
- Konkretisierung, schrittweise ..... 10, 36
- Konsens, soziologischer ..... 8
- Konsequenzen, negative ..... 20
- konstitutiv ..... 46, 59, 63
- kontradiktorisch ..... 218, 224, 296, 305; FN 243; T 3
- Kontrollbefugnis, richterliche ..... 118, 157, 250, 304; FN 168, FN 233
- Kontrolltypen ..... 156
- Konventionskonformität ..... 226, 229; FN 114
- Kooperation ..... 127; FN 102, FN 109
- Kopieranstalt ..... FN 147
- Kosten ..... S 150, S 156; sa Aufwandersatz
- Kreislauf ..... 113
- Krisenbewältigung ..... FN 212
- Kriterien ..... 119
- formelle ..... 119
  - materielle ..... 119
- kritiklos ..... 42
- kryptisch ..... FN 252
- Kumulation ..... S 152
- Kumulationsprinzip ..... FN 211
- Kundmachung ..... 13, 49, 54, 59, 63, 83

## KURSORSISCH

- Konstitutivwirkung ..... 59, 63
- kursorisch ..... 54, 61, 65, 220, 280
- Lebensmittelrecht** ..... FN 25
- Legalitätsprinzip ... 1, 13, 30, 49, 53, 83, 184; FN 58, FN 212; D 1, D 2, D 9; sa Grundprinzipien
- strafrechtliches ..... FN 25
- Leitlinie ..... 115
- Letztkompetenz ..... 34, 42, 99, 110, 113, 115, 123 f, 126, 130, 179, 225, 244, 258 ff, 261, 265, 268, 271 f, 273 f, 294 f, 307; FN 25, FN 29, FN 264, FN 284; T 1, T 5
- lex generalis ..... 154
- lex imperfecta ..... 120
- lex posterior ..... 97, 287
- lex specialis ..... 23, 91, 97, 120, 154, 234, 287; FN 153; sa Spezialitätsgrundsatz
- lex superior ..... 24, 287; FN 152
- Liberalität ..... sa Grundprinzipien, liberales
- Liechtenstein ..... 131
- LMSVG ..... FN 25
- Lösungsorientierung ..... 39
- Logik, logisch ..... 4, 17 ff, 22, 287; FN 151
- Machtarrogation** ..... FN 124
- Maßnahmenbeschwerden s Administrativbeschwerden
- Maßstab, szientistischer ..... 18
- Mehr-Ebenen-Regelungssystem ..... 10
- Mehrfachverfolgung, -bestrafung ..... FN 211, FN 222
- Mehrheit(sprinzip) ..... 2, 7, 10, 27, 62, 90, 201; FN 31
- Meinung ..... 37, 113; FN 283
- Meinungsaustausch, informeller ..... FN 283
- Meinungsdivergenz ..... 110, 114, 170
- Meinungskanalisation ..... FN 33
- Meta-Ebene, Meta-Vergleich ..... 35, 60, 258; FN 151
- Metamorphose ..... D 8
- Methoden, wissenschaftliche ... 18 ff, 269, 287, 293; FN 15
- Minderheitenschutz ..... 12
- Mitgliedschaft, Mitgliedstaat (EMRK, EU) ..... 1, 109, 115, 120, 133 f, 139, 186, 291; FN 52, FN 115, FN 233; sa Grundprinzipien
- Modifikationsauftrag ..... 246
- Monarchie ..... 150, 156, 223, 241; FN 23, FN 145, FN 161
- Monismus ..... 45 ff, 54, 95
- Muster(beispiel) ..... 29, 66, 146; FN 29, FN 97

## PRÄKLUSION

- Nachträglichkeit** ..... FN 158
- Nationalrat, Mitwirkungsbefugnis ..... 54 ff, 62, 82, 87, 95; FN 97
- Naturschutz (EuGH) ..... FN 107, FN 177
- Naturschutzrecht ..... FN 207
- Naturwissenschaften ..... FN 31
- Netzwerk ..... 37; FN 33, FN 147
- Neuerungsverbot ..... 148 f, 281; FN 144
- Neutralität, immerwährende ..... 1; FN 4; D 1; sa Grundprinzipien
- Neutralitätsgebot ..... 277, 281, 305; FN 220
- nichtamtlich ..... 87; FN 71
- Nichtigkeit, absolute ..... 34, 102, 189, 272, 274; FN 61, FN 174, FN 205 f, FN 218
- Nicht-Naturwissenschaften ..... FN 31
- Nichtregelung ..... FN 1
- non-self-executing ..... 67, 69, 94, 97
- Normativität ..... 40
- Normen, höchstrangige ..... 33, 135; FN 29, FN 95, FN 134
- Normenkontrollantrag ..... S 181 ff (Muster)
- Norwegen ..... 131
- Oberinstanz** ..... 112 f, 246; FN 115; sa Instanzenzug
- obiter dictum ..... 170
- Operator, soziologischer ..... 19 f
- Organisation, Internationale ..... 52, 96, 138
- Organisationsstruktur ..... 16, 154
- Organstrafverfügung ..... S 155
- overruling ..... 163 f, 166, 169, 212, 300; FN 240; T 3
- Pacta sunt servanda** ..... 133
- Paradigmenwechsel ..... 95, 158, 172; FN 23, FN 31, FN 182
- Parallelakt ..... 120, 122, 188, 244, 255, 272; FN 284
- Parallelkompetenz ..... 123
- Parteienrevision ..... s Individualrevision
- Parteistellung ..... S 143
- Passivität ..... 149
- Polen ..... 120; FN 121, FN 148, FN 200, FN 220, FN 283
- Positivierung
  - fehlende ..... 22
  - normative ..... 45
- Postfaktizität ..... FN 31
- Präjudizialität ..... 113, 307; FN 25
- Präklusion ..... 148

## PRÄROGATIVE

Prärogative .....	FN 25
Präzision .....	9, 195
Praxisorientierung .....	35; FN 276
Praxisrelevanz .....	38, 131
Primärfunktion .....	11
Primärrecht .....	s Unionsrecht
Primat	
▪ Staatsrecht .....	48, 52, 138 ff; D 7
▪ Völkerrecht .....	48, 52, 75, 101 f, 133 ff; FN 99; D 6
Programmbestimmung .....	11
Prototyp .....	66
Prüfungsbefugnis ...	118, 178, 301; FN 144 f, FN 168, FN 189; sa Kognitionsbefugnis
Prüfungsmaßstab .....	34, 91, 97, 99, 168, 230 ff, 234, 236, 238 f, 264, 267, 273; FN 25, FN 102, FN 168; D 9; T 1, T 3
Prüfungsumfang .....	230 ff; FN 168, FN 184, FN 233
punktuell .....	120, 143, 248; FN 244
Qualitätssprung .....	249
Quoren, erhöhte .....	2, 27 f; D 2
Ranghierarchie .....	9, 91; FN 58; T 2; sa Stufenbau
Ratifikation .....	79
Recht	
▪ Geltung .....	8, 19, 21
▪ objektives .....	12; FN 145
▪ subjektives .....	FN 145
Rechte, verfassungsgesetzlich gewährleistete	121 ff, 266; FN 120; sa Grundrechte
Rechtsbegriffe, unbestimmte .....	36, 271
Rechtsbehelfssystem .....	41
Rechtsfrage, grundsätzliche ...	118, 145, 263; FN 25, FN 114, FN 145, FN 283; T 1; S 204 ff
Rechtskraft .....	S 148 f
Rechtskraftwirkung .....	24, 259 ff, 267 ff, 272, 286; FN 152, FN 168, FN 285; T 5
Rechtsmittelbefugnis, doppelt eingeschränkte .....	118
Rechtsordnung, nationale .....	34
Rechtspfleger .....	S 142
Rechtspolitik .....	13 ff, 49, 105, 120, 173 f, 176 ff, 182, 194 ff, 238, 245, 251, 255, 274 f, 291, 307; FN 1, FN 31, FN 54, FN 123, FN 212 f, FN 287
Rechtssatzformen	9, 11, 23 ff, 28, 30, 34, 48, 60, 62, 87, 188, 192, 201, 259, 264, 274, 286; D 9; T 4
Rechtsschutz, supranationaler .....	134, 144, 192, 217

## SÄUMNISBESCHWERDE

Rechtsschutzinstrumentarium .....	34, 188, 228, 240, 242; FN 205
Rechtsschutzsystem .....	41, 104, 188
Rechtsstaat .....	1, 187 ff, 241; FN 220; sa Grundprinzipien, rechtsstaatliches
Rechtsunsicherheit .....	120, 170
Rechtswidrigkeit (Prüfungsmaßstab) .....	238 ff
Rechtswissenschaft .....	17 ff, 35, 40; FN 31, FN 151; D 9
Reformkommission .....	FN 63
Regel-Ausnahme-Verhältnis .....	23; FN 152; sa Spezialität
Regierungsakte .....	10; FN 54
Regierungsprogramme .....	FN 213
Regierungsspitze .....	FN 147
Regierungsvorlage .....	87, 195; FN 147; D 2
Reichsgericht .....	FN 156
Reisepass .....	FN 184, FN 271
Republik .....	s Grundprinzipien, republikanisches
Restriktions- und Zweifelsregel .....	182
Revision .....	S 116, S 122 ff, S 201 ff
▪ aufschiebende Wirkung ...	S 124; sa Individualrevision
Revision staatsfremder Personen ...	s Individualrevision
Revisionspunkte .....	118, 301; FN 141, FN 144 f
Richter	
▪ Basisausstattung .....	203; FN 244
▪ Bestellung .....	198 ff, 214
▪ Funktionsdauer .....	204
▪ Garantien .....	304
▪ Geschäftsordnung .....	207
▪ Geschäftsverteilung .....	205
▪ Unabhängigkeit .....	203
▪ Unvereinbarkeit .....	205
Richter, gesetzlicher (Grundrecht) .....	FN 104
Richtmaß .....	157
Richtungsentscheidung .....	60
Risiko .....	247, 255
Rückabwicklung .....	247, 255
Rückwirkung .....	91; FN 60, FN 69
Russland .....	FN 148
Sacherledigung .....	s Entscheidung, reformatorische
Sachfrage .....	171
Sachlogik .....	16, 23, 32, 154; FN 152
Sachverhaltsfeststellung .....	148, 170, 213
Säumnisbeschwerde .....	160, 234; T 4

## SCHADENERSATZ

## UNABHÄNGIGKEIT

Schadenersatz ..... 20; FN 217, FN 228, FN 261  
 Scheindemokratie ..... FN 147  
 Schweiz ..... FN 132  
 scientific community ..... 37; FN 13, FN 30  
 Selbstauslieferung ..... 52  
 self-executing ..... 50, 67, 69, 94, 97; FN 42  
 Serienfälle ..... 112  
 Sicherungsbefugnisse, behördliche ..... S 153  
 Sklaverei ..... 68  
 Sonderbestimmungen ..... 71, 155, 199; sa lex specialis  
 Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit (VwGH) ..... 170  
 Sonderstatus ..... 120  
 Souveränität ..... 52, 100, 138; FN 52  
 Sozietätsbezogenheit ..... 35  
 soziologisch ..... 7 f, 15, 19; FN 15, FN 151  
 spekulativ ..... 40  
 Spezialbestimmungen ..... s Sonderbestimmungen  
 Spezialität(sgrundsatz) ..... 23; FN 152  
 Sprachfassung ..... 71, 81 ff, 87, 293  
 Spruchkörper ..... 37, 134  
 Spruchpunkt ..... 178; FN 145  
 Staatsgerichtsbarkeit ..... 44  
 Staatsgrundgesetz ..... s StGG  
 Staatshaftung ..... FN 124, FN 264  
 Staatsorganisation ..... 44  
 Staatssprache ..... 89  
 Staatsvertrag ..... 55 ff, 62 ff; sa Völkerrecht, Verträge  
 ■ Eckpunkte ..... 61, 65  
 ■ Gesetzgebungsakt ..... 58, 82  
 ■ gesetzesändernder ..... 57; FN 59  
 ■ gesetzesergänzender ..... 57; FN 59  
 ■ Grundprinzipienwidrigkeit ..... FN 61  
 ■ Kundmachung ..... s Kundmachung  
 ■ politischer ..... 57, 82; FN 59  
 ■ Rahmenbedingungen, gesetzliche ..... 57  
 ■ Rechtssatzform ..... 55  
 ■ Rechtswirkungen ..... 59  
 ■ Verwaltungsakt ..... 51, 54 f, 82  
 ■ Wirksamkeit ..... 57  
 Staatsvertrag von Wien ..... FN 79  
 Staatszielbestimmungen ..... 12  
 Stabilisierungsfaktor ..... 15  
 standardmäßig ..... 41, 244  
 StGG ..... 66; FN 155  
 ■ allgemeine Rechte der Staatsbürger ..... 66  
 ■ Regierungs- und Vollzugsgewalt ..... FN 156

■ Reichsgericht ..... FN 156  
 ■ richterliche Gewalt ..... FN 155  
 Straferkenntnis, Spruch ..... 250; FN 25; D 9  
 Strafverfügung ..... S 154  
 Striktheitsgebot ..... 179  
 Struktur ..... 17, 117, 151, 281, 303; FN 240  
 Stufenbau ..... 4, 9 ff, 17 ff, 22, 24, 26, 48, 78, 116, 120, 130, 132, 137, 142, 242; FN 58, FN 152; D 4, D6, D 7, D 9  
 Subordination ..... 31 f  
 Substitution ... 122, 146, 164, 170, 175, 245 ff, 257, 297 f, 300; FN 168  
 Supervision ..... 37  
 Suspension ..... 64  
 symptomatisch ..... FN 1, FN 35, FN 52, FN 221, FN 244  
 System, Systematisierung, systematisch-logisch 4, 13 ff, 22, 28 ff, 33, 45, 58, 110, 152  
 Systemdeterminante, Systementscheidung ..... 24, 65  
 Systemfehler ..... FN 25  
 Systemverlierer ..... 229  
  
**Tatbestandswirkung** ..... FN 274  
 Theorem ..... 17, 274; FN 32  
 theoretisch ..... 18, 35, 45, 186, 270; FN 218  
 Tiefverlagerung ..... 146, 229  
 Totalvorbehalt ..... 195; FN 10, FN 212  
 Transformation ..... 46, 54  
 ■ generelle ..... 46, 97  
 ■ spezielle ..... 46, 50, 95  
 Treaty Office ..... 70, 87, 97  
 Trennlinie ..... 11, 234, 275, 288; FN 39; D 1, D 2  
 tribunal ..... 68, 146, 162, 164 f, 168, 210, 216, 218, 278, 296; FN 172, FN 233  
 ■ Kriterien ..... 164; T 3  
 ■ VfGH, VwGH ..... 165, 219 ff  
 ■ VwG ..... 168, 220 ff  
 Türkei ..... FN 148  
 Türschildwechsel ..... FN 143  
 typusimmanent ..... 157, 160  
  
**Überlastung** ..... 41, 220  
 Überzeugungskraft ..... 176, 287; FN 29  
 ultra-vires-Akt ..... 109, 113, 123, 272, 274; FN 110, FN 174  
 Umkehrschluss ..... 59, 94  
 Unabhängige Verwaltungssenate ..... s UVS  
 Unabhängigkeit 152, 203, 207, 296, 304; FN 198, FN 219; T 3

- Unanfechtbarkeit ..... FN 175
- Ungarn ..... FN 148, FN 200, FN 220, FN 283
- Ungleichstellung ..... FN 145
- Unionsrecht(swidrigkeit) ..... 33 f, 113, 123, 126; FN 20; D 4
- Aufhebung ..... 113
  - Begründung ..... 113
  - Bosphorus-Vermutung ..... 103
  - Durchführung der EGRC ..... FN 106
  - Effektivitätssicherung ..... 128
  - Grundfreiheiten ..... 107
  - Ineffektivität ..... FN 116
  - Kassation ..... 113; sa Aufhebung
  - Meinungsdivergenzen ..... 113 f, 170
  - Primärrecht ..... 100, 120; FN 98 f
  - Richtlinie ..... 103, 106
  - Sekundärrecht ..... FN 98 f
  - Verordnung ..... 103, 106
  - Vorrang 76 f, 100, 102, 109, 120, 139; FN 61, FN 73, FN 131
    - ▷ Absolutheit ..... 108, 110, 113
    - ▷ Ausnahmen ..... 108
    - ▷ Derogationseffekt, verstärkter ..... 108
    - ▷ autonome Beurteilung 111, 113, 120, 123, 125, 162, 164, 169, 267; FN 115
    - ▷ Bindungswirkung, keine ..... 111
    - ▷ Österreich ..... FN 112
    - ▷ Kreislauf, infiniter ..... 113
    - ▷ Rechtsstaatsprinzip ..... 113
    - ▷ Relativität ..... 109, 113
    - ▷ Verfassungsidentität ..... 113
- Unionsrechtskompatibilität ..... 111, 113, 114, 123, 125 f, 167, 169 f; FN 102, FN 104, FN 113, FN 115; T 3; sa Unionsrechtswidrigkeit
- Unwahrheit, objektive ..... FN 31
- Unwissenschaftlichkeit ..... 37
- Urheberschaft ..... 87; FN 71, FN 84
- Urteil ..... 25, 30, 285; D 3, D 4
- UVS ..... 146 f, 219, 221, 223, 245; FN 179, FN 243
- V**agheit ..... 143, 173
- Verantwortlichkeit ..... 13, 304; FN 244
- strafrechtliche ..... S 152
- Verfahren
- faires ..... 68 f, 94, 103; FN 22, FN 66, FN 94, FN 233
  - fortgesetztes ..... 113, 167, 170, 212, 244; FN 115, FN 264, FN 282
- Verfahrensdauer ..... 181; FN 30, FN 244, FN 284
- Verfahrenshilfe ..... S 131
- Verfahrensrecht, behördenkonzipiertes .... 147, 223 ff, 279
- Verfassungsgerichtshof ..... s VfGH
- Verfassungsgesetz, Verfassungsrecht ..... 34; FN 25; D 3, D 4, D 6
- Bezeichnung ..... FN 44
  - materielles ..... FN 285
  - »normales« ..... 34, 29, 140, 157; D 6
  - verfassungswidriges ..... 158 ff
- Verfassungsgrundsätze, identitätsstiftende ..... s Grundprinzipien
- Verfassungsrecht, materielles ..... S 113
- Verfassungsschranken, integrationsfeste ..... s Grundprinzipien
- Verfassungswidrigkeit ..... 24, 31, 158 ff, 177, 265 f, 307; FN 152, FN 192, FN 264
- Verifizierbarkeit ..... FN 29, FN 214
- Verhandlung, öffentliche ..... 68; FN 172
- Verhaltensbeschwerden ..... S 142
- Verhandlung, öffentliche ..... S 127, S 146
- Verjährung ..... 148; FN 25; S 153
- Verknüpfungsmodus ..... 17
- Vermutung 103, 106, 226, 229, 277, 280 ff, 291, 306; FN 103
- Verordnung ..... 30 f, 34, 106, 266; FN 25, FN 30, FN 35, FN 106; D 3, D 4; T 1 T 4, T 5
- Verordnungsprüfung ..... S 117
- Verpflichtung, doppelte ..... 120
- Verstoß ..... 31, 225, 307
- vertikal ..... 78
- Vertrag, völkerrechtlicher ..... 75 f, 115, 117, 120, 135, 293; FN 42, FN 51; sa Staatsvertrag
- Verwaltung ..... 30, 152 ff; FN 23, FN 62
- Führen ..... 159, 171, 179, 183, 250
  - Gestaltungsbefugnis ..... 157, 177 ff
- Verwaltungsakte ..... 62, 95, 250, 284; FN 184, FN 293; D 2, D 3; sa Staatsvertrag
- Verwaltungsgericht(e) ..... s VwG
- Verwaltungsgerichtsbarkeit
- einstufige ..... 159
  - zweistufige ..... FN 94
- Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle ... 145 f, 158; 161, 171, 182, 219, 232, 245, 296, 307; FN 94, FN 143, FN 182, FN 236, FN 260, FN 276
- Verwaltungsgerichtshof ..... s VwGH
- Verwaltungsgerichtshofgesetz ..... s VwGG
- Verwaltungsstrafbeschwerden (VwG) ..... S 140 ff
- Verwaltungsstrafrecht ..... FN 243
- Trennung Justizstrafrecht ..... FN 243
- Verwaltungsstrafverfahren (Behörde) ..... S 151 ff, S 154
- VfGG ..... S 132 ff

- VfGH 28, 34, 54, 60, 64, 118, 165; FN 25, FN 29, FN 114; S 117 ff
- Ablehnungsbefugnis ..... 145
  - Bindung des VfGH ..... 123
  - Gesetzesprüfung ..... 156
  - Leitentscheidung ..... 93, 120; FN 124
  - Kognitionsbefugnis ..... 118, 162
  - Kompetenzabgrenzung VfGH ..... 123
  - Kompetenzfeststellung ..... FN 285
  - Korrektur durch Gesetzgeber ..... FN 287
  - Machtarrogation ..... FN 124
  - Staatshaftung ..... FN 124
  - Substitution (Gesetz) ..... 122
  - Tribunalcharakter ..... s tribunal
- Völkergewohnheitsrecht ..... 47
- Völkerrecht ..... 12, 34, 120
- Allgemeine Rechtsgrundsätze ..... 47, 49, 80, 95, FN 53, FN 69
  - Bindungsintensität ..... 45
  - Erfüllungsvorbehalt ..... FN 42
  - Sekundärvertragsrecht ..... 47, 96
  - Stufenbau ..... 132 ff, 137; D 6, D 7
  - Verpflichtung ..... 133
  - Verträge ..... 47
  - Völkergewohnheitsrecht ..... 47, 49; FN 53, FN 69
  - Völkerrechtswidrigkeit ..... 77
- Völkerrecht bricht Landesrecht ..... 75
- Volksabstimmung ..... 2; FN 11, FN 95; D 4
- Volksanwaltschaft ..... FN 11
- Volksbegehren ..... FN 11
- Volksvertretung, Gesetz über die ..... FN 157
- Volkswille ..... FN 213
- Vollziehung ..... 14, 30, 56, 64, 150, 152, 284; FN 23, FN 78
- Vorabentscheidung(sverfahren) ..... 114, 127 ff, 170, 290 f, 294, 307; FN 102 ff, FN 110, FN 126, FN 134; T 3
- Abwarten ..... FN 126
  - Hinderung an Einholung ..... FN 126
  - Pflicht zur Einholung ..... FN 103 f
- Vorbehalt ..... 68
- Vorhersehbarkeit ..... s Kalkulierbarkeit
- Vorleistung ..... 105
- Vorreiterrolle ..... FN 64
- Vorrang ..... 48, 52, 64, 75; FN 10, FN 62; sa Staatsvertrag; sa Unionsrecht
- VwG ..... 34, 162; FN 168
- Tribunalcharakter ..... s tribunal
- VwGO (BRD) ..... FN 241
- VwGG ..... FN 156, FN 161; S 120 ff
- VwGH ..... 34, 118, 123, FN 25, FN 114, FN 156; 116 f
- Bindung an Revisionsgründe ..... FN 145
  - Bindung durch VfGH ..... 123
  - Jurisdiktionsbeschränkung ..... 162
  - Kognitionsbefugnis ..... 118, 162
  - Kompetenzabgrenzung VfGH ..... 123; FN 145
  - Kompetenzzug ..... 123
  - Prozessvoraussetzungen ..... FN 145
  - Prüfungsumfang ..... FN 145
  - Tribunalcharakter ..... s tribunal
  - UVS-Judikatur, Fortschreibung ..... 148
  - Verfassungsfragen ..... FN 123, FN 145; sa Rechtsfrage, grundsätzliche
- VwGVG ..... S 135 ff
- VwVfG (BRD) ..... FN 241
- W**affengleichheit ..... 148, 301
- Wahrheit
- erkenntnistheoretische ..... 19; FN 151
  - faktische ..... 19; FN 151
- Wahrheitsgehalt ..... FN 31
- Wechselbeziehung ..... 39
- Wegbereitung ..... 173
- Weisungsbindung ..... 152, 296; D 2
- Wertentscheidung ..... 36, 38; FN 29, FN 214
- Wertesicherung ..... 12
- Werteneutralität ..... 140
- Wertungskriterium ..... FN 30
- Wertungswiderspruch ..... FN 212
- Wesensgehalt(sschranke) ..... 12, 15; FN 10, FN 145
- Wiederaufnahme ..... S 128, S 139, S 149
- Wiedereinsetzung ..... S 129, S 139, S 149
- Widerspruch(sfreiheit) ..... 24, 31, 60, 64, 78, 89 f, 115, 141; FN 10, FN 61
- reziproke ..... 115
- Wiederverlautbarung ..... FN 53
- Wiener Vertragsrechtskonvention ..... s WrVK
- Wille, wahrer ..... 80
- Willkür ..... 5, 37, 40, 261
- Winkelzug ..... 146
- Wissenschaft(lich) ..... 17, 40; sa Rechtswissenschaft
- wissenschaftstheoretisch ..... 39
- WrVK ..... 72, 75, 80, 120; FN 69, FN 70, FN 133
- Wutbürgertum ..... 43, 229
- Z**äsur ..... 98
- Zeitschrift, wissenschaftliche ..... 37; FN 30, FN 33, FN 147
- Zielvorstellung ..... FN 147

## ZIRKELSCHLUSS

## ZWEIFELSFragen

Zirkelschluss .....	19; FN 151	Zuständigkeit .....	S 114 f
Zivilrecht .....	FN 32, FN 233	Zustimmungsgesetz (BRD) .....	FN 51
Zulässigkeitskriterien .....	145, 241, 264; FN 102, FN 145	<del>Zwangsmonopol, staatliches</del> .....	<del>11, 15</del>
Zurückdrängung .....	102, 120	Zwangsarbeit .....	68
Zurückverweisung .....	173, 181, 246, 256, 302; FN 179 f; D 8	Zwangsfolgen, negative .....	15
Zurückweisung .....	113, 123; FN 115, FN 125, FN 145	Zweifelsfragen .....	<del>54</del> , 94; FN 25, FN 104



AIGNER ET AL

# BESONDERES VERWALTUNGSRECHT<sup>3</sup>

3. umfassend  
aktualisierte Auflage  
X, 666 Seiten  
210 × 277 mm  
Broschiert

€ 55,-

ISBN 978-3-7097-0249-9

LIEFERBAR

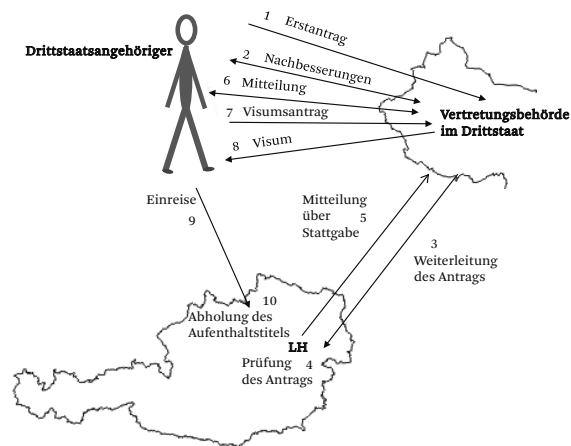


Mit Beiträgen von Manuel Aigner, Eva Erlacher, Alexander Forster, Julia Friedrichkeit-Lebmann, Felix Frommelt, Johanna Gumprecht, Andreas Stefan Huber, Alexandra Kunesch, Lisa Holl, Emanuel Matti, Bernhard Mittermüller und Claudia Reithmayer-Ebner.

Neun zentrale Kapitel des Besonderen Verwaltungsrechts werden prüfungsrelevant dargestellt, durch rund 1200 Beispiele und Hinweise verdeutlicht und durch über 80 Grafiken visualisiert. Besonders Wichtiges wird gesondert hervorgehoben und eine Marginalspalte, die Raum für ergänzende Notizen lässt, hilft bei der raschen Orientierung.

#### THEMEN:

- ▷ Sicherheitspolizeigesetz
- ▷ Vereins- und Versammlungsrecht
- ▷ Asyl- und Fremdenrecht
- ▷ Staatsbürgerschaftsrecht
- ▷ Gewerbeordnung
- ▷ Raumordnungsrecht
- ▷ Baurecht
- ▷ Naturschutzrecht
- ▷ Umweltverträglichkeitsprüfung



Wissen



Beispiel • Frage



Judikatur • Lösung



Literatur • Gesetzestext

WWW.JAN-SRAMEK-VERLAG.AT